

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**İŞ HUKUKUNDA
ALT İŞVEREN**

Doktora Tezi

Hande Bahar AYKAÇ

Ankara-2010

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**İŞ HUKUKUNDA
ALT İŞVEREN**

Doktora Tezi

Hande Bahar AYKAÇ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Sarper SÜZEK

Ankara-2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İŞ HUKUKUNDA
ALT İŞVEREN

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Sarper SÜZEK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Sarper Süzek

Prof. Dr. A. Can Tuncel

Prof. Dr. Kadir Arıcı

Doç. Dr. Süleyman Bayraktar

Doç. Dr. Levent Akın

Tez Sınavı Tarihi 16.12.2010

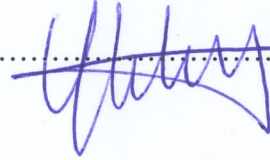
TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(30/12/2010)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

Hande Bahar AYKAÇ

İmzası

.....


İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

§ 1. Alt işveren–asıl işveren kavramları.....	4
I. Türk hukukunda alt işveren-asıl işveren kavramları.....	4
1.Kavram.....	4
2.Kavramın ortaya çıkışı	7
3.Terminoloji.....	12
a) Müteahhit (yüklenici) terimi	14
b) Alt müteahhit (alt yüklenici) -alt ısmarlanan terimleri	17
c) Taşeron terimi	18
d) Aracı terimi	19
II. Karşılaştırmalı hukukta alt işveren kavramı.....	20
III. Alt işveren ilişkisinin kurulma amaçları	22
IV. Türkiye’de alt işverenliğe ilişkin hukuki düzenlemelerin tarihi gelişimi	24
V. Alt işveren ve asıl işveren kavramlarının tanımları	29
§2. Türk hukukunda alt işveren ilişkisi	31
I. Alt işveren ilişkisinin tanımı ve dayandığı sözleşmeler	31
II. Alt işveren ilişkisinin hukuki niteliği	40
III. Alt işverenlik sözleşmesi	43
§ 3. Türk hukukunda alt işveren ilişkisinin unsurları.....	48
I.Bir işverenin (alt işveren) diğer bir işverene (asıl işveren) ait bir işin bir bölümünü üstlenmesi	48
1. Asıl işveren	48
a) Asıl işverenin İş Kanununa göre işveren olması.....	55
b) Asıl işverenin işveren sıfatını sürdürmesi.....	58
c)Yargıtay uygulaması	60

2. Alt işveren	62
3. Diğer işverene ait işin bir bölümünün üstlenilmesi	70
II. İşin asıl işverenin işyerinde yapılması.....	71
1. “Asıl işverenin işyeri” terimine ilişkin görüşler.....	74
2. Görüşümüz.....	75
III. Alt işverene verilen işin belirli nitelikte olması	82
1. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl iş	82
a) Sınırlamanın kapsamı.....	84
aa) Asıl iş kavramı.....	87
bb) Yardımcı iş kavramı.....	90
cc) Birden fazla mal veya hizmet üretiminde asıl iş-yardımcı iş ayrımı	95
b) Koşulun niteliği hakkındaki görüşler.....	97
aa) Koşulu bütün olarak ele alan görüş	97
bb) Koşulu bölünebilir olarak ele alan görüş	100
aaa) “İşletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren”iş.....	100
bbb) “İşletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren iş” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş”	103
ccc)Yargıtay uygulaması ve ispat yükü	106
cc) Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin getirdiği düzenleme	109
c) İşletme ve işin gereği kavramı	112
aa)İşletme ve işin gereği kavramını dar yorumlayan görüş	112
bb) İşletme ve işin gereği kavramını geniş yorumlayan görüş	115
cc) İşletme ve işin gereği kavramının iş güvencesinde yer alan işletme ve işin gereği kavramıyla örtüşüp örtüşmediği sorunu	117
d) Teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş	123
e) Sınırlamanın yerindeliğine ilişkin görüşler.....	128
f) Görüşümüz	130
2. İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş.....	133
a)1475 sayılı Kanun dönemi	134

b) 4857 sayılı Kanun dönemi	136
aa) Mal veya hizmet üretimi ile maddi ilişkide olma.....	137
bb) Mal veya hizmet üretimi ile ilgili olma	137
c) Sınırlamanın yerindeliğine ilişkin doktrindeki görüşler	139
d) Görüşümüz.....	140
3. İşin geçici veya sürekli nitelikte olması	145
IV. İşçilerin sadece asıl işverenin işyerinde çalışması	149
1. Koşulun gerekçesi	150
2. Koşulun uygulanmasına ilişkin sorunlar	153
§4. Alt işveren ilişkisinin benzer ilişkilerden ayırt edilmesi.....	158
I. Alt işverenlik- işyerinin bir bölümünün devredilmesi.....	159
1. İki normun birbirini dışladığı görüşü	160
2. İki normun birbirini dışlamadığı görüşü... ..	164
3. Görüşümüz	169
II. Alt işverenlik-geçici iş ilişkisi	176
III. Alt işverenlik-meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi	180
IV. Alt işverenlik-iş aracılığı.....	181
V. Alt işverenlik- işveren vekilliği.....	184
VI. Alt işverenlik-takım sözleşmesi	186
§ 5. Karşılaştırmalı hukukta alt işveren ilişkisi	187
I. Genel Olarak	187
II. İngiltere	191
III. Fransa	193
IV. İtalya	198
V. İspanya	201
VI. İsviçre.....	203
VII. Amerika	204

İKİNCİ BÖLÜM
ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDEN DOĞAN
HUKUKİ SONUÇLAR

§ 1. Alt işveren ilişkisinin bireysel iş hukuku açısından hüküm ve sonuçları	207
I. Genel olarak	207
1. Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi görüşü	208
2. Üçüncü kişiyi koruma etkili sözleşme görüşü	209
3. Görüşümüz	210
II. İşçinin iş görme ve diğer borçları	212
III. Yönetim hakkı	214
1. Genel olarak	214
2. İş sağlığı ve güvenliği	217
a) Doktrinde ileri sürülen görüşler	217
b) İş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde işçi sayısının hesaplanması ...	221
c) Mevzuatta durum	224
3. Disiplin cezası uygulama yetkisi	226
4. Görüşümüz	227
IV. Eşit davranma borcu	233
V. İşe alma ve fesih hakkı	238
1. İş güvencesi hükümleri	239
2. Haklı nedenle fesih	242
VI. Alt işverenin işyerini bildirimi	243
VII. Alt işveren işçilerinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmaları	245
§ 2. Alt işveren ilişkisinin toplu iş hukuku açısından hüküm ve sonuçları	250
I. Genel olarak	250
1. Bütün/tek işyeri görüşü	251
2. Bağımsız işyeri görüşü	254
II. Sendika hukuku bakımından	256
III. Toplu iş sözleşmesi bakımından	258
1. Yetki tespiti	258
2. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma	260

3. Toplu iş uyuşmazlıkları.....	266
§ 3. Alt işveren ilişkisinden doğan sorumluluk.....	269
I. Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğu ve gerekçesi.....	269
1. Sorumluluğun niteliği... ..	270
a) Genel olarak	270
b) Müteselsil sorumluluk	272
c) Tarafların ileri sürebilecekleri def'i ve itirazlar	281
d) Asıl işveren ve alt işverenin dava arkadaşlığı sorunu.....	282
aa). Genel olarak	282
bb) İşe iade davalarında	284
aaa)Geçerli alt işveren ilişkisinde... ..	284
bbb)Muvazaalı alt işveren ilişkilerinde.....	287
e) Görevli ve yetkili mahkeme	289
2. Sorumluluğun kapsamı.....	290
a)Sorumluluğun kapsadığı alacaklar	290
b)Sorumluluğun kapsadığı süre	296
c)Müteahhit (asıl işveren) ve alt işverenin hak edişlerinden ücretlerin ödenmesi	299
II. Asıl işverenin alt işverene rücu	303
1.Hukuka uygun alt işveren ilişkisinde rücu	303
2.Hukuka aykırı alt işveren ilişkisinde rücu.....	305
§ 4. Alt işverenlik ilişkisinde asıl işverenin değişmesinin hüküm ve sonuçları.....	307
I. Asıl işverenin işyerini devri.....	307
1.Asıl işverenin işyerini tamamen devri.....	307
2.Asıl işverenin işyerinin bir bölümünü devri.....	310
3.Asıl işverenin işyeri devrinin sorumluluğa etkileri... ..	311
4. Asıl işverenin işyeri devrinin diğer hüküm ve sonuçları	313
II. Alt işveren işçisinin başka bir asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılmaya başlanması	314
III. Alt işveren işçilerinin asıl işveren yanında çalışmaya devam etmeleri.....	319
§ 5. Alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin değişmesinin hüküm ve sonuçları	323

I. İşçilerin değişen alt işverenler yanında çalışmaya (muvazaa olmaksızın) devam etmeleri.....	325
1. Alt işverenler arasındaki ilişkinin hukuki işleme dayanması.....	325
a) Alt işverenin işi/işyerini tamamen devri	325
b) Alt işverenin işyerinin bir bölümünü devri.....	327
c) Alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin devri	331
2. Alt işverenler arasında hukuki bir işlem bulunmaması.....	332
a) Örtülü hukuki işlem görüşü	333
b) Amaçsal yorum görüşü	334
c) Hukuki işlemin tarafının asıl işveren olduğu görüşü	335
d) Kıyasen uygulama görüşü.....	336
e) Yargıtay uygulaması	336
f) Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları.....	340
g) Görüşümüz.....	343
II. Alt işveren değişikliğinin işe iadeye ilişkin hüküm ve sonuçları	345
§ 6. Alt işveren ilişkisinin sona ermesi	346

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

§1. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanması	349
I. İş hukukunda konunun düzenlenme nedenleri	349
II. Muvazaa kavramı	352
1. Genel olarak	352
2. Alt işveren ilişkisinde muvazaa	354
3. Alt İşverenlik Yönetmeliğinde muvazaa.....	356
III. İş Kanununda getirilen özel sınırlamalar	358
1. İşyerinde daha önce çalıştırılan kişilerle alt işveren ilişkisinin kurulması.....	358
a) Hükümün niteliği sorunu	358
aa) Yasal karine görüşü.....	358
bb) Hükümün mutlak ve isabetsiz olduğu yönündeki görüş.....	361

cc)Hükmün mutlak ve isabetli olduğu yönündeki görüş.....	364
dd)Görüşümüz.....	364
b)Hükmün içeriğine ilişkin diğer sorunlar	365
2. Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanamaması	369
a)Hükmün niteliğine ilişkin görüşler	370
aa)Yasal karine görüşü	370
aaa) Kısıtlanamayacak haklar	372
bbb) Hükmü esnekleştiren yaklaşımlar	374
aaaa) “Çalışmaya devam ettirilme” kavramına verilen anlam	374
bbbb) Az sayıda işçinin çalışmaya devam ettirilmesi	376
bb)Mutlak yasak görüşü	377
cc)Görüşümüz	380
b) Hükme ilişkin diğer sorunlar	382
3. Asıl işin bölünmesine ilişkin sınırlama	383
a)Genel Olarak	383
b)Asıl işveren işçileri ve alt işveren işçilerinin aynı bölümde çalışmaları	385
aa)Asıl işveren işçileri ve alt işveren işçilerinin aynı bölümde çalışamayacakları görüşü	385
bb)Asıl işveren işçileri ve alt işveren işçilerinin aynı bölümde çalışabilecekleri görüşü	390
cc)Görüşümüz	391
IV. Genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması	392
1.Yargıtay’ın belirlediği muvazaa ölçütleri	392
a)Alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin aynı işi yapmayı sürdürmeleri	392
b) Asıl işverenin işçiye işe alma ve işten çıkarmada yetkili olması- çalışma şartlarını belirlemesi.....	395
c)Alt işveren işçileri üzerindeki yönetim hakkını asıl işverenin kullanması	397
d) Alt işveren işçilerinin asıl işverenle yapılan sözleşme kapsamı dışındaki işlerde çalıştırılması.....	399

e) Araç ve gerecin asıl işverence sağlanması-alt işverenin sermayesinin düşük olması	401
f) Toplu iş sözleşmesi yapılma sürecinde alt işverene devir.....	403
g) Diğer muvazaa ölçütleri.....	404
2. Muvazaa dışı olgular	405
a) Kanuna karşı hile görüşü.....	409
b) Dolaylı temsil ilişkisi görüşü	411
§2. Muvazaalı alt işveren ilişkisinin tespiti.....	413
I. Muvazaanın idare tarafından tespiti.....	413
1. Genel olarak	413
2. Tespit süreci	415
a) Müfettişin muvazaa incelemesinde göz önünde bulunduracağı hususlar	415
b) Müfettişin muvazaa incelemesini yapacağı zaman.....	416
c) Müfettişin muvazaayı inceleme yöntemi	419
3. İş müfettişi raporunun işverenlere tebliği	420
4. Muvazaanın idari tespitine itiraz.....	421
a) İtiraz konusunda görevli ve yetkili mahkeme	424
b) İtirazın reddi.....	426
c) İtirazın kabulü	428
d) İş müfettişi raporuna itiraz edilmemesi	431
5. Hükmün Anayasa'ya aykırılık sorunu	431
6. Görüşümüz	434
II. Muvazaanın yargı tarafından tespiti	435
§3. Kamu kuruluşlarında hukuka aykırı alt işveren ilişkisi.....	439
I. Kamu kuruluşlarına ilişkin yapılan düzenleme	439
1. Düzenlemenin kamu işverenlerine ayrıcalık getirdiği görüşü	441
2. Düzenlemenin kamu işverenlerine ayrıcalık getirmediği görüşü.....	443
3. Yargıtay uygulaması	445
4. Görüşümüz	446
5. Yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanların ve ortaklık işyerinde çalışan işçilerin durumu.....	449

6.Hizmet alımı sözleşme ve şartnamelerine konulamayacak hükümler	450
II. Belediyelerde alt işveren ilişkisi.....	452
§4. Hukuka aykırı alt işveren ilişkisinin yaptırımı.....	457
I.Muvazaalı alt işveren ilişkisinin yaptırımı	457
1.Alt işveren ilişkisinin geçersizliği.....	457
a)Geçersizliğin türü.....	458
aa)Nispi butlan görüşü	458
bb)Mutlak butlan görüşü.....	459
b)Geçersizliğin kapsamı.....	461
c)Geçersizliğin sonuçları.....	462
2. İdari para cezası.....	464
II.“İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun yokluğuna uygulanacak yaptırım	466
1.Yaptırım bulunmadığı görüşü	466
2. Muvazaa yaptırımının kıyasen uygulanması görüşü.....	467
III. 4857 Sayılı İş Kanunu öncesinde kurulan ilişkilere uygulanacak yaptırım	469
IV. Alt işveren ilişkisinin unsurlarının yokluğu.....	471
§5. Alt işverenliğe ilişkin hükümlerin niteliği	471
SONUÇ	473
KAYNAKÇA.....	484
ÖZET	510
ABSTRACT.....	511

KISALTMALAR

AIY:	Alt İşverenlik Yönetmeliği
Aşa:	Aşağıda
BK:	Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
C:	Cilt
ÇT:	Çalışma ve Toplum Dergisi
D:	Dergisi
dn :	Dipnot
HD:	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILO:	International Labour Organisation
İHD:	İş Hukuku Dergisi
İK :	İş Kanunu
Krş:	Karşılaştırınız
m:	Madde
MK:	Medeni Kanun
NLRA:	National Labor Relations Act
RG:	Resmi Gazete
S:	Sayı
TBMM:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİSK:	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu

TTK:	Türk Ticaret Kanunu
TSGLK:	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
vd:	ve devamı
Vol:	Volume
Y:	Yargıtay
YKD:	Yargıtay Kararları Dergisi
Yuk:	Yukarıda

GİRİŞ

Teknolojideki gelişmeler ve küreselleşme süreci sonucunda, işletmelerin seri, kaliteli ve daha fazla üretim yapma zorunluluklarının doğması ve bunun yanında maliyetlerini azaltma ihtiyaçları, tekrarlanan ekonomik krizler, maddi imkansızlıklar, uluslararası düzeydeki çetin rekabet koşulları, belli sektörlerde uzmanlaşma gereksinimi gibi olgular işverenleri çeşitli arayışlara itmiştir. Gerçekten de bu koşullar klasik istihdam biçimlerini değişikliğe zorlayarak, “esneklik” ve “atipik istihdam biçimleri” taleplerini gündeme getirmiştir. Bu arayışlar doğrultusunda işverenler, işyerlerindeki bazı işleri kendilerine bağlı işçilerle gerçekleştirmek yerine, başka işverenlere gördürerek çeşitli avantajlar sağlama yoluna gitmişlerdir. Bu doğrultuda alt işveren ilişkisi, mal veya hizmet üretiminin dışsallaşmasının (dışarıya iş vermenin) en önemli formlarından biri olarak karşımıza çıkmıştır. Tarihsel süreç bakımından Türkiye’de ve dünyada alt işverenlik ilişkisi, önceleri daha çok inşaat sektöründe görülmüş, sonrasında ise diğer sektörlerde de oldukça yaygın hale gelmiştir.

Alt işveren ilişkisini iş hukukunun konusu haline getiren olgu ise öncelikle, alt işveren işçilerinin haklarının güvence altına alınması gayesi olmuştur. Gerçekten de alt işverenlerin genellikle mali güçlerinin ve olanaklarının zayıf olması nedeniyle asıl işverene bu konuda sorumluluk yüklenilmesi yönündeki düzenlemeyle birlikte, alt işveren ilişkisi ilk olarak 1936 yılında 3008 sayılı İş Kanunu ile hukuk hayatımıza girmiştir. İş hukukunun bu alana en kapsamlı müdahalesi ise, 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanunu ile gerçekleşmiştir. Nitekim işverenler özellikle 1980’li yılların ortalarından başlayarak ve 1990’lı yıllarda daha yoğun olmak üzere alt işverenliği amacı dışında kullanılmışlardır. Bu doğrultuda işverenler, bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan bazı yükümlülüklerinden kurtulmak, işçinin sendikal örgütlenmesini engellemek gibi hukuka aykırı amaçlarına ulaşabilmek için söz konusu kurumu bir araç olarak görmüşlerdir. Bu şekilde alt işveren ilişkisinin amacı dışında kullanılması, işçilerin hukuken “kağıt üstünde” kendilerine tanınan kimi hakları “fiilen” kullanamamaları sonucunu doğurmuştur. Bu sebeple konu sıklıkla yargıya taşınarak çok sayıda davalarla ve yüksek mahkemenin içtihatlarıyla sorun çözülmeye çalışılmıştır. Ancak bu önlemenin yeterli görülmemesi sonucunda, 4857

sayılı İş Kanununda alt işveren ilişkisinin hangi sebeplerle kurulabileceğinin düzenlenmesinin yanı sıra bu ilişkinin kurulamayacağı durumlar da hükme bağlanmıştır.

Türk hukuku açısından tarihsel sürece bakıldığında konuya ilişkin hukuki düzenlemelerin sayısında giderek bir artış gözlemlenirken, aynı şekilde sorunların azaldığından söz edilememektedir. Tam tersine her yeni düzenleme, konuyu daha da karmaşık hale getirmiştir. Geline son noktada ise, alt işveren ilişkisinin gerek sosyal taraflarca gerek doktrinde iş hukukunun en çok tartışılan ve eleştirilen kurumlarından biri olduğunu söylemek abartılı bir yaklaşım olmayacaktır. Bu durum özellikle 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra daha da belirgin hale gelmiştir. Yine İK 3/2’de yapılan değişiklik ve Alt İşverenlik Yönetmeliği sonrasında bu tartışmalar daha da yoğunlaşmıştır. Bu süreçte konuyu belirli yönleriyle alan çok sayıda makale yayınlanmasına ve çeşitli panel, konferans ve toplantılarda konu sıklıkla tartışılmış olmasına rağmen, alt işveren ilişkisini bütün yönleriyle ve bir bütünlük içinde ele alan çalışmalar az sayıda kalmıştır.

Öte yandan alt işveren ilişkisinin iş hukukunun diğer pek çok kavram ve kurumuyla olan bağlantısı, meseleyi biraz daha çetrefil hale getirmektedir. Gerçekten de işveren, işveren vekili, işverenin yönetim hakkı, disiplin cezası uygulama yetkisi, fesih, iş sağlığı ve güvenliği, işyeri ve işyeri bölümünün devri, eşit işlem borcu, belirli süreli sözleşme yapma ve sınırları, geçici iş ilişkisi, sorumluluk, muvazaa, toplu iş sözleşmesi hakkı, grev-lokavt gibi iş hukukuna ilişkin farklı kurumlarla olan bağlantısı, konuyu farklı boyutlarıyla fakat bir bütünlük ve tutarlılık içinde incelemeyi gerekli kılmaktadır.

Bu gereklilik doğrultusunda ele almayı amaçladığımız çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın “Alt İşveren İlişkisi” başlıklı birinci bölümünde, konu öncelikle kavramsal ve tarihsel temelde ele alınmış, alt işveren ilişkisinin kurulma amaçları, hukuki niteliği ve dayandığı sözleşmelere değinilmiş, daha sonra da Türk hukukunda alt işveren ilişkisinin unsurları –tek tek ele alınmak suretiyle- irdelenmiştir. Birinci bölümde son olarak, alt işveren ilişkisinin benzer ilişkilerle ortak ve ayırt edici yönleri ortaya konmaya çalışılmıştır. “Alt İşveren İlişkisinden Doğan Hukuki Sonuçlar” başlıklı ikinci bölümde, geçerli olarak kurulan hukuka uygun bir alt işveren ilişkisinin bireysel ve toplu iş hukuku açısından hüküm

ve sonuçları ele alınmıştır. İkinci bölümde ayrıca, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğu ve gerekçesinin yanı sıra, yine uygulamada ve doktrinde sıkça tartışılan alt işveren ilişkisinde asıl işverenin veya alt işverenin değişmesinin hüküm ve sonuçları üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde son olarak, karşılaştırmalı hukukta alt işverenlik ilişkisine yer verilmiştir. Üçüncü bölüm, alt işveren ilişkisinin “hukuka aykırı” olduğu durumları incelediğimiz, bu aykırılığın “idare tarafından” veya “mahkeme tarafından” tespiti ve bu duruma ilişkin öngörülen yaptırımların ele alındığı bölümdür. Çalışmamızda alt işveren ilişkisinin “sosyal güvenlik hukuku” açısından hüküm ve sonuçları kapsam dışında bırakılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

§ 1. Alt İşveren –Asıl İşveren Kavramları

I. Türk Hukukunda Alt İşveren-Asıl İşveren Kavramları

1. Kavram

Alt işveren ve asıl işveren kavramları, “işveren” sıfatı taşıyan iki kişinin aralarında belirli özellikler taşıyan bir hukuki ilişki kurmaları sonucunda elde ettikleri ikinci bir nitelik¹. Gerçekten de her alt işveren ve asıl işveren kendi işçilerine karşı bütün hak ve sorumluluklarıyla bir işveren konumundadırlar². İş Kanununda da asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanırken, alt işverenin “diğer işveren” şeklinde ifade edilmesi bu durumu doğrular niteliktedir. O halde asıl işveren veya alt işveren niteliği (kavramları), her şeyden önce birbirinden bağımsız bir şekilde “işveren” sıfatını haiz olmayı gerektirir. Buna karşılık asıl işverenin ve alt işverenin “işveren” sıfatları, sadece kendi işçilerine yöneliktir. Diğer bir deyişle asıl işveren ve alt işveren, alt işverenin işçilerine karşı (veya asıl işverenin işçilerine karşı³) “birlikte işveren” sıfatı taşımazlar.

Asıl işverenin o işte işveren sıfatına sahip olmasının aranması, asıl işverenin “mal ve/veya hizmet üretimi organizasyonunun asıl sahibi” olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁻⁵. Zira asıl işverenin mal veya hizmet üretimi

¹ Nitekim doktrinde Arıcı, alt işveren kavramının iş hukukuna özgü şartlar içerisinde tanımlanmış, tasarlanmış bir kavram olduğunu ifade etmektedir. Zira bir işverenden iş alan her işveren alt işveren olarak nitelendirilmemektedir (Arıcı, 489).

² Süzek, 2008, 142. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57. Mollamahmutoğlu, 162-163. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 1. Aynı yazar, Hizmet Sözleşmesi, 61. Ayan, 505.

³ Esasen alt işveren ilişkisinin, asıl işveren işçileri üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık bu işçiler, alt işveren tarafından çalışmaya devam ettirilirse, bu ilişkiden kaynaklı bazı sonuçlara tabi olmaktadır. Bu konudaki açıklamalarımız üçüncü bölümde yer alacaktır (bkz. Üçüncü bölüm, §1, III, 2).

⁴ Alt işverenin iş aldığı kişinin “asıl” işveren olarak adlandırılması da, asıl işverenin işyerindeki mal ve hizmet üretiminin gerçekleştirilmesi amacıyla iş alınmasından kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre, “asıl işveren” olarak adlandırma ayrıca asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı yükümlülüklerine kadar sorumluluğunun yayılmasından kaynaklanmaktadır (Ekonomi, Alt İşveren, 27). Mollamahmutoğlu’na göre de “asıl işveren” ve “alt işveren” olarak nitelendirme, iki işvereni ayırt etmek içindir (Mollamahmutoğlu, Hizmet Sözleşmesi, 61).

⁵ 1475 sayılı Kanun döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, asıl işveren kavramının mutlaka “o işyerinde işçi çalıştırmaya” bağlanması, yasanın getirdiği sorumluluk esasına ve hükmün konuluş amacına aykırı bir biçimde hükmün sınırlandırılması anlamına gelir. Zira kanun koyucu bu hükümle,

organizasyonundan ve işyerinden söz edebilmek için “...işçilerle birlikte örgütlenme” gerekmektedir. Aksi takdirde sadece asıl işverenin o işyerinin mülkiyetine sahip olması, bu sonuç için yeterli değildir. Alt işverenin aldığı işi kendisine bağlı işçilerle yerine getirmesi, aslında bu ilişkiyi iş hukukunun gündemine taşıyan olgudur. Nitekim asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığını tespit ettiğimizde, alt işveren işçilerinin haklarından alt işverenle birlikte asıl işverenin de sorumluluğu ortaya çıkar. Buna göre alt işveren işçilerinin “işçi” sıfatıyla tüm haklardan yararlanması asıl olmakla beraber, bu hakların gerçekleşmesi ve eksiksiz elde edilebilmesinde asıl işverenin de sorumluluğu öngörülerek bu ilişkiye özgü bir koruma oluşturulmuştur⁶.

Öte yandan, bir işverenin “işveren” sıfatının yanında “asıl işveren” veya “alt işveren” sıfatını kazanması, bu iki işveren arasında bir hukuki ilişkinin varlığını gerekli kılar⁷. Bu hukuki ilişkinin konusu, bir işverenin (asıl işveren) yürüttüğü ve kendi faaliyeti içinde yer alan bir mal üretiminin veya hizmet sunumunun bir bölümünü veya yardımcı işlerini başka bir işveren (alt işveren) aracılığıyla yerine getirmesidir⁸.

Gerçekten de alt işveren, başka bir işverene (veya işverenlere) mal üretmekte veya hizmet sunmaktadır⁹⁻¹⁰. Buna göre alt işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimi, asıl işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimini tamamlamaktadır¹¹. Diğer bir deyişle alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin

işçilerin ekonomik olarak zayıf sayılabilecek müteahhitler karşısında korunmalarını amaçlamıştır (Soyer, Genel Görüşme, Değerlendirme 1988, 65).

⁶ Ekonomi, Alt İşveren, 23. Alt işveren, asıl işveren karşısında “yasal olarak” bağımsız olmasına rağmen “ekonomik” anlamda tek bir müşteriye veya küçük bir müşteri grubuna karşı bağımlılığı söz konusudur (Supiot, Transformation of Work, 34). Supiot, bu anlamda ortaya çıkan bir tezatlığa dikkat çekmektedir. Buna göre günümüzdeki ekonomik ve teknolojik gelişmeler karşısında bazı işçiler uygulamada artan bir biçimde bağımsızlaşırken, “yasal olarak” bağımsız olan alt işverenler aslında ekonomik anlamda “bağımlılık” içinde olmaktadır (Supiot, Transformation of Work, 34). Aynı yönde Supiot, Dogmatic Foundation, 342.

⁷ Çelik, Hukuki Sorunlar, 159.

⁸ Güzel, Taşeron Uygulaması, 6. Doktrinde hemen herkesçe kabul edildiği üzere alt işveren ilişkisi açısından, iki işveren arasındaki hukuki ilişkinin niteliği önem taşımamaktadır. Oysa kanımıza göre bu ilişkinin niteliği önemlidir. Bu konu aşağıda inceleneceğinden ilgili yere atıf yapmakla yetiniyoruz (Aşa, §2, I).

⁹ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 5.

¹⁰ Nitekim alt işveren ilişkisinde, alt işveren ve işçilerinin aynı zamanda asıl işveren yararına faaliyette bulundukları belirtilmektedir (Süzek, 2008, 189. Engin, Değerlendirme 2004, 42).

¹¹ Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Aynı yazar, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83. Demir, Devir, 81.

işin bir parçasıdır¹². Bu doğrultuda alt işveren, asıl işverenin *faaliyet bütünlüğü içinde* yer alır; asıl işte veya yardımcı işte iş almak suretiyle onun *nihai mal veya hizmet üretim sürecine* katılır¹³. Bu sebeple, alt işveren ilişkisinde alt işveren ve işçilerinin *aynı zamanda asıl işveren yararına* faaliyette bulundukları belirtilmektedir¹⁴.

Bir görüşe göre, alt işveren doğrudan kendine yönelik faaliyette bulunmamaktadır; onun işinin organizasyonu başka işverenlere bir hizmet sunmak şeklindedir¹⁵. Diğer bir yazara göre de alt işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimi, asıl işveren dışında üçüncü şahıslara yönelik olamaz¹⁶. Kanımıza göre alt işverenin doğrudan kendine yönelik faaliyette bulunmaması, kavram açısından zorunlu bir unsur değildir. Diğer bir deyişle, alt işveren başka işverene (veya işverenlere) ait bir işi üstlenmesinin yanı sıra doğrudan kendine yönelik bir faaliyette de bulunabilir. Nitekim bu faaliyeti nedeniyle bu sefer kendisi başka bir işverene iş verebilir ve kendisi de bu ilişki dolayısıyla “asıl işveren” sıfatını elde edebilir. O halde aldığı bir iş dolayısıyla edindiği alt işverenlik sıfatı, başka bir iş dolayısıyla asıl işveren sayılmasına engel oluşturmaz. Buna karşılık bu konuda önemli olan husus, alt işverenin “*bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırmasıdır*”¹⁷. Buna göre alt işverenin asıl işverenden aldığı iş için görevlendirdiği işçiler, bu işin yanında alt işverenin kendi işinde ve/veya başka işverenlerden alınan işlerde de çalıştırılıyorsa alt işveren ilişkisinden ve asıl işveren-alt işveren kavramlarından söz edilemez.

Asıl işveren-alt işveren kavramlarını belirleyen unsurlardan bir diğeri, diğer bir işverenden (asıl işveren) iş alan işverenin (alt işverenin) bu işi asıl işverenin

¹² Süzek, 2008, 190. Aynı görüşte Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Aynı yazar, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83.

¹³ Süzek, 2008, 189-190.

¹⁴ Süzek, 2008, 189.

¹⁵ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 5. Mollamahmutoğlu’na göre alt işverenin işinin organizasyonu başka işverenlere hizmet sunmak olduğundan, kaçınılmaz bir şekilde, işçilerini çalıştırması başka işverenlerin işyerlerinde olmaktadır (Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 5). Oysa başka işverenlere hizmet sunan bir işverenin bu hizmeti kendine ait bir işyerinde gerçekleştirmesi de mümkündür. Ancak böyle bir durumda Türk iş hukuku açısından alt işveren ilişkisinden söz edilememektedir.

¹⁶ Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Aynı yazar, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83.

¹⁷ Süzek, 142-143. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 25. Mollamahmutoğlu, 142. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 3-4. Arıcı, Yeni İş Kanunu, 493. Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 21. Çelik, 2008, 51. Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Ayan, 507. Gerek/Oral, 32. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 21. Şahlanan, Kavram, 192-193. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 32-33. Yüksel, 50. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Aynı yazar, 364. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69. Günay, Yeni İstihdam Biçimleri, 114. Çifter, 27. Özveri, 390. Kaplan, 231. Engin, İşveren, 184. Çankaya, 22.

işyerinde gerçekleştirmesidir¹⁸⁻¹⁹. Buna göre işveren, söz konusu işi iş aldığı işverene ait işyerinde değil, örneğin kendi işyerinde yerine getiriyorsa iki işveren arasındaki ilişki taraflara “asıl işveren” ve “alt işveren” sıfatlarını kazandırmaz²⁰. Buna karşılık, alt işverenin (asıl işverenin işyerinde) işini yaptığı yer, hukuken ayrı bir işyeri sayılmaktadır.

Buraya kadar açıkladığımız unsurlar, kavramın ortaya çıkması için kurucu unsurlardır. Diğer bir deyişle, yukarıda sayılan unsurlardan birinin eksikliği durumunda bu ilişkinin ortaya çıktığından söz edilemez. Buna karşılık 4857 sayılı kanun döneminde alt işveren ilişkisi için bazı geçerlilik koşulları da öngörülmüştür. Gerçekten de 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak, alt işverene verilen işin niteliği de önem kazanmıştır. Buna göre, alt işverenin üstlendiği iş asıl işverenin asıl işinin bir bölümünü oluşturuyorsa, bu ilişki ancak “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun bulunması ile geçerlilik kazanmaktadır.

Diğer yandan, iki işverenin “alt işveren” veya “asıl işveren” sayılmaları yönünde açık bir iradeleri veya bu konudaki bir beyanları da aranmaz. Buna göre kanunda öngörülen hukuki ilişkinin gerçekleşmesiyle, bu nitelikler ve bu niteliklerin doğurduğu sonuçlar kendiliğinden doğar.

2. Kavramın Ortaya Çıkışı

Ekonomik, teknolojik, sosyal ve hatta siyasi gelişmeler, iş hukukunun doğuşunda olduğu gibi gelişmesinde, değişmesinde, yeni hakların ve kurumların oluşmasında sürekli olarak etkili olmuştur²¹. Nitekim küreselleşme süreci ve teknolojiadaki hızlı gelişim ve değişim süreci sonucunda, işletmelerin seri, kaliteli ve daha fazla üretim yapma zorunluluklarının doğması ve bunun yanında maliyetlerini

¹⁸ Arıcı, 489. Gerçekten de başka bir işverenden iş almanın onun iş organizasyonu dışında kalacak şekilde gerçekleştirilmesi şimdilik iş hukukunun müdahale etmediği bir alandır (Göktaş, 97).

¹⁹ Öyle ki bu unsur, alt işverenliği, “fason üretim”, “yan sanayi”, “eve iş verme” gibi çalışma sistemlerinden ayırmaktadır. Nitekim bir görüşe göre taşeron üretim ilişkisi, “üretimin mekanın dışına çıkamayacağı durumda” gerçekleşir (Başkaya/Ördek, 40).

²⁰ Buna karşılık 1475 sayılı Kanun döneminde verilen bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında 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 işveren sıfatına sahip olan kimselerdir” şeklinde tanımlanmışlardır. Oysaki gerek 1475 sayılı Kanun, gerek 4857 sayılı Kanun açısından işin (asıl) işverenin işyerinde yapılması alt işveren ilişkisinin kurucu unsurudur.

²¹ Ekonomi, Alt İşveren, 21. Supiot, Transformation of Work, 31.

azaltma ihtiyaçları, tekrarlanan ekonomik krizler, maddi imkansızlıklar, çetin rekabet ortamı, belli sektörlerde uzmanlaşma gereksinimi gibi olgular işletmeleri çeşitli arayışlara itmiştir²². Bu doğrultuda işletmeler (ve çalışanlar) klasik çalışma biçimlerinden uzaklaşarak, farklı hukuki ilişkiler ve yeni istihdam biçimleri oluşturma ihtiyacı içinde olmuşlardır²³. Bu gelişmeler “iş hukukunda esneklik” kavramını ve bu yöndeki talepleri gündeme getirmiştir²⁴.

“İş hukukunda esneklik” kavramıyla ifade edilmek istenen husus, iş mevzuatının katı, sınırlayıcı ve koruyucu hükümlerinin mümkün olduğu kadar yumuşatılması ve işletmelerin yeni ihtiyaçlara uyum sağlayabilmeleri için taraflara, iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile çalışma koşullarını daha geniş bir alanda özgürce düzenleyebilme serbestisinin tanınmasıdır²⁵. Bununla birlikte bu durumun tümüyle bir “kuralsızlaşma” anlamına gelmediği, “işçinin korunması” ilkesinin tamamen göz ardı edilemeyeceği ve ancak “mümkün olduğu ölçüde işçinin korunması ve gerekli olduğu ölçüde kuralsızlaştırma”dan söz edilebileceği haklı olarak belirtilmektedir²⁶. Bu durumu ifade etmek üzere, esneklik ile güvence arasında bir denge oluşturulmasını öngören “güvenceli esneklik” (flexicurity) kavramı ortaya çıkmıştır²⁷. Buna göre temel amacın, birbirine zıt menfaatler arasında adil bir dengenin bulunması olduğu belirtilmektedir²⁸.

²² Süzek, 18. Aynı yazar, İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, 6. Göktaş, 97. Ayan, 500. Ekonomi, Alt İşveren, 22. Ekin, 24 vd. ILO, 12 vd.

²³ Süzek, 18. ILO, 12 vd.

²⁴ İş hukukunda esneklik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 17-21. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 5 vd. Aynı yazar, Esnekleşme Gereği, 60. Ulucan, Esnek Çalışma, 97 vd. TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik, Ankara 1999, 14 vd. Mollamahmutoğlu, 18-21. Demircioğlu/Engin, 19 vd. Tuncay, Esneklik, 57 vd. Yavuz, 5 vd. Işık, 5 vd. İş hukukunda esnekliğin, neo-liberalizm akımının iş hukukundaki uzantısı olduğu belirtilmektedir (Tuncay, Esneklik, 57). Nitekim Fredman, esnekliğin kendisinin “esnek” bir kavram olduğunu ve savunucularının sıklıkla bu kavramı bir anlamdan diğerine kaydırmakta usta olduklarını belirtmektedir (Fredman, 301).

²⁵ Süzek, 19. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 5. Aynı yazar, Esnekleşme Gereği, 60. Esnekliğin amacı kısaca “üretimin kolaylaştırılması ve rekabet gücünün artırılması” olarak ifade edilmektedir (Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 60).

²⁶ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 5 vd. Aynı yazar, Esnekleşme Gereği, 60. Süzek, 19. Tuncay, Esneklik, 58-59. Esneklik, emredici bir hukuk kuralına çok sayıda istisna getirilmesi suretiyle asıl kuralın uygulanma alanının daraltılması yöntemiyle “çok sayıda kural” ile de gerçekleştirilebilir (Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 60). Bununla birlikte Ekonomi’ye göre örneğin işverenin elindeki gücü kötüye kullanacağı düşüncesinden hareket eden ve dayanaklarını kaybeden katı, standart normların kaldırılması günün şartlarında zorunlu bir kuralsızlaştırmadır (Ekonomi, Sayısal Esneklik, 5 vd. Aynı yazar, Esnekleşme Gereği, 60). Caruso “esnekliği”, ancak doğru dozda kullanıldığında etkili bir çare olan, fakat aşırıya kaçılmaması gereken bir tedavi usulüne benzetmiştir. Buna göre eğer esneklik, yasal tedbirler olmadan uygulanırsa, çözdüğünden fazla probleme neden olacaktır (Caruso, 2).

²⁷ Süzek, 20. Aynı yazar, İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, 6 vd. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 6. Fredman, 299. Avrupa Birliğinde de, esnekliğin istihdamın artırılması yönünde önemli bir etken

Esneklik türlerinden biri, “sayısal esneklik” tir²⁹. Sayısal esneklik, işverenin işletme-işyerinde çalıştıracağı işçi sayısını ve niteliklerini belirleme serbestisinin yanı sıra, gerekli işgücünü dolaylı şekilde sağlama (dış esneklik), başka bir deyişle işyerinde bazı işleri başka kişilerin işçileri tarafından (alt işveren, ödünç iş ilişkileri) yürütülmesini sağlama ile de yakından bağlantılıdır³⁰. Buna karşılık, işletmelerde yapılan işin başka işyerlerinde veya işletme içinde başka işçiler çalıştırılarak gerçekleştirilmesi uygulamasının, “uzaklaştırma stratejileri” şeklinde sayısal esneklikten farklı bir esneklik türü olarak adlandırıldığı da görülmektedir³¹. “Dış esneklik” veya “uzaklaştırma stratejileri” olarak adlandırılan bu uygulamanın kapsamına alt işveren ilişkileri ve geçici iş ilişkisinin yanı sıra “eve iş verme”³² ya da “eser sözleşmesi” veya “vekalet akdi” ile iş üstlenen kişiler de girmektedir³³.

olduğu ancak çalışanlara da yeterli güvencenin sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu çerçevede Avrupa Birliği tarafından 2006 yılında yayımlanan 21. yüzyılın zorluklarına karşı iş hukukunun modernleştirilmesi” başlıklı belgede istihdamın sağlanması için işgücü piyasalarının daha esnek hale getirilmesi gerektiği ileri sürülmekte ancak “güvenceli esneklik” kavramına da yer verilmektedir (Süzek, 20).

²⁸ Ekonomi, Esnekleşme Gereği, 60 vd. Aynı yazar, Sayısal Esneklik, 5. Ancak Fredman’a göre gerçek durum çok farklıdır. Buna göre esneklik süratle ilerlerken (gelişirken), “güvenlik” retorik bir söylem olarak kalmaya devam etmektedir. Sonuç ise, düşük ücret, düşük statü, düşük iş güvencesi, düşük eğitim veya düşük terfi beklentisi olarak karakterize edilen riskli/istikrarsız (*precarious*) işgücüdür (Fredman, 299).

²⁹ Sayısal esneklik, işgücü esnekliğinin en tartışmalı türü olarak nitelendirilmektedir (Treu, 498). Sayısal esneklik ve esnekliğin diğer türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik, Ankara 1999, 14-27. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 8. Yavuz, 11 vd. Ekin 46 vd. Caruso, 4. Diğer bir ayrıma göre esneklik, iç esneklik ve dış esneklik olarak ikiye ayrılmaktadır. İç esnekliğin kapsamında, ücret esnekliği, çalışma süreleri esnekliği, fonksiyonel (veya organizasyonel) esneklik yer alırken; dış esnekliğin kapsamında, sayısal esneklik ve coğrafi (veya bölgesel) esneklik bulunmaktadır (Caruso, 3-4). Diğer bir kaynaktan ise dışsal esneklik, işverenlerin işçileri hızlı bir şekilde işe alabilme ve işten çıkarabilme imkanı olarak ifade edilmektedir (Becker, 1530).

³⁰ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 8. Treu, 498. Sayısal esneklik, işverenin işçi sayısını ve niteliğini belirlemesi kadar bu sayıları değiştirebilme ve azaltabilme ve ayrıca işçilerin niteliklerini ihtiyaca göre değiştirebilme serbestisini de kapsar (Ekonomi, Sayısal Esneklik, 8).

³¹ TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik, Ankara 1999, 24. Yavuz, 18. Tuncay, Esneklik, 62. Yine alt işveren uygulamaları “işyerinin esnekleştirilmesi” şeklinde bir başlık altında da gösterilmiştir (Ekin, 42).

³² “Eve iş verme” (Ev eksenli çalışma), endüstriyel üretimin ilk türlerinden biri olup sanayi üretimine geçişin önemli bir aşamasını simgeler (Şen, Taşeronluk, 25-26). Bu sistemde merkezi atölye, çok sayıda küçük atölyeye ve evlere dağıtılan işi koordine etmektedir (Başkaya/Ördek, 32). İşçi sıfatının kazanıldığı “uzaktan çalışma” veya “tele-çalışma” durumları dışında tam bağımsız çalışanları (serbest meslek sahibi) anlatmaktadır (Ekonomi, Sayısal Esneklik, 23, dn.48). Bu anlamda “evde çalışma” dan farklılık arz etmektedir.

³³ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 19. Örneğin işverenle bağımlılık ilişkisi içinde olmayan ve vekalet sözleşmesine göre şirketin icra işlerini takip eden bir avukat “dış esnekleşme” kapsamındadır (Ekonomi, Sayısal Esneklik, 23, dn.50).

O halde işverenlerin esneklik aracı olarak kullandıkları uygulamalar arasında, “üretimi dışsallaştırma” ve “istihdamı dışsallaştırma” bulunmaktadır³⁴. Alt işverenlik uygulaması ise “mal veya hizmet üretimini dışsallaştırmanın” tipik bir örneğini oluşturmaktadır³⁵. Buna göre sanayi devrimi ile birlikte ortaya çıkan yeni iş ilişkilerinde üretim, işverene güçlü bağımlılık içinde, esas itibarıyla belirsiz süreli iş sözleşmesine göre tam gün çalışan işçilerle gerçekleştirilirken, 19 yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında belirtilen bireysel ve iki taraflı ilişkiler yanında “üçlü iş ilişkileri” adı verilen iş ilişkileri ortaya çıkmış, bu suretle işverenler diğer işverenin (alt işveren, ödünç alan) işçilerini, kendi işyerindeki aynı fiziki alanda (içte üretim) kullanma yoluna gitmişlerdir³⁶⁻³⁷. Böylece işyerinde iki farklı işverenin işçileri, aynı üretim sürecinde yan yana çalışmaktadırlar³⁸.

Bu uygulamaların yarattığı sonuçlardan biri, bir işletme veya işyerinde çalışan işçiler arasında iki farklı sosyal statünün doğmasıdır³⁹. Özellikle alt işveren işçileri (ve geçici istihdam işletmeleri aracılığıyla işyerinde çalışan işçiler), sendikal

³⁴ Güzel, Alt İşveren, 35. İstihdamın dışsallaştırılması esas olarak, geçici iş ilişkisi yöntemiyle gerçekleştirilir (Güzel, Alt İşveren, 33).

³⁵ Güzel, Alt İşveren, 37. Soyer de alt işverenliğin “dışarıya iş vermenin” özel bir uygulama şekli olduğunu vurgulamaktadır (Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 16). Alt işverenliğin bir esneklik avantajı sağladığı yönünde Olivier, 11.

³⁶ Ekonomi, Alt İşveren, 21-22. Aynı yönde Güzel, Taşeron Uygulaması, 3. Ekin, 39-40. İşverenler bu yolun yanı sıra, üretim sürecinin bir bölümünü “başka işverenin işyerinde” gerçekleştirmek üzere fason üretim (dışta üretim) yöntemini de kullanmaktadırlar. Ayrıca, franchise sözleşmesi kullanılan diğer bir yöntemdir. Franchise sözleşmesi uyarınca “bir işverene (franchise veren) ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde franchise alan (diğer işveren); franchise verenin belirlediği ilkeler çerçevesinde denetimine de katlanarak kendi nam ve hesabına ve kendi işçileriyle, franchise verenin sistemine dahil mal veya hizmet üretimini ve sürümünü gerçekleştirmektedir” (Ekonomi, Alt İşveren, 22). Ne var ki, fason üretimi gerçekleştiren işverenin işçilerine karşı veya franchise sözleşmesinde franchise alanın çalıştırdığı işçilerin haklarından dolayı, fason üretimi veren ya da franchise veren işverenlerin birlikte sorumluluğu bulunmamaktadır (Ekonomi, Alt İşveren, 22).

³⁷ Gerçekten de işletmeler “*geleneksel olarak*” belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesine göre çalışan kendi işçileri, teknolojileri ve organizasyonlarıyla mal veya hizmet üretimini gerçekleştirir; çok sınırlı bir biçimde ise, asıl işe yardımcı işleri ve uzmanlık gerektiren işleri alt işveren olarak nitelenen başka işverenlere yaptırırlar (Güzel, Alt İşveren, 32). Öte yandan alt işverenlik, başlangıçta sadece inşaat sektöründe yaygın iken, giderek hizmet ve imalat endüstrisinde de yaygınlaşmıştır (Terry/Dickens, 191).

³⁸ Güzel, Alt İşveren, 33. Bu modelin diğer bir uzantısı, üretimin asıl işverene klasik (belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesi) ile bağlı olan işçilerce değil, atipik iş sözleşmesi (belirli süreli, kısmi süreli, çağrı üzerine çalışma) ile çalışan işçilerle gerçekleştirilmesidir (Güzel, Alt İşveren, 33).

³⁹ Le Goff, 214. Güzel, Alt İşveren, 34. Le Goff, alt işverenliğin “merkez”de ve “çevre”de çalışan işçiler arasında farklı statüler yaratmak suretiyle “hakkaniyet” problemi yarattığını, bu problemin yüksek teknoloji içerikli alt işveren işyerlerinde ortaya çıkmadığını fakat diğer işyerlerinin birçoğunda ortaya çıktığını belirtmektedir (Le Goff, 214). Gerçekten de aynı işin farklı sosyal statüde yapılması bu durumun yarattığı bir sonuçtur (Olivier, 12) Becker de alt işverenliğin yarattığı en önemli sorunun, artan gelir eşitsizliği olduğu belirtilmektedir (Becker, 1532-1534).

örgütlenme ve toplu sözleşme düzeninin dışına itilmekte, daha ağır çalışma koşullarına tabi ve çok düşük ücret ve sosyal yardımlara sahip bulunmaktadırlar⁴⁰. Diğer yandan işgücü piyasasının hiyerarşik olarak bölünmesi, işçiler arasında rekabeti artırmakta, piramidin tepesinde yer alan çekirdek işgücü bu konumunu ve avantajlarını koruyabilmek için firma bağlılığını doruk noktasına çıkarmakta hatta firmayla (ve firma hedefleriyle) özdeşleşmeyi seçerken, piramidin alt basamaklarında yer alan çevre işgücü çekirdek işgücünü sürekli zorlamaktadır. Çünkü çekirdek işgücünde yer alan bir işçi kolaylıkla en alt basamağa düşerken⁴¹, alt basamakta yer alan bir kişinin yukarı çıkması neredeyse olanaksız kılınmaktadır⁴².

Öte yandan ülke içi ve dışında başka işverenlerin işyerlerinde üretim, pazarlama ve dağıtımın gerçekleştirilmesi dolayısıyla fason üretimi gerçekleştiren veya franchise alanın işçilerinin özel olarak korunmasına gidilmediği halde, üçlü iş ilişkilerinde -özellikle de alt işveren ilişkisinde- alt işveren işçilerinin korunmasına yönelik olarak 20. yüzyılın başlarından itibaren düzenlemeler getirilmeye başlanmıştır⁴³.

Ortaya çıkan bütün bu yeni gelişmelere ve yeni istihdam biçimlerine rağmen bir görüşe göre hala “asıl olan, işverenin kendi işini, kendi organizasyonu, kendi teknolojisi ve kendi personeli ile yerine getirmesidir”⁴⁴. Diğer bir görüşe göre ise günümüzde bu anlayış geçerliliğini yitirmiştir. Zira bu ön kabul, ancak 60’lı yılların anlayışını yansıtmaktadır⁴⁵. Bu konuya ilişkin olarak Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, “işverenin kendi işçileri ve yönetim

⁴⁰ Güzel, Alt İşveren, 34. Bu bağlamda iş hukuku kurallarının da bu gruptaki işçiler için çok fazla bir anlam ve etkinliğinin bulunmadığı, bu kuralların sadece “belirsiz ve tam süreli” iş sözleşmesine göre çalışan asıl işverenin işçileri için anlam ifade ettiği, bunun sonucunda da iki farklı “istihdam pazarı” ve buna bağlı iki farklı “hukuk düzeni” ortaya çıktığı belirtilmektedir (Güzel, Alt İşveren, 34).

⁴¹ Gerçekten de asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanması durumu çok yaygın bir uygulamadır. Öyle ki 4857 sayılı yasada bu konu kanuna girmiştir. Buna göre, “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz” (İK 2/7).

⁴² Özveri, 387. İşgücü piyasasındaki bu hiyerarşik parçalanma ve rekabet etkilerini sadece işçilerin çalışma koşullarında değil aynı zamanda sosyal yaşamda da görülmektedir. Bu doğrultuda işçiler arasında yeni statüler, yeni sosyal ilişkiler doğarken sosyal dayanışma, sınıf dayanışması yerini rekabete bırakmakta ve işveren sistem sayesinde işgücü üzerinde en etkin denetimi kurma olanağına kavuşmaktadır (Özveri, 387).

⁴³ Ekonomi, Alt İşveren, 22-23. Fason üretim ve franchise sözleşmeleri diğer ülkelere kadar yayılmış, bu bağlamda işveren, üretim maliyetinin ve bu kapsamda işgücü maliyetinin düşük olduğu ülkelerde bizzat üretime başlamış ya da orada başka işverenler aracılığıyla fason ya da franchise sözleşmeleri aracılığıyla üretimi gerçekleştirmişlerdir (Ekonomi, Alt İşveren, 22). Franchise sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürzumar, 8 vd. Kırca, 47 vd. Ayrıca bkz. Aşa, § 3. II, 2).

⁴⁴ Güzel, Genel Görüşme, 3. Yılında İş Yasası, 74. Engin, Üçlü İş, 20.

⁴⁵ Alpagut, Alt İşveren, 40. Aynı yazar, Yönetmelik, 62.

organizasyonu ile mal veya hizmet üretimi yapması esastır” (11/2). Bu konuda diğer bir görüşe göre, 4857 sayılı kanunun gerekçesi ve öngördüğü esnek çalışma modelleri dikkate alındığında, “kural çalışma-istisna çalışma” ayrımındaki sert farkın törpülediği ve değiştiği sonucuna varılabilir⁴⁶. Gerçekten de 4857 sayılı kanunda, farklı esnek çalışma modelleri öngörülmüş olmakla birlikte bu modellerin işçiyi istismar etmesini önlemek amacıyla çeşitli sınırlamalar getirilmiştir.

3. Terminoloji

Alt işveren kavramıyla aynı anlamı ifade etmek amacıyla ve bazen de farklı anlamlarda olmak üzere mevzuatta, yargı kararlarında, doktrinde⁴⁷ ve uygulamada müteahhit, alt müteahhit, taşeron, aracı, ikinci işveren, yüklenici, alt yüklenici, alt ısmarlanan, tali işveren gibi terimler kullanılmaktadır⁴⁸. Diğer bir deyişle, bu konuda bir deyim birliğinden söz edilememektedir. Örneğin, 3008 sayılı İş Kanununda⁴⁹ üçüncü şahıs terimi kullanılmışken, 1950 yılında 5518 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle⁵⁰ asıl işveren ile onun işyerinde işçi çalıştıran işveren arasındaki ilişki “aracılık”, alt işverenler de “aracılar” olarak tanımlanmıştır. 931 sayılı Kanunda ve ardından çıkarılan 1475 sayılı Kanunda ise aracı terimi terk edilerek “diğer işveren” deyimini kullanılmıştır⁵¹. Yine 1475 sayılı Kanunun 29. maddesinde, maddede sözü edilen kamu kuruluşlarından yapım ve onarım işlerini alan kişiler “müteahhit”, bunların işlerin bir bölümünü verdikleri kişiler ise “taşeron” olarak ifade edilmişlerdir.

Öte yandan, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 87. maddesinde aracı terimi kullanılmışken, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel

⁴⁶ Aydın, Alt İşveren, 177. Nitekim yazara göre bu anlamda kanun koyucunun alt işverenlik ilişkisine sınırlamalar getirmesi, onun istisnai bir çalışma olduğunu kanıtlamaz (Aydın, Alt İşveren, 177).

⁴⁷ Doktrinde örneğin Tunçomağ, alt ısmarlanan ve taşeron deyimlerini kullanırken (Tunçomağ, 104-105), Demir, “tali (alt) işveren” (Demir, Değerlendirme 1988, 24), Esener, “alt müteahhit” “aracı” deyimlerini kullanmıştır (Esener, 78).

⁴⁸ Bu konuda alt işverenlik benzeri kavramlar ve üretim sistemleri arasında “fason üretim” “yan sanayi” “ev eksenli çalışma” gibi kavramlardan da söz edilmektedir. Bu sistemler arasındaki farklar esas olarak, işin yapıldığı mekana ve işin niteliğine göre ortaya çıkmaktadır (Başkaya/Ördek, 32). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, Tanım, 15 vd. Aynı yazar, Taşeronluk, 25 vd. Başkaya/Ördek, 42 vd).

⁴⁹ RG 15.6.1936, S.3330.

⁵⁰ RG 31.1.1950, S.7420.

⁵¹ Esasen 931 sayılı İş Yasasının gerekçesinde “...metindeki aracı tabirinin tatbikatta doğurduğu karışıklık göz önünde tutularak bu tabir tasarıya alınmamıştır” ifadesiyle bu durum açıklanmıştır (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 54).

Sağlık Sigortası Kanununda asıl işveren, alt işveren deyimleri tercih edilmiştir. Yine, 1988 yılında Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan “Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukaveleye Konulacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları ile İlgili Genel Esaslar”⁵² da kamu kuruluşlarınca yaptırılacak yapım, hizmet, dekepaj ve malzeme nakli işlerinin ihalesini üstlenen kimseler “müteahhit”, bunların iş verdiği kimseler “taşeron” olarak ifade edilmiştir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’nde ise müteahhit, aracı, diğer işveren, alt işveren gibi kavramlar kullanılmıştır.

Söz konusu kavram farklılığı 4857 sayılı İş Kanununda da devam etmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun “tanımlar” başlığını taşıyan 2. maddesinde söz konusu ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak tanımlanmışken, aynı kanunun 36. maddesinde kamu makamlarının sorumluluğu ile ilgili düzenlemede “müteahhit veya taşeronlar” ifadeleri kullanılmıştır. Aynı durum yargı kararlarına da yansımıştır. Buna göre bazı kararlarda alt işveren, bazılarında taşeron⁵³, bazılarında ikinci işveren⁵⁴, bazılarında ise aracı⁵⁵ terimi kullanılmaktadır. Doktrinde de farklı yazarlarca farklı terimler kullanıldığı görüldüğü gibi, birden fazla terimin bir arada kullanıldığı da görülmektedir. Ancak öğretilde çoğunluk tarafından alt işveren terimi tercih edilmektedir⁵⁶.

Doktrinde ve yargı kararlarında söz konusu terimler çoğunlukla aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır⁵⁷. Öğretilde bir görüşe göre ise, 4857 sayılı Kanunda kullanılan “alt işveren” deyimini, uygulamada kullanılan “müteahhit”, “taşeron”, “aracı”, “alt yüklenici” deyimlerini kapsayacak şekilde kullanılmıştır⁵⁸. Bununla birlikte bu terimlerin her zaman aynı kavramı ifade etmediği de iddia edilmektedir⁵⁹.

⁵² RG 1.11.1988, S. 19976

⁵³ Y10HD, 25.04.1995, 3715/4022 (YKD, Ekim 1995, C.21, S.10, 1559-1563).

⁵⁴ Y11HD, 8.3.1994, 5261/2091 (YKD, Ağustos 1994, C.20, S.8, 1281-1284).

⁵⁵ Y21HD, 14.10.1996, 3281/5643 (Resul Kurt, Usul ve Esaslar, 209-210).

⁵⁶ Çelik, 43. Güzel, Alt İşveren, 31 vd. Çankaya, 16. Alt işveren deyiminin kullanılmasının daha isabetli olduğu yönünde görüşü için bkz. Çifter, 25.

⁵⁷ Çelik, 43. Güzel, Alt İşveren, 38- 39. Oğuzman, 11. Esener, 78.

⁵⁸ Güzel, Alt İşveren, 39. Aksi yönde Şen, Alt İşverenlik, 72, dn.2

⁵⁹ Şen, Alt İşverenlik, 72, dn. 2. Canbolat, 8 vd.

a) Müteahhit (Yüklenici) Terimi

Özellikle alt işveren kavramı ile kimi yerde aynı anlamda kullanılan müteahhit ve alt müteahhit kavramları farklı anlamlara sahiptir⁶⁰. Müteahhit, aslen Arapça bir kelime olup sözlükte “yüklenici” olarak tanımlanmaktadır⁶¹. Yüklenici kelimesinin sözlük tanımı ise, “başkası için yapı ve ticaretle ilgili bir i  i yapmayı üstüne alan kimse, müteahhit, üstenci”⁶² şeklindedir.

Borçlar Kanununun 355. maddesinde “*  stisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (i   sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*” hükmü yer almaktadır. Bu madde uyarınca “bir şeyin imalini üstlenen tarafa” müteahhit denildiği anla  ılmaktadır⁶³. Diğer bir ifadeyle Borçlar Kanunu anlamında müteahhit, “iş sahibine ücret karşılığında –istisna sözleşmesine göre- bir i   (eser) yapmayı taahhüt eden kişi”dir. Devlet İhale Kanunu 4. maddesinde ise müteahhit, “  zerine ihale yapılan istekli veya istekliler” olarak ifade edilmiştir. Mevzuatta yer alan bu tanımlar da dikkate alınarak doktrinde müteahhitlerin, “aldıkları i  i sonuçlandırmakla yükümlü kişiler” oldukları belirtilmi  tir⁶⁴.

Borçlar Kanunu anlamında müteahhitten söz edebilmek için, aradaki ili  şkinin istisna (eser) sözleşmesine dayanması gerektiği anlaşılmaktadır. Oysa alt işverenlik ili  şkisi genellikle istisna sözleşmesine dayanmakla birlikte bu konuda bir zorunluluk olmadığı; kira, taşıma gibi sözleşmelerle de kurulabileceği kabul edilmektedir⁶⁵.

⁶⁰ Bu sebeple İş Kanununa eklenen 8. ve 9. fıkralarda kullanılan “yüklenici” ve “müteahhit” deyimlerinin isabetli olmadığı yönünde bkz. Süzek, 2008, 164. Ekonomi, Alt İşveren, 24, 26. Gerek, Kamu Kuruluşları, 83. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. A  a.     nc   Bölüm,   3, I.

⁶¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Ankara 2005, 1442.

⁶² Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Ankara 2005, 2205. Tunçomağ ve Centel’e göre işveren, çoğu zaman bir m  teahhittir. Buna göre “müteahhit” (ısmarlanan) BK 356/2 uyarınca, i  in niteliği gereği ki  işel becerinin önem taşımadığı durumlarda, yüklendiği i  i bir “alt müteahhide” yaptırabilir (Tunçomağ/Centel, 58).

⁶³ Ekonomi, Alt İşveren, 25. Ekonomi, Borçlar Kanunu uyarınca eser sözleşmesinde bir üretimi üstlenen tarafa müteahhit denildiğini fakat uygulamada bunun yerine “yüklenici”, “ta  şeron” veya “alt işveren” kavramlarının kullanıldığını belirtmektedir (Ekonomi, Alt İşveren, 24, dn.11).

⁶⁴ Gerek/ Oral, Belediye, 30. Başka bir tanım için bkz.   ankaya/  il, 2009, 23.

⁶⁵ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İli  şkisi, 13. Arıcı, 486. Canbolat, 9. Akyiğit,   erh, C.1, 90, 99. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 1, 4. Güzel, Alt İşveren, 38. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11. Aynı yazar, Alt İşveren, 25. Ulucan, Değerlendirme 1996, 15. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İli  şkisi, 17. Taşkent, 363. Kaplan, 221. Kılıçoğlu/  enocak, C.1, 66.   nsal, 539. Aydın  ı, Koruma Yükümlülükleri, 179.   ankaya, 19. Çifter, 27. Yüksel, 48. Yerel bir mahkeme isabetsiz olarak, 506 sayılı Kanunda “aracı” kavramı ile ilgili olarak verdiği bir kararda, asıl i  in *ihale ile veya kira sözleşmesi ile* başka bir i  şverene verilmesi durumunda alt işveren ili  şkisinin söz konusu olmayacağı sonucuna varmıştır. Yüksek mahkeme ise isabetli olarak, 4857 sayılı kanunda “alt işveren”, 506 sayılı yasada “aracı” olarak tanımlanan kişi ile asıl işveren arasındaki s  zle  şmenin hukuki niteliğinin, alt işveren ili  şkisinin

Öte yandan müteahhit aldığı işin tamamını bizzat –işçi çalıştırmaksızın- kendisi yapabileceği gibi, kendi idare ve kontrolü altında başkasına da yaptırabilir ya da işin bir bölümünü kendisi yaparken bir bölümünü başkasına yaptırabilir⁶⁶. Nitekim BK 356/2 hükmüne göre “Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir”.

Müteahhidin işin tamamını kendisi yapması ve o işte asıl iş sahibinin hiçbir işçisinin çalışmaması uygulamada “işin anahtar teslimi verilmesi” şeklinde ifade edilmekte ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin konusunun dışında kalmaktadır. Nitekim böyle bir durumda ancak alelade asıl iş sahibi-müteahhit ilişkisinden (veya eser sözleşmesi ilişkisinden) söz edilebilir⁶⁷. Bununla birlikte müteahhit işin bir bölümünü kendisi yaparken diğer bir bölümünü başka bir işverene yaptırmaktaysa veya yardımcı işleri başka bir işverene verirse, müteahhidin asıl işveren, iş verdiği kişinin de alt işveren olduğundan söz edilebilecektir⁶⁸. Bu konuda diğer bir olasılık, müteahhidin iş sahibinden aldığı ve iş sahibinin herhangi bir işçisinin çalışmadığı işte kendi işçileriyle iş yapmasıdır. Bu durumda da bir alt işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği, müteahhidin çalıştırdığı işçilerin ancak “istisna akdi işçisi” olarak adlandırılabilir⁶⁹. Öte yandan müteahhit, işi asıl iş sahibinin işyerinde kendine bağlı işçilerle yerine getiriyor ve o işte asıl iş sahibinin de işçileri çalışıyorsa bu sefer de asıl iş sahibinin “asıl işveren” müteahhidinse “alt işveren” olduğundan söz edilebilir⁷⁰.

Bu konudaki diğer bir fark, müteahhidin (yüklenici) –sözgelimi hazır yemek servisi yapmak üzere ihale alan bir yüklenicide olduğu gibi- kendisine ait işyerlerinden de üstlendiği hizmeti yerine getirebilmesidir⁷¹. Oysa aşağıda da

doğumunda önem taşımadığı tespitini yaparak anılan mahkeme kararını bozmuştur (Y21HD, 21.6.2005, 791/6574, Legal, 2006, S.10, 733).

⁶⁶ Gerek/ Oral, Belediye, 30. Gerek, Kamu Kuruluşları, 83.

⁶⁷ Gerek/Oral, Belediye, 30. Gerek, Kamu Kuruluşları, 83. Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 15. Güzel, Alt İşveren, 39. Ekonomi, Alt İşveren, 28, 95, 96, Şahlanan, Kavram, 191. Mollamahmutoğlu, 167. Alpagut, Yeni Yapılanma, 16. Akyiğit, Şerh, C.1, 87. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 1. Taşkent, Alt İşveren, 363.

⁶⁸ Gerek, Kamu Kuruluşları, 83.

⁶⁹ Akyiğit, Şerh, C.1, 88.

⁷⁰ Oysa bir görüşe göre, işin sadece bir bölümünün ihaleye verilmesi ve ihaleye veren asıl iş sahibinin ihaleye verilmeyen işleri kendi işçileriyle yapan işveren sıfatını koruması durumunda, asıl işveren- alt işveren ilişkisi ortaya çıkar. Bu durumda ise, ihaleyle işi alan kişi müteahhit değil, alt işveren sıfatını taşır (Gerek/Oral, Belediye, 30. Gerek, Kamu Kuruluşları, 83. Şen, Tanım, 17).

⁷¹ Gerek, Kamu Kuruluşları, 84.

inceleneyeceği gibi alt işverenin işi asıl işverenin işyerinde görmesi alt işveren ilişkisinin unsurlarından biridir⁷².

Öte yandan doktrinde, müteahhidin iş sahibine karşı işin tamamından sorumlu olduğu; buna karşılık alt işverenin asıl iş sahibine karşı bir sorumluluğu olmadığı ileri sürülmektedir. Buna göre alt işverenin özelliği, asıl işin bir bölümünü üstlenmek olduğundan asıl iş sahibine karşı işin tümünden değil, asıl işin bir bölümünden (veya yardımcı işlerinden) sorumludur⁷³. Diğer bir yazara göre de, işin tamamı ihale ediliyorsa sözleşmeye taraf olan kişi müteahhit, bir kısmı ihale ediliyorsa sözleşmeye taraf olan kişi veya kuruluş alt işveren sayılır⁷⁴.

Diğer bir yazara göre ise müteahhit, “asıl işverenden işi ilk, daha kapsamlı olarak alan” kişi iken, alt işveren (taşeron) “iş doğrudan asıl işverenden değil, onun izniyle müteahhitten alan ve onun üstlendiği asıl işin veya yardımcı işin bir kısmını alan diğer alt işverenleri anlatan bir deyimdir”⁷⁵. Böylece bu yazara göre alt işveren ile müteahhit aracılığıyla bir ilişki kurulmakla birlikte; asıl işveren ile hem müteahhit (doğrudan) ve hem de alt işveren (dolaylı) arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Bunun sonucu alt işveren işçilerinin haklarından alt işveren, müteahhit ve asıl işverenin birlikte (müteselsilen) sorumlu olmasıdır⁷⁶. Ancak böyle bir sonuç, ancak asıl işveren-müteahhit (alt işveren) ve müteahhit-alt işveren arasında İK 2/6’da aranan şartlara uygun bir ilişki kurulması halinde söz konusu olur⁷⁷.

Kanımıza göre müteahhit sıfatının kazanılması için mutlaka işin tamamının alınması gerekli değildir. İşin bir kısmını alan kişi de, müteahhit sayılabilir. Ayrıca, salt “müteahhit” sıfatına sahip olmak, “alt işveren” sayılmamayı gerektirmez. Nitekim Devlet İhale Kanununun 4. maddesinde işin ne kadarının üstlenildiği üzerinde durulmaksızın, “üzerine ihale yapılan istekli veya istekliler” “müteahhit” olarak tanımlanmıştır. Öte yandan, alt işverenin işi doğrudan asıl işverenden alması mümkün olduğu gibi, asıl işverenin alt işverenle müteahhit aracılığıyla ilişki kurması da mecburi değildir. Bu durum, bu konuda gerçekleştirilecek ve yukarıda açıkladığımız olasılıklardan yalnızca birini yansıtmaktadır.

⁷² Bkz. Aşa. §3, II.

⁷³ Çankaya/Çil, 2009, 18. Şen, Tanım, 17.

⁷⁴ Şen, Tanım, 17.

⁷⁵ Ekonomi, Alt İşveren, 25-26.

⁷⁶ Ekonomi, Alt İşveren, 26.

⁷⁷ Ekonomi, Alt İşveren, 26.

b) Alt Müteahhit (Alt Yüklenici) -Alt İsmarlanan Terimleri

Alt müteahhit (alt yüklenici) ile alt işveren kavramları da bazen aynı anlamda kullanılmalarına rağmen, her zaman aynı anlamı ifade etmez. Nitekim alt müteahhit, müteahhitlerden i  alan kişiler için kullanılmaktadır⁷⁸. Diğer bir deyişle alt müteahhit olabilmek için sadece bir başka “müteahhitten” i  almak gerekli ve yeterlidir⁷⁹. Bu durumda i i asıl sahibinden alan müteahhit ise, asıl müteahhit (ilk müteahhit) olarak adlandırılır⁸⁰. Öte yandan alt müteahhit, “m teahhitte yaptığı bir eser sözleşmesiyle, müteahhidin (asıl) iş sahibine karşı borçlandığı için bir kısmını veya tamamının yerine getirilmesini taahhüt eden kişidir”⁸¹.

Oysaki asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin eser sözleşmesine dayanması zorunlu olmadığı gibi, asıl işverenin o işte çalıştırdığı i  i bulunmaksızın i in tamamının üstlenilmesi durumunda alt işverenlik ilişkisinden söz edilmez. Ayrıca, alt işverenin iş aldığı (asıl) işverenin “müteahhit” olması da zorunlu deėildir⁸². Buna göre alt işveren, i i müteahhit yerine doğrudan doğruya asıl iş sahibinden de alabilir⁸³.

⁷⁸ Canbolat, 9. Akyiğit,  erh, C.1, 91, dn. 156. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 7, dn.21. Müteahhit, -eğer söz konusu i  kişisel beceriyi gerektirmiyorsa veya aksi sözleşmede belirtilmişse- i in tamamını veya bir bölümünü kendi hesabına ve bağımsız çalışan başka müteahhitlere bırakabilir. Bu durumda i in bırakıldığı müteahhitlere “alt müteahhit” denir ve müteahhit ile alt müteahhit arasındaki “alt müteahhitlik ilişkisi” de bir “eser (istisna) sözleşmesi”ne dayanır (Zevkliler, 314. Aynı yönde bkz. Aral, 340). Böyle bir durumda ısmarlayanla alt müteahhit arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, kural olarak ısmarlayan, müteahhide karşı ileri sürebileceği hakları alt müteahhide karşı ileri süremeyeceği gibi, alt müteahhit de müteahhide karşı ileri sürebileceği hakları ısmarlayana karşı ileri süremez. Bununla birlikte müteahhit, alt müteahhidi seçmekte ve ona talimat vermekte  zen göstermelidir, aksi takdirde alt müteahhidin sözleşmeye aykırı davranışlarından doğacak zararı müteahhit ödemek zorundadır (Zevkliler, 314. Aral, 341-342).

⁷⁹ Akyiğit,  erh, C.1, 91, dn. 156. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 7, dn.21.

⁸⁰ Akyiğit,  erh, C.1, 91, dn.156. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 7, dn.21 Tunçomağ/Centel, 58 vd. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yalçınduran, 27 vd. Doktrinde halen bazı yazarlarca, asıl işveren yerine asıl müteahhit, alt işveren yerine de alt müteahhit terimlerinin tercih edildiği görülmektedir (Tunçomağ/Centel, 58-59).

⁸¹ Aral, 339.

⁸² Canbolat, 9. Akyiğit,  erh, C.1, 91, dn. 156. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 7, dn.21.

⁸³ Gerek/Oral, Belediye, 30. Canbolat, 9. Öğretide Alman hukukunda yer alan fakat bizim hukukumuzda düzenlenmemiş olan “tali m te ebbislik ilişkisi” ile alt işveren ilişkisi farklı olduğu belirtilmektedir. Buna göre tali m te ebbislik ilişkisi alt işveren ilişkisine göre daha dar bir kavramı ifade etmektedir. Tali m te ebbislik ilişkisinde i in sahibi (ısmarlayan) ve ona karşı belirli bir projeyi gerçekleştirmeyi taahhüt eden müteşebbis olarak asıl müteşebbis ve bu asıl müteşebbisin yapmakla yükümlü olduğu projenin bir kısmını onunla yaptığı bir sözleşmeyle bizzat kendi personeliyle yerine getirmeyi taahhüt eden bir müteşebbisin (tali müteşebbis) varlığı şarttır. Böyle bir ilişki bazen alt işveren ilişkisi teşkil edebileceği gibi, etmemesi de mümkündür. Zira Türk hukukunda araya bir üçüncü kişi girmeden de -diğer unsurların bulunması şartıyla- alt işveren ilişkisinden söz edilebilir.

Doktrinde -daha nadir olarak da olsa- konuyla ilgili olarak kullanılan diğer bir deyim “alt ısmarlanan”dır⁸⁴. Bununla birlikte bu tabirin de alt işverenliği her zaman karşılamayacağı isabetli olarak belirtilmektedir. Buna göre ısmarlanan terimi, “bir kimsenin bir başkası için, aralarındaki istisna akdine uygun olarak bir eser meydana getirmesi” durumu için, diğer bir deyişle “müteahhit”leri ifade etmek için kullanılmaktadır⁸⁵. Oysa yukarıda da belirttiğimiz üzere, asıl işverenin ısmarlanan olması zorunlu olmadığı gibi⁸⁶, ısmarlanandan (müteahhitten) iş alan her kişi de “alt işveren” değildir.

c)Taşeron Terimi

Taşeron aslen Fransızca bir kelime olup Fransızca’da “tache” “iş, görev” anlamına gelmektedir⁸⁷. “Tacheron” ise, “verimsiz işleri yapan kimse” veya “bina inşaatında bina sahibinin maktu bir ücret karşılığı iş verdiği kimse” gibi anlamlar taşımaktadır⁸⁸. Türk Dil Kurumu sözlüğünde taşeron, “Büyük bir işin bir bölümünü yaptırmayı, asıl müteahhitten kendi üzerine alan ikinci müteahhit” şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁹.

Başlangıçta uygulamada taşeron kelimesi daha çok inşaat işlerinde alt işvereni ifade etmek için kullanılırken⁹⁰, bazen müteahhit ile aynı anlamda, çoğunlukla ise alt işverenle aynı anlamı ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁹¹. Bu sebeple doktrinde uygulamada kullanılan her “taşeron” sözcüğünün, İş Kanunu anlamında “alt işveren”

Öte yandan yazara göre Türk hukukunda Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde de bu tür bir müteşebbis “taşeron” adıyla bulunmaktadır (Akyiğit, Ödünç İş, 68-69. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 2).

⁸⁴ Tunçomağ, 103.

⁸⁵ Canbolat, 9-10. Tunçomağ/Centel, 58.

⁸⁶ Nitekim Tunçomağ da, “işverenin çoğu zaman bir ısmarlanan (müteahhit) olduğunu” belirtmektedir (Tunçomağ, 105).

⁸⁷ Tahsin Saraç, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, 1356.

⁸⁸ Güzel, Alt İşveren, 41’den naklen.

⁸⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Ankara 2005, 1915.

⁹⁰ Ekonomi, Alt İşveren, 25. Fransız Hukukunda konuyu tarihsel açıdan ele alan bir kaynağa göre, alt işverenliğin yasadışı formu olan marşandaj, “bir girişimcinin, işçiyi işe almak ve yönetmek konusunda sorumlu olan *taşeron* bir iş vermesi”dir (Harison, 453). “Taşeron” ise, işçileri işe alan ve onlara az ödeme yaparak onları sömüren yasadışı bir alt işveren olarak tanımlanmaktadır (Harison, 468). Gerçekten de Fransa’da inşaat şantiyelerinde inşaat sahibi, inşaat işinin yapılması amacıyla işçilerin işe alınması ve yönetimini bir taşeronla vermekte böylece de inşaat sahibi inşaat işinin ilerleyen her aşamasında gerekli personeli sağlama imkanına kavuşmaktaydı (Güzel, Alt İşveren, 41).

⁹¹ Ekonomi, Alt İşveren, 25. Demir, Başlıca Yenilikler, 89. Uygulamada, esas iş sahibine karşı ücret karşılığında bir iş yapmayı taahhüt eden tüzel kişiliğe ‘müteahhit’ veya ‘yüklenici’, yükleniciye karşı işin bir kısmını veya tamamını üstlenen kişi veya kuruma da ‘alt işveren’, ‘alt yüklenici’ veya daha yaygın olarak ‘taşeron’ denilmektedir (Kutay, 35).

olarak kabul edilmesinin ve onun işçilerinin haklarından asıl işvereni birlikte sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir⁹².

Görüldüğü gibi taşeron deyimi bazen, başkasına karşı istisna akdiyle bir inşaatın yapımını üstlenen kişi için, bazen de müteahhit ile aynı anlamda kullanılmaktadır⁹³. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere alt işverenlik ilişkisinin istisna akdine dayanması zorunlu olmadığı gibi, alt işverenin üstlendiği işin inşaat işi olması da aranmaz. Yine doktrinde, taşeron sıfatının kazanılması için, bir inşaat işinin taahhüt edilmesinin yeterli olduğu, üstlenilen işte işçi çalıştırılmasının zorunlu olmadığı belirtilmektedir⁹⁴. Oysa alt işveren sıfatının kazanılması için o işte işçi çalıştırılması zorunludur.

Öte yandan doktrinde bir yazar, alt işverenin aldığı işi başka bir işverene vermesi durumunda alt işverenden iş alanın, işin asıl sahibi asıl işveren karşısındaki konumunun *müteahhitlik* yahut *taşeronluktan* ibaret olduğunu ve bu ilişkinin iş hukukunu ilgilendirmedğini belirterek, taşeronluğu farklı bir kavram olarak ortaya koymuştur⁹⁵.

d) Aracı Terimi

Uygulamada alt işvereni ifade etmek üzere ve bazen farklı anlamda olmak üzere kullanılan tabirlerden bir diğeri “aracı”dır. Gerçekten de bu tabire uygulamada rastlanıldığı gibi, 3008 sayılı Kanunun 1950 yılında 5518 sayılı Kanunla değiştirilen ilgili hükmünde de “aracı” tabiri kullanılmıştır. Ancak 1967 yılında 931 sayılı Kanuna ve ardından 1971 yılında çıkarılan 1475 sayılı Kanuna söz konusu deyim alınmamıştır. Bu durumun sebebi 931 sayılı Kanun gerekçesinde açıklanmış ve “....Ancak metindeki aracı tabirinin tatbikatta doğurduğu karışıklık göz önünde tutularak bu tabir tasarıya alınmamıştır” denilmiştir⁹⁶. Yine yürürlükten kaldırılan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 87. maddesinde “aracı” deyimi kullanılmıştır.

Aracı terimi de alt işveren kavramını ifade etmekte yeterli değildir. Nitekim doktrinde de isabetli olarak ifade edildiği gibi bir işverenden iş alan kimsenin esas

⁹² Demir, Başlıca Yenilikler, 91.

⁹³ Canbolat, 8-9.

⁹⁴ Canbolat, 9.

⁹⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 99. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, § 5.

⁹⁶ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 54

fonksiyonu asıl işverenin işinin görülmesi için aracılık etmek değil, aldığı işi kendine bağlı olarak çalışan işçileriyle yerine getirmektedir⁹⁷. Öte yandan, aracı teriminin tamamen farklı bir hukuki kurum olan iş aracılığı sözleşmesiyle karıştırılması olasılığı bulunmaktadır⁹⁸.

II. Karşılaştırmalı Hukukta Alt İşveren Kavramı

Karşılaştırmalı hukukta alt işveren ilişkisine ve dolayısıyla asıl işveren, alt işveren kavramlarına verilen anlamlar, ulusal hukukların düzenlemeleri doğrultusunda birbirinden farklılıklar arz etmektedir. Örneğin Fransız Hukukunda alt işverenliğin yasal formu ve yasadışı formu, birbirinden farklı kavramlarla ayrılmaktadır. Buna göre marşandaj (*marchandage*), alt işverenliğin yasadışı formu olup emek ticareti kapsamında ele alınmaktadır⁹⁹. Bu bağlamda Fransız hukukunda *marşandaj, ücretlerin düşürülmesi, hukuk kurallarının, sözleşme hükümlerinin ve toplu iş sözleşmesinin uygulanmasının engellenmesi yoluyla kazanç sağlanması*¹⁰⁰. Yasal açıdan geçerli kabul edilen alt işverenlik sözleşmesi ise, bir müteahhitin (alt işverenin), kendine ait araçlarla, belirli, objektif, net olarak tanımlanmış ve götürü bir biçimde ücretlendirilen bir işi, tam bağımsız olarak yürütmeyi¹⁰¹ üstlendiği sözleşmedir¹⁰². Diğer bir tanıma göre ise, “geçerli alt işveren sözleşmesi”, bir işverenin diğer sözleşme tarafına belirli bir işi veya hizmeti, kendi yönetimi ve sorumluluğu altındaki kendine bağlı çalışan işçilerle gerçekleştirmeyi üstlendiği ve

⁹⁷ Canbolat, 10. Bu konuda kullanılan diğer bir kavram olan “tali işveren” tabiri de tali işverenin gerçek işveren olmadığı izlenimini uyandırdığından uygun görülmemektedir. Zira alt işveren de kendi işçilerine karşı tüm hak ve yükümlülükleriyle işveren konumundadır (Canbolat, 10-11).

⁹⁸ İki kurum arasındaki farklılıklar için bkz. Aşa, §4, IV.

⁹⁹ Harison, 451. Houwezijl/Peters, 1 vd. Bir kaynağa göre “ marşandaj”, bir girişimcinin, işçiyi işe almak ve yönetmek konusunda sorumlu olan taşeron (yükleniciye) bir iş vermesidir. Alt işveren ise, (sous-enpreneur) işçileri işe alan ve işi kendisi yönetmeyen yasal bir alt işveren anlamına gelmektedir. Harison, 453. 19. yy. Paris jargonunda bu kavram, “bir işçinin sözleşmeyle güvencede olduğu, fakat işi diğer işçilerin yaptığı bir sözleşme”dir (Harison, 453).

¹⁰⁰ Olivier, 33. Houwerzijl/Peters, 3 vd. Bu anlamda Olivier, Fransız hukukundaki yasaklamanın İtalyan hukukuna göre dar olduğuna dikkat çekmektedir (Olivier, 34).

¹⁰¹ Burada belirtilen “iş bağımsız olarak yürütmek”, bilhassa işçiler üzerindeki otoriteyi (yönetim yetkisini) kapsamaktadır (Olivier, 38). Mahkemenin verdiği bir kararda, alt işverenin asıl işverene sunduğu tek şeyin işçilerinin emeği (çalışması) olması, alt işverenin hiçbir organizasyona sahip olmaması, beceri gerektiren hiçbir özgün bir işi yürütmemesi gerekçeleriyle, olayda yasadışı geçici iş ilişkisi bulunduğu sonucuna varılmıştır (Crim., 22 Nov. 1988, Verdier/Couret/Souriac, 66). Gerçekten de “gerçek” alt işverenin özelliği bağımsız bir biçimde riskleri kendine ait olmak üzere çalışmasıdır (Rivero/Savatier, 276).

¹⁰² Olivier, 38.

işin (ya da hizmetin) karşılığının “götürü” bir biçimde belirlendiği anlaşmayı ifade etmektedir¹⁰³.

İtalyan hukukunda konuyla ilgili olarak, asıl işveren üzerinden yapılan bir tanıma rastlanılmaktadır. Buna göre asıl işveren, işyeri sınırları içinde işleri veya hizmetleri yürütmesi için, gerçek bir organizasyona ve yönetime sahip bir (alt) işverene iş veren ve alt işverenin işçilerine karşı kendi işçilerine uygulanan (ücretler ve normatif açıdan) daha aşağıda olmayan işlemde bulunmak hususunda alt işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olan kişidir¹⁰⁴. Söz konusu tanımda özellikle, alt işverenin gerçek bir organizasyona ve yönetime sahip olma niteliği vurgulanmıştır.

Alman hukukunda ise, alt işverenliğin yasal bir tanımı bulunmamakla birlikte doktrinde şu şekilde bir tanıma rastlanmaktadır: “alt işverenin, asıl işverenin işletmesinin bir kısmında veya asıl işverenin özellik gösteren ya da uzmanlık isteyen bir işinde istisna ya da hizmet sözleşmesi altında kendi işçileri ile işin yapılmasının sorumluluğunu üstlenmesidir”¹⁰⁵.

İngilizce “subcontracting” (alt işverenlik) olarak ifade edilen kavram ise, oldukça genel bir anlamda kullanılmaktadır¹⁰⁶⁻¹⁰⁷. Buna göre, alt işveren (*sub-contractor*), “belirli bir işin veya hizmetin yerine getirilmesi için asıl işverenle sözleşme imzalayan taraf”tır¹⁰⁸. Görüldüğü gibi, bu tanımda işin nerede görüldüğü,

¹⁰³ Verdier/Couret/Souriac, 66. Daha eski bir tarihte yapılan bir tanıma göre alt işverenlik, alt işverenin alt işverenlik sözleşmesi ile bir işin yürütümünü kendi işçileriyle gerçekleştirmeyi üstlenmesidir (Rivero/Savatier, 276). Diğer bir tanıma göre, ticari veya endüstriyel bir işyeri sahibinin, belirli bir işin yapılması veya belirli hizmetlerin yürütülmesi için bir müteahhitle sözleşme imzalamasıdır (Claviere/Lafarge/Schiele).

¹⁰⁴ Olivier, 66.

¹⁰⁵ Aydın, Alt İşveren, 160’dan naklen.

¹⁰⁶ Başkaya/Ördek, 31.

¹⁰⁷ Aslında Türk hukukundakine benzer bir kavram bolluğu ve kargaşası yabancı hukuklarda da görülmektedir. Bu doğrultuda, İngilizce olarak “contracting out”, “externalization”, “outsourcing”, “precarious work (employment)”, “contract work” “contract labour” “service contracting” gibi kavramlar, kimi zaman aynı kimi zaman benzer durumları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü de kavramların çokluğundan kaynaklanan belirsizliğe dikkat çekmektedir (ILO, 8). Örneğin “contract work” veya “contract labour” bazı durumlarda korumadan yoksun olan bağımsız çalışanları (dependent/self-employed workers) ifade için kullanılırken, bazı durumlarda alt işveren tarafından çalıştırılan işçiler için kullanılmaktadır (ILO, 7). Yine, Avrupa Birliği Adalet Divanı nezdinde “işyeri bölümü devri” olarak değerlendirilen pek çok durum, Türk hukuku açısından “alt işveren ilişkisi” olarak kabul edilmektedir.

¹⁰⁸ Terry and Dickens, 191. Diğer bir tanıma göre “subcontractor”, ürün veya hizmet sağlayan bağımsız işletmelerdir (Axelrod, 853). Axelrod, bu tanımın yakın zamanlara kadar geçerli olduğunu, alt işverenlerin artık yalnızca ürün veya hizmet sağlamadığını aynı zamanda işçi (çalışan) de sağladığını belirtmektedir (Axelrod, 853-854). Bu son anılan durum “işçi leasing firması” (employee leasing firm) olarak da adlandırılmaktadır. İşçi leasing firmasının sağladığı avantajlar, daha ucuz

hangi nedenlerle verildiği¹⁰⁹, işçilerin münhasıran o işyerinde çalışıp çalışmaması gibi unsurlara yer verilmemiştir¹¹⁰. Buna göre parça başına iş yapan (götürü iş- contract work) şirketlerin işçileri, işi asıl işverenin işyerinde ve işyerinin dışında gerçekleştirebilirler¹¹¹.

III. Alt İşverenlik İlişkisinin Kurulma Amaçları

Alt işverenlik uygulamasının geçmişinin eskilere, kapitalizm öncesi manifaktür üretim biçimine¹¹² kadar uzandığı, son yıllardaki yaygınlaşmasının ise aslında alt işverenliğin “yeniden keşfi” olduğu belirtilmektedir¹¹³. Bu yeniden keşfin ve yaygınlaşmanın pek çok sebebi bulunmaktadır.

Bu sebeplerden biri, belirli bir büyüklüğün üzerindeki işletmelerin -işlerin tek elden yürütümünün güçleşmesi ve verimli olmaması gibi nedenlerle- hem işletme giderlerini azaltmak hem de seri ve kaliteli üretimi gerçekleştirmek için merkezi yönetimi ve temel üretim ünitesini ellerinde tutarak diğer bazı işleri alt işverenlere bırakmayı yararlı görmeleridir¹¹⁴. Buna göre, işin kendine bağlı işçiler yerine alt işveren ilişkisi ile yerine getirilmesi çeşitli nedenlerle daha ekonomik bulunmaktadır¹¹⁵. Örneğin, işveren kendi olanaklarıyla daha pahalıya yapabileceği

olması, daha az bürokrasi, işçi sayısına bağlı bazı yükümlülüklerden kurtulma ve işçilerin genellikle sendikasızm olmalarıdır (Axelrod, 853-854).

¹⁰⁹ Asıl işveren temizlik gibi yardımcı işleri alt işverene verebileceği gibi, üretimin tamamlayıcı bir parçasını da alt işverene verebilir (Axelrod, 853-854).

¹¹⁰ Asıl işveren üstlendiği işi, işçilerini “yarı-kalıcı” bir şekilde söz konusu işe tahsis ederek gerçekleştirebileceği gibi, birçok müşteri nezdinde dönüşümlü çalıştırarak ya da farklı müşteriler için farklı takımlar oluşturarak gerçekleştirebilir (Axelrod, 853-854).

¹¹¹ Kalleberg, 350. Bununla birlikte bir kaynağa göre Türk hukukundakinin aksine söz konusu iş, “işyeri dışında” gerçekleştirildiğinde “alt işverenlik” (subcontracting) olarak tanımlanmaktadır (Purcell/Purcell, 50. Kalleberg, 350).

¹¹² Fabrika üretim sisteminin ilk aşaması olan manifaktür üretim aşamasında, büyük atölyeler işi doğrudan “eve iş verme” sistemiyle ya da “alt işveren” zinciri aracılığıyla küçük atölyelere yaptırmışlardır. Fabrika üretim sistemine geçildiğinde de eve iş verme ve alt işverenlik benzer üretim biçimleri olarak varlığını sürdürmüşlerdir (Şen, Alt İşverenlik, 74). Eve iş verme sisteminin varlığına bugün de rastlanmaktadır (Başkaya/Ördek, 32). Ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, Alt İşverenlik, 73 vd. Başkaya/Ördek, 32-33.

¹¹³ Özveri, 384. Şen, Alt İşverenlik, 73.

¹¹⁴ Akı, 17. Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 16. Gerek/Oral, 29. Çankaya/Çil, 2009, 15-16. Şirketler özellikle ana faaliyet alanları dışında kalan faaliyetlerini dıştan sağladıklarında, ana faaliyetleri üzerine yoğunlaşarak zaman ve kaynak tasarrufu sağlarlar (Ekin, 116).

¹¹⁵ Bu durum “ekonomik taşeronluk” olarak tanımlanmaktadır (Şen, Taşeronluk, 13- 14). Alt işverenliğin bir maliyet avantajı sağladığı yönünde bkz. Mayhew/Quinlan, 193.

bir işi, çeşitli nedenlerle¹¹⁶⁻¹¹⁷ daha düşük maliyetle yapabilecek başka bir kuruluşa verebilmektedir.

Diğer bir sebep, küçük işletmelerin (KOBİ) teşvik edilmesiyle bu işletmelerin artması ve bu işletmelerin artan maliyet baskısıyla kayıtdışı, sendikasız, ucuz işgücüne yönelmeleri ve esnek üretim sürecinin bir parçası olarak alt işverenlik uygulamasının “işgücü piyasasının bölünmesi (parçalanması, esnekleştirilmesi) hedefine” olanak sağlamasıdır¹¹⁸. Buna göre alt işverenlik ilişkisinin kurulma amaçlarından bir diğeri, sendikal örgütlenmeyi engellemek, çeşitli yasal yükümlülüklerden kurtulmak, ucuz işgücü sağlamak olarak ortaya çıkmaktadır¹¹⁹.

¹¹⁶ Alt işverenler genelde küçük işletmelerdir. Çünkü özellikle küçük alt işveren firmalar genel giderlerinin ve yönetim giderlerinin daha düşük olması nedeniyle önemli avantajlara sahip olabilirler. Bazen küçük firmaların maliyetlerinin düşük olması düşük kar oranı ile çalışmayı kabul etmelerinden veya yanlış maliyet hesaplamalarından kaynaklanabilir. Öte yandan, firma dışında yaptırılan üretim ya da hizmetin firma içinde yapılması için ölçek ekonomisine uygun olmayan yatırımlar gerekebilir. Bu şekilde nedenleri ne olursa olsun, “ana firmanın işgücü ve malzeme maliyetlerinden oluşan fabrika maliyeti ile küçük firmaların önerdikleri fiyat arasındaki fark”, alt işverenliğin ekonomik olmasının temel nedenidir (Şen, Alt İşverenlik, 76-77. Ekin, 73 vd). Diğer bir yazara göre, belirli bir işi kendi işçileriyle yapmak yerine alt işveren aracılığıyla yapmanın daha ucuz olmasının nedeni, alt işverenin o konuda özel uzmanlığa sahip olması veya özel ekipmanlara sahip bulunması olabileceği gibi, alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uymaması, bu konuda gerekli tedbirleri almaması da olabilmektedir (Dau-Schmidt, 883-884). Öte yandan, çok sayıda işçi çalıştırılmasının dezavantajlarından olan idari ve bürokratik işlemlerden kurtulmak, alt işveren ilişkisi kurulmasındaki diğer bir yarardır (TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik, Ankara 1999, 24). Ayrıca birçok ülkede, çalışma yasalarının uygulanmasında, küçük işletmeler açısından istisnalar veya ayrıcalıklar getirilmiştir (Ekin, 75). Gerçekten de Türkiye’de örneğin iş güvencesi kurallarının uygulanma alanı, 30 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleriyle sınırlanmıştır (İK m.18). Öte yandan Türkiye’de kaçak işçiliğin en yoğun uygulandığı işyerlerinin alt işveren firmalar olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim kaçak işçilikle mücadelede alınacak tedbirler arasında taşeronluk, fason üretim ve götürü işlerin kayıt altına alınması gereği vurgulanmaktadır (Ekin, 80-81).

¹¹⁷ Alt işveren ilişkisinin işverenler açısından sağladığı çeşitli faydalara rağmen, uzun vadede endüstri ilişkilerini zedeleyici, sosyal barışı ve giderek verimliliği düşürücü etkileri de bulunduğu ileri sürülmektedir (Güzel, Taşeron Uygulaması, 9).

¹¹⁸ Özveri, 385. Ekin, 65. Aynı yönde bkz. Watanabe, 56. Burada anlatılmak istenen, üretimin - doğasında var olan- iş bölümü esasına göre parçalara ayrılması değil, üretim sürecinin bir işverene bağımlılık ilişkisi içerisinde birden fazla işyeri arasında paylaştırılmasıdır (Özveri, 385). Bu durumun yarattığı “dual işgücü piyasası” teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hesapçıoğlu, 395-401.

¹¹⁹ Akı, 17. Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 16. Çankaya/Çil, 2009, 15-16. Alt işverenlik, işverenle bir grup işçi arasındaki doğrudan, sözleşmesel ilişkiyi keserek avantaj sağlamaktadır (Becker, 1540). Diğer bir deyişle girişimci için alt işverenlik, işçilerle arasında bir “sosyal mesafe” sağlayarak fayda sağlamaktadır (Harison, 454). Buna göre alt işverenlik, sosyal maliyeti (asıl işverenden) alt işverene transfer etmektedir (Olivier, 11). Aynı yönde Supiot, Transformation of Work, 34. Bu durum, “Enformalleşme Amaçlı Taşeronluk” olarak tanımlanmaktadır (Şen, Taşeronluk, 24). Alt işverenliğin, neo-liberal iktisat politikalarının hakim olduğu günümüz koşullarında işçilerin sendikalaşma ve toplu iş sözleşmesi hakkından yararlanmasını engelleyerek ucuz işgücü kullanmanın en önemli ve en kolay aracı olduğu iddia edilmiştir (Şen, Alt İşverenlik, 72). Çankaya ve Çil, hukuk dışı olarak nitelenen bu amaçların yanı sıra “insan gücü sevk ve idaresinin getireceği yoğunluktan kurtulma” amacını da bu çerçevede değerlendirmiştir (Çankaya/Çil, 2009, 15-16).

Öte yandan, sermaye birikim sürecinde yaşanan krizi aşmak için oluşturulan neo-liberal politikalar çerçevesinde devletin küçültülmesi ve devleti küçültmenin bir yöntemi olarak alt işverenlik kullanılması bu ilişkinin yaygınlaşmasının sebepleri arasındadır¹²⁰. Gerçekten de alt işveren uygulamasının kamu kesimindeki amaçlarından biri, özelleştirmedir. Buna göre alt işverenlik, özelleştirmenin uygulanma yöntemlerinden biri olarak görülmektedir¹²¹.

Alt işverenlik ilişkisinin kullanılması ve yaygınlaşma sebeplerinden bir diğeri teknolojik gelişmeler karşısında işverenin, kendisinde bulunmayan bir teknolojiden, özel bir bilgiden, uzmanlıktan, know-how dan faydalanma isteğidir¹²². Burada asıl işveren kendi olanaklarıyla teknik olarak altından kalkamayacağı bir işi, o işi yapmak için gerekli teknolojiye, bilgiye veya uzmanlığa sahip diğer bir işverene vermektedir.

Alt işverenliğe başvurmanın gerekçelerinden bir diğeri, işverenin üretimi gerekli zamanda yetiştirmesinin kendi işletmesi için olanaksız veya aşırı pahalı olmasıdır¹²³. Bu olanaksızlık; işverenin plansızlığı, makinelerde arıza, işçilerin hastalanması ya da devamsızlığı gibi nedenlerden kaynaklanabileceği gibi kapasitenin üzerinde sipariş alınmasından veya erken teslim tarihi belirlenmesinden kaynaklanabilir¹²⁴.

IV. Türkiye’de Alt İşverenlik İlişkisine Dair Hukuki Düzenlemelerin

Tarihi Gelişimi

Alt işverenlik ilişkisi 1936 yılında 3008 sayılı İş Kanunu ile birlikte hukukumuza girmiştir¹²⁵. Anılan kanunun 1. maddesinin 4. fıkrasına göre, *“işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele etmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldur”*. Görüldüğü gibi bu maddede alt işverenin

¹²⁰ Özveri, 384. Ekin, 55-56. Nitekim 80’li yıllardan önce alt işverenlik uygulaması kamu hizmetlerinde başlamıştır (Özveri, 384).

¹²¹ Bu durum “özelleştirme amaçlı taşeronluk” olarak tanımlanmaktadır (Şen, Taşeronluk, 25).

¹²² Şen, Taşeronluk, 15. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 78-79. Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 16. Gerek/Oral, 29. Göktaş, 97. Watanabe, 56. Kalleberg, 350. Bu durum “uzmanlık taşeronluğu (teknik taşeronluk)” olarak tanımlanmaktadır (Şen, Taşeronluk, 15. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 78-79).

¹²³ Bu durum “kapasite taşeronluğu (talebe bağlı taşeronluk)” olarak tanımlanmaktadır (Şen, Taşeronluk, 16. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 77-78).

¹²⁴ Şen, Taşeronluk, 16. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 77-78. Kalleberg, 350. Ayrıca bkz. Başkaya/Ördek, 39.

¹²⁵ Burada amaç, alt işverenlerin mali güçlerinin ve mali olanaklarının zayıf olması dolayısıyla alt işveren işçilerinin haklarının korunması olmuştur (Arıcı, 486. Şen, Taşeronluk, 33).

sorumluluğuna değinilmeyerek sadece asıl işverenin sorumluluğundan söz edilmiş ve asıl işverenin sorumluluğu için işçilerin “münhasıran” o işyerinde çalışmaları koşulu öngörülmemiştir. Asıl işverenin sorumluluğu ise, alt işverenin (üçüncü şahsın) yapmış olduğu sözleşme şartlarıyla sınırlanmıştır¹²⁶. Bu düzenlemeden alt işveren işçilerine karşı sadece asıl işverenin sorumlu olduğu anlamının çıkması ve bu durumun uygulamada çeşitli sorunlara yol açması üzerine, 1950 yılında 5518 sayılı Kanunla 3008 sayılı Kanunun ilgili hükmü değiştirilmiştir¹²⁷. Hükmün yeni şekline göre *“işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü bir şahsın aracılığıyla işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş iseler, bu aracılar da asıl işverenle müştereken müteselsilen sorumludurlar”*. Görüldüğü gibi bu maddede alt işveren (aracı) işçilerinin faaliyet gösterebilecekleri yerler -aynı iş veya teferruatında (eklentisinde) iş almak şeklinde- belirtilmiş ve asıl işverenle birlikte alt işverenlerin de sorumluluğu açıkça öngörülmüştür¹²⁸.

Öte yandan 1949 tarihinde kabul edilen “Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Mütteallik¹²⁹ 94 Sayılı ILO Sözleşmesi” Türkiye tarafından 1960 yılında onaylanmıştır. Bu sözleşmede kamu kurum ve kuruluşlarının kendi işyerlerinde başka işverenlere iş vermeleri durumunda alt işveren işçilerinin korunması için bunlarla yapacakları sözleşmelere hangi şartları koyacakları düzenlenmiştir¹³⁰. Bu sözleşmeye dayalı olarak 1988 yılında “Kamu

¹²⁶ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 54.

¹²⁷ Çankaya/Çil, 2009, 16. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 54. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 63, dn.33. Gerçekten de maddenin ifadesi çok anlaşılır değildi ve asıl işverenin sorumluluğunun ne tür bir sorumluluk olduğu belirtilmemiştir (Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 63, dn.33. Ayan, 501).

¹²⁸ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 54. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 63, dn.33. Bununla birlikte bu hüküm de çok açık olmadığı, aracının tarifinin yapılmamış olması, birlikte sorumluluğun hukuki mahiyetinin ve kime karşı olduğunun belirtilmemiş olması gerekçeleriyle eleştirilmiştir (Çifter, 25). Saymen, burada sorumluluğun geniş yorumlanarak iş hukukuna giren her türlü mali ve hukuki sorumluluklarda müteselsil sorumluluğun kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur (Saymen, 195 vd). Söz konusu hükmün gerekçesine göre, “bu hükümle aracılardan da asıl işverenle birlikte sorumlu oldukları öngörülmüş; işçi ücretlerinin teminatı kuvvetlendirilmiş, böylece asıl sorumlunun yine asıl işveren olduğu kabul edilmiştir (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 54).

¹²⁹ Bu sözleşme 4.12.1960 tarih ve 161 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir (RG. 21.12.1960). Uluslararası Çalışma Örgütü’nün bu sözleşmeyle ilgili 84 sayılı tavsiye kararı da bulunmaktadır. Öneme karşın bu sözleşmeyi sadece 60 ülkenin onayladığı ve bu ülkelerde dahi yeterince uygulamaya sokulamadığı ve Örgütün bu sözleşmenin onaylanmasını ve uygulanmasını yaygınlaştırmak için öneride bulunmaya hazırlandığı konusunda bkz. Akyiğit, Alt İşverenlik, 2.

¹³⁰ Şahlanan, Kavram, 191. Çifter, 25.

Kuruluşlarında Yaptırılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları ile ilgili Genel Esaslar”¹³¹ başlıklı Bakanlar Kurulu kararı çıkarılmıştır.

1967 yılında 931 sayılı İş Kanunu’nun 1. maddesinde, asıl işverenin sorumluluğu için alt işveren işçilerinin “münhasıran” çalıştırılmaları koşulu getirilmiş ve böylece sorumluluğunun kapsamı daraltılmıştır¹³². 931 sayılı Kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden iptali üzerine çıkarılan 1475 sayılı Kanun ile 1971 yılında aynı düzenleme yine yasadaki yerini almıştır. 1475 sayılı Kanunun 1. maddesinin 5. fıkrasına göre “*Bir işverenden belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçileri münhasıran o işyerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur*”¹³³⁻¹³⁴. Yine aynı kanunun 29. maddesinde bina, yol, köprü inşası gibi yapım ve onarım işlerinde işçilerin müteahhit ve taşeronlardaki ücret alacaklarının üç aylık kısmını güvenceye alan bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Özellikle 1980’li yılların ortalarından başlayarak ve 1990’lı yıllarda daha yoğun olmak üzere alt işverenlik ilişkilerinin amacı dışında kullanılması yaygınlaşmaya başlamıştır¹³⁵. Gerçekten de işverenler muvazaalı işlemlerle bireysel

¹³¹ RG 1.11.1988, S. 19976. Bu konuda bkz. Şahlanan, Kavram, 194-195. Çelik, Hukuki Sorunlar, 167-168.

¹³² Canbolat, 4. Şen’e göre bu düzenlemeyle sadece iç/dahili taşeron işçileri yasal güvenceye alındılar, dış/harici taşeron işçileri ise yasal güvence kapsamından çıkarıldılar (Şen, Taşeronluk, 106). Ayrıca 1965 yılında, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 87/2 hükmünde konuyla ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, “*Bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir*”.

¹³³ Bir görüşe göre, 1475 sayılı yasada alt işverene verilebilecek işlerin asıl iş ve yardımcı işler şekilde ayırma tutulmaması bu ilişkinin yaygınlaşmasına sebep olmuştur (Çankaya/Çil, 2009, 16). Öte yandan 1475 sayılı yasada öncekinden farklı olarak “...asıl işveren de birlikte sorumludur” ifadesiyle asıl sorumlunun alt işveren olduğu vurgulanmıştır (Şen, Taşeronluk, 107).

¹³⁴ Bu hükmün gerekçesine göre ise, “...Yürürlükte olan metinde aracı ile asıl işveren arasındaki müteselsil sorumluluğun konusunu teşkil eden işçi haklarında asıl sorumluluk-bu kanun bir işçi çalıştıran işverenlere ve bunların işçilerine de uygulanacağı göz önünde tutularak- işçi ile iş bağıtını yapmış olan aracıya yükletilmiş ve bunun yanında işverenin müteselsil sorumluluğu esası kabul edilmiştir. Ancak metindeki aracı tabirinin tatbikatta doğurduğu karışıklık göz önünde tutularak bu tabir tasarıya alınmamıştır” (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 54).

¹³⁵ Ekonomi, Alt İşveren, 23. Gerek/Oral, 29. Güzel, Taşeron Uygulaması, 6. Alt işverenlik ilişkisinin 1971 yılından 1985 yılına gelene kadar ciddi bir sorun oluşturmadığı, adeta varlığının çok fazla hissedilmediği, fakat 1985 yılından sonra artan bir ivmeyle sorun haline geldiği belirtilmektedir. Ayrıca alt işverenlik alt işverenlik önce asıl işlere yardımcı işlerde başlamış, giderek asıl işlerin yürütülmesine ulaşmış ve son 10 yıl içerisinde de hızla yaygınlaşmıştır. Bu şekilde alt işverenlik, işletmenin faaliyet alanının dışında özel uzmanlık gerektiren bir işin görülmesi olarak oldukça da yararlı bir uygulama olmaktan çıkmış ve başlı başına özel ve alternatif bir istihdam modeli haline gelmiştir (Özveri, 383-384). Nitekim bir görüşe göre, alt işveren uygulaması 19. yüzyıldaki işçi

ve toplu iş hukukundan kaynaklanan bazı yükümlülüklerinden kurtulmak, işçinin sendikal örgütlenmesini engellemek¹³⁶ gibi hukuka aykırı amaçlarla, söz konusu kurumu bir araç olarak yaygın bir şekilde kullanmışlardır. Bu şekilde alt işveren ilişkisinin amacı dışında kullanılması, işçilerin hukuken “kağıt üstünde” kendilerine tanınan kimi hakları fiilen gerektiği gibi kullanamamaları sonucunu doğurmuştur. Konu sıklıkla yargıya taşınarak çok sayıda davalarla ve yüksek mahkemenin içtihatlarıyla sorun çözülmeye çalışılmıştır. Gerçekten de Yargıtay, genel olarak başarılı ve istikrarlı bulunan¹³⁷ kararlarıyla bu kötüye kullanmaların önüne geçmeye çalışmıştır. Bununla birlikte öğretide, yargı yoluyla engellenmenin yeterli olmadığı ve alt işverenlik ilişkisinden doğan sorunlara çözüm getirecek yeni bir yasal düzenlemenin yapılmasının zorunlu hale geldiği ileri sürülmüştür¹³⁸.

Bu doğrultuda önce 4857 sayılı İş Kanununu hazırlayan Bilim Komisyonu taslağında sonra Hükümet taslağında alt işverenlikle ilgili hüküm yeniden ele alınmış ve Meclis’te yapılan değişikliklerle hüküm şu andaki şeklini almıştır¹³⁹. 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. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt*

sömürüsünü tekrar 21. yüzyıla taşıma tehlikesi ortaya çıkarmaktadır (Güzel, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 74).

¹³⁶ Gerçekten de alt işverenlik kurumu sıklıkla, işyerindeki işçileri bölmek, işyerinde icra edilen faaliyetleri çeşitli alt işverenlere vermek suretiyle işyerinin bütünlüğünü bozmak ve bunun sonucunda aynı işyerinde farklı işkollarına giren faaliyetleri yaygınlaştırarak sendikalaşmayı zayıflatmak ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi düzeninden kurtulmak amaçlı kullanılmaktadır (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 54-55). 1475 sayılı kanun döneminde özellikle kamuya ait işyerlerinde alt işveren uygulaması çok yaygın bir şekilde gerçekleştirilmiş ve neredeyse bazı işyerlerinde asıl işverene ait işçi sayısından fazla alt işveren işçisi istihdam edilmiştir (Çankaya/Çil, 2009, 16).

¹³⁷ Akyiğit, Alt İşverenlik, 3. Aynı yazar, Şerh, C.1, 89.

¹³⁸ Güzel, Taşeron Uygulaması, 9-10. Akyiğit, Şerh, C.1, 88. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 3. Ayan, 503. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 55. Arslanoğlu, 51. Ekonomi, Asıl İşveren, 6. Akyiğit’e göre yargısal engellenmenin sürekli olacağı söylenemezdi ve alt işverenlikle ilgili sorunlara kanunen çözüm getirmenin daha isabetli olacağı açıktı (Akyiğit, Alt İşverenlik, 3).

¹³⁹ Bir görüşe göre 4857 sayılı İş Kanununda iş hukukunun “işçiyi koruma” temel ilkesi terk edilerek esneklik ve iş güvencesi temelinde bir yasa hazırlanmıştır (Şen, Alt İşverenlik, 71). Bu yargının çok iddialı ve haksız olduğu kanısındayız. Diğer bir görüşe göre bu yasadaki alt işverenlikle ilgili düzenlemelerle işçiyi korumak adına asıl işveren-alt işveren ilişkisinin teorik temeline aykırı bazı çözümler bulunmuştur (Göktaş, 98).

işveren ile birlikte sorumludur. Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya 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 sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez”(4857 s.k. 2/6-7). Getirilen bu düzenleme mevcut sorunları çözmek yerine, pek çok görüş farklılıklarına ve tartışmalara yol açmıştır. 1.7.2006 tarihinde ise 5538 sayılı Kanun ile İş Kanununun 2. maddesine alt işverenlikle ilgili yine çok tartışma yaratan iki madde eklenmiştir. Bu iki madde ile ise kamu kuruluşlarına alt işveren ilişkisine yönelik sınırlamaların uygulanması hususunda ayrıcalık getirdiği iddia edilmiştir¹⁴⁰.

Son olarak kamuoyunda “İstihdam Paketi” olarak adlandırılan 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”¹⁴¹ çeşitli yasalarda yapılan değişikliklerin yanı sıra alt işverenlik konusunda da değişikliğe yer verilmiştir. Bu yasa doğrultusunda İş Kanununun 3. maddesine eklenen iki yeni fıkra ile alt işverenin işyerini bildirme yükümü ayrıca düzenlenmiştir¹⁴². İstihdamın artırılması amacını taşıyan anılan kanunda, alt işverenlik ilişkisi konusunda tam aksi bir etki doğurabilecek katı nitelikte kuralların öngörülmüş bulunması doktrinde eleştiri konusu olmuştur¹⁴³.

Nihayet İK 3/2 de öngörüldüğü üzere, alt işverenlik konusunda ayrıntılı ve önemli düzenlemeler getiren “Alt İşverenlik Yönetmeliği”¹⁴⁴ 2008 yılında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girmesinden itibaren de doktrinde yoğun eleştirilerin hedefinde olmuştur. Bu Yönetmelikle ilgili eleştirilere

¹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, § 3, I.

¹⁴¹ RG. 26.5.2008, 26887.

¹⁴² Bu değişiklik özellikle İstanbul Tuzla tersanelerinde yaşanan çok sayıda ölümlü iş kazaları sonrasında bir çözüm arayışı içinde gerçekleştirilmiştir (Çankaya/Çil, 2009, 17). Bu sebeple bu düzenleme münferit olaylar üzerine yapılan yasal düzenlemelerin hukuken yarar sağlamayacağı şeklinde eleştirilmiştir (Centel, Son Değişiklik, 17).

¹⁴³ Alpagut, Yönetmelik, 58. Centel, Yönetmelik, 58. Alpagut’a göre yasanın bu hükmü, “çalışma yaşamının gereklerine, dünyada gözlenen genel istihdam politikalarına, halen içinde veya ‘dışında’ bulunduğumuz kriz ortamında izlenmesi gereken stratejilere” uygunluğu tartışmalıdır. Ayrıca “iş hukukunun istihdam, genel ekonomik konjonktür ve çalışma yaşamındaki global eğilimler ile yakından bağlantılı olduğu dikkate alındığında, ekonomik gereklerle, rekabet şartları ile uyumlu olmayan bir hukuk normunun başarılı olmasından söz edilemez” (Alpagut, Yönetmelik, 58).

¹⁴⁴ RG 27.9.2008, 27010.

çalışmamızda yeri geldikçe değineceğiz. Ancak bu noktada söz konusu Yönetmelik hakkında, TİSK tarafından Danıştay’da iptal davası açıldığını belirtmek isteriz¹⁴⁵.

V. Alt İşveren ve Asıl İşveren Kavramlarının Tanımları

3008, 931 ve 1475 sayılı İş Yasalarında¹⁴⁶ alt işveren ve asıl işveren kavramlarının tanımına yer verilmemiş, sadece asıl işverenin sorumluluğundan söz edilmişti. 4857 sayılı iş kanununda ise “işveren” kavramı tanımlanmış ancak yine alt işveren ve asıl işveren kavramlarının ayrı bir tanımı yapılmamıştır¹⁴⁷. Bunun yerine kanunda, taraflara asıl işveren ve alt işveren sıfatlarını kazandıran ve bu sıfatlara dayalı sonuçlar doğuran “asıl işveren-alt işveren ilişkisi” tanımlanmıştır¹⁴⁸.

Doktrinde bu konuda birbirine benzer tanımlara rastlanmaktadır. En çok rastlanan tanımlardan birine göre 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”dir¹⁴⁹. Diğer bir tanıma göre alt işveren “başka bir (asıl) işverenden belli gerekçelerle iş alan ve bu işi sırf oraya özgülediği işçilerine yaptıran bağımsız diğer bir işverendir”¹⁵⁰. Öte yandan

¹⁴⁵ Aynı nitelikte altı adet daha dava açıldığı, bunların çoğunluğunun davacısının kamu kurum ve kuruluşları olduğu; bazı davalarda yürütmeyi durdurma talebinin reddedildiği ifade edilmiştir (Kızıloğlu, 99). Öte yandan Üçlü Danışma Kurulu’nun 20.5.2009 tarihli toplantısında TİSK tarafından, Alt İşverenlik Yönetmeliği’yle ilgili yaşanmakta olan sıkıntılar dile getirilmiş ve bu toplantıda Alt İşverenlik Yönetmeliğinin sıkıntılarının ve değişiklik tekliflerinin incelenmesi için üçlü yapıda Alt Komite oluşturulmuştur. Alt Komite, 5.6.2009 tarihinde Bakanlık müsteşar yardımcısı başkanlığında toplanmış ve bu toplantının ardından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde bir yönetmelik değişikliği taslağı hazırlanarak sosyal tarafların görüşüne sunulmuştur (Kızıloğlu, 100).

¹⁴⁶ 1475 sayılı kanun dönemi açısından alt işveren tanımı ve unsurları için bkz. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 220- 221. 1475 sayılı kanun döneminde alt işveren ilişkisi ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar için bkz. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 50 vd.

¹⁴⁷ Bir görüşe göre bu durum doğal karşılanmalıdır çünkü hukuki açıdan bu iki kavramın birbirinden hiçbir farklı unsur bulundurmamaktadır (Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 1. Aynı yazar, 162).

¹⁴⁸ Bu konuda bkz. Aşa, §2. I.

¹⁴⁹ Mollamahmutoğlu, 165. Benzer tanım için bkz. Çankaya/Çil, 2009, 18. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 67. Ayan, 505. Farklı tanım için bkz. Arıcı, Yeni İş Kanunu, 487. Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği’nde de (R.G. 23.12.2003, 25325) yapı işleri yönünden önem taşıyan bir alt işveren tanımına yer verilmiştir. Buna göre alt işveren, “işverenden yapı işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi” ifade etmektedir (m.4/g) (Ekonomi, Alt İşveren, 39). Öte yandan 5510 sayılı yasada alt işveren tanımına yer verilmiştir. Buna göre, “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir” (5510 s.k. m.12/son).

¹⁵⁰ Akyiğit, Şerh, C.1, 90. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 5. 1475 sayılı kanun döneminde yapılan bir tanım için bkz. Canbolat, 19. 1475 sayılı kanun döneminde doktrinde yapılan farklı bir tanıma göre alt işveren “İş Kanunu kapsamına girecek nitelikte, kendi nam ve hesabına işlettiği bağımsız işyeri

asıl işverenle ilgili olarak yapılan bir tanıma göre asıl işveren, “kendisine ait işyeri olup da burada yürüttüğü yardımcı işlerde veya belli gerekçelerle asıl işin bir bölümünde kendi işçileriyle yapmak üzere başka bir işverene iş veren işverendir”¹⁵¹.

27 Eylül 2008 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin¹⁵² 3. maddesinin a ve ç bentlerinde alt ve asıl işveren tanımlarına yer verilmiştir. Buna göre 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 kuruluşları” ifade etmektedir. Asıl işveren ise “işyerinde 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 kuruluşlar”¹⁵³ şeklinde tanımlanmıştır.

Bize göre de alt işveren, “başka bir işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretiminde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gereği olarak asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde bir iş üstlenen ve üstlendiği bu işi, iş aldığı işverenin işyerinde, sadece aldığı bu işe tahsis ettiği kendine bağlı işçiler ve kendi organizasyonu çerçevesinde gerçekleştiren kişi, kurum veya kuruluştur”. Bu doğrultuda asıl işveren ise, “yürütmekte olduğu mal veya hizmet üretiminin yardımcı işini ya da işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gereği olarak asıl işinin bir bölümünü, sadece bu işe tahsis ettiği kendine bağlı işçilerle işyerinde

bulunmayan, az sermayeli, ekonomik yönden ve diğer olanaklar bakımından güçlü olmayan, ancak bir işverenden istisna (eser) sözleşmesini ya da taşıma sözleşmesine istinaden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve aldığı işi işverenin (asıl işverenin) işyerinde kendi adına çalıştırdığı işçiler ile yapan kişiler” dir (Çubukçu, Alt İşveren, 20). Alt işverenin “kendi nam ve hesabına işlettiği bağımsız işyeri bulunmaması, az sermayeli, ekonomik yönden ve diğer olanaklar bakımından güçlü olmaması” alt işveren sayılma açısından bir önkoşul olmadığından bu durumun alt işveren tanımında yer alması uygun değildir.

¹⁵¹ Akyiğit, Şerh, C.1, 90. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 5. Alt işveren işçisi ise “alt işverenin asıl işverenden aldığı işte oraya özgülenmiş biçimde çalıştırdığı işçilerdir” (Akyiğit, Şerh, C.1, 90. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 5).

¹⁵² RG 27.9.2008, S. 27010.

¹⁵³ Birleşmiş Milletler Ticaret ve İşbirliği Konferansının (UNCTAD) alt işverenlik tanımı ve farklı tanımlar için bkz. Şen, Taşeronluk, 10 vd. Özveri, 384. Birleşmiş Milletler Sanayi Kalkınma Örgütü’nün (UNIDO) alt işverenlik tanımı ve sınıflandırılması konusunda bkz. Şen, Alt İşverenlik, 75 vd.

yürütmesi için başka bir işverene veren kişi, kurum veya kuruluştur”. Asıl işverenin bu ilişkideki sorumluluğunu ön plana çıkaran diğer bir tanım ise şu şekilde yapılabilir: “işveren sıfatıyla mal veya hizmet ürettiği işyerinde, başka bir işverene verdiği bir iş dolayısıyla o işverene bağlı olarak çalışan ve bu işe tahsis edilmiş işçilerin haklarından sorumlu tutulan kişi, kurum veya kuruluş” şeklinde olabilir.

§ 2. Türk Hukukunda Alt İşveren İlişkisi

I. Alt İşveren İlişkisinin Tanımı ve Dayandığı Sözleşmeler

Alt işverenlik ilişkisi 4857 sayılı İş Kanununda 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”*(İK 2/6)¹⁵⁴. Görüldüğü gibi kanunda alt işverenlik ilişkisi, belirli unsurları haiz bir ilişki olarak ifade edilmiştir. Buna göre, ancak bu unsurların bulunması durumunda iki işveren arasındaki ilişki, iş hukukunun konusu olan bir hukuki ilişki niteliği kazanmaktadır¹⁵⁵.

Doktrinde yapılan kısa bir tanıma göre asıl işveren-alt işveren ilişkisi, *“asıl işverenle alt işveren arasında kurulan hukuki ilişki”* iken¹⁵⁶, diğer bir tanıma göre *“iş hukuku anlamında alt işveren ilişkisi, iki işveren arasındaki nitelikli bir sözleşme ilişkisidir”*¹⁵⁷. Bize göre bu ilişkiyi kısaca, “iki işveren (asıl işveren-alt işveren) ve alt işveren işçisi arasında kurulan belirli nitelikleri haiz üçlü iş ilişkisi” olarak tanımlamak mümkündür. Çünkü bu ilişki aslında, bir tarafında alt işveren işçisinin de bulunduğu üç taraflı bir ilişkidir.

¹⁵⁴ Bilim Komisyonu tasarısında bu tanım daha farklıydı. Buna göre *“Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir”* (Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, MESS Yayını, No.386, İstanbul 2002, 13).

¹⁵⁵ Arıcı, 490.

¹⁵⁶ Akyiğit, Şerh, C.1, 89. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 4. Yazar ayrıca bu tanımın açılımında “Kendi yürüttüğü işin (asıl işin) bir bölümünü veya yardımcı işlerinde başka bir işverene iş veren birisinin (asıl İşveren) ve ondan bu alanda belli gerekçelerle iş alıp kendi işçileriyle bağımsız biçimde yapmayı üstlenen diğer bir işverenin (alt işveren) ve bunun sırf bu işe özgüleyerek çalıştırdığı işçilerin (alt işveren işçileri)” bulunduğunu belirtmektedir (Akyiğit, Şerh, C.1, 89. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 4).

¹⁵⁷ Arıcı, 488.

İş Kanununda yer alan tanımında açıkça düzenlenmese de doktrinde, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin her şeyden önce *bir sözleşmeye dayanması* gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁸. Bu sözleşmenin bir sonucu olarak, bir (alt) işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimi, diğer (asıl) işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimini tamamlamaktadır. Kanımıza göre tarafların sözleşmeyi yaparken, *doğrudan ve açıkça* alt işverenin asıl işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimini tamamlamasını *amaçlamaları* şart değildir. Buna göre tarafların yaptıkları sözleşmenin uygulanmasının *bu sonucu ortaya çıkarması* –diğer unsurların da bulunmasıyla- alt işveren ilişkisinden söz etmek için yeterlidir. Örneğin taraflar sadece işyerinin bir bölümünün devrini amaçlayıp buna yönelik sözleşme yapmalarına rağmen, *sonuç itibarıyla* devralan işveren devreden işverenin mal veya hizmetini tamamlıyorsa –diğer koşulların da varlığı ile- alt işveren ilişkisinden (ve işyerinin bir bölümünün devrinden) söz edilebilir¹⁵⁹. Bu doğrultuda tarafların, kanunda öngörülen unsurlar bulunmasına rağmen aralarında “alt işveren ilişkisinin kurulmayacağı” yönünde bir anlaşma yapmaları geçerli kabul edilemez. Bu anlamda alt işveren ilişkisine ilişkin unsurlar oluştuğunda, söz konusu ilişki ve bu ilişkiye dair sonuçlar *kendiliğinden* doğar.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, iki işveren arasındaki bu sözleşmenin hukuki niteliği, iş hukukunun ilgi alanı dışındadır. Diğer bir deyişle bu sözleşmenin hukuki niteliği, iş hukuku açısından önem taşımaz¹⁶⁰. Gerçekten de kanunda da sözleşmenin niteliği anlamında bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

Buna karşılık kanımıza göre, alt işveren ilişkisinde iki işveren arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği önem taşımaktadır. Nitekim bazı sözleşmelerin hukuki niteliğinin sonucu olarak alt işveren ilişkisinin unsurlarında eksiklik ortaya çıktığından, bu sözleşmelere ilişkin özellikler tespit edildiğinde alt işveren

¹⁵⁸ Ekonomi, Alt İşveren, 28. Arıcı, 488, 489. Yüksel, 48. Ünsal, 539. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 179. Çelik, Hukuki Sorunlar, 159. Yenisey, Alt İşveren, 20.

¹⁵⁹ Bu konuda doktrinde ileri sürülen farklı görüşler ve bizim görüşümüz için bkz. Aşa, §4, I.

¹⁶⁰ Arıcı, 491. Çankaya/Çil, 2009, 19. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 66. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 64. Mollamahmutoğlu, Hizmet Sözleşmesi, 61. Demir, Devir, 81. Yenisey, Alt İşveren, 20. Gerçekten de Arıcı’ya göre bir iş görme yükümlülüğünün devri söz konusu olduğu ve sözleşme hürriyetinin sınırları içinde kalındığı sürece hukuki ilişkinin niteliği önem taşımamaktadır (Arıcı, 491). Öte yandan, aradaki sözleşmenin niteliğinin asıl işveren ve alt işverenin karşılıklı borçlarının belirlenmesi açısından önem taşıdığı belirtilmektedir (Canbolat, 40).

ilişkisinden de söz edilememektedir¹⁶¹. Bu anlamda, aradaki ilişkinin *hangi sözleşmeye dayanması gerektiği yönünde* bir sınırlamadan olmasa da, *hangi sözleşmelere dayanmaması gerektiği* konusunda bir sınırlamadan söz etmek mümkündür. Nitekim Yargıtay da olayların çoğunluğunda isabetli olarak, taraflar arasındaki ilişkinin gerçek niteliğini tespitinin gerektiğini ve bunun için örneğin taraflar arasındaki sözleşmenin getirtilip incelenmesi gerektiği sonucuna varmaktadır¹⁶². Bununla birlikte burada araştırılması ve esas alınması gereken husus, tarafların aradaki sözleşmeyi nasıl adlandırdığı değil, *ilişkinin gerçek niteliğidir*.

Buna göre alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için öncelikle, asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin *iş sözleşmesi* olmaması gerekmektedir¹⁶³. Nitekim aşağıda da inceleneceği üzere¹⁶⁴, alt işveren asıl işverenin işçisi niteliğini taşımaktaysa alt işveren ilişkisinden değil, “işveren vekilliği” veya “takım sözleşmesinden” yahut başka bir hukuki kurumdan söz edilebilir.

Kanımıza göre asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişkinin dayanamayacağı sözleşmelerden bir diğeri, *vekalet sözleşmesidir*¹⁶⁵. Oysa doktrinde bir görüşe göre, aradaki sözleşme vekalet sözleşmesi de olabilir¹⁶⁶. Kanımıza göre aradaki ilişkinin vekalet sözleşmesine dayanması mümkün değildir. Çünkü alt işveren –işveren

¹⁶¹ Tarafların aradaki sözleşmeyi veya ilişkiyi “alt işverenlik” veya başka bir ilişki şeklinde “adlandırmaları” sonuca etkili olmayıp ilişkinin gerçek niteliği, BK 18 uyarınca tarafların *gerçek iradelerine* bakılarak tespit edilir (Esener, 80. Aynı yönde bkz. Uygur, 268). Nitekim taraflar arasındaki sözleşmede “anahtar teslimi” ibaresinin yer almamasının sonuca etkili olmadığı yönünde bkz. Y9HD, 9.10.2003, 3219/16714, Legal, Ekim Aralık 2004, 1454-1455 (kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ekmekçi, Değerlendirme 2003, 24).

¹⁶² Y9HD, 27.3.2006, 26361/7460, ÇT, 2006/3, 10, 210-212. Y9HD, 15.9.2008, 35331/23492, Çankaya/Çil, 2009, 121-123. Y9HD, 27.3.2006, 4860/7479, Legal, 2006, S.11, 1024-1026, kararın değerlendirilmesi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 20 vd. Yargıtayın bir kararına göre de “...yapılacak iş; öncelikle davalı şirket ile B A.Ş. arasında alt işverenlik sözleşmesi ile ilgili varsa ihale ve sözleşme örnekleri getirildikten sonra, gerekirse işyerinde bilirkişi aracılığı ile keşif yapılarak, davalı şirketçe yapılan işin yardımcı veya asıl iş olup olmadığı belirlenmeli, asıl işveren-alt işveren ilişkisi 4857 sayılı İş kanunu 2/6-7 maddesi ve genel muvazaa hükümleri çerçevesinde denetime tabi tutulmalıdır...” (Y9HD, 26.11.2007, 36945/35404, Legal, 2008, 17, 163-164). Son anılan kararı yerinde bulan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 18-19, 32. Günay da Yargıtay kararlarında, yapılan sözleşmelerin gerçek bir istisna sözleşmesi veya taşıma sözleşmesi olup olmadığının araştırılmasında ihale dosyalarının, taraflar arasındaki sözleşmenin ve sözleşmenin ekleri de dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmaya çalışıldığı belirtmektedir (Günay, Alt İşveren, 26-27).

¹⁶³ Süzek, 142. Erdoğan, 386. Akyiğit, Şerh, C.1, 89. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 4. Ekonomi, Alt İşveren, 28. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57. Demircioğlu, 43. Çankaya, 19.

¹⁶⁴ Bkz. Aşa, § 3, I, 2.

¹⁶⁵ Bu yönde bkz. Süzek, 2008, 142.

¹⁶⁶ Demir, Başlıca Yenilikler, 89. Aynı yazar, Devir, 81. Kaplan, 221. Ünsal, 539. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 182. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 74. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da verdiği bir kararda, alt işverenle asıl işveren arasındaki ilişkinin “istisna, taşıma, kira ve *vekalet akdine*” dayanabileceğini belirtmiştir (YHGK, 6.6.2001, 9-711/820, Çankaya/Çil, 2006, 41-47).

vekilinden farklı olarak- devraldığı işi *asıl işveren adına değil, kendi adına ve hesabına ayrı bir işveren* olarak yürütmektedir¹⁶⁷.

Öte yandan, *iş aracılığı* niteliği taşıyan sözleşmelerle de alt işveren ilişkisi kurulamaz¹⁶⁸. Nitekim iş aracılığında, aracıyla iş arayan arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır; dolayısıyla aracı “işveren” sıfatı taşımaz¹⁶⁹. Yine, alt işveren ilişkisinde alt işverenin o işte kendine bağlı olarak işçi çalıştırması zorunlu iken, iş aracılığında, aracıyla iş arayan arasında vekalet veya tellallık gibi bir ilişkiden söz edilmektedir¹⁷⁰.

Öte yandan *distribütörlük sözleşmesine göre* kurulan ilişkinin alt işveren ilişkisi olması şartları yönünden mümkün değildir¹⁷¹. Buna göre distribütörlük sözleşmesinde “*pazarlama şirketinin satmayı planladığı ürünlerin dağıtımını üstlenen şirkete (distribütöre) teslim edilir ve bu şirket, kendi işyerini oluşturan iş organizasyonu ve bu kapsamda araçları ve işçileri ile ürünleri müşterilere ulaştırır*”¹⁷². Gerçekten de distribütörlük sözleşmesinde dağıtımı üstlenen şirket, pazarlama şirketine ait *işyerinde bir iş almamakta ve işçilerini pazarlama şirketi işyerinde çalıştırmamakta*, aksine kendisi bağımsız bir iş organizasyonu oluşturmaktadır¹⁷³. Bu durum ise alt işveren ilişkisinin unsurlarından biri olan *işin asıl işverene ait işyerinde yapılması* unsuru ile bağdaşmamaktadır¹⁷⁴.

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişkinin “*franchise sözleşmesine*” veya benzer bir sözleşme olan “*tek satıcılık sözleşmesine*” dayanması da alt işveren ilişkisinin oluşumuna yol açmaz¹⁷⁵. Çünkü bu sözleşmelerin niteliği gereği, iş (asıl)

¹⁶⁷ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 13. Çankaya/Çil, 2009, 18. Şahlanan, Kavram, 192. Mollamahmutoğlu, 136. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57. Akyiğit, Şerh, C.1, 115. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 38. Tuncay, İşveren Vekili, 181. Çankaya, 20. Esener, 78. Ayan, 511. Demircioğlu, 36-37. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Çubukçu, Alt İşveren, 20.

¹⁶⁸ Bu yönde Y9HD, 12.2.2007, 32217/3258, Çankaya/Çil, 2009, 194-195.

¹⁶⁹ Süzek, Değerlendirme 2001, 14-16. Aynı yazar, Alt İşveren, 78. Akyiğit, Ödünç İş, 63. Ayan, 511-512.

¹⁷⁰ Bu konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalarımız aşağıda yer almaktadır (Bkz. Aşa, §4. IV).

¹⁷¹ Ekonomi, Alt İşveren, 96.

¹⁷² Ekonomi, Alt İşveren, 96.

¹⁷³ Ekonomi, Alt İşveren, 96.

¹⁷⁴ Bununla birlikte Ekonomi, uygulamada muvazaa oluşturabilecek olaylara da rastlandığını örneğin, distribütöre ait işyerinde, pazarlama şirketinin bölge müdürlüğüne de yer verildiğini; müdür ve yardımcılarının, dağıtım şirketinin işlerinin yürütümünde çalıştığı işçilere, dağıtım ile ilişkin tüm talimatları verdiğini, bu durumun ise *muvazaa izlenimi* verdiğini belirtmektedir (Ekonomi, Alt İşveren, 96).

¹⁷⁵ Aynı şekilde lisans sözleşmesinin niteliği de alt işveren ilişkisinin unsurlarının oluşması açısından uygun değildir. Buna göre lisans sözleşmesinde, “*lisans- veren, kendisine ait herhangi bir gayri maddi malından -veya işlevsel açıdan gayri maddi mallara yaklaşan bir fiili tekel durumundan- lisans alanı*

işverenin işyerinde yerine getirilmemektedir. Bu konuyla ilgili açıklamalarımız aşağıda yer aldığından ilgili yere atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁷⁶.

Öte yandan, “*acentelik sözleşmesi*”nin de alt işveren ilişkisi oluşturmayacağı kanısındayız. Nitekim acente, “*ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfatı olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticari bir işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye*” denmektedir (TTK 116/1)¹⁷⁷. Burada acentenin söz konusu faaliyeti acentelik faaliyetini yaptığı ticari işletmenin işyerinde değil, *belirli bir yer veya bölge içinde icra etmesi* söz konusudur¹⁷⁸. Nitekim acente -aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça- faaliyetini bu yer veya bölge içinde tekel hakkına sahip olarak yürütmektedir (TTK 118/3). Bu itibarla acenteye, acentelik faaliyetini yaptığı işletmenin bölgesi dışında çalışmalarını yürütebileceği ayrı bir yer veya bölge tahsis edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁷⁹. Öte yandan alt işveren söz konusu işi kendi ad ve hesabına görürken, acentenin müvekkili nam ve hesabına hareket etmesi söz konusudur¹⁸⁰⁻¹⁸¹.

yararlandırma borcu altına girerken, lisans alan da bunun karşılığında –kural olarak- bir lisans bedeli ödemeyi taahhüt eder” (Gürzumar, 91). Görüldüğü gibi lisans sözleşmesinde gayri maddi bir malın kullanım hakkının devri söz konusu olup, bir işverenin mal veya hizmet üretimini diğer bir işverenin tamamlaması sonucu doğurmamaktadır.

¹⁷⁶ Bkz. Aşa, § 3, II.

¹⁷⁷ Doktrinde acente “ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru ve hizmetli gibi –ticari işletme sahibi müvekkiline- bağımlı bir sıfatı olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli bir şekilde, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları tacir namına yapmayı meslek edinen (gerçek ya da tüzel) kişi” şeklinde tanımlanmaktadır (Kayıhan, 31).

¹⁷⁸ Kayıhan, 34.

¹⁷⁹ Kayıhan, 34. Ayıhan bu duruma örnek olarak, merkezi İstanbul’da bulunan bir mağaza işletmesinin, Adapazarı bölgesi içinde yürütülecek faaliyetleri için bir acente atamasını göstermektedir (Kayıhan, 34).

¹⁸⁰ Kayıhan, 68. Franchise sözleşmesinde de, franchise alan kendi ad ve hesabına hareket etmektedir (Kayıhan, 68). Kanımıza göre franchise sözleşmesinde olduğu gibi acentenin de acentelik ettiği işletmenin “iş organizasyonunda” yer aldığından söz edilebilir çünkü acentelik sözleşmesinde de acentenin müvekkiline tamamen entegre olması söz konusudur (Kayıhan, 68). Bununla birlikte, müvekkilin acenteye verdiği talimatlar, franchise verenin franchise alana verdiği talimatlardan çok daha dar kapsamdır. Nitekim “acentenin ticari işletme sahibine tabi olmaması” acentenin unsurlarından biridir (Kayıhan, 32, 68).

¹⁸¹ Öte yandan, finansal kiralama (leasing) sözleşmesinin de alt işveren ilişkisinin unsurları için elverişli olmadığı kanısındayız. Nitekim bu sözleşmede de, bir işverenin diğer bir işverene ait mal veya hizmet organizasyonunun bir parçasını üstlenmesi olgusuna rastlanmamaktadır. Bu sözleşme doktrinde “*işletme sahibi kullanıcının, kredi kurumu olan kiralayanla yaptığı bir sözleşmedir ki, buna göre kredi kurumu, kullananın işletmesinde gereksinim duyduğu ve belirlediği bir malın finansmanını sağlamak üzere üçüncü kişilerden satın alarak ya da başka yollarla elde ederek, belli bir bedel karşılığı ve belli süre sözleşmeden dönememe koşuluyla, üretim faaliyetlerinde kullanmak üzere onu kullanıcıya bırakır*” şeklinde tanımlanmaktadır (Zevkliler, 281). O halde özetle leasing sözleşmesinde, bir leasing şirketi tarafından satın alınan (veya başka yollarla elde edilen) bir yatırım malı (örneğin tarım makineleri, ses sistemleri, iş makineleri, binek otomobiller) yatırımcıya kiralanmaktadır.

Asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişki *genellikle, istisna (eser) sözleşmesine* dayanmaktadır¹⁸²⁻¹⁸³. Borçlar Kanunu m.355 ve devamı maddelerde düzenlenen istisna (eser) sözleşmesi, “*tarafılardan birinin (ısmarlanan, müteahhit), diğler tarafın (iş sahibi) kendisine taahhüd eylediğı bir semen karşılığında bir eser yapmayı borçlandığı sözleşmedir*”. Gerçekten de eser sözleşmesiyle müteahhit, iş sahibi için bir iş görmeyi-bir eser meydana getirmeyi üstlenmektedir¹⁸⁴.

İstisna sözleşmesinin yanı sıra (işletme amacıyla) kira, taşıma¹⁸⁵ gibi sözleşmeler de alt işveren ilişkisinin dayanağını oluşturabilmektedir¹⁸⁶. Diğler yandan kanımıza göre alt işveren ilişkisinin, işyerinin (satım veya kira yoluyla) bir bölümünün devri şeklinde oluşması mümkündür. Buna karşılık bu konu doktrinde tartışmalı olup, konuyla ilgili görüşler aşağıda inceleneceğinden burada ilgili yere atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁸⁷.

¹⁸² Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 67. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Akyiğit, Şerh, C.1, 90, 99. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 1, 4. Ekonomi, Alt İşveren, 25. Aynı yazar, Sayısal Esneklik, 11. Ulucan, Değerlendirme 1996, 15. Yüksel, 48. Demircioğlu, 43. Çankaya, 19. Çifter, 27. Aydınli, Koruma Yükümlülükleri, 179. Çenberci’ye göre de asıl işveren ve alt işveren arasında kural olarak istisna akdi mevcuttur (Çenberci, 148). Aynı yönde bkz. Tunçomağ/Centel, 58). Öte yandan Yargıtayın bir kararında, olayda alt işveren ilişkisinin oluşmadığını gerekçelendirirken, taraflar arasında eser sözleşmesi bulunmasına değinmesi haklı olarak eleştirilmiştir (karar ve eleştirisi için bkz. Ulucan, Değerlendirme 1996, 14-15). Eser (istisna) sözleşmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler, 304 vd. Aral, 325 vd.

¹⁸³ Asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişki eser (istisna) sözleşmesine dayandığında, bu ilişki Borçlar hukukunda *alt istisna veya alt müteahhitlik* olarak nitelendirilmekte ve işverenlerin kendi aralarındaki ilişkiye BK 355-371 hükümleri uygulanmaktadır (Çankaya/Çil, 2009, 19). Alt istisna sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, 338 vd. Yalçınduran, 27 vd.

¹⁸⁴ Zevkliler, 305. Birden çok müteahhidin bir araya gelerek genellikle büyük yapı (bayındırlık) işlerini yapması durumuna “*konsorsiyum ya da joint-venture (iş ortaklığı)*” denilmektedir (Zevkliler, 325). Kanımıza göre böyle bir durumda, müteahhitler arasındaki ilişki alt işveren ilişkisi oluşturmaz. Zira bu durumda bir işverenin diğler bir işverene ait mal veya hizmet üretiminin bir parçasını üstlenmesinden değil, “ortaklaşa” üstlenilen bir mal veya hizmet üretiminden söz edilebilir. Nitekim konsorsiyumu oluşturan müteahhitlere, kendi aralarındaki ilişkide adi (olağan) şirket ortaklığına ilişkin BK 520 vd. hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir (Zevkliler, 315).

¹⁸⁵ Taşıma sözleşmesi ile kurulan bir alt işveren ilişkisine ilişkin karar örneğı için bkz. Y9HD, 10.2.2004, 15372/1861, Çankaya/Çil, 2009, 287-288.

¹⁸⁶ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 13. Akın, 234. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 67. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Akyiğit, Şerh, C.1, 90, 99. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 1, 4. Güzel, Alt İşveren, 38. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 64. Yenisey, Alt İşveren, 20. Ulucan, Değerlendirme 1996, 15. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Taşkent, 363. Kaplan, 221. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 66. Canbolat, 38 vd. Erdoğan, 386. Ünsal, 539. Mollamahmutoğlu Hizmet Sözleşmesi, 61. Aydınli, Koruma Yükümlülükleri, 179. Çankaya, 19. Çifter, 27. Yüksel, 48. Çenberci, 149. Doktrinde Şen, 1475 sayılı kanun döneminde yaptığı bir değerlendirmede taşeronluk sözleşmesinin sayılan sözleşme türleriyle benzerlikleri olsa da “kendine özgü bir sözleşme” olduğunu belirtmiştir (Şen, Taşeronluk, 112).

¹⁸⁷ Bkz. Aşa, §4, I.

Alt işveren ilişkisinin genellikle eser, (işletme amacıyla) kira¹⁸⁸, taşıma gibi sözleşmelere dayandığı kabul edilmekle birlikte bu sayılanlarla sınırlı olmadığı da kabul edilmektedir¹⁸⁹. Buna göre örneğin Borçlar Kanununda düzenlenmemiş, karma bir sözleşme de alt işveren ilişkisinin unsurlarını oluşturması koşuluyla ilişkinin dayanağı olabilir¹⁹⁰.

Öte yandan uygulamada bazen alt işveren ilişkisi, “*hizmet alımı sözleşmesi*” adı altında karşımıza çıkmaktadır¹⁹¹. Gerçekten de ülkemizde kamu kurumlarının önemli bir kısmı bazı hizmetleri ihale ile satın alma yoluna gitmektedir. Doktrinde bizim de katıldığımız isabetli bir görüşe göre kamu kurum ve kuruluşlarında “hizmet temini” adı altında ihale yoluyla gerçekleştirilen alt işveren uygulamaları, çoğu zaman alt işveren ilişkisi niteliği ile bağdaşmamaktadır¹⁹².

¹⁸⁸ Alt işveren ilişkisinde etkili olan kira sözleşmesi “işletme amacıyla yapılan kira sözleşmesidir” (Ekonomi, Alt İşveren, 29). Bu sözleşmenin alt işveren ilişkisi oluşturduğuna ilişkin karar için bkz. Y9HD, 19.12.2005, 35194/39733, Çankaya/Çil, 2009, 236.

¹⁸⁹ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 13. Arıcı, 486. Canbolat, 9, 38 vd. Akyiğit, Şerh, C.1, 90, 99. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 1, 4. Güzel, Alt İşveren, 38. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11. Aynı yazar, Alt İşveren, 25. Ulucan, Değerlendirme 1996, 15. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Taşkent, 363. Kaplan, 221. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 66. Ünsal, 539. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 179. Çankaya, 19. Çifter, 27. Yüksel, 48. Demir, Başlıca Yenilikler, 89. Doktrinde ayrıca “işletme”, “bakım onarım”, “güvenlik” ve “temizlik” gibi sözleşmelerden de söz edilmektedir (Demircioğlu, 43. Demir, Başlıca Yenilikler, 89. Aynı yazar, Devir, 81). Yerel bir mahkeme isabetsiz olarak, 506 sayılı Kanunda “aracı” kavramı ile ilgili olarak verdiği bir kararda, asıl işin *ihale ile veya kira sözleşmesi ile* başka bir işverene verilmesi durumunda alt işveren ilişkisinin söz konusu olmayacağı sonucuna varmıştır. Yüksek mahkeme ise isabetli olarak, 4857 sayılı kanunda “alt işveren”, 506 sayılı yasa da “aracı” olarak tanımlanan kişi ile asıl işveren arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin, alt işveren ilişkisinin doğumunda önem taşımadığı tespitini yaparak anılan mahkeme kararını bozmuştur (Y21HD, 21.6.2005, 791/6574, Legal, 2006, S.10, 733). Bir diğer kararında Yargıtay, “bir otel işyerinin altında bulunan garaj ve oto yıkama işyerini işletmek üzere kira sözleşmesi düzenlendiği” olayda otel işvereni ve garaj ve oto yıkama işini üstlenen şirket arasında alt işveren ilişkisi doğmuş bulunacağına karar vermiştir (Y9HD, 19.12.2005, 35194/39733, Çankaya/Çil, 2006, 47).

¹⁹⁰ Yenisey’e göre söz konusu sözleşmenin “Borçlar Kanununa tabi” bir sözleşme olması gerekir (Yenisey, Alt İşveren, 20).

¹⁹¹ Ekonomi’ye göre, “hizmet alımı sözleşmesi”, “isimsiz” veya “karma” bir sözleşme olmayıp çoğunlukla “geçici iş ilişkisi” (ödünç iş ilişkisi) ile başkasına kendi işçilerini gönderen firmaların kullandıkları bir addır (Ekonomi, Alt İşveren, 94). Nitekim yüksek mahkeme bir kararda, hizmet alım sözleşmesi ile işçi çalıştırılması halinde alt işveren ilişkisinin söz konusu olmadığı, ödünç iş ilişkisinin bulunduğu sonucuna varmıştır (Y9HD, 14.11.2005, 32448/35927, Çankaya/Çil, 2009, 241-242).

¹⁹² Engin, Yeni İstihdam Biçimleri, 80-83. Gerek, Kamu Kuruluşları, 82 vd. Aykaç, 121-123. Yargıtayın incelediği bir olayda, alt işveren çalıştırdığını iddia eden kamu kuruluşu “emekli olanların yerine kadro verilmemesi nedeniyle gerekli izinler alınmak suretiyle *iş gücü açığının taşeron firmalardan karşılandığını*; bu nedenle sorumluluğunun bulunmadığı” savunmasında bulunarak, aslında ilişkinin bir alt işverenlik olmadığını ortaya koymuştur. Nitekim söz konusu olayda, 15.10.1995 gün ve 22434 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 12.10.1995 tarih ve 95/7375 sayılı kararnamenin geçici 1. maddesine göre Hazine Müsteşarlığı ile Devlet Personel Dairesi Başkanlığının uygun görüşleri alınarak taşeron aracılığıyla personel çalıştırılabileceği öngörülmesi üzerine gerekli izinler alınarak “taşeron” aracılığıyla işçi çalıştırılmıştır (Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, Kılıçoğlu/Şenocak, 1209-1215).

Bu görüşteki bir yazara göre, uygulamada özellikle belediyelerde taşeron kavramı -Yargıtay kararlarında üzerinde durulmasa da- alt işveren yanında geçici iş ilişkisini ve giderek ticari amaçlı işçi teminini kapsar biçimde kullanılmaktadır¹⁹³. Nitekim yazara göre belediyeler çoğunlukla, sorumlu oldukları ve yürüttükleri işte çalıştırmak üzere işçi temini amacıyla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihale yapmakta, böylece bir "taşeron" firma üzerinden temin edilen işçileri *kendi yönetici personeli denetiminde ve kendi araç ve gerecini kullanarak çalıştırmaktadırlar*¹⁹⁴. Böylece işçiler -mevzuatta buna izin veren bir durum olmamasına rağmen- belediyenin asli ve sürekli işlerinde yıllarca çalışmalarına rağmen değişen taşeronların işçisi görünümünde (altı aylık) belirli süreli sözleşmelerle çalıştırılmakta, kıdeme bağlı haklarından ve toplu iş hukukunun tanıdığı olanaklardan yoksun kalmaktadırlar. Anılan yazara göre, belediye mevzuatında işçilerin durumunu düzenleyen açık bir hüküm bulunmadığı halde "*hizmet temini*" "*hizmet alımı*" veya "*hizmetin yaptırılması*" kavramlarının, İş Kanununun tüm ilke ve kuralları ile ticari amaçlı işçi temini yasağını, kısaca tüm iş mevzuatını yürürlükten kaldıracak şekilde yorumlanması mümkün değildir¹⁹⁵. Bu sebeplerle

¹⁹³ Engin, Yeni İstihdam Biçimleri, 80-81.

¹⁹⁴ Engin'e göre bu yöntem etkin bir yöntem de değildir, çünkü belediyenin kendi araç gereci ile yürütülen aynı hizmeti çoğu kez daha pahalıya satın alarak kamu kaynaklarını taşeron firmalara transfer etmesine sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca Belediyenin esasen yürütmeye devam ettiği hizmette, bir yandan kullanılan araç gerecin yenilenme ve amortisman giderlerine katlanmaya devam ederken, diğer yandan bedel karşılığında işgücü temin edilerek kamu kaynaklarını taşeron firmalara aktarmasında kamu yararının bulunduğu söylenemez. Yazara göre bu durum bir kamu kuruluşu olan Belediyenin tüm işlem ve eylemlerinin kamu yararına yönelik olması kuralına aykırıdır (Engin, Yeni İstihdam Biçimleri, 81. Aynı yönde bkz. Gerek, Kamu Kurumları, 90). Gerek'e göre de söz konusu sıkıntıların azaltılabilmesi için, kamuda istikrarlı, düzenli ve verimli bir personel politikasının ve siyasi değerlendirmelerin dışında kalan bir ulusal ücret politikasının yaşama geçirilmesi ve kıdem tazminatı fonunun bir an önce uygulamaya konulması gerekmektedir (Gerek, Kamu Kurumları, 90).

¹⁹⁵ Engin, Yeni İstihdam Biçimleri, 83. Nitekim Kamu İhale Kanununa göre "hizmet", "*bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetler*" dir (m.4). Devlet İhale Kanununda ise hizmet, "*Kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre çalıştırılan aylıklı, ücretli, yevmiyeli ve sözleşmeli personel istihdamı hariç olmak üzere gerçek veya tüzel kişilere ücret karşılığında yaptırılan araştırma, sondaj, imalat, prototip imalat, istikşaf, etüt, harita plan, proje, kontrollük, müşavirlik ve benzeri her türlü hizmetler*" olarak tanımlanmıştır (m.4). Bir Yargıtay kararında Devlet İhale Kanununda yer alan bu "hizmet" tanımı doğrultusunda "*kamu kuruluşlarında hizmet müteahhitliği yoluyla işçi istihdamına cevaz verilmediği*" sonucuna varılmıştır. Yine bu kararda yüksek mahkeme, kamu kuruluşlarının da işyerlerinde görülen kimi işleri veya işyerinin bir bölümünü başka işverenlere devredebileceklerini, ancak böyle bir devir durumunda işçi çalıştıran işverenin *emir ve talimat verme hakkının tamamen kendisine ait olması gerektiğini* belirtmiştir. Oysa söz konusu olayda "ihale sözleşmeleri ve ihaleyi alan firmaların ticaret sicil kayıtlarından alt işveren görünen kişilerin bir tür işveren vekili olduklarının

yazara göre belediye ve alt işverenler arasındaki hizmet temini sözleşmeleri, sözleşmenin konusu hukuka aykırı olduğundan geçersizdir ve değişen alt işverenlere rağmen çalışmasını sürdüren işçiler belirsiz süreli sözleşme ile çalışan belediye işçileridir¹⁹⁶.

Bu görüşteki diğer bir yazara göre de, kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarına ait işyerlerinde alt işverenler yanında çalışan işçilerin durumu, çoğunlukla alt işveren kurumuna uymamaktadır¹⁹⁷. Çünkü alt işveren işçileri çoğu kez alt işveren (veya vekilleriyle) karşılaşmamakta hatta onları tanımamakta; kamu kurum ve kuruluşlarının birimlerinin yöneticileri ile (yani asıl işverenin işveren vekilleri ile) muhatap olmakta; işin görülmesi ile ilgili talimatları onlardan almakta, onlar tarafından denetlenmekte ve izin için onlara başvurumaktadırlar¹⁹⁸⁻¹⁹⁹. Öte yandan yazara göre belirtilen olaylar, çoğunlukla geçici iş ilişkisi²⁰⁰ ve iş bulmaya aracılık kurumlarına²⁰¹ da uymamaktadır.

anlaşıldığı, hizmet alım sözleşmelerinde işçilerin işe alınması, hizmet akdinin feshi, işçi sayısı gibi işverenin yönetim hakkına giren konularda davalı (asıl) işverenin taşeronun hak ve yetkilerini sınırladığı bu sebeplerle davalı (asıl) işverenin gerçek işveren konumunda olduğu” tespitleri yapılmıştır (Y9HD, 29.6.1999, 10614/11719, <http://www.kazanci.com>. Benzer yönde bkz. Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, Akyiğit, 71).

¹⁹⁶ Engin, Yeni İstihdam Biçimleri, 83.

¹⁹⁷ Gerek, Kamu Kuruluşları, 82 vd.

¹⁹⁸ Gerek, bu konudaki genel uygulamayı şu şekilde açıklamaktadır: Alt işverenin asıl işyerinde genellikle bir irtibat bürosu bulunmakta buradaki az sayıda görevli, hasta sevkleri, bordrolar gibi belli kayıtları yapmakta, fakat işin gördürülmesinde, çalışanların sevk ve idaresinde önemli bir rolleri bulunmamaktadır. Yazara göre zaten fiili olarak, çok sayıda işçinin onlar tarafından gerektiği gibi idaresi ve denetimi olanaksızdır. İhale dönemi sona erdiğinde yeni dönem için ihaleyi bazen aynı alt işveren bazen de yeni bir alt işveren almakta fakat çoğunlukla çalışan işçiler aynı kalmaktadır. Bu durum hizmetinden memnun kalan işçilere duyulan güvenin yanı sıra alt işverenlerin asıl işverenin memnun olduğu işçileri çalıştırmaya devam ettirme tercihinden ve yeterli sayıda uygun nitelikte işçi arayıp bulma telaşından kurtulmak istemelerinden kaynaklanmaktadır. İşçiler ise kamu kurum veya kuruluşunu ya da ortaklıklarının işyerini asıl işyerleri olarak değerlendirmekte, alt işverenler değişse de aynı yerde çalışmaya devam edebildikleri sürece kendilerini güvende hissetmekte; en büyük beklentileri ise asıl işyerinde daimi bir işçi kadrosuna atanabilmek olmaktadır (Gerek, Kamu Kuruluşları, 87). İhale süreçlerinde yaşanan sıkıntılar konusunda bkz. Gerek, Kamu Kuruluşları, 88-89.

¹⁹⁹ Bu olguların bulunduğu bir olayda Yargıtay isabetsiz olarak, ihale sözleşmesinin kamu ihale yasasına, Bakanlar Kurulunca çıkarılan tip şartname hükümlerine, SSK tebliğlerine ve Maliye Bakanlığı tebliğ uygun olarak yapılması olgularını; olayda muvazaa bulunmadığı, geçerli bir alt işveren ilişkisinin bulunduğu ilişkin kararında temel almıştır. Oysa aynı olayda, müteahhitler değiştiği halde davacı ile birlikte diğer işçilerinde çalışmalarını aralıksız olarak sürdürmeleri, işe alma ve işten çıkarma konularında asıl yetkinin davalı (asıl) işverene ait olduğu, bunun dışında kalan işlerde de davalının büyük yetkilerle donatıldığı, işçilerin, işyerlerinin denetimi ile ilgili tüm yetkilerin onda toplanması gibi alt işveren ilişkisinin niteliği ile bağdaşmayan olgular da bulunmaktadır (Y9HD, 24.1.2005, 30506/1232, Çimento İşveren, Mart 2005, S:2, C:19, 48-50). Benzer yönde karar için bkz. YHGK, 6.6.2001, 9-711/820, Çankaya/Çil, 2006, 41-47.

²⁰⁰ Çünkü kamu kurumu ve ihale ile iş alan şirket arasında, aynı holding veya şirketler topluluğu içerisindeki iki işyeri ilişkisi olmadığı gibi ihaleyi veren ve alan, aynı hukuki durumdaki iki şirket

Kamu kurum ve kuruluşlarında hizmet temini adı altında ihale yoluyla gerçekleştirilen taşeron uygulamalarının, alt işverenlik ilişkisi niteliği taşımadığı görüşündeki diğer bir yazar, bu görüşünü birçok kamu kurumunun işçi çalıştırmaması olgusuna dayandırmaktadır. Nitekim bu olgu söz konusu kamu kurumunun asıl işveren sıfatını kazanmasını engeller²⁰². Zira bir kimsenin asıl işveren sıfatını taşıyabilmesi için, alt işverene verdiği işten dolayı işveren niteliğini taşıması, ayrıca kendi adına bu işyerinde geri kalan işlerde işçi çalıştırması gerekir. Yargıtay kararlarında ise, söz konusu kamu kurumunun o işte işçi çalıştırarak işveren sıfatına sahip olup olmadığı üzerinde durulmaksızın aradaki ilişki alt işverenlik olarak kabul edilmekte ve işçi haklarından kamu kurumu da sorumlu tutulmaktadır²⁰³⁻²⁰⁴. Yazara göre bu durum, asıl işveren-alt işveren ilişkisi teorisine aykırıdır²⁰⁵.

II. Alt İşveren İlişkisinin Hukuki Niteliği

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin her şeyden önce *bir sözleşmeye dayanması* gerektiğini belirtmiştik²⁰⁶. Tarafların bu sözleşmeyi yapmasının doğrudan amacı, çoğunlukla bir alt işveren ilişkisinin kurulması değildir. Örneğin taraflar sadece işyerinin bir bölümünün devrini amaçlayıp buna yönelik sözleşme

değildir. Geçici iş ilişkisinde işçi, 6 ay en fazla 18 ay sonra devreden işverenin yanına geri döner; onunla arasındaki hukuki bağ hiç kesilmez. Öte yandan geçici iş ilişkisi en çok 18 ay devam edebileceksen, alt işverenlikte böyle bir sınır yoktur. (Gerek, Kamu Kuruluşları, 88).

²⁰¹ Çünkü aracılık faaliyetlerinde işçiler, asıl işyerinin işçileri olmakta ve aracı kurum ile bir hukuki bağ, çalışma-çalıştırma anlamında doğmamaktadır. Belki de çoğu zaman işçiler işe girmek için önce kamu kurumuna başvurmakta ve onlar tarafından alt işverenlere başvurmaları konusunda yönlendirilmektedirler (Gerek, Kamu Kuruluşları, 88).

²⁰² Göktaş, 104.

²⁰³ Y9HD, 7.7.2008, 25460/19530, Y9HD, 26.11.2007, 38695/35306, Göktaş'ın kişisel arşivi, Göktaş, 104. Yazara göre burada amaç, ihaleyi alan firmaların çoğunlukla zayıf ve ömürlerinin kısa olmasından kaynaklanabilecek, işçi alacaklarının tehlikeye girmesinin önlenmesidir. Bu sebeple, kamu kurumlarınca yapılan ihalelerde hizmet satın alınan kişilerden işçilik haklarını güvenceye alacak yeterli teminatlar alınmasını ve kıdem tazminatı fonunu öngören düzenleme yapılmasını önermektedir (Göktaş, 104).

²⁰⁴ Buna karşılık Yargıtayın verdiği diğer bir kararda, olayda ileri sürüldüğü gibi gerçek anlamda bir "yap-işlet-devret modelinin" bulunduğu tespit halinde, işi veren şirketin "ihale makamı" olduğu, asıl işveren olmadığı sonucu varılması gerektiğini belirtmiştir (Y9HD, 10.4.2007, 32995/10190, Çankaya/Çil, 2009, 75; www.kazanci.com).

²⁰⁵ Yazara göre böyle bir olasılıkta, eğer şartlar mevcutsa İK 36. maddenin uygulanması söz konusu olacaktır (Göktaş, 104). Çankaya ve Çil ise, İK 36. maddenin sadece "bina, hat, köprü, yol inşaatı ve bakım, onarımı gibi işlerde" uygulanabileceğini temizlik işi gibi süreklilik gösteren işlerde söz konusu hükmün uygulanamayacağını isabetli olarak belirtmektedirler (Çankaya/Çil, 2009, 21).

²⁰⁶ Ekonomi, Alt İşveren, 28. Arıcı, 488, 489. Yüksel, 48. Ünsal, 539. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 179. Çelik, Hukuki Sorunlar, 159.

yapmalarına rağmen, olayda alt işveren ilişkisinin unsurlarından söz edilebiliyorsa, alt işveren ilişkisi ve buna bağlı sonuçlar *kendiliğinden* ortaya çıkar²⁰⁷. Bu doğrultuda tarafların yaptıkları sözleşme sonucunda alt işveren ilişkisinin unsurları ortaya çıkmasına rağmen, aynı sözleşmeye bir madde koyarak aralarında “alt işveren ilişkisinin kurulmayacağı” yönünde bir anlaşma yapmaları geçerli kabul edilmez. Bu anlamda alt işveren ilişkisine ilişkin unsurlar oluştuğunda, söz konusu ilişki ve bu ilişkiye dair sonuçlar *kendiliğinden* doğduğundan, -aşağıda da görüleceği gibi- kanunda öngörülen “alt işverenlik sözleşmesinin” yapılması²⁰⁸ sadece, alt işverenlik ilişkisinin varlığını, kurulmuş olduğunu *kanıtlayan* belgelerden biridir²⁰⁹.

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişkinin sözleşmeye dayanmasının bir sonucu olarak, *serbest irade açıklaması ile kabul edilmiş hukuki bir borç ilişkisinin (özel hukuk ilişkisi)* varlığını gerektirdiği belirtilmektedir²¹⁰. Bu nedenle tarafların serbest iradelerine dayanmayan, sözelimi sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde işverenin belirli işlerin yapımını idare veya bazı kamu işverenlerine devretmek zorunda kaldığı durumlarda yahut devletleştirme sonucunda özel teşebbüse ait işletmenin belirli bir bölümünün kamu işverenlerine verildiği hallerde alt işveren ilişkisinden söz edilemez²¹¹.

²⁰⁷ Bu konuda doktrinde ileri sürülen farklı görüşler ve bizim görüşümüz için bkz. Birinci Bölüm, §4, I.

²⁰⁸ Bkz. Aşa §1, III.

²⁰⁹ Mollamahmutoğlu, 165. Göktaş, 102. Nitekim bu sözleşmenin ibrazı şartının amacı, muvazaa incelemesi yapacak olan iş müfettişine kolaylık sağlamaktır (Göktaş, 103). İş müfettişinin muvazaa incelemesi üçüncü bölümde ele alınacaktır (Bkz. Üçüncü Bölüm, §2, I).

²¹⁰ Canbolat, 39. Centel, Eleştirel Bir Yaklaşım, 40. Aynı yazar, Yönetmelik, 57. Aradaki ilişkinin idari bir sözleşmeye dayanması da mümkündür (Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 66). Kanımıza göre burada, serbest irade açıklaması ile kabul edilmiş özel hukuk ilişkisi, alt işveren ilişkisinin *dayandığı sözleşme* için geçerlidir. Yoksa belirtildiği gibi, söz konusu ilişki gerekli unsurlar oluştuğunda kendiliğinden – tarafların iradesine bakılmaksızın- ortaya çıkar. Öte yandan, doktrinde belirtildiği gibi alt işveren ilişkisi de karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla oluşan bir hukuki ilişki (hukuki işlem/sözleşme) olduğundan geçerlilik bakımından hukuki işlemlerin geçerlilik koşullarının tabidir. Buna göre alt işverenliğe yönelik irade açıklamalarının sağlıklı olması, konunun genel ahlaka ve kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması ve imkansız bulunmaması gerekir. Ayrıca ilişkide irade sakatlıkları ve gabin bulunması iptal edilebilirlik nedenleri arasındadır (Akyiğit, Şerh, C.1, 118, 120).

²¹¹ Canbolat, 39.

Öte yandan alt işveren ilişkisi hukuki niteliği itibarıyla, *üçlü iş ilişkisidir*²¹²⁻²¹³. Gerçekten de alt işveren ilişkisi deyimi, yalnızca asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkiyi ifade etmeyip, asıl işveren-alt işveren ve alt işveren işçisi arasındaki ilişkiyi içerir²¹⁴. Doktrinde alt işverenlik ilişkisinin üçlü iş ilişkisi olarak nitelendirilmesinin, yeni bir iş sözleşmesi bulunmaksızın, *var olan iş sözleşmeleri* sebebiyle doğan hak, borç ve sorumlulukların tamamının veya bir kısmının *sözleşme dışı üçüncü bir kişinin (asıl işveren) hukuki alanına doğrudan sirayet etmesinden* kaynaklandığı belirtilmektedir²¹⁵. Yine bu görüşe göre, bu *doğrudan sirayet etmenin* hukuki sebebi, asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmedir. Kanımıza göre ise bu hukuki sebep, kanundur.

Gerçekten de alt işveren ilişkisinin üçlü iş ilişkisi olarak niteliği, alt işveren ve alt işveren işçisi arasındaki iş ilişkisine ikinci bir işverenin dahil olmasıyla gerçekleşir. Yine üçlü iş ilişkisi olarak tanımlanan işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri sadece bu ilişkilerin kurulduğu anda üçlü bir ilişki ortaya çıkarmasına rağmen²¹⁶, -geçici iş ilişkisinde olduğu gibi²¹⁷- alt işveren ilişkisi bu ilişkinin devamı süresince bu özelliği sürdürür. Nitekim alt işveren işçilerinin iş ilişkisinden kaynaklanan alacaklarını alamamaları olgusuna bağlı olarak asıl işveren bu haklardan –alt işverenle birlikte- sorumlu tutulmaktadır. Ayrıca aşağıda görüleceği gibi doktrinde, alt işveren ilişkisinin devamı süresince asıl işveren ve alt işveren işçisinin

²¹² Alpagut, Mesleki Anlamda, 572. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 56. Akyiğit, Şerh, C.1, 89. Ekonomi, Alt İşveren, 21. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 24. Çankaya/Çil, 2009, 15. Le Goff, 213. Cordova, 643-644. Verdier/Couret/Souriac, 64. Supiot, 20. Arslanoğlu, 49 vd. ILO, 38 vd. Çankaya ve Çil, asıl işveren-alt işveren ilişkisini geçici iş ilişkisiyle birlikte “esneklik temelli üçlü sözleşmesel ilişkiler” olarak nitelendirmişlerdir (Çankaya/Çil, 2009, 15). Uluslararası Çalışma Örgütü’ne göre, “üçlü iş ilişkiler”nin değişik formları bulunmakla birlikte en yaygın olanları, alt işverenlik (contract work) ve özel istihdam acenteleridir. Diğer bir yaygın tür ise, franchising ilişkileridir (ILO, 39). ILO’ya göre üçlü iş ilişkilerindeki temel sorulardan biri, “gerçek işverenin” kim olduğunun tespiti. Yine ILO’ya göre üçlü iş ilişkilerinde en büyük çözülmesi gereken sorun, yasal sınırlamalar olmaksızın üçlü iş ilişkisi içindeki işçilerin –ikili iş ilişkisi içinde işçilerin yararlandığı aynı seviyede korumadan- yararlandırılmalarıdır. (ILO, 47, 51).

²¹³ Le Goff alt işveren ilişkisinin üçlü iş ilişkisi olduğunu belirtmekle birlikte bu ilişkinin, iş sahibi ile asıl işveren ve asıl işveren ile alt işveren arasındaki iki sözleşmeden doğduğunu belirtmektedir (Le Goff, 213). Supiot, alt işverenlik konusundaki temel problemin, asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçisi arasındaki üçlü iş ilişkisinin düzenlenmesi olduğunu belirtmektedir (Supiot, 20).

²¹⁴ Oysa “asıl işveren-alt işveren ilişkisi” terimi daha çok, iki işveren arasındaki ilişkiyi anlatan bir ifade şeklinde kullanılmaktadır. Belki de bunun sebebi, asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmamasıdır.

²¹⁵ Arslanoğlu, 49. Arslanoğlu’na göre alt işveren ilişkisi, atipik istihdam biçimlerinden biridir (Arslanoğlu, 49).

²¹⁶ Çankaya/Çil, 2009, 526.

²¹⁷ Özkaraca, 113.

–aralarında bir sözleşme ilişkisi olmamasına rağmen- karşılıklı bazı hak ve yükümlülüklerinin olduğu da iddia edilmektedir²¹⁸. Gerçi, asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında bir sözleşme ve iş ilişkisi söz konusu değildir. Alt işveren işçisinin, -geçici iş ilişkisinden farklı olarak- bu ilişkinin oluşması yönünde bir iradesi de (veya onayı da) aranmamaktadır. Esasen alt işveren işçisi sadece, *alt işverene karşı* alt işverenle arasındaki iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunu yerine getirmektedir. Bu doğrultuda alt işverenin işçinin haklarından sorumluluğu iş sözleşmesinden kaynaklanırken, asıl işverenin sorumluluğu doğrudan *kanundan* doğmaktadır²¹⁹. Gerçekten de kanunda, söz konusu ilişkinin ortaya çıkması durumunda asıl işverenin, alt işveren işçisinin alacaklarından alt işveren ile birlikte sorumlu olması kuralı mutlak emredici bir biçimde düzenlenmiştir.

III. Alt İşverenlik Sözleşmesi

İstisna, taşıma, kira veya benzeri sözleşmelerin yapılması ve böylece kanunda alt işverenlik için öngörülen unsurların oluşması sonucunda “alt işveren ilişkisi” ve buna bağlı hukuki sonuçlar *kendiliğinden* doğar. Bu sonuçların doğması için tarafların bu sözleşmelerin dışında ayrı bir “alt işverenlik sözleşmesi” yapmaları aranmaz²²⁰.

Buna karşılık 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”²²¹ ile İş Kanununun 3. maddesine bir fıkra eklenerek ilk defa kanunda “*alt işverenlik sözleşmesi*” deyimine yer verilmiş ve bu sözleşmenin *yazılı yapılması zorunluluğu* getirilmiştir²²². Gerçekten de 5763 sayılı kanunla²²³

²¹⁸ Bkz. Aşa, İkinci Bölüm, § 1.

²¹⁹ Yenisey, Alt İşveren, 40.

²²⁰ Nitekim “alt işverenlik (taşeronluk) sözleşmesi” terimi, kimi yerde asıl işveren ve alt işveren arasında söz konusu olabilecek temel hukuki ilişki çeşitlerinin (istisna, kira vb) genel nitelemesi olarak kullanılırken, kimi yerde bu terimle tarafların aralarındaki ilişkileri düzenlemek amacıyla uygulamada yüklenicilik sözleşmesi, teknik şartname gibi adlarla andıkları sözleşmeler kastedilmektedir (Güzel, Alt İşveren, 38 ve dn. 18 ve 19’daki yazarlar).

²²¹ RG. 26.5.2008, 26887.

²²² Belirtmek gerekir ki, alt işverenlik ilişkisinin genel olarak dayandığı sözleşmelerden olan istisna, taşıma ve işletme amacıyla kira sözleşmeleri için Borçlar Kanununda –kural olarak- belirli bir şekil zorunluluğu öngörülmemiştir. Ancak istisnai olarak bazı kira sözleşmeleri için geçerlilik şartı olarak belirli bir biçime uyulması zorunluluğu öngörülmüştür. Örneğin kamu tüzel kişilerine ait olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m.57 uyarınca kiraya verilen taşınmazlara ilişkin yazılı kira sözleşmeleri, noterce tasdik edilmelidir. (Zevkliler, 168. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11). Ayrıca yine 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 46. maddesi uyarınca bütün ihalelerin (yazılı) bir sözleşmeye bağlanacağı öngörülmüştür (Zevkliler, 308-309. Şen, Taşeronluk, 112). Bu zorunlu durumların dışında da tarafların uygulamada, gerek alt işverenin üstlendiği işleri

değişik İK 3. maddeye göre “*Bu Kanunun 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...*”. Buna göre alt işverenin, gerekli belgelerle ve alt işverenlik sözleşmesi ile birlikte işyerinin unvan ve adresini, çalıştırdığı işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama ve bitme gününü, kendi adını ve soyadını yahut ünvanını, adresini varsa işveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve *adreslerini bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmesi* gerekmektedir (İK 3/1)²²⁴.

Bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre maddede “alt işverenlik sözleşmesi” ile kastedilen, alt işverenlik ilişkisini kuran temel sözleşme (istisna, taşıma vb) değildir²²⁵. Burada anılan alt işverenlik sözleşmesi, alt işverenlik ilişkisinin varlığını, kurulmuş olduğunu *kanıtlayan* ve bu bağlamda da alt işverenin işyerinin tescili açısından önem taşıyan belgelerden biridir²²⁶. Gerçekten de öğretideki yazarların çoğunluğu tarafından isabetli olarak belirtildiği gibi yazılı şekil şartı, geçerlilik şartı değil, *ispat şartıdır*²²⁷. Diğer bir deyişle, yazılı sözleşmeyle bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması, alt işveren ilişkisinin geçerliliğini etkilemez²²⁸. Buna göre, esas sözleşme hukuka uygun olarak yapılmak suretiyle alt işverenlik ilişkisi kurulmuş ise, alt işverenlik sözleşmesinin yapılmamış

gereğine uygun ifası gerek birlikte sorumluluğu ve rücu olanakları ile teminatları belirgin hale getirmek için alt işveren sözleşmelerini *yazılı yapmayı tercih ettikleri* görülmekteydi (Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11. Güzel, Alt İşveren, 38). Nitekim Ekmekçi’ye göre bu düzenleme çok fazla bir anlam taşımamaktadır zira zaten uygulamada alt işveren sözleşmelerinin yazılı yapılmamasına rastlanmadığı gibi, bu konudaki uygulamadaki sorun bu sözleşmelerin yazılı yapıp yapılmaması da değildir (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 21). 5838 sayılı Kanunun, sözleşmenin yazılı olması zorunluluğunu kaldırmadığı konusunda bkz. Çelik, Alt İşveren İlişkisi, 12.

²²³ İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG, 26 Mayıs 2008, 26887, m.1.

²²⁴ Söz konusu değişikliğin TBMM gerekçesine göre, “*Asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan ilişkinin yazılı yapılması şartı getirilmiştir. Alt işverenlik müessesesi yazılı kurulmadığı zaman çeşitli yorum ve problemlere yol açmaktadır. Yazılı hale getirildiğinde itiraz ve yoruma mahal kalmamaktadır*” (Yılmaz, 2).

²²⁵ Mollamahmutoğlu, 165. Göktaş, 102. Benzer yönde, Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 20. Esasen alt işverenlik sözleşmesi, kendisini doğuran temel sözleşmenin iş hukuku alanında doğan bir sonucudur (Göktaş, 103). Centel’e göre Yönetmelikte geçen “alt işverenlik sözleşmesi” deyimini, bu zamana dek bilinen “taşeronluk sözleşmesinden” farklı bir anlam taşımaya gerektir (Centel, Yönetmelik, 57).

²²⁶ Mollamahmutoğlu, 165. Göktaş, 102. Nitekim bu sözleşmenin ibrazı şartının amacı, muvazaa incelemesi yapacak olan iş müfettişine kolaylık sağlamaktır (Göktaş, 103). İş müfettişinin muvazaa incelemesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, §2).

²²⁷ Çankaya/Çil, 2009, 39. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11. Mollamahmutoğlu, 166. Centel, Son Değişiklik, 6. Göktaş, 103.

²²⁸ Göktaş, 102.

olması, yaptırımı idari para cezasından ibaret olan hukuka aykırı bir durum oluşturur²²⁹. Diğer yandan bize göre, usulüne uygun bir alt işverenlik sözleşmesinin yapılması ve tescili, alt işverenlik ilişkisinin varlığı konusunda “kesin bir karine” de oluşturmaz.

Öte yandan İK 3/son hükmü uyarınca “*asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesi*” öngörülmüştür. Bu doğrultuda Bakanlık tarafından hazırlanan “Alt İşverenlik Yönetmeliği”²³⁰ 2008 yılında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmeliğin 10. maddesinde ise, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir²³¹. Buna göre söz konusu sözleşmede hususlar şunlardır: “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, 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, hususlarına yer verilir”.*

²²⁹ Mollamahmutoğlu, 165. Göktaş’a göre de alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli diğer belgeler ibraz edilmeden yapılan bildirim, maddede öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmediği anlamına gelecektir (Göktaş, 102).

²³⁰ RG, 27.9.2008, 27010.

²³¹ Alt İşverenlik Yönetmeliği’ne göre, “*Alt işverenlik sözleşmesi asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı şekilde yapılır. 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*”. Alt İşverenlik Yönetmeliği Değişiklik Taslağında bu son cümle metinden çıkarılmaktadır (Kızıloğlu, 100).

Görüldüğü gibi alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar, yönetmelikle oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Doktrinde, söz konusu sözleşmede bulunması gereken konuları düzenleme yetkisinin yasayla yönetmeliğe bırakılması haklı olarak eleştirilmiştir²³². Bu görüşe göre asıl işverenin kamu işvereni olduğu durumda dahi *özel hukuk sözleşmesi* niteliğinde olan asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmenin içeriğinin *idare tarafından belirlenmesi öngörülme suretiyle* –sosyal piyasa ekonomisini benimsemiş bir hukuk sistemine aykırı olarak- söz konusu özel hukuk ilişkisine idarenin müdahalesine olanak tanınmıştır. Bu durum Anayasa’da güvence altına alınmış olan sözleşme özgürlüğüne aykırıdır²³³.

Söz konusu düzenlemeyi eleştiren diğer bir yazara göre de, bu hüküm ile *Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olarak* alt işveren ilişkileri, adeta idarenin iznine bağlanmaktadır²³⁴. Yazar ayrıca, bu sözleşmelerde yer alan işin görülmesine ilişkin usul ve esaslar, maliyet hesapları gibi hususların *ticari sır* kapsamında olduğuna ve bunların herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olmaksızın idarenin denetimine ve bilgisine tabi tutulmasının çok büyük sakıncaları olduğuna dikkat çekmektedir²³⁵.

Yönetmeliğin öğretide eleştirilen diğer bir düzenlemesi, “*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*”(9/2) hükmüdür. Bir görüşe göre bu hüküm uyarınca, örneğin bir eser sözleşmesi ile kurulan alt işveren ilişkisinde taraflarca eser sözleşmesinin tüm esaslı unsurlarına yer verildiği halde, 10. maddede belirtilen hususlardan biri yer almadıysa bu sözleşme “alt işverenlik sözleşmesi” olarak kabul edilmeyecektir²³⁶. Bu durumda bu görüşe göre, örneğin sözleşmede “işveren vekilinin adresi” yer almadığından alt işveren ilişkisi kurulmamış sayılarak – Yönetmeliğin tercih ettiği bir sonuç olarak- alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren

²³² Centel, Yönetmelik, 57.

²³³ Centel, Eleştirel Bir Yaklaşım, 40. Aynı yazar, Yönetmelik, 57. Aynı yönde Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 21. Çelik’e göre de bu durum, tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisine gereksiz bir müdahale niteliğindedir (Çelik, 2010, 46. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 12).

²³⁴ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 21. Kızıoğlu, 99.

²³⁵ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 21.

²³⁶ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12.

asıl işverenin işçileri mi sayılacak sorusu gündeme gelecektir²³⁷. Oysa kanımıza göre alt işverenlik sözleşmesi alt işveren ilişkisinin kurucu koşulu olmadığından, yazılı sözleşmenin veya bu sözleşmede yer alması öngörülen hususlardan bir ya da birkaçının yokluğu, alt işveren ilişkisinin kurulmamış olması sonucunu doğurmaz.

Öte yandan Yönetmelikte alt işverenlik sözleşmesinde yer alması öngörülen hususlardan biri, *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”* hükmüdür. İK 2/6 hükmünün tekrarından ibaret olan bu hususa, sözleşmede yer verme zorunluluğunun getirilmesi de doktrinde eleştirilen hususlar arasındadır. Gerçekten de aşağıda görüleceği üzere, işçiye karşı birlikte sorumluluk hükmü emredici nitelikte olup sözleşmeyle bertaraf edilemeyeceği için sözleşmede yer alıp almamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır²³⁸. Bu açıdan söz konusu hüküm, olsa olsa taraflara mevcut yasal hüküm hatırlatıcı bir anlam taşıyabilir. Aynı şekilde yine Yönetmeliğe göre sözleşmede yer alması zorunlu bulunan diğer bir husus olan *“Alt işverenlik sözleşmesinin yapılmasından önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işveren tarafından işe alınması hâlinde, bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı”* hükmü de İK 2/7 de yer alan düzenlemenin tekrarından ibarettir²³⁹.

Öte yandan Yönetmeliğin 10/2 hükmüne göre, *“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”*. Yönetmeliğin geçici 1. maddesinde ise, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten (27.09.2008) önce kurulan ve halen devam eden alt işveren ilişkileri açısından bir istisna getirilmiş ve bu ilişkiler açısından Yönetmeliğin 10/2 hükmünde belirtilen belgelerin aranmayacağı hükmüne bağlanmıştır. Söz konusu geçici maddenin karşıt anlamından çıkan sonuca göre,

²³⁷ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12. Nitekim “işveren vekilinin adresi” sözleşmenin ikinci derecedeki önemli noktalarından biri dahi sayılamaz; kaldı ki bir sözleşmenin meydana gelmesinde geçerlilik şartı olan konular ve bunlara uyulmamasının sonuçları bir yönetmelik ile düzenlenemez, sözleşme özgürlüğüne sınırlayıcı hükümler getirilemez (Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12).

²³⁸ Alpagut, Alt İşveren, 36. Aynı yazar, Yönetmelik, 60. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliği değişiklik taslağında bu ifadeye yer verilmemektedir (Kızıloğlu, 100).

²³⁹ Alpagut, Alt İşveren, 36. Aynı yazar, Yönetmelik, 60.

Yönetmeliğin 10/2 hükmünün dışında kalan (alt işverenlik sözleşmesinin yazılı olması ve iş müfettişlerince yapılacak denetim) konularda tüm alt işverenlik ilişkilerinin İK 3 ve anılan Yönetmelik hükümlerine tabi olacağı sonucuna varılmaktadır^{240, 241}.

Yönetmeliğin 8. maddesinde ise, *kayıt dışı alt işveren ilişkilerinin tespiti ve tescili konusunda* kanımıza göre isabetli bir düzenlemeye yer verilmiştir²⁴². Buna göre belirli makamlara, kendi mevzuatları açısından yaptıkları işlemler sırasında, işyerlerinin İK 3 hükmü uyarınca bölge çalışma müdürlüğüne bildirilip bildirilmediğinin kontrolü ve eğer bildirim yapılmadıysa bir yazı ile 15 gün içinde bildirme görevi verilmiştir²⁴³.

§ 3. Alt İşveren İlişkisinin Unsurları

I. Bir İşverenin (Alt İşveren) Diğer Bir İşverene (Asıl İşveren) Ait İşin Bir Bölümünü Üstlenmesi

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurlarından ilki, bir işverenin diğer bir işverene ait bir işi üstlenmesidir

1. Asıl İşveren

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi her şeyden önce, o işyerinde işçi çalıştıran asıl işverenin varlığını gerektirir. İş Kanununa göre de “*Bir işverenden, ...mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde..... iş alan.... diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren*

²⁴⁰ Alpagut, Yönetmelik, 62. Oysa Alt İşverenlik Yönetmeliği değişiklik taslağında, “Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve halen devam eden asıl işveren-alt işveren ilişkisi, bildirim yapılmış olanlar için bildirimle ilişkin yükümlülükler hariç, bu Yönetmelik hükümlerine tabidir” hükmü getirilmektedir (Kızıloğlu, 101).

²⁴¹ Kızıloğlu’na göre uzmanlığın belgelendirilmesi amacıyla sözleşmeye söz konusu belgelerin eklenmesi zorunluluğu, Kanunda yer almayan bir husus olup Yönetmelikle getirilmesi uygun olmamıştır. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliği Değişiklik Taslağında bu ifade metinden çıkarılmaktadır (Kızıloğlu, 99-100).

²⁴² Alpagut, Alt İşveren, 36. Aynı yazar, Yönetmelik, 62.

²⁴³ Bu hükme göre, “*Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleri veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarının denetim elemanlarınınca işyerlerinde yapılan denetimlerde ya da ihale makamları, ruhsata tabi işlerde (maden arama ve işletme, inşaat, taş ocağı ve benzeri) ruhsatı veren merciler (valilikler, kaymakamlıklar, belediyeler), sosyal güvenlik il müdürlükleri, vergi daireleri de kendi mevzuatları açısından yaptıkları işlemler sırasında, işyerlerinin Kanunun 3 üncü maddesine göre ilgili bölge müdürlüğüne bildirimde bulunup bulunmadığını kontrol ederler. Bildirim yapmamış olan işyerlerinin unvan ve adreslerini ilgili bölge müdürlüğüne bir yazı ile en geç 15 gün içinde bildirirler. Denetim elemanlarınınca veya kamu kurumlarınınca yapılan bildirimler dikkate alınarak bölge müdürlüğüne Kanunun 3 üncü maddesine göre gerekli işlemler yapılır*”.

ilişkisi denir” (m.2/6). Buna göre, asıl işverenin işin bütününe devretmemiş olması, o işyerinde –geri kalan işlerde- işçi çalıştırmaya devam ederek işveren sıfatını koruması gerekmektedir²⁴⁴. Eğer işveren kendisi o işyerinde işçi çalıştırmaksızın işi tümüyle başka bir işverene verdiğyse, iş verdiği kişi alt işveren niteliği taşımaz²⁴⁵. Örneğin bir binanın yapımı uygulamadaki deyimiyle “anahtar teslimi suretiyle”²⁴⁶ yaptırılırsa asıl işveren alt işveren ilişkisi oluşmaz²⁴⁷. Yine, bir kişinin arsası üzerinde bir otel veya apartman yapılmak üzere bir müteahhitle anlaşması asıl işveren alt işveren ilişkisi sonucunu doğurmaz²⁴⁸. Zira bir taşınmaz malın veya arsanın maliki

²⁴⁴ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 15. Akın, 236-237. Güzel, Alt İşveren, 39. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 66-67. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Mollamahmutoğlu, 167. Gerek/Oral, 31. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 231. Şahlanan, Kavram, 191. Aynı yazar, Alt İşveren, İHD, 326. Çankaya/Çil, 2009, 20. Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 17. Canbolat, 20. Demircioğlu, 38. Ayan, 505. Alpagut, Yeni Yapılanma, 16. Günay, Alt İşveren, 32. Taşkent, Alt İşveren, 363. Uşan, Sorumluluk, 85. Aydın, Alt İşveren, 160. Aynı yazar, Koruma Yükümlülükleri, 163. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 64. Tunçomağ/Centel, 58. Çankaya, 17. Yüksel, 49. Çelik, Alt İşveren, 165. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 68. Akyiğit, Şerh, C.1, 90-91. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 1, 5. Demir, Başlıca Yenilikler, 91. Narmanlıoğlu, 117. Aynı yazar, Sorumluluk, 57. Eyrenci, Değerlendirme 1994, 6. Ulucan, Değerlendirme 1996, 13-14. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Çifter, 26. Göktaş, 104. Şen, Taşeronluk, 108. Oğuzman, Genel Görüşme, Değerlendirme 1988, 66. Ekonomi, Asıl İşveren, 7. Özkaraca, 83-84.

²⁴⁵ Doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi, aynı işverene ait bir işletmede yer alan birden çok işyerinden birinin diğer bir işverene devrinde, sözelimi bir otelcilik işletmesine ait birden çok otelden birinin devrinde de alt işveren ilişkisi söz konusu olmaz. Çünkü bu işyerlerinin her biri bağımsız bir sonuç elde etmeye yönelik olup, normal bir işyeri devrinden söz edilebilir (Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 70).

²⁴⁶ Doktrinde Mollamahmutoğlu, “anahtar teslimi” iş kavramını, “işin tamamının taahhüt edildiği” şeklinde açıklamanın yanında “başka bir işverene ait işyerinde bir iş almakla birlikte işverene teslim edilmekle bitecek muayyen bir iş” olarak tanımlamaktadır. Yazarın bu duruma verdiği örnekler, bir dokuma fabrikasına yeni dokuma tezgahlarının montajı, bir işyerinin muhasebesinin bir bilgisayar yazılım şirketi tarafından bilgisayar sistemine göre düzenlenmesidir (Mollamahmutoğlu, 167, 172). Aynı şekilde Başbuğ da, anahtar teslimi işlere örnek olarak, fabrikanın sınırları içindeki bir arsaya bina yapılması, bir iş sahasını anayola bağlayan bir işin yapılması, bir havuzun inşa edilmesi ya da çatı onarılması bina cephesinin boyanması gibi işleri göstermektedir. Nitekim Başbuğ’a göre anahtar teslimi işlerde, “işçi çalıştıran bir işverenin yaptığı işlerde ilgisi olmayan, yardımcı bir işin verilmesi söz konusudur” (Başbuğ, Alt İşveren, 64-65). Doktrinde Ekmekçi ise isabetli olarak, “anahtar teslimi” kavramının hukuki bir kavram olmayıp uygulamada sıklıkla farklı içeriklerde kullanıldığını, bu ifadenin *kullanıldığı her olayda alt işveren ilişkisi bulunmadığı sonucuna varılamayacağına* dikkat çekmektedir (Ekmekçi, Değerlendirme 2003, 24).

²⁴⁷ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 15. Akın, 237. Güzel, Alt İşveren, 39. Ekonomi, Alt İşveren, 28, 95, 96, Şahlanan, Kavram, 191. Mollamahmutoğlu, 167. Alpagut, Yeni Yapılanma, 16. Akyiğit, Şerh, C.1, 87. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 1. Taşkent, Alt İşveren, 363. Demir, Başlıca Yenilikler, 91. Aydın, Alt İşveren, 161. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 68. Günay, İş Hukuku, 275. Tunçomağ/Centel, 59. Doktrinde Mollamahmutoğlu, anahtar teslimi işin belirli sürede tamamlanacak bir iş olması, sürekli bir iş olmaması sebebiyle asıl işveren alt işveren ilişkisine konu olamayacağını belirtmektedir (Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 2).

²⁴⁸ Burada alelade eser sözleşmesi veya müteahhitlik ilişkisinden söz edilebilir (Akyiğit, Şerh, C.1, 87. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 1).

olmak, mal ve hizmet üretiminde bulunduğu bir işyeri bulunan işveren sıfatının doğmasına neden olmaz²⁴⁹.

Aynı şekilde bir kamu kurumu bir işin bütününün yapımını ihale yoluyla bir şirkete verdiğinde, verdiği işte kendi işçisi çalışmadığı sürece asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Burada söz konusu kamu kurumu sadece “ihale makamı” niteliği taşır²⁵⁰. Bununla birlikte ihale makamından iş alan şirketin, aldığı işin bir bölümünde veya yardımcı işinde başka bir işverenle asıl işveren alt işveren ilişkisi kurması mümkündür. Zira bir kişinin asıl işveren olabilmesi için, işin asıl sahibi olması gerekmez²⁵¹. Örneğin, yolun bütününün yapımını üstlenen şirket, yol üzerindeki köprü veya tünel yapımını başka işveren ya da işverenlere verirse alt işveren ilişkisinden söz edilebilir²⁵². Yine, bir işi bölümlere ayırarak her bölümü başka bir müteahhide veren ve kendisi bu işte işçi çalıştırmayan kişi asıl işveren sayılmaz²⁵³.

Asıl işverenin işyerinde kaç işçi çalıştırdığı hususu, alt işveren ilişkisi açısından esas itibariyle önem taşımamaktadır. Diğer bir deyişle, asıl işverenin alt işveren(ler)e verdiği iş(ler)in kalan kısmında çalıştırdığı işçilerin sayısı önemli değildir²⁵⁴. Bununla birlikte bu durum bazı işlerde İş Kanununa tabi olup olmamak açısından belirleyici olduğundan, konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır²⁵⁵.

Öte yandan doktrinde belirtilen bir görüşe göre, işi ihale edenin ihale alanı izlemek ve kontrol etmek üzere birkaç kişiyi istihdam etmesi, ihale edeni asıl işveren konumuna getirmez, çünkü bu ihtimalde ihale makamı tarafından yürütülen bir iş bulunmamaktadır²⁵⁶. Diğer bir yazar ise, bu görüşü esas itibariyle benimsemekle

²⁴⁹ Ekonomi, Alt İşveren, 28, 95, 96.

²⁵⁰ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 15. Akın, 237. Günay, Alt İşveren, 32. Mollamahmutoğlu, 167. Demir, Başlıca Yenilikler, 91. Göktaş, 103-104.

²⁵¹ Akyiğit, Şerh, C.1, 91. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 7.

²⁵² Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 15.

²⁵³ Akyiğit, Şerh, C.1, 91. Mollamahmutoğlu, 167. 1475 sayılı Kanun döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, asıl işveren kavramının mutlaka “o işyerinde işçi çalıştırmaya” bağlanması, yasanın getirdiği sorumluluk esasına ve hükmün konuluş amacına aykırı bir biçimde hükmün sınırlandırılması anlamına gelir. Zira kanun koyucu bu hükümle, işçilerin ekonomik olarak zayıf sayılabilecek müteahhitler karşısında korunmalarını amaçlamıştır (Soyer, Genel Görüşme, Değerlendirme 1988, 65).

²⁵⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 91. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 6.

²⁵⁵ Bkz. Aşa. § 3, I, 1, a.

²⁵⁶ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, 17. Ekmekçi, Panel, İNTES, 64. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 68. Günay, İş Hukuku, 276-277. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Örneğin yüksek mahkemenin, yol yapımı işini ihale yoluyla üstlenen müteahhidin alt işveren olmadığı sonuca varılan kararında, aradaki sözleşmede idareye tanınan kontrol ve denetim yetkisinin söz konusu sonucu etkilemeyeceği tespiti

birlikte, bu durumda dahi *söz konusu işlemin temelinde bir muvazaa olup olmadığının araştırılması gerektiğini* isabetli olarak belirtmiştir²⁵⁷. Buna göre olayın özelliğine göre söz konusu kontrol elemanlarını çalıştıran tarafın bir ihale makamı mı yoksa asıl işveren mi olduğunun belirlenmesi gerekir. Başka bir görüşe göre ise, işin denetlenmesi amacıyla dahi olsa işverenin (herhangi bir sebeple) o işte işçi çalıştırması, alt işveren ilişkisinin varlığını gündeme getirmelidir. Aksi halde yasanın koruyucu amacı sınırlanmış olacaktır²⁵⁸.

Bir kimsenin işyerini ve işçilerini mevzuatta belirtilen ilgili mercilere bildirmesi, asıl işveren sayılması açısından belirleyici değildir²⁵⁹. Zira bildirim yükümlülüğü “yaratıcı” değil “bildirici” bir nitelik taşır²⁶⁰. Buna göre işyeri, bu niteliğin edinildiği günden başlayarak bildirim gününe bakılmaksızın İş Kanunu hükümlerine tabi olur²⁶¹. Bu durumda asıl işveren (ve alt işveren) sıfatı da Kanunda aranan koşulları taşıyan bir ilişkinin tarafı olduğu anda -bildirimin yapılp yapılmamasına bakılmaksızın- ortaya çıkar²⁶².

Bir görüşe göre asıl işverenin, alt işveren ilişkisinin kurulmasından önce işçi çalıştırdığı bir işyerinin olması şart değildir²⁶³. Buna göre asıl işverene ait mal veya hizmet üretilen bir birimin olması yeterlidir. Bu sebeple bu yerde usulüne uygun olarak kurulan alt işveren ilişkisi geçerlidir. Bu görüşte olan yazarlar konuyu özellikle kamu kurumları yönünden şu örnekle açıklamaktadırlar²⁶⁴: “*Bir Bakanlığa bağlı olarak memur ve sözleşmeli personel çalıştırılmakta fakat hiç işçi istihdam edilmemekteyse ve bu bakanlık daha önce memurlarla yerine getirdiği temizlik hizmetlerini alt işverene bıraktıysa, ilk defa o birimde işçi çalıştırılmasına başlanmış olmasıyla alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Diğer bir deyişle asıl işverenin aynı yerde daha önce işçi istihdam etmemiş olması bu sonucu etkilememelidir; aksi halde işçi çalıştırmayan kamu kurumları yönünden alt işverenlik uygulamasının mümkün olmadığı şeklinde katı bir sonuca ulaşılmış olur*”.

yapılmıştır (Y9HD, 20.12.1994, 11914/18221, İşveren, S.6, C:36, Mart 1995, 18. Eyrenci Değerlendirme 1994, 6).

²⁵⁷ Süzek, Alt İşveren, 69.

²⁵⁸ Şen, Taşeronluk, 143.

²⁵⁹ Akyiğit, Şerh, C.1, 92. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 7. Alt işverenin işyerini bildirim yükümlülüğü ile ilgili olarak bkz. İkinci Bölüm

²⁶⁰ Süzek, 182. Akyiğit, Şerh, C.1, 92. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 7.

²⁶¹ Süzek, 182. Akyiğit, Şerh, C.1, 92. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 7.

²⁶² Akyiğit, Şerh, C.1, 92. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 7.

²⁶³ Çankaya/Çil, 2009, 20- 21.

²⁶⁴ Çankaya/Çil, 2009, 21.

Kamu kurumları açısından konuyu ele alan diğer bir yazara göre, birçok kamu kurumunun işçi çalıştırmadığı bilinen bir olgu olup, bu olgu söz konusu kamu kurumunun asıl işveren sıfatını kazanmasını engeller²⁶⁵. Zira bir kimsenin asıl işveren sıfatını taşıyabilmesi için, alt işverene verdiği işten dolayı işveren niteliğini taşıması, ayrıca kendi adına bu işyerinde geri kalan işlerde işçi çalıştırması aranmalıdır. Ne var ki yazarın da belirttiği gibi, ülkemizde kamu kurumlarının önemli bir kısmı bazı hizmetleri ihale ile satın almaktadırlar. Yargıtay kararlarında ise, söz konusu kamu kurumunun -o işte işçi çalıştırarak işveren sıfatına sahip olup olmadığı üzerinde durulmaksızın- aradaki ilişki alt işverenlik olarak kabul edilmekte ve işçi haklarından kamu kurumu da sorumlu tutulmaktadır²⁶⁶. Yazara göre bu durum, asıl işveren-alt işveren ilişkisi teorisine aykırı bir durumdur²⁶⁷.

Kanımıza göre de kamu kurumunun (veya asıl işverenin) kendine bağlı hiçbir işçisinin olmaması alt işveren ilişkisinin kurulmasını engeller. Bu doğrultuda, “hiç işçi çalıştırmayan bir bakanlığın daha önce memurlarla yerine getirdiği temizlik hizmetlerini alt işverene bırakması durumunda, ilk defa o birimde işçi çalıştırılmasına başlanmasıyla alt işveren ilişkisinin kurulmuş olacağı” görüşüne katılmamaktayız. Buna göre bu örnek açısından “asıl işverenin aynı yerde daha önce işçi istihdam etmemiş olması bu sonucu etkilememelidir”²⁶⁸ görüşü yerinde bir tespit değildir. Çünkü bu durumda işçiler bakanlığa bağlı olarak değil, alt işverene bağlı olarak çalışmaya başlamaktadırlar. Böylece bakanlık, İş Kanununa tabi bir işveren sıfatını –bu andan sonra da- kazanmamaktadır. Buna rağmen bakanlığı asıl işveren olarak kabul etmek, anahtar teslimi bütün işleri alt işveren ilişkisi saymamızı gerektirir ki, bu durum yasanın amacına uygun değildir. Bize göre önemli olan, asıl işverenin alt işveren ilişkisi kurulmadan önce işveren sıfatına sahip olması değil, en azından ilişkinin kurulduğu anda söz konusu işyerinde bu sıfatının olmasıdır. Diğer

²⁶⁵ Göktaş, 104. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Engin, Yeni İstihdam Biçimleri, 79-83.

²⁶⁶ Y9HD, 7.7.2008, 25460/19530, Y9HD, 26.11.2007, 38695/35306, Göktaş’ın kişisel arşivi, Göktaş, 104. Yazara göre burada amaç, ihaleyi alan firmaların çoğunlukla zayıf ve ömürlerinin kısa olmasından kaynaklanabilecek, işçi alacaklarının tehlikeye girmesinin önlenmesidir. Bu sebeple, kamu kurumlarınca yapılan ihalelerde hizmet satın alınan kişilerden işçilik haklarını güvenceye alacak yeterli teminatlar alınmasını ve kıdem tazminatı fonunu öngören düzenleme yapılmasını önermektedir (Göktaş, 104).

²⁶⁷ Yazara göre böyle bir olasılıkta, eğer şartlar mevcutsa İK 36. maddenin uygulanması söz konusu olacaktır (Göktaş, 104). Çankaya ve Çil ise, İK 36. maddenin sadece “bina, hat, köprü, yol inşaatı ve bakım, onarımı gibi işlerde” uygulanabileceğini, temizlik işi gibi süreklilik gösteren işlerde söz konusu hükmün uygulanamayacağını isabetli olarak belirtmektedirler (Çankaya/Çil, 2009, 21).

²⁶⁸ Çankaya/Çil, 2009, 21.

bir deyişle ancak bu sıfatı kazandıktan sonra –diğer koşullar da mevcutsa- alt işveren ilişkisinin oluştuğundan söz edilebilir. O halde bazı işlerin görülmesini bir başka işverene bırakan bir kişi, başlangıçta işveren sıfatı bulunmasa da sonradan o işyerinde işçi çalıştırmaya başlaması durumunda, bu andan itibaren alt işveren ilişkisinin kurulduğundan söz etmek gerekir.

Asıl işverenin başka bir işverene verdiği işte çalıştırdığı işçilerin tamamı “geçici (ödünç) işçilerden” oluşmaktaysa alt işveren ilişkisinden söz edilebilecek midir? Bu durumda bir görüşe göre, alt işveren işçilerini koruyucu hükümlerden hareketle bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir²⁶⁹. Yani, işverenin o işte çalıştırdığı işçilerin tamamının “ödünç işçi” niteliği taşıması asıl işveren sayılmasını engellemez. Bu görüşe şu gerekçelerle katılmamaktayız: Geçici (ödünç) iş ilişkisinde iş görme edimini talep hakkını devreden işveren bu ilişkide işçinin işvereni olarak kalmaya devam eder²⁷⁰. Buna karşılık işçinin geçici olarak yanında çalıştığı işveren ile arasında “iş ilişkisi benzeri bir hukuki ilişki” den söz edilir²⁷¹. Bu “iş ilişkisi benzeri hukuki ilişki”, işçiyi ödünç alan kişiye işveren sıfatını kazandırmaz; sadece iş ilişkisinden kaynaklanan bazı hak ve borçların doğumuna neden olur. Anılan soruya olumlu yanıt veren yazarın da belirttiği gibi asıl işverenin işveren sıfatının, bir kısmını alt işverene verdiği asıl işin geri kalan kısmında *kendi adına işçi çalıştırmamasından* kaynaklanması zorunludur²⁷².

Öte yandan olayı tersinden düşünmek de mümkündür: Kendisine bağlı çalışan işçilerin tamamını geçici olarak bir başka işverene ödünç veren işverenin işyerinde bir alt işveren ilişkisi mevcut olabilir. Bu durumda ödünç işçiler ödünç veren işverenin işçileri olarak kabul edilmezse, bu kez de ödünç veren işverenin asıl işveren niteliğinin sona erdiğinden söz etmek gerekecektir. Bu durumda ise, ödünç veren işverenin işyerinde çalışan alt işveren işçileri açısından olumsuz sonuçlar söz konusu olacaktır. Ödünç işçileri alt işveren ilişkisi açısından hem ödünç verdikleri hem ödünç alındıkları işyerinin işçisi kabul etmek ise, teorik anlamda tutarlı bir yaklaşım olmayacaktır. O halde bize göre işverenin fiili olarak işçi çalıştırmasına değil, hukuki olarak o işyerinde kendisine iş sözleşmesiyle bağlı işçi çalıştırıp

²⁶⁹ Akyiğit, Şerh, C.1, 92. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 7.

²⁷⁰ Süzek, 258.

²⁷¹ Süzek, 258 ve dn 122 de belirtilen yazarlar.

²⁷² Akyiğit, Şerh, C.1, 91.

çalıştırmadığına bakılmalıdır. Aksi halde fiili duruma bakılması, örneğin işverenin kendisine bağlı bütün işçilerin yıllık ücretli izne çıkması durumunda asıl işveren niteliğinin ve dolayısıyla alt işveren ilişkisinin sona erdiği sonucuna varmamızı gerektirir ki bu durum kabul edilemez. O halde yine, alt işverene verilen iş sırasında asıl işverenin işçilerinin toplu olarak izinde olmaları²⁷³ veya grevde olmaları alt işverenlik ilişkisine engel olmamalıdır.

Asıl işveren, işveren niteliğini alt işverene verdiği iş dolayısıyla taşımaktadır²⁷⁴. İşverenin bu niteliği, verdiği işe tamamen yabancı başka bir işyerinde işçi çalıştırmak suretiyle kazanması alt işveren ilişkisinin oluşması için yeterli olmaz. Diğer bir deyişle asıl işverenin işveren sıfatının, alt işverene verilen işin geri kalan kısmında kendi adına işçi çalıştırmamasından kaynaklanması zorunludur²⁷⁵. Bu sebeptendir ki işin tamamının devredilmesi halinde bu işi alan kişi alt işveren sıfatını taşımaz. Çünkü bu durumda işi devreden kişi, *devrettiği iş dolayısıyla* sahip olduğu işverenlik sıfatını kaybetmiş olur²⁷⁶.

Bu durumu yardımcı işler açısından da değerlendirmek gerekir. Örneğin, işyerinin yemek veya temizlik işlerinin tamamının başka bir işverene verilmesinde alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecek midir? Yargıtay, isabetsiz olarak bir kararında bir bankanın temizlik işlerinin tamamının üstlenilmesi gerekçesiyle alt işveren ilişkisinin olmadığı sonucuna varmıştır²⁷⁷. Buna karşılık yüksek mahkeme, yine yardımcı işle ilgili daha yeni tarihli benzer bir olayda aksi yönde karar vermiştir. Buna göre ilk derece mahkemesinin bir otomotiv şirketinin güvenlik hizmetlerinin tamamını bir özel güvenlik şirketine ihale etmesini alt işveren ilişkisi olarak

²⁷³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun onadığı bir kararda "...işçilerin toplu olarak izinde bulundukları sırada, tesisat onarım işinin tamamının diğer davalı işverene verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda esasen bu tür işler yapan bağımsız firma durumundaki davalı...ile... arasındaki hukuki ilişki istisna akdine dayanmakta olup, İş Kanunu'nun 1/son maddesinde belirtilen unsurlar gerçekleşmediğinden davalı ...'nın ...sorumluluğundan söz edilemez" tespitleri yapılmıştır (Ulucan, Değerlendirme 1996, 14). Kararda tesisat onarım işinin işçilerin toplu olarak izinde bulundukları bir sırada verilmiş olmasının olaya etkili olduğu izlenimi doğsa da, önemli olan husus tesisat onarım işinin tamamının verilmiş olmasıdır.

²⁷⁴ Canbolat, 20. Mollamahmutoğlu, 167. Aydınli, Alt İşveren, 164. Çankaya, 17. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 68. Akyiğit, Şerh, C.1, 90. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 66-67. Oğuzman, Genel Görüşme, Değerlendirme 1988, 66. Asıl işverenin alt işverene sadece işi devretmediği, aynı zamanda riski ve sorumluluğu da devrettiğine ilişkin bkz. Başkaya/Ördek, 31.

²⁷⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 90-91.

²⁷⁶ Canbolat, 20. Bu durumda işi devreden kişi, 'iş sahibi' sıfatına sahip olur (Çankaya, Alt İşveren Kavramı, 17).

²⁷⁷ Y10HD, 13.9.2001, 4151/5593, İşveren, S:5, Şubat 2002, C: 36, 18. Aynı doğrultuda Y9HD, 4.3.1991, 11890/3190, YKD, C:17, S:8, Ağustos 1991, 1204-1205. Y9HD, 14.12.1993, 7945/18613, YKD, C.20, S.6, Haziran 1994, 912-913.

değerlendirmedığı kararın temyiz incelemesinde yüksek mahkeme, güvenlik işinin - taşıma, yemek, makine bakımı gibi yardımcı iş olması- gerekçesine dayanarak isabetli olarak alt işveren ilişkisinin mevcut olduğu sonucuna varmıştır²⁷⁸. Gerçekten de doktrinde de isabetli olarak belirtildiği gibi yardımcı işlerin diğer bir işverene verilmesinde alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için, işverenin bunun dışındaki alanda kendi adına işçi çalıştırması zorunlu olduğu gibi, söz konusu koşul açısından yeterlidir²⁷⁹. O halde yardımcı işler -ihale suretiyle bile olsa- başka bir işverene verildiyse, asıl işte veya işin geri kalan kısmında (asıl) işverenin işçi çalıştırması koşuluyla alt işveren ilişkisinden söz edilebilecektir.

a) Asıl İşverenin İş Kanununa Göre İşveren Olması

Asıl işverenin, 4857 sayılı İş Kanununa göre işveren sıfatını taşıması gerekmektedir²⁸⁰. Diğer bir deyişle İş Kanununun 4. maddesinde yer alan istisnalar arasında yer alan ve bu sebeple İş Kanununun uygulama alanı dışında kalan bir işverenin asıl işveren sıfatını taşıması mümkün değildir.

Buna göre, Borçlar Kanununa, Basın İş Kanununa ya da Deniz İş Kanununa tabi bir işte işçi çalıştıran bir işverenin bu işlerin bir kısmını veya yardımcı işlerini bir başka işverene devretmesi durumunda İş Kanununa tabi bir alt işveren ilişkisinden söz edilemez²⁸¹. Doktrinde bir görüşe göre böyle bir durumda, anılan yasalarda İş Kanunundakine benzer bir kural bulunmadığından, menfaatler dengesi açısından 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin örneğe yoluya uygulanması gerekir²⁸².

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre 4857 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununa göre genel yasa konumunda olmadığından, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesi bu kanunlar kapsamındaki ilişkilere doğrudan

²⁷⁸ Y9HD, 1.7.2004, 4320/16307, Çankaya/Çil, 2006, 99. Karara ilişkin farklı yöndeki eleştirileri için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 48-49. Aynı yönde bir karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Y9HD, 19.11.2001, 1858/17882, Süzek, Değerlendirme 2001, 10.

²⁷⁹ Akyiğit, Şerh, C.1, 90-91.

²⁸⁰ Akyiğit, Şerh, C.1, 91. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 6-7. Aydın, Alt İşveren, 160. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 68. Akyiğit'e göre, alt işverenlik ilişkisi ekonominin her alanında gerçekleşebilmekle birlikte alt işverene verilen işin İş Kanununa tabi bir iş olması zorunludur. Bunun için hem asıl işverenin alt işverene verdiği işin (yani asıl işin bir bölümünün veya yardımcı işin) hem de geri kalan işinin İş Kanununa tabi olması zorunludur (Akyiğit, Alt İşverenlik, 18).

²⁸¹ Akyiğit, Şerh, C.1, 91, 99. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 6-7.

²⁸² Akyiğit, Şerh, C.1, 91, dn.154.

veya kıyasen uygulanamaz²⁸³. Bu durumda bu kanunlar kapsamında belirtilen türde bir üçlü sözleşme ilişkisi ortaya çıktığında, 4857 sayılı Kanundaki sınırlamalar uygulanmamalıdır²⁸⁴. Muvazaa konusunda ise sadece Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmalı, 4857 sayılı Kanunda yer alan kriterler dikkate alınmamalıdır. Öte yandan anılan kanunlar kapsamındaki bir işyerinde kurulan alt işveren ilişkisinde işçi karşısında işverenlerin sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm olmadığından, sadece BK 141 uyarınca müteselsil borçların düzenlendiği hükümler çerçevesinde çözüm mümkün olabilecektir²⁸⁵.

Doktrinde bir görüşe göre, (asıl) işverenin 50'den az işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı bir işyeri ya da en fazla üç kişinin çalıştığı bir esnaf işyeri olması durumunda "İş Kanununa tabilik dolayısıyla alt işverenlik ilişkisinin kurulması açısından" (alt) işveren işçilerinin de hesaba katılması gerekir²⁸⁶. Bu görüşe göre, asıl işverenin İş Kanununa tabi olup olmadığının belirlenmesi açısından tarım ve orman işlerindeki elli sayısının, esnaf işyerlerindeki üç sayısının tespitinde alt işverenin işçilerinin de hesaba katılması gerekir. Anılan görüşün ortaya konuluş biçiminden bu hesap yönteminin, genel olarak değil sadece alt işverenlik ilişkisinin kurulması açısından uygulanacağı şeklinde bir anlam da çıkmaktadır. Diğer bir yazar da, İş Kanununa tabi olmak açısından alt işverenin ve alt işveren işçilerinin hesaba katılmasının dürüstlük kuralı gereği olduğunu belirtmektedir²⁸⁷.

4857 sayılı İş Kanununun 4/1 hükmüne göre, (50 dahil) 50'den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz. Bu hükme göre işçi sayısı hesaplanırken işyerinde

²⁸³ Çankaya/Çil, 2009, 40. Demircioğlu, 46. Gerçekten de İş Kanunu ile Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmayıp, son anılan yasalarda İş Kanununun hangi hallerde uygulanacağı, bir istisna niteliğinde ayrıca ve açıkça öngörülmüştür (Süzek, 2008, 34-35).

²⁸⁴ Çankaya/Çil, 2009, 40. Bu durumda örneğin asıl işin bir bölümünün "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" koşulu olmaksızın alt işverene verilmesi mümkün olabilecektir (Çankaya/Çil, 2009, 40).

²⁸⁵ Çankaya/Çil, 2009, 40. Yazarlar ayrıca, bütün iş kanunlarına ve Borçlar Kanununa göre çalışanları kapsamına alan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 12. maddesinde alt işverenliğin ve her iki işverenin birlikte sorumluluğunun düzenlenmesi ile 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında sigortalılar bakımından da alt işveren ilişkisinin kurulmasının yasal bir zemine kavuştuğunu ileri sürmektedirler (Çankaya/Çil, 2009, 19, 40).

²⁸⁶ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 68.

²⁸⁷ Akyiğit, Şerh, C.1, 91, dn. 153. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 6-7. Yazarın bir örnekle sorduğu soruya göre, "kendisi sadece 20 işçi çalıştıran bir çiftlik sahibi işveren çiftlikteki bazı işleri 15 işçi çalıştıran B'ye ve bir kısmını da 35 işçi çalıştıran C'ye verdiğinde, bu işçilerden hiçbirisine İş Kanunu uygulanmayacak mıdır? İK 4/b'deki 50'den çok işçi çalıştırma olgusu bu olayda gerçekleşmeyecek midir?" (Akyiğit, Şerh, C1, 91, dn. 153).

çalışan tüm işçilerin dikkate alınması gerekir²⁸⁸. Bu yönden işçilerin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışması, kısmi süreli ya da tam süreli iş sözleşmesiyle çalışması önem taşımaz. Bununla birlikte kanımıza göre, yine de o işyerinde çalışan işçi sayısının dikkate alınması gerekir. Buna göre aşağıda da görüleceği gibi, alt işverenin işini yaptığı yer hukuken ayrı bir işyeri olarak kabul edildiğinden –muvazaalı bir durum söz konusu olmadıkça- alt işveren işçilerinin hesaplamada dikkate alınmaması gerekir. Aynı sonuç, esnaf işyerleri açısından da geçerli olmalıdır. Sonuç itibariyle, alt işveren hükümlerinin uygulama alanına girebilmek için tarım ve orman işyerinin veya işletmesinin alt işveren işçileri dahil edilmeksizin 50 sayısını aşması gerekir. Bununla birlikte ilgili hükümde tarım ve orman *işletmesinden* söz edildiğinden, işletmeye bağlı işyerlerinde 50’den az işçi çalıştırılsa da işletmede toplam 50 işçi sayısı sağlanıyorsa İş Kanunu kapsamına girecek²⁸⁹ ve alt işveren hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Yine bir esnaf ve sanatkarın işyerinde alt işveren işçileri dahil edilmeksizin üçten fazla işçinin²⁹⁰ çalıştırması durumunda²⁹¹ -diğer koşullar da mevcutsa- alt işveren hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir. Buna karşılık bir görüşe göre aynı esnaf ve sanatkara ait birden fazla işyeri varsa toplam işçi sayısı üçü geçmese dahi bu işyerlerinin İş Kanunu kapsamına girdiği kabul edilmelidir²⁹².

Sonuç olarak alt işveren ilişkisi açısından asıl işverenin İş Kanununa göre işveren olması önem taşımaktadır. İş Kanununun 2. maddesine göre “*Bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir*”. Buna göre asıl işveren gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş da olabilir²⁹³. Yine, tüzel kişiliği bulunmayan sözgelimi bir adi şirket –diğer koşulların da mevcudiyeti

²⁸⁸ Mollamahmutoğlu, 180. Mollamahmutoğlu, işçi sayısının hesabında süresiz işte çalışanların dikkate alınmayacağını isabetli olarak belirtmektedir (Mollamahmutoğlu, 180).

²⁸⁹ Süzek, 199. Mollamahmutoğlu, 180. Kılıçoğlu/Şenocak, 137.

²⁹⁰ Üç kişinin hesabına “esnaf ve sanatkarın” da dahil edilmesi gerektiği konusunda bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 148. Narmanlıoğlu, 80. Yargıtayın bu yöndeki görüşü için bkz. Y9HD, 21.12.2000, 19826/19413, YKD, Haziran 2001, 840- 841. Aksi görüş Süzek, 205. Mollamahmutoğlu, 187.

²⁹¹ Hükümün haklı eleştirisi için bkz. Süzek, 204. Esener, 115. Çelik, 67. Turan, 261-262. Narmanlıoğlu, 80. Ekonomi, 70-71.

²⁹² Mollamahmutoğlu, 187. Narmanlıoğlu, 80.

²⁹³ Ekonomi, Alt İşveren, 27. Çankaya/Çil, 2009, 20. Demircioğlu, 38. Aydın, Alt İşveren, 164. Akyiğit, Şerh, C.1, 90. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 5.

durumunda- asıl işveren sıfatı taşıyabilir²⁹⁴. Aynı şekilde asıl işveren özel kesim işvereni olabileceği gibi, kamu işvereni de olabilir²⁹⁵.

b)Asıl İşverenin İşveren Sifatını Sürdürmesi

Bir görüşe göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devam edebilmesi için, asıl işverenin işveren sıfatını sürdürmesi gerekir. Buna göre asıl işverenin o işyerinde işçi çalıştırmaya herhangi bir nedenle son vermesi durumunda, alt işveren ilişkisi de sona erer²⁹⁶⁻²⁹⁷. Diğer bir görüşe göre ise, asıl işverenin işveren sıfatının alt işveren ilişkisinin kurulduğu anda var olması yeterlidir. Buna göre, asıl işverenin ilişki kurulduktan sonra işveren sıfatını kaybetmesi, alt işverenlik ilişkisini sona erdirmez²⁹⁸. Başka bir ifadeyle, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulduktan sonra, verdiği işte kendine bağlı tüm işçileri çıkararak işveren sıfatını kaybetse bile, asıl işverenliği işyerini veya işletmesini devretmediği sürece devam eder. Bu görüşe göre bu sonuç, müteselsil sorumluluk kuralından yararlanan alt işveren işçilerinin korunması açısından kanun koyucunun amacına daha uygun düşer. Ayrıca bu görüş uyarınca bu sonuç, işverenlerin müteselsil sorumluluktan kurtulmak amacıyla “sonradan işveren olmaktan çıkmaları şeklindeki -istismar edici- davranışları da” engelleyecektir.

²⁹⁴ Adi şirket işçi çalıştırdığı takdirde, bu şirketin gerek sermaye gerek emek arzı suretiyle katılan ortakları, işçilerden işin görülmesini isteme hakkına birlikte sahiptirler ve işçilere karşı birlikte işveren sıfatı taşırlar. Bu nedenle, adi şirkete gerek sermaye gerek emek getiren ortaklar işçilere karşı müteselsilen sorumludurlar (Süzek, 133. Engin, İşveren, 132 vd). Bu durumda bize göre, adi şirket bir alt işveren ilişkisi kurduğunda, adi şirketin gerek sermaye gerek emek getiren ortakları, alt işveren işçilerine karşı “birlikte asıl işveren” sıfatı taşıyacaktır. Buna karşılık Yargıtay verdiği bir kararda, “Aynı asıl işveren alt işveren ilişkisinde birden fazla sayıda asıl işveren veya alt işveren bulunması mümkün değildir” ifadesini kullanmıştır (Y9HD, 10.4.2007, 32995/10190, Çankaya/Çil, 2009, 180-181).

²⁹⁵ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 68. Akyiğit, Şerh, C.1, 91. Kamu işverenleri ve özel işverenler arasında İK 36 hükmünün zorunlu veya ihtiyari uygulanması açısından bir fark bulunmaktadır. Bu konu daha sonra ele alınacaktır (Akyiğit, Şerh, C.1, 91, dn 152, 101. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 6, dn.17). Ayrıca 12.07.2006’da İş Kanununa eklenen İK 2/8, 9 hükümleri açısından bir farklılık söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Bu durum da üçüncü bölümde ele alınacaktır (Bkz. Üçüncü bölüm, §3, I).

²⁹⁶ Canbolat, 21. Ayan, 505-506. Ekonomi’ye göre de, asıl işverenin sorumluluğundan söz edebilmek için, İş Kanunu anlamında geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmuş ve “sürdürülmüş” olması gerekir (Ekonomi, Alt İşveren, 64).

²⁹⁷ Doktrinde bir görüşe göre işveren sıfatı sona eren asıl işverenin yerine yeni bir işveren geçtiyse, yeni (asıl) işveren ve alt işveren arasında açık veya örtülü bir anlaşmayla söz konusu ilişki devam eder (Canbolat, 21. Ayan, 506). Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa İkinci Bölüm, § 4, I, 1.

²⁹⁸ Aydın, Alt İşveren, 160, dn. 76.

Kanımıza göre asıl işverenin, iş verdiği işyerindeki işveren sıfatının sadece alt işveren ilişkisi kurulduğu anda bulunması yeterli değildir²⁹⁹. Diğer bir ifadeyle, asıl işverenin ilişki kurulduktan sonra işveren sıfatını kaybetmesi, o andan itibaren asıl işveren sıfatını da sona erdirir. Çünkü her şeyden önce asıl işveren alt işveren ilişkisi, ikisi de işveren sıfatına sahip iki kişi ve alt işveren işçisi arasındaki üçlü bir ilişkidir. Bu olgu, ilişkinin kurucu unsurlarındandır. Nitekim bize göre bu unsurun mantığı, işveren sıfatıyla mal veya hizmet ürettiği işyerinde başka bir işverene verdiği bir iş dolayısıyla o işverene bağlı olarak çalışan işçilerin haklarından sorumlu tutulmasıdır. Diğer bir deyişle, asıl işverenin “mal ve/veya hizmet üretimi organizasyonunun asıl sahibi” olmasıdır. Söz konusu işyerinde işveren sıfatı ortadan kalkan asıl işverenin sadece o işyerinin mülkiyetine sahip olması, alt işveren ilişkisinin ortaya çıkması ve asıl işverenin sorumluluğunun açıklanması için yeterli değildir. Nitekim aşağıda görüleceği gibi, alt işveren ilişkisinin unsurlarından bir diğeri, *işin asıl işverene ait işyerinde yapılmasıdır*. Bu koşulun sağlanabilmesi için de asıl işverenin işveren sıfatının o işyerinde sürüyor olması gerekir. Zira İş Kanunu’na göre işyeri, “*mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birimdir*” (m.2/1). O halde “işyeri”nden söz edebilmek için, “işçilerin de” çeşitli unsurlarla birlikte örgütlenmiş olması gerekmektedir.

Diğer yandan, işverenin bu konudaki istismara yönelik davranışlarını önlemek üzere, İş Kanununda bir hüküm de öngörülmüştür. Bu hükme göre “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz*”(İK 2/7)³⁰⁰. Ayrıca işçiler, işverenin muvazaalı davranışlarda bulunduğunu genel hükümlere göre iddia ve ispat da edebilirler. O halde muvazaalı bir durum olmadıkça, asıl işverenin o işyerinde işçi çalıştırmayı bırakması, sözleşme ve teşebbüs hürriyeti gereği mümkündür ve bu durum -o iş için ve o andan itibaren- kendisini asıl işveren konumunda olmaktan çıkarır. Buna karşılık asıl işverenin işveren sıfatını kaybettiği ana kadar olan dönem için, alt işveren ilişkisinden ve bu ilişkinin sonuçlarından söz etmek mümkündür.

Öte yandan doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, alt işveren ilişkisinden söz etmek için mutlaka asıl işverenin alt işverenle “aynı anda” işçi çalıştırması

²⁹⁹ Canbolat’a göre de, alt işveren sıfatının kazanılabilmesi için asıl işverenin varlığı zorunlu olduğu gibi, bu sıfatın devam edebilmesi için de asıl işverenin varlığı zorunludur (Canbolat, 21).

³⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm. §1, III, 2.

aranmamalıdır³⁰¹. Buna göre örneğin bir binanın kaba inşaatını yapan asıl işverenin, inşaatı tamamlaması ve geriye kalan işleri bir başka işverene vermesi durumunda da alt işveren ilişkisinden söz edilmelidir³⁰². Bu görüşe göre söz konusu unsurun, işin ortaya çıkması için “hem asıl işverenin hem alt işverenin katkısının bulunması” şeklinde anlaşılması işçiyi koruma açısından daha uygun olacaktır³⁰³. Kanımıza göre asıl işverenin önceden o yerde işçi çalıştırmış olması söz konusu koşulun gerçekleşmesi için yeterli değildir. İşverenin işçi çalıştırmaya son vermesi ile işveren sıfatı da son bulacağı için, o yerde bir başka işverene iş vermesi alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilemez.

c) Yargıtay Uygulaması

Yargıtay da bu konuda istikrar kazanmış kararlarıyla, asıl işverenin o işte işveren sıfatına sahip olmasını ve işyerinin tamamını devretmemiş olmasını, alt işveren ilişkisinin zorunlu bir unsuru olarak özellikle aramaktadır³⁰⁴. Nitekim 2004 yılında verdiği bir kararda yüksek mahkeme, “...*Davalılar arasında anahtar teslimi suretiyle inşaat yapımına dair bir sözleşmenin bulunduğu belirlenmesi durumunda davalılardan A.T. A.Ş.’nin davacının dava konusu işçilik haklarından sorumlu tutulması mümkün olmadığından...bu davalı yönünden davanın reddine karar verilmelidir....*”³⁰⁵ hükmüyle bu durumu açıkça ortaya koymuştur.

³⁰¹ Engin, İşveren, 184. Demir, Değerlendirme 1988, Genel Görüşme, 71. Aynı yazar, Devir, 81.

³⁰² Engin, İşveren, 184. Demir, Değerlendirme 1988, Genel Görüşme, 71. Aynı yazar, Devir, 81. Fabrika binası inşaat işini alan işverenin, binanın çatı inşaatını diğer bir işverene vermesini “alt işveren ilişkisi” olarak kabul eden karar için bkz. Y9HD, 4.11.1993, 5757/15708, Tekstil İşveren, Mart-Nisan 1994, 39.

³⁰³ Demir, Değerlendirme 1988, Genel Görüşme, 71.

³⁰⁴ Spor salonu inşaatı işini ihale suretiyle anahtar teslimi veren idarenin asıl işveren olmadığı yönünde bkz. Y9HD, 23.1.1995, 15267/695, Çimento İşveren, Mart 1995, C:9, S:2, 21. Bu yönde diğer kararlar için bkz. Y21HD, 24.10.2002, 7988/9046, Demircioğlu, 41. YHGK, 2.6.2004, 21-326/328, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 93-94. YHGK, 5.5.2004, 10-223/262, Demircioğlu, 45. Y10HD, 11.5.2001, 19/3691, Y9HD, 3.5.1993, 6581/7403, www.kazanci.com. Y9HD, 20.6.1996, 3068/14140, Tekstil İşveren, Ekim, 1996, 16. Ulucan, Değerlendirme 1996, 13-14 ve orada belirtilen kararlar. YHGK, 24.5.1995, 9-273/548, Tekstil İşveren D., Eylül 1996, S.203, 13-14. Y9HD, 10.9.1992, 2463/9734, Tekstil İşveren D., Ocak-Şubat 1993, 43-44. Y9HD, 18.4.1995, 18796/13726, TÜHİS, C.13, Mayıs 1995, S.5, C.13, 49). Yargıtay 506 sayılı kanun ile ilgili bir uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki sözleşmede “işyerinde alınacak işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerine ilişkin kuralların saptanması, işte çalıştırılacak işçilerin vasıflarının belirlenmesi, işin sevk, idaresi ve denetimi ile şantiye yönetiminde işi veren şirketin yetkili” olduğunun düzenlenmesi karşısında, işin bütünüyle işten el çekmek suretiyle verildiğinden söz edilemeyeceği, bu sebeple de alt işveren ilişkisinin bulunduğu sonucuna varmıştır (Y10HD, 11.5.2001, 19/3691, www.kazanci.com).

³⁰⁵ Y9HD, 4.5.2004, 2003/10508, Çankaya/Çil, 2009, 282-283. Aynı yönde Y9HD, 1.2.2006, 17933/2016, Çankaya/Çil, 2009, 218-219. Yargıtayın bu konuda diğer bir kararı: Y9HD, 17.6.2004, 3121/15153, Çankaya/Çil, 2009, 278. Taraflar arasındaki sözleşmede “anahtar teslimi” ibaresinin yer

Yüksek mahkemenin verdiği diğer bir karara göre ise “...belirli bir 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’ ...bir asıl işveren değildir...”³⁰⁶. Yargıtay başka bir kararında, asıl işi otomobil ve buna benzer araçlar üretmek olan işverenin, binanın tamir ve onarımını bir başkasına yaptırmasına ilişkin olayda, “*çatı tamirini yaptıran, işin niteliği ile bağımsız ve ayrı bir işveren olduğu için*” alt işveren ilişkisi olarak değerlendirmemiştir³⁰⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004 yılında verdiği bir kararda Sosyal Sigortalar Kanunu ve bu kanuna dayalı bir uyuşmazlıkla ilgili olmakla beraber bazı genel prensipler ortaya koymuştur. Bu kararda yüksek mahkeme, asıl işi iplik ve dokuma üretimi olan K... A.Ş.’nin fabrikasının yanına ek fabrika, depo ve hizmet binası yaptırmak üzere inşaat işini S... A.Ş.’ye anahtar teslimi vermesini bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak değerlendirmemiştir. Zira inşaat işinde K... A.Ş.’nin işçisi çalışmadığı gibi, dokuma işinde de S... A.Ş.’nin işçisi çalışmamaktadır. Bir başka ifade ile her iki davalı şirketin gördükleri işler birbirlerinden farklı ve bağımsız işlerdir. Yüksek mahkemeye göre bu sebeplerle inşaat işini yaptıran işveren asıl işveren değil, sadece inşaat sahibidir. Kararda ayrıca şu önemli tespitlerde bulunulmuştur: “...İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte ise, işi alan kimse aracı değil, bağımsız işverendir. İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, ...bir alt işverenlik dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Benzer

almamasının sonuca etkili olmadığı yönünde bkz. Y9HD, 9.10.2003, 3219/16714, Legal, Ekim Aralık 2004, 1454-1455.

³⁰⁶ Y9HD, 13.9.1994, 3429/11465, YKD, Şubat 1995, 224- 225. Aynı yönde Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 15. Demircioğlu, 39.

³⁰⁷ Y21HD, 4.7.1995, 2660/3844, İşveren, S.3, Aralık 1995, 17-18 (Kararı isabetsiz bulan Değerlendirmesi için bkz. Akın, 237, dn.216). Aynı şekilde çatı onarım işinin tamamının üstlenilmesi nedeniyle alt işveren ilişkisinin oluşmadığı hükmüne varan karar için bkz. Y9HD, 11.4.1995, 946/12377, İşveren, S.11, Ağustos 1995, 15. Oysa aşağıda görüleceği üzere doktrinde çatı onarım işinin genellikle, “işyerinde yapılan işle ilgisi olmaması” (mal ve hizmet üretimine ilişkin olmaması) sebebiyle alt işveren ilişkisi oluşturmadığı kabul edilmektedir. (Bkz. Oğuzman, 12. Taşkent, 364. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 18. Gerek/Oral, 31. Şahlanan, Kavram, 192. Aynı yazar, Konferans Notları, 71. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 32. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 43). Doktrinde Şen, çatı onarım işinin asıl işin bir parçası olduğu ve ekonomik bir bütünlük arz ettiği görüşünden hareketle, Yargıtayın bu işin verilmesini alt işverenlik ilişkisi saymayan kararlarını eleştirmiştir (Şen, Taşeronluk, 144).

şekilde, işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek, ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) Yasanın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır...³⁰⁸.

Yüksek mahkeme diğer bir kararında, bir Belediye tarafından dernek niteliğinde kurulan bir spor kulübü ile Belediye arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olmadığı sonucuna varmıştır³⁰⁹. Kararda, kulübün Belediye Başkanlığı tarafından kurulmasının, işlettiği havuz binası girişinde ve reklam logolarında Belediye isminin bulunmasının Belediye'ye (asıl) işveren sıfatını vermeyeceği vurgusu yapılmıştır.

2. Alt İşveren

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurlarından bir diğeri, işyerinde iş alan kişinin de işçi çalıştırarak işveren sıfatını taşımasıdır. Bir işverenden iş almakla birlikte, bunu sadece kendisi yapan kişi alt işveren niteliği taşımaz ve dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşmaz³¹⁰. Bu ilişkiden söz edebilmek için söz konusu işin alt işverene iş sözleşmesiyle bağlı bir veya birden fazla işçiyle birlikte yerine getiriliyor olması gerekir. Bu durumda örneğin, bir çocuğun babasına yardım amacıyla onun yanında çalışması bu koşulun sağlanması açısından yeterli değildir. Yine örneğin, asıl işi taşıma olan bir şirket, diğer bir şirketten belirli bir süre için sadece otobüs kiraladığında, bir alt işveren ilişkisinden söz edilemez³¹¹. Çünkü bu

³⁰⁸ YHGK, 5.5.2004, 10-233/262, www.kazanci.com. Bir kooperatifin inşaat işini anahtar teslimi suretiyle bir inşaat şirketine verdiği olayda, yüksek mahkemenin alt işveren ilişkisi bulunmadığına ilişkin kararı için bkz. Y9HD, 2.5.2005, 10705/15377, Çankaya/Çil, 2009, 233-234. Yargıtayın 1475 sayılı yasa dönemindeki uygulaması da bu yöndeydi. Yargıtayın bu yöndeki bir kararı ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Y9HD, 4.7.1995, 2660/3844, Çifter, 23 vd. Aynı şekilde yüksek mahkeme 2001 yılında verdiği bir kararda büyükşehir belediyesinin ilaçlama ve haşerelerle mücadele işini ihale yoluyla bütün olarak istisna akdi ile bir müteahhide vermesinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır (Y9HD, 22.1.1996, 37691/414, <http://www.kazanci.com>) Krş. Y10HD, 13.9.2001, 4151/5593, İşveren, S:5, Şubat 2002, C: 36, 18. Anahtar teslimi ihale halinde ihale makamının asıl işveren sayılmayacağına ilişkin bkz. Y9HD, 2.3.1993, 13790/3488, Çankaya/Çil, 2009, 304. Y9HD, 11.5.2004, 1126/11275, ÇT, 4, 2005/1, 239 vd. Y9HD, 3.5.1993, 6581/7403, Tekstil İşveren, Temmuz-Ağustos 1993, 47-48.

³⁰⁹ Y9HD, 11.6.2007, 8067/18652, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 127-128.

³¹⁰ Süzek, 143. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 15. Aynı yazar, Değerlendirme 2001, 13. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 66. Aynı yazar, Asıl İşveren, 7. Arıcı, Yeni İş Kanunu, 488. Alpagut, Yeniden Yapılanma, 17. Uşan, Sorumluluk, 85. Demircioğlu, 38. Güzel, Alt İşveren, 40. Çankaya, 17. Şahlanan, Kavram, 191-192. Çelik, Alt İşveren, 165. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 67. Narmanlıoğlu, 115. Aynı yazar, Sorumluluk, 57. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Tunçomağ/Centel, 58. Şen, Karar Değerlendirmesi, 46. Özkaraca, 84.

³¹¹ Ekonomi, Alt İşveren, 30- 31.

durumda, “başka bir işverenden iş alma olgusu” gerçekleşmemekte, işveren söz konusu işi, tamamıyla kendisi yerine getirmektedir.

Alt işveren, asıl işveren adına ve hesabına değil, *kendi ad ve hesabına* kendine iş sözleşmesi ile bağlı işçileriyle faaliyette bulunur³¹². Bu anlamda asıl işveren ve alt işveren arasında “işveren” kavramının hukuki niteliği anlamında herhangi bir fark da bulunmamaktadır³¹³. Gerçekten alt işveren de asıl işverenden aldığı işte çalıştırdığı işçilerinin işvereni durumundadır. Kendisinin “alt” işveren olarak adlandırılması “hiyerarşik” bir yapıdan ziyade sadece iki işverenin karşılıklı konumlarının kıyaslanması itibarıyla söz konusu olmaktadır³¹⁴. Zira alt işverenin iş aldığı kişinin “asıl” işveren olarak adlandırılması da, asıl işverenin işyerindeki mal ve hizmet üretiminin gerçekleştirilmesi amacıyla iş alınmasından kaynaklanmaktadır³¹⁵.

Buna karşılık belirtmek gerekir ki, asıl işverene bağlı olarak çalışan işçiler ve alt işverene bağlı olarak çalışan işçilerin hukuki durumları ve çalışma şartları arasında bir eşitlik bulunmamaktadır. Zira bu işçiler farklı işverenlere bağlı olarak çalışmaktadırlar³¹⁶. Yargıtay da kararlarında, alt işveren ilişkisinde alt işverenin

³¹² Mollamahmutoğlu, 163. Şahlanan, Kavram, 192. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 67. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Akın, 234. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Çubukçu, Alt İşveren, 20. Alt işveren işçilerinin gerçek kişi olmaları zorunludur ve alt işverenle aralarındaki ilişki iş sözleşmesine dayanır (Akyiğit, Şerh, C.1, 90).

³¹³ Mollamahmutoğlu, 163. Şahlanan, Kavram, 192. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 67. Ulucan, Değerlendirme 1996, 17. Mollamahmutoğlu’na göre de, alt işveren herhangi bir işverendir. Onun diğer işverenlerden farkı, başka işverenlere hizmet sunması veya satmasıdır. Diğer bir deyişle, alt işveren doğrudan kendine yönelik faaliyette bulunmamaktadır. Onun işinin organizasyonu başka işverenlere hizmet sunmak şeklindedir (Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 5).

³¹⁴ Mollamahmutoğlu, 163. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 67-68. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkiyi “ast-üst ilişkisi” olarak nitelendiren bir kararı ve karara ilişkin eleştirisi için bkz. Ulucan, Değerlendirme 1996, 14-17.

³¹⁵ Ekonomi, Alt İşveren, 27. Ekonomi’ye göre asıl işveren olarak adlandırma ayrıca asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı yükümlülüklerine kadar sorumluluğunun yayılmasından kaynaklanmaktadır (Ekonomi, Alt İşveren, 27).

³¹⁶ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 60. Narmanlıoğlu’na göre ideal olan, bir işyerinde çalışan ve durumları farklı olmayan işçilerin aynı çalışma şartlarına tabi olmalarıdır. Asıl işveren işçileri ile alt işveren işçilerinin aynı çalışma şartlarında çalışmaları ancak bu yönde açık bir düzenlemenin yapılmasıyla olabilir. Böyle bir çözüm, bu işçiler arasında eşitliği sağlayacağı, istikrarlı bir çalışma ortamı yaratacağı ve bireysel ve toplu iş ilişkilerinin amaca uygun olarak yürütmesini sağlayacağı için iş hukukunun esprisine daha uygun olacaktır (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 60. Aynı yönde, Güzel, Alt İşveren, 52). Başbuğ’a göre de bunun bütün alt işverenlere genelleştirilmesi güç olmakla birlikte, alt işveren işçileri ile asıl işveren işçilerine ödenen ücret ve sosyal haklar bakımından bir ayırım yapılmamalıdır (Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 70).

üstlendiği işi *kendi adına ve bağımsız bir şekilde* yürüttüğünü, işçilerine karşı da *işveren niteliğine sahip olduğunu* vurgulamaktadır³¹⁷.

Bir görüşe göre, asıl işveren gibi alt işverenin de “İş Kanununa göre işveren” olması gerekir³¹⁸. Ayrıca, asıl işverenin alt işverene verdiği işin (yani yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünün) İş Kanununa tabi bir iş olması gerekir³¹⁹. Buna göre alt işverenin ve alt işverene verilen işin, İş Kanununun 4. maddesinde yer alan istisnalar arasında yer almaması gerekir. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, -asıl işverenin aksine- alt işverenin İş Kanununa tabi bir işveren olma zorunluluğu yoktur³²⁰. Buna göre örneğin, İş Kanununa tabi bir işveren bir işi en fazla üç kişinin çalıştığı bir esnaf işvereniye verdiğinde -diğer şartlar mevcutsa- alt işveren ilişkisi *gerçekleşebilir*. Kanımıza göre olması gereken hukuk açısından, -asıl işverenin İş Kanununa tabi olması koşuluyla- alt işverenin İş Kanununa tabi olmaması alt işveren ilişkisinin doğumunu engellememelidir. Çünkü İş Kanununda alt işveren ilişkisinin düzenlenmesinin temel gerekçesi, çoğu zaman mali açıdan güçsüz durumda olan alt işverenin işçilerine olan borçlarından *asıl işverenin de sorumluluğunun* öngörülmesidir. Bu sebeple asıl işveren İş Kanunu kapsamında olduğu sürece -diğer koşullar da mevcutsa- bu sorumluluğu ortadan kalkmamalıdır. Bununla birlikte kanunda asıl işverenin sorumluluğu ile ilgili hükümde “...Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak *bu Kanundan*, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu” olduğu düzenlenmiştir. Hükümde geçen alt işverenin “*bu kanundan... doğan yükümlülüklerinden*” ibaresi kanun koyucunun alt işvereni de İş Kanununa tabi olarak öngördüğünü düşündürmektedir.

³¹⁷ Y9HD, 12.2.2007, 1358/3081, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 122-124. Y9HD, 5.4.2007, 1264/9480, Çankaya/Çil, 2009, 186. Y9HD, 4.7.2005, 18377/23621, Çankaya/Çil, 2009, 252. Y9HD, 5.5.2005, 8527/15825, Çankaya/Çil, 2009, 254. YHGK, 5.5.2004, 10-233/262, <http://www.kazancı.com..> Yargıtay, alt işverenin bağımsız bir işveren olarak, çalıştıracağı işçileri kendisinin işe aldığını, kendi adına iş sözleşmesi yaptığını, gerekli talimatları verdiğini, işçilerine ücretlerini kendisinin ödediğini, ücret bordrolarını düzenlediğini, SSK primlerini yatırdığını ve işten çıkarmada da yetkilinin kendisi olduğunu belirtmektedir (Y9HD, 12.2.2007, 1358/3081, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 122-124).

³¹⁸ Aydın, 160 dn. 74.

³¹⁹ Akyiğit, Şerh, C.1, 99. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 18.

³²⁰ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 68.

Alt işverenin de asıl işveren gibi, -İş Kanununda yer alan işveren tanımı gereği- gerçek ya da tüzel kişi³²¹ veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olması mümkündür³²². Ayrıca, asıl işverenin bir ortağının hissesini devrederek alt işveren olarak asıl işverenden iş alması ve hatta işverenle ortaklığı devam ederken alt işveren sıfatını kazanması mümkündür³²³. Alt işveren konusunda kanunda yer alan bir sınırlama, asıl işverenin önceki bir işçisinin alt işveren olamamasıdır. Bu konu aşağıda ele alınacağından burada üçüncü bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz³²⁴.

Öte yandan asıl işverenin niteliğinden kaynaklı özellik ve nitelikler, alt işverene sirayet etmez. Buna göre sözgelimi asıl işverenin bir kamu işvereni olması durumunda, bu niteliğe sahip bulunmayan alt işveren, kamu işyerine ilişkin hükümlere değil, kendi konumu ve faaliyetlerine ilişkin hükümlere tabi olur³²⁵.

Doktrinde çoğunluk tarafından savunulan ve bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre, -alt işverenin en azından ilişkisinin kurulduğu anda- alt işveren ilişkisine konu olan iş bakımından işveren sıfatını kazanması gerekli ve yeterlidir³²⁶. Diğer bir deyişle, alt işverenin bu sıfatı kazanmadan önce bir işyerinin bulunması zorunlu değildir. Buna göre alt işveren, işveren sıfatını ilk olarak ve sadece asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri dolayısıyla kazanabilir³²⁷. Zira aşağıda da inceleneceği üzere alt işverenin iş aldığı yer, onun açısından ayrı bir işyeri sayılmaktadır³²⁸.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, alt işverenin kendi nam ve hesabına işlettiği ayrı bir işyerinin bulunması gerekir³²⁹. Bu görüşü ileri süren yazar, 4857

³²¹ 1475 sayılı kanun döneminde ticari bir şirketin niteliğinin, alt işveren olmasına müsait olmadığı iddia edilmiştir (Çubukçu, Diğer İşveren, 68-69). Kanımıza göre 1475 sayılı kanun döneminde olduğu gibi bugün de bu görüşün geçerliliği bulunmamaktadır.

³²² Çankaya/Çil, 2009, 20. Akyiğit, Şerh, C.1, 90. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 5. Bu durumda teorik olarak kamu tüzel kişinin veya tüzel kişiliği olmayan kamu kurum veya kuruluşunun alt işveren sayılması mümkündür (Akyiğit, Alt İşverenlik, 5).

³²³ Çankaya/Çil, 2009, 20. Bununla birlikte bu hallerde muvazaa iddiası gündeme gelebilecek ve bu durum her türlü delille ispatlanabilecektir (Çankaya/Çil, 2009, 20).

³²⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, §1, III, 1.

³²⁵ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 60.

³²⁶ Aydın, Alt İşveren, 160-161. Çankaya/Çil, 2009, 19. Akyiğit, Şerh, C.1, 100-101. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 20. Demir, Devir, 81. Aynı yönde bkz. Y9HD, 19.1.2009, 16527/50, ÇT, 2009/3, 366-370.

³²⁷ Çankaya/Çil, 2009, 19. Akyiğit, Şerh, C.1, 100- 101. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 20.

³²⁸ Bkz. İkinci Bölüm, § 2, I, 2.

³²⁹ Mollamahmutoğlu, 164-165. Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 5. Yazara göre bu işyerinin klasik, somut bir işyeri olması da şart değildir. Alt işveren başka işverenlere hizmet ürettiği ve sattığı için doğal olarak işçilerini başka işverenlerin işyerlerinde çalıştıracaktır fakat bu, onun işyeri olmadığı anlamına gelmez. Örneğin, bir fabrikanın işçi taşıma işini üstlenen bir işverenin, taşıma işini tamamladıktan sonra araçlarını park ettirdiği, bakım ve temizliklerini yaptırdığı, işçilerine ilişkin

sayılı Kanunun 3/2 hükmünde yer alan ve alt işverene işyerini bildirim yükümlülüğü getiren hüküm karşısında alt işverenin bağımsız bir işyeri bulunmadığı yönündeki görüşün mevzuat açısından savunulamaz olduğunu belirtmektedir³³⁰.

Alt işverenler genellikle az sermayeli, küçük veya orta ölçekli işletme niteliği taşırlar³³¹. Ancak bu özellik, yani alt işverenin mali durumu, az veya çok sermayeli olması gibi hususlar alt işverenliğin bir unsuru değildir³³². Buna karşılık daha sonra görüleceği üzere bu husus, başka kriterlerle birlikte muvazaa konusunda bir emare olarak göz önünde bulundurulabilmektedir³³³. Öte yandan alt işverenin kaç işçi çalıştırdığı da –İş Kanunu kapsamında bulunduğu sürece- önem taşımamaktadır. Buna

işlemlerini yerine getirdiği ve bunlar için de işçi çalıştırdığı yer ayrı bir işyeri sayılacaktır (Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 5). Benzer şekilde Güzel de alt işverenin böyle bir organizasyonu bulunmaması durumunda alt işveren ilişkisinden çok, “iş aracılığı” veya “geçici iş ilişkisi”nden söz edilebileceğini ya da muvazaa olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir. Öte yandan yazara göre özellikle asıl işin bir bölümünde iş alma koşulu irdelenirken iş alan işveren, diğer 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 alt işveren ilişkisinden çok asıl işverene işçi temini olarak nitelendirilmelidir (Güzel, Alt İşveren, 40)

³³⁰ Mollamahmutoğlu, 164-165. Bu görüşü eleştiren Akyiğit’e göre, bu gerekçe tatminkar değildir. Çünkü alt işverenin bildirim yükümü önceden de SSK da vardı ve buradaki bildirim yükümünün İK açısından da geçerli olacağı kabul ediliyordu. Öte yandan Akyiğit’in de belirttiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre, İK 3/2 deki bildirim yükümü, asıl işverenden alınan işin yapıldığı yerin bildiriminin yapılması anlamındadır. Nitekim AİY’de de, bir işyerinde ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasının yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirileceği hükmü yer almıştır (Akyiğit, Şerh, C.1, 100-101. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 20).

³³¹ Arıcı, 486. Şen, Taşeronluk, 33.

³³² Özcan, 105. Gerek, İdari Para Cezaları, 181-182. 1475 sayılı kanun döneminde yapılan bir tanıma göre alt işveren “...az sermayeli, ekonomik yönden ve diğer olanaklar bakımından güçlü olmayan... kişiler”dir (Çubukçu, Alt İşveren, 20). Kanımıza göre bu durum alt işverenliğin bir önkoşulu olmadığından, alt işveren tanımında yer alması uygun değildir. Nitekim öğretide Gerek’e göre de, ekonomik yönden güçlü olup olmama bakımından, bütün asıl işverenler ve bütün alt işverenler kendi aralarında tek ve homojen bir grup değildirler. Ekonomik gücü yerinde olan asıl işverenler olduğu gibi yerinde olmayanları da vardır; aynı durum alt işverenler için de geçerlidir. Ayrıca asıl işverenler de alt işverenler de zaman zaman ekonomik darboğazlarla karşılaşabilirler (Gerek, İdari Para Cezaları, 181). Öte yandan bir görüşe göre “taşeronluk, büyük firma ile küçük firma arasındaki ticari bir ilişkidir. Her ne kadar eşit büyüklükteki firmalar arasında da taşeronluk ilişkisi olabileceği ileri sürülmekte ise de, bize göre eşit firmalar arasındaki ilişki normal bir ticari işlem olarak değerlendirilmelidir. Taşeronluk ilişkisi farklı güç ilişkilerine göre oluşur. Bu ilişkinin süresi ve koşulları sabit yatırımlar, sermaye, kredi olanakları, piyasa payı ve teknoloji düzeyi gibi firma büyüklüğüne bağlı olarak değişen ölçülere göre belirlenir. Bu nedenle küçük firmanın yapısal özelliklerinden dolayı “bağımlılık” bu ilişkinin özünde vardır. Taşeron iş ya da üretim yaptığı ana firma sayısını artırdığı sürece bağımlılıktan kurtulacak, taraflar arasındaki ilişki giderek eşit koşullarda oluşacaktır” (Şen, Tanım, 4). Buna karşılık yazar taşeronluk sözleşmesine taraf olan firmaların “yasal olarak” birbirinden bağımsız olduğunu da vurgulamaktadır (Şen, Tanım, 4).

³³³ Bkz. Aşa, Üçüncü Bölüm, § 1, IV, 1. Yargıtayın verdiği bir kararda, ihaleye giren firmanın mali sermayesinin düşük olmasının “tek başına” muvazaalı işlemin kanıtı olamayacağı sonucuna varılmıştır. Yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı esası benimsemiştir (Y9HD, 10.4.2001, 3669/6016, YHGK, , 6.6.2001, 9-711/820, Çankaya/Çil, 2006, 41-47).

göre alt işverenin o işte bir işçi çalıştırması dahi, alt işveren ilişkisi açısından yeterlidir.

Bir görüşe göre, alt işveren ilişkisinin oluşabilmesi için alt işverenin çalıştırdığı işçiler karşısında işveren konumunda olmasının yanında bu işverenlikten doğan yönetim hakkını kullanmakta olması da şarttır³³⁴. Esasen yönetim hakkının kullanılması, zaten alt işverenin “işveren” niteliğinin bir sonucudur. Buna göre alt işveren işçileri ücretlerini ve haklarını alt işverenden aldıkları gibi, onun yönetimine tabi olarak iş görürler³³⁵. Bu doğrultuda alt 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, alt işveren ilişkisinden çok “işçi temini” veya “geçici iş ilişkisi”nden yahut muvazaadan söz edilebilecektir³³⁶. Gerçekten de örneğin İtalyan hukukunda, gerçek bir “işverenin” ve alt işveren ilişkisinin söz konusu olup olmadığının tespitinde alt işverenin “gerçek bir organizasyonel ve girişimsel özerkliğe” mutlak suretle sahip olup olmadığı üzerinde de durulmaktadır³³⁷. Yine örneğin Fransız hukukunda, geçerli bir alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için alt işverenin personeli üzerindeki yönetim ve denetim yetkisini koruması; asıl işverenin bu işçilere doğrudan müdahale edememesi olgusu titizlikle araştırılmaktadır³³⁸. Aksi takdirde bu tür bir ilişki, emek ticareti kapsamında suç olarak kabul edilmektedir.

İşyerinde işçi çalıştıran alt işverenin varlığı, alt işveren ilişkisinin kurucu unsurudur. Bu sebeple alt işveren ilişkisinin devam edebilmesi için, alt işverenin işveren sıfatını sürdürmesi gerekir. Alt işverenin o işyerinde işçi çalıştırmaya herhangi bir nedenle son vermesi durumunda, -bu andan itibaren- asıl işveren alt

³³⁴ Arıcı, Yeni İş Kanunu, 488. Süzek, Değerlendirme 2001, 13.

³³⁵ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 13. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 67. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8.

³³⁶ Güzel, Alt İşveren, 40. Akı’ya göre de, işyerinin yönetimi eylemli olarak asıl işverenin elinde bulunuyorsa bir taşeronluk sözleşmesinin varlığından söz edilemez (Akı, Değerlendirme 1998, 18). Bu yönde bkz. Y9HD, 22.12.2008, 42355/34683, Çankaya/Çil, 2009, 103-105. Y9HD, 22.12.2008, 41361/34689, ÇT, 2009/3, 22, 413-416. İşyeri devrinden farklı olarak alt işveren ilişkisinde işyeri araçları, bu arada know-how ve işçinin devralınma zorunluluğu olmadığı isabetli olarak ifade edilmektedir (Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69).

³³⁷ Olivier, 22. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. § 5, IV.

³³⁸ Olivier, 42-43. Verdier/Couret/Souriac, 66. Godard, 43. Bu sebeple yargı organı, alt işveren işçisini alt işverenin işe aldığı fakat yönetim yetkisini asıl işverenin kullandığı durumları yasadışı geçici iş ilişkisi olarak kabul etmektedir (Olivier, 43). Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. § 5, III.

işveren ilişkisi de sona erer. Alt işveren o işyerinden ayrılmasına rağmen, işçilerinin orada çalışmayı sürdürmeleri olasılığı daha sonra ele alınacaktır³³⁹.

Bu konuda tartışmalı olan hususlardan bir diğeri, alt işverenin çalıştırdığı işçilerin mutlaka kendine bağlı işçiler olması gerekip gerekmediğidir. Örneğin, alt işverenin aldığı işte sadece başkasından ödünç aldığı işçileri sırf buraya özgüleyerek çalıştırması mümkün müdür? Doktrinde, 4857 sayılı kanun dönemi açısından yasada yer alan “...işçilerini...” deyimini karşısında “ilişkiyi atomize etmemek ve kimi karışıklıklara yol açmamak için”, tüm işçilerin ödünç alınan işçilerden oluşmasının tereddütle karşılanması gerektiği ve bu bağlamda ödünç alınan işçilerin asıl işverenden alınan işte çalıştırılmayacağı görüşü ileri sürülmektedir³⁴⁰.

Kanımıza göre, alt işverenin asıl işverenden aldığı işte kendine bağlı olarak çalıştırdığı işçilerin yanında ödünç işçilerin de çalışmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak böyle bir durumda da ödünç alınan işçilere karşı asıl işverenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. İK m. 7/3 uyarınca geçici iş ilişkisi kurulan (alt) işveren (geçici) işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden (geçici işçinin asıl) işvereni ile birlikte sorumlu olur. Buna karşılık, asıl işverenin sorumluluğu yasada açıkça “alt işverenin işçileri”ne karşı öngörüldüğünden ve hukuken bu işçiler alt işverenin işçileri olmadığından, asıl işverenin bu işçilere karşı İK 2/6 uyarınca sorumluluğundan söz edilemez kanısındayız.

Diğer yandan konuyu alt işveren ilişkisinin unsurlarından birinin “süreklilik” olduğu görüşü³⁴¹ açısından ele aldığımızda, altı ayı geçmemek üzere kurulan ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilen; bu özelliği ile geçici nitelik taşıyan³⁴² geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerin (asıl) işverenden alınan işte çalıştırılmalarının alt

³³⁹ Bkz. İkinci Bölüm § 5, I.

³⁴⁰ Akyiğit, C.1, 105. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 26. Yazarın 1475 sayılı kanun dönemindeki görüşüne göre ise, alt işveren ilişkisinin oluşumu için alt işverenin “asıl işverenden aldığı işte” hizmet akdiyle işçi çalıştırması zorunlu değildir. O (başka bir işte) işveren sıfatına sahip olduktan sonra, asıl işverenden aldığı işte yalnızca veya normal işçileriyle birlikte ödünç aldığı işçileri çalıştırması onun alt işveren sıfatını almasına engel değildir. Fakat bu durumda asıl işverenin alt işverene hizmet akdiyle bağlı olmayan ödünç işçilere karşı bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır (Akyiğit, Ödünç İş, 73). Kanımıza göre, alt işverenin işveren sıfatını “asıl işverenden aldığı işte” kazanması zorunludur. Başka bir işte iş sözleşmesiyle işçi çalıştırması, o işte alt işveren sıfatını kazanması için yeterli olmaz. Bu durumda o işte kendine bağlı sadece ödünç işçi çalıştırmaktaysa alt işveren ilişkisinden de söz edilemez.

³⁴¹ Bkz. Aşa. § 3, III, 3.

³⁴² Süzek, 257.

işveren ilişkisini oluşturmadığı sonucuna varılabilir. Ancak aşağıda ayrıntıları inceleneyeceği³⁴³ gibi süreklilik, alt işveren ilişkisinin unsurlarından biri değildir.

Öte yandan bize göre alt işverenin o işte çalıştırdığı işçiler “sadece ödünç işçilerden” oluşmaktaysa -geçerli ve kanuna uygun bir geçici iş ilişkisi söz konusuysa ve olayda herhangi bir muvazaadan söz edilemiyorsa- belirtilen işçiler ödünç alan (alt) işverenin değil, ödünç veren işverenin işçileri olduğundan alt işveren ilişkisinden söz edilmez. Bu durumda İK m.7 uyarınca geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde (bir başka işverenden aldığı işte) çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumlu olacaktır. Buna karşılık ilişkinin süresi dolmasına rağmen işçi işverene dönmeyen, geçici işveren nezdinde çalışmaya devam ederse işçi ile geçici işveren arasında iş sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmek gerekeceğinden³⁴⁴, bu andan itibaren –diğer koşullar da mevcutsa- alt işveren ilişkisinden söz edilebilecektir.

Öğretide bir görüşe göre alt işveren asıl işverenden aldığı işte, işçilerin yanı sıra, işçi sıfatı taşımayan örneğin bir stajyeri ve/veya çıracı yahut (alt işveren kamu kuruluşuysa) memuru/sözleşmeli personeli çalıştırır ve söz konusu ilişkinin alt işveren ilişkisi olup olmadığı konusunda şüphe doğar³⁴⁵. Zira burada asıl işin bir bölümünde özel uzmanlık gereği alınan bir işte henüz uzman niteliği taşımayan bir stajyerin çalıştırılması anlamsız düşebilir. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliğinde de “*alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı*” muvazaanın tespitinde özellikle incelenecek hususlar arasında sayılmıştır. Buna karşılık bu görüşe göre yardımcı işlerde, alt işverenin yanında çırak ve stajyer istihdamı mümkün olup ilişkiye zarar vermez³⁴⁶. Ayrıca yine anılan görüşe göre, alt işverenin bir kamu kuruluşu olması durumunda işçilerinin yanı sıra memur ve sözleşmeli personel çalıştırmasına gerek asıl işin bir bölümünde gerek yardımcı işlerde bir engel yoktur. Kanımıza göre -asıl işin bir bölümünde de olsa- alt işverenin, işçilerinin yanı sıra stajyer veya çırak çalıştırmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira çırak, “*çıraklık sözleşmesi esaslarına göre, bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği*

³⁴³ Bkz Aşa. § 3, III, 3.

³⁴⁴ Sözek, 266.

³⁴⁵ Akyiğit, Alt İşverenlik, 25.

³⁴⁶ Akyiğit, Alt İşverenlik, 25.

bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişidir” (Mesleki Eğitim Kanunu m.3). Stajyer ise, bir meslekle ilgili teorik bilgisini geliştirmek ve tecrübe kazanmak için işyerinde çalışan kimselerdir. Asıl işin bir bölümünde söz gelimi uzmanlık gereği iş alan ve bu konuda uzman bir işçi kadrosuyla işi yürüten bir alt işverenin, söz konusu uzmanlığı öğrenmesi amacıyla, işçilerinin yanında bir/birkaç stajyer ve/veya çıracı çalıştırması çok anlamsız ve kuşkuyla karşılanacak bir durum değildir. Burada stajyer ve/veya çıracın gerçekten bu niteliklere haiz mi olduğu yoksa iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi niteliğinde mi olduğu daha büyük bir şüphe uyandırabilir. Çünkü bu kişilerin stajyer veya çırak olarak nitelendirilmesi, müteselsil sorumluluk kuralının bu kişilere uygulanmaması sonucunu doğuracaktır.

3. Diğer İşverene Ait Bir İşin Bir Bölümünün Üstlenilmesi

Alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için, sadece iki işverenin bir araya gelerek herhangi bir hukuki ilişki içine girmesi yeterli değildir³⁴⁷. Bunun için işverenlerden birinin, diğerinin mal ve hizmet üretimine ilişkin yürüttüğü işinin bir parçasını üstlenmesi gerekir³⁴⁸. Gerçekten de alt işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimi, asıl işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimini tamamlamaktadır³⁴⁹. Diğer bir deyişle alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin işin bir parçasıdır³⁵⁰. Bu doğrultuda alt işveren, asıl işverenin *faaliyet bütünlüğü içinde* yer alır; asıl işte veya yardımcı işte iş almak suretiyle onun *nihai mal veya hizmet sürecine* katılır³⁵¹.

İki işveren arasındaki bu ilişkinin hangi sözleşmelere dayanabileceği ve hukuki niteliği yukarıda ele alınmıştı³⁵². Ancak burada konuya ilişkin doktrinde verilen birkaç örneğe yer vermek uygun düşecektir. Buna göre örneğin, “bir taşınmaz maliki olan ya da başka kiracılara da taşınmazda kiralama yetkisi bulunan işveren, üretimde bulunduğu işyerinin taşınmaz olarak bir bölümünü diğer işverene

³⁴⁷ Yüksek mahkeme de verdiği kararlarda alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğinin araştırılması gerektiğini isabetli olarak belirtmektedir (Y9HD, 14.2.2005, 14106/4122, Çankaya/Çil, 2009, 262).

³⁴⁸ Öğretide Başbuğ, söz konusu özelliği “işin paylaşımı” olarak ifade etmektedir (Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 67).

³⁴⁹ Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Aynı yazar, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83.

³⁵⁰ Süzek, 2008, 190. Aynı görüşte Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Aynı yazar, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83.

³⁵¹ Süzek, 2008, 189-190. Bu gerekçeyle örneğin, büyükşehir belediyesinin ihaleyle billboard’ları belirli bir süre için kiraya vermesi alt işveren ilişkisi oluşturmaz.

³⁵² Bkz. Yuk, §2, I, II.

kiraladığında, birbirinden bağımsız faaliyet gösteren, birinin diğerinin işyerinden iş alma olgusu bulunmaksızın kendi iş organizasyonu kapsamında üretimde bulunan işverenler arasında” alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz³⁵³.

Yine, “büyük bir alışveriş merkezi olan ve merkezdeki dükkanları kiraya verip gelir sağlamak üzere bir iş organizasyonu kuran şirketin, dükkanları kiraladıkları kişilerin işçi de çalıştırmak üzere bu dükkanlarda “işyeri” niteliğinde faaliyet göstermeleri sonucu, alışveriş merkezinin sahip ve işvereni şirket ile kiralayan ve işveren niteliğini kazananlar arasında” alt işveren ilişkisi ortaya çıkmaz. Zira bu durumda da bir işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin faaliyetin bir bölümünün veya yardımcı işinin üstlenilmesinden söz edilemez. Buna karşılık alışveriş merkezi maliki şirket, merkez güvenliğini ve temizliğini başka bir işverene verdiğinde alt işveren ilişkisi kurulmuş olur³⁵⁴. Yine aynı şekilde bir şehirlerarası otobüs terminalinde, farklı otobüs firmalarına ait işyerleri bir alt işveren ilişkisi niteliği taşımaz.

II. İşin Asıl İşverenin İşyerinde Yapılması

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarından bir diğeri, işin asıl işverene ait işyerinde yapılmasıdır³⁵⁵. Nitekim iş kanununda söz konusu ilişkinin tanımında, “bir işverenden, *işyerinde yürüttüğü*...işlerde iş alan...diğer işverenden” söz edilmektedir³⁵⁶. Buna göre örneğin, işverenin “fason üretim”³⁵⁷ şeklinde

³⁵³ Ekonomi, Alt İşveren, 29-30.

³⁵⁴ Ekonomi, Alt İşveren, 29-30. Yine aynı yazarın verdiği bir örneğe göre, “büyük bir taşınmazın (3.000 m²) üzerinde kurulu bulunan deterjan fabrikası işvereni olan şirket, taşınmazın 600 m² lik bir alanını aynı şirketler topluluğunda sabun üretiminde bulunan şirkete kiraladığı ve bu alanda kiracı şirket sabun üretimi için tüm unsurlarıyla birlikte bir işyeri oluşturduğunda, her iki işveren arasında alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz; her ikisi de ayrı ayrı işyeri olan işverenlerdir (Ekonomi, Alt İşveren, 29, dn.23).

³⁵⁵ Süzek,143. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 15. Ekonomi, Değerlendirme 2002, 31-32. Güzel, Alt İşveren, 39. Alpagut, Yeni Yapılanma, 17. Ayan, 506. Gerek/Oral, Belediye, 31. Şahlanan, Kavram, 192. Aynı yazar, Panel, İNTES, 47-48. Aynı yazar, Alt İşveren, Mercek, 46. Taşkent, Alt İşveren, 363- 364. Yenisey, 245. Aydınli, Alt İşveren, 183. Çankaya, Alt İşveren, 18. Çankaya/Çil, 2009, 22. Çelik, Alt İşveren, 164. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69. Akyiğit, Şerh, C.1, 100. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 19. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 66. Aydınli, Koruma Yükümlülükleri, 164. Çubukçu, Alt İşveren, 23. Canbolat, 23 vd. Ekonomi, Asıl İşveren, 7. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Esener, 78. Şen, Taşeronluk, 108. Uzun, 26. Demir, 17-21. Günay, İş Hukuku, 947. Engin, İşletme Gerekleri, 87. Özkaraca, 84.

³⁵⁶ 1475 sayılı kanunda söz konusu düzenleme daha farklıydı. Buna göre, “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan” işverenden söz edilmekteydi. Bu ifade karşısında doktrinde bazı yazarlar, işin mutlaka asıl işverenin işyerinde yapılmasını zorunlu bir koşul olarak görmemekteydi. Örneğin Canbolat’a göre, üstlenilen işin “kural olarak” asıl işverene ait işyerinde yapılması gerekmekteydi. Ancak yine yazara göre, üstlenilen iş asıl işin bir bölümü olduğunda ve

gerçekleştirilmek üzere başka bir işverene iş vermesi durumunda asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmaz³⁵⁸. Örneğin, yemekleri kendi işyerinde kendi işçilerine yaptırıp çeşitli işyerlerine dağıtan işveren ile yemek hizmeti alan işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır³⁵⁹. Burada sözü edilebilecek ilişki, borçlar hukuku anlamında eser sözleşmesine dayanan müşteri-müteahhit ilişkisi olabilir³⁶⁰. Gerçekten de, farklı işyerlerinin yemek işini üstlenen bir yemek firması, yemekleri kendine ait işyerinde yaparak dağıtımını yapıyor ve hatta servisini yapıyor olsa da alt işveren ilişkisi oluşmaz³⁶¹. Buna karşılık bu firma, yemeği söz konusu

bunun asıl işyeri veya işyerinden sayılan yerlerde yapılma olanağı bulunmadığı durumlarda alt işveren ilişkisini kabul etmek gerekirdi (Canbolat, 23-24). Buna karşılık çoğunluk görüşüne göre, üstlenilen işin *asıl işyeri veya işyerinden sayılan yerlerde* yapılması gerektiği kabul edilmekteydi (Bu konudaki görüşler için bkz. Canbolat, 22 vd). 4857 sayılı kanunda yer alan “işyerinde yürüttüğü” ifadesi doğrultusunda, bu konudaki görüş ayrılıkları sona ermiştir.

³⁵⁷ Fransızca “*façon*” kelimesinden gelen “fason” üretim, “bir ana firmaya ait mal veya hizmetin bir bölümünün bir yan firmaca üretimi temeline” dayanmaktadır. Fason üretimde işin parçalara bölünmesi suretiyle, her parça “*firma dışında*” başka atölyelerde (uydu firma) yapılmakta ve ana firmada birleştirilmektedir ya da ürün satışa hazır halde iken ana firmaya gelmekte ve marka ile ana firma tarafından satışa sunulmaktadır (Başkaya/Ördek, 42). Diğer bir yazara göre, “En geniş anlamda fason, iki firma veya genellikle iki endüstriyel firma arasındaki değişim ilişkisidir. İki firma arasındaki fason bağlantısı, bu firmaların başka firmalarla fason bağlantılarına girmelerini dışlamaz. Fason ilişkisinde, firmalardan birisinin diğerine oranla bir ekonomik üstünlüğe sahip olmasını, bu ilişkinin tanımı gereği gibi düşünmek doğru olmaz. Genellikle böyle olmakla birlikte, iki eşit veya denk ekonomik güçteki firma arasında fason ilişkilerin kurulması hiç de yadırganacak bir durum değildir. Literatürde, fason iş veren firmadan “ana”, fason olarak iş yapan firmadan “uydu” firma olarak söz edilmektedir” (Ayata, 171-172). Şen, bu görüşün hem taşeron hem de fason üretimin temel özelliği olan bağımlılık ilişkisini yadsıdığını, eşit güç dengesine sahip taraflar arasında yapılan ticari ilişkinin taşeronluk veya fason üretim değil, normal bir satın alma işlemi olduğunu ileri sürmektedir. Şen’e göre fason üretim kavramı, “sadece üretimin küçük parçalara bölünebildiği otomotiv ve tekstil gibi sektörlerde teknoloji ve emeğin yaklaşık aynı düzeylerde kullanılarak ücretin daha çok parça başı ödendiği bir üretim biçimidir. Taşeronluk kavramı ise bu üretim biçimini da kapsayan çok daha geniş bir anlama sahiptir” (Şen, Taşeronluk, 32. Aynı yazar, Tanım, 19).

³⁵⁸ Süzek, 138. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 15. Şahlanan, Kavram, 192. Aynı yazar, Panel, İNTES, 47- 48. Aynı yazar, Alt İşveren, İHD, 1992, 327. Gerek/Oral, Belediye, 31. Taşkent, Alt İşveren, 363- 364. Alpagut, Yeni Yapılanma, 17. Yenisey, 245. Aydınli, Alt İşveren 183. Çankaya, Alt İşveren, 18. Çankaya/Çil, 2009, 22. Ayan, 507. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 416. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69. Tunçomağ/Centel, 58-59. Akyiğit, Şerh, C.1, 100. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 19. Çubukçu, Alt İşveren, 23. Özkaraca, 84. Fason üretim olarak adlandırılan durumların bir ‘işyeri devri’ de sayılamayacağı konusunda bkz. Yenisey, 245- 246.

³⁵⁹ Ayan, 507. Ekonomi’ye göre, “fason olarak işi alan işverenin işyeri ile kendisine bu işi yükleyen işverenin işyeri arasında herhangi bir bağıllık ilişkisi kurulamaz, her iki işverenin üretim faaliyetlerini yürüttükleri yerler birbirinden bağımsız işyerleridir” (Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 416).

³⁶⁰ Şahlanan, Kavram, 192. Aynı yazar, Alt İşveren, İHD, 327. Akyiğit, Şerh, C.1, 100. Çubukçu, Alt İşveren, 23. Çubukçu, burada bir alıcı-satıcı ilişkisinden de söz edilebileceğini belirtmektedir (Çubukçu, Alt İşveren, 23).

³⁶¹ İşçilere yemek verme işi işyerinden ayrı ve belki yakın bir yerde bulunan başka bir işverene ait lokantada gerçekleştiriliyorsa yine alt işveren ilişkisinden söz edilemez (Akyiğit, Şerh, C.1, 100).

işyerlerinin yemekhanesinde yapmakta ve servisini yapmaktaysa bir alt işveren ilişkisinden söz edilebilir³⁶².

Öte yandan bir franchise sözleşmesine göre üretimde bulunulması, franchise alan ve franchise veren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğurmaz³⁶³. Nitekim fason üretim veya franchise sözleşmesine göre üretimde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi şeklinde üçlü bir ilişki kurulmaz³⁶⁴.

İşin asıl işverenin işyerinde yapılması olgusu, karşılaştırmalı hukukta da önem arz etmektedir. Örneğin İngiliz hukukunda 1974 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası kapsamında, işverenlerin işyerinde yürüttükleri işlerinin bir parçası olarak başka bir işverene iş vermeleri durumunda, kendilerine bağlı olarak çalışmayan işçilere karşı da iş sağlığı ve güvenliği konusunda belirli yükümlülük ve sorumluluğa sahip olmaktadır³⁶⁵. Başka bir işverene verilen işin “işverenin işinin bir parçası olarak” kabul edilebilmesi ve asıl işverenin sorumluluğundan söz edilebilmesi için, işin (*asıl*) *işverenin işyerinde yapılması* gerekmektedir³⁶⁶. Diğer bir deyişle, bu işler işyerinin dışında yerine getirildiğinde, asıl işverenin sorumluluğundan söz edilememektedir. Öte yandan Fransız hukukunda, -aşağıda ayrıntılı bir biçimde

³⁶² Şahlanan, Panel, İNTES, 48. Servisi asıl işverenin işçilerinin yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Nitekim yardımcı iş olan yemek işinde, asıl işveren işçileri ile alt işveren işçilerinin bir arada çalışmaları mümkündür.

³⁶³ Ekonomi, Alt İşveren, 22, 33. Şahlanan, ölçüyü sözleşme adlarıyla koymak yerine somut olayda işin asıl işverenin işyerinde görülüp görülmediğine bakılması gerektiği şeklinde bir eleştiri getirmektedir (Şahlanan, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 84). Ekonomi ise, bu sözleşmenin kavram olarak ve unsurları itibarıyla üretim işinin alındığı işverenin işyerinde değil, işi alanların kendi işyerinde gerçekleştirildiğini belirtmektedir (Ekonomi, Alt İşveren, 88).

³⁶⁴ Ekonomi, Alt İşveren, 33. Franchise sözleşmesi uyarınca, “bir işverene (franchise veren) ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde franchise alan (diğer işveren); franchise verenin belirlediği ilkeler çerçevesinde, denetimine de katlanarak kendi nam ve hesabına ve kendi işçileriyle, franchise verenin sistemine dahil mal veya hizmet üretimini ve sürümünü gerçekleştirmektedir. Belirtilen yararlanma karşılığında franchise verene bir ücret ödemeyi de taahhüt etmektedir” (Ekonomi, Alt İşveren, 22). Daha ayrıntılı bir tanıma göre franchise sözleşmesi “franchise-verenin, kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise-alanın ise hem (söz konusu sistemin içerdiği ve franchise verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise-verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir” (Gürzumar, 10).

³⁶⁵ James, 170. Selwyn, 300. Wiley, 427. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa, § 5, II.

³⁶⁶ Bu doğrultuda, işyeri perdelerinin kuru temizleyicide temizlenmesinin, satış müdürünün arabasının tamirhanede tamir edilmesinin, makinelerin üretici firmasında yapılan bakım işlerinin, tam olarak işverenin yürüttüğü işin bir parçası olarak kabul edilmesi mümkün değildir (James, 171).

görülebileceği gibi³⁶⁷- işin asıl işverenin işyerinde yerine getirilmesi durumunda asıl işverenin sorumluluğunun kapsamı değişmekte ve genişlemektedir³⁶⁸. Yine İtalyan hukukunda “alt işveren işçilerinin, asıl işverenin işletmesinde üretim sürecine dahil olması” durumunda, alt işveren işçileri ile asıl işveren işçilerine eşit hakların uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu sonucun ortaya çıkması içinse, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinde çalışmaları gerekmektedir³⁶⁹.

1. “Asıl İşverenin İşyeri” Terimine İlişkin Görüşler

Doktrinde ağırlıklı görüşe göre, “asıl işverenin işyeri” ifadesinin dar yorumlanmaması gerekir³⁷⁰. Buna göre, alt işverene verilen *işin niteliği* işyeri dışında ifa edilmesini gerektiriyor hatta zorunlu kılıyorsa, söz konusu ilişkinin oluşmadığından söz edilemez³⁷¹. Örneğin, bir termik elektrik santraline kömür taşınması, gemilerle limana gelen hammaddelerin asıl işverenin işyerine taşınması işleri bu niteliktedir³⁷². Bu görüşe göre, “işyerinde yürütülen iş” ifadesinden anlaşılması gereken, işin işyerinin coğrafi sınırları içinde yerine getirilmesi değil, “işin işyerine ait olması”³⁷³dır.

Öte yandan işyerinde yürütülen iş ifadesini, “işyerinin organizasyon bütünlüğü dışına çıkılmaması”³⁷⁴ şeklinde ele alan yazarlar da bulunmaktadır. Buna göre işyeri kavramı bir coğrafi mekan değil, bir iş organizasyonunu ifade etmektedir³⁷⁵. Dolayısıyla bu görüş doğrultusunda, “işyerinde yürüttüğü işlerde iş

³⁶⁷ Bkz. Aşa, § 5, III.

³⁶⁸ Olivier, 84-85. Claviere/Lafarge/Schiele, 39. Aslında bu sorumluluk, Türk hukukuyla kıyaslandığında dar kapsamda olan bir sorumluluktur. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada sadece ilgili yere atıf yapmakla yetiniyoruz (Bkz. Aşa, § 5, III).

³⁶⁹ Olivier, 68. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa, § 5, IV.

³⁷⁰ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 15. Mollamahmutoğlu, 172. Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 18. Ekonomi, Alt İşveren, 30-31. Aydın, Alt İşveren, 184. Canbolat, 24. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 64, 67.

³⁷¹ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 15. Mollamahmutoğlu, 172. Canbolat, 24. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 61, 69. Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 18. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 164. Aynı yazar, Alt İşveren, 184. Uygur, 268.

³⁷² Mollamahmutoğlu, 172. Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 18.

³⁷³ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 18. Aynı yönde bkz. Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 15.

³⁷⁴ Gerek/Oral, Belediye, 31. Alpagut, Yeni Yapılanma, 17. Ekonomi, Alt İşveren, 28. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 164. Aynı yazar, Alt İşveren, 184. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 66-67.

³⁷⁵ Şahlanan, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 66. Ekonomi, Alt İşveren, 28. Aydın, Alt İşveren, 184-185. Çankaya, Alt İşveren, 18. Akyiğit, Şerh, C.1, 100. İş organizasyonu kavramına ilişkin geniş bilgi için bkz. Aydın, İşyeri ve İşletme, 58 vd. Aynı yazar, Koruma Yükümlülükleri, 149 vd, 164. Yenisey, 237 vd, 397 vd. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 67.

almak” koşulunu, işverenin “iş organizasyonunda iş almak” olarak düşünmek gerekir.

Diğer bir görüşe göre ise, “asıl işverenin işyerinde” ifadesi daha dar bir kapsamda ele alınmaktadır³⁷⁶. Bu görüşe göre, yasada yer alan asıl işverenin “işyerinde yürüttüğü” ve alt işverenin “bu işyerinde aldığı” ifadeleri karşısında, işverenin işçilerini işyerinden evlerine götürüp getirmesi için başka bir işverenle yaptığı taşıma sözleşmesinden doğan ilişki, İş Kanunu anlamında asıl işveren- alt işveren ilişkisi sayılmaz. Bu görüşe göre, taşıma işi işyeri dışında gerçekleştirildiği için, asıl işverenin müteselsil sorumluluğundan da söz edilemez³⁷⁷.

Doktrinde, bu görüşün alt işveren ilişkisinde asıl işverenin müteselsil sorumluluğunu açıklayıcı bir yönü bulunsa da alt işveren kavramını daralttığı ve aynı zamanda müteselsil sorumluluktan yararlanacak işçi sayısını sınırlamakta olduğu belirtilmektedir³⁷⁸. Bununla birlikte bu görüşe göre asıl işverenin işyerinde iş yapmak koşulu geniş yorumlanırsa, özellikle teknolojik uzmanlık gereği asıl işverenin işyerinde yapılması mümkün olmayan “ancak alt işverenin işyerindeki donanım ile gerçekleştirilebilecek” bir işin alt işveren ilişkisi kapsamında görülmesi gerekecektir. Zira bu tür işleri “fason üretim” olarak kabul etmek alt işveren kurumunun yapısına uygun düşmez.

2. Görüşümüz

Öncelikle “teknolojik uzmanlık gereği asıl işverenin işyerinde yapılması mümkün olmayan *ancak alt işverenin işyerindeki donanım ile gerçekleştirilebilecek* bir işin alt işveren ilişkisi kapsamında görülmesi gerektiği” görüşünü³⁷⁹ değerlendirmek istiyoruz. Kanımıza göre bu görüş, iş kanunu ve teorik anlamda alt işveren ilişkisi ile bağdaşmamaktadır. Çünkü her şeyden önce “fason üretim” ve “alt işverenlik” arasındaki temel fark, söz konusu işin nerede görüldüğüne

³⁷⁶ Çelik, 50. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 91.

³⁷⁷ Çelik, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 91. Aksi görüş, Ekonomi, Alt İşveren, 31. Diğer bir görüşe göre, işçilerin işyerine götürülüp getirilmesi, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş olduğundan alt işveren ilişkisine konu olabilir (Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Ayan, 513. Demir, Başlıca Yenilikler, 91. Demir, 21). Yüksek mahkeme ise, işverenin işçilerini işyerinden evlerine götürüp getirmek hususunda anlaşılan üçüncü şahsın (alt işverenin) işçisi servis şoförünün yaptığı kazayı iş kazası saymış ve asıl işvereni de işçilik haklarından sorumlu tutmuştur (Y9HD, 18.1.1989, 10312/139, Tekstil İşveren D., Nisan 1989, 15-16).

³⁷⁸ Aydın, Alt İşveren, 184.

³⁷⁹ Aydın, Alt İşveren, 184.

dayanmaktadır. Buna göre alt işverenlik ilişkisinde iş, (asıl) işverenin işyerinde yerine getirilir. Bu unsuru yazarın öngördüğü ölçüde genişletmek, iki ilişki arasındaki belirtilen ayrımı ortadan kaldıracaktır. Oysa 4857 sayılı İş Kanunu açıkça söz konusu işin “asıl işverenin işyerinde” görülmesinden söz ederek, fason üretim ilişkisini dışlamıştır. Nitekim doktrinde fason üretim veya franchise sözleşmesine göre üretimde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi şeklinde üçlü bir ilişki kurulmadığı belirtilmektedir³⁸⁰. Diğer yandan söz konusu görüş kabul edilirse, yargı organının her somut olayda iş (alt) işverenin kendi işyerinde gerçekleşiyorsa, bu işin “ancak alt işverenin işyerindeki donanım ile gerçekleştirilebilecek” nitelikte olup olmadığını da araştırması gerekecektir. Bu durumda örneğin, işyerlerinin yemek işini üstlenen bir yemek firması, yemekleri kendine ait işyerinde yaparak dağıtımını yaptığında, bu durumun asıl işverenin işyerinde yeterli donanıma sahip bir mutfağın bulunmaması sebebiyle olduğu ve alt işveren ilişkisinin kurulduğu iddia edilebilecektir.

Olması gereken hukuk açısından, fason üretim yapan veya işi kendi işyerinde yapan işverenlerin işçileri için de alt işveren işçileri gibi koruma sağlanması savunulabilirse de³⁸¹⁻³⁸², bize göre mevcut hukukumuz açısından bu görüşün uygulanabilirliği bulunmamaktadır³⁸³.

Öte yandan bize göre, işin asıl işverene ait işyerinde görülmesinin, asıl işverenin “iş organizasyonunda iş yapmak” şeklinde açıklanması bu konuda kavramsal açıdan bir karışıklığa yol açabilir. Çünkü doktrinde de belirtildiği gibi eğer bir işveren, başka bir işverenden aldığı iş için belirli bir organizasyona,

³⁸⁰ Ekonomi, Alt İşveren, 33.

³⁸¹ Nitekim 1475 sayılı kanun döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, asıl işverenlerin bu sorumluluğu, alt işmarlananın aldığı işi işmarlananın işyerinde veya eklentilerinde yapması halinde olduğu kadar; bunlar dışında yapması halinde de uygulanmalıdır (Tunçomağ, 105).

³⁸² Nitekim Alman hukukunda asıl işverenden alınan işin alt işverenin kendi işyerinde yapılması esas olup, asıl işverenin işyerinde yapılması istisnai bir durum olarak kabul edilmektedir. Buna göre, gerçek (hukuka uygun) bir alt işveren ilişkisinde alt işverenin işi asıl işverenin işyerinde yapmış olması, onun asıl işverenin işletme organizasyonuna katıldığı veya bütünleşme içine girdiği anlamına gelmediği kabul edilmektedir (Aydınlı, Alt İşveren, 163. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 67).

³⁸³ Nitekim Başbuğ’a göre, “işverenin kendi işyerini asıl işverenin organizasyon zinciri içinde münhasıran tahsis etmesi de mümkündür. Öyle ki, asıl işverenin işyeri gibi onun tabelasını taşıması ve denetimi altında iş görmesi mümkün olabilmektedir. Örneğin belediyelerin kültürel amaçlı olarak bazı beceri geliştirme ve meslek kursları açtıkları görülmektedir. Bu kurslar bizzat belediye tarafından yürütüldüğü gibi belediyenin tabelası ve denetimi altında ihale ile üçüncü kişi işverenlere gördürülmektedir”. Yazara göre böyle bir işyeri *asıl işverenin işyeri sınırlarına dahil edilmediği için alt işveren ilişkisi sayılmaz*. Oysa yine yazarın da belirttiği gibi, bu işyerlerinde çalışan işçiler de iş organizasyonunun bütünlüğü gereği çoğu zaman asıl işveren işçileri ile birlikte çalışmakta, bazen de aynı yerde iş görmektedirler. Bu bakımdan yazara göre, bu işçilerin de alt işveren işçileri gibi özel olarak korunma ihtiyaçları bulunmaktadır (Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 26).

uzmanlığa ve hukuki bağımsızlığa sahip değilse, üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik bir faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, alt işveren ilişkisinden çok “işçi temini” veya “geçici iş ilişkisi”nden yahut muvazaadan söz edilebilecektir³⁸⁴. Yukarıda da belirtildiği gibi, alt işveren ilişkisinde mal veya hizmet üretimi organizasyonunun asıl sahibi, asıl işverendir. Ancak alt işveren de bu mal veya hizmet üretiminin bir parçasını üstlenerek, o işte kendi adına işçi çalıştırmak suretiyle –belirli ölçüde de olsa bağımsız³⁸⁵ - başka bir organizasyon içine girmektedir. Öyle ki kendi adına iş yaptığı bu yer, onun için ayrı bir işyeri sayılmaktadır³⁸⁶. O halde asıl işverenin işyerinde iş yapmak kavramını asıl işverenin iş organizasyonunda yer almak şeklinde açıklamak, alt işverenin o işte kendi adına oluşturduğu organizasyonu ve hukuki bağımsızlığı göz ardı etmek anlamına gelir. Eğer alt işveren tam anlamıyla asıl işverenin iş organizasyonu çerçevesinde çalışmaktaysa, onu işveren vekilinden ayırmak da imkansız hale gelecektir. Elbette ki mal veya hizmet üretiminin asıl sahibi olarak asıl işverenin, alt işverenle aralarındaki sözleşme uyarınca alt işverenin işinin yürütümü konusunda belirli ölçüde söz sahibi olması olasıdır. Ancak bu müdahalenin -örneğin işçilerin işe alınması, çıkarılması, yönetimi gibi- belirli bir düzeyi aşması, “işçi temini” veya “muvazaa” olasılıklarını gündeme taşıyacaktır. Nitekim bu konunun karşılaştırmalı hukukta da, yasadışı veya geçersiz alt işveren ilişkisinin tespitinde kullanılan temel olgulardan biri olduğuna yukarıda değinmiştik.

Öte yandan, iş hukukunda her ne kadar klasik işyeri kavramının dışına çıkılmış³⁸⁷ ve işyeri kavramı bir “iş organizasyonu” olarak kabul ediliyor olsa da, “alt işveren ilişkisi” bakımından “fiziki mekan” unsurunun önem taşımadığı kanaatinde

³⁸⁴ Güzel, Alt İşveren, 40. Akı’ya göre de, işyerinin yönetimi eylemli olarak asıl işverenin elinde bulunuyorsa bir taşeronluk sözleşmesinin varlığından söz edilemez (Akı, Değerlendirme 1998, 18). Yine Başbuğ’a göre, alt işverenin bağımsız bir işyeri organizasyonu kurmadığı ve işçiler üzerinde bağımsız yönetim hakkını gerçekleştirmediği hallerde, “iş tedarik ilişkisinin” kurulduğundan söz etmek gerekir (Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 67). Bu yönde, Y9HD, 22.12.2008, 42355/34683, Çankaya/Çil, 2009, 103-105. Öte yandan, işyeri devrinden farklı olarak alt işveren ilişkisinde işyeri araçları, bu arada know-how ve işçinin devralınma zorunluluğu olmadığı isabetli olarak ifade edilmektedir (Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69).

³⁸⁵ Burada bağımsızlığın “belirli ölçüde” olması, alt işveren ilişkisinin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de alt işveren firmalar genellikle mali açıdan güçsüz, küçük ve orta ölçekli işletme niteliği taşırlar. Bu nedenle küçük firmanın yapısal özelliklerinden dolayı “bağımlılık” bu ilişkinin özünde vardır (Şen, Tanım, 4).

³⁸⁶ Bkz. İkinci Bölüm § 2, I, 2.

³⁸⁷ Gerçekten de işyeri sadece işin yapıldığı yerden ibaret olmadığı gibi, yeni ekonomik ve teknolojik gelişmelerle işyeri kavramı klasik işyeri sınırlarının dışına çıkmıştır (Süzek, 177. Yenisey, 237 vd).

değiliz³⁸⁸-³⁸⁹. Zira iki farklı işverenden ve iki farklı işyerinden söz ettikten sonra, bu iki organizasyonunun birbirinden uzakta, tamamen bağımsız iki farklı fiziki mekanda yapılması, artık ilişkiyi alt işveren ilişkisi olmaktan çıkararak “fason üretim” ilişkisi veya “franchise sözleşmesi” gibi farklı bir ilişkiyi gündeme getirecektir.

Nitekim doktrinde de vurgulandığı gibi fason üretim veya franchise sözleşmesine göre üretimde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi şeklinde üçlü bir ilişki kurulmaz³⁹⁰. Oysa söz konusu koşulu “asıl işverenin iş organizasyonunda iş almak” olarak kabul edip bu kavramı geniş şekilde yorumlarsak, örneğin franchise sözleşmesine göre iş almayı da alt işveren ilişkisi olarak nitelendirmek gerekecektir. Gerçekten de franchise alan kendi ad ve hesabına çalışan hukuken bağımsız bir kişi olmasına rağmen, franchise veren, sistemin merkezi organizasyonu ile franchise alanların yapacakları mal ve/veya hizmet sürüm planını, işletmenin iç ve dış donanımını bütün ayrıntılarıyla düzenlemektedir³⁹¹. Oysa söz konusu sözleşmede işin, franchise verenin işyerinde gerçekleştirilmesi söz konusu değildir³⁹². Yine aynı nedenden dolayı franchise sözleşmesine çok benzeyen bir sözleşme olan “tek satıcılık sözleşmesi” nin de, alt işveren ilişkisi oluşturmayaacağı kanısındayız³⁹³.

³⁸⁸ Aslında bu durum işyerinin bir iş organizasyonu olarak nitelendirilmesi olgusu ile de çelişmez. Nitekim, işyerinin organizasyon olarak tanımlanması yalnızca farklı fiziksel mekanları tek bir işyeri olarak nitelendirebilmeyi değil, *aynı fiziksel mekanı paylaşan farklı birimleri ayrı birer işyeri olarak değerlendirebilmeyi de* mümkün kılar (Yenisey, 366). Başbuğ, alt işveren ilişkisinde, “*alt işverenin işyeri ile asıl işverenin işyerinin iç içe geçmesi...*” gereğinden söz etmektedir.

³⁸⁹ Nitekim hukuki anlamda işyerini, fiziksel mekandan tamamen soyutlayabilmek de mümkün değildir. Bunun nedeni fiziksel birlikteliğin, *ortak menfaat birliği olan bir işçi topluluğunun* ifadesi olmasının yanı sıra, *belirli bir bütünlük taşıyan üretim birimi* olmasından kaynaklanmaktadır (Yenisey, 363-364).

³⁹⁰ Ekonomi, Alt İşveren, 33. Nitekim franchising sözleşmesinin franchise verene sağladığı avantajlardan biri, sürümü sağlamak için çeşitli bölgelerde kurmak zorunda kalacağı işletmelerin kuruluş ve personel masraflarından bu sistem sayesinde kurtulmasıdır (Kırca, 11).

³⁹¹ Kırca, 12. Öyle ki, “tabiiyet franchisingi olarak adlandırılan türde, ‘sistemin başı olan franchise veren’ ile onun ‘uzanmış eli’ konumundaki franchise alan arasında bir eşitlik ilişkisi değil, aksine feodal monokratik bir ilişki, altlık-üstlük ilişkisi bulunur” (Kırca, 43).

³⁹² Franchise veren, işletmenin yerinin belirlenmesi, işletmenin büyüklüğü ve mal veya hizmet sürümünü yapmaya uygunluğu söz gelimi işletmenin kaç metrekaşe olacağı konusunda gerekli ölçütleri belirleyerek franchise alana yardımcı olduğu gibi, işletme binasının bulunması, kiralınması ve satın alınması da sözleşmede kararlaştırıldığı ölçüde franchise verenin franchise alanı koruma ve destekleme borcu kapsamında üstlendiği yükümlerdir. Ayrıca “franchise veren işletme yerinin kendisi sahibi olabilir, bu takdirde franchise alana kiralar. Ancak genellikle işletme yeri bir üçüncü kişiden kiralanır. Böyle bir durumda ise franchise veren kiralama konusunda yardımcı olur” (Kırca, 138). Öte yandan franchise veren franchise sisteminin imajını belirlemede önemli bir yere sahip olan işletmenin iç ve dış donanımı konusunda gerekli ilkeleri belirler ve franchise alanın işletme planlarının sözleşmenin amacına uygun olup olmadığına karar verme yetkisini elinde tutar (Kırca, 139).

³⁹³ Tek satıcılık sözleşmesi, “sözleşme konusu malları üreten ve/veya satan bir kişi (yapımcı veya gönderen) ile bunları kendi ad ve hesabına tekrar satmak üzere alan bir kişi (alıcı veya tek satıcı) arasında yapılır... Bu sözleşmede yapımcı, belli bir bölgede satılmak üzere tek satıcıya sürekli olarak

Nitekim doktrinde belirtilen, “alt işverenin işçileri *asıl işverene ait işyerinin fiziki alanı içinde* hukuken konulmuş olan kendi işverenlerine ait işyerinde iş görmekle beraber, bu işyerinde yürütülen asıl işverenin asıl işinin bir bölümü veya yardımcı işlerinde çalışırlar ve...İK 2/6 şartlarına uygun bir ilişki kurulmuş olur” görüşü de açıklamalarımızı doğrular niteliktedir³⁹⁴.

Bu gerekçelerle doktrinde ileri sürülen “her bir işverene bağlı olarak çalışan işçiler, işçi grupları *aynı işyeri organizasyonu içinde çalışıyor olsalar bile*, aynı hukuki statüye değil, farklı çalışma şartlarına bağlıdırlar” görüşüne de³⁹⁵ katılmamaktayız. Zira bize göre işçiler “tamamen aynı” işyeri organizasyonu içinde çalışıyorlarsa, aynı mekanda iki farklı işverenden ve iki farklı işyerinden söz etmek mümkün olmaz. Buna göre alt işveren işçileri asıl işveren işçileri gibi emir ve talimatları asıl işverenden alıyor, onun tarafından işe alınıp onun tarafından işten çıkarılıyorlarsa alt işveren ilişkisinden söz edilemez kanısındayız. Bu durumda olayın özelliğine göre “muvazaa”dan, “işçi temininden”, alt işveren görünen kişinin “işveren vekili” olmasından veya “geçici iş ilişkisinden” söz edilebilir.

Bu noktada tekrar etmek gerekirse, asıl işveren mal veya hizmet üretimi organizasyonunun asıl sahibi olarak nitelenebilirse de, alt işverenin de bu organizasyon çatısı altında ayrı –belirli ölçüde de olsa bağımsız- bir organizasyon içinde olması zorunludur. Nitekim alt işveren asıl işverenin emir ve talimatlarına göre değil, sözleşmede belirtilen “proje ve teknik şartlara göre” iş görür³⁹⁶. Bu

mal göndermeyi üstlenirken, tek satıcı da sadece yapımcıdan mal alma ve sürümü artırma yükümünü üstlenir” (Kırca, 89). Franchise sözleşmesi ve tek satıcılık sözleşmesi arasındaki farklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, 88 vd.

³⁹⁴ Ekonomi, Alt İşveren, 50. Nitekim Ekonomi, “asıl işveren ve alt işveren ilişkisi” ve “geçici (ödünç) iş ilişkisi” adı verilen üçlü iş ilişkilerinde işverenlerin diğer işverenin (alt işveren, ödünç alan) işçilerini kendi işyerindeki “aynı fiziki alanda” (içte üretim) kullanma yoluna gittiklerini belirtmiştir. Öte yandan Yargıtay verdiği bir kararda, olayda “birlikte istihdam” veya “alt işveren ilişkisi” olgularının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi konusunda dosya üzerinden incelemenin yeterli olmadığı, işyeri veya işyerlerinin fiziksel durumu ve fiili çalışma olgusunun yerinde yapılacak inceleme sonucunda değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Y9HD, 23.1.2007, 29128/441, Legal 2007, S:15, 1063-1064). Birlikte istihdam konusunda diğer bir karar için bkz. Y9HD, 17.10.2007, 2624/30654, Legal, 2008, S.17, 237-238.

³⁹⁵ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 60. Bu durumu matematiksel olarak şu şekilde canlandırmak da mümkündür. Alt işverenin işyeri kümesi, asıl işverenin işyeri kümesinin kapsamı içinde yer alan ayrı bir kümedir.

³⁹⁶ Akyiğit, Şerh, C.1, 115. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 38. Günay, Alt İşveren, 32, 33. Çankaya, 19. Narmanlıoğlu’na göre de asıl işverenin alt işverene emir ve talimat verme hakkı veya denetleme yetkisi bulunmamaktadır (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57). Bir görüşe göre, alt işverenin yaptığı iş asıl işverenin işinin tamamen dışında farklı bir organizasyon altında ve ayrı bir amaca yönelik bir iş ise alt işveren ilişkisi söz konusu olmaz. Nitekim yazara göre önemli olan, alt işverene verilen “işin” bağımsız veya bağımsızlaştırılmış nitelikte olmamasıdır. Bununla birlikte yazar buradaki bağımsız

sebeplerle söz konusu koşul “asıl işverenin iş organizasyonunda” iş almak şeklinde kabul edilse bile, bu kavramın *dar bir biçimde yorumlanması* gerekir.

Öte yandan asıl işverenin işyerinin eklentilerinde gerçekleştirilen işleri de alt işveren ilişkisi kapsamında değerlendirmek gerekir. Buna göre öğretide ileri sürülen, “4857 sayılı kanunda eklentilerde görülen işlerin kapsam dışında bırakıldığı” görüşüne de³⁹⁷ katılmak mümkün değildir. Her ne kadar 1475 sayılı Kanunda “*Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan işveren...*” olarak bahsedilse de 4857 sayılı İş Kanununda bu ifadenin yer almaması, eklentilerde yer alan işlerin kapsam dışında bırakıldığını göstermez. O halde mal ve hizmet üretimine ilişkin olan işler, işyerinin eklentisi durumunda olan yerlerde de gerçekleşebilir. Örneğin bir banka işyerinin eklentisi olan yemekhanede yemek işlerinin görülmesi konusunda alt işveren ilişkisi kurulabilir³⁹⁸.

Bu doğrultuda, “işverenin işçilerini işyerinden evlerine götürüp getirmesi için başka bir işverenle yaptığı taşıma sözleşmesinden doğan ilişki, alt işveren ilişkisi sayılmaz” görüşüne de³⁹⁹ katılmamaktayız. Zira işyerinde görülmekte olan faaliyete katkıda bulunan sabit veya hareketli her türlü –nakliye aracı, otobüs, kamyon, otomobil, buldozer, kepçe, vinç, sabit vinç gibi- araçlar da işyerinden sayılır⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹. Asıl işveren tarafından sağlanan bu gibi araçlarda başka bir işverenin taşıma işi veya

olmaması gereken olgunun alt işverene verilen “iş” olduğunu, buna karşılık alt işverenin işverenlik sıfatı için gerekli olan ayrı bir hukuki kişilik altında uzmanlığın gerektirdiği donanımına sahip bir işyerine veya iş organizasyonuna sahip olmayı gerektiren bağımsızlığının bulunmasının alt işverenliğin ön şartı olduğunu vurgulamaktadır (Aydın, Alt İşveren, 163, 182).

³⁹⁷ Yenisey, 247. Özkaraca, 93. Aksi yönde Ekonomi, Alt İşveren, 27. Süzek, 141. Akyiğit, Şerh, C.1, 87. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 163.

³⁹⁸ Aksi görüş, Mollamahmutoğlu, 171. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 2- 3.

³⁹⁹ Çelik, 50. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 91.

⁴⁰⁰ Süzek, 178. Yenisey, 30-31. Kuşkusuz asıl işverenin taşıma işini verdiği kişi, bu işi işçi çalıştırmaksızın kendisi yerine getiriyorsa alt işveren sıfatına sahip olmaz. Zira alt işveren ilişkisinin oluşabilmesi için taşıma işinin verildiği kişinin, taşıma işinde kendine ait işçilerini çalıştırması gerekir. Bunun için örneğin servis aracının şoförünün veya muavininin alt işverenin işçisi olması gerekir.

⁴⁰¹ Nitekim uygulamada taşıma sözleşmesi ile kurulan alt işveren ilişkisi az değildir. Doktrinde böyle bir ilişkinin hem asıl işin bir bölümü hem de yardımcı işlerde kurulabileceği belirtilmektedir. Buna göre yolcu taşımacılığı yapan bir işveren, mevsim dolayısıyla artan talebi karşılamak üzere ve artışın fazlalaştığı mevsimin devamı süresince başka bir işverenden belirli yerlere yolcu götürüp getirme işlerinin üstlenmesi amacıyla bir taşıma sözleşmesi yaptığında –diğer şartlarında varlığı ile- asıl işin üstlenilmesine ilişkin bir alt işveren ilişkisinden söz edilir. Buna karşılık işveren bu yöntem yerine, üç aylık süre için sekiz adet otobüs kiralayarak kendi işçileriyle işi gerçekleştirme yolunu da tercih edebilir. Bu durumda kira süresince araçlar işyerinden sayılır ve alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Öte yandan bir işverenin, çalıştırdığı işçilerin işe getirilip götürülmeleri için bir taşıma sözleşmesi yapması -diğer koşulların da varlığı ile- yardımcı işte alt işveren ilişkisi kurulması anlamına gelir (Ekonomi, Alt İşveren, 30-31).

mal ve hizmet üretimine ilişkin başka bir iş gerçekleştirmesi, -diğer koşulların da varlığı ile- alt işveren ilişkisi kurulması sonucunu doğurur⁴⁰². Yine gemilerle limana gelen hammaddelerin asıl işverenin işyerine taşınması veya kurye işinin bir başka işverene verilmesi durumunda -işin niteliği- işyeri dışında yapılmasını gerektirdiğinden alt işveren ilişkisi doğuracağı kanaatindeyiz.

Buna karşılık alt işverene verilen işin “işyerine bağlı yerlerde” görülmesi ilişkinin niteliğini etkilemez⁴⁰³ görüşüne tereddütle yaklaşmaktayız. Zira mal veya hizmet üretiminin yapıldığı yerin uzağında bir yerin asıl işverenin “işyerine bağlı yeri” sayılması için, her şeyden önce bu yerler arasında bir *hukuki bağlılığın* olması gerekir⁴⁰⁴. Buna göre örneğin kumaşın dokunduğu yer asıl işverene, boyandığı yer alt işverene aitse işyerine bağlı yerden söz edilemez. Öte yandan bu yerler arasında, işin *niteliği yönünden bağlılık* da (*amaçta birlik*) söz konusu olmalıdır⁴⁰⁵. Bu koşulun, asıl işverenin işi ile alt işverenin ondan aldığı iş arasında sağlanması doğaldır. Nihayet, işyerine bağlı yerden söz edebilmek için işin *yönetimi bakımından bağlılık* aranır. Buna göre, ücret bordrolarının ayrı düzenlenmesi, işe giriş ve çıkışların ayrı belgelenmesi ve genel olarak işlemlerin ayrı yapılması farklı bir işyerinin varlığını gösterir⁴⁰⁶. Bu durumda bu koşulların sağlanmadığı asıl işverenin işini yaptığı yerden uzakta, bağımsız bir yerin “işyerine bağlı yer olarak” kabul edilmesinin güç olduğu kanaatindeyiz.

Nitekim bir görüşe göre örneğin, bir telekomünikasyon şirketi çağrı merkezi (call-center) işlerini bir başka şirkete verir ve bu şirket kendi araç ve gereçleriyle kendine ait yerde bu hizmeti vermeye başlarsa, burada her ne kadar faaliyetlerin devamı söz konusu olsa da işyeri devrinden söz edilemeyeceği gibi, iş asıl işverenin işyeri dışında ifa edildiğinden alt işveren ilişkisinden de söz edilemez⁴⁰⁷. Kanımıza göre de çağrı merkezi hizmetinin diğer bir işverene verilmesi, ancak bu işin asıl işverene ait işyerinde (mekanda) gerçekleştirilmesiyle alt işveren ilişkisi

⁴⁰² Bunun için asıl işverenin söz konusu araçların maliki olması şart değildir, örneğin bu araçları kiralama yoluyla da sağlamış olabilir.

⁴⁰³ Ekonomi, Alt İşveren, 27. Süzek, 141. Akyiğit, Şerh, C.1, 87. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 163.

⁴⁰⁴ Süzek, 175. Yenisey, 25-26.

⁴⁰⁵ Süzek, 175. Yenisey, 25-26.

⁴⁰⁶ Süzek, 175. Yenisey, 25-26.

⁴⁰⁷ Yenisey, 245-246. Alpagut, İşyeri Devri, 92-93. Nitekim Alpagut'un da belirttiği gibi, bir telekomünikasyon şirketinin bizzat yürüttüğü çağrı merkezi işini, bina, makine, alet, müşteri, personel gibi maddi olan ve olmayan unsurlar olmaksızın başka bir işverene devri salt faaliyet devri niteliğinde olup işyeri devri niteliğinde değildir.

oluşturabilir. Buna göre hizmetin alındığı işveren söz konusu işi kendi belirlediği mekanda kendisine ait araç gereçle “kendi işyerinde” yerine getirmekteyse alt işveren ilişkisinden söz edilemez⁴⁰⁸.

III. Alt İşverene Verilen İşin Belirli Nitelikte Olması

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin diğer bir koşulu, alt işverene verilen işin niteliğine ilişkindir. Diğer bir deyişle, asıl işverenin alt işverene verdiği işin kanunda belirtilen niteliğe sahip olması gerekmektedir. 1475 sayılı kanunda alt işverene verilen iş konusunda herhangi bir “nitelik koşulu” bulunmazken ve asıl işverenden işinin herhangi bir kısmında veya işyerinin eklentilerinde “serbestçe” iş alınabilirken, 4857 sayılı kanunda bu serbestlik sistemi kaldırılmıştır⁴⁰⁹.

Buna göre alt işverene verilecek iş, “asıl işin bir bölümünde” veya “yardımcı işlerde” söz konusu olabilecektir⁴¹⁰. Ayrıca, alt işverene verilen iş, asıl işin bir bölümü niteliğinde ise “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun gerçekleşmesi, yardımcı iş ise “mal ve hizmet üretimine ilişkin” olması gerekmektedir.

1. İşletmenin ve İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren Asıl İş

İş Kanununda alt işveren ilişkisinin tanımında, bu ilişkinin “...*asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde*” kurulabileceği hükme bağlanmıştır. O halde kanun belirli süreli sözleşmelerde olduğu gibi, alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını da bazı objektif sebeplere bağlamıştır⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Çağrı merkezi (Call-center) hizmetleri uygulamada genellikle dış-kaynak (outsourcing) kullanımı yoluyla, sırf bu iş için kurulmuş ve aynı anda pek çok müşteriye hizmet veren şirketler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple örneklerin çoğunda, işçilerin münhasıran o işte çalıştırılmaları koşulu da sağlanmayacaktır.

⁴⁰⁹ Akyiğit, Alt İşverenlik, 8. Bir görüşe göre bu durum sayısal esneklik yönünden tekrar katı kurallar sistemine geçiştir (Ekonomi, Sayısal Esneklik, 9). Nitekim Yargıtay, 1475 sayılı kanun dönemine ilişkin olaylarda bu koşulu aramamaktadır (Y9HD, 21.3.2005, 20819/9072, Çankaya/Çil, 2009, 259-260).

⁴¹⁰ Akyiğit, Alt İşverenlik, 8.

⁴¹¹ Alpagut, Alt İşveren, 38. Aynı yazar, Yönetmelik, 59. Alpagut yasanın iki yöndeki amacına dikkat çekmektedir. Bu amaçlardan birisi, muvazaalı alt işveren ilişkilerinin önlenmesi iken diğeri, alt işveren ilişkisinin kurulmasının belirli koşulların varlığına bağlı kılınmasıdır (Alpagut, Alt İşveren, 37-38).

1475 sayılı İş Kanununda söz konusu sınırlama yer almamaktaydı. Nitekim 4857 sayılı İş Kanununu hazırlayan bilim kurulu taslağında da anılan koşula yer verilmemişti. Bu taslağın 1/ç hükmünde alt işveren “*Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal ve/veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren*” olarak tanımlanmıştı⁴¹². Söz konusu hükmün Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunda kabul edilen ve TBMM Başkanlığı’na sunulan metninde ise “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, *işin gereği ve teknolojik nedenlerle iş alan...*” ifadesine yer verilmişti⁴¹³. TBMM’nde 2. maddede verilen önerge ile bu metnin de “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle iş alan...*” şeklinde değiştirilmesi teklif edilmiştir. Bu önerge oylanarak aynen kabul edilmiştir. Fakat tasarının tüm maddeleri ve bu arada 2. maddesi görüşülüp kabul edildikten sonra sunulan bir önergeyle, İş Kanunu tasarısının daha önce görüşülerek kabul edilen (2. maddenin de aralarında bulunduğu) bazı maddelerinin -tasarının diğer maddelerinde yapılan değişiklikler nedeniyle- yeniden görüşülmesi talep edilmiştir⁴¹⁴. Bu doğrultuda yeniden yapılan görüşmeler sırasında tasarının 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında değişiklik yapılması teklif edilmiş ve hüküm şu anki halini almıştır. Böylece “işletmenin gereği” ve “uzmanlık” ifadeleri tasarının ilgili maddesinin TBMM’de ikinci kez görüşülmesi sırasında maddeye eklenerek yasalaşmıştır⁴¹⁵. Bu koşul, 1475 sayılı Kanun döneminde alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına ve bu konudaki keyfi (muvazaalı) uygulamalara bir tepki olarak yasaya konulmuştur⁴¹⁶.

Doktrinde yazarların çoğunluğu tarafından haklı olarak söz konusu madde metninin başarısız biçimde kaleme alındığı ve lafzının açık olmadığı ifade

⁴¹² Süzek, 140. Aynı yazar, Alt İşveren, 43. Akyiğit, Şerh, C.1, 92, dn.157. Öğretide Güzel, hükmün bu ilk halinde asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde herhangi bir koşul ve sınırlamanın yer almamasını isabetsiz bularak eleştirmektedir (Güzel, Alt İşveren, 46).

⁴¹³ TBMM Sosyal İşler Komisyonu, Bilim Komisyonu tarafından kaleme alınmış madde gerekçesini aynen yinelemiş ve buna şu ilaveyi yapmıştır: “...Ayrıca, asıl işverenin alt işverenden iş alabilmesi işyeri gereklerine ve teknolojik nedenlere bağlanmıştır” (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:22, Yasama Yılı 1, 45. Birleşim, S. Sayısı:73).

⁴¹⁴ Güzel, Alt İşveren, 47.

⁴¹⁵ TBMM Tutanak D, C.15, 48 K 15. Hükmün kabul ediliş süreciyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, Alt İşveren, 46-47.

⁴¹⁶ Şahlanan, Panel, İNTES, 49. Ünsal, 542. Akyiğit, Şerh, C.1, 93. Çankaya/Çil, 2009, 17.

edilmektedir⁴¹⁷. Bu sebeple “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” iş ifadesinin nasıl anlaşılacağı konusunda görüş farklılıkları ortaya çıkmıştır. Buna göre söz konusu koşulun bölünemez bir bütün olduğunu belirten yazarlar olduğu gibi, burada bölünebilir iki ayrı koşulun bulunduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır.

a) Sınırlamanın Kapsamı

Doktrinde bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre, anılan sınırlama sadece asıl işlerde geçerli olup yardımcı işler için söz konusu değildir⁴¹⁸. Diğer bir deyişle yardımcı işlerde alt işveren ilişkisi kurulurken, bu durumun işletme ve işin gereği olup olmaması ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gereği olup olmaması önem taşımaz⁴¹⁹. Yargıtay da verdiği kararlarda büyük çoğunlukla, yardımcı işlerin alt işverene devri için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulunun aranmayacağı sonucuna varmıştır⁴²⁰. Yüksek mahkeme bir kararında ise, yardımcı işin alt işverene verilmesine ilişkin olayda, yardımcı iş olan güvenlik işinin *uzmanlık gerektiren bir iş* olduğundan söz ederek tereddüde yol açmıştır⁴²¹.

⁴¹⁷ Süzek, 140. Çelik, 2008, 47. Şahlanan, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 64. Centel, Alt İşveren, 52-53. Alpagut, Panel, İNTES, 57. Şen, Alt İşverenlik, 86. Aynı yazar, Yeni İş Yasasında, 87. Akyiğit, Şerh, C.1, 93. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 9. Ünsal da, İK 2 hükmünün 6. ve 7. fıkralarını anlaşılması zor, kanun tekniği yönünden hatalı, çok geniş olarak yorumlanabilecek nitelikte bulunmaktadır (Ünsal, 539).

⁴¹⁸ Süzek, 144. Aynı yazar, Alt İşveren ilişkisi, 16-17. Güzel, Alt İşveren, 47-48. Ekonomi, Alt İşveren, 48. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 15. Çelik, Koşullar, 86. Aynı yazar, Alt İşveren ilişkisi, 6. Arıcı, 498-499. Alpagut, Yeni Yapılanma, 18. Aynı yazar, Alt İşveren, 38. Aynı yazar, Yönetmelik, 59. Taşkent, Alt İşveren, 365. Şahlanan, Panel, İNTES, 49. Aynı Yazar, Konferans Notları, 70. Narmanlioğlu, Sorumluluk, 56. Günay, Alt İşveren, 33. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 113. Demircioğlu, 39. Şen, Alt İşverenlik, 81. Özveri, 392. Engin, Üçlü İş, 17. Gerek/Oral, 31. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 71. Uçum, 22. Şen/Naneci, 28. Özkaraca, 86.

⁴¹⁹ Bir yazara göre, yardımcı işlerde uzmanlık kavramına yer verilmemesi uzmanlığın aranmamasından değil, yardımcı işlerin niteliği gereği yabancı uzmanlık gerektiren işlerden olmasındandır (Engin, Üçlü İş, 17). Aksi görüş, Güzel, Genel Görüşme, 3. Yılında İş Yasası, 74.

⁴²⁰ Y9HD, 1.6.2005, 12985/20130, Çankaya/Çil, 2009, 231. Kararı isabetli bulan görüşü için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 48. Aynı yönde, Y9HD, 11.3.2008, 8596/4589, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 79-81. Y9HD, 1.4.2005, 18633/26052, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 114. Y9HD, 5.5.2008, 15362/11408, Legal, 19, 1117-1119. Y9HD, 26.6.2006, 16835/18809, ÇT, 2007/1, 12, 302-304. Y9HD, 26.6.2006, 13231/18825, ÇT, 2007/1, 12, 305-308. Y9HD, 24.9.2008, 30742/24595, ÇT, 2009/1, 20, 250-254. Y9HD, 24.1.2005, 30506/1232, Çimento İşveren, Mart 2005, S:2, C:19, 48-50. Y9HD, 19.11.2007, 22406/34412, Ekonomi, Değerlendirme 2007, 15.

⁴²¹ Y9HD, 1.7.2004, 4320/16307, Çankaya/Çil, 2006, 99. Karara ilişkin eleştirisi için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 49. Yüksek mahkeme diğer bir kararında, “Alt işverene yardımcı iş, ya da asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işin varlığı halinde verilebilecektir” ifadesini kullanmıştır (Y9HD, 7.7.2008, 1950/19018, Çankaya/Çil, 2009, 127-129).

Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nda kabul edilen ve TBMM'ne gönderilen yasa metninde, “...*asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işin gereği ve teknolojik nedenlerle iş alan...*” ifadesine yer verilerek, yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde de söz konusu koşulların aranacağı öngörülmüştü⁴²². Ancak TBMM’de, hüküm şu anki şekliyle değiştirilmiştir. Verilen değişiklik önergesinin gerekçesinde ise şu ifade yer almıştır: “*Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır*”⁴²³.

Buna karşılık doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, belirtilen ölçütün yardımcı işler için de aranması “yasanın lafzının gereği”dir⁴²⁴. Biz de doktrindeki çoğunluk görüşüne uygun olarak, söz konusu koşulun sadece asıl işler için geçerli olduğunu kanıslındayız. Çünkü her şeyden önce yasanın lafzından böyle bir sonuç çıkarmak güç gözükmehtedir. Yasanın 2/6 hükmünde “... *mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler*”den söz edilmektedir. Bu ifade ilk bakışta tereddüt uyandırabilirse de bir sonraki fıkranın son cümlesinde yer alan “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez*” hükmü bu tereddüdü ortadan kaldırmaktadır. Zira bu cümleinin karşıt anlamından, yardımcı işlerde böyle bir sınırlamanın olmadığı sonucu çıkmaktadır. Öte yandan hükmün yukarıda değindiğimiz değişiklik önergesi de bu görüşü doğrulamaktadır.

Bir görüşe göre, söz konusu sınırlamanın yardımcı işlerde aranmaması isabetsizdir⁴²⁵. Çünkü asıl iş-yardımcı iş açısından böyle bir fark yaratmak, bu işlerde çalışanlar arasında ayırım yapmak anlamına gelir. Buna göre, asıl işin bir bölümünde

⁴²² Şen, Alt İşverenlik, 81. Güzel, Alt İşveren, 46.

⁴²³ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 71.

⁴²⁴ Ünsal, 540. Aynı yönde bkz. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 165. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 90. Arıcı’ya göre de, asıl işverenin asıl işe yardımcı işleri alt işverene verebilmesi için mutlaka bir işletme gereği var olmalıdır (Arıcı, 493). Soyer’e göre hükmün kaleme alınış tarzı koşulun yardımcı işlerde de arandığı izlenimini doğursa da, İK 2/son (şimdi İK 2/7, son cümle) hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde koşulun sadece asıl işlerde aranacağı ortaya çıkmaktadır (Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 26, dn. 17).

⁴²⁵ Şen, Alt İşverenlik, 81.

alışan alt işveren işçileri ile yardımcı işlerde çalışan alt işveren işçileri arasında yaratılan bu fark, Anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır. Yine bu görüşe göre alt işverenliğin kötüniyetli olarak kullanılması, asıl işin bir bölümünden çok yardımcı işlerde kurulan alt işverenlik ilişkileri iin söz konusudur. Bu sebeplerle asıl işin bir bölümü ve yardımcı işler arasındaki bu yasal fark ortadan kaldırılmalıdır⁴²⁶. Bu görüşteki diğer bir yazara göre de, alt işverenlik ilişkisinin en çok istismar edildiği alanın yardımcı işler olması nedeniyle, bu işlerde de “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” şartı aranmalıdır⁴²⁷.

Bu görüşü isabetli bulmuyoruz. Zira zaten işverenin doğrudan üretim/hizmet organizasyonunda yer almayan işler olan yardımcı işler, çoğu zaman onun özel uzmanlık alanına girmeyen ve kendisinin yürütmesi rasyonel olmayan –yemek, güvenlik, temizlik gibi- işlerdir. Dolayısıyla bu konuda bir sınırlama olmaksızın başka bir işverene iş verilebilmesinin mümkün olması yerindedir. Bu durum, “işin niteliğinden kaynaklı” bir ayırım olduğundan, eşitlik ilkesine aykırılık da söz konusu değildir. Kaldı ki işverenin yardımcı iş konusunda, yürüttüğü başka bir işyeri dolayısıyla uzmanlığı bulunsa dahi, ilgili işyerinin yardımcı işini kendisinin yürütmesinin asıl olduğundan söz edilmemelidir. Örneğin, beyaz eşya üretimi yapan bir işyeri bulunan işverenin aynı zamanda bir güvenlik şirketi bulunsa, işverenin güvenlik konusunda uzmanlığı bulunduğundan bahisle, beyaz eşya üretimi yaptėı işyerinde güvenliği kendi işçileriyle sağlaması gerektiği sonucuna varılmamalıdır.

⁴²⁶ şen, Alt işverenlik, 81. Ekonomi’ye göre asıl işin bir bölümünde iş alınması, asıl işin sadece bir bölümünün alt işverene verilebileceği ya da bir alt işverenin asıl işverene ait asıl işin sadece bir bölümünde iş alabileceği diğer bölümleri için ilişki kuramayacağı anlamına gelmez. Buna göre her bölüm için işletmenin ve işin gereği ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme şartının bulunması koşuluyla birden fazla asıl işin bir bölümü aynı veya değişik alt işverenlere verilebilir. Ancak mal veya hizmet üretimine ilişkin organizasyonu oluşturan bölümlerde ağırlık asıl işverenin elinde olmalı; üretime ilişkin asıl işin bölümlerinde çalışan işçilerin çoğunluğu, inşaat işleri gibi özel haller dışında asıl işveren tarafından istihdam edilmiş olmalıdır (Ekonomi, Alt işveren, 38).

⁴²⁷ Başbuğ, Alt işveren ilişkisi, 69. Başbuğ’a göre, üretime tamamen yabancı işlerde alt işverenin bağımsız bir işyeri organizasyonu kurabilmesi, adeta kendi işyeri gibi bağımsız hareket edebilmesi söz konusu olabilirken, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine dolaylı olarak hizmet eden yardımcı işlerin alt işveren tarafından bağımsız bir işyeri gibi yönetilebilmesi güçtür. Nitekim yazar, uygulamada çoğunlukla asıl işveren tarafından alt işveren işçileri üzerinde yönetim hakkının kullanılmakta olduğunu ve alt işverenin bir iş organizasyonu bulunmadėını vurgulamaktadır (Başbuğ, Alt işveren ilişkisi, 70).

aa) Asıl İş Kavramı

İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olması koşuluyla alt işveren ilişkisi kurulabilecek olan “asıl iş” kavramının irdelenmesi ve “yardımcı iş”ten farkının ortaya konması gerekir. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi söz konusu sınırlama sadece asıl işler için söz konusudur; yardımcı işler için böyle bir sınırlama aranmaz.

Bir tanıma göre asıl iş, işyerinin teknik amacının gerçekleşmesi ile, yani o işyerinde amaçlanan mal veya hizmet üretimi ile *doğrudan ilgili olan, o teknik amacın gerçekleşmesine yönelik sürece doğrudan dahil olan* ve bu süreç açısından *olmazsa olmaz* faaliyetleri ifade eder⁴²⁸. Başka bir tanıma göre asıl iş, “işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretimidir”⁴²⁹. Yine doktrinde yapılan diğer bir tanıma göre asıl iş, “o işyerine/işletmeye gerçek karakterini veren üretim biçimidir”⁴³⁰. Alt İşverenlik Yönetmeliğinde ise asıl iş “*mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş*” olarak tanımlanmıştır (AİY 3/c).

Diğer bir görüşe göre -maddenin değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi- işverenin *doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alıp almama* kıstası, asıl işin belirlenmesinde ayırt edici bir ölçüt olabilir⁴³¹. Bu durumun her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerekir⁴³².

Görüldüğü gibi asıl işin tespitinde, her şeyden önce işyerinin *teknik amacından* hareket edilmektedir. Bu doğrultuda işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretiminin işyerinin asıl işini oluşturduğu konusunda görüş ayrılığı yoktur. Bununla birlikte işyerinde bir üretim zinciri (aşamaları) söz konusu ise, bu zincirin (aşamaların) tamamının asıl iş sayılıp sayılmayacağı üzerinde durmak gerekir. Bir görüşe göre, mal üretimi yapılan bir işyerinde *malların müşteriye (satışa) sunulduğu duruma getirilmelerine kadar geçen süreçteki üretim aşamaları bir bütün*

⁴²⁸ Mollamahmutoğlu, 140. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 3, 7. Ayan, 508, 523. Yenisey’e göre de, “asıl iş” işyerindeki teknik amaca gönderme yapan bir kavramdır (Yenisey, 317).

⁴²⁹ Ekonomi, Alt İşveren, 37. Diğer bir yazara göre asıl iş kavramı, endüstriyel ve ekonomik bir kavramdır; bu nedenle yargı organı tarafından değerlendirilmesinde güçlükler bulunmaktadır. Zira hangi işlerin asıl iş olduğu sorusunun cevabı herkese göre farklı olabilir (Ekmekçi, Dava Süreci, 134).

⁴³⁰ Akyiğit, Şerh, C.1, 95. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 8. Akyiğit’e göre, bir buzdolabı fabrikasındaki asıl iş buzdolabı üretimi, bir oteldeki asıl iş konuklarına konaklama vs. hizmetler sunumudur (Akyiğit, Şerh, C.1, 92).

⁴³¹ Güzel, Alt İşveren, 45. Özcan, 98. Özcan, tersanelerde alt işveren uygulamasının yoğun olarak yaşandığı “sac, montaj ve boya” işlerinin asıl iş kapsamında olduklarını belirtmiştir (Özcan, 104).

⁴³² Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 7. Ayan, 523.

olarak asıl işi oluşturur⁴³³. Aynı şekilde diğer bir yazar, somut olayda eğer bir üretim zinciri varsa *bu zincirin tamamının* asıl iş niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Örneğin bir deterjan üreticisi için, deterjan hammaddesinin ilk aşamada bir işlem den geçmesi, ikinci aşamada toz haline gelmesi, üçüncü aşamada içine parfüm katılması, dördüncü aşamada kirleri daha iyi söken oksijenli granül maddesinin katılması, beşinci aşamada paketlenmesi ve satılması söz konusuysa, bu üretim zincirinin tamamı asıl iş tir⁴³⁴.

Yargıtay ise bu konuda, alt işverene verilen iş in “*ağırlıklı olarak neden ibaret olduğunun tespiti*” ve “*üretimin zorunlu aşaması olup olmaması*” ölçütlerini kullanmaktadır⁴³⁵. Yargıtayın bu yaklaşımını yerinde bulan bir yazara göre, alt işverene verilen iş in üretimin zorunlu bir unsuru (aşaması) olup olmadığının belirlenmesinde, nihai hedefin *müşteriye ulaşma* olduğu dikkate alınmalıdır⁴³⁶. Buna göre söz konusu ürün müşteriye paketlenmeden de ulaştırılabiliyorsa, paketleme üretimin zorunlu bir unsuru olarak değerlendirilmemeli ve yardımcı iş sayılarak alt işverene verilebilmelidir. Buna karşılık, ürün müşteriye paketlenmeden ulaştırılamıyorsa, paketleme asıl iş in bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Diğer

⁴³³ Ekonomi, Alt İşveren, 37. Yazara göre “üretilen malın piyasaya ve müşteriye arzı için paketlenmiş (belirli özellikteki kağıda paketlenme, kutuya veya şişeye ya da kaseye konulma) olması” asıl iş in bir parçasıdır. Örneğin zeytinyağının şişeye, metal kutulara konması malın müşteriye, piyasaya arzı için zorunlu olduğundan asıl iş in bir parçasıdır (Ekonomi, Alt İşveren, 38-89).

⁴³⁴ Engin, Üçlü İş, 93- 94. Farklı örnekler için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 37, 38. Şahlanan, Konferans Notları, 71. Dekapaj iş i ve bu iş in bölümlere ayrılıp ayrılamayacağı konusunda bkz. Şahlanan, Panel, İNTES, 55-56.

⁴³⁵ Yargıtay, gübre imalatı iş inde “...gemiden kuru dökme ürünün tahliyesi, İ. İskelesine yanaşmış gemilerden torbalı ürün tahliyesi ile kamyonlara ve/veya gösterilen yere taşınarak istiflenmesi ve/veya istiftten müşteri kamyonlarına yüklenmesi, fabrika sahası içinde saha, iskele, kamyon yükleme, torbalama, paketleme, dökme ürünlerin depolardan fabrika sahası içinde gösterilen yere damperli kamyonlarla taşınma iş lerinin” ihale ile alt işverene verilmesi olayında şu tespitlerde bulunmuştur: “...davalılar arasındaki sözleşmede öngörülen iş lerin ağırlıklı olarak tahmil ve tahliye iş leri olduğu, davalı İ’ye ait iş yerinde üretilen ürünlerin önemli bir kısmının paketleme veya torbalama yapılmadan müşteriye ulaştırıldığı...anlaşılmaktadır. Buna göre, dava konusu iş yerinde üretilen ürünlerin torbalanması veya paketlenmesi üretimin zorunlu unsuru değildir. Paketleme veya torbalama iş inden önceki aşamaların doğrudan üretimle ilgili olması nedeniyle asli iş kabul edilmesi, bu aşamalardan sonraki iş lerin tahmil ve tahliye iş leri ile bağlantılı olması nedeniyle yardımcı iş olduklarının kabulü gerekir” (Y9HD, 26.6.2006, 13231/18825, ÇT, 2007/1, 12, 305-308, Yenisey’in değerlendirmesi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 24). Yargıtayın aynı yönde kararı için bkz. Y9HD, 29.5.2006, 13218/15765, ÇT, 11, 2006/4, 257-260 ve Şahlanan’ın eleştirisi, Karar İncelemesi, Yardımcı İş te Muvazaa İddiası, 2-5. Torbalama, tahmil, tahliye ve yükleme iş lerini yardımcı iş olarak kabul eden karar için bkz. Y9HD, 26.2.2007, 2709/5125, Çankaya/Çil, 2009, 192-193. Yüksek mahkeme diğer bir kararında, ...Şube Müdürlüğü’ne ait depodaki malların istifleme, yükleme ve boşaltma iş inin ihale suretiyle bir müteahhide verdiği olayda, ancak davalı Kurumun söz konusu depo iş yerinde çalıştırdığı iş çiler varsa alt işveren ilişkisinden söz edilebileceği sonucuna varmıştır (Y9HD, 14.12.1993, 7945/18613, YKD, C:20, S:6, Haziran 1994, 912-913).

⁴³⁶ Yenisey, Değerlendirme 2006, 23-25.

yandan yazara göre, alt işveren faaliyetlerinin hangi noktada toplandığının belirlenmesinde “alt işverene verilen faaliyetlerin tutarlı bir bütün oluşturması gereği” gözden kaçırılmamalıdır⁴³⁷. Buna göre örneğin ağırlıklı olarak temizlik işinin verildiği bir alt işveren çok az da olsa asıl işin bir bölümünü de üstlenmişse, faaliyetin ağırlıklı olarak yardımcı işlere ilişkin olduğu sonucuna varılamaz.

Öte yandan, iş organizasyonunda önemli bir yere sahip olan *yönetim bölümü-bölmüleri de* asıl iş sayılır⁴³⁸. Örneğin bir işyerinin muhasebesi veya insan kaynakları yönetimi gibi işleri asıl iş kapsamındadır⁴³⁹. Ayrıca “bir yönetim bölümü” olarak, pazarlama ve dağıtım işleri de asıl iş sayılır⁴⁴⁰. Nitekim doktrinde de isabetli olarak belirtildiği gibi, “bir işletme işyerini kendi amacı olan gelir sağlamak için oluşturur; işyeri mal veya hizmet üretmek (teknik amaç) için kurulmuş olmakla birlikte, üretilen mal ve hizmetin depolanması değil, pazarlama ve satışı ile gelir sağlanmasından dolayı olarak işletme amacının gerçekleştirilmesidir”⁴⁴¹.

Yargıtay işe iade ile ilgili bir davada, işyerinde soğutma sonu ve bant paketleme işini (uzmanlık gerektiren) asıl iş olarak kabul etmiştir⁴⁴². Yüksek mahkeme başka bir kararda, banka işyerinde nakit taşıma işini asıl iş olarak kabul etmiştir⁴⁴³⁻⁴⁴⁴. Diğer bir kararda ise, bir üniversitenin asıl işveren olduğu bir

⁴³⁷ Yenisey, Değerlendirme 2006, 23-25.

⁴³⁸ Ekonomi, Alt İşveren, 38. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 16-17.

⁴³⁹ Engin, Üçlü İş, 17. Aynı yönde bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 17. Gerçekten de Engin, bir işyerinin muhasebesi veya insan kaynakları yönetimini işletme gerekleri nedeniyle uzmanlık gerektiren işlere örnek olarak göstererek, bu işlerin asıl iş sayıldığı görüşünü ortaya koymaktadır (Engin, Üçlü İş, 17).

⁴⁴⁰ Ekonomi, Değerlendirme 2007, 17. Buna karşılık Ekonomi’ye göre, yönetim bölümünce toptan ve perakende alıcılara satışı planlanan malların “alıcılara dağıtımı ve ulaştırılması (nakliye) işi”, yardımcı işlerdendir (Ekonomi, Değerlendirme 2007, 17).

⁴⁴¹ Ekonomi, Değerlendirme 2007, 17.

⁴⁴² Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Çankaya/Çil, 2009, 262-263. (Tekstil İşveren D, Mayıs 2005, 41-42). Yargıtay, PTT’nin posta dağıtım işinin yardımcı iş sayılamayacağı ve asıl işin bir bölümü olduğu sonucuna varmıştır (Y9HD, 14.5.2007, 3132/14914, ÇT, 15, 2007/4, 240-243, Karara ilişkin değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 19-20. Aynı yönde bkz. Y9HD, 25.2.2008, 23286/2222, Çankaya/Çil, 2009, 160-161). Toplu taşıma ve ulaşım işinin belediyenin asıl işi olduğuna ilişkin Y9HD, 8.5.2006, 7026/12584, Çankaya/Çil, 2009, 202-203.

⁴⁴³ Y9HD, 22.3.2007, 6/8194, Çankaya/Çil, 2009, 189-190. Buna karşılık yüksek mahkeme diğer bir kararda “nakit taşıma ve güvenlik hizmetlerini” yardımcı iş saymıştır (Y9HD, 18.1.2006, 36991/486, Çankaya/Çil, 2009, 220. Bu kararı eleştiren Yenisey’e göre nakit taşıma işi, banka işletmesinin asıl işinin bir parçasını oluşturur (Yenisey, Değerlendirme 2006, 22-23). Yargıtay diğer bir kararında nakit taşıma işini asıl iş veya yardımcı iş olarak nitelemekten kaçınarak “nakit taşıma işi asıl iş olarak sayılsa dahi, teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir iş olduğu açıktır” değerlendirmesinde bulunmuştur (Y9HD, 20.3.2006, 3822/7014, Çankaya/Çil, 2009, 211-212). Belirtmek gerekir ki “Bankaların Destek Hizmet Almalarına ve Bu Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesine İlişkin Yönetmelik”te (RG, 1.11.2006, S. 26333) bankaların *ana hizmetlerinin uzantısı veya tamamlayıcısı* niteliğinde hizmet veren destek hizmeti kuruluşlarına ve destek hizmeti alınabilecek

hastanede alt işverene verilen işin sözleşmede taşıma, temizlik ve yemek servis hizmetleri olarak belirtildiği halde uygulamada asli işlerde çalıştırıldıkları tespiti yapılmıştır⁴⁴⁵. Kararda bu asli işler, sağlık hizmetleri, güvenlik hizmeti, hastanenin ameliyathane gibi kimi bölümlerinde çalışma olarak sayılmıştır. Kararda ayrıca bazı işçilerin özel eğitime tabi tutularak nitelik kazandırılmış olması da, bu kişilerin asli işlerde çalıştığına ilişkin destekleyici bir unsur olarak görülmüştür.

bb) Yardımcı İş Kavramı

Asıl iş kavramı gibi, “yardımcı iş” kavramından ne anlaşılması gerektiği de yasada açıklanmamıştır. Ancak ilgili maddeye ilişkin verilen değişiklik önergesinin gerekçesinde bir açıklama yer almaktadır. Buna göre, “... *Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır*”.

Gerekçede verilen bu tanım genel olarak yardımcı iş kavramını değil, “*mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş*” kavramını açıklamaya yöneliktir. Gerçekten de kanun ve gerekçesinden, yardımcı işlerin de kendi içinde “*mal ve hizmet üretimine*

konulara ilişkin pek çok sınırlama öngörülmüştür. Örneğin, bankaların münhasıran yönetim kurulu ve iç sistemleri ile ilgili birimlerince icra edilmesi gereken faaliyetlerin destek hizmeti kuruluşlarından sağlanamayacağı belirtilmiştir (m.4/1). Bununla birlikte anılan yönetmelik, bankalarca dışarıdan temin edilmekle birlikte bankacılık faaliyetlerinin uzantısı veya tamamlayıcısı niteliğinde olmayan danışmanlık, reklam, temizlik, güvenlik, yemek, ulaşım, otomatik vezne makinesi ve satış noktası cihazları da dahil olmak üzere her türlü donanımın bakım ve onarımı, banka ve kredi kartı başvuru evraklarının taranarak dijital ortama aktarılması ve veri girişinin yapılarak imaj ve verilerin ilgili kuruma teslim edilmesi ve bunların ekstrelerin elden dağıtımı, temizlik hizmetleri ile hukuk danışmanlığı gibi işleri kapsam dışında bırakmıştır (m.1/2). Kanımıza göre yönetmelikte yemek, temizlik, güvenlik gibi hizmetlerin, bankacılık faaliyetlerinin tamamlayıcısı olarak nitelendirilmemesi alt işverenlik açısından bu işlerin yardımcı iş sayılmasını engellemez.

⁴⁴⁴ Yargıtay diğer bir kararında da, ilk derece mahkemesinin bir banka işyerinde güvenlik hizmetlerinin bankacılık faaliyetlerinin görülmesini kolaylaştırıcı yardımcı bir iş niteliğinde olduğu, ancak ana kasa nakit taşıma işinin asıl iş bir bölümü olduğuna ilişkin kararını başka bir gerekçeyle bozarak kararın bu yönüne karşı çıkmamıştır (Y9HD, 6.3.2006, 411/5631, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 115-116). Diğer bir kararda banka işyerinde müşterilerin BTM makinelerine yönlendirilmesi ve makinelerin tanıtımı ve kullanılmasının öğretilmesi işini, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olarak nitelemek suretiyle asıl iş kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁴⁴. Kanımıza göre söz konusu iş, bankanın asıl işi değil yardımcı işi niteliğindedir.

⁴⁴⁵ Y9HD, 11.3.2008, 8596/4589, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 79-81. Hastane işyerinde hastalara bakım ve hemşirelik işini asıl iş kabul eden karar için bkz. Çankaya/Çil, 2009, 173-174.

ilişkin olan yardımcı işler” ve “mal ve hizmet üretimine ilişkin olmayan yardımcı işler” şeklinde ikiye ayrıldığı anlaşılmaktadır.

Esasen “yardımcı iş” kavramı, sendika hukukuna yabancı olmayan bir kavramdır. Nitekim 2821 sayılı Sendikalar Kanununun “işkolları” başlıklı 60. maddesinde işçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkolları sayıldıktan sonra “*Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır*”(60/2) hükmüne yer verilmiştir⁴⁴⁶. Nitekim “işkolu ilkesi” uyarınca örgütlenmede “işyeri bir bütün olarak” dikkate alınarak işyerinde asıl iş dışındaki işlerin değişik işkolları içinde görülmesine izin verilmemektedir⁴⁴⁷. Bu doğrultuda yapılan bir tanıma göre yardımcı iş, “bir işyerinin bütünlüğü içinde asıl işle bağlantılı olan ve olmayan bütün işlerdir”⁴⁴⁸. Buna göre bir işin yardımcı iş olarak değerlendirilmesinde asıl işin görülmesi ve sonuçlandırılması için *zorunlu olup olmaması veya asıl işi tamamlayıcı nitelikte işler olması* önemli olmayıp işyerinde yapılması yeterlidir⁴⁴⁹. Buna karşılık doktrinde yardımcı iş kavramını toplu iş ilişkileri bağlamında da “*doğrudan teknik amacı gerçekleştirmek amacına yönelik olmamakla beraber, asıl işle bağlantılı bir biçimde, teknik amacın gerçekleştirilmesini sağlayan işlerdir*” şeklinde daha dar bir çerçevede ele alan tanımlara da rastlanmaktadır⁴⁵⁰.

Buna karşılık alt işverenlik ilişkisi açısından “yardımcı iş” kavramı da genellikle “*mal ve hizmet üretimine ilişkin olma*” olgusuyla daha dar bir kavram olarak ele alınmaktadır. Bu konuya ilişkin detaylar esas olarak aşağıda incelenecek olmakla birlikte⁴⁵¹ burada asıl iş kavramıyla kıyaslanması açısından birkaç tanıma yer vermeyi uygun görüyoruz. Buna göre doktrinde mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş kavramını açıklamak üzere çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan

⁴⁴⁶ Bu durum, “işkoluna göre sendikalaşma ilkesi”nin bir gereğidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, 2010, 433 vd. Ekonomi, İşkolu Esası, 31 vd.

⁴⁴⁷ Ekonomi, İşkolunun Değişmesi, 28-29. “Aksi halde meslek sendikacılığına benzer bir model ve bir işyerinde değişik işleri (meslekleri) temsil eden sendikaların taraf olabilecekleri çok sayıda toplu iş sözleşmesinin yapılması ve bunların çatışması gibi bir durum” meydana gelebilecektir (Ekonomi, İşkolunun Değişmesi, 29. Aynı yönde Yenisey, 316).

⁴⁴⁸ Ekonomi, İşkolunun Değişmesi, 29.

⁴⁴⁹ Ekonomi, İşkolunun Değişmesi, 29. Yenisey’e göre de bir işyerinde asıl iş dışındaki diğer işlerin tamamının yardımcı iş olarak değerlendirilmesi yerindedir (Yenisey, 316). Bu doğrultuda Ekonomi, yüksek mahkemenin yardımcı işleri “asıl işe yardımcı olan ve bu işi tamamlayan nitelikte işler” olarak değerlendiren kararlarını eleştirmiştir (Kararlar ve eleştirisi için bkz. Ekonomi, İşkolunun Değişmesi, 29-30).

⁴⁵⁰ Narmanlıoğlu, II, 80.

⁴⁵¹ Bkz. Aşa, § 3, III, 2.

birine göre yardımcı işler, “temizlik, yemek, taşıma, güvenlik, makinelerin bakımı gibi asıl işin yerine getirilebilmesi için *tamamlayıcı nitelikte işlerdir*”⁴⁵². Başka bir tanıma göre yardımcı iş, “ilgili asıl işverenin gerçek üretim sürecinde yer almayan ama onu ve onda çalışan personelin kimi ihtiyaçlarının tatminini hedefleyen, asıl işle bağlantılı, yan-destekleyici nitelikteki faaliyetlerdir”⁴⁵³⁻⁴⁵⁴. Yardımcı iş kavramı bazı Yargıtay kararlarında da tanımlanmıştır. Buna göre “...yardımcı iş, üretime ilişkin olmakla birlikte ikinci planda kalan işlerdir”⁴⁵⁵. Alt İşverenlik Yönetmeliğinde ise yardımcı iş, “*işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş*” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi Yönetmelikte, doktrinde “yardımcı iş” kavramı için ortaya konan unsurlardan farklı bir ek-unsur belirlenmiş ve yardımcı işin “*asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş*” olduğu ifade edilmiştir. Yasada bulunmayan böyle bir unsurun yönetmelikte yer alması kaynaklar hiyerarşisine aykırı olduğu gibi, “süreklilik” olgusunun yardımcı işin belirleyicisi olarak öngörülmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz⁴⁵⁶.

Öte yandan kanunun ilgili maddesinin değişiklik gerekçesinde ve Yönetmelikte, yardımcı iş kavramını *asıl iş kavramından ayırıcı* bir ölçüt olarak

⁴⁵² Alpagut, Yeni Yapılanma, 16. Demircioğlu, 39. Ekonomi, “tamamlayıcı” sözünün görüş ayrılığına yol açabileceğini, bu ifadenin “üretim sürecinin bir parçası” olmak şeklinde düşünülmemesi gerektiğini belirtmektedir. Nitekim Ekonomi’ye göre, işyerindeki mal veya hizmet üretimi dışında, ancak işyeri unsurlarının işlevlerini görmeleri ve devam ettirebilmeleri için gerekli olan örneğin, makine, sondaj kulesi veya baz istasyonlarının bakımı, onarımı ve temizlenmesi gibi, işçilerin sağlıklı ortamda çalışması için bina, bahçe ve bölümlerin temizlenmesi, işçilere sosyal yardım olarak taşıma araçlarının sağlanması ya da üretimi tamamlanan malların depolanması ve pazara, müşteriye ulaştırılmak üzere taşınması gibi ya da işyerinin bütün unsurlarıyla güvenliğinin sağlanması gibi işler yardımcı işlerdir (Ekonomi, Alt İşveren, 49). Ekonomi böylece doktrinde ileri sürülen “mal ve hizmet üretimi ile maddi ilişkide olmak” görüşünden ayrılmaktadır (Bkz. Aşa. § 3, III, 2, b, bb). Ekonomi’ye göre ayrıca “bir işyerinde asıl işte çalışan işçiler ile yardımcı işlerde çalışan işçilere ödenecek ücretlerin farklı olması da mümkündür; aynı ve eşit değerde işler olmadıkları için eşit davranma ilkesine bir aykırılık da söz konusu olamaz” (Ekonomi, Alt İşveren, 49).

⁴⁵³ Akyiğit, Alt İşverenlik, 13. Buna göre bir işyerinde birbiri ile ilişkili olan teknik amaçlar, - hayvanat bahçesinin veya müzenin kafeteryası örneğinde olduğu gibi- her zaman asıl işin yapılması ile doğrudan bir bağlantı içinde olmayabilir. Buna göre kafeteryanın işletilmesi her ne kadar izlenen teknik amaç içinde kalsa da müze veya hayvanat bahçesi hizmetinin yerine getirilmesiyle doğrudan ilintili değildir (Yenisey, 315-316).

⁴⁵⁴ Başbuğ, yardımcı işten anlaşılması gerekenin her türlü iş olmadığını, bu işlerin niteliği gereği asıl işle doğrudan ilgisi olmayan fakat üretimle dolaylı ilişki içinde işler olduğunu belirtmektedir (Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 67-68).

⁴⁵⁵ Y9HD, 20.3.2006, 3194/7004, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 116-117. Aynı yönde Y9HD, 18.4.2006, 8092/10486, Çankaya/Çil, 2009, 206-207. Y9HD, 21.3.2006, 4306/7133, Çankaya/Çil, 2009, 209-210.

⁴⁵⁶ Bkz. Aşa. § 3, III, 3.

“doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alıp almama” gösterilmiştir⁴⁵⁷. Bu ölçütü esas alan bir tanıma göre yardımcı işler, *doğrudan üretim organizasyonu içinde yer almayan* yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık, çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işlerdir⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹. Benzer diğer bir tanıma göre yardımcı işler, “asıl iş olan mal ve hizmet üretiminin kişilere arz edilmesine kadar doğrudan üretim süreci *dışında kalan* işlerdir”⁴⁶⁰.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, bir işin asıl iş veya yardımcı iş niteliğinde olduğu, her bir bağımsız işyeri için ayrı ayrı tespit edilebilecek bir husustur⁴⁶¹. Çünkü bir işyerinin yardımcı işi niteliğinde olan bir iş, diğer bir işyerinin asıl işini oluşturabilir. Örneğin temizlik işleri, mal veya hizmet üretilen bir işyerinde genellikle yardımcı işlerden kabul edilir⁴⁶². Bununla birlikte temizlik işinin -bir temizlik şirketinde olduğu gibi- asıl iş olması da mümkündür. Ayrıca bazı işlerin niteliği, temizlik işinin asli iş sayılmasına neden olabilir. Örneğin, otel hizmeti bu nitelikteki işlerden biridir. Aynı şekilde hastanelerde de temizlik işi asıl işlerden sayılmalıdır⁴⁶³. Bu durum özellikle hizmet üretimi yoluyla faaliyet gösteren bazı

⁴⁵⁷ Güzel, Alt İşveren, 45. Demircioğlu, 39. Aynı yönde, Engin, Üçlü iş, 94.

⁴⁵⁸ Demircioğlu, 39. Aynı yönde, Engin, Üçlü iş, 94. Günay, Alt İşveren, 33. Gerek/Oral, 31. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Bir görüşe göre, alt işverenlik sadece yardımcı işlerde geçerli kabul edilmelidir (A.Pesok, Yeni İş Kanunu Sempozyumu, 47, Akyiğit, Şerh, 92’ den naklen).

⁴⁵⁹ Çelik, yardımcı işleri niteliği gereği ayrı uzmanlık ve organizasyonu gerektiren ve diğer bir işveren tarafından yapılması daha rasyonel olan yemek, temizlik, yükleme ve boşaltma (tahmil ve tahliye), bahçe bakımı gibi işler olarak tanımlamaktadır (Çelik, 2008, 48. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 7).

⁴⁶⁰ Süzek, 144. Ekonomi, Alt İşveren, 49. Yenisey, Değerlendirme 2006, 26. Yenisey, yardımcı işlerin “üretim süreci dışında kalan işler” olarak anlaşılmasının en yerinde yorum tarzı olacağını aksi takdirde üretimdeki hangi işlerin zorunlu olduğu, hangi işlerin zorunlu olmadığı şeklinde tamamen hukuk dışı bir alanda nitelendirme yapmak yerinde olmayacaktır (Yenisey, Değerlendirme 2006, 26).

⁴⁶¹ Yenisey, 316. Ekonomi, İşkolunun Değişmesi, 25 vd.

⁴⁶² Ekonomi, Alt İşveren, 49-50. Akyiğit, Şerh, C.1, 96. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 13. Yargıtayın, bankada yapılan temizlik işini yardımcı iş sayan bir kararı için bkz. Y9HD, 24.03.2008, 13123/5740, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 92-93. Gıda üretimi yapılan bir işyerinde temizlik işini yardımcı iş sayan Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 20.3.2006, 3194/7004, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 116-117. Temizlik işinin yardımcı iş sayıldığı diğer kararlar için bkz. Y9HD, 18.4.2006, 8092/10486, Çankaya/Çil, 2009, 206-207. Y9HD, 21.3.2006, 4306/7133, Çankaya/Çil, 2009, 209-210. Temizlik, tahmil ve tahliye işini yardımcı iş sayan karar için bkz. Y9HD, 24.1.2005, 30506/1232, Çimento İşveren, Mart 2005, S:2, C:19, 48-50.

⁴⁶³ Buna karşılık yüksek mahkeme bir kararında, Sağlık Bakanlığı’nın hastane işyerinde ihale ile verdiği temizlik hizmeti işinin yardımcı iş olduğu sonucuna varmıştır (Y9HD, 12.2.2007, 1358/3081, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 122-124). Bu kararı ilke olarak yerinde bulan Ekonomi’ye göre, hastanenin tüm bölümlerindeki temizlik işinin yardımcı iş olmadığı düşünülebilir. Buna göre örneğin, ameliyathane, yeni doğan çocuk ya da bulaşıcı hastalıklar bölümünün temizliği, bahçe ve hastane koridorlarının temizliğinden farklı olarak “asıl işin bir bölümü” şeklinde kabul edilebilir (Ekonomi, Değerlendirme 2007, 15-16). Öte yandan Yargıtay, hastanenin asıl işveren olduğu bir olayda bilgi işlem ve veri hazırlama işlemlerinin alımına hizmet alım sözleşmesinin konusunu teşkil eden işleri hastane işyeri açısından yardımcı iş saymıştır (Y9HD, 10.3.2008, 42441/4308, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 91- 92).

işyerlerinde söz konusudur⁴⁶⁴. Yargıtayın verdiği bir kararda, öğrenci yurdu işyerinde temizlik, kalorifer, çamaşır hizmetlerinin asıl iş kapsamında olduğu kabul edilmiştir⁴⁶⁵.

Buna karşılık Yargıtayın onamış olduğu bir kararın karşı oy yazısından, yüksek mahkemenin bir otelin temizlik işini yardımcı iş saydığı anlaşılmaktadır. Bu karşı oy yazısında isabetli olarak *“Otel kelime anlamıyla ‘yolcu ve turistlere geceleme imkanı sağlamak, bunun yanında yemek, eğlence gibi türlü hizmetleri kurmak amacıyla kurulmuş işletme’ olarak tanımlanmaktadır...Bu nedenle yolcu ve turistlere geceleme imkanı sağlamak için oda ve banyoların temizlenmesi, yatağın yapılıp odanın derlenip toplanması hizmeti olan kat hizmetleri (housekeeping) otelcilik işletmesinin asıl işi kabul edilmelidir....”*⁴⁶⁶ tespiti yapılmıştır. 2005 yılında verilen diğer bir kararda ise, otellerin genel temizlik işlerinin yardımcı işlerden olduğu fakat kat hizmetlerinin asıl işin bir bölümü olduğuna hükmedilmiştir⁴⁶⁷. Belediyelerde de temizlik işi asıl iş olarak kabul edilmekle birlikte, belediyelerin durumu farklı bir özellik arz ettiğinden bu konu aşağıda ayrıca incelenecektir⁴⁶⁸.

Yüksek mahkeme, güvenlik işini yardımcı iş kabul ettiği başka bir kararında *“...Güvenlik işi, işin gereği uzmanlık gerektiren bir iş olup, devamlılık arz eder, yemek, taşıma, makine bakımı gibi asıl işin tamamlayıcısı olup, yardımcı bir iştir...”* ifadesiyle yardımcı iş kavramına bir açıklama getirmeye çalışmıştır⁴⁶⁹. Kararda öncelikle yardımcı iş sayılmanın devamlılık arz etmek ile bir bağlantısı kurulmuştur

⁴⁶⁴ Ekonomi, Alt İşveren, 49-50.

⁴⁶⁵ Y9HD, 7.5.2007, 1469/14248, Çankaya/Çil, 2009, 176-177.

⁴⁶⁶ Y9HD, 13.1.2005, 33416/931, Çankaya/Çil, 2009, 267-268. Karşı oy yazısında ayrıca “ekonomik nedenlerle daha ucuza mal olsa da kat hizmetleri işi uzmanlık gerektiren bir iş olmadığı için alt işverene verilemez. Zira yasada işletmenin ve işin gereği olması yanında teknolojik nedenler bulunması da uzmanlık gerektirmesi şartıyla sınırlı tutulmuştur. Aksi yorum tarzının kabulü asıl işin gereksiz yere bölünerek sendikal hareketlerin ortadan kaldırılmasına yol açar. Yasa metninin açıklığı ve konuluş amacı düşünüldüğünde böyle bir yoruma gidilemeyeceği açıktır” tespitinde bulunulmuştur. Karşı oy yazısındaki bu değerlendirmeyi uygun bulmayan görüşü için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 50 ve dn 79.

⁴⁶⁷ Y9HD, 1.4.2005, 18633/26052, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 114. Anılan kararda ayrıca, kat hizmetlerinin “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmaması” sebebiyle alt işverene verilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

⁴⁶⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, §3, II.

⁴⁶⁹ Y9HD, 1.7.2004, 4320/16307, Çankaya/Çil, 2009, 276-277. Yargıtay verdiği bir diğer kararda güvenlik ve itfaiye hizmetlerini yardımcı iş olarak kabul etmiştir (Y9HD, 1.6.2005, 12985/20130, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 71). Güvenlik işini yardımcı iş sayan diğer bir karar için Y9HD, 17.1.2006, 38734/38, Çankaya/Çil, 2009, 221. Güvenlik işinin yardımcı iş olduğuna ilişkin bkz. Y9HD, 24.4.2007, 11602/11500, Çankaya/Çil, 2009, 178-179. Y9HD, 12.12.2005, 35567/39236, Çankaya/Çil, 2009, 236-237. Y9HD, 24.9.2008, 30742/24595, ÇT, 2009/1, 20, 250-254.

ki bize göre bu yerinde değildir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre⁴⁷⁰ süreklilik, alt işveren ilişkisinin ve dolayısıyla alt işveren ilişkisi açısından yardımcı iş sayılmanın bir unsuru değildir. Kararda ayrıca yardımcı işin “asıl işin tamamlayıcısı olması” hususuna vurgu yapılmıştır.

Öte yandan Yargıtay, dağıtım pazarlama⁴⁷¹, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü tarafından ihale ile yaptırılan kreş hizmetlerini⁴⁷² ve banka işyerinde kurye ve kargo işlerini yardımcı iş olarak kabul etmiştir⁴⁷³.

cc) Birden Fazla Mal veya Hizmet Üretiminde Asıl iş-Yardımcı İş Ayrımı

Uygulamada sıklıkla, aynı yerde iki farklı mal ve/veya hizmet üretiminin gerçekleştiği durumlar söz konusu olmaktadır. Böyle bir olasılıkta, öncelikle iki farklı işyerinin mi yoksa tek bir işyerinin mi olduğunun tespiti gerekir. Eğer tek bir işyerinin bulunduğu sonucuna varılıyor ise bu sefer de, bu işlerin her birinin ayrı birer “asıl iş mi” yoksa, birinin asıl iş diğerlerinin yardımcı iş mi kabul edileceği yahut mal ve hizmet üretimine ilişkin olmayan yardımcı iş mi sayılacağına tespiti gerekir.

Buna göre örneğin bir otelin altındaki gece kulübü veya kuyumcu yahut spa merkezi otel işyerinin yardımcı işi midir? Yine acaba bir araba galerisinde, satın alınan arabaların sigorta işlerini yürüten birim yardımcı iş midir, yoksa ayrı bir işyeri midir? Diğer yandan bir hastanenin altındaki banka veya çiçekçi yahut bir üniversitenin eklentisindeki güzellik merkezi nasıl değerlendirilmelidir? Bu gibi işlerin başka bir işverene verilmesi alt işveren ilişkisi sonucu yaratır mı?

⁴⁷⁰ Ekonomi, Alt İşveren, 48- 49.

⁴⁷¹ Y9HD, 29.1.2007, 16814/983, Legal 2007, 15, 1059-160. Söz konusu kararı değerlendiren Ekonomi’ye göre, “pazarlama ve dağıtım” işi genel anlamda yardımcı iş kapsamında değerlendirilemez. Buna göre, “bir işyerinde mal veya üretim bölümünden başka ve yine iş organizasyonunda bulunan finansman, muhasebe, pazarlama-dağıtım, insan kaynakları, iş geliştirme, tedarik gibi kısaca “yönetim bölümleri” olarak adlandırabileceğimiz bölümler, doğrudan mal ve hizmet üretimi sürecinde bir aşama olmamakla beraber, o mal veya hizmet üretiminin “bütünleyici” birer parçası ve asıl işin kapsamındadırlar”. Bu açıdan –asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesindeki şartlara bağlı olarak- alt işverene verilebilirler (Ekonomi, Değerlendirme 2007, 16-17).

⁴⁷² Y9HD, 17.10.2005, 31132/33747, Çankaya/Çil, 2009, 224-225.

⁴⁷³ Y9HD, 12.2.2007, 32387/3098, Çankaya/Çil, 2009, 195-196. Başka bir kararda, “güvenlik, kurye, temizlik ve şoförlük hizmetleri” yardımcı iş sayılmıştır (Y9HD, 26.6.2006, 16835/18809, ÇT, 12, 2007/1, 302-304). Banka işyerinde evrak toplama ve dağıtım işini yardımcı iş kabul eden karar için bkz. Y9HD, 23.1.2006, 39106/933, Çankaya/Çil, 2009, 219. Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin “endeks okuma, faturalandırma, elektrik kesme-açma, sayaç kontrolü işini” yardımcı iş sayan karar için bkz. Y9HD, 19.11.2007, 22148/34538, Legal 2008, 17, 192-193.

Bir görüşe göre –özellikle sendikal örgütlenme açısından- birden fazla mal ve/veya hizmet üretimi söz konusu olduğunda, her mal veya hizmet üretiminin ayrı birer asıl iş olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁴⁷⁴. Bu sebeple doktrinde ve Yargıtayca kabul edildiği üzere “üretimi gerçekleştirilen mal ve/veya hizmetler için yapılan yatırımların oranı ve fazlalığı” ile “kurulan iş organizasyonundaki ağırlıkları” gibi ölçütler kullanılarak asıl iş tespit edilmelidir⁴⁷⁵. Bu ölçütlerle bir sonuca varılamıyorsa ayrıca üretilen mal ve/veya hizmetlerde çalışan işçi sayıları ve üretim miktarları dikkate alınır⁴⁷⁶. Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre, bu şekilde tespit edilen asıl iş dışında kalan *diğer mal veya hizmet üretimleri* genel olarak “yardımcı iş sayılamaz”, bu sebeple bu mal veya hizmetler için de *aynen asıl iş için öngörülen şartların “kıyasen”* uygulanması gerekir⁴⁷⁷. Buna göre asıl iş dışında kalan bu bölümler de bir bütün halinde ancak “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” olmalarına bağlı olarak alt işverene verilebilirler.

Bir görüşe göre bir işyerinde asıl mal veya hizmet üretimi ile ilgili olmakla beraber, doğrudan ilgili olmayan bazı faaliyetler de yürütülüyorsa “teknik amaca” bakmak gerekir⁴⁷⁸. Örneğin bir araba galerisindeki sigortacılık faaliyetlerinin yürütüldüğü yer, tek bir işyeri olarak kabul edilmelidir. Çünkü “araba satışı ve sigorta” teknik amaçları itibariyle birbiriyle bağdaşmaktadır. Ayrıca yine bu görüşe göre, bu durumda fiziksel birliktelikten kaynaklanan ortak menfaatlerin olmasının yanı sıra işçilerin çalışma saatleri, çalışma koşulları, yararlandıkları sosyal tesisler de ortaktır. İşçi sayısı olarak da sigortanın bağımsız bir birim olduğundan söz edilemez⁴⁷⁹. Bu doğrultuda araba galerisindeki sigorta birimi, başka bir işverene verildiğinde, bir alt işveren ilişkisinden söz etmek mümkündür⁴⁸⁰. Nitekim alt işveren ilişkisi açısından araba galerisindeki sigorta işi yardımcı iş kabul edilebilir.

Kanımıza göre de söz konusu iş *niteliği itibariyle*, asıl işveren tarafından yerine getirilseydi asıl işin bir bölümü veya yardımcı iş sayılabilecekse, bu işin başka

⁴⁷⁴ Ekonomi, Alt İşveren, 39.

⁴⁷⁵ Ekonomi, Alt İşveren, 39. Yenisey, 317. Konunun toplu iş ilişkileri yönünden önemi için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 39.

⁴⁷⁶ Ekonomi, Alt İşveren, 39. Aynı yazar, İşkolunun Değişmesi, 35-36. Aynı yazar, İşkolu Esası, 47-48.

⁴⁷⁷ Ekonomi, Alt İşveren, 39- 40. Konuya ilişkin örnekler için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 39, dn. 49.

⁴⁷⁸ Yenisey, 373.

⁴⁷⁹ Yenisey, 373.

⁴⁸⁰ Yenisey, 361-362.

işverene verilmesi –diğer koşulların da varlığı ile- alt işveren ilişkisi doğurur⁴⁸¹. Ancak söz konusu iş, asıl işveren tarafından yerine getirilse bile –teknik amacı itibariyle- ayrı bir işyeri olarak kabul edilecekse, bu durumda bu işin tamamen başka bir işverene verilmesi alt işveren ilişkisi yaratmaz⁴⁸². Çünkü asıl işveren, *bu iş dolayısıyla işveren sıfatına* sahip olmayacaktır. Bize göre bu durum, her olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Buna göre örneğin beş yıldızlı bir otelin veya tatil köyünün altındaki gece kulübü, kuaför, spa merkezi veya kuyumcu otel işyerinin yardımcı işi kabul edilebilir. Zira bu faaliyetler 5 yıldızlı otel faaliyetini destekleyici-tamamlayıcı niteliktedir. O halde araştırılması gereken husus, teknik amaçların birbirini tamamlayıp tamamlamadığıdır. Buna karşılık doktrinde diğer bir görüşe göre, bir otele ait gece kulübünün işletilmek üzere başka bir işverene verilmesi ve ayrı bir işyeri olarak Bölge Çalışma Müdürlüğü’ne kayıt ettirilmesi alt işveren ilişkisi değildir⁴⁸³.

b) Koşulun Niteliği Hakkındaki Görüşler

aa)Koşulu Bütün Olarak Ele Alan Görüş

Yasada öngörülen koşulun bir bütün olduğunu belirten yazarlar, asıl işin bir bölümünde alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için hem işletmenin ve işin gereği hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği sonucuna ulaşmaktadırlar⁴⁸⁴. Buna

⁴⁸¹ Öte yandan bir süpermarketin içindeki kasap, şarküteri, konfeksiyon, kuruyemiş, yaş sebze meyve gibi bölümlerin asıl işin bir bölümünü oluşturduğu, fakat depo işleri, süpermarketin temizlik işi gibi işlerin yardımcı işi oluşturduğu kanısındayız. Buna karşılık, kısa bir dönem için çalışan promosyon elemanının, örneğin bir çikolata markasının tanıtımını yapan kişilerin alt işveren işçisi olmadığı kanaatindeyiz (Bu görüşte bkz. Centel, Genel Görüşme, Alt İşveren, 58). Çünkü bu durumda mal ve hizmet üretimine ilişkin işin bir bölümünün veya yardımcı işin üstlenilmesi söz konusu değildir.

⁴⁸² Örneğin, sabun üretilen bir işyerinde aynı zamanda ahşap fırça da üretilmeye başlansa, ahşap fırça üretimi sabun işinin yardımcı işi sayılamaz. Bu durumda iki ayrı işyerinden söz etmek gerektiği belirtilmektedir (Yenisey, 373). Bu durumda bize göre, ahşap fırça üretiminin tümüyle başka bir işverene bırakılması alt işveren ilişkisi doğurmaz. Bu doğrultuda bir hastanenin altındaki bankayı, hastane işyeri açısından –asıl iş veya yardımcı iş saymak- kanımıza göre mümkün değildir.

⁴⁸³ Çelik, Alt İşveren, 166. Aynı şekilde Çelik, bir fabrikanın ürünlerini pazarlayan başka bir işverenin fabrikadaki bir ambarı kiralayıp kendi işyeri haline getirmesini de alt işverenlik olarak nitelendirmemiştir (Çelik, 2010, 567). Bu örnekleri ve görüşü değerlendiren Şen’e göre ise, pazarlama işi asıl işin bir parçası olduğundan, gece kulübü ise işyerinin eklentisinde bulunduğundan her iki örnekte de alt işveren ilişkisi gerçekleşmektedir (Şen, Taşeronluk, 109).

⁴⁸⁴ Özveri, 393. Çankaya/Çil, 2009, 23- 25. Çil, İş Kanunu, 55. Güzel, Alt İşveren, 48-49. Ünsal, 543. Ayan, 509-510. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Kılıçoğlu, İş Kanunu, 26. Sümer, Uygulamalar, 24. Özkaraca, 87. Doktrinde “ile” sözcüğünü “olarak” şeklinde kabul ederek yine koşulun bütünlüğüne işaret eden yazarlar da bulunmaktadır (Taşkent, Alt İşveren, 364- 365. Çankaya, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 85. Akyiğit, Alt İşverenlik, 11. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 43. Çelik, Alt İşveren İlişkisi, 7-8). Göktaş, 98, 99. Uzun, 29. Günay’a göre, uygulamada ortaya çıkacak sorunların ortadan kaldırılması açısından, “işin gereği ve teknolojik nedenler” gibi içeriği net olarak

göre sadece “işletmenin ve işin gereği” sebebine dayanarak ya da sadece “teknolojik nedenlerle uzmanlık sebebiyle” alt işveren ilişkisi kurulamaz. Bu görüşte olan yazarların dayandığı gerekçeler şu noktalarda toplanmaktadır: Yasanın lafzı, TBMM’ndeki çalışmalar ve yasanın gerekçesi, bu sonucu desteklemektedir. Buna göre alt işverenliğin tanımlandığı 2. madde, 4857 sayılı yasanın tamamının görüşülüp bitmesinden sonra yeniden görüşülüp tartışılmış ve maddeye son şekli verilmiştir. Maddenin ikinci kez görüşülmesi sırasında yapılan değişikliklerle, asıl işlerin alt işverene verilebilmesi için gerekli koşullar olan “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” koşulu maddenin altıncı ve yedinci fıkralarına eklenmiştir. Bu aşamada TBMM’nde “*işletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlıkla bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama, taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir*” ifadesiyle yapılan eklemenin gerekçesi dile getirilmiştir⁴⁸⁵. Bu gerekçe doğrultusunda da ‘ile’ bağlacı ‘veya’ bağlacının yerine bilinçli olarak tercih edilmiştir⁴⁸⁶.

Öte yandan bu görüşe göre, yasanın lafzı ve gerekçesinin yanı sıra *amacı da* koşulun birlikte aranmasını gerektirmektedir. Buna göre yasanın amacı, asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesiyle yapılan istismarın önüne geçmektir⁴⁸⁷. Ayrıca söz konusu hükümle alt işverenlik uygulamalarının genişletilmesi değil, bunun ancak zorunlu durumlarda gerçekleştirilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır⁴⁸⁸. Söz konusu koşulların ayrı ayrı ele alınması, belirtilen amaçların gerçekleşmesini sağlamayacaktır. Çünkü “işletme ve işin gereği” kavramı daha ucuz işçi çalıştırma, maliyetin azaltılması, sendikalaşmayı güçleştirme gibi durumları dahi içine alacak genişliktedir. Diğer yandan, işletme ve işin gereği olarak asıl işin bir bölümünün alt

ortaya konulamayan nedenlerin “uzmanlık gerektiren işlerde” şeklinde bir gerekçeye dayandırılması zorunluluğuna yasada yer verilmesi yararlı olacaktır (Günay, İş Hukuku, 271).

⁴⁸⁵ TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 15, 48K 15. Hükmün ortaya çıkması süreciyle ilgili olarak bkz. Güzel, Alt İşveren, 46-47. Akyiğit, Şerh, C.1, 93. Önergenin TBMM’ye sunulan gerekçesinde yer alan ‘... Ayrıca, asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler gibi kriterler getirilmiştir. Bu düzenlemeyle, asıl işverenler, ihtiyaç duydukları teknolojileri kullanma olanağına kavuşmaktadırlar’ ifadesine göre iki ayrı ölçütün getirildiğine ilişkin görüşü için bkz. Şen, Alt İşverenlik, 87.

⁴⁸⁶ Özveri, 394. Göktaş, 99. Ünsal’a göre de, yasaların öncelikle lafzı ile uygulanması gerekir, bunun aksine keyfî bir yorumla yasadaki bir sözcüğü başka anlam taşıyan ve hükmün amacını tamamen değiştirip uygulama alanını genişleten bir başka sözcükle algılamak imkansızdır (Ünsal, 543). Bu görüşün eleştirisi ve ayrıca ‘ile’ sözcüğünün her zaman ‘ve’ anlamını ifade etmediğine dair İş Kanunundaki örnekler için bkz. Şen, Alt İşverenlik, 86- 87.

⁴⁸⁷ Güzel, Alt İşveren, 49. Çankaya, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 85.

⁴⁸⁸ Ünsal, 543. Güzel, Alt İşveren, 46. Ayan, 509- 510.

işverene bırakılmasının mümkün olduğu kabul edildiğinde “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sınırlamasının hiçbir anlamı kalmaz⁴⁸⁹. Zira bu yorum sonucu, işveren sadece işletmenin ve işin gereği olduğunu ileri sürerek asıl işi kolaylıkla bölebilir ve alt işverene bırakabilir⁴⁹⁰. Böylece söz konusu düzenlemenin eskisinden bir farkı kalmaz⁴⁹¹. Hatta bu kanun öncesinden de geriye gidilmiş olur⁴⁹².

Öte yandan, üretim sürecinde her makinenin bir diğerinden farklılığı ve özelliği vardır. Her makine bir diğerine göre özel uzmanlık gerektirir. Yani, bir işletmedeki iş bölümüne göre tanımlanan her iş, her aşama, kendi içerisinde özel bir uzmanlık alanıdır. O halde salt uzmanlık ölçüsü de asıl işin alt işverene verilmesinin önünde bir engel oluşturmaz⁴⁹³.

Diğer yandan, 4857 sayılı yasanın 11. maddesi, “*belirli süreli işlerde veya belirli bir işin tamamlanması veya belirli olguların ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak*” belirli süreli iş sözleşmesi yapabilme olanağı vermiştir. Buna göre, somut olayda işverenin yasanın vermiş olduğu bu imkanı kullanmak yerine alt işveren ilişkisini kurması başlı başına bu ilişkiyi kötüye kullandığının fiili karinesidir⁴⁹⁴. Sonuç itibarıyla asıl işlerde alt işveren çalıştırılabilmesinin koşulu, asıl işverenin ürettiği ürün için yapılması zorunlu bir işi işletmenin kendi olanaklarıyla yapmasının olanaklı olmaması, bu işin teknolojik bir nedenle özel bir uzmanlığı zorunlu kılmasıdır⁴⁹⁵.

Aynı görüşü paylaşan diğer bir yazar farklı olarak gerekçelerini şu şekilde ortaya koymaktadır: İş hukukunda asıl olan, bir işverenin kendi işçileri ve organizasyonu ile üretimde bulunmasıdır⁴⁹⁶. İşverenin kendi işyerinde yürüttüğü işleri, başka bir işverenin işçileri ya da atipik iş sözleşmeleri aracılığıyla istihdam edeceği işçilerle yerine getirmesi, esneklik yönünde kapsamlı düzenlemeler içeren hukuk sistemlerinde bile istisna olarak kabul edilmekte ve bu işçileri korumak

⁴⁸⁹ Taşkent, Alt İşveren, 395. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Çelik, Koşullar, 88. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 8. Çankaya, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 85. Göktaş, 99.

⁴⁹⁰ Çelik, Alt İşveren İlişkisi, 8. Taşkent, Alt İşveren, 365. Çankaya, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 85. Göktaş, 99. Şen’e göre de “işletme ve işin gereği” çok geniş, soyut ve anlaşılması güç bir kavramdır (Şen, Yeni İş Yasasında, 88).

⁴⁹¹ Güzel, Alt İşveren, 49. Çelik, Alt İşveren İlişkisi, 8.

⁴⁹² Çankaya, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 85.

⁴⁹³ Özveri, 394- 395.

⁴⁹⁴ Özveri, 395.

⁴⁹⁵ Özveri, 396. Güzel, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 75. Görüldüğü gibi bu görüşte, işletme ve işin gereği kıstasından söz edilmemiş, sadece “teknolojik nedenle uzmanlık” ölçütü esas alınmıştır.

⁴⁹⁶ Güzel, Alt İşveren, 41, 45- 46.

amacıyla çeşitli koşul ve sınırlamalara yer verilmektedir. Aksi halde iş hukuku kurallarının varlığı ve temel amacı inkar edilmiş olur. Ne var ki 1475 sayılı kanun döneminde alt işveren uygulaması, istisna olmaktan çıkarak temel bir kural haline gelmişti. Bu durum ise alt işveren işçilerinin bireysel işçilik haklarının yanı sıra, temel bir insan hakkı niteliğinde olan sendika, toplu sözleşme ve grev haklarından yoksun kalmaları sonucunu doğurmaktaydı. İşte 4857 sayılı İş Kanunundaki sınırlamalar bu durumu ortadan kaldırmayı amaçlamış ve alt işverenliği istisnai bir konuma yerleştirmiştir⁴⁹⁷.

bb) Koşulu Bölünebilir Olarak Ele Alan Görüş

aaa) “İşletmenin ve İşin Gereği” veya “Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren” İş

Hükümdeki “ile” bağlacını “veya” anlamında değerlendirerek söz konusu koşulun bölünebileceğini savunan yazarlar, işletmenin ve işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümünde alt işveren ilişkisi kurulabileceğini belirtmektedirler⁴⁹⁸⁻⁴⁹⁹. Diğer bir deyişle asıl işin bir bölümü, alt işverene sadece işletmenin ve işin gereği verilebileceği gibi, bu koşul bulunmaksızın sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği için de verilebilir⁵⁰⁰.

Bu görüşe göre, söz konusu koşulun bir bütün olduğu kabul edilirse, işverenin alt işverene iş verebilmesi için hem işletme gereklerinin varlığı yani işverenin ekonomik güçlük veya rekabet gerekleri ile karşı karşıya olması hem aynı zamanda

⁴⁹⁷ Güzel, Alt İşveren, 45- 46.

⁴⁹⁸ Süzek, 139. Aynı yazar, Alt İşveren, 43- 44. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 18 vd. Ekonomi, Alt İşveren, 42 vd. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 22 vd. Arıcı, 492. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 231. Aynı yazar, Aktay/Arıcı/Kaplan, 67. Şahlanan, Panel, İNTES, 48. Aynı Yazar, Konferans Notları, 70-71. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası 64 vd. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 33. Alpagut, Yeni Yapılanma, 18-19. Aynı yazar, Yönetmelik, 61. Günay, Alt İşveren, 30-31, 64-65. Centel, Alt İşveren, 53. Şafak, 119. Tunçomağ/Centel, 59. Arslanoğlu, 107 vd. Soyer, Asıl İşveren-Alt işveren İlişkisi, 19 vd. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 70. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 43 vd. Gerek/Oral, 31- 32. Gerek, Kamu Kuruluşları, 81-82. Arıcı, söz konusu koşulu ‘gereklilik ve yeterlilik şartları’ olarak tanımlamaktadır (Arıcı, 492).

⁴⁹⁹ Doktrinde Çelik, bu görüşü temelde haklı bulmakla birlikte düzenlemenin sözüne ve amacına aykırı olduğunu, sadece katı ve açık kanun hükmünü uygulama ihtiyaçlarına uygun hale getirme hedefinde olduğunu belirtmektedir (Çelik, 2008, 47. Aynı yazar, Koşullar, 87. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 8). Yazar, uygulamadaki ihtiyacı dengeli bir biçimde karşılayacak bir yasal değişikliğin yapılmasının uygun olacağı görüşündedir (Çelik, 2008, 47. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 8).

⁵⁰⁰ Doktrinde Şen, bir yandan “ile” sözcüğünün “veya” olarak yorumlanmasını eleştirmekte diğer yandan aynı makalede çelişkili olarak, “işletmenin gereği”, “işin gereği” ya da “teknolojik nedenlerle uzmanlık” kavramlarının alt işverene iş vermenin ayrı ayrı gerekçeleri olabileceğini belirtmektedir (Bkz. Şen, Alt İşverenlik, 90, 92).

teknolojik gereklerin olması ve bunlara ayrıca uzmanlık gerektiren bir işin olması koşulunun eklenmesi gerekecektir. Bu koşulların aynı zamanda ve aynı olayda bir arada gerçekleşmesi çok güçtür. Bu durum aşırı kısıtlama anlamına gelecek ve çalışma yaşamında duruma göre haklı olarak ihtiyaç duyulan ve iyiniyetle yapılan alt işveren sözleşmelerinin kurulmasını imkansız hale getirecektir⁵⁰¹. Nitekim sanayi ve hizmet sektörünü alt işveren kurumunun sağlayabileceği olumlu katkılardan yoksun bırakmak ülke ekonomisi açısından da yararlı değildir⁵⁰².

Bu görüşe göre söz konusu sınırlandırmaların esas amacı alt işverenliğin yasaklanması değil, alt işverenliğin kötüye kullanılmasını ve muvazaalı alt işveren ilişkilerinin kurulmasını önlemektir⁵⁰³. Nitekim yasanın amacı salt uzmanlık ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilmesi olsaydı, hükümde yer alan “işletme ve işin gereği” ifadesine gerek kalmazdı; sadece “uzmanlık” ya da “teknolojik nedenlerle uzmanlık” ifadeleri yeterli olurdu⁵⁰⁴. Zira teknoloji nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu, zaten bir işletme ve işin gereğini ifade etmektedir.

Öte yandan yine bu görüşe göre söz konusu koşulun kümülatif bir biçimde aranması, ölçülülük ilkeleriyle bağdaşmayan aşırı sınırlayıcı bir yorum anlamına gelir ve Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan girişim özgürlüğüne aykırı olur⁵⁰⁵. Nitekim Anayasa’nın 48. maddesi, kişinin tercihiyle göre teşebbüsler kurma ve

⁵⁰¹ Süzek, 140. Aynı yazar, Panel, İNTES, 44, 70. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 85. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 19. Aynı görüşte Arıcı, 492, dn 15. Gerek/Oral, 31. Centel, Alt İşveren, 53. Ekonomi, Alt İşveren, 46. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 22 vd. Şen, Alt İşverenlik, 87. Şahlanan, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 82. Soyer, Asıl İşveren- Alt işveren İlişkisi, 19 vd. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 43 vd.

⁵⁰² Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 19.

⁵⁰³ Süzek, 140. Aynı yazar, Panel, İNTES, 44. Şen, Alt İşverenlik, 88. Ekonomi, Alt İşveren, 46. Soyer, Asıl İşveren- Alt işveren İlişkisi, 19 vd. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 43 vd. Şahlanan, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Kasım 2005, 43. Çil, İş Kanunu, 55-56. Doktrinde Soyer, Güzel’in “madde gerekçesinde de vurgulandığı gibi Yargıtayın içtihatları alt işveren konusundaki kötüye kullanmaları önlemede yeterli olmamış, konunun yeni İş Yasasında bazı sınırlamalara tabi tutulması kaçınılmaz hale gelmiştir” (bkz. Güzel, Alt İşveren, 37) görüşüne karşı çıkmakta ve madde gerekçesinin hiçbir yerinde bu yönde bir ifade bulunmadığını belirtmektedir (Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 27, dn.30). Madde gerekçesindeki ifade “...Yargıtayın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür” şeklindedir (4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, 80).

⁵⁰⁴ Süzek, 140. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 19. Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 19. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 43 vd. Ekonomi, Alt İşveren, 43. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 22 vd. Alpagut, Yönetmelik, 61.

⁵⁰⁵ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 19. Ekonomi, Alt İşveren, 46. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 22 vd. Günay, Alt İşveren, 26.

dilediği mesleki faaliyette bulunabilmesini güvence altına almasının yanında kişiyi bu işletme ve işyerine ilişkin karar alabilme özgürlüğünü de sağlamaktadır. Bu özgürlüğe getirilecek sınırlamalar, kanunla Anayasa’da belirtilen sebeplere dayalı olarak yapılabilir; Anayasa’nın sözüne ve ruhuna aykırı olamaz ve öngörülükleri amaçlar dışında kullanılamazlar. Ayrıca iş güvencesi ve toplu işçi çıkarmada, işletme ve işin gereği iş ilişkisinin fesihle sona erdirilmesi, iş ilişkisinin ve işçinin gelirindeki sürekliliğin sona erdirilmesi için yeterli kabul edilirken, alt işveren ilişkisinde bu sebeplere ek olarak “teknolojik uzmanlık gerektiren iş” koşulunun aranması amaca aykırıdır ve girişim özgürlüğünün aşırı sınırlandırmasıdır. Bu aşırı sınırlama, asıl işveren yönünden olduğu kadar, faaliyetini alt işveren olarak sürdüren girişimci için de söz konusudur⁵⁰⁶.

Öte yandan bu gerekçelerin yanı sıra, hükmün kabul edilmesine ilişkin değişiklik önerisinin gerekçesi de bu görüşte olan yazarların dayandığı hususlar arasındadır⁵⁰⁷. Nitekim söz konusu gerekçeye göre “*Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetler, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler gibi kriterler getirilmiştir. Bu düzenlemeyle asıl işverenler ihtiyaç duydukları teknolojileri kullanma olanağına kavuşmaktadırlar. Böylece, işyerlerinde mal ve hizmet üretiminin ihtiyaç duyabileceği şartların kolaylıkla oluşturularak rekabet güçlerinin artırılması amaçlanmıştır. Diğer yandan, alt işveren (taşeron) uygulamasının istismarının önlenmesine ilişkin sınırlamalar getirilmiştir*”. Bu gerekçede yer alan “*işletme ve işin gereği, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler gibi kriterler*” ifadesinde gerek anılan ölçütlerin virgül ile ayrılması gerek “gibi kriterler” deyiminin kullanılmasının, söz konusu koşulun tek bir bütün olarak öngörülmediğini gösterdiği ifade edilmektedir. Zira bu görüşe göre “*gibi kriterler*” ifadesi, bu hallere benzer durumların dahi alt işveren ilişkisine dayanak oluşturabileceğini düşündürmektedir. Ayrıca gerekçede yer alan, “*alt*

⁵⁰⁶ Ekonomi, Alt İşveren, 47.

⁵⁰⁷ Süzek, 140. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 19. Ekonomi, Alt İşveren, 47. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 23-24.

işveren (taşeron) uygulamasının istismarının önlenmesine ilişkin sınırlamalar getirilmiştir” ifadesi de alt işverenliğin geniş ölçüde sınırlandırılmasının değil, sadece bu konudaki istismarların önlenmesinin amaçlandığını göstermektedir⁵⁰⁸.

Nihayet bu görüşe göre, Türkiye tarafından onaylanan “İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme” (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) nin 17. maddesi de bu yorumun haklılığını doğrulamaktadır. Bu sözleşmenin anılan maddesine göre *“Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirisi bir devlete, topluluğa veya ferde işbu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya sözleşmede öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara tabi tutulmasını hedef alan bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya yönelik herhangi bir hak sağladığı şeklinde yorumlanamaz”*⁵⁰⁹.

**bbb) “İşletmenin ve İşin Gereği Uzmanlık Gerektiren İş” veya
“Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İş”**

Diğer bir görüşe göre, asıl işin bölünerek alt işverene bırakılabilmesinin temel koşulu, “uzmanlık gerektiren bir iş” olmasıdır⁵¹⁰. Buna göre söz konusu hükmü “işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren iş” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” olarak yorumlamak gerekir⁵¹¹. Çünkü sadece işletmenin ve işin gereği alt işveren ilişkisi kurulabileceğini kabul etmek, bu kavramın subjektif bir kavram olması nedeniyle keyfiliği önleyemeyecektir. Bu görüşe göre, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş, asıl işveren tarafından yerine getirilemeyen işlerdir. Eğer işveren söz konusu işi kendi imkanlarıyla, kendi

⁵⁰⁸ Süzek, 140. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 19. Ekonomi, Alt İşveren, 47. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 23-24.

⁵⁰⁹ Ekonomi, Alt İşveren, 48.

⁵¹⁰ Mollamahmutoğlu, 169. Aynı görüş Engin, Üçlü İş, 16 vd. Şafak, 119. Mollamahmutoğlu 1475 sayılı Kanun döneminde ileri sürdüğü görüşünde, bir işyerinin teknik amacının gerçekleşmesi ile doğrudan ilgili olan, o teknik amacın gerçekleşmesine yönelik süreç doğrudan dahil olan faaliyetlerin alt işverenliğin konusu olamayacağını, ancak yemekhane, lokal, kantin vs. işlerin alt işverene bırakılabilmesini belirtmekteydi. Buna göre örneğin bir tekstil fabrikasında kumaşın dokunması, boyanması vs gibi aşamaların başka kişilere bırakılması durumunda alt işverenlikten değil, marşandaj (işçi simsarlığı) dan söz etmek gerekir (Mollamahmutoğlu, Hizmet Sözleşmesi, 63). Bu görüşü yine aynı dönemde eleştiren Başbuğ ise, alt işveren uygulamasının teknik bir zorunluluk olduğunu böyle bir sınırlamaya gitmenin hukukun sınırları aşarak biçimlendirici totaliter bir anlayışa sahip olması sonucunu doğuracağını belirtmiştir (Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 62, dn.2).

⁵¹¹ Mollamahmutoğlu, 169-170. Alpagut, Yeni Yapılanma, 18-19.

organizasyonu ile kendi personeliyle yapabilme olanağına sahipse, bu işi alt işverene veremez. Bu durumun ise her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerekir⁵¹².

Bu görüşteki diğer bir yazara göre de, yasanın asıl vurgu yaptığı terim “uzmanlık”tır ve işletme gerekleri ile teknolojik nedenler uzmanlık kavramının açılımı olarak kabul edilmelidir⁵¹³. Buna göre, asıl işin alt işverene devri mümkün olan bölümü, “teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren iş” ya da “işletme gerekleri nedeniyle uzmanlık gerektiren iş” olabilir⁵¹⁴⁻⁵¹⁵. Çünkü yazara göre salt işletme ve işin gereği alt işveren ilişkisi kurulabileceği görüşü kabul edilecek olursa, sırf maliyeti düşürmek ve daha ucuz işçi çalıştırmak amacıyla alt işveren ilişkisi kurulabilecektir⁵¹⁶. Yine anılan görüş kabul edilirse, eski kanun döneminde muvazaa olarak kabul edilen uygulamaların yeni kanun döneminde geçerli olduğunun kabulü gerekir ki, bu sonuç kanunun amacına tamamen aykırıdır. Diğer yandan söz konusu koşulun “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulunun” kümülatif olarak aranması da alt işveren ilişkisi kurulmasını yine yasanın amacını aşacak biçimde zorlaştıracaktır⁵¹⁷.

Bu görüşün dayanak noktalarından bir diğeri, kanunda yardımcı işlerin devri bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiş olmasıdır⁵¹⁸. Çünkü bu görüşe göre asıl işveren bakımından yardımcı iş niteliğini taşıyan işler, devralan alt işveren açısından esasen uzmanlık gerektiren işlerdir⁵¹⁹. Bu doğrultuda, yardımcı işlerde uzmanlık koşulunun ayrıca yer almamasının nedeni uzmanlığın aranmaması değil; yardımcı işlerin niteliği gereği zaten uzmanlık gerektiren işler olmasıdır.

⁵¹² Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 3. Ayan, 510.

⁵¹³ Engin, Üçlü İş, 16 vd. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 70 vd. Bu görüşü eleştiren Ekonomi’ye göre, İK 18/1 ve 29/1 de aynen kullanılan deyimleri göz önünde tutmadan başka bir üst kavramda toplama ve değerlendirme uygun olmaz (Ekonomi, Alt İşveren, 46).

⁵¹⁴ Engin, Üçlü İş, 16 vd. Yazar asıl işin uzmanlık gerektiren bölümünü, “asıl faaliyet konusuna dahil olmakla birlikte işverenin kendi uzmanlık alanı dışında kalan ve yabancı uzmanlık gerektiren” işler olarak tanımlamaktadır (Engin, Üçlü İş, 16-17. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 70). Aynı görüşte bkz. Günay, Yeni İstihdam Biçimleri, 113.

⁵¹⁵ Doktrinde Günay, 2004 yılında düzenlenen bir konferansta sunduğu tebliğinde alt işverene iş vermenin “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık” gerektirmesi durumunda gerçekleştirileceğini savunurken (bkz. Günay, Alt İşveren, 30-31). 2006 yılında düzenlenen bir başka konferansta farklı olarak Engin’in “yabancı uzmanlık” görüşüne katıldığını ve “işin, işyerinin gereği ve teknolojik nedenlerle *ancak uzmanlık gerektiren*” işler söz konusu ise asıl işin bölünebileceğini belirtmiştir (bkz. Günay, Yeni İstihdam Biçimleri, 113).

⁵¹⁶ Yazarın bu duruma verdiği bir örnek için bkz. Engin, Üçlü İş, 94- 95.

⁵¹⁷ Engin, Üçlü İş, 15 vd.

⁵¹⁸ Engin, Üçlü İş, 17.

⁵¹⁹ Doktrinde Çelik de, yardımcı işlerin niteliği gereği uzmanlık ve organizasyonu gerektiren işler olduğunu vurgulamaktadır (Çelik, 2008, 48).

Sonuç itibariyle bu görüşe göre uzmanlık gerektiren işler, teknolojik nedenlerle ortaya çıkabileceği gibi, işletme gerekleri ile de ortaya çıkabilir⁵²⁰. İşletme gerekleri ile uzmanlık gerektiren işlere örnek olarak, işyeri muhasebesinin veya insan kaynakları yönetiminin bu konularda uzman bir kuruluşa verilmesi gösterilmektedir. İşverenin uygulamak istediği yeni bir teknolojiyi kendisinin sağlaması, objektif olarak daha pahalı olduğu için bu teknolojiyi alt işveren ilişkisi kurmak yoluyla sağlaması ise, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme durumuna örnektir⁵²¹. Bu doğrultuda bu görüşe göre, sırf maliyeti düşürmek veya salt ucuz işgücü çalıştırmak amacıyla alt işveren ilişkisi kurulması işletme gerekleri kavramıyla bağdaşmaz⁵²².

Yine bu görüşteki bir yazara göre, alt işverenliğin uzmanlık koşuluna bağlı istisnai bir kurum olmasının önemli sonuçlarından biri, ispat yükünde ortaya çıkmaktadır⁵²³. Buna göre genel ispat kuralları gereği, normal durumun aksini iddia eden onu ispatla yükümlüdür. Bu durumda alt işverene devrin tartışmalı olduğu hallerde, devredilen kısmın asıl işin uzmanlık gerektiren bölümü ya da yardımcı iş olduğunu ispat yükü asıl işverene düşmektedir⁵²⁴.

Bu görüşü değerlendiren bir yazar, uzmanlığı temel alan bu görüşün, “koşulu bir bütün olarak değerlendiren görüş ile koşulun bölünebilir olduğunu kabul eden görüşe göre” *ortalama bir çözüm niteliği* taşıdığını ancak “işletmenin ve işin gereği

⁵²⁰ Engin, Üçlü İş, 17.

⁵²¹ Engin, Üçlü İş, 17.

⁵²² Bununla beraber yazar, uzmanlık olmadan salt işletme gereklerine dayanarak alt işverene iş verilmesinin de mümkün olabileceğini belirtmektedir. Yazara göre bu durum “özellikle, işyerinin normal faaliyetinin üzerinde olan ve işin niteliği gereği fazla çalışma ya da geçici iş ilişkisiyle karşılanamayan bir üretimin yapıldığı durumlarda ortaya çıkabilir. İnşaat firmasının belirli bir işi gerçekleştirmek için ilave iş makinesi ve işgücüne ihtiyaç duyması buna örnek gösterilebilir. Ancak bu örnekte de görüldüğü gibi, salt işletme gerekleri ile alt işveren çalıştırılmasında, asıl işveren kendi işçilerinin sözleşmesini feshederek işin bir bölümünü devretmemekte, ilave işgücü ihtiyacını karşılamaktadır” (Engin, Üçlü İş, 17). Yazarın “uzmanlık olmadan işletme gereklerine dayanarak alt işverene iş verilebilir” ifadesine katılan görüşü için bkz Ekonomi, Alt İşveren, 46, dn. 66.

⁵²³ Engin, Üçlü İş, 17. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 132.

⁵²⁴ Yazara göre, uzmanlık kavramını temel almakla yasa koyucu bir yandan muvazaalı uygulamaları engellerken, diğer yandan işverene işletme organizasyonu içinde önemli bir araç vermektedir. Yasanın amacı, işverene asli faaliyet konusu dışında kalan işleri, yani yabancı uzmanlık gerektiren işleri devir yoluyla kendi faaliyet konusuna yoğunlaşma, böylece uzmanlıktan yararlanarak daha verimli işletme yönetimine ulaşma olanağı tanımaktadır. Verimli işletme yönetimi işletme maliyetlerinin düşmesini de sağlayacaktır. Buna göre, alt işverene devir sonucunda işgücü maliyetlerinin düşmesi yasanın temel amacı olmamakla beraber doğrudan veya dolaylı olarak verimli işletme yönetimi yoluyla ulaşılan bir sonuçtur (Engin, Üçlü İş, 18-19).

uzmanlık” kavramının içeriğinin belirlenmesi konusunda güçlüklerle karşılaşılabilirliğini belirtmektedir⁵²⁵.

ccc) Yargıtay Uygulaması ve İspat Yükü

Yargıtay konuyla ilgili verdiği ilk kararlarda çoğunlukla kanun hükmünü tekrar etmek suretiyle söz konusu tartışmaya hiç girmemek yolunu tercih etmiştir⁵²⁶. Bu durum, doktrinde eleştiri konusu olmuştur⁵²⁷.

Yargıtay 2005 yılında verdiği bir kararda ise, söz konusu koşulu bir bütün olarak kabul etmiştir⁵²⁸. Aynı şekilde diğer bir kararında “*teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme*” koşuluna vurgu yaparak bu koşul olmaksızın asıl işin bir bölümünün alt işverene verilemeyeceğine hükmetmiştir⁵²⁹.

Yüksek mahkeme 2008 yılında verdiği birçok kararda da... “*Anılan düzenlemede baskın öge, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde*

⁵²⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 94-95. Anılan yazar, “işletmenin ve işin gereği uzmanlık” durumunu oluşturabilecek hallere iki örnek vermektedir. Buna göre bir tekstil fabrikasının desen kısmını, bu konuda özgün tasarımıyla ünlü olan bir desinatörlük firmasına vermesinde işletmenin ve işin gereği uzmanlığın bulunduğu söylenileceği gibi, bir otomobil fabrikasının kaporta ya da motor bloğu-piston/fren işini bu konuda tanınmış bir şirkete vermesinin de yine bu nitelikte olduğu söylenebilir. Yine işverenin yaptığı işe yeni bir üretim sürecinin eklenmesi, fakat bu konuda yeterli personel vs. donanımına sahip olmaması durumu bir işletme gereği uzmanlığı gerektirebilir. Buna karşılık işçilerini yasal asgari ücretle çalıştırması ve sendikal hakların kullanılmadığı bir alt işverenin ucuz ve sorunsuz işgücü istihdamı onun işletme konusunda uzmanlığı sayılarak kendisine iş verilmesini haklı kılmaz (Akyiğit, Şerh, C.1, 95).

⁵²⁶ Y9HD, 9.11.2005, 30958/35533, Çankaya/Çil, 2009, 242. Y9HD, 27.3.2006, 26361/7460, Çankaya/Çil, 2009, 207-209. Y9HD, 21.5.2007, 6421/15598, Çankaya/Çil, 2009, 173-174. Y9HD, 27.3.2006, 4860/7479, Legal, 2006, S.11, 1024-1026, kararın değerlendirilmesi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 20 vd. Y9HD, 26.6.2006, 15117/18653, LEGAL 2006, S. 12, 1477-1479. Y9HD, 24.9.2007, 13965/27703, ÇT, 16, 2008/1, 238-239. Y9HD, 12.12.2005, 36137/39139, Çankaya/Çil, 2009, 237-238

⁵²⁷ Ekonomi, Alt İşveren, 40- 41-42.

⁵²⁸ Y9HD, 31.05.2005, 31850/2487, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 72. Bir başka olayda, ilk derece mahkemesinin söz konusu koşulun bir bütün olarak aranması gerektiğini de belirten kararını inceleyen Yargıtay, ilk derece mahkemesinin bu tespitine hiç girmeyerek kararı başka bir gerekçeyle bozmuş ve bir anlamda bu görüşü onaylamıştır (Y9HD, 6.3.2006, 411/5631, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 115-116). Aynı yönde, Y9HD, 7.7.2008, 1950/19018, Çankaya/Çil, 2009, 127-129. Y9HD, 9.6.2008, 39314/14822, Çankaya/Çil, 2009, 140-141. Y9HD, 9.6.2008, 38668/14804, Çankaya/Çil, 2009, 141-143. Y9HD, 14.5.2007, 3132/14914, ÇT, 15, 2007/4, 240-243 (karara ilişkin eleştirisi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 19). Y9HD, 12.2.2007, 32217/3258, Çankaya/Çil, 2009, 194-195. Y9HD, 27.3.2006, 4860/7479 (Akyiğit, Şerh, C.1, 94).

⁵²⁹ Y9HD, 1.4.2005, 18633/26052, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 11. Aynı yönde Y9HD, 13.1.2005, 33416/931, Çankaya/Çil, 2006, 87. Y9HD, 14.9.2006, 24492/22445, ÇT, 2007/1, 12, 270-271. Y9HD, 25.2.2008, 23286/2222, Çankaya/Çil, 2009, 160-161. Y9HD, 7.5.2007, 1469/14248, Çankaya/Çil, 2009, 176-177. Y9HD, 26.2.2007, 34922/5176, Çankaya/Çil, 2009, 191-192. Y9HD, 11.9.2008, 27118/23259, Göktaş kişisel arşivi, Göktaş, 99.

tutulur”⁵³⁰ hükmüyle teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşuluna vurgu yapmıştır.

Böylece artık doktrinde konuyla ilgili olarak açıkladığımız görüşlerden ilkinin, yani koşulu bir bütün olarak kabul eden görüşün Yargıtayın yerleşmiş uygulaması haline geldiğini söylemek mümkündür⁵³¹⁻⁵³². Yüksek mahkeme örneğin, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmediği için PTT genel müdürlüğünün posta dağıtım işinin⁵³³, banka işyerinde nakit taşıma işinin⁵³⁴, otomotiv işletmesinde boyahane bölümünde boyacılık ve pasta polish işinin⁵³⁵ alt işverene verilemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay başka bir kararda, uzmanlık koşuluna da değinmeden sadece işçilerin yaptığı işin “yasanın aradığı anlamda teknoloji gerektirmemesinden” söz ederken⁵³⁶, bir diğerinde soğutma sonu ve bant paketleme işini “uzmanlık gerektiren iş” olarak kabul etmiştir⁵³⁷. Yine yüksek mahkeme diğer bir kararında, işletme ve işin gereği koşulundan söz etmeden, hastabakıcılık, hastanenin ameliyathane gibi bölümlerinde görev yapan ve özel eğitim ile nitelik kazandırılan kişilerin asli işte çalışmaları ve bu işlerin teknolojik nedenlerle

⁵³⁰ Y9HD, 21.4.2008, 13500/9243, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 87. Y9HD, 30.6.2008, 42762/18073, Çankaya/Çil, 2009, 129-131. Y9HD, 9.6.2008, 40942/14420, Çankaya/Çil, 2009, 147-149. Y9HD, 3.6.2008, 37527/13812, Çankaya/Çil, 2009, 150-152. Y9HD, 1.12.2008, 8388/32829, Çankaya/Çil, 2009, 109-111. Y9HD, 15.9.2008, 1858/23530, Çankaya/Çil, 2009, 117-120. Y9HD, 21.4.2008, 30780/9222, Çankaya/Çil, 2009, 154-156. Y9HD, 13.10.2008, 32916/26551, Legal, 21, 419-421. Diğer bir kararda ise, işletmenin ve işin gereği kavramından hiç söz edilmeyerek, işin alt işverene verilen işin “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirip gerektirmediği”nin araştırılması gerektiği belirtilmiştir (Y9HD, 1.10.2007, 14264/28749, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 128-129). Son anılan karara ilişkin eleştirisi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 22.

⁵³¹ Y9HD, 5.5.2008, 15362/11408, Legal, 19, 1117-1119 ve bu kararın incelemesi için bkz. Çelik, Koşullar, 83-92. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 13.10.2008, 32916/26551, Legal, 21, 419-421. Y9HD, 24.9.2008, 30742/24595, ÇT, 2009/1, 20, 250-254. Y9HD, 1.6.2009, 3836/15040, ÇT, 223-226. Y9HD, 16.4.2009, 42564/10854, ÇT, 23, 2009/4, 342-344. Y9HD, 28.4.2008, 19452/10426, ÇT, 19, 2008/4, 318-320. Y9HD, 19.2.2009, 33290/2942, ÇT, 24, 2010/1, 431-432. Y9HD, 1.10.2007, 14264/28749, ÇT, 16, 2008/1, 211-212. Y9HD, 22.12.2008, 41361/34689, ÇT, 2009/3, 22, 413-416.

⁵³² Buna karşılık Yargıtay 2008 yılında verdiği bir kararda, asıl işin bir bölümünün “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” olması halinde alt işverene verilmesinin olası olduğunu belirtmiştir (Y9HD, 10.4.2008, 12851/8003, ÇT, 18, 2008/3, 212-215).

⁵³³ Y9HD, 25.2.2008, 23286/2222, Çankaya/Çil, 2009, 160-161. Y9HD, 14.5.2007, 3132/14914, ÇT, 15, 2007/4, 240-243 (Öyleki yüksek mahkeme son anılan kararında “...kural olarak asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi mümkün değildir...” ifadesini kullanmıştır ki bu ifade doktrinde Ekonomi tarafından yasada bu şekilde genel bir yasak bulunmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir (Ekonomi, Değerlendirme 2007, 19 vd).

⁵³⁴ Y9HD, 22.3.2007, 6/8194, Çankaya/Çil, 2009, 189-190.

⁵³⁵ Yargıtay bu kararda, söz konusu işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiğinin kanıtlanmadığına dikkat çekmektedir (Y9HD, 15.10.2007, 16559/30529, ÇT, 17, 2008/2, 367-370 ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 30-31).

⁵³⁶ Y9HD, 14.9.2006, 24492/22445, ÇT, 2007/1, 12, 270-271. Karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. (Yenisey, Değerlendirme 2006, 21-23).

⁵³⁷ Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Çankaya/Çil, 2009, 262-263.

uzmanlık gerektirmediginden bahisle alt işverene devredilemeyeceğinden söz etmiştir⁵³⁸.

Yargıtayın bu kararları doktrinde, hükmün mevcut düzenleniş biçimine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve bu kararların kendi içinde çelişki taşıdığı ileri sürülmüştür⁵³⁹. Buna göre, bir yandan “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işler ölçütlerinin bir arada aranması gerektiği kabul edilip, diğer yandan işin “ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde” verilebileceği ve bu koşulun “baskın öge” olduğundan söz edilmesi çelişkidir. Diğer bir deyişle, bu şekilde hem koşulun bütünlüğü kabul edilmekte hem koşulun bir parçası olan “işletmenin ve işin gereği” ölçütü görmezden gelinmektedir. Oysaki bu kabulün gereği, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun yanı sıra işletme gereğinin yani “ekonomik güçlüklerin veya işyerinde reorganizasyon, rekabet ya da verimlilik gereklerinin” de varlığının aranmasıdır⁵⁴⁰.

Öte yandan uyumsuzluk durumunda, alt işveren ilişkisinin “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektirme” koşuluna uygun olarak kurulduğunu ispat yükü, bu şartlarla bağlı olan (asıl) işverene düşer⁵⁴¹. Ayrıca, devredilen kısmın yardımcı iş veya asıl işin uzmanlık gerektiren bölümü olduğunu ispat yükünün de asıl işverene ait olduğu belirtilmektedir⁵⁴². İşçi veya işçiler ise, asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinin salt ücret ve çalışma şartlarını düşürme veya sendikal hakların kullanılmasını engelleme amacı taşıdığını, gerçekte söz konusu şartların

⁵³⁸ Y9HD, 26.11.2007, 38695/35306, ÇT,17, 2008/2, 277-280. Söz konusu olayda, asıl işveren-alt işveren arasındaki sözleşmede yapılacak hizmet “taşıma, temizlik, yemek servis hizmetleri” olarak belirlendiği halde çalışanların bir kısmı –özel eğitim gördürülerek- sağlık hizmetlerinde, ameliyathanede, güvenlik hizmetinde çalıştırılmışlardır.

⁵³⁹ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 24-25. Gerçekten de Yargıtayın 2008 yılında verdiği bir kararın içinde hem söz konusu koşulun bir arada aranması gerektiği belirtilmiş hem de asıl işin “ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” bir işin varlığı halinde verilebileceği ifade edilmiştir (Y9HD, 7.7.2008, 1950/19018, Çankaya/Çil, 2009, 127-129).

⁵⁴⁰ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 24. Süzek, yüksek mahkemenin muhtemelen tüm ölçütlerin birden aranmasının alt işveren uygulamasını imkansız hale getirerek anayasanın sözleşme ve girişim özgürlüğü ilkesine aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle bu yola gittiğini ancak bu durumun kanun metnine uymadığını belirtmektedir. Zira sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden alt işveren ilişkisinin kurulması mümkün kılınmak istenseydi “işletmenin ve işin gereği” kavramına yer verilmezdi. Süzek ayrıca Alt İşverenlik Yönetmeliğinin de alt işveren ilişkisini sadece “uzmanlık” koşuluna bağladığını belirtmektedir (Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 24).

⁵⁴¹ Bu yönde bkz. Y9HD, 12.2.2007, 32217/3258, Çankaya/Çil, 2009, 194-195.

⁵⁴² Engin, Üçlü İş, 18. Engin’e göre bu sonuç, alt işverenliğin uzmanlık koşuluna bağlı istisnai bir kurum olmasının sonucudur (Engin, Üçlü İş, 18).

bulunmadığını ve muvazaalı işleme dayandığını iddia ettiklerinde bu iddiaların ispatı işçilere ait olur⁵⁴³.

cc) Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin Getirdiği Düzenleme

27 Eylül 2008 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde⁵⁴⁴ “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş” kavramına açıklık getirilmiştir. Gerçekten de Yönetmeliğin 11/1 hükmüne göre, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, “*mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir*”. Ayrıca yine aynı maddenin 3.bendinde *asıl işin a) işletmenin ve işin gereği, b) teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebileceği* düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi Yönetmeliğin anılan hükmünde, asıl işin ancak işletme ve işin gereği yanında teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme şartlarının *birlikte gerçekleşmesi durumunda* bölünerek alt işverenlere verilebileceği düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, yukarıda açıkladığımız söz konusu koşulun birlikte aranması gerektiği yönündeki öğretici görüşü Yönetmelikte yer almış görünmektedir.

Buna karşılık bu konuda bizim de isabetli bulduğumuz diğer bir yaklaşıma göre Yönetmelikte, söz konusu ölçütlerin bir arada aranacağından söz edilmesine rağmen aslında, alt işverenlik ilişkisi “uzmanlık” koşuluna bağlanmıştır⁵⁴⁵. Zira Yönetmeliğe göre işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, “*mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iş*” tir (11/1). Ayrıca tescil aşamasında alt işverenlik sözleşmesine eklenecek belgeler sayılırken 10/2 hükmünde şu düzenlemeye yer verilmiştir: “*Bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi halinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki*

⁵⁴³ Ekonomi, Alt İşveren, 48.

⁵⁴⁴ RG 27.9.2008, S. 27010

⁵⁴⁵ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 24-25. Alpagut’a göre de bu tanımda, işletme ve işin gereği sözcüklerine yürütülen işin zorunlu unsuru anlamı yüklenmiştir. Dolayısıyla bu kavram, İK 18’de yer alan işletme gereğiyle ilişkili olmayıp özel bir anlamı da bulunmadığından belirleyici husus, “uzmanlık gerektirmedi” (Alpagut, Yönetmelik, 62).

işe uygun, iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenir”.

Öte yandan doktrinde bir görüşe göre Yönetmelikteki yukarıda anılan tanım, uzmanlığı dar bir alanla sınırlayıp ilgili işletmenin/işyerinin uzmanlığı dışında bir alana özgülemiştir⁵⁴⁶. Oysa bir işletmedeki asıl iş ve bölümleri -derecesi tartışılabilirse da- genelde o işletmenin uzmanlık taşıyan alanları olarak ortaya çıkar. Bu nedenle bu görüşe göre buradaki uzmanlık, “işletmenin uzmanlığı dışında veya işletmeden daha uzman bir uzmanlık olarak algılanmalıdır. Böylece işletmenin daha az ama alt işverenin daha teknolojik uzmanlık taşıdığı hallerde de (işletme ve işin gereği olguları da varsa) asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi mümkün olur”⁵⁴⁷.

Doktrinde bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre, Yönetmeliğin anılan hükmü yasayı aşan bir sınırlama öngörmekte ve bu sebeple de hukuka aykırılık taşımaktadır⁵⁴⁸. Buna göre, yönetmelik yasa hükmünün sadece ayrıntılarını düzenleyebilir, buna karşılık yasayı yorumlayamaz ve yasada yer almayan bir düzenleme getirmez⁵⁴⁹. Bu açıdan söz konusu düzenleme, Anayasada ifadesini bulan hukuk normları hiyerarşisine⁵⁵⁰ ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık taşımaktadır⁵⁵¹. Öte yandan bu hükmün çalışma yaşamının gerekleri, işverenin girişim özgürlüğü ve çağdaş gelişmelerle de uygun olmadığı da belirtilmiştir⁵⁵².

Bu konuda Yönetmeliğin esas aldığı temel anlayış, 11/2 hükmünde yer almıştır. Buna göre, “*işverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile mal veya*

⁵⁴⁶ Akyiğit, Alt İşverenlik, 12. Bu durumu isabetli bulan görüşü için bkz. Mollamahmutoğlu, 170.

⁵⁴⁷ Akyiğit, Alt İşverenlik, 12.

⁵⁴⁸ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 22. Alpagut, Alt İşveren, 40. Aynı yazar, Yönetmelik, 61. Çelik, Koşullar, 88. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 8. Centel, Yönetmelik, 57. Aynı yazar, Eleştirel Bir Yaklaşım, 41. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12. Aktekin, Alt İşveren Müessesesi Tarihi mi Karşıyor, MESS İşveren Gazetesi, Ekim 2008, 7. Mollamahmutoğlu’na göre Yönetmeliğin 11. maddesinde, uzmanlığın alt işverenliğin temel koşulu olarak nitelendirilmesi isabetli olmakla birlikte aynı maddede “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık” koşulunun kümülatif aranması isabetli olmamıştır (Mollamahmutoğlu, 170). Centel’e göre de Yönetmeliğin kabul ettiği görüş, muvazaadan uzak alt işveren uygulamalarına dahi olanak tanımama tehlikesi barındırmaktadır. Oysa Bakanlığın yasal görevi muvazaalı olmayan alt işveren uygulamalarını önlemek değil, muvazaaya açık alt işveren uygulamalarını denetlemektir (Centel, Eleştirel Bir Yaklaşım, 41).

⁵⁴⁹ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 22. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliği Değişiklik Taslağında bu hüküm kaldırılmakta, söz konusu ifade yerine kanunda olduğu gibi “asıl iş; işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir” ifadesi getirilmektedir (Kızıloğlu, 100).

⁵⁵⁰ Çelik, Koşullar, 88.

⁵⁵¹ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 22. Kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca yasayı yorumlama yetkisi yargı organına aittir (Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 22).

⁵⁵² Alpagut, Alt İşveren, 40, 42. Aynı yazar, Yönetmelik, 62.

hizmet üretimi yapması esas” olduğu düzenlenmiştir. Doktrinde bu anlayışın 60’lı yılların anlayışını yansıttığı belirtilmektedir⁵⁵³. Gerçekten de bu görüşe göre alt işveren ilişkisinin denetim altına alınması, alt işverenlerin mesleki açıdan eğitilmiş, örgütlü işgücü istihdamına teşviki, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin sağlanması gerekli olmakla birlikte bunun yolu, ilişkinin adeta ortadan kaldırılması olmamalıdır⁵⁵⁴. Nitekim yine bu görüşe göre bugün çalışma yaşamının yönetim ve organizasyon yapısı çok daha karmaşık nitelikte olup, istihdamın artırılması, verimliliğin sağlanması ve rekabet koşullarına uyum sağlama ihtiyaçları, birçok vasıtaların yanı sıra denetimli bir outsourcing veya istihdamın dışsallaştırılmasını da gerektirmektedir⁵⁵⁵.

Konuyla ilgili olarak Yönetmelikte yer alan başka bir önemli düzenleme, asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverenin, *üstlendiği işi bölerek diğer bir işverene veremeyeceği* hükmüdür (m.11/4). Doktrinde isabetli olarak, kanunda yer almayan böyle bir kuralın yönetmelikte yer almasının yerinde olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁵⁶. Nitekim bu görüşteki bir yazara göre, örneğin inşaat sektöründe bir baraj yapımında, üstlenilen asıl işin bir bölümünün –sözleşmede alt işverene (müteahhite) yetki tanınmışsa, aranılan şartlara da uyulmak suretiyle başka alt işverenlere verilmesi mümkündür⁵⁵⁷.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, asıl işin bir bölümünde kurulan alt işverenliğin ancak uzmanlık gerektiren bir işte mümkün olması olgusu karşısında, alt işverenin aldığı işin bir kısmını başka bir işverene bırakması imkanının tanınması “uzmanlığın göz ardı edilmesi” anlamını taşırdı⁵⁵⁸. Diğer bir deyişle, Yönetmelikte düzenlenen anılan hükmün aksinin kabulü, alt işverenliğin uzmanlık gerektiren işte mümkün olabileceği kuralıyla çelişir ve ilk alt işverenin başka bir işverene bıraktığı işte uzman olmadığı anlamına gelir⁵⁵⁹.

⁵⁵³ Alpagut, Alt İşveren, 40. Aynı yazar, Yönetmelik, 62.

⁵⁵⁴ Alpagut, Alt İşveren, 40. Aynı yazar, Yönetmelik, 62.

⁵⁵⁵ Alpagut, Alt İşveren, 40. Aynı yazar, Yönetmelik, 62.

⁵⁵⁶ Centel, Eleştirel Bir Yaklaşım, 41. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12. Çankaya/Çil, 2009, 39. Kızıloğlu, 99. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Aşa, İkinci Bölüm, §4, I, 2.

⁵⁵⁷ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12.

⁵⁵⁸ Mollamahmutoğlu, 166.

⁵⁵⁹ Mollamahmutoğlu, 166.

c) İşletme ve İşin Gereği Kavramı

aa) İşletme ve İşin Gereği Kavramını Dar Yorumlayan Görüş

Asıl işin bölümünde alt işverenlik ilişkisi kurulması konusunda kanunda öngörülen koşulu “bölünebilir” olarak kabul eden yazarlardan bazıları, işletmenin ve işin gereği kavramının dar yorumlanması gerektiğini belirtmektedirler⁵⁶⁰. Buna göre işletme ve işin gereği kavramını geniş yorumlamak yasanın amacına uygun düşmez⁵⁶¹. Çünkü ekonomik güçlük içinde bulunmayan veya teknolojisini yenileme gereği olmayan ya da yeniden yapılanma veya rekabet gücünü artırma ihtiyacı olmayan, verimli çalışan bir işletmede işverenin sadece maliyetleri azaltmak ve daha ucuz işçi çalıştırmak amacıyla alt işveren ilişkisi kurması kanunun amacıyla bağdaşmaz ve işletme gereği sayılamaz⁵⁶²⁻⁵⁶³. Eğer işletme ve işi gereği kavramı salt maliyeti düşürmeyi de içeren bir anlamda kabul edilirse alt işveren ilişkisinin kurulmasına hiçbir sınırlama getirilmediği gibi, bu şekilde işverene çok geniş bir özgürlük tanınarak konu tamamen onun takdirine bırakılmış olur⁵⁶⁴. Bu doğrultuda maliyetin düşürülmesi sadece çalışanların ücretinin düşürülmesiyle sağlanıyorsa⁵⁶⁵,

⁵⁶⁰ Süzek, 149. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 20. Demircioğlu, 39. Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 72. Gerek/Oral, 31, 32. Doktrinde Engin, uzmanlık koşulu olmadan salt işletmenin ve işin gereğine dayalı olarak alt işveren ilişkisi kurulamayacağı görüşündedir (Bu görüş yukarıda ele alındığından ilgili yere atıf yapmakla yetiniyoruz. Bkz. yuk. §3, III, 1, b, bb, bbb).

⁵⁶¹ Yasa maddesinin amacı, esas itibarıyla ucuz işgücü olarak (ve işçi haklarının kısıtlanması için) alt işveren ilişkisinin kullanılmasının engellenmesidir (Alpagut, Yeni Yapılanma, 18, 82. Gerek/Oral, 32).

⁵⁶² Süzek, 149. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 86. Aynı yazar, Panel, İNTES, 44, 79. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 20. Alpagut, Yeni Yapılanma, 18. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 72. Demircioğlu, 39. Gerek/Oral, 34. Gerek, Kamu Kuruluşları, 82. Yine bu görüşteki bazı yazarlar, geçerli fesih kavramında aranan “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden” kaynaklanan sebeplerle örtüştüğü görüşündedirler. Bu konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır (Bkz. Aşa. §3, III, 1, c, cc). Yine örneğin, asıl işverenin üç adet vinci var fakat aldığı bir iş için üç adet vince daha ihtiyaç duyuyorsa ve eğer o vinçleri satın almaktansa taşeronla vermek daha ekonomik ise, işletme gerekleri çerçevesinde alt işverenlik ilişkisi kurulabilir (Süzek, Alt İşveren, 72).

⁵⁶³ Salt ucuz işgücünden yararlanmak, sendikal örgütlülüğü parçalamak ya da yasal yükümlülüklerden kurtulmak amacı taşıyan alt işverenlik uygulamasına “enformelleşme amaçlı taşeronluk” denilmektedir (Şen, Taşeronluk, 24). Tersanelerde gerçekleştirilen taşeron uygulamasının en esaslı nedeninin işçilik maliyetlerini düşürmek olduğu yönünde bkz. Özcan, 104.

⁵⁶⁴ Süzek, 149-150. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 20-21. Alpagut, Yeni Yapılanma, 18, 82. Gerek/Oral, 31- 32. Doktrinde Ünsal’a göre, işletmenin ve işin gereği kavramından işin diğer bir işverene yaptırılmasında asıl işverenin karını artırmak amacının varlığı da anlaşılmalıdır. Öyle ki, işin bir başka işverene verilmesi asıl işverenin için herhangi bir kar sağlamıyorsa muvazaa kuşkusu gündeme gelebilir. Bu sebeple teknolojik nedenler ve uzmanlık gerektiren işlerle birlikte karlılık konusunun da düşünülmesi alt işverenlik ilişkisinin kurulması için zorunludur. Buna karşılık yazara göre iş teknolojik nedenlerle ve uzmanlık nedeni ile verilmişse karlılık unsuru aranmaz (Ünsal, 539).

⁵⁶⁵ Burada işletme gerekleri olmaksızın maliyetin düşürülmesinden kastedilen, işçi ücretlerinin düşürülmesinin yanı sıra sosyal sigortalara ilişkin yükümlülüklerden kurtulmak, sendikal ve toplu iş

işletme ve işin gereği olarak kabul edilemez. Nitekim soruna sadece ekonomik gerekçeler ve maliyet açısından yaklaşılsa, sigortasız ve kaçak işçi çalıştırmak da çok avantajlı olabilir oysaki bu avantajlar hukuk düzenine ve kamu yararına aykırıdır⁵⁶⁶.

O halde bu görüşe göre, işletme ve işin gereği alt işveren ilişkisi kurulabilmesinin temelde iki ayağı vardır: Birincisi, ekonomik güçlükler; ikincisi, verimlilik, rekabet, kalitenin artırılması gerekleri⁵⁶⁷. Buna göre ekonomik güçlük içinde bulunan işverenin, bu güçlükten çıkmak için alt işveren ilişkisi kurabilmesine olanak sağlanmalıdır⁵⁶⁸. Aynı şekilde, belirli bir tarihte yetiştirilmesi gereken siparişler alan (veya işyerinin normal faaliyetinin üzerinde olan bir üretimin yapıldığı durumlarda) fazla çalışma yaptırmak veya geçici işçi çalıştırmak suretiyle bu sorunu çözemeyen işverenin işletme gereği olarak alt işveren ilişkisi kurmasına bir engel bulunmamalıdır⁵⁶⁹. Buna göre işletme ve işin gereğine uygun olmayan durum, sadece maliyetleri düşürmek amacıyla alt işveren ilişkisi kurulmasıdır. Yoksa işletme gereklerine uygun bir uygulamanın aynı zamanda maliyeti düşürme sonucunu yaratması işletme ve işin gereğine aykırı değildir⁵⁷⁰.

Bu görüşteki diğer bir yazara göre, asıl işin bir bölümü alt işverene sadece ekonomik güçlük durumunda değil, böyle bir güçlük olmadan da ekonomik yönden işletmeyi ve işlerini daha iyi duruma getirmek, rekabet gücünü artırmak ve

sözleşmesi haklarının kullanılmasını engellemek, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaktan kaçınmak, iş mevzuatındaki bazı yükümlülüklerin doğması için aranan belirli sayıda işçi çalıştırma koşulunun altında kalmayı sağlamak gibi uygulamalardır (Süzek, 149. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 20-21).

⁵⁶⁶ Gerek/Oral, 34.

⁵⁶⁷ Süzek, Alt İşveren, 44. Gerek/Oral, 34. Gerek, Kamu Kuruluşları, 82. Doktrinde bu unsurlara ek olarak, teknolojik açıdan olmamakla birlikte objektif olarak uzmanlık gerektiren işler (Alpagut, Yeni Yapılanma, 18-19. Yenisey, Değerlendirme 2006, 22. Süzek, Alt İşveren, 69) ve çabukluk (işin daha hızlı yerine getirilebilmesi) gibi unsurlar da eklenmektedir (Gerek/Oral, 32. Alpagut, Yeni Yapılanma, 18-19. Aynı yazar, Yönetmelik, 61). Yenisey, ayrıca “rasyonellik” unsurundan da söz etmektedir (Yenisey, Değerlendirme 2006, 22). Arıcı’ya göre işveren, işin niteliğini de alt işveren ilişkisi kurmak için bir gerekçe olarak ileri sürebilir (Arıcı, 493).

⁵⁶⁸ Süzek, 149. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 86. Aynı yazar, Panel, İNTES, 44, 68, 72, 79. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 20-21. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 72. Gerek/Oral, 34. Aksi görüşte bkz. Engin, Üçlü İş, 16. Ayrıca bkz. § 3, III, 1,c,cc.

⁵⁶⁹ Süzek, 2005, 41. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 72. Engin, Üçlü İş, 17. Öğretide Ekonomi, bu konuya şöyle bir örnek vermiştir. Yolcu taşımacılığı yapan bir işveren, mevsim dolayısıyla artan talebi karşılamak üzere, -talep artışının fazlaştığı mevsimin devamı süresince- başka bir işverenden belirli yerlere yolcu taşıma amacıyla sözleşme yaptığında alt işveren ilişkisi söz konusu olur (Ekonomi, Alt İşveren, 30, 31).

⁵⁷⁰ Süzek, 149. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 21. Alpagut, Yeni Yapılanma, 18- 19. Aynı yönde bkz. Engin, Üçlü İş, 18-19.

uluslararası ilişkiler kurmak ve geliştirmek üzere verilebilir⁵⁷¹. Yazar bu duruma örnek olarak, ürettiği tekstil ürünlerinin satımı ve bazı hammaddelerinin sağlanmasında dünya ülkeleriyle ilişkiye giren bir şirketin, bu ilişkiler için kurduğu yeni bölümünde başlangıç yapmak ve ileriye yönelik kendisine eleman yetiştirmek üzere çok uluslu bir şirkete bu işlerin yürütümünü ve yönetimini bir yıl için vermesini göstermektedir. Öte yandan yazara göre, işletmede yeniden yapılanmaya ve organizasyon değişikliğine gidilirken ya da yeni bir teknoloji uygulanırken maliyetin düşürülmesi de birlikte hesaba katılabilir. Bu durumda maliyetin düşürüldüğü gerekçesiyle, işletme ve işin gereği şartının gerçekleşmediğinden söz edilemez⁵⁷². Bununla birlikte yazar, salt işçi ücretlerini ve diğer çalışma şartlarını düşürmek ve bu şekilde maliyeti azaltmak amacıyla işin bir bölümünün alt işverene verilmesinin işletme ve işin gereği olamayacağının da altını çizerek işletme ve işin gereği kavramını çok geniş bir anlamda ele almadığını ortaya koymaktadır.

İşletme ve işin gereği kavramının dar yorumlanması gerektiğini belirten yazarlardan bazıları, bu sınırlamayı süre açısından da yapmaktadır. Buna göre işletme ve işin gereği alt işverene iş verilmesi halinde, bu ilişki işletme ve işin gereğinin süresi ile sınırlı olmalıdır⁵⁷³. Buna göre örneğin ekonomik güçlük ortadan kalktığında veya siparişler yerine getirildiğinde alt işveren uygulaması son bulmalıdır. Aksi takdirde bu koşullar ortadan kalkmasına rağmen alt işveren ilişkisi makul bir süreyi aşarsa, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilmelidir⁵⁷⁴. Ancak alt işveren sözleşmesi belirli bir süreye bağlanmışsa bu süreye uyulması gerekir⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ Ekonomi, Alt İşveren, 44. Nitekim yazara göre İK 2/7 hükmü, işverenin “işletmecilik esaslarına göre üretim sürecini, yönetim işlerini ve yardımcı işleri bölümlere ayırarak iş organizasyonunu kurma yetkisini” sınırlamamaktadır. Buna göre getirilen bu hükmün amacı, az sayıda olsa dahi, işverenlerin yasal yükümlülüklerinden kurtulmak veya işçilerin sendikal haklarını kullanmasını engellemek amacıyla işyerinde asıl işi suni bir biçimde küçük bölümlere ayırarak alt işverenlere vermesini önlemektir. Esasen bu amacı taşıyan işlemler kanuna karşı hile veya muvazaa teşkil edecek ve buna ilişkin hukuki sonuçlar doğacaktır. Ayrıca işveren, “asıl işin ve yardımcı işlerin bölümlerinde işletme, işyeri ve işin gereklerine göre değişiklik yapabilir, yeni bölümler oluşturabilir veya bir bölümü yeni gelişmelere bağlı olarak bölerek bir kısmını alt işverene verebilir” (Ekonomi, Alt İşveren, 36).

⁵⁷² Ekonomi, Alt İşveren, 44.

⁵⁷³ Süzek, 150. Demircioğlu, 39.

⁵⁷⁴ Süzek, 150.

⁵⁷⁵ Süzek, 150. Uygulamada alt işveren ilişkisini oluşturan sözleşmeler genellikle belirli süreli yapılarak –gerekli görüldüğünde- sözleşmenin yenileneceğine ilişkin hükümler konulmaktadır (Ekonomi, Alt İşveren, 51).

bb) İşletme ve İşin Gereği Kavramını Geniş Yorumlayan Görüş

Doktrinde bazı yazarlar ise, işletme ve işin gereği kavramının dar bir çerçevede ele alınmasına karşı çıkmaktadırlar. Bu görüşteki bir yazara göre, sendikalaşmayı engelleme veya yasal bir yükümlülüğten kaçınma amacı gütmeyen her devri, işletme ve işin gereği olan bir devir olarak değerlendirmek gerekir⁵⁷⁶⁻⁵⁷⁷. Diğer bir yazara göre de, muvazaaya dayanmadığı sürece salt maliyetleri düşürmek amacıyla alt işveren ilişkisi kurulması mümkündür⁵⁷⁸. Bu görüşe göre, salt maliyetleri düşürmek için alt işveren ilişkisi kurulamayacağını savunan düşüncenin, işçileri daha çok koruduğunu ve sosyal politika açısından daha isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü maliyetleri düşürmek amacıyla alt işveren ilişkisinin kurulamayacak olması, hiçbir sınırlamaya tabi olmayan fason üretimin teşvik edilmesi sonucunu yaratır⁵⁷⁹. Alt işveren işçilerinin çalışma koşulları ve işçilik haklarının güvencesi ise, en azından asıl işverenin müteselsil sorumluluğu nedeniyle, fason üretim yapan işyerlerindeki işçilerden daha ileri düzeydedir⁵⁸⁰.

Öte yandan bu görüşe göre, işin alt işverene verilerek işgücü maliyetlerinin düşürülmesini teşvik etmek yasanın temel amaçları arasında yer almasa da, bir hüküm yorumlarken yasanın bütününe hakim olan tercihleri de dikkate almak gerekir. Buna göre 4857 sayılı İş Kanununda -1475 sayılı Kanundan farklı olarak-

⁵⁷⁶ Ekmekçi, Dava Süreci, 134. Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 19-20. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 44 vd. Ayrıca bkz. Şen, Alt İşverenlik, 92 vd.

⁵⁷⁷ Şen'e göre de "özünde, 'işletmenin gereği' çok geniş kapsamlı şemsiye bir kavram olup "işin gereği" ve teknolojik nedenlerle uzmanlık kavramını da kapsayan daha geniş bir kavramdır. Çünkü kapitalist sistemde işletmenin gereği, en az yatırımla en çok karı gerçekleştirmeyi gerektirir. Dolayısıyla ekonomik taşeronluk ya da işletmenin gereği, bir istisna dışında, verimlilik, kalite, maliyetlerin düşürülmesi, yeni ya da daha geniş yatırımlara hazırlık, konjonktürel koşullara uyum sağlama gibi nedenleri kapsayabilir. Buradaki tek istisna, işçilerin sendikalaşma, dolayısıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkını engelleme ya da yasal bir yükümlülüğten kaçınma amacıyla işin alt işverene verilmesidir. Bu istisnanın kaynağını Anayasanın 14. maddesi oluşturmaktadır. Buna göre, Anayasada yer alan hiçbir hak ve özgürlük, bir başka hak ve özgürlüğü engelleyecek şekilde kullanılamaz. Bu anlamda, işverenler ticaret ya da sözleşme özgürlüklerini işçilerin sendikalaşma ve toplu iş sözleşmesinden yararlanma haklarını engelleyecek şekilde kullanamazlar (Şen, Alt İşverenlik, 92-93).

⁵⁷⁸ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 20. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 71, 86. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 44 vd. Aynı görüşte bkz. Şahlanan, Konferans Notları, 71. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 64-65. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 33. Soyer'in bu duruma verdiği örneğe göre, cam ürünleri imal eden bir işveren ürün yelpazesine yeni bir ürün katmak istediğinde, bizzat yapması nispeten pahalıya gelecekse tamamen ucuz üretim için yeni ürünün imalini alt işverene verebilir (Soyer, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 86).

⁵⁷⁹ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 20. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 71, Aynı yönde Çil, İş Kanunu, 55-56.

⁵⁸⁰ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 20, 24. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 71.

işgücü maliyetlerinin düşürülmesine olanak sağlayan –telafi çalışması, çalışma süresinin denkleştirilmesi gibi- çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır⁵⁸¹. Ayrıca yasada “işletmenin ve işin gereği” kavramının dar yorumlanmasını gerektiren herhangi bir ibare/ipucu bulunmamaktadır⁵⁸². Buna göre yasa, salt maliyetleri düşürmek amacıyla ve muvazaaya dayanmayan bir işlemle alt işverenlik ilişkisi kurulmasını engellemek⁵⁸³ ve böyle bir ihtimalde ilişkiyi geçersiz sayarak alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmasını sağlamak amacıyla değildir. Nitekim böyle bir sonuç, irade özerkliğine dayanan bir hukuk düzenine uygun olmayan bir şekilde, gerçek alt işverenin iradesine aykırı olarak işçilerini kaybetmesi, alt işveren işçilerinin de yine iradelerine aykırı olarak asıl işverene bağlanmaları gibi bir sonuç yaratır⁵⁸⁴.

Nihayet bu görüşün diğer bir dayanağı, yasada yer alan “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğine*” ilişkin kuralın, “*alt işveren işçilerinin asıl işveren işçileri sayılarak işlem görmelerini*” düzenleyen İK 2/7 hükmünün 2. cümlesinden sonra gelmesidir⁵⁸⁵.

Sonuç itibarıyla bu görüşe göre, işletmenin ekonomik olarak iyileştirilmesi ve bu arada maliyet kaygıları da dahil olmak üzere işletmesel gerekler, alt işveren

⁵⁸¹ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 20, 24. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 70. Bu görüşü eleştiren Süzek’e göre, her hükmün somut amacı yasanın bütününe hakim olan amaca tercih edilmelidir. Kaldı ki, işgücü maliyetlerinin düşürülmesinin İş Kanununun bütününe hakim olan bir amaç olduğunu savunabilmek de güçtür (Süzek, 150. Aynı yazar, Genel Esaslar, 29 Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 22).

⁵⁸² Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 19. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 44 vd. Yazara göre, yasa koyucunun asıl işverenin ekonomik tercihlerine ve işletmesini ilgilendiren kararlarına müdahale etmek gibi bir amacı yoktur (Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 24).

⁵⁸³ Yazara göre böyle bir engelleme sadece İş Kanunu’nda yer alan hükümlerle de gerçekleşemez. Yapılması gereken, maliyet kaygısına dayanan alt işveren uygulamasına başvurulmasını teşvik eden ekonomik sebepleri ortadan kaldırmaktır. Kayıtlı sektör ile kayıtdışı sektör arasındaki kirli rekabetin önlenmesi, ücretler üzerindeki külfetlerin üretim maliyetlerini olumsuz yönde etkileyen bir faktör olmaktan çıkarılması gerekmektedir. Nitekim yazara göre, işletmelerin ulusal ve uluslar arası alandaki rekabet güçlerinin ekonomik önlemlerle desteklenmemesi hukuk kuralları ile getirilen sınırlamaların tartışılmasını devam ettirecektir (Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 25).

⁵⁸⁴ Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 20. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 44 vd.

⁵⁸⁵ Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 20. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası Semineri, 71. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 44 vd. Aksi görüşte, Güzel, Alt İşveren, 61-62. Çelik, 2008, 55. Soyer’e göre bu görüşünü doğrulayan diğer bir husus, tasarının kanunlaşmasından önceki son değişiklikte, son cümleye fıkranın ikinci cümlesi olarak yer verilmişken, yapılan değişiklikte sıralamanın değiştirilmesi ve asıl işin bölünemeyeceğine ilişkin hükmün fıkranın sonuna getirilmesidir. Bu durumda son cümleinin yaptırımının ikinci cümle hükmü olduğunu söylemek mümkün değildir (Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 27, dn.33).

ilişkisinin kurulması için yeterlidir⁵⁸⁶. Bu doğrultuda, “işletmeyi iyileştirmek, rekabet gücünü yükseltmek, uluslararası pazarlara yönelmek veya bu pazarlardaki payı artırmak gibi projeler çerçevesinde maliyetleri de düşürmek için alt işverene iş verilmesini –işletmenin ve işin gereği saymayarak- engellemenin hukuki ve pratik açıdan isabetli olduğu söylenemez”⁵⁸⁷.

cc) İşletme ve İşin Gereği Kavramının İş Güvencesinde Yer Alan İşletme ve İşin Gereği Kavramıyla Örtüşüp Örtüşmediği Sorunu

4857 sayılı İş Kanununda “işletme ve işin gereği” kavramı alt işveren ilişkisini düzenleyen 2. maddenin yanı sıra başka maddelerde de yer almaktadır. İş Kanununun 18. maddesine göre “*otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*”. Aynı şekilde anılan yasanın 29. maddesine göre “*İşveren, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu*” toplu işçi çıkarabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere alt işveren ilişkisinde de “*asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği...iş alan diğer işverenden*” söz edilmektedir. Aynı kanun içerisinde farklı maddelerde yer alan bu kavramların, birbiriyle aynı anlamı taşıyıp taşımadıkları sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, farklı maddelerde düzenlenen bu kavramlar aynı anlam ve etkiye sahip değildir⁵⁸⁸. Bu görüşte olan bir yazar, görüşünü Alman hukukunda kabul edilen ve hukukumuzda da uygulanması gerektiğini düşündüğü şu ilkelere dayandırmaktadır⁵⁸⁹: Maliyet nedeniyle işin dışarıya verilmesi -personel azaltılmasına yol açacak olsa bile- işletme gereklerine dayanan ve feshe karşı koruma alanındaki sınırlamalara tabi olmayan bir işveren kararıdır. İşveren,

⁵⁸⁶ Soyer, Değerlendirme 2008, 46.

⁵⁸⁷ Soyer, Değerlendirme 2008, 46.

⁵⁸⁸ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 20. Konunun hiçbir şekilde fesihle bağlantısının olmadığı görüşünde Güzel, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 76. Doktrinde Şen, iş sözleşmesinin feshini geçerli kılan özellikle “işyeri dışından kaynaklanan sebepler”in alt işverene iş vermenin geçerli nedenleri olamayacağını belirtirken, aynı makalede, iş yasasında bütünselliğin sağlanabilmesi için İK 18. maddede yer alan ‘işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri’ ölçütlerinin alt işverenlik konusunda da esas alınması gerektiğini belirterek kanımıza göre çelişkili bir yaklaşım sergilemiştir (Bkz. Şen, Alt İşverenlik, 87, 91).

⁵⁸⁹ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 20- 21. Aynı yazar, Genel Görüşme, 3.Yılında İş Yasası, 86-87.

işletme içindeki faaliyetin niteliği, kapsamı ve faaliyeti nasıl bir organizasyon çerçevesinde gerçekleştireceği konusunda, kural olarak karar verme özgürlüğüne sahiptir. Bu tür kararlar, gereklilik ve amaca uygunluk denetimine tabi olmayıp, sadece keyfilik ve yasanın dolanılması söz konusu olduğunda denetim mümkün olabilir. Buna karşılık, gereklilik ve uygunluk denetimine ancak bir fesih söz konusu olduğu takdirde ve fesihle sınırlı olarak başvurulabilir. Buna göre asıl işveren asıl işin bir bölümünü alt işverene verirken işçi çıkarmışsa bu fesihlerin geçerli olup olmadıkları, feshe karşı koruma hükümleri çerçevesinde yapılacak bir denetimle belirlenir fakat varılan sonuç, alt işveren ilişkisinin geçerliliğinden tamamen bağımsızdır. Eğer bu denetim sonucunda feshin geçersiz olduğu sonucuna varılırsa, alt işveren ilişkisinin geçerliliğini etkilemeyen, sadece fesihle sınırlı bir sonuca ulaşılmış olur. Bu durumda işçiler işe başlatılırsalar da başlatılmasalar da; alt işveren ilişkisi fiilen mevcuttur ve muvazaa söz konusu olmadığı sürece de hukuken geçerlidir⁵⁹⁰.

Yine anılan yazara göre, işveren salt maliyetleri düşürmek amacıyla asıl işin bir bölümünü alt işverene veriyorsa, bu işletme gereklerine uygun bir uygulamadır. Bu uygulama sonucunda işveren bazı işçileri işten çıkarıyorsa bu alt işverenliği değil; fesihle ilgili kuralları ilgilendiren bir problemdir. İşten çıkarılan işçiler iade davası açarlarsa, mahkeme ya işe iade kararı verir ya da talebi reddeder. Kanunda, işin alt işverene verilmesi nedeniyle işten çıkarılan işçilerin işe iade kararı almaları durumunda, bunların asıl işverene bağlı olarak işe devam edeceklerine ilişkin hiçbir düzenleme yoktur. Bu ihtimalde işveren, yasada yer alan tazminatları öder ama işçilerin işle ilgisi kesilmiştir ve alt işveren ilişkisi hukuken geçerlidir⁵⁹¹.

Bu görüşteki diğer bir yazara göre de, iş sözleşmesinin feshinde “işyeri dışından kaynaklanan sebepler” olarak verilen örneklerin hiçbirisi alt işverenlik ilişkisi kurulmasının gerekçesi olamaz⁵⁹². Çünkü talep ve sipariş azalması, ülkede

⁵⁹⁰ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 20- 21. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 86-87.

⁵⁹¹ Soyer, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 71. Çünkü yazara göre kanun, alt işveren işçisinin asıl işveren işçisi sayılacağını sadece muvazaa hali için öngörmüştür. Nitekim bu düzenleme, alt işverene iş verilmesinin koşullarını düzenleyen 2. maddenin 6. fıkrasında değil, 7. fıkranın muvazaaya ilişkin hükümleri arasında yer almaktadır (Soyer, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 71).

⁵⁹² Şen, Yeni İş Yasasında, 88 vd. Şen, iş sözleşmesinin feshini geçerli kılan özellikle “işyeri dışından kaynaklanan sebepler”in alt işverene iş vermenin geçerli nedenleri olamayacağını belirtirken, aynı makalede, iş yasasında bütünselliğin sağlanabilmesi için İK 18. maddede yer alan ‘işletmenin,

yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, hammadde sıkıntısı gibi nedenler, işverenin kendi iradesi dışında ortaya çıkan ve üretimin azalması sonucunu doğuran nedenlerdir. Asıl işyerinde üretim azalırken işlerin bir bölümünün alt işverene verilmesi ise, krizin yükünün alt işverene, dolayısıyla alt işveren işçilerine aktarılması anlamına gelir ki, bu hukuken savunulamaz. Bununla birlikte yine anılan yazara göre, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi gibi “işyeri içi sebepler” işletmenin ve işin gereği alt işverenlik ilişkisi kurulmasının gerekçesi olabilir. Çünkü bu sebepler, nihai aşamada işyerinin daha karlı ve verimli çalışmasına yönelik işverenin kendi iradesiyle aldığı önlemlerdir. Serbest piyasa ekonomisinde esas olarak hiçbir işveren keyfi olarak değil, daha fazla kar amacına yönelik olarak değişiklik yapar. Bu amaca yönelik olarak alt işverene verilen her iş de, “işletmenin ve işin gereği” olacaktır⁵⁹³.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, iş güvencesinde iş sözleşmesinin süreli feshinde aranan işyeri ve işletme gereği kavramı ile alt işveren ilişkisinde geçen işyeri ve işletme gereği kavramları birbiriyle örtüşmektedir⁵⁹⁴. Çünkü herşeyden önce aynı terimin aynı yasanın birbirini tamamlayan iki hükmünde birbirine zıt anlamlarda kullanılmasının haklı bir gerekçesi olmadığı gibi, yasa yapma tekniğine de aykırıdır⁵⁹⁵.

İşletme, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih, doktrinde “işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan, ekonomik nedenlere, rekabet ve verimlilik gereklerine ve teknolojik değişimlere bağlı olarak, işyerinde işçinin (işçilerin) işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi dolayısıyla çalışmaya devam olanağının kalmaması sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlasının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır”⁵⁹⁶ şeklinde tanımlanmaktadır. Yasanın gerekçesinde ise işletme, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan feshin, işletme içinden veya dışından

işyerinin veya işin gerekleri’ ölçütlerinin alt işverenlik konusunda da esas alınması gerektiğini belirterek kanımıza göre çelişkili bir yaklaşım sergilemiştir (Bkz. Şen, Alt İşverenlik, 87, 91).

⁵⁹³ Şen, Yeni İş Yasasında, 88.

⁵⁹⁴ Süzek, 148. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 20-21. Engin, Üçlü İş, 16. Aynı görüşte Arıcı, 492, dn 16. Ekonomi, Alt İşveren, 43. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 72. Bir görüşe göre de, iş yasasında bütünselliğin sağlanması için 18. maddede yer alan ‘işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri’ kavramının alt işverenlik konusunda da aynen kullanılması gerekirdi (Şen, Alt İşverenlik, 87).

⁵⁹⁵ Süzek, 148. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 20-21. Engin, Üçlü İş, 16.

⁵⁹⁶ Süzek, 526. Engin, İşletme Gerekleri, 35-36.

kaynaklanan nedenlere dayalı olarak ortaya çıkabileceği öngörülmüştür⁵⁹⁷. Gerekçede işyeri dışından kaynaklanan sebeplere örnek olarak, sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebepler gösterilmektedir⁵⁹⁸. İşyeri içi sebepler ise, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebeplerdir⁵⁹⁹.

O halde “ekonomik nedenler, teknolojik gerekler, yapısal (yeniden yapılanma-reorganizasyon) zorunluluklar” ortaya çıktığında, geçerli nedenle işçi çıkarılabileceği gibi alt işverene iş de verilebilir. Ayrıca olayın özelliğine göre işletme verimliliğinin, rekabet gücünün ve kalitenin artırılması da alt işverene iş verilmesine imkan sağlayabilir⁶⁰⁰.

Buna göre, işletme gereği “işverenin subjektif takdirini değil, işgücü fazlası gibi işyerinde ortaya çıkan objektif bir durumu” ifade eder. Aksi takdirde alt işverene devirde işletme gereğinin işverenin subjektif takdiri olarak kabul edilmesi, iş güvencesi hükümlerinin dolanılması ve yasaya karşı hile yolunu açacaktır. Böylece ucuz işçi çalıştırmayı amaçlayan işveren bu amacına işletme gerekleri nedeniyle fesih yoluyla ulaşamazken, aynı amaca yine “işletme gerekleri” adı altında alt işverene devir yoluyla ulaşabilecektir. Bu sonuç ise, iş güvencesi hükümlerini anlamsız kılmanın yanı sıra alt işverenliğin yasayla düzenlenmesi amacına da aykırı olacaktır⁶⁰¹. Bu doğrultuda, salt ucuz işgücü çalıştırma amacıyla alt işverene devir,

⁵⁹⁷ 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, 97. Arıcı, Yeni İş Kanunu, 492. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 72. Arıcı’ya göre burada işin bir kısmının devri söz konusu olduğundan bu nedenleri devri gerekli kılacak işletmecilik nedenleri ile sınırlı bir şekilde düşünmek gerekir (Arıcı, Yeni İş Kanunu, 492).

⁵⁹⁸ İşyeri dışı nedenler doktrinde “işverenin bir etki ve isteği olmaksızın ortaya çıkan ve işyerine etki eden talep ve siparişlerde düşme, sürüm ve satış olanaklarının azalması hammadde darlığı, ekonomik kriz ve durgunluk gibi nedenlerdir” şeklinde tanımlanmaktadır (Engin, İşletme Gerekleri, 36). Bu konuda ayrıca bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 450 vd.

⁵⁹⁹ İşyeri içi sebepler ise doktrinde, “doğrudan işverenin işletmesel kararına dayanan işyerindeki her türlü yapısal ve teknolojik değişim sonucunda işgücü fazlasının ortaya çıkmasıdır (Engin, İşletme Gerekleri, 36). Bu konuda ayrıca bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 450 vd.

⁶⁰⁰ Arıcı’ya göre de “işletmecilik gerekleri olarak mesela kalite, maliyet ya da teknolojik bir gereklilik ya da ekonomiklik sağlamak gibi nedenler olabilir. Asıl işveren işin niteliğini de devir için bir gereklilik nedeni olarak gösterebilir. İşin niteliğinden kaynaklanan gerekçeler, işin niteliği itibarıyla uzmanlık gerektiren bir iş olması, asıl işverenin bu hususta bir uzmanlığının olmaması ya da işveren için işin bir kısmını kendisi üstlenmesi büyük bir yatırımı gerektirmesi ve bu yatırımın da ekonomik bulunmaması sayılabilir” (Arıcı, Yeni İş Kanunu, 492- 493). Aynı yönde Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 72.

⁶⁰¹ Engin, Üçlü İş, 16.

işletme gerekleri kavramıyla bağdaşmaz ve bu sebeple alt işveren ilişkisinin yasal sınırları dışında kalır⁶⁰².

Öte yandan bu görüşteki bir yazar, ekonomik güçlük içinde bulunan işverenin bu güçlükten çıkmak için alt işveren çalıştırmasına olanak tanınması gerektiğini savunan görüşe de⁶⁰³ karşı çıkmaktadır. Buna göre ekonomik güçlük içinde bulunan işverenin ucuz işgücü çalıştırmak amacıyla alt işverene devir yapabilmesi için, önce kendi işçilerinin sözleşmesini feshetmesi gerekecektir. Oysa bu durumda da işgücü fazlası ortaya çıkmayacağı için yapılan fesihler geçersiz olacaktır⁶⁰⁴.

Doktrinde diğer bir yazar, esas itibarıyla her iki kurumda yer alan kavramların birbiriyle örtüştüğü görüşüne katılmakla birlikte, bu iki kurumun nitelikleri ve şartları birbirinden farklı olduğu için, işletmenin ve işin gereği sayılan hallerde de bazı durumlarda farklılık olabileceğini isabetli olarak belirtmektedir⁶⁰⁵. Diğer bir deyişle, iş sözleşmesinin feshinde işletme ve işin gereği sayılarak geçerli sebep oluşturan bazı nedenler asıl işin alt işverene verilmesinde işletme ve işin gereği sayılmayabilir; ya da bu durumun tam tersi olabilir. Yazar bu durumu şu örnekle açıklamaktadır: “Örneğin işyerinde organizasyonun yeniden yapılanması nedeniyle bazı işler kaldırılrsa ya da birleşme sonucu işgücü fazlalığı ortaya çıkarsa kaldırılan işlerde çalışan yahut bölüm birleştirilmesi sonucu ortaya çıkan işgücü fazlalığından dolayı çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde işletmenin ve işin gereklerinden doğan geçerli bir sebep vardır. Buna karşılık asıl işin yürütümünde mevcut bir işin kaldırılması ya da bölüm birleştirilmesi sonucu ortaya çıkan işgücü fazlalığı asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde bir dayanak olamaz. Ancak işletmenin ve işin gereği ölçütü asıl işin alt işverene verilebilmesini geçerli kılabilen nitelikte ise İK 2/6 hükümlerine uygun bir ilişki kurulabilir. Örneğin salt bölümler birleştiği ve işgücü fazlalığı oluşturduğu için değil, yeni bölümün daha verimli hale getirilmesi teknolojik uzmanlık gerektirdiği için alt işverene verilebilir. Böyle bir işletmesel kararda, asıl işin alt işverene verilmesinde maliyette bir düşmeyi ya da değişik

⁶⁰² Engin, Üçlü İş, 18. Aynı görüşte Süzek, Alt İşveren, 68.

⁶⁰³ Süzek, 141.

⁶⁰⁴ Engin, Üçlü İş, 16.

⁶⁰⁵ Ekonomi, Alt İşveren, 44. Aynı yazar, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 89. Aynı yönde bkz. Süzek, 148. Benzer yönde bkz. Aydın, Alt İşveren, 168-169.

teknoloji kullanma yükünden kurtarmayı da beraberinde getirdiğinde İK 2/6'ya uygun olmayan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilemez”⁶⁰⁶.

Kanımıza göre de iki kuruma sebep yönünden getirilen sınırlamanın birbiri ile uyum içinde olması, hukuki bir tutarlılık sağlayacaktır. Zira her ikisinde de işverenin belirtilen haklarını keyfi şekilde kullanmasının önüne geçilmek istenmektedir. O halde kanımıza göre de olması gereken hukuk açısından “ekonomik nedenler, teknolojik gerekler, yapısal (yeniden yapılanma-reorganizasyon) zorunluluklar” ortaya çıktığında, geçerli nedenle işçi çıkarılabileceği gibi alt işverene iş de verilebilmeli, ayrıca olayın özelliğine göre işletme verimliliğinin, rekabet gücünün ve kalitenin artırılması da alt işverene iş verilmesine imkan sağlayabilmelidir. Buna karşılık bu uyumluluk –kurumların özelliği uygun düştüğü sürece- gerçekleşebilecektir. Örneğin fesih hakkının kullanılmasında feshin “son çare” olması ilkesi gözetilirken, alt işveren ilişkisinin kurulmasında böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Buna göre alt işveren ilişkisi kurma kararı veren işveren, bu kararını “son çare” olarak uygulamak zorunda değildir. Nitekim bu sebeple, *işverenin belirli süreli iş sözleşmesi yapmak yerine alt işveren ilişkisini kurmasının* başlı başına bu ilişkiyi *kötüye kullandığının fiili karinesi* olduğu görüşüne⁶⁰⁷ katılmamaktayız. Zira böyle bir ön kabul durumunda, her olayda işverenin alt işveren ilişkisi kurmak yerine belirli süreli iş sözleşmesi yapma imkanının (veya başka bir imkanının) bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği şeklinde bir sonuçla karşılaşırız. Bu durum ise kanunun amacının çok dışında bir sınırlama anlamını taşır.

Öte yandan Yargıtay, alt işveren ilişkisinin kurulması sebebiyle gerçekleşen fesihlerde, feshin geçerli olduğu sonucuna varmak için alt işveren ilişkisinin de kanuna uygun ve geçerli olmasını aramaktadır. Buna göre bu kararlarda, yasaya uygun alt işveren ilişkisi nedeniyle işçi çıkarılması –feshin son çare olması ilkesine uyulması koşuluyla- bir nevi “yeniden yapılanma” olarak “işyeri içi sebep” olarak kabul edilmekte ve fesih geçerli sayılmaktadır⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Ekonomi, Alt İşveren, 45'den.

⁶⁰⁷ Özveri, 395.

⁶⁰⁸ Y9HD, 26.6.2006, 16835/18809, ÇT, 2007/1, 12, 302-304. Y9HD, 24.9.2008, 30742/24595, ÇT, 2009/1, 20, 250-254. Y9HD, 8.5.2006, 10516/12278, Çankaya/Çil, 2009, 203-204. Y9HD, 20.3.2006, 3822/7014, Çankaya/Çil, 2009, 211-212. Y9HD, 13.2.2006, 37239/3456, Çankaya/Çil, 2009, 215.

d)Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İş

Yukarıda da ifade edildiği gibi Yargıtay verdiği kararlarda genellikle, söz konusu düzenlemede “baskın ögenin”, “*teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme*” olduğunu belirtmektedir. Yüksek mahkemenin bu görüşü doğrultusunda, söz konusu işin uzmanlık⁶⁰⁹ gerektirmesi yetmeyecek, bu uzmanlığın “teknolojik nedenlerle”⁶¹⁰ olması aranacaktır.

Aslında, “*işletme ve işin gereği*” ile “*teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme*” koşulunun bölünebileceği görüşündeki bazı yazarlara göre teknolojik nedenle olmasa da, iş uzmanlık gerektiriyorsa alt işverene verilebilir⁶¹¹. Nitekim bu durum, cümlelerin ilk yarısında yer alan “işletme ve işin gereği” kavramının içinde düşünülebilir. Çünkü işletme gereği işletmenin daha verimli çalışması, daha rekabet edebilir olması, daha kaliteli iş çıkarması olduğundan uzman bir alt işverenden iş alınması bu kapsamda değerlendirilebilir.

Buna karşılık söz konusu koşulun bölünmeden bir bütün olarak ele alınması gerektiği görüşünün doğal bir sonucu, uzmanlığın tek başına yeterli bir ölçüt olmaması, uzmanlığın teknolojik nedenlerle gerçekleşmesinin gereğidir⁶¹². Bu görüşe göre örneğin, otomobil üreten bir fabrikada boyama işinin alt işverene verilebilmesi için sadece bu işin uzmanlık gerektirmesi yeterli olmayıp alt işverenin kullandığı teknoloji sayesinde sözgelimi iki yıl paslanmaya karşı koruma sağlanması durumunda teknolojik nedenlerle uzmanlık gereğinden söz edilebilir⁶¹³.

Bir görüşe göre teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme, işverenin söz konusu işi kendi teknolojisiyle veya kendi uzmanlığıyla gerçekleştiremeyecek

Y9HD, 18.1.2006, 36991/486, Çankaya/Çil, 2009, 220. Y9HD, 17.1.2006, 38734/38, Çankaya/Çil, 2009, 221. Y9HD, 1.10.2007, 14264/28749, ÇT, 16, 2008/1, 211-212.

⁶⁰⁹ “Uzmanlık” Türk Dil Kurumu sözlüğünde “uzman olma durumu...” ; “uzman” ise, “belli bir işte, belli bir konuda bilgi, görüş ve becerisi çok olan kimse, mütehassıs, kompetan” olarak tanımlanmaktadır (Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005, 2050-2051).

⁶¹⁰ Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre teknoloji, “bir sanayi dalı ile ilgili yapım yöntemlerini, kullanılan araç gereç ve aletleri kapsayan bilgidir (Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005, 1939).

⁶¹¹ Süzek, Alt İşveren, 69. Alpagut, Yeni Yapılanma, 18- 19. Yenisey, Değerlendirme 2006, 22.

⁶¹² Taşkent, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 57.

⁶¹³ Buna karşılık yazara göre, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği için asıl iş bölünerek alt işverene veriliyor ancak alt işveren işten çıkartılan tüm işçileri alıp o yerde tekrar çalıştırıyorsa teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme söz konusu değildir, kötüye kullanma vardır. Bu işçiler İK 2/7 hükmü gereğince baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılırlar. Ancak alt işverenin o yerde çalışan işçilerden sadece bazılarını yeni teknolojiye uyum sağlayabilecekleri inancıyla işe alması mümkündür” (Taşkent, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 57).

olmasıdır⁶¹⁴. Diğer bir yazara göre de teknolojik uzmanlık gerektirme koşulunun gerçekleşebilmesi için “işverenin bu teknolojiye sahip olmaması, bunu satın alma imkanının bulunmaması, bu teknolojik bilgiye sahip işçilerin işyerinde çalıştırılmamakta olması ya da bu işlerden anlayan çalışanın bulunmaması” gerekmektedir⁶¹⁵. Başka bir yazar ise anılan kavramı, işverenin asıl faaliyet konusu içinde olan teknik bir işi, “daha ileri teknoloji kullanan ve üretimi asıl işverene göre daha nitelikli ya da daha hızlı yapan kısaca daha etkin çalışacak” bir alt işverene devretmesi olarak ifade etmektedir. Bu yazara göre işverenin uygulamak istediği yeni teknolojinin kendisi tarafından uygulanması objektif olarak daha pahalı ise alt işverene iş vererek bu teknolojiyi sağlayabilir⁶¹⁶.

Bir görüşe göre “uzmanlık gerektiren iş” ile kastedilen, alt işverenin uzman olması değil, alt işverenin *iş aldığı alanın* uzmanlık gerektirmesidir⁶¹⁷. Diğer bir görüşe göre ise, söz konusu koşulun sağlanabilmesi için *hem işin uzmanlık gerektirmesi hem de alt işverenin* o konuda uzman olması gerekmektedir⁶¹⁸. Öte yandan bir görüşe göre önemli olan, “işçilerin yaptıkları işlerin ya da çalışılan işyerinin” teknoloji gerektirip gerektirmediği değil, “alt işverene verilen işin” teknoloji gerektirip gerektirmediğidir⁶¹⁹. Bu görüşe göre alt işverene verilen iş teknoloji gerektirse de somut işçinin yaptığı işin teknolojik uzmanlık gerektirmemesi mümkündür.

“Teknolojik nedenlerle uzmanlık” kavramına doktrinde verilen en tipik örneklerden biri, işyerindeki bilgisayar sisteminin yürütülmesi işinin bu konuda uzmanlaşmış bir şirkete verilmesidir⁶²⁰. Yine, bir bina inşaatında doğramalar ve su

⁶¹⁴ Süzek, 150-151. Uzmanlık alt işverenliği hem asıl işveren hem de alt işveren için en yararlı alt işverenlik türüdür. (uzmanlık taşeronluğu) Çünkü her iki işveren de birbirlerinin teknolojik avantajlarından yararlanırlar ve kendilerinde olmayan teknolojiden faydalanırlar. Uzmanlık ya da teknolojik gereklilik, kullanılan teknoloji kadar bilgisayar yazılımında olduğu gibi emeğin niteliğinden de kaynaklanabilir (Şen, Alt İşverenlik, 94. Aynı yazar, Yeni İş Yasasında, 87). Uzmanlık alt işverenliğinin yararlarına işaret eden başka yazarlara göre de bu tür alt işverenlik sayesinde işletmeler bizzat yatırım yapmasına gerek kalmaksızın başka bir işverenin (işletmenin) sahip olduğu teknolojiden faydalanabilme imkanının yanı sıra modern teknolojik araçların yaratacağı büyük ekonomik riskleri başkasına yükleme fırsatı da yakalarlar (Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 72).

⁶¹⁵ Arıcı, 493. Benzer yönde bkz. Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 3. Ayan, 510.

⁶¹⁶ Engin, Üçlü İş, 17.

⁶¹⁷ Şahlanan, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 65- 66.

⁶¹⁸ Güzel, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 75.

⁶¹⁹ Yenisey, Değerlendirme 2006, 22. Bu yönde bkz. 14.9.2006, 24492/22445, ÇT, 2007/1, 12, 270-271.

⁶²⁰ Süzek, 150. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 22. Akyiğit, Şerh, C.1, 94. Şen, Alt İşverenlik, 94. Aynı yazar, Yeni İş Yasasında, 87.

tesisatı, otoyol inşaatında köprü ve viyadüklerin yapımı⁶²¹, tekstil fabrikasında boyama işi⁶²² teknolojik olarak uzmanlık gerektiren işlere örnek olarak gösterilmektedir. Diğer bir yazarın verdiği bir örneğe göre, süt üretiminde bulunan bir işverenin sütün piyasaya arzında kutu yerine plastik şişe kullanılmasına karar vererek, plastik şişe teknolojisine ve makinelerine sahip yabancı bir firmayı kendi işyerinde üretmek üzere plastik şişeleri üretim sürecine alması ile teknolojik nedenlerle uzmanlığa dayalı alt işveren ilişkisi gerçekleşir⁶²³.

Yargıtay verdiği bir kararda, alt işveren ilişkisinin gerektirdiği unsurların bulunmadığı sonucuna varırken şu gerekçeye dayanmıştır: “...davacı işçilerin yaptıkları işler ve çalışılan işyeri yasanın aradığı anlamda teknoloji gerektirmemektedir”⁶²⁴. Görüldüğü gibi kararda “*yasanın aradığı anlamda teknoloji*” den söz edilmektedir. Bu kararı değerlendiren bir yazar, bu ifadenin son derece önemli olduğunu belirtmektedir⁶²⁵. Buna göre örneğin, bir gemi söküm işindeki kaynak işi, en azından ilk dönem yeni teknoloji olarak değerlendirilebilirken, günümüzde bir tersanenin kaynak işinin teknolojik uzmanlık gerektirdiğinden söz edilemeyecektir. O halde, bir işveren asıl işini sürdürebilmesi için gerekli temel teknolojiye sahip olmalı ve kendi teknolojiyle asıl işi olan mal veya hizmet üretimini gerçekleştirebilmelidir. Bu durumda ancak “rekabet gücünün ya da verimliliğin artırılması amacıyla” asıl işin teknolojik uzmanlık gerektiren bölümleri alt işverene verilebilir⁶²⁶.

Öte yandan Yargıtay 2007 yılında verdiği bir kararda, nakit taşıma işinin, güvenlik yönü ağır basan teknoloji ve uzmanlık gerektiren bir iş olduğu sonucuna

⁶²¹ Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Taşkent, Alt İşveren, 364. Günay’a göre de inşaat sektöründe örneğin doğrama ve hafriyat işleri teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerdendir (Günay, Alt İşveren, 26).

⁶²² Taşkent, Alt İşveren, 364.

⁶²³ Ekonomi, Alt İşveren, 45-46. Hafriyat işi, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iştir (Günay, Alt İşveren, 26. Aynı görüşte Süzek, Alt İşveren, 44). Yine, bir işin yapılması için teknolojik açıdan bir makine gerekli fakat bu makine çok pahalı ise, işveren o teçhizatı makineyi almak yerine “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği” için alt işveren ilişkisi kurabilir (Süzek, Alt İşveren, 44). Şen’e göre de işyerinde bulunan bir makineyi işletecek teknik bir elemanın olmaması nedeniyle bu makinenin işletilmesinin bir başka işverene verilmesi ya da işyerinde olmayan bir makine veya teknoloji nedeniyle bu teknolojiye sahip işin bir başka işverene verilmesi mümkündür (Şen, Alt İşverenlik, 94. Aynı yazar, Yeni İş Yasasında, 87).

⁶²⁴ Y9HD, 14.9.2006, 24492/22445, ÇT, 2007/1, 12, 270-271.

⁶²⁵ Yenisey, Değerlendirme 2006, 21-22.

⁶²⁶ Yenisey, Değerlendirme 2006, 22. Nitekim yazar, teknoloji kavramının “bir sanayi dalı ile ilgili yapım yöntemlerini, kullanılan araç gereç ve aletleri kapsayan bilgi” (Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005, 1939) olmasından yola çıkarak “bilgi”nin eskidiğinde kanıksandığına dikkat çekmektedir (Yenisey, Değerlendirme 2006, 22).

varmıştır⁶²⁷. Diğer bir kararda ise, banka işyerinde müşterilerin BTM makinelerine yönlendirilmesi ve makinelerin tanıtımı ve kullanılmasının öğretilmesi işi, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler kapsamında değerlendirilmiştir⁶²⁸.

Yüksek mahkeme 2006 yılında verdiği bir kararda, *iş sağlığı ve güvenliği işinin* teknoloji ve uzmanlık gerektirdiği sonucuna varmış ve iş güvenliği ile ilgili mühendis ve teknik eleman çalıştırma yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla başka bir şirkete iş verilmesinin mümkün olduğu sonucuna varmıştır⁶²⁹. Başka bir kararda ise farklı olarak “işçiyi gözetme borcu işverenin asli borçlarından olup iş sözleşmesinin tarafları arasında şahsi ilişki kurması bağlamında asli borcun üçüncü bir kişiye devri de mümkün değildir...işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü yasal bir görev olup işverenin faaliyetleri kapsamında yer alan asıl ve yardımcı işlerden değildir. Sonuç itibarıyla işyeri hekimi ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğu söz konusu olduğundan İş Kanununun 2. maddesi uyarınca bu işin alt işverene devri mümkün değildir”⁶³⁰ hükmünü vermiştir.

Öte yandan, 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”⁶³¹ ile İK 81/2 hükmünde yapılan değişiklikle bir işyerinde iş

⁶²⁷ Y9HD, 22.3.2007, 6/8194, Çankaya/Çil, 2009, 189-190. Yargıtay, PTT’nin posta tekeli dışında kalan, gönderilenin kabulü, nakli ve dağıtım işinin yardımcı iş sayılamayacağı ve bu işin asıl iş olup teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yönü bulunmadığına hükmetmiştir (Y9HD, 14.5.2007, 3132/14914, ÇT, 15, 2007/4, 240-243). Son anılan kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 17-18. Yargıtayın posta tekeli dışında kalan dağıtım hizmetlerinin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yönü olmadığı için alt işverene verilemeyeceğine ilişkin kararı için bkz. Y9HD, 25.2.2008, 23286/2222, Çankaya/Çil, 2009, 160-161 ve kararı isabetsiz bulan değerlendirmesi için bkz. Soyer, Değerlendirme 2008, 46. Öte yandan Yargıtayın onadığı bir kararın karşı oy yazısında, otel işyerinde “kat hizmetleri (housekeeping)” işinin asıl iş olup “uzmanlık gerektiren bir iş olmadığı” tespitinde bulunulmuştur (Y9HD, 13.1.2005, 33416/931, Çankaya/Çil, 2009, 267-268. Aynı yönde bkz. Y9HD, 1.4.2005, 18633/26052, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 114). Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Çankaya/Çil, 2006, 19.

⁶²⁸ Y9HD, 26.2.2007, 34922/5176, Çankaya/Çil, 2009, 191-192.

⁶²⁹ Y9HD, 12.6.2006, 14473/17149, Demircioğlu, 40, 41. Ekmekçi’nin kararı isabetli bulan incelemesi için bkz. Ekmekçi, İş Güvenliği, 110-113.

⁶³⁰ Y9HD, 5.6.2006, 12876/16262, Demircioğlu, 40. Söz konusu kararın karşı oy yazısında ise “işyeri hekimliği *teknik anlamda asıl iş sayılamaz* ise de, yasal düzenleme gereği *dolaylı olarak asıl iş kapsamında olup* teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olduğu, burada önemli olanın işverenin herhangi bir şekilde İş Kanunu’nun 81. maddesi uyarınca bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmek olduğu, bu nedenle işverenin bu yükümlülüğünü bizzat veya alt işveren aracılığı ile yerine getirmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir”. Ekmekçi’nin kararı isabetsiz, karşı oy yazısını isabetli bulan incelemesi için bkz. Ekmekçi, İş Güvenliği, 110 vd.

⁶³¹ RG. 26.5.2008, 26887. Anılan düzenlemeden önce de Ekmekçi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri kapsamına giren işlerin *uzmanlık gerektiren işler olduğu* iş güvenliği uzmanının veya işyeri hekimliğinin bu konuda uzman bir alt işveren yoluyla sağlanmasına(veya geçici iş ilişkisiyle bulundurulmasına) hiçbir hukuki engel bulunmadığı görüşündeydi. Zira yazara göre, konunun işyeri sağlık birimi ve işyeri hekimine ilişkin düzenlemelerin emredici nitelikte olup olmamasıyla veya işçiyi gözetme borcunun işverenin asli borçlarından olup olmamasıyla bir ilgisi yoktur. İşveren söz

sağlığı ve güvenliği ile ilgili işlerin, başka işverenler ve bunların işçileri tarafından karşılanabileceği açıkça hükme bağlanmıştır⁶³². Bu hüküm uyarınca, 1. fıkrada belirtilen personel (sağlık ve güvenlik birimi çalışanları, işyeri hekimi ve sağlık personeli, iş güvenliği uzmanları) işverence istihdam edilebileceği gibi, “*işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak da yerine getirilebilir. Bu şekilde hizmet alınması işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz*”. Bir görüşe göre bu hüküm ile söz konusu iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin alt işveren ilişkisine dayalı olarak gerçekleştirilmesi mümkün hale gelmiştir⁶³³. Nitekim bu görüşe göre, birden fazla işveren ortak sağlık birimi kurduklarında ortak kullanılan bu birim, “*bütün olarak veya parça parça birimi kuran işverenlerin işyerlerinin eklentisi sayılmaz, ayrı ve bağımsız bir işyeri niteliği kazanır*”. Zira bu sağlık birimi, “*birlikte hareket eden işverenler için hizmet üretimi gerçekleştirir ve yönetimi, ayrı ayrı işverenlerin değil sözü edilen ortak birimleri kuran işverenlere ait olur ve işverenler ortak birimin birlikte işvereni olurlar*”⁶³⁴. Bu şekilde, bir işveren işyerinde yürütülecek sağlık ve güvenlik işlerinin belirtilen şekildeki ortak sağlık birimi tarafından üstlenilmesi için bir sözleşme akdettiğinde, her iki taraf arasında şartların tümünün varlığı durumunda alt işverenlik ilişkisi doğmuş olur. İşveren, böyle bir ilişkiyi ortak sağlık birimine ortak olmadan veya ortak olarak kurabilir⁶³⁵. Kanımıza göre birden fazla işveren ortaklaşa sağlık birimi kurduklarında bu birimin ayrı bir işyeri sayılması dolayısıyla “işin asıl işverene ait işyerinde gerçekleştirilmesi” koşulu sağlanmadığından alt işveren ilişkisinden söz edilemez.

konusu hizmetleri alt işverene verdiği işçiyi gözetme borcundan kurtulmamakta, sadece bu borcunu alt işveren vasıtasıyla yerine getirmektedir. Nihayet yazara göre, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin *asıl veya yardımcı iş* olarak nitelendirilmesinin herhangi bir önemi yoktur. Bu yükümlülükler işverenin asli yükümlülükleridir ve uzmanlık gerektiren işlerdendir. Diğer yandan işyeri hekiminin mutlaka işverenin kadrosunda olmasının aranması için bir neden de olmayıp, söz konusu düzenlemenin amacı bu kişilere iş bulunması değil, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıdır (Ekmekeçi, İş Güvenliği, 111-113. Aynı yazar, İşyeri Örgütlenmesi, 152 vd).

⁶³² Ekonomi, Sayısal Esneklik, 19. Bu hüküm “dış esnekliğin” bir uygulama şeklidir (Ekonomi, Sayısal Esneklik, 19).

⁶³³ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 19. Geçici iş ilişkisi yoluyla gerçekleştirilebilmesi de mümkündür (Ekonomi, Sayısal Esneklik, 19).

⁶³⁴ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 19.

⁶³⁵ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 19.

e)Sınırlamanın Yerindeliğine İlişkin Görüşler

Asıl işte alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için aranan “işletmenin ve işin gereği ile uzmanlık gerektirme” koşulunun yerindeliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Söz konusu sınırlamanın alt işveren işçilerinin istismarının önlenmesi açısından faydalı olduğunu belirten yazarlar olduğu gibi⁶³⁶, bu sınırlamanın isabetsiz ve Anayasaya aykırı olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır⁶³⁷. Düzenlemeyi isabetli bulan bir yazara göre, söz konusu hüküm asıl işe yönelik muvazaalı alt işveren ilişkisi kurulmasını önemli ölçüde engelleyecek ve bir muvazaanın varlığının ispatını kolaylaştıracaktır⁶³⁸.

Diğer bir yazara göre de, bilim komisyonu metninde yer almasa da anılan hükmün kanunda yer alması sakıncalı olmamıştır⁶³⁹. Bununla birlikte bu yazara göre bir yasa değişikliğine ihtiyaç bulunmaktadır. Buna göre, görüş farklarına yol açan “işletme ve işin gereği” ifadesi yasadan çıkarılarak alt işveren ilişkisinin “teknolojik nedenlerle uzmanlık” veya sadece “uzmanlık” gerektiren işlerde kurulabileceği öngörülmeli⁶⁴⁰ ya da söz konusu ifadenin yasada kalması uygun görülüyorsa işletme gereği kavramı açıklığı kavuşturularak ekonomik veya yapısal nedenler gerektirmedikçe salt maliyetleri düşürmek amacıyla alt işverenlere iş verilmesi önlenmelidir⁶⁴¹.

Söz konusu düzenlemeyi eleştirenlerin gerekçeleri ise, şu hususlara dayanmaktadır: Düzenleme bu haliyle, iyiniyetli alt işveren uygulamalarını da engelleyici bir niteliktedir⁶⁴². Yasada bir yandan keyfilik önlenmek istenirken, diğer yandan “işletmenin ve işin gereği” ve “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” gibi açık olmayan, içinin doldurulması güç olan kavramlar, konuyu bir

⁶³⁶ Mollamahmutoğlu, 139. Güzel, Alt İşveren, 45- 46. Arıcı, 500. Özcan, 105.

⁶³⁷ Ekmekçi, Dava Süreci, 134. Göktaş, 99.

⁶³⁸ Arıcı, 500.

⁶³⁹ Süzek, Alt İşveren, 45.

⁶⁴⁰ Süzek, 151. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 25. Süzek’e göre Yargıtay da hükmün düzenleniş biçimine uymasa da “teknolojik nedenlerle uzmanlık” ölçütünü kabul eden kararları ile olması gereken hukuk bakımından benimsenmesi gereken ölçüte ulaşmaya çalışmıştır (Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 25).

⁶⁴¹ Süzek, 151. Nitekim yazara göre özellikle tersanelerde büyük boyutlara ulaşan ölümlü iş kazaları genellikle maliyetleri düşürmek amacıyla taşeronlara verilen işlerde meydana gelmektedir. Alt işverenlerce gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmamakta, bu yolla da maliyetler düşürülmektedir (Süzek, 151).

⁶⁴² Ekmekçi, Dava Süreci, 135.

belirsizliğe sürüklemektedir⁶⁴³. Ayrıca, unsurların birlikte mi ayrı ayrı mı aranacağı konusundaki kanun metnindeki belirsizlik de, “hukuk güvenliği ve normlarda hukuki açıklık ilkeleri” ile bağdaşmamaktadır⁶⁴⁴.

Diğer yandan bu düzenleme ile hukukçudan adeta, işletmenin içini, üretim şeklini, işletmede görülen faaliyetin özelliklerini bilmesi, ekonomik ve teknik bilgi sahibi olması istenmektedir⁶⁴⁵. “Asıl işin bir bölümü” gibi endüstriyel ve ekonomik bir kavramın yargı organı tarafından değerlendirilmesinde güçlükler bulunmaktadır; zira asıl iş, yardımcı iş kavramları herkese göre farklı olabilir⁶⁴⁶. Öte yandan başka bir yazara göre, alt işverene devredilecek işlerin kapsamı konusunda bir sınırlama getirilirken, asıl işverenin alt işveren işçisi karşısında alt işverenle birlikte sorumlu olduğu hususu göz ardı edilmiştir. Buna göre 1475 sayılı Kanunda, alt işverene devredilecek işlerin kapsamı konusunda bir sınırlama olmamasına karşılık bir garanti sağlamak üzere, alt işveren işçilerine karşı birlikte sorumluluk esası öngörülmüştü ve bu dengenin bir anlamı vardı⁶⁴⁷.

Söz konusu sınırlamayı yerinde bulmayan diğer bir yazara göre de, alt işverenlik ilişkisini iş yasasına konulacak bir hükümle sınırlamak piyasa sisteminin özüne aykırıdır. Bu sebeple bu ticari ilişkinin yasaklanması yerine, alt işveren işçilerinin de tüm işçi hak ve özgürlüklerinden yararlanması sağlanmalıdır⁶⁴⁸.

Diğer bir yazara göre, ağır rekabet koşullarıyla karşı karşıya olan işverenlerin bu düzenleme ile ciddi sıkıntılar yaşamaları ve bu durumun üretim ve istihdamı ve dolayısıyla ülke ekonomisini olumsuz yönde etkilemesi kaçınılmazdır⁶⁴⁹. Yazara göre bunun için yapılması gereken işverenin anayasal sözleşme ve girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasında adil bir denge kuracak bir yasal değişikliğin yapılmasıdır⁶⁵⁰.

⁶⁴³ Ekmekçi, Dava Süreci, 135. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, 57. Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 3. Şen, Alt İşverenlik, 90. Aynı yazar, Yeni İş Yasasında, 88.

⁶⁴⁴ Alpagut, Yönetmelik, 59.

⁶⁴⁵ Ekmekçi, Dava Süreci, 135.

⁶⁴⁶ Ekmekçi, Dava Süreci, 135. Şen, Alt İşverenlik, 90. Aynı yazar, Yeni İş Yasasında, 88.

⁶⁴⁷ Ekmekçi, Dava Süreci, 135.

⁶⁴⁸ Şen, Alt İşverenlik, 94. Söz konusu düzenlemenin alt işveren ilişkilerini aşırı sınırladığı görüşünde bkz. Çankaya/Çil, 2009, 25.

⁶⁴⁹ Göktaş, 99.

⁶⁵⁰ Çelik’e göre de yasada alt işverene verilebilecek işler son derece soyut ve kısıtlayıcı olarak ortaya konmuştur. Bu sebeple uygulamadaki ihtiyacı dengeli bir biçimde giderecek şekilde yasal bir değişikliğin yapılması uygun olacaktır (Çelik, 2008, 47. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 7-8). Aynı yönde bkz. Çankaya/Çil, 2009, 25.

Başka bir yazara göre de, 4857 sayılı kanunun getirdiği düzenleme alt işverenlik kurumunun olumsuz sosyal sonuçlarını ortadan kaldırmaya yetmeyecektir⁶⁵¹. Çünkü teknolojinin ulaştığı düzeyde üretim sürecinin her aşaması teknolojik nedenlerle uzmanlık tanımına dahil olabilecek ve asıl işverenler yasayı dolanma yolunu rahatlıkla bulabileceklerdir.

f) Görüşümüz

Kanımıza göre, söz konusu koşulu bölerek veya bütün olarak ele alan görüşlerin ikisi de, haklı ve sağlam gerekçelere sahiptir. Aslında sadece bu durum bile, hükmün son derece başarısız bir şekilde düzenlendiğinin kanıtıdır. Bu sebeple bu konuda bir yasa değişikliğinin zorunlu olduğu açıktır. Buna karşılık mevcut hükmün lafzı, ortaya çıkış süreci ve amacını dikkate aldığımızda, söz konusu koşulun *bir bütün olarak aranmasının* amaçlandığı izlenimi doğmaktadır. Gerçekten de “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” koşulu maddenin ikinci kez görüşülmesi sırasında yapılan değişiklikle eklenmiş ve bu durumun gerekçesi *“işletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlıkla bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama, taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir”* şeklinde açıklanmıştır. Bu durum, hükümdeki “ile” bağlacının “veya” bağlacı yerine bilinçli olarak tercih edildiğini göstermektedir. Nitekim yüksek mahkeme de bu doğrultuda içtihadını yerleştirdiği gibi, Alt İşverenlik Yönetmeliği de bu görüşü pekiştirmiştir.

Ancak bize göre esas cevabı bulunması gereken ve güçlük taşıyan konu, *olması gereken hukuk açısından* alt işveren ilişkisine sebep yönünden sınırlama getirmenin yerinde olup olmadığı ve eğer doğruysa bu sınırlamanın düzeyinin ne olması gerektiğidir. Alt işveren ilişkisi çok yaygın bir biçimde, işçilerin sadece bireysel ve toplu iş hukukundan doğan haklarını bertaraf etmek için kullanılmaktadır. Zira her ne kadar “işverenin kendi işini, kendi organizasyonu, kendi teknolojisi ve kendi personeli ile yerine getirmesidir”⁶⁵² kuralının değiştiği ve törpülendiği iddia edilebilirse de⁶⁵³, *uygulamada kural haline gelen* “asıl olan işverenin kendi işini,

⁶⁵¹ Ünsal, 544.

⁶⁵² Güzel, Genel Görüşme, 3. Yılında İş Yasası, 74. Engin, Üçlü İş, 20.

⁶⁵³ Alpagut, Alt İşveren, 40. Aynı yazar, Yönetmelik, 62. Aydınli, Alt İşveren, 177. Nitekim yazara göre bu anlamda kanun koyucunun alt işverenlik ilişkisine sınırlamalar getirmesi, onun istisnai bir çalışma olduğunu kanıtlamaz (Aydınli, Alt İşveren, 177).

başka bir işverenin personeli ile yerine getirmesidir” şeklindeki uygulamanın da aynen sürmesine kayıtsız kalınamaz. Nitekim bu durumun yarattığı olumsuz sonuçlar her şeyden önce işçilerin sendikal hakları, ücret ve sosyal hakları gibi anayasal haklarının fiilen hayata geçmesinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca çoğunlukla çalıştığı işle ilgili yeterli eğitim almayan ve kötü çalışma koşullarında çalışan alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yeterli korumadan yoksun olmaları, iş kazaları ve meslek hastalıklarını da beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla konunun, temel bir insan hakkı niteliğinde olan “yaşam hakkı” ile de bağlantısı bulunmaktadır. Diğer yandan, alt işveren ilişkisinin bu derece “kural haline” gelmesinin, uzun vadede endüstri ilişkilerini zedeleyici, sosyal barışı ve giderek verimliliği düşürücü etkileri de bulunmaktadır⁶⁵⁴.

Bu gerekçelerle alt işveren ilişkisinin kurulma sebebinin sınırlanması yerindedir. Buna karşılık, söz konusu sınırlama “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme*” şeklinde alt işveren ilişkisini adeta imkansız hale getiren bir düzeyde olmamalıdır. Aynı şekilde bu ilişki sadece “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” şeklinde çok sınırlı bir alana da özgülenmemelidir. Nitekim iş hukukunun doğuş ve gelişmesinin temel nedeni işçinin korunması ilkesi olsa da, bugün genel olarak bir denge hukuku olduğu kabul edilmektedir. Bu denge “sosyal” gerçekler ile “ekonomik” gerçekler arasındaki hassas dengedir⁶⁵⁵. Buna göre işçiye koruma kaygısı nasıl göz ardı edilemezse, ekonomik zorunluluklar, teknolojik gelişmeler, rekabet ve verimlilik gerekleri de tamamen yok sayılamaz. Bu sebeple doktrinde de belirtildiği gibi bu konuda işçinin çıkarlarıyla işletmenin çıkarları arasında *orantılılık ilkesine* uygun bir dengenin sağlanması gerekir⁶⁵⁶. Bu doğrultuda “işletme ve işin gereği” kavramını dar bir biçimde ele alan görüşe katılmaktayız.

Bu doğrultuda, yasal olduğu kabul edilen alt işverenlik türlerinden biri, “uzmanlık taşeronluğu (teknik taşeronluk)” olmalıdır. Nitekim bu alt işverenlik türünde işveren, *kendisinde bulunmayan* özel bir teknolojiden, özel bir bilgiden, özel bir uzmanlıktan, know-how dan faydalanmak istemektedir. Yine, hukuka uygun kabul edilebilecek diğer bir alt işverenlik uygulaması, “kapasite taşeronluğu” (talebe bağlı

⁶⁵⁴ Aynı yönde bkz. Güzel, Taşeron Uygulaması, 9.

⁶⁵⁵ Süzek, 19.

⁶⁵⁶ Güzel, Genel Görüşme, 3. Yılında İş Yasası, 74.

taşeronluk) olabilir. Nitekim bu alt işverenlik türünde, işverenin üretimi gerekli zamanda yetiştirmesi kendi işletmesi için olanaksız veya aşırı pahalı olduğu için alt işveren ilişkisi kurulmaktadır.

Alt işveren ilişkisinin çeşitli nedenlerle daha ekonomik bulunduğu için tercih edildiği durum, “ekonomik taşeronluk” olarak ifade edilmektedir. İşte bu noktada, ekonomik olmanın ve maliyet avantajının salt işçi ücretlerinin ve/veya diğer haklarının düşürülmesi yoluyla sağlanması kabul edilemez. Ancak verimliliği, rekabet gücünü, kaliteyi artırma gereklilikleri alt işverenliğin gerekçesini oluşturabilir⁶⁵⁷. Buna karşılık rekabet gücünün ve verimliliğin artırılmasının da salt işçi ücretlerinin düşürülmesi, sendikal haklarının engellenmesi gibi yollarla sağlanmasının da kabul edilmemesi gerekir. Aksi takdirde her firma, her durumda rekabet gücünü artırma ihtiyacı içinde olduğunu rahatlıkla ileri sürebilecektir. Nitekim aşağıda da görüleceği gibi, karşılaştırmalı hukukta örneğin Fransız hukukunda, *ücretlerin düşürülmesi, hukuk kurallarının ve toplu iş sözleşmesinin uygulanmasının engellenmesi yoluyla kazanç sağlayıcı işlemler suç olarak kabul edilmiş ve yasaklanmıştır*⁶⁵⁸. Öyle ki bu yasağın yaptırımı, hapis cezası ve ağır para cezası olarak öngörülmüştür. Bu doğrultuda hukukumuzda da işverenin sadece çalışanların ücretinin düşürmek, toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını engellemek yoluyla kazanç elde etmesi ve bu yolla maliyetleri düşürmesi “sözleşme ve girişim” özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmemelidir.

Aslında, işverenin salt maliyetleri azaltmak ve daha ucuz işçi çalıştırmak amacıyla alt işveren ilişkisi kurması, büyük çoğunlukla “alt işveren ilişkisine” değil, “meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi” “iş aracılığı” veya “işveren vekilliği” gibi farklı kurumlara uygun düşmektedir. Gerçekten de bu tür uygulamalarda işverenler çoğunlukla işin organizasyonu, işçilerin alımı, işten çıkarılmaları ve yönetilmeleri gibi yetkileri kullanmaya devam etmektedirler. Çünkü bu tür uygulamalarda işverenin amacı, bir işin bağımsız yönetimini başka bir işverene bırakmak değil, bu işveren aracılığıyla işçilerle arasına “sosyal bir mesafe” koymak olmaktadır. Bize göre yargı organının önüne gelen olaylarda ilk olarak bu hususa titizlikle dikkat

⁶⁵⁷ Buna göre örneğin, belirli bir büyüklüğün üzerindeki işletmelerin -işlerin tek elden yürütümünün güçleşmesi ve verimli olmaması gibi nedenlerle- hem işletme giderlerini azaltmak hem de seri ve kaliteli üretimi gerçekleştirmek için bazı işleri alt işverenlere bırakmaları mümkün kabul edilmelidir.

⁶⁵⁸ Olivier, 33. Houwerzijl/Peters, 3 vd.

etmesi ve asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin niteliğini özellikle araştırması gerekir⁶⁵⁹. Bu şekilde olayların çoğunluğunda işçilerin aslında (asıl) işverenin işçisi oldukları ve asıl işveren işçilerinin sahip olduğu haklardan yararlanabilecekleri sonucuna ulaşılacaktır.

2. İşyerinde Yürütülen Mal veya Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İş

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarından bir diğeri, alt işverenin üstlendiği iş yardımcı iş niteliğinde ise, “asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin” olmasıdır⁶⁶⁰. 4857 sayılı Kanunun gerekçesinde konuya ilişkin bir örneğe yer verilerek hüküm açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre, “...işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde ek bir inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır”⁶⁶¹.

Kanımıza göre asıl işler ve asıl işin bir bölümünü oluşturan işler, her durumda mal ve hizmet üretimine ilişkin olacağı için, buradaki sınırlama esas itibarıyla “yardımcı işler” için söz konusudur⁶⁶².

1475 sayılı kanun döneminde yasada “mal ve hizmet üretimine ilişkin olma” ifadesi yer almamasına rağmen, öğretide bazı yazarlar tarafından savunulmaktaydı.

⁶⁵⁹ Supiot’a göre de, ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan yeni istihdam türleri karşısında temel prensiplerden biri, ilişkinin niteliğinin belirlenmesinin tarafların takdirine bırakılmamasıdır (Supiot, Transformation of Work, 34).

⁶⁶⁰ Süzek, 138. Mollamahmutoğlu, 170-172. Şahlanan, Konferans Notları, 70. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 32. Çankaya/Çil, 2009, 21. Taşkent, Alt İşveren, 364. Ekmekçi, Dava Süreci, 133. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 43. Alpagut, Yeni Yapılanma, 17. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 70. Demircioğlu, 39. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 18. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 56. Özkaraca, 85-86.

⁶⁶¹ 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, 79.

⁶⁶² Mollamahmutoğlu, 170. Buna karşılık doktrinde Demir’e göre, “alt işverenin yaptığı işin asıl işverenin işinin “tamamlanmasına yardımcı” olan bir iş olması gerekmektedir. Bu anlamda büyük bir iş merkezinin yapılmasını anahtar teslimi üzerine alan asıl işverenin, iş merkezinin kaba inşaatını bitirdikten sonra çatı, doğrama, elektrik, su, kalorifer tesisatı, boya-badana ve çevre (bahçe) düzenlemesi gibi “asıl işi tamamlayıcı” nitelikte işleri konusunda uzmanlaşmış taşeron (alt işveren) firmalara vermesi mümkündür”. Demir’in bu ifadelerinden ve verdiği örnekten söz konusu koşulu asıl işler için de kabul ettiği sonucunu çıkarmaktayız. Buna karşılık kanımıza göre, “çatı, doğrama, elektrik, su, kalorifer tesisatı, boya-badana” işleri bir bina inşaatında asıl işin bir bölümü niteliğinde olduklarından mal ve hizmet üretimine ilişkin olduklarında kuşku yoktur. Öte yandan yazarın verdiği örneklerden biri olan “çevre (bahçe) düzenlemesi”nin asıl iş olup olmadığı konusunda olayın özelliğine göre karar vermek gerekir. Buna göre aradaki sözleşmeye göre binanın (veya birden fazla binalardan oluşan bir sitenin) teslimi için çevre düzenlemesi yapılması zorunlu ise asıl iş, değil ise yardımcı iş saymak gerekir. Buna karşılık örneğin, deterjan üretilen bir işyerinde bahçe düzenlemesi yapılması her zaman yardımcı iş olacaktır.

Bu sebeple 1475 sayılı kanun dönemindeki bu görüşlerin ele alınmasını, mevcut düzenlemeye ışık tutması açısından gerekli görmekteyiz.

a) 1475 sayılı Kanun Dönemi

1475 sayılı kanunun 1. maddesinin son fıkrasında, alt işveren kavramından “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde⁶⁶³ veya eklentilerinde iş alan... diğer işveren...” olarak söz edilmekteydi. Bu ifadeden de yola çıkan bazı yazarlar alt işverenin üstleneceği işin “işyerine ait olması”⁶⁶⁴ veya “işyerinde yapılan işle ilgisi olması”⁶⁶⁵ ya da “asıl işverenin yaptığı işin bir parçası olması”⁶⁶⁶ gerektiğini ileri sürmekteydi⁶⁶⁷. Buna göre, eğer işyerinin eklentisinde işyerinde yapılan işle tamamen ilgisiz bir iş yürütülmekteyse, bunu yürüten kişinin salt eklentide faaliyet göstermesi alt işveren sayılması için yeterli değildir⁶⁶⁸.

Bununla birlikte bu görüşteki bir yazara göre, söz konusu hükümde müteselsil sorumluluk esasıyla alt işveren işçilerinin haklarının ve alacaklarının güvence altına alınması amacı izlendiğinden “yapılan işle ilgili olmak” kavramını geniş yorumlamak ve böylece alt işveren kavramını mümkün olduğu kadar

⁶⁶³ Şen’e göre “işin bir bölümünde” ifadesini, işyerinde yapılan işin üretim sürecinin herhangi bir aşaması olarak değerlendirmek gerekir (Şen, Taşeronluk, 108).

⁶⁶⁴ Şahlanan, Alt İşveren, İHD, 326. Çifter, 27. Şahlanan, işyerine ait olmak kavramını, ‘alt işverenin işyerindeki üretim süreci içinde yer alması ve işin bir kısmını yapmayı üstlenmesi’ şeklinde açıklamaktadır (Şahlanan, Alt İşveren, İHD, 326).

⁶⁶⁵ Süzek, 2002, 163-164. Çelik, Alt İşveren, 166. Canbolat, 25 vd. Uşan, Sorumluluk, 85- 86. Çelik’e göre hükümde sadece ‘eklenti’ sözcüğü geçmekle birlikte işyeri kavramının eklentiler dışındaki unsurlarını da kapsadığı kabul edilmelidir. Buna göre alt işveren ilişkisi asıl işin görüldüğü yerde, işyerine bağlı yerler ile araçlarda veya eklentilerde yapılacak asıl işin bir bölümünde kurulabileceği gibi, yardımcı işte de söz konusu olabilir (Çelik, Alt İşveren, 166). Çenberci ise sosyal sigortalar açısından söz konusu koşulu “işin bir kesimi olmak” “işle bağlantılı olmak” şeklinde açıklamaktadır (Çenberci, 599).

⁶⁶⁶ Oğuzman, 11-12. Oğuzman’a göre, işlerin yöneldiği amaçlar dikkate alınmak suretiyle alt işverenin yaptığı işin asıl işverenin işinin bir parçası olup olmadığına bakmak gerekir. Örneğin, bir dokuma fabrikasına yapılan ilave inşaat işi dokuma işinin bir parçası değilken, yemek, temizlik, iplik, boyama işi fabrikadaki işin asli veya tali parçalarıdır (Oğuzman, 11).

⁶⁶⁷ Aynı yönde Tuncay, Asıl İşveren, 8. Narmanlıoğlu, 112-113. Kutsal, 221. Demir, 18-19.

⁶⁶⁸ Süzek, 2002, 163-164. Çankaya, 17-18. Bu konuya Canbolat’ın verdiği örnek, yol kenarında kurulu bir işyerinin avlusunda, işyeriyle ilgisi olmayan yoldan geçenlerin alışveriş yapabilecekleri bir büfe inşaatının başkasına verilmesidir. Burada büfe inşaatı, işyerinde veya işyerinde yürütülmekte olan işle ilgili olmadığı için bunu üstlenen kişi alt işveren sayılmaz. Ancak söz konusu inşaat büfe değil de, işyerine giriş ve çıkışları kontrol etmek için yapılan bekçi kulübesi olsaydı durum değişirdi. Bekçi kulübesi inşaatı, işyerinde yürütülen asıl işin belirli bir bölümü değilse de, o işyeriyle ilgili bir iş olduğu için ve işyerinden sayılan eklentide yapılıyor olması sebebiyle, bu inşaatı üstlenen kişi alt işveren niteliğini taşıyacaktır (Canbolat, 26). Benzer şekilde yine Çankaya’ya göre, örneğin tekstil fabrikası bahçesine üretimin genişletilmesi ve artırılması için ek bir bina inşaatı yapılıyorsa alt işveren ilişkisinden söz edilebilirken, ek bina tekstil üretimi için değil de örneğin konut olarak kullanılmak üzere yaptırılıyorsa alt işveren ilişkisinden söz edilemez (Çankaya, 17-18). Aksi görüş, Şahlanan, Konferans Notları, 70.

genişletmek yasanın amacına uygun dūřer⁶⁶⁹. Bu sebeple işyerinde yapılan iřle ilgili olmak, mutlaka asıl iřin bir parçası olmayı gerektirmez; *asıl iřin tamamlayıcısı durumunda olan* yemek, temizlik, taşıma gibi yardımcı işler de bu kapsamda sayılır⁶⁷⁰.

Bu dönemde Yargıtay kararları da genel olarak bu görüş doğrultusundaıdı. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1996 yılında verdiği bir kararda da bir fabrikanın tesisat onarımının tamamının başka bir işverene verilmesi durumunda iki işveren arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olmadığı ve dolayısıyla müteselsil sorumluluk esasının uygulanmayacağı sonucuna varmıřtı⁶⁷¹. Diğer bir kararda, asıl işi otomobil ve buna benzer araçlar üretmek olan bir işverenin başka bir işverene çatı tamiraty yaptırması halinde, yapılan işin asıl işten bağımsız ve ayrı iş olmasından dolayı aradaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olmadığı sonucuna varılmıřtı⁶⁷². Bu kararda, çatı tamiri işinin bütünüyle verildiği ve bu işte işi veren kişinin “işveren” sıfatının kalmadığı vurgulanmış ve bu sebeple alt işveren ilişkisinin bulunmadığı belirtilmişti.

Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2001 yılında verdiği bir kararda “...*Alt işverenin asıl işverene ait işyerinde asıl iş veya yardımcı iş niteliğinde her türlü işi üstlenmesini engelleyen yasal bir düzenleme yoktur. Bu nedenle alt işverene ihale ile verilen işin özelliğinden hareketle muvazaa değerlendirmesi yapılması doğru olmaz...*”⁶⁷³ hükmüne varılmıştır.

Öğretide bazı yazarlar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun anılan bu kararı doğrultusunda görüşe sahipti. Buna göre alt işveren ilişkisinin sadece asıl işin bir bölümünde değil yardımcı işlerde de kurulabileceğini ve bunun için işyerinin eklentilerinde iş alınmasının alt işveren ilişkisi açısından yeterli olduğunu

⁶⁶⁹ Süzek’e göre, işyerinin bir bölümünde veya eklentisinde bir başkası tarafından üstlenilen işin alt işveren ilişkisi doğurup doğurmadığının belirlenmesinde her olayın özelliğini değerlendirmek ve yasanın amacına uygun olarak geniş yorumlamak suretiyle bu işin işyerinde yapılan işle ilgili bir iş olup olmadığına bakmak gerekir (Süzek, 2002, 164).

⁶⁷⁰ Süzek, 2002, 163-164. şahlanan, Alt Işveren, İHD, 327. Uşan, Sorumluluk, 86. ankaya, 18.

⁶⁷¹ YHGK, 7.2.1996, 9-901/44, imento Işveren, C:10, S:3, Mayıs 1996, 26-27. Bu kararı değerlendiren şen’e göre bakım işi, işyerindeki üretim işinden ayrı bir iş olmayıp aksine, her iki iş ekonomik anlamda birbirini tamamladığından birbirinden ayrı düşünülemez. Ayrıca taşeronluk asıl bu tür uzmanlık gerektiren işlerde söz konusudur (şen, Karar Değerlendirmesi, 49).

⁶⁷² Y21HD, 4.7.1995, 2660/3844, YKD, C:21, S:10, Ekim 1995, 1612-1614. kararı isabetli bulan bir inceleme ifter, 23-27. Kararı isabetsiz bulan görüşü için bkz. Akın, 237, dn.216. Yargıtayın konuyla ilgili bir kararı ve kararla ilgili eleştiri için bkz. Y9HD, 26.4.1994, 6818/6489, Eyrenci, Değerlendirme 1994, 7-8.

⁶⁷³ YHGK, 9-711, 820, Kılıçoğlu/şenocak, C.1, 95-100.

savunmaktaydılar⁶⁷⁴. Buna göre alt işverenin bir işyerinde asıl iş yardımcı iş niteliğinde olsun, üretimle ilgisi olmasa da her türlü işi üstlenebilmesinin önünde bir engel yoktur⁶⁷⁵. Çünkü yasanın amacı, alt işveren işçilerinin ücret ve diğer haklarını güvence altına almak ve işin yapılmasında yarar sağlayan asıl işvereni de birlikte sorumlu tutmaktır. Bu sebeple yasada yer almayan kriterlerle alt işveren kavramını daraltmak asıl işverenin sorumluluğunu sınırlamak sonucunu doğuracaktır⁶⁷⁶.

b) 4857 sayılı Kanun Dönemi

4857 sayılı Kanunda 1475 sayılı Kanun döneminde yaşanan görüş farklılıklarının giderilmesi yönünde alt işveren ilişkisinin kapsamını daraltan bir ifadeye yer verilmiştir. Buna göre alt işverenin üstlendiği işin “*asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin...*” olması gerekmektedir. Tasarının gerekçesinde bu sınırlama şu ifadelerle açıklanmıştır. “*Asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımı unsurlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla beraber görüş ayrılıklarına sebep olan bir konuda kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline getirilmiştir. Buna göre, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin “asıl 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 asıl 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*”⁶⁷⁷.

Buna karşılık aşağıda da inceleneceği üzere konuya ilişkin farklı görüşler yeni kanun döneminde de devam etmektedir. Ayrıca 4857 sayılı Kanunda yer alan “mal ve hizmet üretimine ilişkin iş” kavramının hangi işleri kapsadığı konusunda yeni görüşler de oluşmuştur.

⁶⁷⁴ Ekonomi, 53. Aynı yazar, Asıl İşveren, 7-8. Çelik, 2003, 46. Sümer, 10. Ulucan, Değerlendirme 1996, 16-17. Esener, 78. Eyrenci, Değerlendirme 1994, 7, 8.

⁶⁷⁵ Eyrenci, Değerlendirme 1994, 8. Ulucan, Değerlendirme 1996, 17. Akyiğit’e göre de 1475 sayılı Kanun döneminde asıl işverenden işinin herhangi bir kısmında veya işyerinin eklentilerinde serbestçe iş alınabilmekteydi; diğer bir deyişle bu konuda “serbestlik sistemi” benimsenmişti (Akyiğit, Şerh, C.1, 92).

⁶⁷⁶ Ulucan, Değerlendirme 1996, 17.

⁶⁷⁷ Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, MESS Yayını, No: 386, İstanbul 2002, 68.

aa) Mal veya Hizmet Üretimi ile Maddi İlişkide Olma

Bir görüşe göre, mal ve hizmet üretimine ilişkin olan işler ikinci planda kalmasına rağmen yine de “*üretime ilişkin olan*” ve “*işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi ile maddi ilgisi olan*” işlerdir⁶⁷⁸. Buna göre işyerinin asıl faaliyetiyle maddi anlamda ilgisi olmayan bir işin –yardımcı iş de olsa- mal ve hizmet üretimine ilişkin olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer bir deyişle bu görüş uyarınca, her türlü yardımcı iş değil, sadece işyerinde yürütülen mal ve hizmetle ilgili olan yardımcı işler alt işveren ilişkisinin konusunu oluşturabilir. Örneğin yükleme ve boşaltma işleri, ambalajlama hizmetleri, otomobil fabrikalarında boya işleri mal ve hizmet üretimine ilişkindir⁶⁷⁹. Buna karşılık örneğin bir tekstil fabrikasının çevre temizliği, bahçe, bahçıvanlık, bekçilik, yemek işleri yardımcı iş olarak kabul edilebilirse de, mal ve hizmet üretimine ilişkin değildir⁶⁸⁰. Yine bu görüşe göre, bir dişli fabrikasının temizlik ve yemek işi işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi ile maddi bir ilişkisi olmadığından mal ve hizmet üretimine ilişkin değilken, bir hastanenin temizlik ve yemek işi mal ve hizmet üretimine ilişkindir. Sonuç olarak bu görüşe göre, 1475 sayılı Kanun uyarınca alt işverenlere bırakılabilen bazı işler, 4857 sayılı Kanunun söz konusu hükmü karşısında bir yardımcı iş olarak nitelendirilemeyecek ve alt işverenlere verilemeyecektir⁶⁸¹.

bb) Mal veya Hizmet Üretimi İle İlgili Olma

Diğer bir görüşe göre, mal ve hizmet üretimine ilişkin olmak, “*işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimi ile ilgili olmak*” anlamına gelir⁶⁸²⁻⁶⁸³. Başka bir

⁶⁷⁸ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 2. Çelik bu görüşe karşı çıkarak, yardımcı işlerin niteliği ve herhangi bir koşula bağlı olmaması bakımından 1475 sayılı İş Kanunundaki düzenleme ile 4857 sayılı Kanundaki düzenleme arasında bir fark bulunmadığını ve “mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş” ifadesinin aynı maddenin ilk fıkrasında yer verilen işyeri tanımındaki “mal ve hizmet üretmek” amacı ile ilgili olduğunu belirtmektedir. İş kanunundaki işyeri tanımı ise, eski kanundakinin öteden beri kabul edilen esaslarla geliştirilmiş hali olup herhangi bir yeniliği söz konusu değildir (Çelik, Alt İşveren İlişkisi, 7. Aynı yazar, Koşullar, 86).

⁶⁷⁹ Mollamahmutoğlu, 141. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 2-3.

⁶⁸⁰ Mollamahmutoğlu, 141. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 2-3.

⁶⁸¹ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 2. Çelik de, 1475 sayılı Kanundan farklı olarak, yeni düzenlemenin asıl işverenin sorumluluğunu sınırlayıcı nitelikte olduğunu belirtmektedir (Çelik, 2008, 46).

⁶⁸² Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 16. Şahlanan “üretim ile ilgisi bulunmaktan” söz etmektedir (Şahlanan, Kavram, 192. Aynı yazar, Alt İşveren, Mercek, 45-46. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu 32. Aynı yazar, Genel Hükümler, 26-27). Aynı şekilde Şafak da mal veya hizmet üretimine ilişkin olmayı, “üretime ilişkin olmak” şeklinde açıklamaktadır (Şafak, 113). Ekmekçi, Tasarı, 66. Türker, 99.

ifadeyle söz konusu işin, asıl işle bağlantısının bulunması gerekir⁶⁸⁴. Buna göre, işyerinin *üretimi ile ilgisi olmayan* bir işin üstlenilmesi durumunda alt işveren ilişkisi oluşmaz. Örneğin, yapı işinin yapıldığı bir işyerinde işin belirli bir kısmının diğer bir işverene verilmesi durumunda alt işveren ilişkisi oluşur, buna karşılık bir dokuma işyerinde yeni bir bina yapılması işi verildiğinde, bu iş işyerindeki üretim ile ilgisi olmadığından alt işveren ilişkisi gerçekleşmez⁶⁸⁵.

Bununla birlikte ilk açıkladığımız görüşten farklı olarak, işyerindeki üretim sürecinde yer almanın mutlaka işyerine ait asıl işler açısından değil, *asıl işin tamamlayıcısı niteliğindeki yardımcı işler açısından* da söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Örneğin, dokuma fabrikasındaki temizlik, yemek verme, taşıma, güvenlik, teknik bakım işleri mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş niteliğindedirler ve alt işveren ilişkisine konu olabilirler⁶⁸⁶. Bu görüşü savunan yazarlar 1475 sayılı Kanun dönemindeki uygulamadan bir farklılığın söz konusu olmayacağını savunmaktadırlar⁶⁸⁷.

Aynı şekilde diğer bir yazar, mal ve hizmet üretimine ilişkin olmayan işleri, asıl iş ve yardımcı iş niteliğinde olmayan işler olarak tanımlamaktadır. Örneğin, işyeri bahçesinde su kuyusu kazma veya ek inşaat yapımı işleri bu niteliktedirler ve bu işleri alan işveren alt işveren olarak nitelendirilemez⁶⁸⁸. Yine başka bir yazar mal ve hizmet üretimine ilişkin olmayan işleri, yardımcı iş veya asıl işin bir bölümü

⁶⁸³ Yargıtay da 1475 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi bu görüş doğrultusunda içtihatlarını sürdürmektedir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu "...işyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, ...iki bağımsız işveren" olduğundan söz etmekte ve ayrıca "işin niteliği ve yürütümü bakımından dokuma işinden tamamen farklı ve bağımsız niteliği olduğundan ek inşaat işinin" alt işverenlik ilişkisi doğurmayacağı sonucuna varmıştır (YHGK, 5.5.2004, 10-223/262, Demircioğlu, 45-46). Yerel mahkeme verdiği bir kararda "banka işyerinde müşterilerin BTM makinelerine yönlendirilmesi ve makinelerin tanıtımı ve kullanılmasının öğretilmesi işini" asıl veya yardımcı işlerde bir iş almak olarak değerlendirmeyerek söz konusu ilişkiyi alt işveren ilişkisi olarak kabul etmemiştir. Buna karşılık yüksek mahkeme isabetli olarak, bu işin verilmesini alt işveren ilişkisi olarak değerlendirmiş ve yerel mahkemenin kararını bozmuştur (Y9HD, 26.2.2007, 34922/5176, Çankaya/Çil, 2009, 191-192).

⁶⁸⁴ Gerek/Oral, Belediye, 31. Ayan, 508.

⁶⁸⁵ Şahlanan, Kavram, 192.

⁶⁸⁶ Şahlanan, Kavram, 192. Ekonomi, Alt İşveren, 27-28. Gerek/Oral, Belediye, 31. Alpagut, Yeni Yapılanma, 17. Taşkent, Alt İşveren, 365. Uçum, 22. Demir, Başlıca Yenilikler, 91. Demircioğlu da alt işverenin yaptığı işin, "asıl işverenin işinin tamamlanmasına yardımcı olan" bir iş olması gerektiğini belirtmektedir (Demircioğlu, 39).

⁶⁸⁷ Alpagut, Yeni Yapılanma, 17. Çelik, Alt İşveren İlişkisi, 7. Aksi yönde bkz. Şen/Naneci, 25.

⁶⁸⁸ Ekmekçi, Dava Süreci, 133. Alpagut da aynı örneği vermekle birlikte, mal ve hizmet üretimine ilişkin olma kavramının tamamlayıcı nitelikteki yardımcı işleri de kapsadığını belirtmektedir (Alpagut, Yeni Yapılanma, 17).

olmayan ve işyerindeki faaliyetten tamamen bağımsız işler olarak açıklamaktadır⁶⁸⁹. Örneğin, bir ilaç fabrikasında -yardımcı iş olarak- yemek, güvenlik veya bahçe hizmetlerinin yerine getirilmesi, bir konserve fabrikasında -asıl işin bir bölümü olarak- ürünün kutulanması veyahut dokuma fabrikasında boyama işleri mal ve hizmet üretimine ilişkindir. Buna karşılık işyerinde bir depo veya revir inşaatının üstlenilmesi halinde alt işveren ilişkisinin söz konusu olamayacağını belirtmektedir⁶⁹⁰.

Diğer bir yazar ise, görüşünü şu örnekle açıklamaktadır: “Faaliyeti otel ve lokanta inşa etmek ve işletmek olan bir şirket, tamamlayıp işletmeye açacağı bir otel organizasyonunda iki lokanta da planlamış ve bunların işletilmesini kira yoluyla lokantacılık alanında ismi çok bilinen başka bir şirkete vermişse, lokantayı kiralayıp işleten şirket ile otelin sahibi ve işletici arasında” alt işveren ilişkisi kurulmuş olur⁶⁹¹. Buna karşılık, aynı otelde ve gelen müşterilerin ilgileneceği biri kuyumcu, diğeri kitapçılık işini üstlenen işverenler arasında alt işveren ilişkisi kurulması söz konusu olmaz. Çünkü kuyumculuk ve kitapçılık işleri, otel işyerinde mal ve hizmete ilişkin asıl işin bir bölümü olmadıkları gibi, yardımcı iş de sayılmazlar⁶⁹².

c) Sınırlamanın Yerindeliğine İlişkin Doktrindeki Görüşler

Söz konusu sınırlamanın isabetli olup olmadığı konusunda da doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide bir görüşe göre, söz konusu sınırlama isabetlidir⁶⁹³.

Diğer görüşe göre ise, asıl işverenlerin sorumluluğunu sınırlayıcı nitelikte olan bu düzenleme isabetli değildir⁶⁹⁴. Nitekim bu görüşe göre asıl işveren-alt işveren ilişkisini kavram açısından daraltmak, işçiyi koruma ilkesi ile çelişkili bir biçimde işçileri güvenceden yoksun bırakmak anlamını taşıyacaktır. Alt işveren ilişkisinin İş Kanununda düzenlenmesinin temel amacı ise, alt işveren işçilerinin haklarını, müteselsil sorumluluk esasıyla güvenceye kavuşturmadır. Yine anılan görüşe göre, “işçilerin, sadece asıl işverene ait ve onun yararına bir iş yaptıkları

⁶⁸⁹ Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 18. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 70.

⁶⁹⁰ Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 18. Aynı yazar, bir dokuma fabrikasındaki iplik boyama, temizlik, yemek ve taşıma gibi faaliyetlerin işin aslı ve yardımcı parçaları olduğunu belirtmektedir (Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 18).

⁶⁹¹ Ekonomi, Alt İşveren, 29.

⁶⁹² Ekonomi, Alt İşveren, 29.

⁶⁹³ Ekmekçi, Dava Süreci, 133. Aynı yazar, Tasarı, 66. Alpagut, Yeni Yapılanma, 17. Şahlanan, Genel Hükümler, 26-27.

⁶⁹⁴ Güzel, Alt İşveren, 43- 44.

dönem için, asıl işverenin işyerinde yürütülen bir iş ile bağlantısı olmadığı gerekçesiyle, bu işçileri güvenceden yoksun bırakmanın mantığını kavramak olanaklı değildir. Ayrıca, örneğin bina veya çatı onarım işinin, yardımcı iş sayılmak açısından, yemek veya temizlik işinden bir farkı da bulunmamaktadır. Gerçekten, 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 sayılıyorsa, çatı onarım işi de, çatısı akan bir binada üretim yapılamayacağına göre, o derece yardımcı iş sayılmalıdır....”⁶⁹⁵.

Öte yandan yine bu görüşteki yazara göre, yasa yapma tekniği açısından da Yargıtayın isabetli olmayan ve işçiyi koruma ilkesiyle çelişen kararlarını pozitif bir düzenlemeye dönüştürmek isabetli değildir⁶⁹⁶.

c)Görüşümüz

Kanımıza göre “mal ve hizmet üretimine ilişkin olmak” konusunda öncelikli olarak esas alınması gereken kavram “işyeri”dir. Gerçekten de işyeri, alt işveren konusunun düzenlendiği ikinci maddenin ilk fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, “İşveren tarafından *mal veya hizmet üretmek amacıyla* maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir”⁶⁹⁷. İşte, “işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin iş” ifadesi işyeri tanımında yer alan mal ve hizmet üretmek amacıyla ilgilidir⁶⁹⁸. Yine İş Kanununa göre, işin yapıldığı yerin yanı

⁶⁹⁵ Güzel, Alt İşveren, 44. Doktrinde Şen de, çatı onarım işinin asıl işin bir parçası olduğunu ve asıl işle ekonomik bir bütünlük oluşturduğunu savunmakta ve bu sebeple bu işin bir başka işverene verilmesinin alt işverenlik ilişkisi oluşturduğu görüşünü ileri sürmektedir. Aynı şekilde Şen’e göre, bir fabrikanın mutad bakımı işi, asıl işle ekonomik olarak birbirini tamamladığından ve dolayısıyla birbirinden bağımsız düşünülemeyeceğinden alt işverenlik ilişkisinin konusunu oluşturabilir (Şen, Taşeronluk, 144, 145). Bir başka yazar, bu görüşün yardımcı iş kavramını oldukça geniş belirlemesi noktasında eleştiride bulunmaktadır (Akyiğit, Şerh, C.1, 95. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 13).

⁶⁹⁶ Güzel, Alt İşveren, 43.

⁶⁹⁷ Yasada yer alan bu tanımdan önce de doktrinde, işyerinin mal ve hizmet üretmek üzere kurulan ve çeşitli unsurlardan oluşan bir organizasyon olduğu kabul edilmekteydi (Ulucan, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 103. Çelik, 56. Aynı yazar, Koşullar, 86. Yenisey, 9. Aydınli, Koruma Yükümlülükleri, 151. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 414). Öte yandan Aydınli da iş hukukunda işyeri kavramının bir bütün olarak ele alındığına vurgu yapmaktadır (Aydınli, Koruma Yükümlülükleri, 164).

⁶⁹⁸ Çelik, Koşullar, 86. Çelik’e göre yardımcı işlerin niteliği ve herhangi bir koşula bağlı olmaması bakımından 1475 sayılı İş Kanunu’ndaki düzenleme ile 4857 sayılı Kanun’daki düzenleme arasında fark yoktur (Çelik, Koşullar, 86). Şahlanan ise, yardımcı işlerde alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için “ciddi bir sınırlamanın” mevcut olmadığı görüşündedir. Yazar, Kanunda yer alan “Asıl işverenin işlerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları

sıra, işyerine nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile eklenti ve araçlar da işyerinden sayılır (İK 2/2). İşyerine bağlı yerlerden söz edebilmek için bu yerler arasında hukuki bağlılığın ve işin yönetimi bakımından bağlılığın olmasının yanı sıra işin niteliği yönünden bağlılığının da olması gerekmektedir⁶⁹⁹. İşin niteliği yönünden bağlılık, hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi “*amaçta birliği*” *diğer bir deyişle aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunmayı gerektirir*. Aynı şekilde işyerinin eklentisi sayılmak için de kanunun lafzından açıkça anlaşılmamasına rağmen “işin görülmesi ile dolaylı da olsa bir ilgisinin olması gerekir”⁷⁰⁰.

Kanımıza göre aynı işyerinden sayılan yerlerde yürütülen bütün işleri, asıl işler ve yardımcı işler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Asıl iş, bir işyerinin doğrudan teknik amacı diğer bir deyişle mal ve/veya hizmet üretimidir⁷⁰¹. Bir işin “yardımcı iş” sayılması için ise, bize göre *aynı işyerinde* asıl iş dışında kalan iş niteliğinde olması yeterlidir. Eğer söz konusu iş, aynı işyerinden sayılmak için aranan “işin niteliği yönünden bağlılık” unsuruna sahip değilse ve ayrıca işyerinin eklentisi durumunda da değilse zaten ayrı bir işyeri sayılacak ve o farklı işyerinin asıl işini oluşturacaktır. Örneğin, yol kenarında kurulu bir işyerinin avlusunda, işyeriyle ilgisi olmayan, yoldan geçenlerin alışveriş yapabilecekleri bir büfe inşaatının başkasına verilmesi işinde⁷⁰² büfe inşaatı ayrı bir işyeridir⁷⁰³. Çünkü burada hukuki açıdan ve işin yönetimi açısından bir bağlılıktan söz etmek mümkün olsa bile, amaçta birlik söz konusu değildir. Bu sebeple büfe inşaatının yapılması farklı bir asıl iş ve işyeri niteliğindedir. Öyle ki bu büfe inşaatının yapımı anahtar teslimi bir başka

kısıtlanamaz” ve “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz” şeklindeki sınırlamaların yardımcı işlerin alt işveren verilmesinde de bir sınır oluşturacağını söylenebileceğini belirtmektedir (Şahlanan, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Kasım 2005, 43).

⁶⁹⁹ Süzek, 176.

⁷⁰⁰ Yenisey, 30. Güzel/Okur, 139-140. Tunçomağ’a göre de bu yerler, işyeri ve işin görülmesi ile bağlantıları bulunduğu için işyerinden sayılmışlardır (Tunçomağ, 112).

⁷⁰¹ Doktrinde Çelik de, işyerinde yürütülen “mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş” ibaresinin aynı maddenin ilk fıkrasında yer alan işyeri tanımındaki “mal ve hizmet üretmek” amacıyla ilgili olduğunu belirtmektedir (Çelik, Koşullar, 86).

⁷⁰² Canbolat, 26.

⁷⁰³ Şen’e göre söz konusu büfede işyerinde üretilen mal ya da mallar satılıyorsa, bu takdirde yapılan iş hem asıl işle ilgili olduğundan hem de işyerinin eklentisinde yapıldığından taşeronluk sözleşmesi geçerli olur. Büfede satılan malların asıl işyerinde üretilen mallarla ilişkisi yoksa sadece söz konusu işin asıl işyerinin eklentisinde yapıldığı gerekçesiyle taşeronluk ilişkisinden söz edilemez (Şen, Taşeronluk, 109). Kanımıza göre büfede satılan malların asıl işyerinde üretilen mallarla ilişkisi yoksa ve yardımcı iş niteliğinde de değilse zaten işyerinin eklentisinden değil ayrı bir işyerinden söz etmek gerekir. Bize göre doktrinin konuya yaklaşımındaki temel hata, işyeri kavramı ile işyerinde yapılan iş kavramının birbirinden bağımsız düşünülmesinden kaynaklanmaktadır.

işverene verildiğinde bu işte işi veren kişinin hiçbir işçisi çalışmadığından, alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir. Bunun da gerekçesi, alt işverenliğin unsurlarından birinin gerçekleşmemiş olması yani artık o işverenin işyerinde (ve iş organizasyonunda) işin görülüyor olmasıdır. Ayrıca alt işverenliğin diğer bir koşulu olan, kendisi de işçi çalıştıran bir (asıl) işveren bulunması koşulu da sağlanmamaktadır. Zira bir kişinin asıl işveren sıfatına sahip olabilmesi için, “*alt işverene verdiği iş dolayısıyla*” işveren niteliği taşıması ve kendi adına bu işyerinde geri kalan işlerde işçi çalıştırması gerekir⁷⁰⁴. İşveren niteliğinin (alt) işverene verilen iş değil de başka bir iş vesilesiyle kazanılmış olması söz konusu koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterli değildir. Görüldüğü gibi, mal ve hizmet üretimine ilişkin iş alma olgusu aslında, alt işveren ilişkisinin diğer unsurlarının gerçekleşmesiyle sağlanacak bir durum ve sonuçtur.

Bununla birlikte -az bir olasılık da olsa- söz konusu büfe inşaatında inşaatı yaptıran işverenin işçileri de çalışmaktaysa, *bu ayrı işyerinde* bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilecektir⁷⁰⁵. Yine örneğin işyerine ek inşaatı kendisi yapan işveren, bu inşaatın elektrik tesisatını başka bir işverene verdiğiğinde, yine bu ayrı işyerinde bir alt işveren ilişkisinden söz edilebilecektir⁷⁰⁶. Bir görüşe göre söz konusu inşaat büfe değil de, işyerine giriş ve çıkışları kontrol etmek için yapılan bekçi kulübesi olsaydı durum değişirdi⁷⁰⁷. Çünkü bu görüş uyarınca bekçi kulübesi inşaatının işyerinden sayılan eklentide yapılıyor olması sebebiyle, bu inşaatı üstlenen kişi alt işveren niteliğini taşır⁷⁰⁸. Kanımıza göre burada inşaatın ne için yapıldığı sonuca etkili değildir. Çünkü başlı başına “inşaat işi” farklı bir işyerinin konusunu

⁷⁰⁴ Akyiğit, Alt İşverenlik, 6.

⁷⁰⁵ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004 yılında verdiği bir kararda, ek inşaat işinde sigortalı çalıştırmayan işverenin asıl işveren olmadığı sonucuna varmıştır (YHGK, 5.5.2004, 10-223/262, Demircioğlu, 45- 46).

⁷⁰⁶ Gerçekten de asıl işi inşaatçılık olan bir işverenin bina yapımı işini kendi işçileriyle yapması, örneğin kapı ve pencere işlerini ise başka işverenlere yaptırması mümkündür ve bu durum alt işveren ilişkisini oluşturur (Çelik, 46).

⁷⁰⁷ Çelik’e göre, bir işverenin işyerinin avlusunda yaptıracığı yemekhanenin inşaatını başka bir işverene yaptırması alt işverenlik ilişkisidir (Çelik, Alt İşveren, 166). Çankaya’ya göre de örneğin bir tekstil fabrikasının bahçesine yaptırılan binada tekstil üretimi yapılması düşünülüyorsa alt işveren ilişkisinden söz edilmemesi gerekir. Ancak inşa edilecek binada tekstil üretimi yapılması düşünülüyorsa, amaç üretimin artırılması ve genişletilmesi olduğu için –alt işveren işçilerini koruma amacıyla- inşaat işi alt işveren ilişkisi sayılmalıdır (Çankaya, 17-18). Ekonomi’ye göre de işyerinin eklentisinde yapılan genişletme inşaatı alt işverenlik ilişkisi oluşturmaktadır (Ekonomi, Asıl İşveren, 8). Aksi görüşte Şen, Taşeronluk, 109.

⁷⁰⁸ Canbolat, 26.

oluşturmaktadır⁷⁰⁹. Diğer bir deyişle inşaat işinin başka bir işverene verilmesi, anahtar teslimi iş anlamına gelir. Bu inşaat işini üstlenen işveren bu inşaatın örneğin elektrik işlerini bir başka işverene verdiğinde –diğer koşullar da mevcutsa- bu işveren ile arasında alt işveren ilişkisi oluşur.

Diğer yandan, bir işyerinde yeni bir inşaatın yapılması ile söz konusu inşaat bittikten sonra o inşaatın ne için kullanıldığı farklı ele alınması gereken durumlardır⁷¹⁰. Eğer işyerine yapılan ek bina, örneğin bekçi kulübesi veya yemekhane olarak kullanılacaksa bir yardımcı iş olarak o işyerine dahil bir unsur olacaktır. Eğer o ek binada işyerindeki üretimi artırmak amacıyla işyerinin teknik amacı sürdürülecekse, (işin yürütümü açısından da bağlılık söz konusu ise) asıl iş olarak yine o işyerine dahil kabul edilmelidir. Bununla beraber söz konusu ek bina, sadece yoldan geçen kişilerin faydalanacağı bir büfe olarak kullanılacak ise, işyerine bağlı yer veya işyerinin eklentisi olarak kabul edilemeyeceği ve bu sebeple ayrı bir işyeri niteliğinde olacağı için yardımcı iş olarak da kabul edilemez.

Yine örneğin, İş Kanunu mad. 88 uyarınca çıkarılan Yönetmelik’te⁷¹¹ emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için işyerinin yanına inşa edilen binada kreş hizmetinin verilmesi yardımcı iştir. Bununla birlikte söz konusu kreş işyerinde çalışanların dışında kişilere de hizmet verecek şekilde bağımsız bir şekilde organize edilirse burada farklı bir işyerinden söz edilebilir. Yine işçilerin öğle tatillerinde dinlenmeleri, boş vakitlerini geçirmeleri için yapılan işyerinin yanındaki bir lokal, işyerinin eklentisi durumunda olacak ve buradaki iş yardımcı iş sayılacaktır. Bununla birlikte bu lokal inşaatı ayrı bir işyeri sayılacaktır.

Bu doğrultuda “işyerinin eklentisinde işyerinde yapılan işle tamamen ilgisiz bir iş yürütülmekeyse, bunu yürüten kişinin salt eklentide faaliyet göstermesi alt işveren sayılması için yeterli değildir⁷¹²” görüşüne katılmamaktayız. Zira doktrinde de kabul edildiği üzere işyerinin eklentisi niteliğindeki yerlerin kanunun lafzından açıkça anlaşılmamasına rağmen “işin görülmesi ile dolaylı da olsa bir ilgisinin olması

⁷⁰⁹ Şen’e göre de inşaat işi, işin niteliği ve yürütümü açısından henüz asıl işyerine bağlı bir iş olarak kabul edilemez (Şen, Taşeronluk, 109).

⁷¹⁰ Benzer yönde bkz. Çubukçu, Alt İşveren, 23.

⁷¹¹ Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik

⁷¹² Süzek, 2002, 163-164.

gerekir”⁷¹³. Buna göre eğer işyerinde yapılan işle tamamen ilgisiz bir iş söz konusuysa, bu işin yürütüldüğü yerin “eklenti” olduğundan söz edilemez, tamamen ayrı bir işyerinden söz edilir.

Kanımıza göre, olması gereken hukuk bakımından farklı bir işyeri sayılma niteliğini taşımadıktan sonra verilen işin asıl iş veya yardımcı iş niteliğinde olup olmamasına bakılmaksızın alt işveren ilişkisinden söz edilebilmelidir. Gerçekten de asıl işveren-alt işveren ilişkisini kavram açısından daraltmak, asıl işverenin işyerinde çalışan bazı işçileri güvenceden yoksun bırakmak anlamını taşıyacaktır. Bu sonuç ise, işçiyi koruma ilkesine ve Anayasa’da temelini bulan eşitlik ilkesine aykırı bir durumdur. Öte yandan, iş hukukunda nasıl “işin yapıldığı yer” “asıl işyeri” olarak sayılmıyor ve buranın dışında işyerinden sayılan yerlerle bir bütün olarak kabul ediliyor ve aynı hukuki sonuçlara tabi tutuluyorsa⁷¹⁴ alt işverenlik ilişkisi açısından da farklı bir sonucun kabul edilmesinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Bu doğrultuda bize göre, başlı başına “çatı onarımı” işini veya “makinelere bakım” gibi işleri alt işveren ilişkisi dışında bırakmak doğru değildir⁷¹⁵. Nitekim örneğin İngiliz hukukunda bir mahkeme kararında, bağımsız işverenlerce üstlenilen temizlik, onarım, bakım gibi faaliyetlerin (asıl) işverenin işinin bir parçası olduğu sonucuna varılmıştır⁷¹⁶. Gerçekten de söz konusu kararda bir işyeri tankının bakımı,

⁷¹³ Yenisey, 30. Tunçomağ, 112.

⁷¹⁴ Süzek, 175.

⁷¹⁵ Doktrinde de isabetli olarak belirtildiği üzere, çatı onarım işinin yardımcı iş sayılmak açısından yemek veya temizlik işinden bir farkı bulunmamaktadır. Buna göre üretim yapan bir fabrikanın yemek veya temizlik işi asıl işi ne derecede tamamlıyor, asıl işin yapım sürecine ne derecede katkıda bulunuyorsa, çatı onarım işi de çatısı akan bir binada üretim yapılamayacağına göre o derecede katkıda bulunmaktadır. Bu sebeple, işçilerin sadece asıl işverene ait ve onun yararına bir iş yaptıkları bir dönem için sırf asıl işverenin işyerinde yürütülen iş ile ilgisi (bağlantısı) olmaması sebebiyle güvenceden yoksun bırakılmalarının haklı bir yaklaşım olmadığını da belirtmektedir (Güzel, Alt İşveren, 44). Doktrinde diğer bir yazara göre de çatı onarım işi veya bir fabrikanın bakımının yapılması işi asıl işin bir parçasıdır; bu işler asıl işle ekonomik bütünlük oluşturmakta diğer bir deyişle ekonomik anlamda birbirini tamamlamaktadırlar (Şen, Taşeronluk, 144). Yargıtayın çatı onarım işinin tamamının üstlenildiği bir işi “anahtar teslimi” iş sayarak alt işverenlik ilişkisi bulunmadığına yönelik kararı ve Şen’in karara yönelik eleştirisi için bkz. Y9HD, 11.4.1995, 946/2377, Şen, Taşeronluk, 144.

⁷¹⁶ R v Associated Octel Co Ltd (1997) IRLR 123, James, 170. Selwyn, 300. Wiley, 427. Anılan davada alt işveren işçisi işyerinde bir patlama sonucu çıkan yangında kötü şekilde yandı. Olay, güvenli olmayan bir lambanın kırılıp temizlenmekte olan tankın içindeki aseton gazını tutuşturmasıyla meydana geldi. Lordlar Kamarası bu davada söz konusu tankın temizlenmesi ve bakımı işinin üstlenilmesi işini, Octel’s şirketinin işinin bir parçası olarak görmüştür. Bu kararda şu tespitlerde bulunmuştur. Kişi kendi işini nasıl yürüteceği konusunda özgürdür. Fakat 3/1 hükmüne göre işveren işini, insanların sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşürmeden yürütmek durumundadır. Bu nedenle eğer işveren, bağımsız bir müteahhitle işverenin işinin bir parçası olan bir iş yapması konusunda

onarımı ve temizliği işinin bir başka işverene verilmesi, asıl işverenin yürüttüğü işin bir parçası olarak kabul edilmiştir. Bize göre Türk hukuku açısından işyerinde yapılan “bakım” “onarım” gibi işleri, “işin sürekliliği” ve “işçilerin o işyerinde münhasıran çalışmaları” olguları açısından irdelemek gerekebilir ki, bu durum aşağıda ele alınacaktır.

3. İşin Geçici veya Sürekli Nitelikte Olması

Doktrinde bir görüşe göre, alt işverene bırakılan işin süreklilik arz eden bir iş olması gerekir⁷¹⁷. Burada süreklilikten kastedilen, işin asıl iş sürdüğü sürece yapılan bir iş olmasıdır. Gerçekten de bu görüşü savunan bir yazara göre, “*alt işverene verilecek işlerin asıl işin bir bölümü olması ya da yardımcı işlerden birisi olması önemli değildir. Önemli olan, devredilen işin asıl iş sürdüğü sürece yapılması gereken bir iş olmasıdır. Geçici bir iş devredilmişse, bu iş için kurulan iş ilişkisi alt işveren ilişkisi sayılmaz*”⁷¹⁸. Diğer bir yazar da, alt işverene verilecek işin devamlılık arz edip etmediğinin, çok kısa süreli bir iş olup olmadığının bir ölçü olarak düşünülebileceğini belirtmektedir⁷¹⁹. Başka bir yazara göre ise “anahtar teslimi iş”, belirli sürede tamamlanacak bir iş olması, sürekli bir iş olmaması sebebiyle asıl işveren alt işveren ilişkisine konu olamaz⁷²⁰.

Bu görüşteki yazarlardan birinin verdiği örneğe göre, bir tekstil fabrikasının bahçe duvarlarının bir taşerona yaptırılması, İş Kanunu anlamında alt işveren ilişkisini oluşturmaz. Çünkü bahçe duvarlarının yaptırılmasının “asıl işin güvenlik içinde tamamlanmasına yardımcı bir iş” olduğu iddia edilse bile asıl işten “bağımsız” ve duvarların yapılmasıyla biten “geçici” bir iştir⁷²¹. Oysaki asıl işvereni de sorumlu

anlaşırsa, söz konusu riskleri önlemek hususunda gerekeni yapmak zorundadır (James, 172. Wiley, 427).

⁷¹⁷ Gerek/Oral, 31. Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 2. Ayan, 506. Demircioğlu’na göre de alt işverenin yaptığı işin asıl işverenin yaptığı işten “bağımsız” ve “geçici” olmaması; asıl işe “bağımlı” ve asıl iş sürdüğü müddetçe yapılabilen “devamlı” bir iş olması gerekir (Demircioğlu, 41). Aynı yönde Demir, Başlıca Yenilikler, 91- 92. Aynı yazar, 21. Aynı yazar, Demir, Devir, 81-82.

⁷¹⁸ Arıcı, Yeni İş Kanunu, 491.

⁷¹⁹ Güzel, Alt İşveren, 44. İtalyan hukukunda “asıl işveren işçileri ile aynı üretim sürecinde yer alan alt işveren işçilerine” uygulanan asıl işveren işçileri ile eşit haklardan yararlanma prensibinin, düzenli bir biçimde üretim sürecinde yer almayan (düzensiz), tesadüfi ve kısa süreli işlerde iş müfettişinin yetkisiyle uygulanmaması söz konusu olabilmektedir (Olivier, 77).

⁷²⁰ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 2.

⁷²¹ Demir, Başlıca Yenilikler, 92. Aynı yazar, Devir, 82.

kılan bir alt işveren işinin asıl işin yapılmasına ve bitirilmesine “bağımlı” ve asıl iş sürdüğü sürece giden “devamlı” bir iş olması gerekir⁷²².

Diğer bir görüşe göre ise, alt işverene bırakılacak olan iş geçici veya sürekli olabilir⁷²³. Bu görüşteki bir yazara göre yasada devamlılık koşulu aranmadığından, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi ile ilgili olan –ancak çok kısa süreli olmamak kaydıyla- belirli bir süre sonra sona eren işlerde de alt işveren ilişkisi kurulabilir⁷²⁴. Görüldüğü gibi burada yazar tarafından “çok kısa süreli olmama” koşuluna yer verilmiştir⁷²⁵.

Yargıtay ise, konuyla ilgili verdiği bir kararda şu tespitlerde bulunmuştur: “... Davacının dinlettiği tanıklar çalışma tarihleri ile hangi tarihte taşeronun yanında çalıştığı hususunda bilgi vermedikleri gibi, davacının çalışmalarının devamlılık arz edip etmediği... açık ve kesin olarak belirlenmeden iddia gibi hüküm kurulması hatalıdır...”⁷²⁶. Yüksek mahkemenin 1994 yılında verdiği bir karara göre ise, “...davacı, davalı idarenin zaman zaman ortaya çıkan ve süreklilik arz etmeyen hurda malzemelerin kesim, döküm ve ayıklama işlerini verdiği değişik işverenlerin yanında ve arızı olarak iş çıktıkça çalışmıştır. Bu durumda gerek çalışma biçimi ve gerekse görülen işin niteliği itibarıyla davacının davalıya ait işyerinin işçisi olduğunun kabulü mümkün değildir. Böyle olunca İş Kanunu’nun 1. maddesinin son fıkrası hükmünün uygulanması olanağı yoktur. Gerçekten hurda işinin tamamı bir başka işverene verilmiş olup çalışmada bir süreklilik de söz konusu değildir...”⁷²⁷⁻⁷²⁸.

⁷²² Yazara göre, birlikte sorumluluğun önkoşullarından biri, bu “bağımlılık” ve “devamlılık” ilişkisidir (Demir, Başlıca Yenilikler, 92. Aynı yazar, Devir, 81-82).

⁷²³ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 16. Çelik, 2008, 48. Aynı yazar, Alt İşveren, 167. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 6. Ekonomi, Alt İşveren, 31-32. Eyrenci, Değerlendirme 1994, 7. Ulucan, Değerlendirme 1996, 16. Akyiğit, Şerh, C.1, 96. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 14. Uşan, Sorumluluk, 86. Şen, Taşeronluk, 108, 146. Aktay, Alt İşveren Kurumu, 20. Aydınli, Alt İşveren, 162-163. YHGK, 14.11.2001, 9-711/820, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 95-100. Şen, Karar Değerlendirmesi, 46-47.

⁷²⁴ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 16.

⁷²⁵ Bu görüşteki bir yazara göre örneğin inşaat işleri geçici, bir fabrikadaki yemek işi sürekli iş niteliğindedir (Çelik, 2008, 48). Bununla birlikte Çelik’e göre 4857 sayılı kanundaki yasal düzenleme karşısında geçici işlerin sınırlı kalacağına kuşku bulunmamaktadır (Çelik, 2008, 48. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 8). Akyiğit de asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi durumunda, genellikle bir devamlılık ve asıl işi bir şekilde tamamlamanın varlığının hissedildiğini fakat bu durumun zorunlu olmadığını vurgulamaktadır. Yazara göre yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde bu bağımlılık ve süreklilik pek hissedilmeyebilir. Örneğin işyerinin yemek işlerini bir alt işverene veren bir asıl işverenin daha sonra bu hizmeti vermekten vazgeçerek para ödemeye başlaması mümkündür (Akyiğit, Alt İşverenlik, 14).

⁷²⁶ Y9HD, 10.11.2003, 5558/1906, Legal 2004/4, 1428-1429.

⁷²⁷ Y9HD, 26.4.1994, 6818/6489, Eyrenci, Değerlendirme 1994, 7. Yargıtay aynı şekilde diğer bir kararında güvenlik işinin süreklilik arz etmesini kararının dayanak noktaları arasında göstermiştir

Son anılan kararda alt işveren ilişkisinin bulunmadığı sonucuna dayanak olarak, çalışmanın sürekli olmaması, arızı olmasının gösterilmesi doktrinde eleştirilmiştir⁷²⁹. Bu görüşe göre, işin ‘süreklilik’ arz etmesi veya ‘aralı’ olarak yerine getirilmesi alt işveren ilişkisinin bir unsuru değildir. Nitekim eğer alt işverene verilen iş niteliği itibarıyla 30 işgünü devam eden işlerden ise süresiz iş sayılarak sadece ilgili maddede sayılan İş Kanunu hükümlerinin uygulanmaması gündeme gelecektir. Yazarın bu duruma verdiği örneğe göre bir turizm şirketi, bir hafta sürecek bir kongrenin organizasyonunda taşıma işleri için yeterli aracı olmadığı için taşıma işinde uzman bir şirketle taşıma işlerini -bir haftalığına- yapmak üzere anlaştığında alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Fakat bu sonucun gerçekleşebilmesi için alt işveren ilişkisi için gerekli koşulların bulunması gerekir⁷³⁰.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2001 yılında verdiği bir kararda, alt işverenin üstlenebileceği işlerin geçici nitelikte olabileceği gibi devamlılık gösteren işler de olabileceği vurgulanmıştır⁷³¹. Ancak Yargıtay daha yeni tarihli bir kararında, “alt işverene verilen iş,...asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır” tespitinde bulunmuştur⁷³².

Kanımıza göre bu konuda öncelikle, alt işverene verilen işin 30 işgününden az veya çok sürmesinin, diğer bir deyişle *sürekli iş/süresiz iş* olmasının alt işveren ilişkisi açısından bir etkisinin olup olmadığını tartışmak gerekir⁷³³. İK 10. maddeye

(Y9HD, 1.7.2004, 4320/16307, Çankaya/Çil, 2006, 99 ve karara ilişkin eleştirisi için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 48, 49). Y9HD, 17.10.2005, 31132/33747, Çankaya/Çil, 2009, 224-225.

⁷²⁸ Nitekim 1475 sayılı kanun döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, alt işverenin üstlendiği işin konusunun *belirli olması veya objektif ölçülere göre belirlenebilir nitelikte olması* gerekmektedir (Canbolat, 26). Bu görüşe göre örneğin, asıl işverenin beş yıl içinde işyeriyle ilgili olarak yapacağı her türlü yapım ve onarım işinin üstlenilmesi durumunda işi üstlenen kişi alt işveren değildir. Çünkü bu süre içinde ne gibi yapım ve onarım işlerine ihtiyaç duyulacağı belirli ve belirlenebilir değildir. Oysa söz konusu iş örneğin belli bir güzergahtaki köprülerin yapım işi olsaydı bu iş belirli ya da belirlenebilir olduğundan anılan işleri üstlenen kişi alt işveren sıfatını taşıyacaktı.

⁷²⁹ Eyrenci, Değerlendirme 1994, 7. Ekonomi, Alt İşveren, 32. Ekonomi kararla ilgili olarak ayrıca (kararda asıl işin ne olduğu anlaşılmamakla birlikte) “hurda malzemenin kesim, söküm ve ayıklama işinin” işyerindeki mal üretimine ilişkin asıl işin bir bölümü olmadığı gibi yardımcı iş de olmadığından 4857 sayılı kanundaki alt işveren ilişkisi için aranılan şartların dışında kaldığını ifade etmektedir (Ekonomi, Alt İşveren, 31).

⁷³⁰ Ekonomi, Alt İşveren, 32. Ekonomi verdiği örnek çerçevesinde, alt işveren ilişkisinin oluşması için taşıma şirketinin üstlendiği işin yürütümünde işçilerini bir hafta sürekli olarak turizm şirketinin işyerinde (iş organizasyonu bütünlüğü içinde) ve sadece o işyerinde çalıştırılması gerekliliğinin altını çizmektedir (Ekonomi, Alt İşveren, 32).

⁷³¹ YHGK, 14.11.2001, 9-711, 820, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 95-100.

⁷³² Y9HD, 22.12.2008, 41361/34689, ÇT, 2009/3, 22, 413-416.

⁷³³ Nitekim 1475 sayılı kanun döneminde bir görüşe göre, alt işverene verilen işin 30 günden fazla sürmesi durumunda alt işverenlikten söz edilebilir (Şen, Karar Değerlendirmesi, 47). Bu görüşün 1475 sayılı İş Kanununun 8/2 hükmüne aykırı düştüğü görüşü için bkz. Akyiğit, Şerh, C.1, 96, dn.176.

göre “*Nitelikleri bakımından en çok otuz işgünü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir*”. Süreksiz işlerin özelliği, İK 10/2 hükmünde sayılan İş Kanunu maddelerinin bu işlere uygulanmamasıdır. Diğer bir deyişle, süreksiz işlerde İş Kanununun uygulanmayacağı haller, anılan hükümde sayılan maddelerle sınırlıdır. Bu maddelerin konusu olan uyuşmazlıklarda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır⁷³⁴. Bununla birlikte İK 10/2 hükmünde, süreksiz işlere uygulanmayacağı öngörülen İş Kanunu maddeleri arasında, alt işveren ilişkisinin düzenlendiği İK 2 hükmü sayılmamıştır. O halde -diğer unsurların mevcut olması koşuluyla- süreksiz işlere de alt işveren ilişkisi hakkındaki hükümler uygulanır. Bununla birlikte asıl işverenin, süreksiz işte çalışan alt işveren işçilerine karşı birlikte sorumluluğu İK 10/2 de yer alan konulara göre İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümleri esas alınarak belirlenir⁷³⁵.

Öte yandan aşağıda da görüleceği gibi,⁷³⁶ alt işveren ilişkisinin unsurlarından biri, alt işveren işçilerinin sadece (münhasıran) o işte çalıştırılmalarıdır. Bu koşulun gerçekleşmesi, az da olsa bir süreklilik gerektirir. Ayrıca, alt işverenin kendi adına iş yaptığı yer, onun için bir işyeri anlamını taşımaktadır⁷³⁷. Öğretide ise, işyerini oluşturan iş organizasyonunun *az veya çok sürekli olması* gerektiği, sözgelimi tek bir nakil işinin gerçekleştirilmesinin bir işyerinin oluşmasına yol açmayacağı kabul edilmektedir⁷³⁸.

Bu sebeplerle, belirli bir süre sonra sona eren işlerde de alt işveren ilişkisi kurulabileceği ancak bu sürenin de *çok kısa olmaması* gerektiği görüşüne katılmaktayız⁷³⁹. Bu sürenin, işin yapıldığı yerde alt işveren adına ve hesabına bir *işyerinin varlığından* ve işçilerin münhasıran bu işte çalıştıklarından söz etmek için yeterli bir süre olması gerektiği ve olayın özelliğine göre yargı organınca değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Örneğin işyerinin kırılan iki camının takılması, tek bir nakil işinin gerçekleştirilmesi, işyerinin bozulan asansörünün tamir

⁷³⁴ Süzek, 222.

⁷³⁵ Ekonomi, Alt İşveren, 32. Akyiğit, Şerh, C.1, 96- 97.

⁷³⁶ Bkz. Aşa, § 3, IV.

⁷³⁷ Süzek, 142. Aynı yazar, Değerlendirme 2001, 13. Güzel, Alt İşveren, 38-40. Günay, Alt İşveren, 28. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 113. Yenisey, 26. Aydın, İşyeri ve İşletme, 125. Şahlanan, Alt İşveren, İHD, 332. Aynı yazar, Galatasaray Sempozyumu, 196. Çankaya, Alt İşveren, 18. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 415. Canbolat, Uygulama Sorunları, 17. Narmanhoğlu, Sorumluluk, 60. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 62. Özcan, 99. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, § 2, I, 2.

⁷³⁸ Süzek, 2008, 174.

⁷³⁹ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 16.

edilmesi, bir fabrikanın buhar kazanının teslimi ve montajı, bir şirketin bilgisayarlarına yeni bir programın yüklenmesi gibi işler bu koşulların gerçekleştiğinden söz etmek için yeterli olmayacaktır⁷⁴⁰. Öte yandan aşağıda da görüleceği üzere⁷⁴¹ asıl işverenin, alt işveren işçisinin haklarından sorumluluğu sadece kendisinde çalıştığı süreyle sınırlı olduğundan, sorumluluğu bu kısa süre için söz konusu olacaktır.

Son olarak konuyla ilgili bir düzenlemeye, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde yer verilmiştir. Gerçekten de Yönetmeliğin 4/ç hükmünde, *alt işverene verilen işin, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olması* gerektiğinden söz edilmektedir. Kanımıza göre bu düzenleme de Yönetmeliğin pek çok hükmü gibi yasaı aşan bir niteliktedir. Nitekim yasanın hiçbir hükmünde, alt işverene verilen işin asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam etmesi gerektiğine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hüküm, kaynaklar hiyerarşisi ilkesine aykırılık taşımaktadır.

IV. İşçilerin Sadece Asıl İşverenin İşyerinde Çalışması

Alt işverenlik ilişkisinin son unsuru, alt işveren işçilerinin sadece (münhasıran) asıl işverenin işyerinde çalıştırılmalarıdır⁷⁴². Nitekim İş Kanununa göre “... bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren” alt işveren sıfatına sahip olabilir. Buna göre, başka bir işverenin işyerinde iş alan işverenin bu işe tahsis ettiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırması gerekir⁷⁴³. İşçilerin aynı dönem içinde başka işverenlere ait işyerlerinde

⁷⁴⁰ Doktrinde Mollamahmutoğlu, bir şirketin bilgisayarlarına yeni bir programın yüklenmesi, bir dokuma fabrikasına yeni dokuma tezgahlarının montajı, bir et ve mamulleri tesisine soğutma ünitesinin yapılması, bir fabrikanın buhar kazanının teslimi ve montajı gibi işlerin teslim edilmekle bitecek olan “anahtar teslimi” iş niteliğinde olmaları sebebiyle alt işveren ilişkisi oluşturmaları görüşündedir (Mollamahmutoğlu, 172).

⁷⁴¹ Bkz. Aşa. İkinci Bölüm, § 3. I, 1, 2.

⁷⁴² Doktrinde bir görüşe göre, alt işveren ilişkisinin unsurları arasında ilişkinin muvazaaya dayanmaması da yer almaktadır. Buna göre muvazaa söz konusu olduğunda alt işveren ilişkisinin unsurları da oluşmamış olacaktır (Çankaya/Çil, 2009, 34). Biz bu konuyu alt işveren ilişkisinin bir unsuru olarak değil, ayrı bir başlık olarak düşünmekte ve üçüncü bölümde ele almaktayız (Bkz. Üçüncü Bölüm, §1).

⁷⁴³ Süzek, 142- 143. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 25. Mollamahmutoğlu, 142. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 3-4. Arıcı, Yeni İş Kanunu, 493. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 24-25. Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 21. Çelik, 2008, 51. Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Ayan, 507. Gerek/Oral, 32. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 21. Şahlanan, Kavram, 192-193. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 32-33. Yüksel, 50. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Aynı yazar, 364. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69. Günay, Yeni İstihdam Biçimleri, 114. Çifter, 27. Özveri, 390. Kaplan, 231. Engin, İşveren, 184.

veya alt işverenin kendi işyerinde çalışmaları alt işveren ilişkisinin doğumunu engeller.

1475 sayılı Kanun döneminde anılan ifade yerine, işçilerin “münhasıran” asıl işverenin işyerinde çalıştırılmasından söz edilmekteydi. 4857 sayılı Kanunda ise “sadece” ifadesi “münhasıran” kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu açıdan her iki ifadenin anlamları arasında farklılık bulunmadığı kabul edilmektedir⁷⁴⁴.

Belirtmek gerekir ki, “münhasıran” ve “sadece” kelimeleri Türkçe açısından birbiriyle tamamen aynı anlamı ifade etmemektedir. Buna göre “münhasıran” kelimesi, “yalnız, özellikle” anlamı⁷⁴⁵ ile söz konusu koşulun içeriğini daha iyi karşılamakta olup bu deyim kullanılmaya devam edilmesi daha yerinde olurdu.

1. Koşulun Gerekçesi

Söz konusu koşulun kanunda öngörülmesinin gerekçesi konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, münhasıran asıl işverenden alınan işlerde çalışan işçilerin kendi işverenlerinden olan alacakları, münhasıran bu işlerde çalışmayan işçilerin alacaklarına oranla daha tehlikede görülmüş ve bir teminat olarak bu işçilere karşı asıl işveren de sorumlu tutulmuştur⁷⁴⁶. Diğer bir görüşe ise kanun koyucu bu koşulu öngörerek, alt işveren ilişkisi içinde istihdam edilen işçiler açısından bu ilişkinin sürekliliğini ve düzenliliğini aramaktadır⁷⁴⁷.

Görüşümüze göre burada amaç, ilişkinin sürekliliğinin aranmasından ziyade, asıl işverenin sorumluluğunun açıklanabilmesi ve belirlenebilmesidir⁷⁴⁸. Gerçekten

Çankaya, 22. Çil, Alt İşveren, 17-18. Özkaraca, 85. Bu yöndeki bir Yargıtay kararı ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Y9HD, 19.11.2001, 1858/17882, Süzek, Değerlendirme 2001, 10.

⁷⁴⁴ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 27, dn 44. Çelik, 2008, 51, dn.24. Güzel, Alt İşveren, 50. Gerek/Oral, 32. Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Demir, Başlıca Yenilikler, 92.

⁷⁴⁵ Münhasıran sözcüğü, Arapça kökenli bir kelime olup “Yalnız, özellikle” anlamına gelmektedir. (Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 10. Baskı, Ankara 2005, 1436). Bu kelimenin yerine tercih edilen “sadece” sözcüğünün sözlük karşılığı ise, “yalnızca” dır (Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 10. Baskı, 1675).

⁷⁴⁶ Canbolat, 18. Bu görüşe göre belirtilen gerekçe, “münhasıran çalıştırma” koşulunun alt işverenliğin kavramsal koşulu değil, sorumluluğun bir koşulu olmasının da sebebini oluşturmaktadır (Canbolat, 18).

⁷⁴⁷ Arıcı, Yeni İş Kanunu, 494. Şahlanan, Yeni İş Kanunu, 32-33. Oysa Aktay’a göre, söz konusu düzenlemeyle amaçlanan “sosyal gayenin”, “şekli bir sebep” yüzünden gerçekleşmemesi ve birçok işçinin zarar görmesine yol açmaktadır. Nitekim münhasıran aynı yerde çalıştırılan işçinin durumu, münhasıran aynı yerde çalıştırılmayan işçinin durumuna göre daha uygundur (Aktay, Alt İşveren, 16).

⁷⁴⁸ Yukarıda da açıkladığımız üzere kanımıza göre “süreklilik” alt işveren ilişkisi açısından ayrıca aranması gereken bir unsur olmayıp sadece olayın özelliğine göre münhasıran çalışma koşulunun gerçekleştiğinden söz etmek için gerekli olduğu ölçüde bulunması gereken bir özelliktir (Bkz. Yuk, §3, III. 3). 5510 sayılı Kanun uyarınca alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için ise, sigortalıların

de alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinde ve oraya özgülenmiş bir biçimde çalışmaları asıl işverenin bu işçilerin haklarından müteselsilen sorumlu olmasını açıklamaktadır⁷⁴⁹. Öte yandan düzensiz olarak farklı işverenlerin işyerlerinde çalışan bir alt işveren işçisinin haklarından hangi işverenin müteselsilen sorumlu olduğunun tespiti güç, hatta imkansız olacaktır⁷⁵⁰.

Nitekim bir görüşe göre 1475 sayılı İş Kanunu döneminde söz konusu koşul, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kavramsal koşulu değil, sadece asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun koşuluydu⁷⁵¹. Buna göre örneğin diğer koşullar mevcut olmasına rağmen sadece münhasıran çalıştırma koşulu gerçekleşmediyse, alt işveren sıfatı kazanılacak ancak asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğundan söz edilemeyecektir⁷⁵². Bu dönemde Yargıtay kararlarının bazılarında söz konusu koşul kavramın bir unsuru olarak değerlendirilirken⁷⁵³, bazılarında da sorumluluğun bir unsuru olarak ele alınmaktaydı.

4857 sayılı Kanun döneminde de söz konusu görüş ayrılığı devam etmektedir. Bununla beraber yazarların çoğunluğu, anılan koşulu kavramın zorunlu bir unsuru olarak kabul etmektedirler⁷⁵⁴⁻⁷⁵⁵. Buna göre alt işveren ilişkisi esas itibarıyla, asıl

işyerinde münhasıran çalıştırılmaları koşulu bulunmamaktadır (Şen/Naneci, 45). 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda bu yönde bir koşul olmamasına rağmen, öğretide aynı koşulun bu yasa açısından da geçerli olduğu savunulmaktaydı (Tuncay, Asıl İşveren, 7. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkileri, 66).

⁷⁴⁹ Gerçekten de söz konusu koşulun isabetli olduğunu belirten bazı yazarlar, sadece bu koşulda alt işveren işçileriyle asıl işveren arasında müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını haklı gösteren fiili ilişkinin kurulmuş olacağını belirtmekte ve sadece bu durumun asıl işvereni başkasının işçileri karşısında sorumlu tutmanın mantıklı bir gerekçesini oluşturabileceğini ileri sürmektedirler (Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 21. Aynı görüşte Mollamahmutoğlu, 143. Şen, Yeni İş Yasasında, 90. Aynı yazar, Taşeronluk, 109). Ayrıca bkz. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 74, dn. 26. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 175.

⁷⁵⁰ Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 74, dn. 26. Şen, Taşeronluk, 110. Başbuğ'un verdiği örneğe göre, bir işyerinde haftada 30 saat çalışan bir alt işveren işçisinin bir başka işyerinde 20 saat çalışması durumunda haftalık çalışma süresini aşan ve fazla çalışma sayılan 5 saatlik ücret alacağından dolayı asıl işverenlerin sorumlu tutulması makul gelmemektedir (Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 74, dn. 26).

⁷⁵¹ Süzek, 2002, 166. Mollamahmutoğlu, 143. Aynı yazar, Hizmet Sözleşmesi, 62. Çelik, Alt İşveren, 167. Güzel, Taşeron Uygulaması, 6. Aktay, Alt İşveren, 16. Canbolat, 17. Çankaya, 18, 22. Akyiğit, Alt İşverenlik, 27. Aksi yönde bkz. Tuncay, Alt İşveren İlişkisi, 65-66. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Çubukçu, Alt İşveren, 24. Elbir, 6. Esener, 80. Uygur, 268. Oğuzman, 12. Narmanlıoğlu, 114. Kılıçoğlu, 184-185-186. Sümer, 20. Akın, 235. Kutal, 222.

⁷⁵² Güzel'e göre bu durum, iş yasası hükmünün yetersizliğini ortaya koymaktaydı (Güzel, Taşeron Uygulaması, 6).

⁷⁵³ Y9HD, 4.3.1991, 11890/3190, YKD, C:17, S:8, Ağustos 1991, 1204-1205. Y9HD 25.6.1992, 6240/7357, Çimento İşveren, Eylül 1992, C:6, S:5, 35 ve Canbolat'ın incelemesi, Karar İncelemesi, 89-93. Y9HD, 20.12.1994, 11914/18221, İşveren, S.6, C:36, Mart 1995, 18. Y9HD, 25.10.2001, 10039/16649, Selüloz İş, Eylül 2002, 18. Y9HD, 19.11.2001, 18581/17882, Kılıçoğlu, 1207-1208.

⁷⁵⁴ Süzek, 141. Aynı yazar, Panel, İNTES, 67. Ekonomi, Alt İşveren, 50-51. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 32. Mollamahmutoğlu, 143. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 3. Soyer, Asıl İşveren

işverenin müteselsil sorumluluğu açısından önem taşıyan bir ilişkidir. Bu ilişki esas itibariyle, alt işveren işçilerinin haklarının korunması amacıyla asıl işverenin müteselsil sorumluluğunu ortaya koymak amacıyla yasada düzenlenmiştir⁷⁵⁶⁻⁷⁵⁷. Yüksek mahkeme ise eski dönemde olduğu gibi, 4857 sayılı kanun döneminde de asıl işverenin alt işveren işçisinin alacaklarından sorumluluğu için, “münhasıran çalışma koşulunun” araştırılması gerektiğini belirtmektedir⁷⁵⁸.

Alt işveren işçilerinin münhasıran asıl işveren işyerinde çalışmaları hususu, İtalyan hukukunda da önem arz etmektedir. Buna göre “alt işveren işçilerinin asıl işverenin işletmesinde üretim sürecine dahil olması” formülü uyarınca alt işveren işçilerine asıl işveren işçileriyle eşit hakların uygulanması öngörülmüştür⁷⁵⁹. Ancak bu kuralın uygulanabilmesi için gerekli ön koşullardan biri, alt işveren işçilerinin sadece asıl işveren işyerinde çalışmalarıdır⁷⁶⁰. Buna göre aynı anda farklı asıl işverenlerin işyerinde çalıştırılan alt işveren işçilerine, söz konusu eşitlik ilkesi uygulanmamaktadır⁷⁶¹.

Alt İşveren İlişkisi, 21. Arıcı, Yeni İş Kanunu, 494 ve dn 17. Güzel, Alt İşveren, 51. Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Günay, Alt İşveren, 33. Ayan, 507. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 21. Akyiğit, Alt İşverenlik, 27. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 24. Aksi görüş bkz. Çelik, 2008, 51.

⁷⁵⁵ Doktrinde bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre, mevcut hukukumuz açısından “münhasıran çalışma”nın kavramın bir koşulu olarak kabul edilmesine rağmen olması gereken hukuk açısından “sorumluluğun” bir koşulu olması yerinde olacaktır. Nitekim bu görüşe göre böylece, işçilerini o işyerinde münhasıran çalıştırmayanlar da alt işveren kabul edilebilecek, böylece “sorumluluğa” ilişkin düzenlemeye tabi olmasalar da alt işverenliğe ilişkin diğer sınırlamalar onlara da uygulanabilecektir. Örneğin, asıl işin bir bölümü “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulu bulunmadan, işçilerini sadece o işyerinde çalıştırmayan (alt) işverene devredilemeyecektir (Başbuğ, 24). Kanımıza göre böyle bir olasılıkta yaşanacak sorun, sınırlamalara uyulmamasının yaptırımı olan “başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılma” sonucunun, işçinin çalıştırıldığı *hangi asıl işveren nezdinde* uygulanacağı olacaktır.

⁷⁵⁶ Arıcı, Yeni İş Kanunu, 494 ve dn 17.

⁷⁵⁷ Esasında alt işveren ilişkisinde sorumluluk hükmünün dışında, 4857 sayılı İş Kanunu 2/7 hükmünde bazı sınırlamalar ve sonuçlar düzenlenmiştir (Bkz. Üçüncü Bölüm, §1, III). Bu bağlamda, “münhasıran çalışma koşulunun” kavramın değil sorumluluğun bir koşulu olarak düzenlenmesi, bu sınırlamaların söz konusu koşulun sağlanmadığı olaylara da uygulanması sonucunu doğurabilecektir.

⁷⁵⁸ Y9HD, 12.4.2005, 16673/12981, Çankaya/Çil, 2009, 256. Y9HD, 21.3.2005, 20819/9072, Çankaya/Çil, 2009, 259-260. Y9HD, 26.4.2004, 22193/9568, Çankaya/Çil, 2009, 283. Y9HD, 26.5.2003, 27192/9417, Çankaya/Çil, 2009, 290. Y9HD, 10.12.2007, 32136/37354, Legal, 2008, 17, 140. Y9HD, 8.10.2007, 2593/29492, Ekonomi, Değerlendirme 2007, 25. Y9HD, 22.12.2008, 41361/34689, ÇT, 2009/3, 22, 413-416.

⁷⁵⁹ Olivier, 68. Caruso, 15. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa, § 5, IV.

⁷⁶⁰ Olivier, 80. Olivier, söz konusu sınırlamanın, dışsallaşmanın riskleriyle mücadele anlamında çok yerinde olmadığını belirtmektedir. Nitekim bu şekilde, pek çok asıl işverene çalışan bir alt işverene (*multi-sous-traitant*) iş vererek eşitlik ilkesinden kolayca kurtulmak mümkün olmaktadır (Olivier, 80-81).

⁷⁶¹ Diğer bir deyişle eşitlik ilkesinin uygulanma alanının belirlenmesinde bir tür “üstün işyeri” (*super entreprise*) düşüncesi oluşturulmuştur. Buna göre eğer alt işveren işçisi birden çok asıl işverene üretiminde çalışıyorsa bu “üstün işyeri”nden söz edilemeyecektir. Bu durumda alt işverenin işyeri, tümüyle asıl işverenin işyerinin içinde yer almamış olacaktır (Olivier, 77).

2.Koşulun Uygulanmasına İlişkin Sorunlar

Doktrinde bir görüşe göre, anılan koşul değerlendirilirken alt işveren işçilerinin bir bütün olarak ele alınması ve işçilerin tamamının sadece işverenden alınan işte çalıştırılmaları aranmalıdır. Diğer bir deyişle alt işverenin başka bir işyerinde iş almaması ve işçi çalıştırmaması gerekir⁷⁶². Örneğin, taşıma işi yapan bir işverenin çeşitli işler arasında bir fabrikanın taşıma işini üstlenmesi, bir temizlik firmasının diğer işlerinin yanında bir işyerinin temizlik işlerini alması alt işverenlik ilişkisi oluşmasını engeller⁷⁶³.

Buna karşılık doktrinde bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre söz konusu koşul, alt işverenin başka hiçbir işyerinde işçi çalıştıramayacağı anlamına gelmemektedir⁷⁶⁴. Zira böyle bir yorum işçileri koruma amacı taşıyan ve asıl işverenin sorumluluk ilkesini getiren yasanın amacına uymamakta ve düzenlemeyi kötünियetli uygulamalara açık hale getirmektedir⁷⁶⁵. Önemli olan husus, alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçisini (veya işçilerini) aldığı başka işte çalıştırmamasıdır⁷⁶⁶⁻⁷⁶⁷. O halde söz konusu koşulu ararken, her işçi yönünden

⁷⁶² Oğuzman, 12. Aydemir, 130. Narmanlıoğlu, 116-117. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 66. Aynı yazar, Asıl İşveren, 7. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 165. Nitekim Tuncay'a göre örneğin, taşıma işleri ile uğraşan bir kimsenin çeşitli işler arasında bir fabrikanın taşıma işlerini de yüklenmesi, bir temizlik işleri bürosunun bir işyerinin belirli zamanlarda temizlik işlerini alması durumlarında taşıma ve temizlik işletmesi, işçilerini münhasıran o işyerinde çalıştırmayacağı için alt işveren ilişkisi sonucu doğurmaz (Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 66. Aynı yazar, Asıl İşveren, 7). 1475 Sayılı Kanun döneminde Yargıtayın bu yönde kararları bulunmaktadır. bkz. Y9HD 25.6.1992, 6240/7357, Çimento İşveren, Eylül 1992, C:6, S:5, 35. Canbolat'ın karara ilişkin haklı eleştirisi, Y21HD, 3.10.1995, 4378/5132, Şen'in özel arşivi, Şen, Taşeronluk, 111, 112.

⁷⁶³ Oğuzman, 12.

⁷⁶⁴ Süzek, 143. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 25. Demircioğlu, 42. Akın, 235. Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 4. Çelik, 2008, 51, dn.25. Şahlanan, Konferans Notları, 71. Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Şahlanan, Kavram, 192- 193. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 32, 33. Yüksel, 50. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69. Ekonomi, Alt İşveren, 51. Özcan, 98. Çankaya/Çil, 2009, 28. Şen, Taşeronluk, 110. Uçum, 22. Canbolat, 68. Aynı yazar, Alt İşveren Kavramı, 217. Akın, 235. Çankaya, 22-23. Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 21. Kutal, 6. Ekonomi, Asıl İşveren, 8. Sümer, Uygulamalar, 25, Bu yönde Y9HD, 7.1.2005, 7189/35160, Çankaya/Çil, 2009, 223.

⁷⁶⁵ Şahlanan, Kavram, 192. Aynı yazar, Panel, İNTES, 81. Çankaya, 22-23.

⁷⁶⁶ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 25. Güzel, Alt İşveren, 51. Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 21. Ayan, 507. Ekonomi, Alt İşveren, 89- 90. Şen, Taşeronluk, 111. Yüksel, 50. Engin, İşveren, 184. Bu yönde Y9HD, 7.1.2005, 7189/35160, Çankaya/Çil, 2009, 223.

⁷⁶⁷ Aynı görüşteki Şen konuyu daha da genelleştirerek, alt işveren işçileriyle ilgili sorumluluğun saptanabildiği her durumu münhasıran çalışma saymanın yasanın işçileri koruyucu amacına daha uygun olacağını belirtmektedir. Buna göre asıl işveren açısından çalıştıkları süre belirlenebiliyorsa, örneğin işçiler değişmekle birlikte her gün 10 işçi çalıştırılıyorsa münhasıran çalışma koşulu gerçekleşmiş sayılmalıdır (Şen, Taşeronluk, 110). Kanımıza göre işçilerin her gün değiştiği bir durumda işverenlerin sorumluluğunun belirlenmesi güç olduğu gibi, sorumluluğun altında yatan gerekçenin açıklanması da zorlaşacaktır.

bağımsız bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Diğer bir deyişle asıl işverenden alınan işte münhasıran çalışması olmayan işçi, söz konusu alt işveren ilişkisi dışında değerlendirilecektir⁷⁶⁸. Bu durumda asıl işveren-alt işveren ilişkisi ancak, söz konusu işte çalışan işçilerin tamamının farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışmaya başlamaları ile tamamen sona erecektir⁷⁶⁹.

Bu konuya ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş, işverenin *belirli bir grup işçisini* sürekli olarak o işyerine tahsis etmesi gerektiğidir⁷⁷⁰. Bu görüşün karşıt anlamından “sadece bir işçinin” tahsis edilmiş olmasının o işçi açısından alt işveren ilişkisi doğurmadığı sonucunu çıkarmaktayız. Aynı şekilde diğer bir yazara göre de “tahsis edilen işçilerden *önemsiz bir kısmının* zaman zaman dönüşümlü olarak çalıştırılması da alt işveren ilişkisinin kurulmuş olduğunu kabul etmeye engel değildir”⁷⁷¹. Yazarın bu ifadesinin karşıt anlamından, dönüşümlü çalıştırılan işçi sayısı yüksekse, alt işveren ilişkisinin hiçbir işçi için oluşmayacağı sonucu çıkmaktadır⁷⁷². Bu anlama göre örneğin sadece bir işçi münhasıran çalıştırılıyor, diğer 50 işçi dönüşümlü çalıştırılıyorsa o bir işçi açısından da alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir. Kanımıza göre sadece *tek bir işçinin dahi* münhasıran o işyerinde çalıştırılması, -diğer koşullar da mevcutsa- *o işçi açısından* alt işveren ilişkisinin kabul edilmesi için yeterlidir⁷⁷³.

Konuya ilişkin 1475 sayılı yasa döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, münhasıran (sadece) o işyerinde çalıştırılma ifadesinden anlaşılması gereken,

⁷⁶⁸ Çankaya/Çil, 2009, 28. Yüksel, 50. Aynı yazar, Panel, İNTES, 81. Ekonomi, Alt İşveren, 51.

⁷⁶⁹ Süzek, 143. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 25. Mollamahmutoğlu, 142. Güzel, Alt İşveren, 51. Çankaya/Çil, 2009, 28. Çil, Alt İşveren, 18. Zira alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için, alt işveren işçilerinin bulunması ve bunlardan en az birinin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalışması gerekir (Çankaya/Çil, 28).

⁷⁷⁰ Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Sümer, Uygulamalar, 25. Akın, 235. Güzel’e göre de, “müteselsil sorumluluk kuralı işçilere karşı söz konusu olduğundan anılan koşul, alt işveren ve iş aldığı diğer işverenler yönünden değil, işçiler açısından değerlendirilecektir. Alt işverenin işçilerinin bir bölümünün sadece asıl işverene ait işte çalıştırılması, bu işçiler açısından müteselsil sorumluluk kuralının uygulanması açısından yeterli sayılacaktır. İşçilerin diğer bir bölümünün, bu işverenle birlikte farklı işverenlere ait işi de yapması halinde anılan kuralın, bu işçiler açısından uygulanması söz konusu olamayacaktır” (Güzel, Alt İşveren, 51). Ayrıca Süzek de alt işverenin “...bir grup işçisini asıl işverenin işine tahsis etmesi gerektiğinden” söz etmektedir (Süzek, 151). Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69. Şahlanan, Kavram, 192-193. Çankaya, 22.

⁷⁷¹ Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 21.

⁷⁷² Açık olmamakla birlikte yazarın bu ifade ile kastetmiş olabileceği bundan farklı bir sonuç, işçilerin önemsiz bir kısmı dönüşümlü olarak çalıştırılıyorsa, -tüm işçiler ve bu arada dönüşümlü çalıştırılan işler yönünden de- alt işveren ilişkisinin sona erdiğinden söz edilemeyeceği olabilir.

⁷⁷³ Aynı yönde, Ekonomi, Alt İşveren, 51.

işçilerin “*sırf o iş için işe alınmış ve o suretle çalıştırılan işçiler olmalarıdır*”⁷⁷⁴. Buna göre iş alanın esasen var olan işyerindeki işçilerden bir grubunu sürekli olarak o işyerinde çalıştırmış olması yeterli değildir. Çünkü bu görüşe göre, “kural olarak işçi, işveren arasındaki bağlantıyı kuran ve işçiyi o işyerinin işçisi yapan unsur; işçinin belirli bir işyerinde, o işyeri için yapılmış bir hizmet akdine istinaden çalıştırılmasıdır”⁷⁷⁵. Alt işverenin iş yaptığı yerin, ayrı bir işyeri olarak kabul edilmemesine dayanan bu görüşün, bugün için geçerliliği bulunmamaktadır.

Asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişkinin tek bir işyerinde değil, birden çok işyerinde bazı işlerin görülmesi üzerine kurulması olasılığını değerlendirmek gerekir. Örneğin asıl işverenin farklı şehirlerde bulunan işyerlerindeki temizlik işlerinin tek bir sözleşme ya da ayrı ayrı sözleşmelerle aynı işverene bırakılması söz konusu olabilir. Aslında kanunda yer alan “... bu iş için görevlendirdiği işçilerini, *sadece bu işyerinde aldığı işte* çalıştıran diğer işveren” ifadesi koşulun tek bir işyeri bazında öngörüldüğü izlenimini doğurmaktadır. Buna karşılık kanımıza göre bu konuda daraltıcı yorum yapılmamalıdır. Nitekim bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre, bu durumda münhasıran o işlerde çalıştırma koşulu alt işverenin tüm işyerleri bakımından değerlendirilmelidir⁷⁷⁶. Diğer bir deyişle, alt işveren işçilerinin aynı asıl işverenden alınan değişik işyerlerinde çalıştırılması olanaklıdır ve bu durum alt işveren ilişkisinin oluşmasını engellemez. Çünkü bu olasılıkta tek bir asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmaktadır ve işçi bu ilişki dışındaki işlerde çalıştırılmamaktadır⁷⁷⁷. Gerçekten de böyle bir durumda asıl işverenin sorumluluğunun belirlenebilmesi açısından da bir güçlük söz konusu olmayacaktır⁷⁷⁸.

Öte yandan, münhasıran çalıştırma koşulunun işyeri bazında mı ele alınacağı yoksa çalıştırılan iş açısından mı değerlendirileceği de tartışmalıdır. Bir görüşe göre sadece o işte görevlendirme şartı, alt işveren işçisinin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması ve *asıl işverenin diğer işlerinde de* çalıştırılmamasını ifade eder⁷⁷⁹.

⁷⁷⁴ Çubukçu, Alt İşveren, 23. Aynı yazar, Diğer İşveren, 66 vd. Aynı yönde Çenberci, 559. Tuncay, Alt İşveren İlişkisi, 66. Aynı yazar, Asıl İşveren, 7.

⁷⁷⁵ Çubukçu, Alt İşveren, 24.

⁷⁷⁶ Çankaya/Çil, 2009, 20. Şen, Taşeronluk, 110.

⁷⁷⁷ Çankaya/Çil, 2009, 20.

⁷⁷⁸ Aynı yönde Şen, Taşeronluk, 110.

⁷⁷⁹ Süzek, Alt İşveren, 67. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 26. Çankaya/Çil, 2009, 28. Çil, Alt İşveren, 18. Gerçekten de Çankaya ve Çil’e göre, “münhasıran çalıştırma koşulu”nun ihlalinin bir yolu, alt işveren işçilerinin asıl işverenden alınan işlerde çalışmalarının yanı sıra asıl işverenin diğer işlerinde de çalıştırılmalarıdır (Çankaya/Çil, 2009, 64).

Buna göre 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. Oysa sadece asansör montajında çalışan işçiler yönünden böyle bir ilişkinin varlığı kabul edilmelidir⁷⁸⁰. Diğer bir görüşe göre ise işverenin “sadece o işte çalıştırma şartı” söz konusu işçilerin *başka işyerlerinde dönüşümlü olarak* çalıştırılmaması olarak anlaşılmalı, iş alınan yerde işçilerin zaman zaman başka işlerde çalıştırılmasının somut olay bakımından muvazaalı hukuki ilişki oluşturup oluşturmadığı araştırılmalıdır⁷⁸¹.

Kanımıza göre de aynı işverene ait farklı işyerlerinde çalıştırılmayı alt işveren ilişkisi açısından bir engel görmeyip, aynı işyerinde farklı işlerde çalıştırılmayı engel görmek bir çelişkidir. Ayrıca bu görüşün kabul edilmesi kötüye kullanılmaya açık olduğu gibi, bunun sonucunda -haklı bir gerekçe olmaksızın- işçilerin hakları İK m.2 de yer alan güvenceden yoksun bırakılmaktadır. Bu sebeple eğer olayda muvazaa söz konusu değilse, işçilerin aynı işyerinde alt işverenin farklı işlerinde çalıştırılması, münhasıran çalıştırma koşulunun gerçekleşmiş kabul edilmesine bir engel görülmemelidir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, alt işveren işçilerinin fiili olarak alt işveren sözleşmesinde belirtilen işlerden farklı işlerde çalıştırılmaları durumu, bir muvazaa ölçütü olarak kabul edilmektedir⁷⁸².

Sonuç itibarıyla, olayda “dönüşümlü çalışma” söz konusuysa alt işveren ilişkisinden söz edilemez⁷⁸³. Örneğin temizlik firması olan alt işveren, söz gelimi 500 kişilik bir işçi portföyüne sahipse, 5 firmanın temizlik işini almış ve bu 500 kişiyi bu yerlerde dönüşümlü çalıştırıyorsa alt işveren niteliğine sahip değildir. Ancak belli bir işçi kadrosunu belirli bir işyerine tahsis etmişse alt işveren ilişkisi oluşabilir⁷⁸⁴. Aynı şekilde örneğin yine bir temizlik firması sabah 08:00-09:00 arasında bir bankanın, 09:00-10:00 arasında diğer bir işyerinin temizliğini yapıyorsa ve aynı işçileri her iki işyerinde de çalıştırıyorsa, burada asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır⁷⁸⁵.

Buna karşılık, işçi (uzun sayılabilecek) belirli bir dönem asıl işverene ait işyerinde alt işveren işçisi olarak çalıştıktan sonra, diğer bir dönem için başka bir

⁷⁸⁰ Çankaya/Çil, 2009, 28.

⁷⁸¹ Alpagut, Yeni Yapılanma, 57.

⁷⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü bölüm, §1, IV, 1, d.

⁷⁸³ Şahlanan, Konferans Notları, 71. Aynı yönde Ayan, 507. Gerek/Oral, 32. Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Narmanlıoğlu, 116. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 31.

⁷⁸⁴ Şahlanan, Konferans Notları, 71.

⁷⁸⁵ Günay, Alt İşveren, 34.

işverenin işyerinde çalışıyorsa alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecek midir? Bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre, bu dönemler ayrı ayrı ele alınmak suretiyle münhasıran çalıştırma koşulunun değerlendirilmesi gerekir⁷⁸⁶. Nitekim Yargıtayın konuyla ilgili olarak incelediği bir olayda, işçi sürekli olarak aynı alt işverene bağlı olarak çalışmakla birlikte, 27.12.1999-3.7.2000 tarihlerinde bir (asıl) işverenden alınan işte, 3.7.2000-21.2.2001 tarihlerinde diğer bir (asıl) işverenden alınan işte çalıştırılmış ve iş sözleşmesi bu işyerinde çalışırken feshedilmiştir⁷⁸⁷. Davalılardan önceki (asıl) işveren, olayda münhasıran çalıştırma koşulunun sağlanmadığını belirterek alt işveren ilişkisinin bulunmadığı savunmasını yapmıştır. Yüksek mahkeme ise isabetli olarak, -sorumlulukları yönünden bir ayırım yapmak suretiyle⁷⁸⁸- ayrı ayrı işverenler yönünden asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığını kabul etmiştir.

Bir görüşe göre işyeri değiştirilen işçinin işyerinin neden değiştiğinin araştırılması önem taşımaktadır⁷⁸⁹. Bu görüşe göre bu önem, hakkın kötüye kullanılması durumunun söz konusu olup olmadığının tespiti açısından olduğu kadar, işçinin geçici olarak başka bir işyerinde görevlendirilme olasılığından da kaynaklanır. Acaba münhasıran çalışan alt işveren işçilerinden biri veya birkaçı geçici iş ilişkisiyle veya başka bir sebeple geçici bir süre başka bir işveren nezdinde çalışsa alt işveren ilişkisi sona erer mi? Bir görüşe göre böyle bir durumda bu işçi için alt işveren ilişkisi ve bu ilişkiden kaynaklanan güvenceler ortadan kalkmaz⁷⁹⁰. Diğer bir deyişle, asıl işverenden alınan işte münhasıran çalıştırılan işçinin *geçici bir*

⁷⁸⁶ Çankaya/Çil, 2009, 27. Alpagut’a göre de bir yıl bir işyerinde çalışan diğer yıl bir başka işveren nezdinde çalışan alt işveren işçisi açısından her iki asıl işverenin de İK m.2 çerçevesinde –kendi işyerlerinde çalışılan süre ve işçilik hakları ile sınırlı bir biçimde- sorumlulukları söz konusu olacaktır (Alpagut, Yeni Yapılanma, 58). Çil’e göre, diğer işyerlerinde görevlendirmenin günlük ya da saatlik olması durumunda bu işçi yönünden alt işveren ilişkisinin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır (Çil, Alt İşveren, 17). Öte yandan doktrinde, en sağlıklı olan durumun, işçinin alt işverenle olan iş ilişkisi elverdiği takdirde alt işveren ilişkisinin devamı süresince münhasıran o işyerinde çalıştırılması olduğu belirtilmiştir (Akyiğit, C.1, 106. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 27). Mollamahmutoğlu’na göre ise bu koşul, asıl işveren alt işveren ilişkisinin konusunu oluşturan işin devam ettiği süreyle sınırlı bir husustur (Mollamahmutoğlu, 143).

⁷⁸⁷ Y9HD, 11.5.2004, 1127/11276, Çankaya/Çil, 2009, 279-280. Yargıtay anılan kararda, işçinin önceki asıl işverenden alınan işte çalışmasını “uzun bir süre” olarak nitelendirmiştir. Bu durumda yüksek mahkemenin yaklaşık 7 aylık bir süreyi uzun kabul ettiği anlaşılmaktadır. Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 11.5.2004, 1126/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, 4.

⁷⁸⁸ Yargıtayın sorumluluk yönünden yaptığı ayırım, ikinci bölümde ele alınacaktır (Bkz. Aşa, İkinci Bölüm, § 3, I, 2).

⁷⁸⁹ Özcan, 98.

⁷⁹⁰ Özcan, 98. Aydınli, Alt İşveren, 190 vd. Aydınli’ya göre, bu geçici süre zarfında “müteselsil sorumluluk” askıda kalır (Aydınli, Alt İşveren, 192).

süre için başka bir işte çalıştırılması durumunda alt işverenlik ilişkisinin sona erdiği sonucuna varılmamalıdır⁷⁹¹. Gerçekten de bizim de katıldığımız bu görüşe göre sözgelimi 3 yıldan beri münhasıran asıl işverenden alınan işte çalıştırılan alt işveren işçisinin arada 3-5 gün süreyle başka bir işte çalıştırılmış olması durumunda alt işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği sonucuna varılması dürüstlük kuralına aykırı olduğu gibi, kötüye kullanılmaya da çok açık bir durum oluşturur⁷⁹².

Buna karşılık işçinin “geçici iş ilişkisiyle” başka bir işverene ait işyerinde görevlendirilmesi durumunda aynı sonuca ulaşmak güç gözükmemektedir. İK m.7 hükmüne göre, geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yapılır ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir (İK 7/2). Buna göre geçici iş ilişkisi altı ay veya iki defa da yenilenmek suretiyle on sekiz ay sürdüyse, söz konusu işçinin/işçilerin “münhasıran o işyerinde alınan işte çalıştıklarından” ve dolayısıyla bu işçiler için “alt işveren ilişkisinin devam ettiğinden” söz etmek mümkün olmaz. Bu durumda, geçici iş ilişkisinin sürdüğü müddetçe işçinin hakları konusunda İK m.7 hükmü uygulanmalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, münhasıran çalıştırma koşulunun sadece sözleşmede yazması yeterli görülmemeli, fiili durum araştırılmalıdır⁷⁹³. Buna göre işçiler fiilen sadece o işyerinde çalıştılsa, alt işveren ilişkisinin söz konusu unsuru gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Aksi takdirde tarafların sözleşmeye koyduğu tek bir hükümle, alt işveren ilişkisi ve buna ilişkin hukuki sonuçlardan kurtulabilmeleri imkanı tanınmış olur ki, bu durum kabul edilemez.

§4. Alt İşveren İlişkisinin Benzer İlişkilerden Ayırt Edilmesi

Alt işveren kavramı iş hukukundaki bazı kavramlarla benzerlik arz ettiğinden,

⁷⁹¹ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 70. Canbolat, 68, 69. Akyiğit, Alt İşverenlik, 27. Aydın, Alt İşveren, 190 vd.

⁷⁹² Akyiğit, Şerh, C.1, 106, 117. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 27. Bununla birlikte işçinin geçici olarak başka bir iş için işvereni tarafından görevlendirildiği sırada, asıl işverenin sorumluluğu da bu işçi bakımından askıda kabul edilmelidir. Zira sözgelimi işçi geçici görevle gittiği yerde bir iş kazasına uğrarsa, bundan asıl işveren sorumlu tutulamaz. Ancak işçi tekrar işyerine döndükten sonra bir kazaya uğrarsa bundan asıl işveren de sorumlu tutulabilir (Yüksel, 50. Canbolat, 69. Akyiğit, Şerh, C.1, 117).

⁷⁹³ Yargıtayın aksi yönde kararı için bkz. Y9HD, 4.3.1991, 11890/3190, YKD, C:17, S:8, Ağustos 1991, 1204-1205. Şen’in karara ilişkin haklı eleştirisi için bkz. Şen, Taşeronluk, 110. Ayrıca bkz. Demir, Başlıca Yenilikler, 92. Süzek, 151. Soyer’de, “münhasıran çalıştırma” koşulunun gerçekleşmesi ile alt işveren işçileriyle asıl işveren arasında müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını haklı kılan “fiili ilişki”nin kurulmuş sayılabileceğini belirterek, fiili ilişkinin önemine dikkat çekmiştir (Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 21).

bu kavramlarla arasındaki farklılıkların ortaya konulması kavramın anlaşılması açısından önem taşımaktadır. Ayrıca özellikle alt işveren ilişkisine getirilen sınırlamaları, iş aracılığı veya geçici iş ilişkisi yoluyla aşma arayışları göz önünde tutulduğunda bu kavramlar arasındaki ayrımların ortaya konmasının önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

I. Alt İşverenlik- İşyerinin Bir Bölümünün Devredilmesi

4857 sayılı Kanunda 1977 tarihli Avrupa Birliği yönergesi çerçevesinde işyeri ve işyeri bölümü devri düzenlenmiştir. İK m. 6 uyarınca, *“işyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür”*. Öte yandan aynı maddenin devamında *“devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır”* hükmü yer almaktadır.

İşyerinin tamamının başka bir işverene devredilmesi durumunda, alt işveren ilişkisinden değil, sadece işyeri devrinden söz edilir⁷⁹⁴. Çünkü asıl işin tamamının alt işverene bırakılması durumunda, alt işveren ilişkisinin unsurlarından biri olan, *işin geri kalan kısmında işçi çalıştırma* unsuru ortadan kalkacaktır.

Buna karşılık işyerinin bir bölümünün diğer bir işverene devredilmesi durumunda, alt işveren ilişkisi ile işyerinin bir bölümünün devrinin⁷⁹⁵ aynı anda gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı ve eğer bu mümkünse söz konusu olaya hangi hukuki kuruma ilişkin hüküm ve sonuçların uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Eğer alt işveren ilişkisinin ve işyeri devrinin aynı anda gerçekleşmeyeceği sonucuna varılırsa, iki kurumu birbirinden ayıran kıstasların

⁷⁹⁴ Çankaya/Çil, 2009, 22. Çelik, 2008, 51. Çankaya, 17.

⁷⁹⁵ Doktrinde Centel, “işyerinin bir bölümünün devri” kavramının işyerinin bir bütün olması esası karşısında isabetli olmadığını, bununla “işyeri bölümünün devri”nin kastedildiğini belirtmektedir (Centel, Bölüm Devri, 6). Bu bağlamda işyeri bölümü, “asıl işyerinden coğrafi olarak uzakta bulunmayıp, örgütlenme ve sorumluluk alanı bakımından ondan bağımsız olmayan ama işyerinin ana amacı içinde iş tekniğine ilişkin belirli kısmi amaçları bağımsız biçimde izleyebilen yerleri” ifade etmektedir (Centel, Bölüm Devri, 6). Bir diğer tanıma göre işyeri bölümü, kısmi teknik amaca sahip ve bu işlevini ayrıldığı işyerinden bağımsız şekilde sürdürebilen bir organizasyon birimidir (Ekonomi, Kısmi Devir, 340). Ayrıca bkz. Yenisey, 240 vd.

ortaya konması gerekir. Buna karşılık iki kurumun aynı anda aynı olayda bir araya gelebileceği kabul edilirse, söz konusu olaya hangi kurumun hukuki sonuçlarının uygulanacağını tespiti gerekir. Alt işveren ilişkisinde asıl işveren alt işverenin işçilerine karşı iş yasasından, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte müteselsilen sorumludur. Buna karşılık devir durumunda devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur. Buna göre devreden işverenin devirden sonraki borçlardan sorumluluğu bulunmadığı gibi, devirden önce doğmuş bulunan borçlardan sorumluluğu da devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır⁷⁹⁶.

Öte yandan işyerinin bir bölümünün devrinde, “işletme veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” koşulu aranmamaktadır. Ayrıca aşağıda görüleceği üzere⁷⁹⁷, işveren daha önce yanında çalıştırdığı kişi ile alt işveren ilişkisi kuramazken bu kişiye işyerini devretmesi mümkündür. Yine, alt işveren ilişkisinde asıl işverenin işçileri alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanamazken; işyerinin bir bölümünün devrinde mevcut iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla kendiliğinden devralana geçer. Öte yandan, alt işveren ilişkisine getirilmiş olan sınırlamalar ve yükümlülükler, alt işveren ilişkisi yerine muvazaalı veya hileli olarak görünüşte işyerinin kısmi devri yoluna gidilmesi sonucunu doğurabilir⁷⁹⁸. Dolayısıyla bu iki kurum arasındaki farkın veya bağlantının ortaya konması bu açıdan da önem taşımaktadır. Bu fark veya bağlantıya, yasada her iki konuyu düzenleyen hükümlerde yer verilmediğinden, doktrinde bu konuya ilişkin çok farklı görüşler ileri sürülmektedir.

1. İki Normun Birbirini Dışladığı Görüşü

Bir görüşe göre, İK m. 6 ve İK 2/6 maddeleri arasında bir çatışma hiçbir koşulda söz konusu olmaz⁷⁹⁹. Diğer bir deyişle, somut olayda bir işyeri devri söz

⁷⁹⁶ Süzek, 2008, 89. Alpagut, Yeni Yapılanma, 22. Çankaya/Çil, 2009, 41. Şahlanan, İşyeri Devri, 2-3. Süzek, ayrıca işyerinin (kısmi) devrinin işçilerin onayını gerektirmediğini vurgulamaktadır (Süzek, 2008, 189). Ekmekçi de, her iki kuruma ilişkin hükümler birlikte uygulandığında bir çözümsüzlüğün ortaya çıktığını belirtmektedir (Ekmekçi, Tasarı, 88).

⁷⁹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, §1, III, 1.

⁷⁹⁸ Süzek, 2008, 189.

⁷⁹⁹ Güzel, Alt İşveren, 39-40, 57-58. Süzek, 2008, 189 vd. Şahlanan, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83. Aynı yazar, Devir, 2-4. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69. Çelik, 2008, 52. Çankaya, 21-22.

konusuysa alt işveren ilişkisinden, alt işveren ilişkisi mevcutsa işyeri devrinden söz edilemez. Çünkü asıl işveren alt işveren ilişkisi ile işyerinin bir bölümünün başka bir işverene devri birbirinden tamamen farklı hukuki mekanizmalardır. Nitekim işyerinin bir bölümünün devri durumunda, işyerinin devredilen kısmı artık yeni işverene geçer ve bu yer açısından devreden işverenin işverenlik sıfatı ortadan kalkar. Bu sonuç, devre temel teşkil eden işlem -kira sözleşmesi gibi- geçici süreli bir ilişki kuran bir işlem olsa da değişmeyecektir. İşyerinin devredilen bölümünde çalışan işçiler, asıl işveren alt işveren ilişkisinden farklı olarak *sadece tek bir işveren yani devralan işveren yararına* çalışmaktadırlar⁸⁰⁰. Zira yasanın gerekçesinde de belirtildiği üzere, işyerinin devri halinde iş ilişkisinin işveren tarafı kanunen değişmektedir⁸⁰¹. Oysa alt işveren ilişkisinde alt işveren ve işçileri aynı zamanda asıl işveren yararına faaliyette bulunurlar⁸⁰².

İki kurumun aynı anda gerçekleşmeyeceği görüşünde olan diğer bir yazar, devri mümkün bir işyeri bölümünden söz edebilmek için öncelikle “*sürekli bir biçimde kısmi teknik amacın gerçekleşmesi için örgütlenmiş, maddi veya maddi olmayan unsurlar ve işgücünden oluşan, bağımsız bir birliğin varlığı*” gerektiğini vurgulamaktadır⁸⁰³. Diğer yandan, yine işyerinin (kısmi) devri için, maddi ve maddi olmayan unsurlarla işgücünün devri gerekmektedir. Bu sebeple “ *taraflar arasındaki sözleşmede faaliyetin diğer işveren tarafından sağlanması dışında maddi ve maddi olmayan unsurların ve işgücünün devri söz konusu değilse*” kısmi devirden değil, alt işveren ilişkisinden söz edilmelidir⁸⁰⁴.

Her ne kadar hakları kısıtlanmamak koşuluyla işçilerin işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi alt işveren ilişkisinde de söz konusu olabileceksen de yazara göre böyle bir durumda iki kurumu birbirinden ayırt etmek için şu ölçütlere

Çankaya/Çil, İşyeri Devri, 393 vd. Aydın, Alt İşveren, 233. Benzer yönde bkz. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 69-70. Doktrinde Çelik, bu görüşünden önce farklı olarak, işyerinin kısmi devri ile alt işveren ilişkisinin bir arada gerçekleşebileceği, böyle bir durumda ise 2. madde kuralının uygulanmayacağı, bu kuralın kısmi devir dışındaki işler için uygulanması gerektiği görüşündeydi (Çelik, 2003, 50).

⁸⁰⁰ Güzel, Alt İşveren, 57-58. Süzek, 2008, 189. Aynı yönde, Engin, Değerlendirme 2004, 42.

⁸⁰¹ Güzel, Alt İşveren, 57-58.

⁸⁰² Süzek, 2008, 189. Engin, Değerlendirme 2004, 42.

⁸⁰³ Süzek, 2008, 189.

⁸⁰⁴ Süzek, 2008, 190. Yenisey, Değerlendirme 2004, 34-35. Bununla birlikte işyerinin kimliğini belirleyen unsur, temizlik işlerinde olduğu gibi işgücü ise ve devredilen işçiler işyeri bölümünün eski faaliyetini devam ettirecek sayı ve nitelikteyse, sadece işgücünün devri de işyerinin kısmi devri sayılabilir (Yenisey, Değerlendirme 2004, 34-35).

başvurulması gerekir.⁸⁰⁵ “Alt işveren ilişkisinde alt işveren, asıl işverene ait işyerinde belli bir işi almıştır. Devralan işveren ise işyerinin bir bölümünü sürekli olarak (satış) veya belli bir süre için (kira) elde etmiştir, yani bu bölüm ona geçmiştir”⁸⁰⁶. Ayrıca işyerinin devrinde, devralan işveren kendisi için, işçiler ise devralan işveren yararına çalışırlar. Alt işveren ilişkisinde ise alt işveren ve işçileri aynı zamanda asıl işveren yararına faaliyette bulunurlar. Çünkü alt işveren, asıl işverenin faaliyet bütünlüğü içinde yer alır; asıl işte veya yardımcı işte iş almak suretiyle onun nihai mal ya da hizmet sürecine katılır. Başka bir deyişle, alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin işin bir parçasıdır⁸⁰⁷. İşyerini kısmen devralan işveren ise, işyerini devreden işverenin üretim süreci dışında yapılandırır, kendi faaliyet alanına dahil eder⁸⁰⁸.

Aynı görüşte olan diğer bir yazara göre alt işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimi, asıl işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimini tamamlar ve bu üretim asıl işveren dışında, üçüncü şahıslara yönelik olamaz⁸⁰⁹. Diğer yandan, alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin iş aldığı işlerde, asıl işverenin işin yürütümü ve denetimi konusunda bir söz hakkı vardır; oysa işyerinin kısmi devrinde devralan işveren, devraldığı işyerinde her türlü tasarruf yetkisine sahiptir. Bununla birlikte yazar, kiralama yoluyla oluşturulan işyeri devrinde, devreden işverenin mülkiyet hakkına dayanan hakları saklı olduğunu da ayrıca vurgulamaktadır⁸¹⁰.

İşyerinin bir bölümünün devri ile işin bir bölümünün alt işverene bırakılması kurumlarının birbirinden tamamen farklı olduğunu savunan diğer bir yazara göre, bu iki kavramı birbirinden ayıran kıstas “geçiciliktir”⁸¹¹. Bu görüşe göre alt işveren ilişkisinde geçici bir durum söz konusudur. Alt işveren asıl işverene ait işyerinden

⁸⁰⁵ Süzek, 2008, 189-190.

⁸⁰⁶ Süzek, 2008, 189. Aynı görüşte bkz. Şahlanan, İşyeri Devri, 3.

⁸⁰⁷ Süzek, 2008, 190. Aynı görüşte Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Aynı yazar, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83. Tuncay’a göre her bağımsız olayda, söz konusu işyerinde imal edilen şeylerin veya görülen hizmetlerin, devreden esas işyerinden başka müşterilere de yönelik olup olmadığı ya da esas işyerinin ihtiyaçlarını başka işyerlerinden de karşılayıp karşılamadığını araştırmak gerekir. Eğer bu sorulara olumlu cevap veriliyorsa ayrı ayrı bağımsız işyerlerinden söz edilebilir ancak alt işveren ilişkisinden söz edilemez çünkü bu durumda bu işyerleri *birbirinden bağımsız sonuçlara* yöneliktirler. Yazara göre yukarıdaki örneklerde kesin bir yargıya varmak da doğru değildir; nitekim aksi durum da söz konusu olabilir. Sonuç itibarıyla yazar, tamamen bağımsız iki ayrı işyeri veya alt işveren ilişkisinin bulunması ayrımını “iki işyerinin bağımsız bir amaca (sonuca) yönelik olup olmamasına” göre yapmaktadır (Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 70. Aynı yazar, Asıl İşveren, 9).

⁸⁰⁸ Süzek, 2008, 190.

⁸⁰⁹ Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Aynı yazar, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83.

⁸¹⁰ Şahlanan, İşyeri Devri, 3.

⁸¹¹ Çankaya/Çil, 2009, 41. Aynı yazarlar, İşyeri Devri, 393 vd.

belli bir işi almışken; devralan işveren işyerini elde etmiştir. Yine bu görüşe göre burada asıl sorun, işyerinin bir bölümünün uzun süren kira ilişkisi ile başkasına devri halinde ortaya çıkar. Örneğin belediyeye ait bir sosyal tesisin işletmeciliği ihale yoluyla 49 yıllığına ve kira ilişkisine dayanılarak bir şirkete verildiyse işyeri devrinden mi yoksa alt işveren ilişkisinden mi söz etmek gerekir? Bu noktada, sosyal tesisi kiraya veren belediyenin “işin yürütümü ile ilgili bir tasarruf hakkının olup olmadığına” bakmak gerekir. Eğer belediyenin böyle bir hakkı yoksa alt işveren ilişkisi değil işyeri devri söz konusu olur. Buna göre işyerinde bulunan araçlar, makine, alet ve işin yürütümü ile ilgili diğer her türlü donanım kiracıya devredildiyse kiraya verenin kira ilişkisi boyunca –çıplak mülkiyet hakkından doğan hakları hariç- işyerinin o bölümünde hiçbir tasarruf hakkı kalmadığı kabul edilmeli ve aradaki ilişkinin işyeri devri niteliğinde olduğu sonucun varılmalıdır. Bununla beraber yine bu görüşe göre, kira ilişkisinin uzun süreli olması, kiraya veren işverenin tasarruf yetkisini devrettiği ve işlemin işyerinin bir bölümünün devri niteliğinde olması olasılığını artırmaktadır⁸¹².

Öte yandan bu görüşe göre kiraya veren işverenin kiraladığı bölümde tasarruf yetkisinin devam ettiğini gösteren diğer bir kıstas, kiralanan bölümde kiraya veren işverenin işçi çalıştırmasıdır⁸¹³. O halde, işyerinin bir bölümünün kiralınmasına rağmen kiraya verilen bölümde her iki işveren işçilerinin birlikte çalışması ve işyerinde mal veya hizmet üretimine yardımcı donanım üzerinde tasarruf yetkisinin kiraya veren işverende kalması durumunda her iki işveren arasındaki ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi niteliğinde olduğu düşünülmelidir⁸¹⁴.

Alt işveren ilişkisi ve işyerinin bir bölümünün devrinin bir arada gerçekleşmeyeceğini savunan diğer bir yazarın dayandığı temel gerekçe, alt işverenin bu sıfatla faaliyet gösterdiği yerin ayrı bir işyeri sayılmadığı görüşüdür⁸¹⁵. Bu görüşe göre kısmi devir durumunda alt işverenlik ilişkisi yoktur; birbirinden farklı iki ayrı işveren ve iki ayrı işyeri vardır. Alt işverene bırakılan yardımcı iş veya asıl işin bir bölümü bir işyeri olarak kabul edilemez. Alt işverenin kendisine bırakılan asıl işin bir

⁸¹² Çankaya/Çil, 2009, 41. Aynı yazarlar, İşyeri Devri, 393 vd.

⁸¹³ Yazarlara göre, kiraya veren işveren işçilerinin de bu bölümde çalışmaları halinde bu işçiler ile işverenler arasındaki ilişkinin geçici iş ilişkisi veya hizmet akdi devri niteliğini taşıması olasılığı da bulunmaktadır (Çankaya/Çil, 41- 42. Aynı yazarlar, 395).

⁸¹⁴ Çankaya/Çil, 2009, 42. Aynı yazarlar, İşyeri Devri, 394-395.

⁸¹⁵ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 4. Aynı yazar, 147.

bölümü veya yardımcı iş itibarıyla bağımsız bir işyeri yoktur; bu bakımdan alt işveren işçilerini daima başkasının işyerinde çalıştırmaktadır⁸¹⁶. Zira kanunda da asıl işverenin işyerinde yürütülen yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünde iş almaktan bahsedilmektedir.

Bu görüşteki diğer yazarlara göre, işyerinin bir bölümünün devredilmesi durumunda alt işveren ilişkisinden söz edilemez çünkü devralınan bölümde sadece tek bir işveren söz konusudur⁸¹⁷. Böyle bir durumda olaya işyeri devrini düzenleyen İK 6 hükmünün uygulanması gerekir. Ayrıca işyeri bölümü devrinde, işyeri araçlarının ve devralınan bölümde çalışan işçilerin de devralınması söz konusudur. Oysa alt işveren ilişkisinde işyeri araçları, bu arada know-how ve işçinin devralınma zorunluluğu yoktur⁸¹⁸. Öte yandan alt işveren ilişkisinde, “bir nevi işyeri fonksiyonunun devri” söz konusudur. Bununla birlikte, işyeri bölümü devralındıktan sonra devralan işverenin devraldığı yerde yasal sınırlar içerisinde alt işveren ilişkisi kurmasına bir engel yoktur⁸¹⁹.

2. İki Normun Birbirini Dışlamadığı Görüşü

Diğer bir görüşe göre, bazı durumlarda iki kurumun bir arada gerçekleşmesi söz konusu olmayacağı gibi, bazen aynı olayda ortaya çıkmaları mümkün olabilecektir⁸²⁰. Bu görüşteki yazarlardan birinin ortaya koyduğu kıstas, işi alan işverenin “iş vereren işverenin faaliyet ve organizasyon alanında” yer alıp almamasıdır⁸²¹. Buna göre, devralan işveren söz konusu bölümü devreden işverenin faaliyet ve organizasyon alanının tamamen dışında kendi organizasyon ve faaliyet bütünlüğü içerisine katarsa, sadece işyerinin bir bölümünün devrinden söz edilecek ve olaya İK m 6 hükümleri uygulanacaktır. Yazarın bu duruma verdiği örneğe göre, “bir otelin hemen yanındaki restoranın, bir başka işverene işletme kirası, intifa hakkı tanınması gibi hukuki vasıtalarla devri durumunda, devralan işverenin bu bölümü tamamen kendi faaliyet alanına dahil etmesi ve bölümün devreden işverene ait

⁸¹⁶ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 4.

⁸¹⁷ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69.

⁸¹⁸ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69.

⁸¹⁹ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69.

⁸²⁰ Ekmekçi, Tasarı, 88. Alpagut, Yeni Yapılanma, 21-22-23. Aynı yazar, İşyeri Devri, 97 vd. Engin, Üçlü İş, 19 vd. Yenisey, 244. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 21. Akyiğit, Şerh, C.1, 100. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 4. Özkaraca, 90 vd.

⁸²¹ Alpagut, Yeni Yapılanma, 21-22-23. Aynı yazar, İşyeri Devri, 97 vd. Aynı yönde Özkaraca, 92 vd.

*faaliyet bütünlüğünün dışına çıkarılması, ayrı bir kimlik altında yapılandırılması durumunda işyerinin bir bölümünün devri bulunmaktadır. Örneğin restoranın Hilton oteller zincirinden Sheraton otelleri zincirine dahil olması gibi*⁸²².

Bununla birlikte yazara göre işyerinin bir bölümünün devrinde devralan işveren, bu bölümü devreden işverenin üretim ve faaliyet süreci içerisinde yer alacak şekilde de yapılandırabilir. “Örneğin, otelin restoranının yine işletme kirası veya intifa hakkı tanınmak suretiyle başka bir işveren tarafından işletilmesi ancak devreden işverenin organizasyon bütünlüğü içerisinde, oradaki üretim veya hizmet sürecinde faaliyet göstermesi durumunda işyerinin bir bölümünün devri ile birlikte asıl işveren alt işveren ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Restoranın yine Hilton otellerinin hizmet süreci içerisinde, bu otelin müşteri çevresi için hizmet sürdürmeye devamında her iki hukuki ilişki bir arada bulunacaktır. Anılan durum yardımcı işler için olduğu kadar bir tekstil fabrikasının boyama ünitesinin devrinde olduğu gibi asıl işin bir bölümünde de görülebilir. Bu bağlamda işyerinin bir bölümünün devri ve asıl işveren alt işveren ilişkisi kural olarak birbirleriyle örtüşen kavramlar olmamakla birlikte, anılan durumlarda – bu esas itibarıyla salt bölüm devri oluşturabilecek nitelikteki bir işin görülmesinin başka bir işverene verilmesinde söz konusu olabilecektir- her iki kurumun koşul ve uygulama alanının çatışması ortaya çıkmaktadır”⁸²³. Yazara göre böyle bir çatışma durumunda İK 2. maddede öngörülen sınırlamaların muvazaalı uygulamaları önlemek amacına dayandığı temel alındığında, hukuki ilişkiye kural olarak 2. maddedeki hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir⁸²⁴.

Benzer görüşü paylaşan ve konuyu Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ışığında ele alan diğer bir yazara göre, işyeri devri ve alt işveren ilişkisi normları birbirini dışlamamaktadır⁸²⁵. Çünkü öncelikle her iki normun koruma amaçları farklı

⁸²² Alpagut, Yeni Yapılanma, 22. Aynı yazar, İşyeri Devri, 95 vd. Aynı yönde Özkaraca, 92 vd.

⁸²³ Alpagut, Yeni Yapılanma, 22. Aynı yazar, İşyeri Devri, 95 vd. Yazara göre bölüm devrine konu oluşturan hukuki işlemin –örneğin kira sözleşmesinin- herhangi bir süreye bağlanmış olup olmaması ilişkinin değerlendirilmesi bakımından önem taşımamaktadır (Alpagut, Yeni Yapılanma, 22). Yine yazara göre örneğin, bir kaplıca otelinin spa merkezinin başka bir işverene verilmesi alt işveren ilişkisi oluşturabileceği gibi, bu iş ile birlikte işyeri bölümünü oluşturan maddi olan ve olmayan unsurların da (sözelimi aletler, terapi cihazları, özel nitelikli personel) devri söz konusu ise, İK 6 anlamında bir devirden söz edilebilir (Alpagut, İşyeri Devri, 97).

⁸²⁴ Alpagut, Yeni Yapılanma, 23, 82. Aynı yazar, İşyeri Devri, 95 vd. Aynı yönde Özkaraca, 96. Yazara göre bu durumda salt bölüm devrine ilişkin hükümlerin uygulanması, kapsam ve hukuki sonuçları bakımından iki ayrı asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğmasına neden olabilecektir (Alpagut, Yeni Yapılanma, 23).

⁸²⁵ Yenisey, 244.

grupları hedef almaktadır. Buna göre işyeri bölümü devrine ilişkin normun amacı asıl işverenin işçilerinin işçilik haklarının korunması iken, alt işveren ilişkisine ilişkin hükümde amaç, alt işverenin işçilerinin işçilik haklarının korunmasıdır. Bir işin alt işverene verilmesi aynı zamanda bir işyeri bölümü devri oluşturuyorsa, bunun hukuki sonucu olarak, bu bölümde çalışan asıl işveren işçilerinin iş sözleşmeleri (bölümü devralan) alt işverenle aynı koşullarda sürecektir. Bölümü devralan alt işverenin bu işçileri çalıştırmama ya da daha düşük koşullarda çalıştırma hakkı olmayacaktır. Öte yandan, alt işverenin işçisi haline gelmiş bu işçilerin alt işverenden olan alacaklarından asıl işveren de sorumlu olacaktır⁸²⁶.

Yazar bu noktada “*asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağına*” ilişkin hükmün bir çelişki yaratıp yaratmadığını sorgulamaktadır⁸²⁷. Buna göre eğer öğretide bazı yazarlarca ileri sürüldüğü gibi, bu hükümle asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmasına ilişkin mutlak bir yasak getirilmediği, yalnızca işçilerin hakların kısıtlanmasının yasaklandığı kabul edilirse⁸²⁸ bir çelişki söz konusu olmaz. Böylece eğer olayda bir muvazaa da söz konusu değilse, bir yandan devredilen işin aynı işçilerle sürmesi sağlanırken, diğer yandan da bu işçilerin işçilik hakları korunacaktır. Her iki kurumun bir arada gerçekleşmesi durumunda, işyeri bölümü devri nedeniyle asıl işveren işçileri alt işverenle çalışmaya devam etse bile sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla birlikte alt işverene geçeceğinden, aynı zamanda kanuna uygun bir alt işveren ilişkisinin gerçekleşmiş olduğundan söz edilebilecektir⁸²⁹.

⁸²⁶ Yenisey, 245.

⁸²⁷ Yenisey, 248. Aynı yönde Özkaraca, 90 vd.

⁸²⁸ Bu görüş için bkz. Üçüncü Bölüm, §1, III, 2, a.

⁸²⁹ Yenisey, 248-249. Aynı yönde Akyiğit, Şerh, C.1, 108. Yenisey ayrıca, Adalet Divanı’nın işyeri devri olarak nitelendirdiği pek çok durumun, örneğin temizlik işlerinin veya kantin işletmesinin başka bir işletmeye verilmesinin Türk hukukunda alt işveren ilişkisi olarak kabul edildiğine dikkat çekmektedir (Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın konuya ilişkin kararları ikinci bölümde ele alınacağından ilgili yere atıf yapmakla yetiniyoruz. Bkz. İkinci Bölüm, § 5, I, 2, f). Yazara göre aslında bu durum, AB hukukundaki 1977 tarihli yönergenin amacına uygun bir sonuçtur. Nitekim Avrupa Birliği bu yönerge ile, işletmelerin işgücü maliyeti üzerinden rekabet yapmalarını engellemeyi amaçlamıştır. İşletmeye ilişkin faaliyetlerin dışsallaştırılması (outsourcing) iş sözleşmelerinin sürekliliğine engel olmamalıdır. Oysa hukukumuzda işyerindeki faaliyetlerin bir başka işveren tarafından üstlenilmesi alt işveren ilişkisi çerçevesinde mümkün olmaktadır (Yenisey, 248-249. Aynı yönde bkz. Özkaraca, 91 vd). Özkaraca’ya göre de, alt işveren ilişkisi-işyerinin bir bölümünün devri kurumlarının birbirini dışlayıp dışlamadığı sorunun ortaya çıkmasında, işyeri devrine ilişkin düzenlemelerin AB üyesi ülkelere göre Türkiye’de geç yürürlüğe girmesi ve hukukumuzda çok eski bir geçmişe sahip olan alt işverenlik kurumunun varlığı rol oynamaktadır. Nitekim yazara göre

Bu görüşü ileri süren yazar ayrıca, alt işveren ilişkisi ve işyerinin bir bölümünün devrinin hangi durumlarda bir araya gelmeyeceğini de ortaya koymaktadır: Buna göre sırf işyerinde veya işyeri bölümünde yürütülen faaliyetin bir başkasına devri işyeri devri değildir; çünkü işyeri salt bir faaliyetten oluşmaz. O halde alt işverenle yapılan sözleşmede faaliyetin alt işveren tarafından sağlanması dışında başka hiçbir maddi, maddi olmayan unsurun veya işgücünün devri söz konusu değilse –kanundaki şartları taşıması şartıyla- bir alt işveren ilişkisi söz konusu olabilir ancak bir işyeri bölümü devrinden söz edilemez⁸³⁰. Buna karşılık, faaliyetin ifası için gerekli olan makine veya aletler asıl işveren tarafından sağlanıyorsa, başka bir deyişle maddi veya maddi olmayan unsurların devri de söz konusu ise alt işveren ilişkisinin yanı sıra bir işyeri bölümü devrinden de söz edilebilir. Aynı şekilde somut olayda eğer maddi işyeri unsurları önemsiz nitelikteyse ve devirden önce hizmetin ifasında çalıştırılan işçiler “*aynı organizasyon sistemi içinde faaliyetlerine devam etmekteyse*”, bu hallerde hem işyeri bölümünün devrinden hem de alt işveren ilişkisinden bahsedilebilir⁸³¹.

Alt işveren ilişkisi ve işyerinin bir bölümünün devrinin aynı olayda bir araya gelebileceğini savunan diğer bir yazara göre, asıl işveren işçilerinin çalıştıkları bölümle birlikte alt işverene devri, alt işveren uygulamasının gerçekleştirilme yollarından biridir⁸³². Diğer yandan, “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmaları suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı” ve “işyerinin veya bir bölümünün devri halinde iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla yeni işverene geçeceği” hükümleri birbiriyle çelişmez. Buna göre İK 2/7 hükmünün anlamı, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınamaması değil, işe alınan bu işçilerin haklarının kısıtlanamamasıdır. Diğer bir deyişle, alt işveren asıl işverenin işçilerini *ancak eski çalışma koşullarını devam ettirmek koşuluyla* çalıştırmaya

hukukumuzda alt işveren ilişkisi ve bu ilişkide işçilere sağlanan güvenceler olmasaydı, bu ilişkinin gerçekleştiği pek çok durumun işyerinin bir bölümünün devri kapsamında ele alınması yönündeki eğilim daha kuvvetli olurdu. Zira işyeri devrine ilişkin mülga 77/178 ve yürürlükteki 2001/23 sayılı Yönergelerin temel amacı, işçilerin haklarını koruyarak işletmelerin işgücü üzerinden rekabet etmelerini engellemektir (Özkaraca, 91).

⁸³⁰ Yenisey, 246. Aynı yazar, Değerlendirme 2004, 34-35. Ekonomi, Kısmi Devir, 341. Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Süzek, 2008, 189. Özkaraca, 92-93. Özkaraca’ya göre özellikle bir işverenin işyerinde daha önce kendisinin yürütmediği bir işi ilk defa alt işverene verdiği olaylarda bu durum söz konusu olacaktır (Özkaraca, 92-93).

⁸³¹ Yenisey, 246- 247. Aynı yazar, Değerlendirme 2004, 34-35. Özkaraca, 92 vd.

⁸³² Engin, Üçlü İş, 19 vd. Akyiğit’ göre de, 4857 sayılı İş Kanununda alt işverenliğin işyerinin kısmen devri yoluyla gerçekleşmesini engelleyen bir kural bulunmamaktadır (Akyiğit, Şerh, C.1, 100).

devam edebilecektir. O halde söz konusu hükmün, ‘işyerinin veya bir bölümünün devri halinde iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla yeni işverene geçeceği’ hükmünü getiren İK 6 ile aynı temel ilkeye dayandığı açıktır⁸³³.

Alt işveren ilişkisi ile işyerinin bir bölümünün devrinin aynı olayda gerçekleşebileceğini savunan diğer bir yazara göre, alt işverenlik ilişkisinin ortaya çıkması iki şekilde gerçekleşebilir⁸³⁴: Birincisi, alt işveren söz konusu işi kendi sağladığı işçilerle yürütebilir. İkincisi, alt işveren işi üstlenirken bölümü, o bölüme ait olan işçiler dahil tüm unsurlarıyla devralabilir. Zira yazara göre işyeri bölümü devrinden söz edebilmek için, devralanın kısmi teknik amacı (bölümün işlevi) devam ettirebilmesi için önemli maddi olan ve olmayan unsurların birlikte yeni işverene geçirilmesi gereklidir⁸³⁵. Bu koşul gerçekleşerek alt işveren işyeri bölümünü devraldığında, burasını başlı başına bir teknik amaç (asıl iş) güden bir işyeri olarak işletmeye geçirmiş olur ve kendi adına bildirimleri yaparak faaliyetini sürdürebilir. Eğer asıl işveren sonradan yemek işini kendisi üstlenmeye karar verirse, alt işveren işyerini asıl işverene devredebilir; işverenler arasındaki sözleşmenin de sona ermesiyle ve yemekhanenin asıl işverene devriyle artık o yerin bağımsız işyeri niteliği kalmaz ve yine başlangıçta olduğu gibi işyerinin bir bölümü haline gelmiş olur⁸³⁶.

⁸³³ Engin, Üçlü İş, 19 vd.

⁸³⁴ Ekonomi, Kısmi Devir, 336-337. Bununla birlikte yazar bir panelde kendisine yöneltilen soruyla ilgili olarak görüşünü şu şekilde ortaya koymuştur: “kısmi devirde devralan kişi üretimi asıl işverene yönelik yapmıyor, dışarıya yapıyorsa böyle bir olayda alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Zira alt işveren ilişkisinde alt işveren, işyerine asıl işverenden aldığı işi gerçekleştirmek üzere ve sadece asıl işveren için üretimde bulunabilir. Buna karşılık bir işyerinde, o işyerinde yapılan üretim sürecinden bir bölümünü veya yardımcı işlerden birini almadan bağımsız bir teknik amacı gerçekleştirmek üzere bir organizasyon kuran işveren doğrudan üretimin yapıldığı taşınmazın bir parçasını kullanmak üzere anlaşılan, örneğin kira sözleşmesi akdedip üretimde bulunan ve ürettiği mal veya hizmeti herkese, talep eden tüm müşterilere açık tutan bir girişimci-işverendir. Bu arada daha önce taşınmazda üretimde bulunan işverene de mal satması durumunda hiçbir değişiklik yaratmaz” (Ekonomi, Alt İşveren, 92).

⁸³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, Kısmi Devir, 344 vd. Yazar bu konuya şöyle bir örnekle açıklık getirmektedir: Çimento üretimi yapan bir işveren işçilerine verilen yemek işini bizzat yürütmekten vazgeçip iki olasılık çerçevesinde hareket edebilir: Birinci olasılıkta işveren, yemek işinin yürütüldüğü bölümü kapatır, anlaştığı ve yemek sağlamayı üstlenen şirket hazırladığı yemeği getirir, dağıtımını yapar gerekli temizliği bitirir ve kendi işyerine çekilir. Bu durumda bir alt işveren ilişkisinden söz edilemez. İkinci olasılıkta işveren bölümü kapatmaz, başka bir işverenin bölümünde yürütülen işi üstlenmesi için bir sözleşme yapar. Bu sözleşmeye (ister işletme amacıyla kira, ister eser sözleşmesi olsun) işyerinin bu amaca ayrılan depo, mutfak, yemekhane gibi alanlarının dahil olması asıldır. Bu durumda bölümü devralan işveren, bölümde çalışan işçilerin iş ilişkilerinin de tarafı olacağı ve işçiler de münhasıran o işyerinde çalışacakları için alt işveren ilişkisinden söz edilebilecektir.

⁸³⁶ Ekonomi, Kısmi Devir, 337.

Alt işverenlerce üstlenilen bazı işlerde aynı zamanda işyerinin bir bölümünün devrinin söz konusu olabileceği görüşündeki diğer bir yazara göre, böyle bir çakışma durumunda İK 2/7 hükmünde yer alan “*asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak haklarının kısıtlanamayacağı*” kuralının uygulanmayacağı sonucuna varmak gerekir⁸³⁷. Diğer bir deyişle söz konusu kuralın, kısmi devir dışındaki alt işveren ilişkileri için geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Öte yandan Yargıtay, otel işyerinin altında bulunan garaj ve oto yıkama işyerinin işletmek üzere düzenlenen kira sözleşmesinin alt işveren ilişkisi oluşturduğu sonucuna varmıştır⁸³⁸. Yüksek mahkeme diğer bir kararda ise, alt işveren ilişkisi ile işyeri devrini birbirinden farklı iki olasılık olarak ele almış, mahkemenin öncelikle ilişkinin niteliğini tespit ederek buna göre sonuca gitmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸³⁹.

3. Görüşümüz

Bu konuda kendi görüşümüzü ifade etmeden önce, iki kurum arasında çatışmanın hiçbir zaman meydana gelmeyeceğini savunan görüşlerin dayandığı bazı gerekçeleri değerlendirmek istiyoruz. Bu görüşte olan yazarların ortaya koydukları ölçütlerden biri, “*alt işverenin iş aldığı işlerde asıl işverenin verdiği işin yürütümü ve denetimi konusunda bir söz hakkı olmasına rağmen, işyerinin bir bölümünün devri durumunda devralan işverenin, devraldığı işyerinde her türlü tasarruf yetkisine sahip olmasıdır*”⁸⁴⁰. Bu ölçütün iki kurumu birbirinden ayırmada yeterli olmadığı kanısındayız. Çünkü gerek yasal anlamda gerek teorik olarak alt işverenlik ilişkisinde “asıl işverenin verdiği işin yürütümü ve denetimi konusunda söz hakkı olması unsuru” bulunmamaktadır. Bize göre, bu konu tamamen asıl işveren ve alt işveren arasındaki anlaşmaya bağlı bir husustur ve alt işveren ilişkisi oluşumunu etkilememektedir. Diğer bir deyişle taraflar, asıl işverenin söz konusu işte, işin

⁸³⁷ Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 21. Doktrinde Çelik’in önceki görüşü bu yöndeydi (Çelik, 2003, 49-50). Ekmekçi’ye göre de işyerinin bir bölümünün alt işverene devri, işyerinin kısmen devri niteliğindedir. Bu durumda işyerinin kısmen devri bir alt işveren ilişkisi doğurduğunda, asıl işveren işçilerinin alt işveren işçileri olarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanması mümkün değildir (Ekmekçi, Tasarı, 88).

⁸³⁸ Y9HD, 19.12.2005, 35194/39733, Çankaya/Çil, 2009, 236.

⁸³⁹ Y9HD, 24.6.2004, 3733/15620, Çankaya/Çil, 2009, 277-278. Anılan karar uyarınca, eğer bir alt işveren ilişkisi söz konusuysa iki davalının müşterek sorumluluğuna, eğer işyeri devri söz konusuysa her işverenin kendi dönemlerinden sorumluluğuna gidilmelidir.

⁸⁴⁰ Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Çankaya/Çil, 2009, 41.

yürütümü ve denetimi konusunda belirli yetkileri olduğunu kararlaştırabileceği gibi, böyle bir yetkinin hiçbir şekilde bulunmadığını da kararlaştırabilirler⁸⁴¹. Üstelik uygulamada yüksek mahkeme tarafından, asıl işverenin devrettiği işte, söz gelimi işçiler üzerindeki tasarruf yetkisinin çok olması muvazaa ölçütü olarak da kullanılan bir durumdur⁸⁴².

İki kurumu birbirinden ayırmada ortaya konan kıstaslardan bir diğeri, “geçiciliktir”⁸⁴³. Bu görüşe göre alt işveren ilişkisinde geçici bir durum söz konusudur. Alt işveren asıl işverene ait işyerinden belli bir işi almışken; devralan işveren işyerini elde etmiştir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi, alt işveren ilişkisi geçici olabileceği gibi, süreklilik de arz edebilir⁸⁴⁴. Üstelik doktrinde bazı yazarlarca, alt işveren ilişkisinin süreklilik taşıması gerektiği de belirtilmektedir. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 4/ç hükmünde de, *alt işverene verilen işin, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olması gerektiğinden* söz edilmektedir. Dolayısıyla geçicilik kıstası, iki kurumu birbirinden ayırmak için uygun nitelikte değildir.

Bu konuda ortaya konan kıstaslardan bir diğeri, alt işverenin bu sıfatla faaliyet gösterdiği yerin ayrı bir işyeri sayılmadığı görüşüdür⁸⁴⁵. Bu görüşe göre kısmi devir durumunda alt işverenlik ilişkisi yoktur; birbirinden farklı iki ayrı işveren ve iki ayrı işyeri vardır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, doktrinde çoğunluk görüşüne göre ve yerleşmiş Yargıtay kararlarına göre alt işverenin işini gördüğü yer ayrı bir işyeri olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla iki kurumu ayırmada kullanılan bu kıstas da uygun değildir. Yine aynı sebeple, “*işyerinin bir bölümünün devri durumunda işyerinin devredilen kısmı artık yeni işverene geçer ve bu yer açısından devreden işverenin işverenlik sıfatı ortadan kalkar. Bu sonuç, devre temel teşkil eden işlem -kira sözleşmesi gibi- geçici süreli bir ilişki kuran bir işlem olsa da değişmeyecektir*”⁸⁴⁶ görüşü de kabul edilemez. Zira alt işveren ilişkisinde de verilen iş yönünden asıl işverenin işverenlik sıfatı ortadan kalkar, alt işveren işçilerinin işvereni sadece alt işverendir.

⁸⁴¹ Esasen alt işverenin konuyla ilgili uzmanlığı arttıkça, asıl işverenin o iş üzerindeki tasarruf yetkisi de o ölçüde azalacaktır.

⁸⁴² Bkz. Üçüncü bölüm, §1, IV, 1, b, c.

⁸⁴³ Çankaya/Çil, 2009, 41.

⁸⁴⁴ Bkz. Yuk. § 3, III, 3.

⁸⁴⁵ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 4. Aynı yazar, 147.

⁸⁴⁶ Güzel, Alt İşveren, 57-58.

Kanımıza göre alt işverenlik ilişkisi ve işyerinin kısmi devri birbirinden farklı hedeflere yönelik hukuki kurumlar olmakla birlikte, bazen aynı olayda iki kurumun unsurları bir arada oluşabileceği gibi, bazı durumlarda bu birliktelik gerçekleşmeyecektir. Buna göre olayda bir işyeri bölümü devri olarak nitelendirilebilecek bir durum varsa ve aynı zamanda alt işveren ilişkisine ilişkin yukarıda sıraladığımız unsurlar bir arada gerçekleşmişse, her iki kurumun da varlığından söz edilebilir.

Nitekim doktrinde genel kabul gördüğü üzere, alt işveren ilişkisini kuran sözleşme iş hukukunun ilgi alanı dışında olup, taşıma, eser, işletme amacıyla kira sözleşmeleri veya başka bir sözleşme olabilir⁸⁴⁷. Gerçekten de yasada bu ilişkiyi kuran sözleşme türüyle ilgilenilmemiş, sadece ilişkinin unsurları ortaya konmuştur. Bu sebeple önemli olan -sözleşmenin adı ne olursa olsun- alt işveren ilişkisinin unsurlarının ortaya çıkıp çıkmadığıdır. İşyerinin kısmi devri ise, satış veya kira yoluyla işyerinin bir bölümünün başka bir işverene devredilmesidir⁸⁴⁸. Buna göre alt işveren, üstlendiği işi kendi sağladığı işçilerle yürütmek yerine, o bölümü o bölüme ait olan işçiler de dahil tüm unsurlarıyla devralarak da yürütebilir.

Diğer yandan, alt işveren ilişkisinde olduğu gibi işyerinin bir bölümünün devrinde de, devreden işveren işin geri kalan kısmıyla ilgili “işveren sıfatını” korumaktadır. Yine işyerinin bir bölümünü devralan işveren de, “işveren” sıfatını haizdir. Ayrıca işyerinin bir bölümünü devralan işverenin, o işte çalışan işçilerini “münhasıran” o işyerinde çalıştırmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık olayda işçilerin “*münhasıran çalıştırılma*”sından söz edilemiyorsa, alt işveren ilişkisi de ortaya çıkmamasına rağmen, işyerinin bir bölümünün devri ve buna ilişkin sonuçlar söz konusu olabilir.

Öte yandan işyerinin kısmi devrinden söz edebilmek için, iş tekniğine ilişkin amacın sürdürülebilmesi için önemli olan maddi ve maddi olmayan unsurlarla işgücünün devrinin gerekmektedir⁸⁴⁹⁻⁸⁵⁰. Diğer bir deyişle, iş sözleşmelerinin

⁸⁴⁷ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 13. Akyiğit, Şerh, C.1, 90, 99. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 1, 4. Güzel, Alt İşveren, 38. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11. Ulucan, Değerlendirme 1996, 15. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Taşkent, 363. Kaplan, 221. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 66. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk, §2, I.

⁸⁴⁸ Süzek, 189.

⁸⁴⁹ Yenisey, Değerlendirme 2004, 34-35. Bununla birlikte doktrinde, işyerinin kimliğini belirleyen unsur, temizlik işlerinde olduğu gibi işgücü ise ve devredilen işçiler işyeri bölümünün eski faaliyetini devam ettirecek sayı ve nitelikteyse, sadece işgücünün devri de işyerinin kısmi devri sayılabileceği

devamını haklı kılacak bir devirden söz edebilmek için devredilen “ekonomik birliğin kimliğini koruması” gerekmektedir⁸⁵¹. Oysa alt işverenlik ilişkisi için böyle bir koşul söz konusu değildir. Bu sebeple “ekonomik birliğin kimliğini koruduğundan” söz edilemiyorsa devirden değil, -eğer unsurları söz konusuysa- sadece alt işveren ilişkisinden söz edilmelidir. Buna karşılık, olayda kısmi teknik amacın sürdürülebilmesi için önemli olan maddi ve maddi olmayan unsurlarla işgücünün devri de söz konusuysa alt işveren ilişkisi ve işyerinin bir bölümünün devri aynı olayda bir araya gelebilir. Örneğin, işveren işyerinin yemekhanesinde kendine bağlı işçilerle yemek hizmetini yürütürken, bundan vazgeçip bu bölümü o bölümde çalışan işçilerle (ve önemli diğer unsurlarla) birlikte başka bir işverene devredebilir. Bu durumda da hem işyerinin bir bölümünün devrinden hem alt işveren ilişkisinden söz etmek mümkün olacaktır.

İki kurumun bir arada gerçekleşmediği durumlardan birinin ölçütü, doktrinde şu şekilde ortaya konmuştur: Buna göre alt işveren ilişkisinde alt işverenin üstlendiği iş, asıl işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimini tamamlar⁸⁵². Yine işyerinin devrinde, devralan işveren kendisi için, işçiler ise devralan işveren yararına çalışırlarken; alt işveren ilişkisinde alt işveren ve işçileri aynı zamanda asıl işveren yararına faaliyette bulunurlar⁸⁵³. Çünkü alt işveren, asıl işverenin faaliyet bütünlüğü içinde yer alır; asıl işte veya yardımcı işte iş almak suretiyle onun nihai mal ya da hizmet sürecine katılır. Başka bir deyişle, alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin işin bir parçasıdır⁸⁵⁴.

Gerçekten de alt işveren ilişkisinde asıl işveren, “*mal veya hizmet üretimi organizasyonunun asıl sahibidir*”. Nitekim o da devrettiği işin geri kalan kısmında işveren sıfatını koruyarak mal veya hizmet üretimine devam etmektedir. Buna

kabul edilmektedir. İşyeri devri açısından işgücü devrinin değerlendirilmesi konusunda ise bkz. Yenisey, 207 vd.

⁸⁵⁰ İşyeri (bölümü) devri için faaliyetin yapıldığı fiziki mekanın devrinin de zorunlu olduğunu vurgulayan Centel’e göre, belirli bir faaliyetin yapıldığı fiziki mekanın devrine gidilmeksizin, bu faaliyetin lisans sözleşmesinin satışı yoluyla başkasına devri işyeri (bölümü) devri olarak değil, “işin devri” veya “iş devri” olarak nitelendirilmelidir (bkz. Centel, Bölüm Devri, 8).

⁸⁵¹ Yenisey, 178 vd. Alpagut, İşyeri Devri, 90 vd. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın geliştirdiği “ekonomik birliğin kimliğini koruması” ölçütü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, § 5, I, 2, f.

⁸⁵² Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Aynı yazar, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83.

⁸⁵³ Süzek, 2008, 190. Aynı görüşte Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Aynı yazar, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83.

⁸⁵⁴ Süzek, 2008, 190. Aynı görüşte Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Aynı yazar, Üçlü İlişkiler, Soru-Cevap-Tartışma, 83.

karşılık, işyerinin bir bölümünün devrinden söz edebilmek için de bölümün kısmi teknik amacının (bölüm işlevinin) yeni işveren yönetiminde de *aynen kalması (işyeri faaliyetinde özdeşlik)* ve *devam ettirilmesi* gerekmektedir⁸⁵⁵. Buna göre işyerini devralan, burayı tamamen farklı bir teknik amaç güden bir ünite olarak örgütleyecek ve kullanacaksa iş ilişkilerinde sürekliliği esas alan bir işyeri devrinden söz edilememektedir⁸⁵⁶. Sonuç itibarıyla işyerinin bir bölümünün devrinde *asıl işyerinin faaliyetini devam ettirmesi* söz konusu olmakta ve bu bölüm, işlevine tahsis edilen işlerle *başka bir işverenin yönetim alanına* girmektedir⁸⁵⁷.

Buna karşılık işyerini devralan işverenin, *işletme yönünden farklı bir amaç* gütmesinin, -örneğin işyerini devreden pazar için mal üretiminde bulunurken, devralanın aynı mal üretimini, işletme içinde başka bir işyerinin ihtiyacını karşılamayı hedef almasının- mümkün olduğu kabul edilmektedir⁸⁵⁸. Böyle bir durumda alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecek, sadece işyerinin bir bölümünün devri söz konusu olabilecektir. Diğer bir deyişle, eğer işyerini devralan işveren söz konusu bölümü, devreden işverenin faaliyet ve organizasyon alanının tamamen dışında kendi organizasyon ve faaliyet bütünlüğü içerisine katarsa, sadece işyerinin bir bölümünün devrinden söz edilecek ve olaya İK 6 hükmü uygulanacaktır. Nitekim bu durumda, devralan işveren ve işçilerinin aynı zamanda devreden işveren yararına faaliyette bulunduklarından da söz edilemez. Buna karşılık aynı faaliyet bütünlüğü ve aynı zamanda devreden işverenin yararına çalışma devam etmekteyse, -örneğin işyerinin yemekhanesi yine sadece devreden işverenin işçilerine yemek hizmeti vermeye devam ediyorsa- her iki kurumun bir arada gerçekleştiğinden söz edilebilir.

Öte yandan kanımıza göre, “*aynı zamanda asıl işveren yararına iş yapma ölçütü*”nün çok dar bir biçimde düşünülmemesi gerekir. Çünkü günümüzde - özellikle hizmet sektöründe- işyerlerinin faaliyet yapılanması genellikle çok çeşitli ve geniş bir çerçevede gerçekleşmektedir. Uygulamada, çanta-ayakkabı satan bir mağazanın bir katının bir bölümünde restoran açılması, kozmetik ürünleri satan bir mağazada çikolataci ve bir kafenin bulunması, yine bir spor merkezinin yanında spor yapan kişilerin çocuklarının vakit geçirmeleri için oyun ve bakım evi açılması, bir

⁸⁵⁵ Ekonomi, Kısmi Devir, 341-342 ve dn. 74’te belirtilen yazarlar. Yenisey, 212.

⁸⁵⁶ Ekonomi, Kısmi Devir, 341-342. Yenisey, 212.

⁸⁵⁷ Ekonomi, Kısmi Devir, 344.

⁸⁵⁸ Ekonomi, Kısmi Devir, 342.

kitapevinin içinde bulunan bir kafe, otomobil satan mağazanın içinde otomobillerin korunması, temizliği ve aksesuar uygulamalarını gerçekleştiren bir firmanın iş yapması veya arabaların sigortasının yapılması için sigorta şirketinin odasının olması, bir otelin alt katına kuyumcu, kuaför, gece kulübü, spa merkezi açılması, mobilya satan bir işyerinin altında mobilyaların taşınması için bir taşıma şirketine ait yerin bulunması gibi örnekler rastlanabilmektedir. Kanımıza göre bu örneklerin birçoğunda görülebileceği gibi, işyerinin bir bölümünü devreden işverenin de bu işlerin yapılması konusunda bir yararından söz edilebilecektir⁸⁵⁹. Bu yarar, kimi örneklerde doğrudan gerçekleştirilebileceği gibi, kimi örneklerde daha dolaylı bir yarardan söz edilebilir.

Her iki kurumun unsurlarının aynı olayda bir arada gerçekleşmesi durumunda, olaya hangi hukuki sonuçların uygulanacağını tespiti gerekmektedir. Öncelikle bize göre de, her iki kurumun sonuçları arasında tam bir çelişki bulunduğundan söz edilemez. Aşağıda da görüleceği üzere asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmasına ilişkin mutlak bir yasak söz konusu değildir; sadece işçilerin haklarının kısıtlanması yasaklanmıştır⁸⁶⁰. İşyerinin devrinde ise, o işyerinde (veya bölümünde) çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla aynen devamı söz konusu olmaktadır. O halde olayda hem alt işveren ilişkisinin hem de işyeri bölümü devrinin söz konusu olması halinde işyeri bölümü devri nedeniyle asıl işverenin o işyeri bölümünde çalıştırdığı işçilerinin iş sözleşmeleri aynı koşullarla bölümü devralan alt işverenle geçerli bir şekilde devam edebilecektir. Diğer yandan, sorumluluk konusunda da bir çelişki bulunmadığı kanısındayız. Buna göre asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı iş yasasından, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte müteselsilen sorumludur. Ancak bu sorumluluğu, alt işverenin işi aldığı tarihten başlar⁸⁶¹. Bu tarihten önceki işçi

⁸⁵⁹ Örneğin bir otelin altında bulunan gece kulübü, kuyumcu veya spa merkezi, otelin müşterilerine sağladığı hizmet yelpazesini genişlettiği ve müşteriler için söz konusu otele gelmeyi daha cazip hale getirdiği söylenebilir. Yine, bir kitapçının içinde yer alan kafenin, kitap satışlarının artmasını sağladığı pekala iddia edilebilir. Öte yandan, bir spor merkezinin yanında spor yapan kişilerin çocuklarının vakit geçirmeleri için oyun ve bakım evi açılmasının spor merkezine bir yararının bulunmadığından söz edilmesi kolay olmayacaktır.

⁸⁶⁰ Bkz. Aşa, Üçüncü Bölüm, §1, III, 2.

⁸⁶¹ Süzek, Değerlendirme 2001, 10. Çelik, 2010, 50. Ünsal, 541. Günay, Alt İşveren, Soru-Cevap, 83. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Ayan, 522. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Şen/Naneci, 42-43.

alacakları için asıl işverenin sorumlu olduğundan söz edilemez. Buna karşılık devir durumunda devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur. Buna göre devreden işverenin devirden sonraki borçlardan sorumluluğu bulunmadığı gibi, devirden önce doğmuş bulunan borçlardan sorumluluğu da devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır.

Sonuç itibariyle iki kurumun koşulları bir arada gerçekleştiğinde, işyerinin bir bölümünü devreden (asıl) işverenin “*devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken*” borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur. Ancak asıl işverenin devirden önce doğmuş bulunan borçlardan sorumluluğu iki yıl ile sınırlı olacaktır. Buna karşılık “*devirden sonra doğan borçlardan*” işyerinin bir bölümünü devreden asıl işverenin, devralan alt işverenle birlikte müteselsilen sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Bu sonuçların haricinde, iki kurumun birbiriyle uyumlu olmadığı söylenebilecek iki özelliğinden söz edilebilir. Buna göre alt işveren ilişkisinde asıl işin bir bölümünün verilmesinde, “*işletme veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme*” koşulu aranırken, işyerinin bir bölümünün devrinde bu koşul bulunmamaktadır. Ayrıca, işveren daha önce yanında çalıştırdığı kişi ile alt işveren ilişkisi kuramazken, bu kişiye işyerini devretmesi mümkündür.

Yardımcı işlerde kurulan alt işveren ilişkilerinde “*işletme veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme*” koşulu aranmadığından, bu tür işlerin yapıldığı ‘işyerinin bir bölümünün’ devredilmesi sorun oluşturmayacaktır. Buna karşılık, işyerinin bir bölümünün devri aynı zamanda asıl işin bir bölümünde kurulan alt işveren ilişkisinin unsurlarını taşımaktaysa, bize göre “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun aranması gerekir. Nitekim bu koşulun aranması işyerinin bir bölümünün devrinin değil, olayda “alt işveren ilişkisinin” gerçekleşmesinin bir gereğidir. Aksi takdirde yasanın öngördüğü söz konusu sınırlamadan, işyerinin bir bölümünün devri yoluyla kurtulmanın yolu açılmış olur ki, bu durum kabul edilemez.

Yine, işyerinin bir bölümünün devri aynı zamanda alt işveren ilişkisinin unsurlarını taşımaktaysa “*daha önce yanında çalıştırdığı kişi ile alt işveren ilişkisi kuramama*” kuralının da uygulanması gerekeceği kanısındayız. Aksi takdirde yine

yasanın öngördüğü bu sınırlamadan, işyerinin bir bölümünün devri yoluyla kurtulmanın yolu açılmış olur.

Bu konuda iki kurumun sonuçları arasında gerçekten çelişki yaratacak durum ise, geçerli bir alt işveren ilişkisinin alt işverene verilen işte çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli sebep kabul edilirken⁸⁶², işyeri devrinde salt işyeri devri olgusunun iş sözleşmelerinin feshi için geçerli neden oluşturmamasıdır⁸⁶³. Kanımıza göre alt işveren ilişkisinin aynı zamanda işyerinin bir bölümünün devri niteliği taşıdığı bir durumda, iş sözleşmelerinin sürekliliğini hedef alan İK 6 hükmünde öngörülen sonuç uygulanmalıdır. Diğer bir deyişle, devredilen bölümde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla işyerinin bir bölümünü devralan (alt) işverene geçtiği kabul edilmelidir. Aksi düşüncenin kabulü, işyerinin bir bölümünün devri durumunun aynı zamanda bir alt işveren ilişkisi oluşturduğu durumlarda, o bölümde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli bir şekilde feshedilmesine olanak tanır ki bu sonuç, İK 6 hükmünün koruma amacına tamamen aykırı olur.

II. Alt İşverenlik- Geçici İş İlişkisi

Alt işveren ilişkisi ile bazı ortak özellikler gösteren diğer bir hukuki kurum, “geçici (ödünç) iş ilişkisi” dir. Kanuna göre geçici iş ilişkisi, *“İşveren 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”* (İK m.7).

Alt işveren ilişkisi ve geçici iş ilişkisinde bazı ortak unsurlar dikkati çekmektedir. Öncelikle her iki hukuki kurum da *üçlü sözleşmesel ilişki* olarak nitelendirilmektedir⁸⁶⁴. Diğer yandan, geçici iş ilişkisinde işçinin *iş görme edimi*

⁸⁶² Bu yönde kararlar için bkz. Y9HD, 26.6.2006, 16835/18809, ÇT, 2007/1, 12, 302-304. Y9HD, 24.9.2008, 30742-24595, ÇT, 2009/1, 20, 250-254. Y9HD, 8.5.2006, 10516/12278, Çankaya/Çil, 2009, 203-204. Y9HD, 20.3.2006, 3822/7014, Çankaya/Çil, 2009, 211-212. Y9HD, 13.2.2006, 37239/3456, Çankaya/Çil, 2009, 215. Y9HD, 18.1.2006, 36991/486, Çankaya/Çil, 2009, 220. Y9HD, 17.1.2006, 38734/38, Çankaya/Çil, 2009, 221. Y9HD, 1.10.2007, 14264/28749, ÇT, 16, 2008/1, 211-212.

⁸⁶³ Özkaraca, 95.

⁸⁶⁴ Süzek, 255. Engin, Üçlü İş, 20. Arslanoğlu, 49 vd. Arslanoğlu, her iki ilişkinin de esneklik odaklı atipik istihdam şekillerinden olduğunu ve yine her iki ilişkide de hukuki ilişkinin üçüncü ayağını bir

geçici olarak başka bir işverene devredilirken, alt işveren ilişkisinde işçi işverenin diğer bir işverenden aldığı işte çalışmaktadır. Diğer bir deyişle, alt işveren ilişkisinde asıl işveren belirli bir işi kendine bağlı işçilerle yürütmek yerine, kendi işçileriyle yerine getiren başka bir işverene verirken; geçici iş ilişkisinde, ödünç alan yine belirli bir işte kendine bağlı işçi çalıştırmak yerine başka işverenden geçici/kısa bir süre için işçi talep etmektedir⁸⁶⁵. Görüldüğü gibi her iki durumda da iş sözleşmesinin tarafı olan işveren sıfatında bir değişiklik olmamaktadır. Gerçekten de geçici iş ilişkisinde işçiyi ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle ödünç işçinin iş sözleşmesi, ödünç veren işverenle devam etmektedir⁸⁶⁶. Yukarıda değinildiği gibi, alt işveren ilişkisinde de alt işveren işçisinin işvereni alt işveren olup asıl işverenle arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır.

Ortak noktalarına rağmen iki kurum birbirinden farklıdır ve bu iki kurumu ayıran kıstasların ortaya konması gerekir. Bir görüşe göre iki kurum arasındaki ayırt edici kıstaslardan biri, “geçicilik”tir. Buna göre ödünç iş ilişkisinde başka bir işverenin işçilerinin geçici ve kısa bir süre ile çalıştırılması söz konusudur; oysa alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin işçileri asıl işverenin işyerinde (bir süre sınırlaması bulunmadan) sürekli olarak çalıştırılır⁸⁶⁷. Yukarıda belirttiğimiz üzere kanımıza göre alt işveren ilişkisi geçici olabileceği gibi sürekli de olabilir. Kanunda buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa geçici iş ilişkisinin süresi kanunda emredici bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, *geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir (m.7/2)*.

Doktrinde belirtilen ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, iki kurum arasındaki temel farklılık, geçici iş ilişkisinde tarafların amacının işçinin iş görme ediminin diğer bir işverene devredilmesi olmasına rağmen, alt işveren ilişkisinde başka bir işyerinde iş alma, bir işin ifasının üstlenilmesinin söz konusu olmasıdır⁸⁶⁸.

başka işverenin oluşturduğunu ve iki ilişkinin de özünün bu diğer işverenin hak, borç ve sorumluluk esasları olduğunu belirtmektedir (Arslanoğlu, 49).

⁸⁶⁵ Akyigit, Şerh, C.1, 113. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 37.

⁸⁶⁶ Süzek, 258. Akyigit, Ödünç İlişki, 12 vd. Aynı yazar, Şerh, C.1, 113. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 37. Başbuğ, Üçlü İlişki, 13. Çankaya, 21. Ayan, 512.

⁸⁶⁷ Ayan, 512. Gerek, Kamu Kuruluşları, 88. Doktrinde Güzel’e göre ise alt işverenin kendine ait bir işyeri organizasyonuna sahip olmaması durumunda işçilerini asıl işverene ait işyerinde çalıştırması alt işveren ilişkisinden çok, “geçici iş ilişkisi” ya da “iş aracılığı” olarak değerlendirilmeli veya muvazaa olarak nitelendirilmelidir (Güzel, Alt İşveren, 40).

⁸⁶⁸ Gerçekten de doktrinde Alpagut’un da belirttiği gibi, alt işveren ilişkisini geçici iş ilişkisi gibi diğer üçlü iş ilişkilerinden ayıran temel unsur, “başka bir işyerinde iş alma, bir işin ifasının üstlenilmesi”dir (Alpagut, Geçici İş İlişkisi, 573).

Bu nedenle de asıl işverenin alt işveren işçilerinden işin ifasını isteme hakkı veya imkanı bulunmamaktadır⁸⁶⁹. Gerçekten de alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisinin gördüğü işin nihai olarak asıl işverenin yararına olduğu söylenebilirse de, alt işveren işçisinin iş görme edimi asıl işverene devredilmemiştir. Bu sebeple alt işveren işçisinin iş görme edimini yerine getirmek hususundaki sorumluluğu alt işverene yöneliktir. Bu doğrultuda, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı kural olarak asıl işverenin yönetim hakkı da bulunmamaktadır. Oysa geçici iş ilişkisinde, işin görülmesini isteme hakkının devri ile birlikte iş görme borcunun ifasına ilişkin talimat verme hakkı da geçici olarak geçici işverene geçer⁸⁷⁰.

Öte yandan ödünç işçi, ödünç alan işverenin sadece işin görülmesine ilişkin talimatlarına değil, işyeri düzeninin ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik talimatlarına da uymak zorundadır⁸⁷¹. Ayrıca ödünç işçinin, ödünç alan işverene karşı iş görme borcunu tamamlayan bir borç olan *özen borcu* da bulunmaktadır⁸⁷². Bunun gereği olarak da kanunda işçinin “*işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumluluğu*” olduğu düzenlenmiştir (İK 7/4). İşçinin sadakat borcu ise, hem işverene hem geçici işverene karşı söz konusu olmaktadır. Ayrıca İK 7/4 hükmüne göre “*İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır*”.

Öte yandan, alt işveren işçileri çalışmaları sırasında sadece alt işverenin ifa yardımcısı konumundadırlar ve bu doğrultuda BK 55 ve 100 uyarınca sorumluluk alt işverene aittir. Buna karşılık ödünç işçi geçici iş ilişkisi süresince, ödünç alanın ifa yardımcısı sayılır⁸⁷³.

⁸⁶⁹ Akyiğit, Ödünç İş, 71. Aynı yazar, Şerh, C.1, 114. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 37. Çankaya, 21. Oysa ödünç işçi bu sözleşmeden doğan iş görme borcunu ödünç alan işverene karşı yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir (Süzek, 258. Başbuğ, Üçlü İlişki, 13. Engin, Üçlü İş, 22. Akyiğit Ödünç İlişki, 12 vd).

⁸⁷⁰ Süzek, 259. Başbuğ, Üçlü İlişki, 13. Akyiğit Ödünç İlişki, 137 vd. Aynı yazar, Şerh, C.1, 113. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 37. Engin, Üçlü İş, 22. Çankaya, 21.

⁸⁷¹ Süzek, 259. Akyiğit, Ödünç İş, 137. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 37. Engin, Üçlü İş, 22.

⁸⁷² Alt işverenlik eser sözleşmesine dayanıyorsa, alt işverenin garanti yükümü (BK 360) ve hesaplama durumundan söz edilmektedir. Oysa ödünç verenin ödünç alana karşı işçinin niteliği vs. konularında –aksi kararlaştırılmadıkça– bir garanti yükümü yoktur. Yine, ödünç iş ilişkisinin ücretli olma zorunluluğu bulunmayıp, ücretli olduğu durumlarda da –eser sözleşmesindeki götürü ücretin aksine– genellikle işçinin çalıştığı saatlerin/sürelerin karşılığı ödeneceği kararlaştırılır (Akyiğit, Alt İşverenlik, 38).

⁸⁷³ Akyiğit, Şerh, C.1, 114. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 37.

İşçiyi ödünç veren işverenin ücret borcu devam etmekle birlikte İK 7/3 hükmüne göre “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden birlikte sorumludur”. Buna göre buradaki sorumluluk alt işveren ilişkisinde olduğu gibi müteselsil sorumluluktur⁸⁷⁴. Anılan fıkranın emrediciliği nedeniyle aksi yönde anlaşma işçiyi bağlamayacaktır. Buna karşılık, “işçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici işverenle olan ilişkisine uygulanır” hükmü (İK 7/4) nedeniyle, işçinin ihbar, kötüniyet, kıdem tazminatı, iş güvencesi gibi tazminatlar ve dört aya kadar doğmuş bulunan ücret gibi haklarından da müteselsil sorumluluk söz konusudur⁸⁷⁵. Ancak burada İK 7/3 hükmünden ve alt işveren ilişkisinden farklı olarak geçici işverenle işveren bu durumun aksini kararlaştırabilir ve geçici işveren bu yükümlülüğünden kurtulabilir⁸⁷⁶.

Yine özellikle eser sözleşmesine dayanan alt işveren ilişkilerinde alt işverenin borcu bir eser yani sonuç meydana getirmek iken, ödünç iş ilişkisinde ödünç verenin böyle bir borcu mevcut değildir⁸⁷⁷. Diğer bir ifadeyle, alt işveren ilişkisinde asıl işveren-alt işveren arasındaki sözleşmenin konusu asıl işverenden alınan işin alt işverenin kendi işçileriyle yapımı iken, ödünç iş ilişkisinde ödünç verenin ödünç alana karşı bir işin ifası yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸⁷⁸.

Öte yandan geçici iş ilişkisinde ödünç işçinin yazılı rızası aranırken⁸⁷⁹, alt işveren ilişkisinin kurulması için –esaslı değişiklik durumu hariç- alt işveren işçisinin rızası gerekli değildir. Diğer yandan kanuna göre geçici iş ilişkisinde, işçinin *holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya*

⁸⁷⁴ Sözek, 260.

⁸⁷⁵ Sözek, 263.

⁸⁷⁶ Sözek, 263.

⁸⁷⁷ Akyiğit ayrıca, eser sözleşmesinde işi üzerine alan kişinin kural olarak o eserin her türlü kusurundan ari olduğuna dair bir garanti yükümü (BK 360) ya da tekeffül yükümü olmasına rağmen, ödünç iş ilişkisinde ödünç verenin böyle bir garanti sorumluluğu olmamasını da ayırt edici bir ölçüt olarak ortaya koymaktadır. Buna karşılık müteahhidin bu sorumluluğunu kaldırılması yönünde bir anlaşma yapılması durumunda garanti sorumluluğunun ayırt edici özelliğinin ortadan kalkacağını belirtmektedir. Öte yandan, eser sözleşmesindeki önemli bir hususun eserin yapılması ve teslimiyle ilgili bir hesaplaşma durumu olduğunu ödünç iş ilişkisinde ise böyle bir durumun olmadığını belirtmektedir (Akyiğit, Ödünç İş, 71. Aynı yazar, Şerh, C.1, 114).

⁸⁷⁸ Akyiğit, Şerh, C.1, 114. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 37.

⁸⁷⁹ Engin, Üçlü İş, 21. Sözek, 257. Akyiğit, Ödünç İş, 137. Aynı yazar, Şerh, C.1, 113.

*yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşulu bulunmaktadır. Alt işveren ilişkisinde ise, bu yönde bir koşuldan söz edilmemektedir*⁸⁸⁰⁻⁸⁸¹.

III. Alt İşverenlik-Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi

Alt işveren ilişkisinin, geçici iş ilişkisinin bir türü olan ve hukukumuzda henüz düzenlenmemiş olan “meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinden” de farklı olduğunu vurgulamak gerekir⁸⁸². Nitekim meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, genel olarak işçi, ücretli olarak başkasına işçi vermeyi meslek edinmiş (bunu gelir getirici bir faaliyet olarak yapan) bir işveren tarafından sırf başkasına ödünç verilmek üzere işe alınmaktadır⁸⁸³⁻⁸⁸⁴. Görüldüğü gibi bu ilişkide, başkasına işçi vermeyi

⁸⁸⁰ Yüksek mahkemenin olayda alt işveren ilişkisi değil, geçici iş ilişkisi bulunduğu sonucuna vardığı kararları için bkz. Y9HD, 14.11.2005, 32448/35927, Çankaya/Çil, 2009, 241-242. Y9HD, 12.9.2005, 24216/29422, Çankaya/Çil, 2009, 248-249. Yargıtayın verdiği bir kararda belediyenin toplu taşıma hizmetlerini, ruhsat vermek suretiyle yerine getirilebileceği gibi, toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya hizmet satın alma yoluyla da sağlayabileceği, hizmet alım sözleşmesini karşılayan sözleşme tipininse, alt işverenlik değil geçici iş ilişkisi olduğu sonucuna varılmıştır. Gerçekten de somut olayda, Ankara.. Otobüs İşletmesi Genel Müdürlüğü ile Buğsaş Başkent Ulaşım ve Doğalgaz Hizmetleri ...A.Ş. arasında hizmet alım sözleşmesi yapılmıştır. Anılan sözleşme ile EGO Genel Müdürlüğü bünyesindeki araçlarda davacının da aralarında bulunduğu 1500 şoför personel çalıştırılmıştır. Olayda davacı işçi, işe girdiği tarihten itibaren EGO Genel Müdürlüğü emrinde çalıştığını iddia etmiştir. (Y9HD, 11.7.2005, 19178/24731, Toprak İşveren, Aralık 2005, 22-23). Son andığımız kararda, Yargıtayın olayda alt işverenlik ilişkisinin bulunmadığına ilişkin görüşüne katılmakla birlikte, olaydaki olgular bize, geçici iş ilişkisinin değil “iş aracılığının” veya “meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin” söz konusu olduğunu düşündürmektedir. Zira işçi işe girdiği tarihten itibaren EGO Müdürlüğü bünyesinde, onun emirleri altında çalışmıştır.

⁸⁸¹ Bir görüşe göre iş makinelerinin belli bir süre operatörüyle birlikte kiralanması, iş makinesi açısından “kiralama ilişkisi”, operatör açısından “geçici iş ilişkisini” oluşturur. Geçici iş ilişkisi süresinin aşılmasının durumunda ise, iş makinesi kiralamasının geçerli olduğu; operatörün ise, işçiyi ödünç alan işverenin işçisi olduğu sonucuna varılmalıdır (Özcan, 103).

⁸⁸² “Mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” İş Kanunu tasarısında yer almasına rağmen sonradan tasarıdan çıkarılmıştır. Buna rağmen bu ilişkinin çalışma hayatının bir gereği olduğu ve kurulması hususunda bir yasak bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre bu ilişkinin kanunda yer almaması ise yalnızca, işçinin korunmasını da içeren “güvenceli esnekliğe” engel olmaktadır Oysa AB ülkelerinde işsizliğe karşı istihdam teşviklerinden biri olarak -alt işveren ilişkisi ile birlikte- teşvik edilmektedir (Ekonomi, Sayısal Esneklik, 8 vd. 19). Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise geçici işçi temini (mesleki amaçlı ödünç iş ilişkisi), özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunabilmek için izin alınmış olsa da olmasa da yasal bir temele sahip değildir. Nitekim bilim kurulu taslağında düzenlenmiş olmasına rağmen bu hükmün yasa metnine alınmaması, geçici iş ilişkisinin salt İK 7’de düzenlenerek, aykırılık hali için cezai yaptırım öngörülmesi olmasının anlamı, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinin kurulmasına yasakoyucunun cevaz vermemiş olmasıdır. Bu sebeple mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin geçersiz kabul edilmesi gerekir (Alpagut, Geçici İş İlişkisi, 578).

⁸⁸³ Süzek, 2008, 855. Akyiğit, Ödünç İş, 42.

⁸⁸⁴ İş aracılığı ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurumları da birbirinden farklıdır. Bu iki kurumu birbirinden ayıran ölçüt, iş aracılığında aracının işveren sıfatının bulunmaması, iş arayanın onun işçisi olmaması, buna karşılık ödünç iş ilişkisinde işçiyle onu ödünç veren arasında bir iş akdinin varlığının zorunlu bulunması, dolayısıyla ödünç verenin işveren sıfatını taşımasıdır. Aynı şekilde iş aracılığında amaç, iş arayanla işçi arasında bir iş akdinin oluşması iken, ödünç iş ilişkisinde böyle bir amaç bulunmamaktadır. Ayrıca, meslek edinilmiş de olsa ödünç iş ilişkisinden söz edebilmek için, ödünç verenin işçiyle yaptığı iş akdinin süresinin, salt ödünç alan yanındaki istihdam süresiyle sınırlı

meslek edinmiş kişi, alt işveren ilişkisinde olduğu gibi başka bir işverene ait bir işi yürütmeyi üstlenmemektedir.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde de her ne kadar, ödünç verilen işçinin iş akdinin tarafı ödünç veren kişi veya büro ise de, ödünç alan işveren işçiden iş görme edimini talep etmek hakkına ve yukarıda değindiğimiz ödünç iş ilişkisinden kaynaklanan haklara sahiptir. Oysa alt işveren ilişkisinde, iş görme edimini talep hakkının sahibi değişmemektedir.

IV. Alt İşverenlik-İş Aracılığı

İş aracılığı, “işçiler için iş, işverenler için işçi bulma faaliyetidir”⁸⁸⁵. İş aracılığında salt işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin kurulması aşamasında üçlü bir ilişki kurulmaktadır⁸⁸⁶. Hukukumuzda göre iş aracılığı esas olarak Türkiye İş Kurumu’na ait bir görev ve yetki olmakla birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanunu ile bu konudaki kamu tekeli kaldırılmış ve Kurum tarafından bu yetkinin *belirli koşullarla* özel istihdam bürolarına da verilebileceği düzenlenmiştir (İK m.90)⁸⁸⁷.

İş aracılığında aracının, -alt işveren ilişkisinden farklı olarak- diğer bir işverene ait bir işi üstlenmesi söz konusu değildir⁸⁸⁸. Yine iş aracılığında, aracıyla iş arayan arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır; dolayısıyla aracı “işveren” sıfatı taşımaz⁸⁸⁹⁻⁸⁹⁰. İş aracılığında, aracıyla iş arayan arasında vekalet veya tellallık gibi

olmaması gerekir. Zira mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi sona erdiğinde, işçi büroya döner. Öte yandan, büro ile işçi ve ödünç alan işveren arasında bu süre içinde sürekli bir ilişki bulunmaktadır. Büro, işçiye karşı iş akdinin tarafı olarak haklara sahip ve başta ücretin ödenmesi olmak üzere borçlardan sorumludur (Süzek, Değerlendirme 2001, 14. Aynı yazar, 2008, 855. Akyiğit, Ödünç İş, 62 vd). Mesleki amaçlı iş ilişkisi ve iş aracılığı arasındaki farklar için bkz. Süzek, 2008, 855 vd. Aynı yazar, Değerlendirme 2001, 14 vd. Akyiğit, Ödünç İş, 42. Engin, Üçlü İş, 25 vd. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 78 vd.

⁸⁸⁵ Alpagut, Geçici İş İlişkisi, 573.

⁸⁸⁶ Alpagut, Geçici İş ilişkisi, 573. Krş. Akyiğit, Şerh, C.1, 110. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 33.

⁸⁸⁷ Süzek, 851. Engin, Üçlü İş, 26. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 78. Büroların kurulma, faaliyet koşulları, süresi, yenilenmesi ve iptali konularında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 2008, 852 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Başterzi/Şuğle, 71.

⁸⁸⁸ Alpagut, Geçici İş İlişkisi, 572.

⁸⁸⁹ Süzek, Değerlendirme 2001, 14-16. Aynı yazar, Alt İşveren, 78. Alpagut, Geçici İş İlişkisi, 573. Akyiğit, Ödünç İş, 63. Ayan, 511-512.

⁸⁹⁰ Bir görüşe göre 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, alt işveren ilişkisinden çok iş aracılığı (işçi temini) gündeme gelecektir (Güzel, Alt İşveren, 40. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17). Gerçekten de bu olgu karşılaştırmalı hukukta da “işveren” ve dolayısıyla “alt işveren” niteliğinin zorunlu bir unsuru olarak aranmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa, § 5).

bir ilişkiden söz edilebilir. Oysa alt işveren ilişkisinde alt işveren, üstlendiği işte kendine bağlı olarak işçi çalıştırmakta, dolayısıyla işveren sıfatı taşımaktadır⁸⁹¹. İş aracılığında kural olarak bir defalık bir aracılık faaliyeti söz konusudur; aracının aracılık yaptığı kişilerle sürekli bir ilişkisi yoktur. İş aracısının fonksiyonu iş arayanla işçi arayanın bir araya gelip anlaşmasıyla (veya anlaşmasalar da) sona erer⁸⁹². Oysa alt işveren ilişkisinde sözleşmede öngörülen süre için sürekli bir ilişki söz konusudur ve alt işveren ile işçisi arasındaki ilişki, sürekli ilişki niteliği taşıyan iş sözleşmesine dayanır⁸⁹³. Buna göre alt işveren, kendi işçilerine karşı işveren sıfatına sahiptir ve asıl işverenden aldığı işi münhasıran o işte çalıştırdığı kendi işçileri ile yerine getirir⁸⁹⁴⁻⁸⁹⁵. Alt işverenin amacı, kendi işçisiyle asıl işveren arasında bir iş sözleşmesinin kurulmasını sağlamak değildir. Ayrıca asıl işverenin, alt işverenin kendisinden aldığı işte hangi işçileri çalıştıracığı, yönetim hakkının kullanılması, disiplin cezası uygulanması, işten çıkarma gibi konularda herhangi bir yetkisinden söz edilmemelidir⁸⁹⁶.

Öte yandan alt işveren ilişkisinde, alt işverenin işçisinden ücret veya masraf karşılığı bir maddi çıkar sağlaması değil, aksine ona ücret ve diğer haklarını ödemesi

⁸⁹¹ Bu doğrultuda belediyelerin belediye hizmetlerini belirli süreli ihaleler yoluyla, hizmet temini adı altında taşeronlara vermesinin belediyeye “örtülü işçi temini” niteliğinde olduğu yönünde bkz. Engin, Yeni İstihdam Biçimleri, 80 vd.

⁸⁹² Sözek, 2008, 855. Akyiğit, Ödünç İş, 63. Aynı yazar, Şerh, C.1, 110. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 33 Ayan, 511. Çankaya, 20.

⁸⁹³ Akyiğit, Şerh, C.1, 111. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 33.

⁸⁹⁴ Sözek, Alt İşveren, 78. Akyiğit, Şerh, C.1, 110. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 33. Ayan, 512. Çankaya, 20. Gerçekten de Sözek’e göre alt işverenden söz edilebilmesi için münhasıran orada işçi çalıştırması, kendisinin başında bulunması, onlara talimat vermesi, yönetim hakkını kullanması, işe alma işten çıkarma yetkisine sahip olması gibi unsurları aramak gerekir, aksi takdirde iş aracılığından söz edilmelidir. Bu durumda iş aracılığının yasal olup olmaması ayrı bir konu olup işçiler (asıl) işverenin işçisi olarak kabul edilmelidir (Sözek, Alt İşveren, 78).

⁸⁹⁵ Bu bağlamda Sözek, 12.10.1995 tarihli ve 95/7375 sayılı kararnamenin eki niteliğindeki kararı değerlendirmektedir. Bu kararın 4. maddesinde kamu iktisadi teşekkülü ile bağlı ortaklıkların kadroları dondurulmuş, ancak aynı kararın geçici 1. maddesine göre de emekli olan işçilerin yerine işyerinin ihtiyacı olan işçilerin Hazine Müsteşarlığı ile Devlet Personel Başkanlığının görüşleri alınarak taşeron aracılığıyla çalıştırılacakları kabul edilmiştir. Sözek’e göre burada işçilerin işin belirli bir bölümünde değil ayrı ayrı birimlerde sadece emekli olanların yerine çalıştırılmaları alt işveren ilişkisini değil, iş aracılığını akla getirmektedir (Bkz. Sözek, Değerlendirme 2001, 13. Aynı yazar, Alt İşveren, 78).

⁸⁹⁶ Akyiğit, Şerh, C.1, 111. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 33. Ulucan, Karar İncelemesi, ÇT, 2004/3, 148-149. Akyiğit’e göre asıl işveren bu yetkileri kullanıyorsa, muvazaalı bir ilişkiden söz edilmelidir. Diğer yandan, sözde alt işveren işçi adayını getirip çalıştırıyorsa, bu ilişkiyi teknik-hukuki anlamda iş aracılığı olarak nitelemek mümkündür. İşçilerin sözde alt işveren tarafından bulunup getirilmesi söz konusu değilse muvazaadan söz edilir. Her iki durumun da hukuki sonucu işçilerin asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmeleridir (Akyiğit, Şerh, C.1, 111. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 33).

dur. Ayrıca aşağıda görüleceği gibi, alt işveren işçisine karşı asıl işverenin de müteselsilen sorumlu iken, iş aracısının böyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır⁸⁹⁷.

Yargıtayın incelediği bir olayda, Türkiye İş Kurumundan 4857 sayılı İş Kanununun 90. maddesi uyarınca özel istihdam bürosu olarak çalışmak üzere izin alan davalı ile davacı işçi arasında “Belirli Hizmet Akdi” adı altında bir sözleşme mevcuttur. Bu sözleşmeye rağmen davacı işçi, davalı diğer bir şirkette çalışmıştır. Davalı, bu şirketin özel istihdam bürosuna artık eleman ihtiyacının kalmadığını bildirmesi üzerine, özel istihdam bürosu davacıya tahsis ettiği anılan işyerindeki iş sözleşmesine son vermiştir. Yüksek mahkeme isabetli olarak, davalı işçi ile özel istihdam bürosu arasında yapılan sözleşmede iş sözleşmesinin temel unsuru olan “bağımlı olarak iş görmenin” mevcut olmaması gerekçesiyle, davacıyı istihdam edecek bir işyeri olmaksızın yapılan “belirli hizmet akdi” başlıklı sözleşmenin iş sözleşmesi değil, “iş bulmaya aracılık sözleşmesi” olduğu sonucuna varmıştır⁸⁹⁸. Buna karşılık davacı işçinin fiilen çalıştığı diğer davalı şirketle arasındaki sözleşme iş sözleşmesi olarak kabul edilmiş ve feshin geçersizliğine hükmedilerek işçinin bu şirkete iadesine karar verilmiştir.

Yüksek mahkeme diğer bir kararında isabetli olarak, alt işveren olarak gösterilen kişinin yönetim hakkının bulunmaması, yine aynı kişinin asıl işveren tarafından istenen sayıda ve nitelikte elemanı en geç üç gün içinde bulmak durumunda olması, ayrıca asıl işveren tarafından işten çıkarılması istenen işçileri işten çıkarmak zorunda olması gibi hususların bulunduğu olayda taraflar arasındaki ilişkinin alt işveren ilişkisi değil, işçi temini olduğu izlenimi verdiği sonucuna varmış

⁸⁹⁷ Akyiğit, Şerh, C.1, 111. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 33-34. Çankaya, 20.

⁸⁹⁸ Y9HD, 4.4.2005, 7774/11838, Çankaya/Çil, 2009, 257-258 ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Alpagut, Mesleki Anlamda, 571 vd. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında ise şu saptamada bulunulmuştur: “...işyerinden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte ise, işi alan kimse aracı değil, bağımsız işverendir...” (YHGK, 5.5.2004, 10-223/262, Demircioğlu, 45). Yargıtayın diğer bir kararına göre “...davacı gibi birçok işçi davalı Kütahya Porselen A.Ş. işçisi iken 2002 yılından başlayarak işçilik hizmeti teminine yönelik sözleşme yapılan taşeron işçisi olarak kayıtlarda gösterildikleri, işçilerin hangi taşeronun işçisi olduklarını dahi bilmedikleri, asıl işverenin işçileri ile birlikte aynı üretim işinde çalıştıkları, asıl işverenin üye sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisini almaması için bu yollara başvurduğu, davalılar arasında muvazaalı işlem olduğu ve feshin sendikal nedenlerle gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Davalı Kütahya Porselen AŞ gerçek ve asıl işveren olup, muvazaa olgusu nedeni ile diğer davalının işveren sıfatı bulunmadığına göre kabul hükmünün davalı Kütahya Porselen A.Ş. hakkında kurulması gerekir...” (Y9HD, 21.2.2005, 32618/5690, ÇT, 2005/2, 191-193).

ve ayrıca olayda muvazaa iddiasının da incelenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁸⁹⁹.

Yargıtay yine verdiği diğer bir kararda, olayın alt işveren ilişkisi değil, işçi temini niteliğinde olduğu sonucuna varmış ve husumetin aracıya değil, işverene yöneltilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁰⁰. Doktrinde bu kararı değerlendiren bir yazara göre alt işveren olduğu ileri sürülen firma ile yapılan sözleşmenin esas olarak işçi ihtiyacının karşılanması amacına yönelik olduğu ve işyeri yönetiminin eylemli olarak asıl işverenin elinde bulunması durumlarında, alt işveren ilişkisinden söz edilemez⁹⁰¹. Bu durumda -Yargıtayın da isabetli olarak belirttiği gibi- işçinin alacak davasını kendisini işe yerleştiren firmaya değil, işe alan ve çalıştıran işverene karşı yönlendirmesi gerekir⁹⁰².

V. Alt İşverenlik- İşveren Vekilliği

Alt işveren kavramı ile işveren vekili kavramları da birbirinden farklıdır. İş Kanununa göre *“işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir” (İK 2/4)*. Yine maddenin devamına göre *“İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Bu kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır. İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz” (İK 2/4,5)*.

Her ne kadar yasaya göre işveren vekili, işveren için İş Kanununda öngörülen her türlü sorumluluk ve zorunluluklara tabi olsa da “işveren” niteliği taşımamaktadır. Aksine işveren vekili, çoğunlukla işverene iş sözleşmesiyle bağlı işçi sıfatını

⁸⁹⁹ Y9HD 8.7.2004, 17098/17431, kararı isabetli bulan Ulucan’ın değerlendirmesi için bkz. ÇT 2004/3, 145-152; aynı karara ilişkin Şahlanan’ın incelemesi, Tekstil İşveren D., Aralık 2004, 39-41. Oysa aynı olguların bulunduğu başka bir kararda yüksek mahkeme isabetsiz olarak, olayda işçi temini değil, alt işveren ilişkisi bulunduğu sonucuna varmıştır (Karar ve karşı oy yazısı için bkz. 4.7.2000, 8835/10280, www.hukukturk.com). Doktrinde Süzek de, aynı üretim bandında hem asıl işverenin hem taşeron olarak gösterilen kişinin işçilerinin çalışması durumunda taşeronun “iş aracı” olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir (Süzek, Alt İşveren, 45).

⁹⁰⁰ Y9HD, 14.10.1998, 11542/14409, Akı Değerlendirme 1998, 17. İşçi temini sözleşmesinin alt işveren ilişkisi doğurmayacağına ilişkin karar için bkz. Y9HD, 12.2.2007, 32217/3258, Çankaya/Çil, 2009, 194-195. Y9HD, 22.12.2008, 42355/34683, Çankaya/Çil, 2009, 103-105. Y9HD, 22.12.2008, 41361/34689, ÇT, 2009/3, 22, 413-416.

⁹⁰¹ Akı, Değerlendirme 1998, 17-18.

⁹⁰² Akı, Değerlendirme 1998, 17-18.

haizdir⁹⁰³. Oysa alt işveren, asıl işverenle arasında istisna, kira, taşıma vb. sözleşme bulunan ayrı bir işverendir⁹⁰⁴. Ayrıca işveren vekilinin gerçek kişi olması gerektiği halde, alt işverenin gerçek veya tüzel kişi hatta tüzel kişiliği olmayan kamu kurum ve kuruluşu olması mümkündür⁹⁰⁵. Yine, işveren vekili işveren adına ve hesabına hareket ederken; alt işveren, üstlendiği işi kendi adına yürütür ve yine kendi adına ve hesabına işçi çalıştırır⁹⁰⁶. Gerçekten de alt işveren asıl işverenin emir ve talimatlarına göre değil, sözleşmede belirtilen “projeye ve teknik şartlara göre” iş görür⁹⁰⁷. Öte yandan alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında sözleşmeye dayanan bir ilişki yoktur ve alt işveren işçilerinin çalıştırıldığı yer onlar için ayrı bir işyeri sayılır⁹⁰⁸.

Bir görüşe göre alt işveren olarak gösterilen kişilerin işçiler üzerindeki yönetim ve talimat verme haklarının kısıtlandığı durumlarda alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Buna göre eğer asıl işveren bütün yetkileri kendinde toplamışsa, burada alt işveren olarak görünen kişi işveren vekili olarak kabul edilir ve husumetin sadece yetkileri elinde bulunduran işverene yöneltilmesi gerekir⁹⁰⁹. Kanımıza göre burada işçiler üzerinde hiçbir yönetim hakkı bulunmayan kişinin alt işveren kabul edilmemesi isabetli olmakla birlikte, olayın özelliğine göre iş aracılığı veya geçici iş ilişkisinden de söz edilmesi mümkün olabilir. Nitekim işveren vekilinin söz konusu olabilmesi için, işveren adına hareket etmenin yanı sıra *işin ve işyerinin ve işletmenin*

⁹⁰³ İşveren vekili ve işveren arasındaki ilişkinin mutlaka iş sözleşmesine dayanması gerekmez, bir vekalet sözleşmesi, şirket sözleşmesi veya statü hukuku da bu ilişkinin dayanağını oluşturabilir (Süzek, 166).

⁹⁰⁴ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 13. Çelik, 49. Şahlanan, Kavram, 192. Akyiğit, Şerh, C.1, 115. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 38. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 67. Çankaya, 19. Ayan, 511. Saymen, 456-457. Ekonomi, 53. Uygur, 267-268. Narmanlioğlu, 115. Canbolat, 35 vd. Aktay, Alt İşveren, 15. Demir, 17. Mollamahmutoğlu, 166 vd. Tunçomağ/Centel, 57-58. Günay, Toplu İş İlişkileri, 6.

⁹⁰⁵ Çankaya, 19-20. Çankaya/Çil, 2009, 20. Akyiğit, Şerh, C.1, 90. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 38. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 38.

⁹⁰⁶ Süzek, 142. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 13. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 67. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Akın, 235. Çankaya/Çil, 2009, 18. Şahlanan, Kavram, 192. Mollamahmutoğlu, 136. Narmanlioğlu, Sorumluluk, 57. Akyiğit, Şerh, C.1, 115. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 38. Tuncay, İşveren Vekili, 181. Çankaya, 20. Esener, 78. Ayan, 511. Demircioğlu, 36-37. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 42. Çubukçu, Alt İşveren, 20. Günay, Toplu İş ilişkileri, 6. Uygur, 268.

⁹⁰⁷ Akyiğit, Şerh, C.1, 115. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 38. Günay, Alt İşveren, 32, 33. Çankaya, 19. Narmanlioğlu’na göre de, asıl işverenin alt işverene emir ve talimat verme hakkı veya denetleme yetkisi bulunmamaktadır (Narmanlioğlu, Sorumluluk, 57).

⁹⁰⁸ Süzek, 142. Aynı yazar, Değerlendirme 2001, 13. Güzel, Alt İşveren, 38-40. Günay, Alt İşveren, 28. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 113. Aynı yazar, Toplu İş İlişkileri, 6. Yenisey, 26. Aydın, İşyeri ve İşletme, 125. Şahlanan, Alt İşveren, İHD, 332. Aynı yazar, Galatasaray Sempozyumu, 196. Çankaya, Alt İşveren, 18. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 415. Canbolat, Uygulama Sorunları, 17. Narmanlioğlu, Sorumluluk, 60. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 62. Özcan, 99. Çankaya/Çil, 2009, 18. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17.

⁹⁰⁹ Günay, Alt İşveren, 32.

yönetiminde görev alma koşulunun da bulunması gerekir⁹¹⁰. Bununla birlikte her iki ihtimalde de işçinin gerçek işvereni alt işveren olarak gösterilen kişi değil, kendisi üzerinde yönetim hakkını kullanan (asıl) işveren olacaktır.

Uygulamada kimi durumlarda gerçekte işveren vekili niteliğinde olan kişinin, alt işveren olarak gösterildiği görülmektedir. Yargıtay isabetli olarak ilişkinin gerçek niteliğine bakarak yukarıda belirttiğimiz kıstaslar doğrultusunda sonuca ulaşmaktadır⁹¹¹.

VI. Alt İşverenlik-Takım Sözleşmesi

Alt işveren ilişkisi, iş hukukuna ilişkin bir diğer üçlü ilişki niteliğinde olan takım sözleşmesinden de farklıdır⁹¹². İş Kanununa göre “Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin takım kılavuzu sıfatıyla işverence yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denir” (m.16).

Takım sözleşmesi yapıldığı anda, takım kılavuzu ve işveren arasında iş sözleşmesi meydana gelir. Buna karşılık takım sözleşmesinde ismi yazılı diğer işçilerin iş sözleşmeleri ancak her biri işe başladığı anda takım sözleşmesinde belirtilen koşullarla kurulmuş olur⁹¹³. Takım sözleşmesinin tüm üyeleri ve bu arada takım kılavuzu da işverene karşı işçi sıfatını taşır. Ayrıca takım lideri işçilere karşı işveren sıfatını taşımaz ve işçilere karşı ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁹¹⁴. Ücretin işverence işçilere ayrı ayrı ödenmesi gerektiğinden, takım kılavuzuna ödenmiş olması işvereni işçilere karşı sorumluluktan kurtarmaz⁹¹⁵. Oysa alt işveren ilişkisinde ise alt işveren, işçilere karşı tüm hak ve sorumluluklarıyla işveren sıfatını taşır. Ayrıca alt işveren ile asıl işveren arasındaki ilişki iş sözleşmesine dayanamayacağı gibi, alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında da herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Yine, alt işveren işçilerinin ifa

⁹¹⁰ Süzek, 165. Tuncay, İşveren Vekili, 181 vd.

⁹¹¹ Alt işveren olarak gösterilen kişinin aslında işveren vekili olduğu yönünde bkz. Y9HD, 9.2.2004, 12188/1681, Legal, 2004/3, 1050-1051. Ayrıca bkz Şen, Taşeronluk, 129 vd.

⁹¹² Esasen takım sözleşmesiyle alt işveren ilişkisinin tek ortak noktası, ikisinin de üçlü ilişki olmasıdır (Akyiğit, Alt İşverenlik, 35).

⁹¹³ Süzek, 2008, 240. Akyiğit, Şerh, C.1, 112. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 35. Çankaya, 20.

⁹¹⁴ Süzek, 2008, 240. Akyiğit, Şerh, C.1, 112. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 35. Ayan, 512. Çankaya, 20.

⁹¹⁵ Süzek, 2008, 240. Akyiğit, Şerh, C.1, 112. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 35.

etmemesi/kötü ifası durumunda, onlar kendi işverenleri olan alt işverene karşı sorumludurlar⁹¹⁶.

Nihayet, alt işveren ilişkisinde alt işveren işçileri alt işverenin ifa yardımcısı sıfatını haiz olduklarından, alt işverenin BK 55 ve 100 uyarınca üçüncü kişilere karşı sorumluluğu söz konusu iken, takım sözleşmesinde takım elemanları takım liderinin ifa yardımcısı olmadığından böyle bir sorumluluktan söz edilemez⁹¹⁷.

§ 5. Karşılaştırmalı Hukukta Alt İşveren İlişkisi

I.Genel Olarak

Alt işverenlik, tüm dünyada yaygın olarak kullanılan ve gittikçe de yaygınlaşan bir ilişkidir. Örneğin, Kamerun’da bazı şirketler, sadece asıl işlerini kendileri yapmakta, kalanlarını ise başka şirketlere devretmektedirler⁹¹⁸. Finlandiya’da 1990’ların ortalarından itibaren — tüm sektörlerde ve özellikle metal ve elektronik endüstrilerinde- alt işveren ilişkilerinde önemli ölçüde büyüme gerçekleşmiştir. Yine Panama’da genel olarak ve bilhassa tarım-endüstrisi şirketlerinde kurulan alt işverenlik ilişkilerinde artış görülmektedir. Güney Afrika, Arjantin⁹¹⁹, Uruguay, Tayland, Rusya, El Salvador, Kosta Rika, Brezilya, Meksika,

⁹¹⁶ Akyiğit, Alt İşverenlik, 35.

⁹¹⁷ Akyiğit, Şerh, C.1, 112. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 35. Çankaya, 21. Öğretide Akyiğit, alt işveren ilişkisini Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiş olan fakat yabancı hukuk sistemlerinde yer alan “dolaylı iş ilişkisi” ile de kıyaslamaktadır. Buna göre dolaylı iş ilişkisi, “bir işçinin işverene karşı üstlendiği iş görme borcunun ifasını (işverenin de rızasıyla) bizzat kendisine hizmet akdiyle bağlı bir işçiyi (kendi yerine/veya yanında) kullanarak yerine getirmesidir”. Bu ilişki ile alt işveren ilişkisi arasındaki temel farklılık, alt işveren ilişkisinde asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin kesinlikle iş sözleşmesine dayanmıyor olmasına rağmen, dolaylı iş ilişkisinde aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olmasıdır. Ayrıca alt işveren işçisinin asıl işverene karşı sadakat yükümünden, asıl işverenin de alt işveren işçisine karşı yönetim hakkından ve gözetme borcundan söz edilemezken, dolaylı iş ilişkisinde dolaylı işverenin dolaylı işçiye karşı bir takım yönetim hakkını kullanması, işçiyi gözetme borcunun bulunması ve işçinin de belli ölçüde sadakat borcunun bulunması ilişkinin özüne uygundur (Akyiğit, Şerh, C.1, 113. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 35-36).

⁹¹⁸ ILO, 38.

⁹¹⁹ Arjantin’de eğer “kullanıcı firma” (asıl işveren) müteahhidin veya alt işverenin işçilerine karşı iş hukuku ve iş sağlığı ve güvenliğinden kaynaklanan yükümlülüklerine uyup uymadığı konusundaki *denetisel yükümlülüğünü yerine getirmezse* “birlikte sorumluluk” sonucuna katlanmak durumunda kalmaktadır. Ancak bu koruma mekanizmasının “teorik” olarak kaldığı, işçilerin uygulamada genellikle söz konusu korumayı kullanma imkanı doğuracak bir pozisyonda olmadığı da belirtilmektedir (ILO, 50).

Macaristan, Venezüella, Filipinler, Şili⁹²⁰, Avustralya, Hindistan, Amerika aynı eğilimin yaşandığı ülkelerden sadece bazılarıdır⁹²¹.

Konunun tüm dünyada gösterdiği yaygınlık ve doğurduğu sorunlara rağmen Uluslararası Çalışma Örgütü'nün konuyu başlı başına ele alan genel bir sözleşmesi bulunmamaktadır. Gerçekten de alt işveren uygulamasının kazandığı uluslararası boyut nedeniyle, ILO bir alt işveren statüsü oluşturma çabası içine girmiş ve konuyu 2002 yılında Genel Konferansın gündemine almışsa da, -işveren temsilcilerinin muhalefeti nedeniyle- herhangi bir sözleşme kabul edilememiştir⁹²². Kanımıza göre bu durum ciddi bir eksikliktir. ILO'nun konuyu daha çok iş sağlığı ve güvenliği açısından ele alan sözleşmeleri bulunmaktadır. 1986 tarihli 162 sayılı Asbest Sözleşmesinin 6/2 hükmüne göre, birden fazla işverenin eş zamanlı olarak aynı işyerinde bulunmaları durumunda, -her işverenin kendi işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri ortadan kalkmaksızın- öngörülen önlemlerin alınması hususunda koordine olmak zorundadırlar⁹²³. Yine, 1988 tarihli 167 sayılı İnşaat Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sözleşmesinde de işveren tanımı içinde “müteahhit, asıl işveren ve alt işveren”in de yer aldığı belirtilmiştir (m.2/e,i). Ayrıca tek bir inşaat işyerinde eş zamanlı olarak birden fazla işverenin iş yapması durumunda asıl işverene (veya inşaatın genelinde asıl kontrol yetkisine sahip olan kişiye veya kuruma ya da inşaatın genelinde birincil sorumluluk taşıyan kişiye) öngörülen iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması hususunda koordinasyon görevi yüklenilmiştir⁹²⁴. Diğer yandan her işverenin, kendi otoritesi altındaki işçilere karşı öngörülen önlemlerin uygulanması bakımından sorumluluğunun devam ettiği de vurgulanmıştır. Yine, 1977 tarihli 148 Sayılı Çalışma Çevresi (Hava Kirliliği,

⁹²⁰ Şili’de de kullanıcı firma’nın, sağlayıcının (alt işverenin) iş hukukuna ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesi durumunda tali/ikincil derecede sorumluluğu bulunmaktadır (ILO, 50).

⁹²¹ ILO, 38-39. Alt işverenliğin –ve diğer atipik sözleşmelerin- en çok görüldüğü sektörler ise, inşaat ve giyim sektörüdür (ILO, 40, Lung, 300). Ülkelerin inşaat ve giyim sektörleri açısından istihdam yapılarına ilişkin genel iki tablo için bkz. ILO, 41-44. İstihdam ilişkilerinin oldukça karmaşık bir yapı arz ettiği diğer bir sektör ise, süpermarketler ve hipermarketlerdir (ILO, 46).

⁹²² Güzel, 35-36. Türk hukukundakine benzer bir kavram çokluğu ve karmaşası yabancı hukuklarda da görülmektedir. Bu doğrultuda, İngilizce olarak “contracting out”, “externalization”, “outsourcing”, “precarious employment”, “contract work” gibi kavramlar, kimi zaman aynı kimi zaman benzer durumları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü de kavramların çokluğundan kaynaklanan belirsizliğe dikkat çekmektedir (ILO, 8). Örneğin “contract work” veya “contract labour” bazı durumlarda korumadan yoksun olan bağımsız çalışanları (dependent workers) ifade için kullanılırken, bazı durumlarda alt işveren tarafından tarafından çalıştırılan işçiler için kullanılmaktadır (ILO, 7).

⁹²³ ILO, 50. Sözleşme metni için bkz. <http://actrav.ilo.org/actrav-english/telearn/osh/legis/c162.htm>

⁹²⁴ Karar metni için bkz. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C167>.

Gürültü ve Titreşim) Sözleşmesi, 1979 tarihli ve 152 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği (Tersane İşleri) Sözleşmesi, 1995 tarihli 176 sayılı Maden Ocağında İş Sağlığı ve Güvenliği Sözleşmesi, 1996 tarihli 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi benzer hükümler içeren diğer sözleşmelerdir⁹²⁵. Öte yandan ILO'nun alt işverenlik ilişkisine ilişkin diğer bir sözleşmesi de -yukarıda incelendiği gibi⁹²⁶- Türkiye tarafından 1960 yılında onaylanan 1949 tarihli 94 sayılı “Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Mütteallik Sözleşmesi”dir.

Öte yandan alt işverenlik sözleşmesinin değişik nitelikte sorunlara yol açmasına rağmen hala Avrupa Birliği mevzuatında da çok az yer bulduğu belirtilmektedir⁹²⁷. Gerçekten de -yukarıda da değinildiği gibi- Avrupa Birliği'nin de bu konuyu genel olarak ele alan bir direktifi bulunmayıp mesele, “işyeri/işyeri bölümü devri” kuralları ve devir durumunda işçilerin kazanılmış haklarının korunmasına ilişkin direktif çerçevesinde ele alınmaktadır. Avrupa Birliğinin 24 Haziran 1992 tarih ve 92/57 sayılı “Geçici veya Mobil İnşaat İşyerlerinde Minimum İş Sağlığı ve Güvenliği Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin” Direktifinde aynı inşaat işyerinde birden fazla müteahhidin (işverenin) iş yaptığı durumlarda, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini koordine etmek üzere bir veya daha fazla koordinatör atanması öngörülmüş (m.3) ve koordinatörlerin görevleri ayrıntılı bir biçimde belirlenmiştir (m.5, 6)⁹²⁸. Diğer yandan anılan direktifte, söz konusu koordinatörlerin görev yapmasının asıl işverenlerin 89/391 sayılı “İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönerge”den kaynaklanan sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağı da belirtilmiştir (m.7/2).

Öte yandan Avrupa Parlamentosu 2009 yılında “Üretim Zincirlerinde Alt İşveren Çalıştıran İşyerlerinin Sosyal Sorumluluğu'na İlişkin” bir rapor yayınlamıştır⁹²⁹. Bu raporda, Avrupa Birliği'nde –son on yılda- hızla yükseldiği vurgulanan alt işverenliğin, bir şirket için uzmanlaşmış işgücünü esnek bir şekilde

⁹²⁵ ILO, 50.

⁹²⁶ Bkz. yuk. § 1, IV.

⁹²⁷ Supiot, 20. Bu bağlamda Supiot'a göre, şirket içinde (işyerinde) gerçekleştirilen alt işverenliğin; söz konusu şirketin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanamamak ve yeni işverenleri nezdinde yeni iş koşullarına tabi olmak gibi genellikle dezavantajlı sonuçlara karşı alt işveren işçilerine sunulan tek koruma, işyeri devri konusundaki AB direktifinin uygulanma olasılığı ve ulusal hukuklarda durumlarına uygulanabilecek düzenlemelerdir (Supiot, 20).

⁹²⁸ Supiot, 20-21. Morin, 25. Sözleşme metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ>

⁹²⁹ Rapor metni için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=EN&reference=A6-0065/2009>

kullanmak konusunda fırsat sunduğu, artan ekonomik aktivitenin ve daha fazla iş yaratmanın arkasındaki faktörlerden biri olduğu belirtilmiştir. Ancak bu faydalarının yanı sıra işçilerin çalışma şartlarında olumsuz etkileri olduğu, “sosyal damping (düşürüm)” için artan potansiyeli olduğu ve yine mali ve sosyal güvenliğe ilişkin sorumlulukların hükümsüz kalması konusunda potansiyeli bulunduğu tespiti yapılmıştır. Özellikle inşaat sektöründeki uzun alt işverenlik zincirlerinin kötüye kullanılmaya açık olduğu vurgulanmıştır⁹³⁰.

Avrupa Parlamentosu anılan raporda, sekiz Birlik üyesi Devletin⁹³¹, alt işveren ilişkisinden kaynaklanan problemleri çözmek için alt işverenlerin işveren olarak sorumluluklarında “birlikte sorumluluk” kuralları oluşturduğunu belirtmiştir. Avrupa Parlamentosuna göre, “birlikte sorumluluk” veya “müşteri sorumluluğu” düzenlemeleri, asıl müteahhidin (asıl işverenin) sözleşme yaptığı tarafın güvenilir olup olmadığı ve yasal gerekliliklere uyum konusunda istekli olup olmadığı konusunda daha dikkatli olmaya itecektir. Böylece kayıtdışı ekonomiyle mücadele ve işçilerine minimum ücret oranından daha az ücret ödeyen işverenler lehine olan haksız rekabetin önlenmesi de mümkün olabilecektir. Ayrıca bu durum, işverenleriyle birlikte sorumlu olan ve genellikle ödeme gücü daha fazla yerinde olan “ek bir borçlu” eklenmesi anlamında açıkça işçilerin lehine olacaktır. Öte yandan Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından ulusal hukuklar tarafından öngörülen “birlikte sorumluluk” kuralının, Avrupa Birliği Andlaşmasının 49. maddesinde yer alan “hizmetleri sağlama özgürlüğü”ne bir aykırılık oluşturmadığı tespiti yapıldığına da dikkat çekilmektedir. Fakat söz konusu düzenlemelerin bir ülkeden diğerine farklılık göstermesinin, henüz bu konuda etkili bir yasal düzenleme yapmamış üye ülkeler açısından bir “açık kapı” oluşturduğu vurgulanmaktadır. Bu sebeple bu konuda, Avrupa Birliği düzeyinde bütün taraflarca uygulanacak bir Avrupa sorumluluk sisteminin, Avrupa işgücü piyasasında adaleti sağlayabileceği sonucuna

⁹³⁰ Avrupa Parlamentosu özellikle, uluslar arası gerçekleşen alt işveren ilişkilerinde gerçekleşen problemlere dikkat çekmektedir. Bilhassa *yabancı* alt işverenler ve geçici istihdam agentelerine sorumluluğa ilişkin kuralları uygulamakta sorunlarla karşılaştığı belirtilmektedir.

⁹³¹ Bu sekiz üye Devlet, Avusturya, Belçika, Finlandiya, Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda ve İspanyadır. Öte yandan bu devletlerin konuyla ilgili olarak öngördüğü sorumluluğun, iki ana türü olduğu belirtilmiştir. 1-Birlikte ve müteselsil sorumluluk (özellikle yurtiçinde tahsil edilen vergiler konusunda) 2-sadece direkt müteahhit ile sınırlanan veya zincirdeki bütün müteahhitleri kapsayan zincirleme sorumluluk. Bu tür sorumluluk düzenlemeleri maddi olarak üç tür yükümlülüğü kapsamaktadır: ücretler, sosyal güvenlik katkıları ve ücretler üzerindeki vergiler.

varılmıştır⁹³². Nitekim şeffaf bir sorumluluk sistemi, Avrupa iç piyasasına da faydalı olacak ve onu daha dinamik kılacaktır.

Sonuç itibarıyla gerek Avrupa Birliği'nde gerek Uluslararası Çalışma Örgütü nezdinde konuyu başlı başına ele alan bir düzenlemeye rastlanmamakta, bu durumun da etkisiyle yasal düzenlemeler bir ülkeden diğerine farklılık göstermektedir. Kanımıza göre de bu durum önemli bir eksikliktir. Özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü nezdinde, bu konuda en azından asgari şartları belirleyecek genel bir düzenlemenin yapılması bir yeknesaklığı getirecek ve “uluslararası rekabet şartları” nedeniyle konuyla ilgili sınırlama getirmekten çekinen ülkeleri teşvik edici olacaktır.

II. İngiltere

İngiltere’de konu özellikle iş sağlığı ve güvenliği kapsamında ele alınmaktadır⁹³³. Gerçekten de İngiltere’de 1974 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasının 2(1) hükmü işverenlere işyerinde çalışan işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama görevi yüklerken, 3(1) hükmü işyerinde kendisine bağlı olarak çalışmayan kişilerin korunması konusunda da aynı görevi yüklemektedir⁹³⁴. İşyerinde kendisine bağlı olarak çalışmayan kişilerin korunması hususunda ele alınan ölçüt ise “işin yürütümünün bir parçası” olmaktadır⁹³⁵. Bu kavram, bir mahkeme kararında “işyerini,

⁹³² Avrupa İş Dünyası Konfederasyonu (BUSİNESSEUROPE) bu öneriye karşı çıkarken, Avrupa İşçi Sendikalar Konfederasyonu (ETUC) desteklemektedir. Bu konuya –özellikle Avrupa İş Dünyası Konfederasyonu’nun konuya ilişkin görüşleri konusunda- ayrıntılı bilgi için bkz. Aktekin, 273-274.

⁹³³ Öte yandan İngiltere’de özellikle inşaat sektöründe yaygın olan “lump” (*self employed labour only sub-contractors*) olarak adlandırılan bir uygulama vardır. Bu uygulamaya göre vergi ödememek ve çeşitli idari işlemlerden kurtulmak amacıyla, belirli bir işin tamamlanması için çalışan ve kendisine götürü ücret ödenen bir birey müteahhitle anlaşılmaktadır. Bu sistemin sakıncaları, bu “müteahhitlerin” işçiyi koruyucu haklardan yararlanamaması, inşaat sektöründeki sendikaları gerilemesidir. Bu sakıncalara karşın bu konuya herhangi bir yasal müdahale söz konusu değildir sadece bu şekilde vergi kaçırmanın yaygınlaşması üzerine 1988 tarihli Gelir ve Kurum Vergileri Kanununda, asıl işverence alt işverene yapılan ödemedir verginin kaynağa kesilmesine ilişkin bir yükümlülük getirilmiştir (Barrister, 21). Buna karşılık temyiz mahkemesi, tarafların söz konusu duruma verdiği isimden ziyade gerçek durumla ilgilenerek bu duruma bir çözüm getirmeye çalışmaktadır. Nitekim verdiği bir kararda “lump” olarak çalıştığı ileri sürülen ve işyerinde kaza geçiren kişinin aslında işçi olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre “lump düzenlemesi” taraflara sadece avantaj sunmak için kullanılan bir araçtır ve bu durum taraflar arasındaki gerçek yasal ilişkiyi etkilememektedir (Ferguson v John Dawson Partners Ltd, Selwyn, 47-48’den).

⁹³⁴ Esasen 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında mahkemeler, araçlar (alt işverenler) tarafından işe alınan işçilerin korunması için, bu işçilerin uğradıkları kazalardan (asıl) işverenleri de sorumlu tutmaya başlamıştı (Deakin, 73).

⁹³⁵ James/Johnstone/Quinlan/Walters, 170. Painter/Holmes, 817. Pitt, 405-406.

işverenin yürüttüğü işin bir parçası olarak çalıştırmak” şeklinde tanımlanmıştır⁹³⁶. Mahkeme ayrıca, bağımsız işverenlerce üstlenilen temizlik, onarım, bakım gibi “yardımcı (ikincil, tali, bağlı) faaliyet”lerin işverenin yüklendiği işin bir parçası olabileceğini kabul etmiştir⁹³⁷. Bununla birlikte bu işlerin işverenin işinin bir parçası olarak kabul edilebilmesi için işverenin işyerinde yapılması gerektiği vurgulanmaktadır⁹³⁸. Diğer bir deyişle, bu işler işyerinin dışında yerine getirildiğinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasının 3(1) hükmü kapsamına girmeyecektir.

Öte yandan, “işverenin işyerinde iş yapma” kriterinin çok katı bir şekilde uygulanmaması gerektiği de belirtilmektedir⁹³⁹. Buna göre işveren “işin yürütümünden kaynaklanan sağlık ve güvenlik riskleri” konusunda da gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu konuyla ilgili Bölge Mahkemesince verilen bir kararda, üstlenilen bina tamirati işinin bir parçası olarak kullanılmayan bir fabrikadan asbestli sac tabakalarının kaldırılarak işverenin işyerinin yakınındaki bir yere taşınması işinin “işin yürütümünün bir parçası olduğu ve 3(1) hükmünün kapsamına girdiği kabul edilmiştir⁹⁴⁰.

Öte yandan 1999 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetimi Kanununa göre işverenler, kendi istihdamında olmayanların karşı karşıya oldukları kendi işinin

⁹³⁶ R v Associated Octel Co Ltd (1997) IRLR 123, James/Johnstone/Quinlan/Walters, 170. Selwyn, 300. Willey, 427. Johnstone/Quinlan/Walters, 99-100. Painter/Holmes, 821-822. Smith/Thomas/Mead, 877-878. Deakin/Morris, 326. Anılan davada alt işveren işçisi işyerinde bir patlama sonucu çıkan yangında kötü şekilde yandı. Olay, güvenli olmayan bir lambanın kırılarak temizlenmekte olan tankın içindeki aseton gazını tutuşturmasıyla meydana geldi. Lordlar Kamarası bu davada, söz konusu tankın temizlenmesi ve bakımının üstlenilmesi işini, Octel’s şirketinin işinin bir parçası olarak görmüştür. Bu kararda şu tespitlerde bulunmuştur. Kişi kendi işini nasıl yürüteceği konusunda özgürdür. Fakat 3/1 hükmüne göre işveren işini, insanların sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşürmeden yürütmek durumundadır. Bu nedenle eğer işveren, bağımsız bir müteahhitle işverenin işinin bir parçası olan bir iş yapması konusunda anlaşır, söz konusu riskleri önlemek hususunda gerekeni yapmak zorundadır (James/Johnstone/Quinlan/Walters, 172. Willey, 427. Smith/Thomas/Mead, 877-878. Pitt, 405-406).

⁹³⁷ James/Johnstone/Quinlan/Walters, 170. Pitt, 406. Öte yandan İngiliz hukukunda “salt işgücü temini” amaçlı alt işveren ilişkisi kurulması da mümkün kabul edilmektedir. Ancak bu durumda da asıl işverenin, 1974 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasının 3(1) hükmü uyarınca “iş sağlığı ve güvenliği anlamında” sorumluluğu söz konusu olmaktadır (bu yönde karar için bkz. R v British Steel, (1995), IRLR 310, Court of Appeal, Painter/Holmes, 818-819).

⁹³⁸ Bu doğrultuda, işyeri perdelerinin kuru temizleyicide temizlenmesinin, satış müdürünün arabasının tamirhanede tamir edilmesinin, makinelerin üretici firmasında yapılan bakım işlerinin, tam olarak işverenin yürüttüğü işin bir parçası olarak kabul edilmesi mümkün değildir (James/Johnstone/Quinlan/Walters, 171).

⁹³⁹ Selwyn de, yükümlülüğün sadece işverenin işyerinde çalışan kişilere değil, aynı zamanda işyerinin dışında çalışan fakat, söz konusu aktiviteden etkilenebilecek durumdaki kişilere karşı da olduğunu belirtmektedir (Selwyn, 299).

⁹⁴⁰ RMC Roadstone Products Limited v Jester, (1994) 4 All ER 1037 (James/Johnstone/Quinlan/Walters, 171). Avustralya’da verilen çeşitli mahkeme kararlarında da aynı yaklaşım sergilenmektedir (Kararlar için bkz. James/Johnstone/Quinlan/Walters, 172).

yürütümüyle bağlantı içinde veya dışında olmaktan kaynaklanan risklere yönelik, uygun ve yeterli bir “risk değerlendirmesi” yapmak zorundadır (3/1,b). Aynı kanunun⁹⁴¹ “işbirliği ve koordinasyon” başlıklı 11. maddesine göre ise, iki veya daha fazla işveren aynı işyerini (geçici veya kalıcı olarak) paylaştıklarında her bir işveren, yasal yükümlülüklerini yerine getirmek için gerektiği düzeyde birbirleriyle işbirliği yapmak zorundadırlar. Yine aynı şekilde, aynı işyerini paylaştıkları yerde alınacak tedbirleri koordine etmek için makul adımlar atmak durumundadırlar. İşverenler işyerinin (işin) yürütümüyle bağlantı içinde olmaktan kaynaklanan risklerle karşı karşıya bulunan işçilerin işverenlerini bilgilendirmek zorundadır⁹⁴².

III. Fransa

Fransa’da yasal alt işverenlik (*sous-traitance/sous-entreprise*) ile sahte işverenlik ve *marşandaj* (yasadışı emek ticareti) birbirinden ayrılmıştır⁹⁴³⁻⁹⁴⁴. Söz konusu düzenlemeler 1 Mayıs 2008 tarihine kadar İş Kodu’nun, 125-1 ve 125-3 (anılan tarihten sonra Article L.8231-1/8234-2)⁹⁴⁵ hükümleri arasında yer almıştır. Gerçekten de İş Kodu’nun “*marchandage*”⁹⁴⁶ başlığını taşıyan bölümünde, “hukuk

⁹⁴¹ Kanun metni için bkz. <http://www.opsi.gov.uk/SI/si1999/19993242.htm>

⁹⁴² Söz konusu düzenlemeleri değerlendiren bir yazara göre, bu hükümlerin uygulamada ne kadar koruma sağladığı tartışmalıdır. Yazar bunun gerekçesi olarak birçok işverenin yasal yükümlülükleri konusunda bilgisiz olduğuna ve denetim konusundaki yetersizliklere dikkat çekmektedir (James/Johnstone/Quinlan/Walters, 173).

⁹⁴³ Fransa’da yasal olarak geçerli olarak kabul edilen iki tür istihdamın dışsallaştırılması bulunmaktadır: alt işverenlik ve geçici iş ilişkisi (Verdier/Couret/Souriac, 65).

⁹⁴⁴ Maddenin önceki halinde “işçilerin alt işverenlik veya marşandaj yoluyla sömürülmesi” yasaklanmıştı. Diğer bir deyişle önceki durumda maddede yasaklanan husus doğrudan marşandaj değil, bu yolla işçilerin sömürülmesiydi (Rivero/Savatier, 276. Godard, 42. Le Goff, 161). 1881’de verilen bir mahkeme kararında marşandaj kavramı bağlamında işçilerin “sömürülmesi” “herhangi bir vasıta ve özellikle ücretlerin azaltılması (indirilmesi) yoluyla aşırı bir yarar sağlamak” olarak tanımlanırken, 1897’de verilen bir kararda sömürü, “özellikle asıl işverenin hileli eylemlerinden oluşan bir istismar (kötüye kullanma) durumudur, ki bu hileli eylemler işçileri aşırı şekilde ücretlerinin düşürülmesi ve alt işverenin ödeme gücü (aciz hali) ile karşı karşıya bırakan eylemlerdir” şeklinde tanımlanmıştır (Harison, 468).

⁹⁴⁵ Bu maddeler 2007 yılında çıkarılan bir kanunla yürürlükten kaldırılmış, başka maddeler içinde düzenlenmiştir (n°2007-329 du 12 mars 2007 - art. 12 (VD) JORF 13 mars 2007 en vigueur au plus tard le 1er mars 2008). Anılan düzenlemeler 1 Mayıs 2008 tarihine kadar anılan maddelerde düzenlenmiş, bu tarihten sonra önemli reform ve İş Kodunun yeniden kodifikasyonu çerçevesinde ayrı bir başlık halinde farklı maddelerde yer almıştır (Houwertzijl/Peters, 7). Bu doğrultuda madde L.8231-1, yürürlükten kaldırılan 125-1 hükmünü hemen hemen aynen tekrar etmiş ve tanımladığımız içeriğiyle “marşandaj” yine yasaklanmıştır.

⁹⁴⁶ Fransa’da ve özellikle Paris’te, alt işverenliğin yasak formu olan “marşandaj” uygulamasının geçmişi ve bu uygulamaya karşı verilen hukuki ve siyasi mücadelenin geçmişi 1800’lü yıllara kadar uzanmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Harison, 451 vd). Nitekim konuyla ilgili ilk yasaklama, ilk olarak 1848’de bir kanun hükmünde kararnameyle gerçekleşmiştir (Claviere/Lafarge/Schiele, 40. Le Goff, 161. Pelissier/Lyon-Caen/Jeammaud/Dockes, 156). Öte yandan Fransız tarihinde, 1896’da

kurallarının, sözleşme hükümlerinin ve toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını engellemek yoluyla işçilere zarar verici nitelikte kazanç amaçlı her türlü işlem”, yani *marşandaj* yasaklanmıştır (art. L.125-1 C.trav./şimdi L.8231-1)⁹⁴⁷. Görüldüğü gibi bu hükümle yasaklanan husus bütünüyle alt işverenlik değil, *hukuk kurallarının, sözleşme hükümlerinin ve toplu iş sözleşmesinin uygulanmasının engellenmesi yoluyla* işçilere zarar verilmesi ve kazanç sağlanmasıdır⁹⁴⁸. Bu hükmün uygulanması açısından, işçinin uğrayacağı herhangi bir zararın verilmesi yeterli olup, ayrıca zarar verme kastının (amacının) varlığı aranmamaktadır⁹⁴⁹. Bu açıdan, “marşandaj” kavramı yarattığı etkilerle tanımlanan bir kavramdır. Bu etkiler ise; ücretlerin normal düzeyine göre düşürülmesi, çeşitli avantajların kaybı ve işyerinde devamlı statüde çalışanların statüsünden yoksun olmak, fakat aynı zamanda geçici işçi statüsünde çalışanların sahip olduğu özel korumadan da yoksun kalmak şeklinde açıklanmaktadır⁹⁵⁰.

Öte yandan İş Kodu’nda yer alan L.125-3 (şimdi L.8241-1) hükmü uyarınca, tek amacı geçici iş konusundaki hukuk kurallarının dışındaki şartlarda işçi temin etmek olan kazanç (kar) sağlayıcı işlemler suç kapsamında değerlendirilmiştir⁹⁵¹. Bu

marşandaj konusunda önem taşıyan bir mahkeme kararından söz edilmektedir. “Loup Affair” olarak anılan bu olayda, bir müteahhit olan Loup 9500 frank karşılığında Martin isimli bir taşeronla anlaştı. İş başladığında, Martin daha fazla para istedi. Loup bu öneriyi, sadece Martin’in kullanmadığı fonları geri vermesi koşuluyla kabul etti. Taşeron bu öneriyi reddederek, projeyi bitirmeden ve işçilere ücretlerini ödemedi işyerini terk etti. Mahkeme işçilerin ödenmeyen ücretlerinden hem müteahhiti hem taşeronu eşit olarak sorumlu tuttu ve karar onaylandı. Bu noktadan sonra Loup’un adına ticari gruplarca Paris Mahkemesine bir seri başvuru yapıldı. Paris Mahkemesi bu başvurular sonucunda iki önemli yasal sorunu çözdü. İlki, “marşandaj” hükümetin açıkça ortadan kaldırmak istediği “işgücü ticareti” anlamına gelmektedir. İkincisi, müteahhit mahkemeye celp edilebilmesine ve para cezasına çarptırılabilir olması rağmen, suçun faili olarak sadece taşeron cezalandırılabilir. Böylece 1904’te Loup Affair davasının sonucunda marşandaj suçunun ana sorumlusu taşeron olarak tespit edildi (Harison, 467).

⁹⁴⁷ Fransa’da tarihsel olarak “marşandaj” uygulamasının artması hususunda iki önemli faktöre dikkat çekilmektedir. Bunlardan biri, 1789 Devrimini izleyen liberal ekonomik politikalar; diğeri, 18.yy. sonlarında ve 19.yy’da işçilerin şehirlere çok büyük akımı(göçü)dır. Nitekim 19 yy’da Fransız şehirlerinde taşeronluk çok yaygınlaşmıştı. Bir kaynağa göre 1860 yılında sadece Paris inşaat sektöründe 26.000 taşeron iş yapmaktaydı (Harison, 453, 455).

⁹⁴⁸ Olivier, 33. Houwerzijl/Peters, 3 vd. Rivero/Savatier, 276. Godard, 42. Duquesne, 53. Pelissier/LyonCaen/Jeammaud/Dockes, 159-160. Le Goff, 160-161. Coeuret/ Fortis, 353. Gatumel, 43. Bu anlamda Olivier, Fransız hukukundaki yasaklamanın, İtalyan hukukuna göre dar olduğuna dikkat çekmektedir (Olivier, 34).

⁹⁴⁹ Verdier/Couret/Souriac, 65. Güzel, 34.

⁹⁵⁰ Verdier/Couret/Souriac, 65. Godard, 42-43.

⁹⁵¹ Fransız temyiz mahkemesi, 125-3 hükmüne aykırılığın tespiti için yasanın lafzında bulunan üç koşulu birden aramaktadır: sözleşmenin tek amacının işçi temini olması, alt işveren işçilerinin gerçekte asıl işverenin emri altında çalışması ve kar sağlayıcı bir işlemin varlığı. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Olivier, 47-54).

hükümdeki farklılık, söz konusu işlemin yasadışı işçi temin etmek “amacı” ile yapılmasıdır⁹⁵².

Yukarıda belirtilen hükümlere aykırı davrananlar hakkında -aynı yaptırım öngörülerek- bu kişilere 30.000 Euro para cezası ve iki yıl hapis cezası uygulanması hükme bağlanmıştır (L.152-3/şimdi L.8234-1 ve L.8243-1)⁹⁵³. Öte yandan, 20 Aralık 1993 tarihli yasa⁹⁵⁴ ile tüzel kişilerin de bu suçtan dolayı 150.000 Euro para cezasına çarptırılacakları öngörülmüştür⁹⁵⁵.

Bir işlemi “geçerli alt işverenlik ilişkisi” olmaktan çıkararak “yasak hale getiren” durumların neler olduğu konusunda, yargı kararlarıyla belirli kriterler tespit edilmiştir⁹⁵⁶. Bu kriterler konusunda öncelikle alt işverenlik sözleşmesinin özelliklerinden hareket edilmektedir. Buna göre alt işverenlik sözleşmesi, bir müteahhidin (alt işverenin), kendine ait araçlarla, belirli, objektif, net olarak tanımlanmış ve götürü bir biçimde ücretlendirilen bir işi, tam bağımsız olarak yürütmeyi⁹⁵⁷ üstlendiği sözleşmedir⁹⁵⁸. Tanımda da yer alan kriterlerden biri, “net (açık) bir biçimde tanımlanarak üstlenilen gerçek bir yükümlülüğün varlığıdır”. Bu doğrultuda alt işveren ilişkisini kuran sözleşmenin amacı, alt işverenin işçilerinin asıl işverenin hizmetine girmesi (alt işverenin personelinden yararlanma) değil, alt işverenin açık bir şekilde belirlenen bir işi (görevi) yapması olmalıdır⁹⁵⁹.

⁹⁵² Pelissier/LyonCaen/Jeammaud/Dockes, 160.

⁹⁵³ Olivier, 34. Coeuret/ Fortis, 354. Pelissier/LyonCaen/Jeammaud/Dockes, 160. Gatumer, 43. Bu çerçevede asıl işveren ve alt işveren suç ortağı kabul edilmişlerdir (Olivier, 34). Öte yandan işçi, söz konusu sözleşmenin “yasak amacı” nedeniyle geçersiz sayılmasını talep edebilmektedir (Michel, 414).

⁹⁵⁴ “La loi n 93-1313 du 20 Decembre 1993”.

⁹⁵⁵ Olivier, 35. Verdier/Couret/Souriac, 64. Güzel, 35. Mahkeme ayrıca, bu esaslara aykırı hareket eden kişinin alt işveren olarak faaliyet göstermesini 2 ila 10 yıl arasında bir süreyle yasaklayabilir (L.8234-1, Güzel, 34)

⁹⁵⁶ Bununla birlikte söz konusu kriterlerin her biri “tek başına”, yasallık ve yasadışılığı birbirinden ayırmada yetersiz bulunmaktadır (Olivier, 39).

⁹⁵⁷ Burada belirtilen “iş bağımsız olarak yürütmek”, bilhassa işçiler üzerindeki otoriteyi (yönetim yetkisini) kapsamaktadır (Olivier, 38). Mahkemenin verdiği bir kararda, alt işverenin asıl işverene sunduğu tek şeyin işçilerinin emeği (çalışması) olması, alt işverenin hiçbir organizasyona sahip olmaması, beceri gerektiren hiçbir özgün bir işi yürütmemesi gerekçeleriyle olayda yasadışı geçici iş ilişkisi bulunduğu sonucuna varılmıştır (Crim., 22, nov., 1988, Verdier/Couret/Souriac, 66).

⁹⁵⁸ Olivier, 38. Diğer bir tanıma göre “geçerli” alt işveren sözleşmesi, bir işverenin diğer sözleşme tarafına belirli bir işi veya hizmeti, kendi yönetimi ve sorumluluğu altındaki kendine bağlı çalışan işçilerle gerçekleştirmeyi üstlendiği ve işin (ya da hizmetin) karşılığının “götürü” bir biçimde belirlendiği anlaşmayı ifade etmektedir (Verdier/Couret/Souriac, 66). Aynı yönde bkz. Le Goff, 213.

⁹⁵⁹ Olivier, 40-41. Verdier/Couret/Souriac, 66. Godard, 43. Söz konusu görev, bir bilgisayar programının yürütülmesi, uzman bir raporun düzenlenmesi, bir dokümanın çevirisi gibi entelektüel bir nitelik taşısa bile mümkün olduğu ölçüde somutlaştırılmalıdır (Olivier, 40-41).

İşlemin yasa dışılığını belirleyen kriterlerden bir diğeri, alt işverenin kararlaştırılan işte uzmanlığın bulunmaması, alt işverenin üstlendiği işi uzman bir yetkili şeklinde hareket ederek yürütmemesidir⁹⁶⁰⁻⁹⁶¹. Diğer bir kriter, işin gerçekleşmesi için zorunlu olan araç gereçlerin, malzemenin bulunup bulunmamasıdır. Başka bir deyişle, söz konusu işin asıl işverenin araç gereçleriyle yapılması olayda alt işverenliğin değil, işçi temininin olduğunun belirtilerinden biridir⁹⁶².

Bu konudaki önemli kriterlerden bir diğeri, alt işverenin personeli üzerindeki yönetim ve denetim yetkisini koruması; asıl işverenin bu işçilere doğrudan müdahale edememesidir⁹⁶³. Çünkü alt işverenlik, asıl işverenin kendi işçisi olmayan personelle arasında “bağımlılık ilişkisi” yaratmamaktadır. Bu sebeple asıl işverenin, alt işveren işçilerinin çalışma saatlerinin belirlenmesi, disiplini gibi konularda doğrudan bir yönetim yetkisi olmaması yargı organı tarafından titizlikle araştırılmaktadır.

Diğer bir kriter, alt işverenin yaptığı işin karşılığının “götürü olarak” belirlenmesidir⁹⁶⁴. Buna göre karşılığın, süreye göre hesap edilmesi yasadışı alt işverenliğin bir belirtisi olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu kriterin tali/ikincil bir nitelikte olduğu, tek başına kesin bir sonuca götürecek nitelikte olmadığı kabul edilmektedir⁹⁶⁵. Buna göre alt işveren tarafından uzmanlık gerektiren bir işin yapılması, çalışma karşılığının süreye göre hesap edilmesini haklı gösterebilir.

Sonuç itibariyle Fransız hukukunda yasal alt işverenlik ve yasadışı alt işverenlik (marşandaj) arasındaki çizgi kesin bir şekilde çizilmiş ve alt işverenliğin işçileri sömürücü bir araç olarak kullanılması yasaklanmıştır. Bu doğrultuda mahkeme, olayda gerçek bir alt işverenlik mi yoksa yasadışı bir işgücü temini

⁹⁶⁰ Tasarımcıların ve desinatörlerin sekiz işyerinde uzun bir süre için çalıştıkları bir olayda, hiçbir özel teknik isteyen çalışmanın yapılmadığı ve kendi yöneticilerinin projede çalışacak personeli belirleme konusunda yetkisiz olmaları olguları nedeniyle geçerli bir alt işveren ilişkisi değil yasadışı ödünç iş ilişkisi bulunduğu sonucuna varılmıştır (Olivier, 40).

⁹⁶¹ Olivier, 40-41. Öte yandan öngörülen cezaların uygulanmaması için sözleşmenin belirsiz süreli olması yerine “belirli süreli” olması daha tercih edilir niteliktedir (Olivier, 40).

⁹⁶² Olivier, 41 vd. Le Goff, 156-157.

⁹⁶³ Olivier, 42-43. Le Goff, 155-156. Bu sebeple yargı organı, alt işveren işçisini alt işverenin işe aldığı fakat yönetim yetkisini asıl işverenin kullandığı durumları yasadışı geçici iş ilişkisi olarak kabul etmektedir (Olivier, 43).

⁹⁶⁴ Olivier, 43 vd. Verdier/Couret/Souriac, 66. Le Goff, 157. Pelissier/LyonCaen/Jeammaud/Dockes, 161.

⁹⁶⁵ Olivier, 44’dan naklen.

olduğunun tespiti hususunda sözleşmenin isminden ziyade gerçek durumu – yukarıdaki belirtilen kriterler çerçevesinde- araştıracaktır⁹⁶⁶. Öte yandan sendika temsilcilerine de bu konuda hukuk davası açabilme yetkisi tanınmıştır⁹⁶⁷.

Fransa’da alt işveren ilişkisindeki *sorumluluğa ilişkin düzenlemeler* ise, 1970’lerin ortalarında başlamıştır⁹⁶⁸. Fakat esas itibariyle 1990 yılında “sahte alt işverenlik ve marşandaj (yasadışı emek ticareti)” kapsamında düzenlemeye⁹⁶⁹ yer verilmiştir (İş Kodu, madde L.125-2/şimdi L.8232-1). Buna göre bir işveren, belirli bir işin yapılması veya belirli hizmetlerin görülmesi için ticari işletme sahibi olmayan ve esnaf ve sanatkar işyeri bulunmayan işçi çalıştıran bir müteahhitle (alt işverenle) sözleşme yaparsa -sözleşmede yer almamasına rağmen- asıl işveren şu durumlardan sorumludur⁹⁷⁰: Buna göre, eğer işin yapılması veya hizmetin görülmesi, asıl işverenin işyerinde veya eklentilerinde gerçekleşiyorsa “alt işverenin zayıflığı (ödeme güçlüğü)” durumunda, alt işveren işçilerinin ücret ödemeleri, izin ücretleri, sosyal sigorta düzenlemelerinden kaynaklanan yükümlülüklerden, iş kazası ve meslek hastalıkları tazminatlarından ve aile yardımlarından sorumlu tutulmaktadır⁹⁷¹. Eğer söz konusu iş asıl işverenin işyerinde görülmüyorsa/farklı bir yerde gerçekleşiyorsa, yine alt işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü durumlarda asıl işveren, alt işveren işçilerinin ücretlerinden, aile yardımlarından, izin ücretlerinden ve sosyal güvenlik ödemelerinden/katkılarından sorumlu tutulmuştur” (L.125-2/şimdi L.8232-2)⁹⁷².

⁹⁶⁶ Supiot, 19, dn.16.

⁹⁶⁷ Verdier/Couret/Souriac, 66.

⁹⁶⁸ “Loi relative à la sous-traitance” (Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975) Bu konuda bkz. Olivier, 7. Ancak bu kanunda öngörülen sorumluluk, asıl işverenin ödeme güçlüğüne düşmesine karşı *alt işverenin yararına* öngörülmüştür ve halen devam etmektedir. Nitekim korunmayı gerektiren savunmasız taraf, “alt işveren” olarak görülmüş; alt işveren işçilerine ilişkin bir korumaya yer verilmemiştir. Bununla birlikte bu hükmün alt işveren işçilerine “dolaylı” faydasından söz edilebilir. (Houwerzijl/Peters, 3 vd).

⁹⁶⁹ 12 Temmuz 1990 tarih ve 90-613 sayılı kanun

⁹⁷⁰ Olivier, 84-85. Bir kaynağa göre söz konusu sorumluluk, sahte alt işverenlik durumunda uygulama alanı bulacaktır. Nitekim burada birlikte sorumluluğun gerekçesi, yasadışı bir işten/hizmetten esas olarak yararlanan kimsenin, bu yasadışılığın finansal sonuçlarına katlanma gerekliliğidir (Houwerzijl/Peters, 1).

⁹⁷¹ Fransız hukukunda asıl işverenin sorumluluğunun kapsamı, İtalyan hukukuna göre daha dar kapsamdadır (Olivier, 85).

⁹⁷² Fransız hukukunda, Art L 122-12 (şimdi Art. L 1224-1) hükmü uyarınca işyerinin devri halinde devralan işveren, devreden işveren ile işçiler arasındaki iş sözleşmelerinin tarafı olmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaraca, 317 vd). Ancak mahkemenin verdiği bir kararda, bir hastanenin temizlik ve yemek işlerini bir alt işverene verilmesi durumunda, söz konusu hizmetin devrinin bir “ekonomik bir birim (varlık)” oluşturmadığı, bu sebeple de devir sırasında mevcut olan iş sözleşmelerinin alt işverene devrinin mümkün olamayacağı, söz konusu iş sözleşmelerinin hastane ve işçiler arasında

Görüldüğü gibi, maddede oldukça sınırlı kapsamda bir sorumluluk öngörülmüştür. Buna göre asıl işverenin alt işveren işçilerinin haklarından sorumluluğu için alt işverenin ticari işletme sahibi olmaması (ticaret siciline kayıtlı olmaması) veya esnaf ve sanatkar işyeri bulunmaması gerekmektedir⁹⁷³. Doktrinde bu sınırlama, uygulamada söz konusu düzenlemeyi “sembolik” kıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁹⁷⁴.

Öte yandan asıl işverenin sorumluluğu için alt işverenin ödeme güçlüğüne düşmesi (söz konusu sorumluluklarını yerine getirmemesi) aranmaktadır. Buna göre, asıl işverenin alt işveren işçilerinin haklarından sorumluluğu “müteselsil sorumluluk” niteliğinde değildir⁹⁷⁵. Diğer yandan, alt işveren işçilerinin söz konusu işi asıl işverenin işyerinde (veya eklentilerinde) görmesi ile farklı bir yerde görmesi arasında asıl işverenin sorumluluğu bakımından bir farklılık yaratılmıştır. İşin asıl işverenin işyerinde görülmemesi durumunda, iş kazası ve meslek hastalığından sorumluluğu öngörülmemiştir.

IV. İtalya

İtalya’da kanun koyucunun alt işverenlikle ilgili sorunlara müdahalesi, 1960 yılında çıkarılan 1369 sayılı Yasa ile olmuştur. Bu yasanın birinci maddesine göre, işi gerçekte alt işverenin veya aracının işçileriyle yürütmek için muvazaalı (danışıklı) olarak alt işverenlik sözleşmesini veya başka bir sözleşmeyi bir araç olarak kullanmak yasaklanmıştır⁹⁷⁶. Diğer bir deyişle burada tarafların gerçek amacı, asıl

geçerli olmaya devam edeceği sonucuna varılmıştır (Sosyal Daire, 24 Ekim 2000, Droit Social, No.1, Jan 2001, 15-16). Yine diğer bir kararda, maden suyu üretimi yapan bir şirket, bu ürünlerin nakliyesinde kullanılan ahşap istif rafının üretimi, bakımı ve onarımı işini –daha önce bu işte çalışan işçileriyle birlikte- alt işverene devretmiştir. Mahkeme, devredilen aktivitenin “ekonomik bir birim (varlık)” oluşturmadığı gerekçesiyle işçilerin devrini geçersiz kabul etmiş ve iş sözleşmelerinin önceki şekilde devam ettiği sonucuna varmıştır (Sosyal Daire, 18 Temmuz 2000, Morin, 22. ILO, 67). Bu karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Couturier, 845-849.

⁹⁷³ Söz konusu koşul, “ticaret siciline kayıtlı olmamak veya esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olmamak” şeklinde açıklanmaktadır (Claviere/Lafarge/Schiele, 39. Güzel, Alt İşveren, 54). Asıl işverenin söz konusu sorumluluktan kurtulmak için, alt işverenin ticaret siciline veya meslek kütüğüne kayıtlı olduğunu ve ticari işletme sahibi olduğunu ortaya koyması gerekmektedir (Michel, 415).

⁹⁷⁴ Olivier, 85. Öte yandan asıl işverenin, alt işverenin işçilerinin kayıt dışı çalışması durumunda alt işverenin sorumlu olduğu mali sonuçlardan birlikte sorumlu tutulmuştur (Labour Code, Article L.324-13-1, Morin, 24).

⁹⁷⁵ Olivier, 84.

⁹⁷⁶ Olivier, 17. Güzel, Alt İşveren, 35. İtalya’da özellikle kırsal güney bölgelerde ve inşaat sektöründe “caporalato (yönetici, şef, ustabaşı) kiralama sistemi” hala oldukça yaygındır. Bu sistem, kaçak göçmenler, kadınlar vb. işçilerin kayıtdışı olarak “caporal” tarafından son derece istikrarsız işlerde

işveren ve alt işveren işçileri arasına bir aracının veya “alt işverenin” girmesidir⁹⁷⁷. İtalyan temyiz mahkemesine göre ise, söz konusu yasağın ihlali için asıl işveren tarafından kullanılan ve *onun yönetimi altında yürütülen* bir işin varlığı yeterli olup, ayrıca taraflar arasında “hileli işlem yapma niyetinin olup olmaması” önem taşımamaktadır.

Diğer yandan İtalyan temyiz mahkemesi gerçek bir “işverenin” söz konusu olup olmadığının tespitinde “gerçek bir organizasyonel ve girişimsel otonomiye (özerkliğe)” mutlak suretle sahip olunup olunmadığı üzerinde de durmaktadır⁹⁷⁸. Organizasyonel özerklik ile kastedilen, alt işverenin yönetim yetkisine sahip olmasıdır. Girişimsel özerklik ile anlatılmak istenen ise, “kar olasılıklarını ve zarar risklerini üzerine alabilme kapasitesidir”.

Öte yandan İtalyan hukukunda, Fransız hukukunda yer almayan -İtalyan doktrini tarafından da çok yararlı bulunan- “alt işveren işçilerinin asıl işverenin işletmesinde üretim sürecine dahil olması” formülü geliştirilmiştir⁹⁷⁹. Buna göre alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında hiçbir bağımlılık ilişkisi olmamasına rağmen, asıl işverenin işyerinde üretim sürecine dahil olan alt işveren işçileri, asıl işveren işçileri ile bireysel ve toplu iş hukuku açısından aynı haklara sahip olma hakkını elde etmektedir⁹⁸⁰. Buna göre örneğin alt işveren işçileri, asıl işveren işçileri ile ulaşım, yemek gibi aynı toplu haklardan yararlanmayı talep edebileceği gibi, onlarla aynı sendikal haklardan yararlanma, aynı kolektif statüyü elde etme ve özellikle asıl işverenin kendi işkolunda imzaladığı toplu iş sözleşmesinden hakkına sahip olurlar⁹⁸¹. Öte yandan alt işveren işçisi, asıl işveren işçisi gibi işlem görse bile yine

çalıştırıldıkları bir tür yasadışı işçi ticaretidir. Bu sistemin yaygın olmasının gerekçeleri olarak, yüksek istihdam maliyetleri ve denetim eksikliği gösterilmektedir (Supiot, 19).

⁹⁷⁷ Olivier, 17, dn.16.

⁹⁷⁸ Olivier, 22.

⁹⁷⁹ Olivier, 68. Caruso, 15. Bu formül, -Fransız hukukunun aksine- bağımlılık ilişkisi gereğince sadece asıl işveren işçilerine uygulanabilen iş hukuku kurallarının, alt işveren işçilerine de uygulanmasına olanak sağlamaktadır. Böylece, üretim organizasyonunun belirli formlarında ortaya çıkan dışsallaşma risklerine karşı mücadele edilmektedir. Bu doğrultuda Fransız hukukunun dışsallaşma olgusuna yanıt vermede yetersiz kaldığı da vurgulanmaktadır (Olivier, 70, 73, 74).

⁹⁸⁰ Ballestrero bu düşüncenin gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: “aynı işyerinde aynı durumda çalışanlara, aynı işlemi uygulamak zorunludur”. Bu açıklama “eşit çalışma, eşit işlem” prensibi ile özetlenebilir (Olivier, 76’dan). Eşitlik ilkesinin uygulanması, sadece işçiler açısından değil, serbest pazar ekonomisinde işletmeler arasında serbest değil “gerçek rekabetin” sağlanması yönünden de yararlıdır (Olivier, 79).

⁹⁸¹ Olivier, 72. Fransız hukukunun aksine, İtalyan hukukunda “belirli durumlarda”, iş hukuku kurallarının uygulanması, “bağımlılık ilişkisi” ile karakterize edilmemektedir (Olivier, 73). Olivier Fransız hukukunu 1789 İnsan ve Vatandaşlık Hakları bildirisinin 1. maddesini temel alarak

de, asıl işverenin işçisi sayılmaz⁹⁸². Buna göre alt işveren, onların tek gerçek işvereni olarak, onları işten çıkarma ve disiplin cezası uygulama yetkisine sahiptir.

Diğer yandan bu kavram sınırsız bir içeriğe de sahip değildir. Öncelikle bu kavram sadece *asıl işverenin işyerinde çalışan* alt işveren işçileri için uygulanan coğrafi nitelikte bir kriterdir⁹⁸³. Diğer yandan söz konusu kavram, asıl işveren tarafından gerçekleştirilen üretim veya hizmetin *alt işverenin üretiminin katkısı olmadan yapılma olasılığının bulunmamasını* ifade etmektedir⁹⁸⁴. Başka bir deyişle, faaliyetin basit bir bölünmesi veya üretimde sayısal olarak basit bir artma yeterli olmayıp *ekonomik sonuçlarının ortak/aynı olması* aranmaktadır. Bize göre burada ortaya çıkan sonuç, söz konusu ilkenin sadece “asıl iş”te gerçekleştirilen alt işveren ilişkileri için geçerli olmasıdır.

Diğer yandan söz konusu kural, *sadece (münhasıran) asıl işverenin işyerinde çalışan* (üretim sürecine dahil olan) alt işveren işçileri için uygulanmaktadır⁹⁸⁵. Buna göre aynı anda farklı asıl işverenlerin işyerinde çalıştırılan alt işveren işçilerine söz konusu eşitlik ilkesi uygulanmaz⁹⁸⁶. Öte yandan yine yasaya göre, düzenli bir biçimde üretim sürecinde yer almayan (düzensiz), tesadüfi ve kısa süreli işlerde iş müfettişinin yetkisiyle, eşitlik prensibinin uygulanmayacaktır⁹⁸⁷ (1369 sayılı Yasa m.3). Nihayet eşitlik kuralı, işin birbirini izleyen birden fazla safhadan oluştuğu ve

eleştirmektedir. Söz konusu maddeye göre, “İnsanlar hukuk karşısında özgür ve eşit doğarlar. Sosyal sınırlamalar sadece toplum yararına dayandırılabilir”. Yazar bu doğrultuda alt işveren işyeri ile asıl işveren işyerinin bir “üstün işyeri” oluşturdukları durumda hangi toplum yararının alt işveren işçileri ile asıl işveren işçileri arasında ayırım yapmayı haklı kıldığı sorusunu yöneltmektedir (Olivier, 79).

⁹⁸² Olivier, 73.

⁹⁸³ Olivier, 68.

⁹⁸⁴ Olivier, 69. Öte yandan doktrinde, “yapısal” – “konjonktürel” alt işveren ayrımı yapılmakta ve geçici ya da konjonktüre bağlı nedenlerle değil ancak yapısal nedenlerle alt işverene bir işin verilmesi halinde işçiler arasında eşitlik ilkesinin gözetilmesinin söz konusu olduğu belirtilmektedir (Olivier, 69-70’dan naklen. Güzel, 53).

⁹⁸⁵ Olivier, 80. Olivier, söz konusu sınırlamanın, dışsallaşmanın riskleriyle mücadele anlamında çok yerinde olmadığını belirtmektedir. Nitekim bu şekilde, pek çok asıl işverene çalışan bir alt işverene (*multi-sous-taritant*) iş vererek eşitlik ilkesinden kolayca kurtulmak mümkün olmaktadır (Olivier, 80-81).

⁹⁸⁶ Diğer bir deyişle eşitlik ilkesinin uygulanma alanının belirlenmesinde bir tür “üstün işyeri” (*super entreprise*) düşüncesi oluşturulmuştur. Buna göre eğer alt işveren işçisi birden çok asıl işveren üretiminde çalışıyorsa bu “üstün işyeri”nden söz edilemeyecektir. Bu durumda alt işverenin işyeri, tümüyle asıl işverenin işyerinin içinde yer almamış olacaktır (Olivier, 77).

⁹⁸⁷ Olivier, 77.

bu safhaların asıl işverenin “normal” işçilerinin sahip olduğu uzmanlıktan farklı bir uzmanlığı gerektirdiği durumlarda da uygulanmayacaktır⁹⁸⁸.

Görüldüğü gibi eşitlik ilkesinin uygulama alanı, getirilen istisnalarla oldukça sınırlanmıştır. Nitekim bu yönüyle İtalyan hukukunun, gerçek anlamda eşitlik ilkesini yaşama geçirmekten çok, alt işveren uygulamasını caydırıcı kılma ve sınırlama amacına yöneldiği belirtilmektedir⁹⁸⁹.

Sonuç olarak, “alt işveren işçilerinin asıl işverenin işletmesinde üretim sürecine dahil olması” formülü ile, geleneksel olarak bağımlılık ilişkisinin varlığıyla uygulanabilen kurallar, -asıl işveren işçisi veya alt işveren işçisi olup olmamak önem taşımaksızın- aynı üretim sürecindeki bütün işçilere uygulanır⁹⁹⁰. Öte yandan, anılan formülün ikinci fonksiyonu, “sorumluluk” konusunda ortaya çıkmaktadır. Buna göre söz konusu “eşitlik ilkesi” nin uygulanmasının alt işveren ve asıl işveren olmak üzere iki borçlusu bulunmaktadır⁹⁹¹. Buna göre asıl işveren, sadece eşitlik kapsamına giren konularda değil, İş Hukukunun alt işveren işçilerine tanıdığı tüm hakların uygulanmasından da alt işverenle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur⁹⁹².

V. İspanya

İspanya’da çalışma hayatını ilgilendiren konularda sürdürülen reformların bir parçası olarak 43/2006 sayılı Kanun çıkarılmıştır⁹⁹³. Bu kanunun ana hedefleri, istihdam seviyesini yükseltmek, geçici iş sözleşmelerinin sayısını azaltmak, kalıcı sözleşmeleri teşvik etmek ve geçici iş sözleşmelerinin kalıcı sözleşmelere

⁹⁸⁸ Olivier, 77. Diğer bir deyişle alt işveren işçilerinin, asıl işverenin işçilerinden farklı uzmanlık alanına giren bir iş yaptıkları, bu işlerin asıl işverenin işletmesinin üretim sürecine dahil olmadıkları durumlarda da eşitlik kuralı uygulanmayacaktır (Güzel, Alt İşveren, 52-53).

⁹⁸⁹ Güzel, Alt İşveren, 53.

⁹⁹⁰ Olivier, 73. Bununla birlikte alt işveren işçilerinin eşitlik ilkesinden yararlanabilmeleri için, *alt işverenle* bağımlılık ilişkisi içinde olması gerekmektedir. Bu sebeple “yasal bağımlılık ilişkisi kriterinden” tamamen kopuk olmadığı da vurgulanmaktadır (Olivier, 73).

⁹⁹¹ Olivier, 83.

⁹⁹² Olivier, 83. Güzel, 53. Bu sorumluluk da yine asıl işverenin işyerinde çalışan işçiler için söz konusudur (Olivier, 83). Sorumluluk ile ilgili kural da, dışsallaşmanın risklerini azaltmayı sağlamak için getirilmiştir (Olivier, 83).

⁹⁹³ Öte yandan İspanya’da 2006 yılında çıkarılan 32/2006 sayılı yasa, *inşaat sektöründe* kurulan alt işverenliği ciddi sınırlamalar getirmiştir. Bu kanunun esas amacı, bu sektörde alt işverenlik yüzünden ortaya çıkan çok sayıda iş kazasının önüne geçmektir. Bu doğrultuda işçinin iş kazası sonucu ölümü veya sakatlanması durumunda ortaya çıkan tazminat yükümlülüğüne ilişkin sorumluluğun kapsamı genişletilmiştir. Yine, iş kazalarının önlenmesi amacıyla asıl işverenin ve alt işverenin sözleşmenin uygulanması çerçevesinde birlikte/müşterek sorumluluğu öngörülmüştür. Diğer yandan anılan kanun, söz konusu işi tamamlamak için daha fazla alt işveren gerektiğinin *objektif olarak gösterilemediği* durumlarda “dikey alt işverenlik zincirinin” sayısını “üç”le sınırlanmıştır. Ayrıca firmalara özel bir kayıt sistemi de getirilmiştir (Amon, 264. Lave, 10).

dönüştürülmesi ve nihayet belirli görevler ve hizmetler için başvuru alan alt işverenliğin veya geçici istihdam bürolarının kullanımının şeffaflığının artırılmasıdır⁹⁹⁴. Bu sebeple kanunun getirdiği ana yenilikler, geçici istihdam büroları ve alt işverenlik konusunda gerçekleşmiştir.

Buna göre 43/2006 sayılı Kanun, alt işverenlik sözleşmeleri konusunda – özellikle asıl işveren ve alt işverenin aynı işyerini paylaştığı durumlarda- işçi temsilcilerine bilgi verme zorunluluğu getirmiştir. Böyle bir durumda asıl işverenin sağlanan bilgiyi kayıt altına alması ve bu kaydı işçi temsilcileri için ulaşılabilir tutması zorunludur⁹⁹⁵ (article 42.4 of the Workers’ Statute). Ayrıca, asıl işverenin işçilerinin işçi temsilcisi ve alt işverenin işçilerinin işçi temsilcisi, -işyerini veya işverenin sağlaması gereken duyuru panosunu da paylaşarak- faaliyetlerini koordine edebilirler (articles 42.7 and 81 of the Workers’ Statute).

Öte yandan, işyerinin paylaşıldığı durumlarda alt işveren işçilerinin bir işçi temsilcisi bulunmamaktaysa, bu işçiler iş koşullarına ilişkin sorunlarda asıl işverenin işçilerinin işçi temsilcisine danışabilirler (article 42.6 of the Workers’ Statute). Bu hükümle amaçlanan hususun, halihazırda geçici istihdam bürolarına ve bunların kullanıcı şirketlerine uygulanan bu kuralın (article 17 of Act 14/1994, geçici istihdam bürolarını düzenleyen kanun) alt işveren işyerlerine de uygulanması olduğu belirtilmiştir.

Kanunda öngörülen bu kontrol mekanizmalarının yanı sıra, yasal alt işverenlikle yasadışı alt işverenlik⁹⁹⁶ arasındaki ayrım da ortaya konmuştur. İspanya hukukunda geçici istihdam bürosunca sağlanmadıkça sadece işgücü teminini içeren alt işverenlik yasaklanmıştır. Böyle bir durumda sadece işgücü teminini içeren alt işverenlik, “işgücü ticareti” olarak kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır⁹⁹⁷. İspanya hukukunda yasadışı alt işverenlik ve yasal alt işverenliği ayırmada kullanılan

⁹⁹⁴ Hernandez, 115. Öte yandan İspanya’da, “kendi işyerinde” alt işveren ilişkisi kuran asıl işverene alt işveren işçilerinin (veya müteahhit işçilerinin) ücretleri ve sosyal güvenlik katkıları (primleri) konusunda birlikte sorumluluk kuralı öngörülmüştür. Söz konusu sorumluluk için, işçinin hak ihlalinin “*asıl işverenin işyerinde*” gerçekleşmesi şartı aranmaktadır (Workers Statute, Article, 42/3, Lave, 8. ILO, 69).

⁹⁹⁵ Hernandez, 118.

⁹⁹⁶ Yasadışı alt işverenlik, asıl işverenin işyerinde gerçekleştirilen alt işverenlikte söz konusu olmaktadır (Hernandez, 118).

⁹⁹⁷ Supiot, 18-19. Hernandez, 118-119. Bununla birlikte Supiot, İspanya’da yasal olarak, işverenin bir grup işçiyi (takımı) temsilen bir temsilci ile sözleşme imzaladığı takım sözleşmesinden işgücü ticaretini ayırmanın güç olduğuna dikkat çekmektedir (Supiot, 18).

ölçütler, yargı kararlarıyla ortaya çıkmıştır⁹⁹⁸. Buna göre iki işveren arasındaki sözleşmenin tek amacı işçi sağlamak ise, işçileri sağlayan işverenin kendisine ait belirli bir işyeri veya istikrarlı bir organizasyonu bulunmamaktaysa, işveren olmaktan kaynaklanan fonksiyonlarını kullanmamaktaysa (örneğin işçilerine karşı yönetim hakkını kullanmamaktaysa) yasadışı alt işverenlikten (ve işgücü ticaretinden) söz edilebilmektedir.

İspanya Ceza Kanunu böyle yasadışı işgücü ticareti için 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ve 6-12 aylık para cezası öngörmektedir ve ek olarak aynı yaptırımın hileli veya görünürde çalışma veya iş koşulları sözü vererek işe alan veya işini bırakmaya ikna eden kişiye de uygulanacağı belirtilmiştir⁹⁹⁹.

VI. İsviçre

İsviçre hukukunda alt işveren kavramına 1999 tarihli Asgari Çalışma ve Ücret Koşullarına İlişkin Kanunun 5. maddesinde rastlanılmaktadır¹⁰⁰⁰. Bu kanunun amacı, merkezi veya ikametgahı İsviçre dışında olan işverenlerin İsviçre’de geçici bir süre çalıştırdıkları işçiler için asgari çalışma koşullarının belirlenmesidir (m.1). Bu Yasanın “alt işverenler” başlıklı 5. maddesine göre, genel merkezleri veya ikametgahları İsviçre dışında olan alt işverenlere iş yaptırılması halinde asıl işveren, alt işveren ile yaptığı sözleşmede, alt işverene Yasanın hükümlerine uymayı zorunlu kılmalıdır. Aksi halde asıl işveren, alt işverenin Yasanın 2. maddesinde öngörülen asgari şartlara uymamasından hukuken müteselsilen sorumlu olacak ve 9. maddede düzenlenen yaptırımlarla¹⁰⁰¹ karşılaşabilecektir. Diğer bir deyişle, alt işverenin işçileri kendi işverenleri tarafından verilmemiş, ancak Kanunun 2. maddesinde öngörülmüş hakları, asıl işverenden de talep edebileceklerdir¹⁰⁰².

Kanunun 2. maddesinde belirtilen ve asıl işverenin sorumlu olacağı haklar ise, asgari ücret, çalışma ve dinlenme süresi, asgari tatil süresi, iş sağlığı ve güvenliği, hamile ve yeni doğum yapmış kadınların, çocukların ve gençlerin

⁹⁹⁸ Hernandez, 118-119.

⁹⁹⁹ Supiot, 19.

¹⁰⁰⁰ Kanun metni için bkz. http://www.admin.ch/ch/f/rs/823_20/index.html

¹⁰⁰¹ 9. maddeye göre 2. maddenin hafif ihlali 5000 frank ve daha fazla idari para cezasını gerektirirken, ağır ihlali durumu için işverenin 5 yıla kadar İsviçre’de çalışmaması yaptırımı öngörülmüştür.

¹⁰⁰² Güzel, Alt İşveren, 42, 43’den naklen.

korunması, ayrımcılık yasağı ve özellikle kadın-erkek eşitliğinin sağlanması alanlarındaki asgari şartlardır.

Bu kurallar alt işveren aldığı işi, bir başka alt işverene verecek olursa yine geçerliliğini korur. Ancak bunun için ilk alt işverenle asıl işveren arasındaki sözleşmeye asıl işverenle alt işverenler arasında müteselsil sorumluluğun geçerli olduğuna dair hükmün konulması gerekmektedir¹⁰⁰³.

VII. Amerika

Amerikan hukukunda neredeyse istisnasız olarak, federal ve devlet kuralları uyarınca işçiye karşı olan yükümlülüklerin muhatabı doğrudan bağlı olduğu işverendir¹⁰⁰⁴⁻¹⁰⁰⁵. Ancak mahkeme kararlarında “birlikte/ortak işveren” statüsü/doktrini (“*joint employer doctrine*”) şeklinde bir kavrama yer verilmiştir¹⁰⁰⁶⁻¹⁰⁰⁷. Bu kavramın açıklanması açısından, 1943 yılında mahkemenin incelediği bir

¹⁰⁰³ Güzel, Alt İşveren, 42, 43’den naklen.

¹⁰⁰⁴ Becker, 1537. Amerika’da “subcontractor”, ürün veya hizmet sağlayan bağımsız işletmelerdir (Axelrod, 853). Ancak doktrinde, bu tanımın yakın zamanlara kadar geçerli olduğunu, alt işverenlerin artık yalnızca ürün veya hizmet sağlamadığını, aynı zamanda işçi (çalışan) de sağladığını belirtilmektedir (Axelrod, 853-854). Bu son anılan durum “işçi leasing firması” (*employee leasing firm*) olarak da adlandırılmaktadır. Buna göre normal bir alt işverenlikte alt işveren, asıl işverene – içinde ek olarak işgücünün de bulunduğu birçok faktörü içeren bir hizmet vermek- hususunda belirli bir fiyat karşılığı anlaşır. İşçi leasing firması ise, belirli bir ücret karşılığında sadece işgücünün sağlanması konusunda anlaşır. İşçi leasing firmasının sağladığı avantajlar, daha ucuz olması, daha az bürokrasi, işçi sayısına bağlı bazı yükümlülüklerden kurtulma ve bu işçilerin genellikle sendikasıız olmalarıdır (Axelrod, 853-854, 866). Öte yandan İngiliz hukukundan farklı olarak Amerikan hukukunda, alt işveren işçilerinin asıl işveren işyerinde iş kazası geçirmeleri durumunda -söz konusu işçilerin işvereni olmadığı için- asıl işverenin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Bu durum doktrinde eleştirilmektedir (Dau-Schmidt, 884).

¹⁰⁰⁵ Amerikan hukukunda “atipik” istihdam biçimlerine bir yasak veya ciddi bir sınırlama getirilmemiştir çünkü Amerikan iş hukukunda baskın prensip “sözleşme özgürlüğüdür”. Bu doğrultuda işverenler, iş ilişkilerini kendi ihtiyaçlarına ve çıkarlarına en uygun şekilde düzenlemek konusunda geniş bir özgürlüğe sahiptirler (Summers, 504).

¹⁰⁰⁶ Nitekim Amerikan hukukunda Ulusal Çalışma İlişkileri Kanununda (NLRA) “işveren” kavramına, işverenin -doğrudan veya dolaylı olarak- temsilcisi gibi hareket eden kişilerin de dahil olduğu belirtilmektedir (Section 2(2)) (Becker, 1538). Kavrama kaynaklık eden diğer bir yasa “FLSA” (Fair Labor Standards Act)’tir (bkz. Lung, 313 vd. Linder, 453 vd)

¹⁰⁰⁷ Amerikan hukukunda öngörülen diğer bir kavram, “tek işveren statüsü (ilişkisi)”dir. (single employer). Bu kavram uyarınca, *görünürde farklı* iki birimin gerçekte tek bir şirketin parçalarını oluşturması durumunda iki ayrı işverenden değil, “tek bir işveren”den söz edilir. Bu durumun tespiti için mahkeme, 4 faktör belirlemiştir: 1-işlemlerde (işin yürütümünde) fonksiyonel birliktelik (bütünlük), 2-iş ilişkilerinin merkezi yönetimi, 3-ortak yönetim, 4-ortak mülkiyet (hukuki bağlılık) (Axelrod, 857). (Görüldüğü gibi bu ölçütler, Türk hukukunda bir işyerinin “bağlı işyeri” sayılması için öngörülen ölçütlerle benzerlik arz etmektedir). Tek işveren statüsü ile birlikte işveren statüsü arasındaki temel fark, tek işveren statüsünde iki birimin sadece *görünürde bağımsız* olması, birlikte

olay önem taşımaktadır. Bu olayda *Bethlehem-Fairfield* isimli şirketin işlettiği bir tersanenin içinde bulunan kafeterya ve kantinler, *M&M restoran şirketi* tarafından işletilmektedir¹⁰⁰⁸. M&M restoran şirketinin işçileri¹⁰⁰⁹ açtıkları davada taleplerini hem M&M restoran şirketine hem tersane sahibine yöneltmişlerdir. Mahkeme, bu işçilerin M&M restoran şirketinin ücret çizelgesinde yer alması, bu şirketten ücretlerinin ödenmesi ve yönetim yetkisinin bu şirkette olması gerekçelerine dayanarak, bu işçilerin açık bir biçimde M&M şirketinin işçisi oldukları sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca bu işçilerin uygulamada Bethlehem-Fairfield tarafından yönetilmedikleri ve denetlenmedikleri tespitini de yapmıştır. Buna karşılık iki şirket arasındaki sözleşmede, Bethlehem'e (o yerde çalışan işçilerin işten çıkarılması ve ücret düzeylerini onay yetkilerini de içeren) kafeterya ve kantinlerin yönetim ve yürütümüne müdahale yetkisinin verilmiş olması gerekçesiyle M&M şirketi ile Bethlehem-Fairfield şirketinin ortak (birlikte) işveren olduğu sonucuna varılmıştır. Üstelik mahkeme bu kararı, Bethlehem şirketi uygulamada söz konusu (yönetim ve denetim) yetkilerini kullanmamış olmasına rağmen vermiştir¹⁰¹⁰. İşte her iki işverenin birlikte sorumlu tutuldukları bu durum, "*joint employer doctrine*" (birlikte/müşterek/ortak işveren doktrini) olarak adlandırılmaktadır¹⁰¹¹. Mahkeme daha sonra verdiği bir kararda da "birlikte/ortak işveren doktrini"ni şu şekilde ifade etmiştir: Gerçekte birbirinden ayrı (bağımsız) olan iki veya daha fazla işletme biriminin iş ilişkisine ilişkin önemli kararları (yönetimini) paylaştıkları veya bu kararları birlikte belirledikleri (yönettikleri) durumdur¹⁰¹². Buna göre "birlikte/ortak işveren" statüsünün kurulabilmesi için, (ikinci) işverenin işçiyi işe alma, işten çıkarma, disiplin, yönetim, denetleme gibi hususlarda anlamlı bir düzeyde etkisinin

işveren statüsünde iki birimin *gerçekte birbirinden bağımsız* olmasına rağmen iş ilişkisine ilişkin kararları paylaştıkları veya birlikte belirlemeleridir (Axelrod, 857. Davidov, 734).

¹⁰⁰⁸ Becker, 1540. Kanımıza göre Türk hukuku açısından böyle bir örnekte, söz konusu kafeterya ve kantinlerin işyerinde çalışan işçilere yönelik olması durumunda bir alt işveren ilişkisinden söz edilebilir.

¹⁰⁰⁹ Söz konusu dava işçiler adına, o zamanki adı "Congress of Industrial Organizations (CIO)" (şimdiki adı The American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations) olan sendika federasyonu tarafından açılmıştır (Becker, 1540).

¹⁰¹⁰ Becker, 1541. Mahkeme böylece, işçi-işveren ilişkisinin ölçütü (mihenk taşı) olarak yönetim hakkının gerçekte kimin tarafından kullanıldığından ziyade bu hakka sahip olma ölçütünü kullanmıştır. Bu doğrultuda örneğin iş sahibinin işyeri yöneticisinin alt işveren işçilerine karşı emirlerini, doğrudan alt işveren tarafından istihdam edilen bir kişi aracılığıyla iletmesi durumu iş sahibinin birlikte işveren statüsünden söz etmek için yeterli olmayacaktır (Becker, 1541-1542).

¹⁰¹¹ Becker, 1540.

¹⁰¹² Jenero/Spognardi, 128. Becker, 1541-1542. Siebert/Webber, 881. Axelrod, 856. Davidov, 734.

olması gerekir¹⁰¹³. Ancak işverenin denetim ve yönetim yetkisinin birlikte/müşterek işveren statüsü yaratması için bu yetkinin “minimal veya alışılmış (olağan)” bir düzeyde değil, anlamlı bir şekilde günü gününe devam eden denetim yetkisini, disiplin ve işçileri işten çıkarma yetkilerini içeren bir düzeyde olması gerektiği belirtilmektedir¹⁰¹⁴. Nitekim Amerikan yüksek mahkemesinin verdiği bir kararda “birlikte işveren” statüsünün tespitinde esas alınan “doğrudan kontrol yetkisinin” bulunup bulunmadığının belirlenmesinde beş temel faktör üzerinde durulmuştur. 1- işe alma, işten çıkarma 2-disiplin¹⁰¹⁵ 3-ödeme, sigorta, kayıtlar 4-denetim/gözetim 5-toplu pazarlık sürecine katılım¹⁰¹⁶.

¹⁰¹³ Becker, 1541-1542. Siebert/Webber, 882-883. ILO, 71. Doktrinde, mahkemelerin bu durumu tespit etmede kullandıkları kriterlerin “joint employer” statüsünü daralttığı ve gerçek alt işverenlikle, işçi leasingi organizasyonları arasındaki gerçek farkı ortaya koyamadığı eleştirisi yapılmaktadır. Buna göre mahkemeler mantıklı standartlar formüle etmişler, fakat bunları mantıksız bir şekilde yorumlamışlardır (Axelrod, 856. Aynı yönde Becker, 1542). Gerçekten de mahkemelerin söz konusu doktrini bu şekilde formüle etmesinin, alt işveren işçisini kontrol yetkisinin önemli ölçüde iş sahibinde olduğu pek çok durumda iş sahibini “birlikte işveren” statüsüne sokmayacağı belirtilmektedir (Becker, 1541-1542).

¹⁰¹⁴ Jenero/Spognardi, 128. Davidov, 734. Öte yandan, birlikte/müşterek işveren statüsünün tespit edildiği durumlarda dahi, -her iki işverenin de rızası olmadıkça- alt işveren işçilerinin ve asıl işverenin (iş sahibinin) işçilerinin aynı toplu pazarlık sürecinde yer almaları mahkemece kabul edilmemiştir (Becker, 1543. Davidov, 734). Bununla birlikte 2000 yılında Ulusal Çalışma İlişkileri Komisyonunca, iki grup işçinin müşterek menfaatlerinin bulunması koşuluyla aynı toplu pazarlık sürecinde yer almaları konusunda bir kapı açıldığı belirtilmektedir (Davidov, 734).

¹⁰¹⁵ Mahkeme verdiği bir kararda, asıl işverenin disiplin konusunda ilgili (alt işveren) işçilerini alt işverene şikayet edip ondan gerekli önlemleri almasını beklemek şeklinde “dolaylı” bir etki sahibi olmasını “birlikte işveren” statüsü için yeterli kabul etmemiştir. Çünkü mahkemeye göre her işletmenin, alt işveren işçilerinin müşterilerini rencide edip etmediği veya müşterilerine kötü hizmet verip vermediğini belirlemek hususunda meşru (haklı) bir çıkarı bulunmaktadır (Axelrod, 859). Buna karşılık, disiplin konusundaki dolaylı etkinin “etkin bir biçimde” gerçekleşmesi durumunda “birlikte işverenlik”ten söz edilebilecektir. Nitekim Axelrod’a göre eğer disiplin konusundaki dolaylı etkinin hiçbir yasal anlamı (önemi) kabul edilmeseydi, mahkeme yalnızca yanıltıcı (boş) bir kriter yaratmış olurdu (Axelrod, 860).

¹⁰¹⁶ Siebert/Webber, 881. Axelrod, 858.

İKİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDEN DOĞAN

HUKUKİ SONUÇLAR

§ 1. Alt İşveren İlişkisinin Bireysel İş Hukuku Açısından

Hüküm ve Sonuçları

I.Genel Olarak

Geçerli bir alt işveren ilişkisinin hüküm ve sonuçları konusunda yasada – geçici iş ilişkisinde olduğu gibi- ayrıntılı bir düzenleme yer almamıştır. Bu konuda sadece asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı *sorumluluğuna* yer verilmiştir¹. Nitekim asıl işveren ve alt işveren işçisi arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi, bu arada iş sözleşmesi bulunmamaktadır². Buna karşılık alt işveren, kendi işçileri karşısında bir *işveren* niteliği taşır. Bu doğrultuda, alt işveren ile alt işveren işçisi arasındaki iş sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükler, alt işveren ilişkisinin bir etkisi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, iş sözleşmesinden doğan bütün hak ve yükümlülükler, alt işveren ve (alt işveren) işçisi arasında geçerlidir. Bu doğrultuda - geçici iş sözleşmesinden farklı olarak- iş sözleşmesinden doğan herhangi bir hak veya yükümlülüğün asıl işverene devri söz konusu değildir. Aynı durum asıl işveren ve kendi işçileri arasında da söz konusudur. Diğer yandan kanuna göre asıl işveren, alt işverenin (alt işveren) işçilerine karşı olan yükümlülüklerinden müteselsilen sorumludur. Ancak bu sorumluluğun dışında, –aralarında sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen- asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı doğrudan bazı hak ve yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı konusu tartışmalıdır.

Asıl işveren ve alt işveren işçisi arasındaki hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde, doktrinde temel olarak iki yaklaşım göze çarpmaktadır. Bazı yazarlar, söz konusu hak ve yükümlülükleri oldukça geniş bir çerçevede ele alırken, diğer bazı yazarlar daha dar bir yorum tarzını benimsemektedir. Alt işveren ilişkisinin çeşitli hak ve yükümlülükler üzerinde hüküm ve sonuçlarına geçmeden

¹ Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, bir işyerinde oldukça kısa bir süre için bulunan ödünç işçiler özel bir hükümle korumaya layık görülürken, işyerinde çoğunlukla daha uzun bir süre istihdam edilen alt işveren işçileri için özel bir düzenleme bulunmaması bir eksikliktir (Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 23).

² Süzek, 142. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 179.

önce konuyu geniş bir biçimde ele alan yazarların dayandıkları teorilere değinmek istiyoruz.

1. Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi Görüşü

Bu görüşe göre, asıl işveren ve alt işveren işçisi arasında sözleşme olmamasına rağmen, *dayanağını MK 2’de yer alan dürüstlük kuralında bulan*, iş sözleşmesinin meydana getirdiği edim yükümlerinden bağımsız bir koruma yükümü, bir davranış yükümü meydana getiren borç ilişkisi bulunmaktadır³⁻⁴. Buna göre bir kimse diğer bir kimseden, kendisini somut bir zarardan korumasını bekliyorsa veya güven ilkesi gereği beklemekte haklı ise haksız fiil değil, davranış yükümüne aykırılık vardır ve sözleşmeye aykırılık kuralları uygulanır. Bu sebeple alt işveren işçisinin, asıl işverenin işyeri çevresine dahil olması ile *güven ilişkisinden doğan özel ve somut bir güven ilişkisi ve davranış yükümlülüğü* doğar⁵. Bu durum, alt işveren işçisinin asıl işverenin işyerinde çalışmak suretiyle *asıl işverenin işyeri çevresine dahil olması ve bu şekilde asıl işverenle sosyal temas içine girmesinden* kaynaklanmaktadır⁶. Nitekim çalışma ilişkisi ile ortaya çıkan bu sosyal temas, normal bir sosyal temastan daha çok yoğunluk arz etmektedir⁷. Bu sosyal temas

³ Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 68 vd. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 72 vd. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 174 vd. İşverenin sosyal temas ve iş ilişkisinden doğan edimden bağımsız koruma yükümlülükleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 93 vd. Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi konusunda ayrıca bkz. Soyer, Başka İşveren Yanında Çalışma, 347-348. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 66-67. Eren, 39 vd.

⁴ Yazara göre ayrıca, alt işveren ve asıl işveren işçileri açısından da –asıl işveren ile alt işveren işçileri arasındaki borç ilişkisi ile aynı derecede olmamakla birlikte- bir borç ilişkisi ve özen yükümlülüğünden söz edilebilir (Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 74).

⁵ Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 68- 69. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 72 vd.

⁶ Yazara göre, asıl işveren ve alt işverenin irade serbestisi ilkesi gereğince söz konusu yükümlülükleri yan edim yükümlülüğü olarak, alt işveren ilişkisini kuran sözleşmede düzenlemeleri mümkündür. Bu durumda söz konusu yükümlülükler sözleşme ilişkisine dahil olmuş olacaktır (Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 74). Doktrinde Yenisey, işverenin kendi işçilerine karşı olan yükümlülüklerinin de “edimden bağımsız borç ilişkisi” temelinde açıklanmasına gerek olmadığını, çünkü burada taraflar arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bulunduğunu belirtmektedir. Nitekim yazara göre, “işverenin edim yükümlülüğünün kaynağının asıl işyeri olarak nitelendirilmesi... tartışmalı bir bakış açısidir. İşyeri, tek başına herhangi bir edim yükümlülüğünün kaynağını oluşturmaz. Ancak sosyal temasın gerçekleştiği birim olması nedeniyle, edimden bağımsız borç ilişkileri açısından önem kazanabilir. Ancak bu tip borç ilişkilerinin kaynağında da dürüstlük kuralları vardır...kanımızca hukukumuzda iş ilişkisi temelde bir sözleşmeye dayanır. İşçinin işyerine katılması herhangi bir borca kaynak teşkil etmez. İşverenin işçiyi gözetme ve bu çerçevedeki iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma borcunun hukuki kaynağı, iş sözleşmesidir” (Yenisey, 109-110).

⁷ Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 70. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 72 vd. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 175. Aydın’ya göre ayrıca bu yaklaşım, doktrinde ileri sürülen “münhasıran çalıştırma koşulunun asıl işverenin sorumluluğu için ön şart” olduğu görüşü ile de uyumludur. Zira bu şekilde asıl işveren,

dolayısıyla, alt işveren işçisi asıl işverenin işyerinde çalışmakla maddi ve manevi değerlerini asıl işverenin hukuki tasarruf alanı olan işyerine dahil etmektedir.

Sonuç itibarıyla bu görüş uyarınca asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında bu şekilde bir borç ilişkisi bulunduğu kabulü, -aşağıda görüleceği gibi- asıl işveren ve alt işveren işçisinin karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin geniş bir çerçevede değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, asıl işverenin alt işveren işçisine karşı “işveren” sıfatıyla sorumluluğunun bir sonucu olarak, alt işveren sorumlu olmasa bile, asıl işveren kendi yükümlülüklerini yerine getirmemişse sorumlu olacaktır.

2. Üçüncü Kişiyi Koruma Etkili Sözleşme Görüşü

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi görüşünü savunan yazarlara göre, asıl işveren ve alt işveren işçisi arasındaki ilişkiye “üçüncü kişiyi koruma (koruyucu) etkili sözleşme” kavramı açısından da yaklaşılabılır⁸. Üçüncü kişiyi koruma etkili sözleşmede, borç ilişkisinin içerdiği koruma yükümlülüklerinin kapsamı, sözleşme tarafları ile sınırlı kalmamakta ve tarafların koruma alanı içinde bulunan kişiler (üçüncü kişiler) “sözleşmeye taraf olmasalar bile” sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanmaktadırlar⁹. Koruma alanı içinde yer alan üçüncü kişinin tespitinde, kümülatif olarak bulunması gereken ölçütler bulunmaktadır. Buna göre her şeyden önce edimden kaynaklanan tehlikelerin alacaklıyı olduğu kadar üçüncü kişiyi de yoğun bir şekilde etkilemesi gerekmektedir. Ayrıca alacaklının borçludan kendisi için isteyebileceği özen yükümlülüğünü üçüncü kişi için de isteyebilmesi aranır (üçüncü kişinin korunmasında alacaklının bir ilgisi olması kriteri). Üçüncü olarak da, sayılan ilk iki ölçütün borçlu tarafından bilinebilir olması gerekmektedir. Bu kriterler gerçekleştiğinde ve dürüstlük kuralı da üçüncü kişinin korunmasını gerektiriyorsa üçüncü kişi borç ilişkisinin koruyucu etkisinden yararlanır¹⁰.

alt işveren işçileri ile sosyal temasa girmekte ve bundan kaynaklanan güven ilişkisinin doğurduğu edimden bağımsız koruma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır (Aydınlı, Koruma Yükümlülükleri, 175).

⁸ Aydınlı, Koruma Yükümlülükleri, 181. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 69.

⁹ Eren, 1106. Örneğin bir kira sözleşmesinde sözleşme kiralayanla kiracı arasında yapılmakla birlikte, kiracının eşi ve çocukları da bu sözleşmenin koruma alanı içinde yer almakta ve kiralayan bu kişilere karşı da koruma yükümü bulunmaktadır (Eren, 1106).

¹⁰ Aydınlı, Koruma Yükümlülükleri, 182. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 69. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 74.

Bu görüşe göre asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşme (istisna, kira vs.), üçüncü kişiyi koruma etkili sözleşme niteliğindedir. Zira üçüncü kişi için aranan tüm ölçütler, alt işveren işçisi için gerçekleşmektedir. Buna göre edimden kaynaklanan tehlikeler, alt işveren işçisini de yoğun bir şekilde etkilemektedir. Ayrıca alt işveren işçilerinin zarar görmemesi için gerekli tedbirlerin alınmasında, alt işverenin da yararı (ilgisi) bulunduğu açıktır. Öte yandan borçlu tarafından bilinebilir olma kriteri de alt işveren işçilerinin münhasıran o işyerinde çalışmalarıyla gerçekleşmektedir¹¹.

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiyi koruma etkili sözleşme niteliğinde olmasının sonucu olarak, bu sözleşmenin alacaklı ve borçlu tarafları olan asıl işveren ve alt işverenin hukuki alanları içinde olan üçüncü kişiler de (alt işveren işçileri), sözleşmenin tarafları açısından doğurduğu koruma yükümlülüklerinden yararlanırlar¹². Üçüncü kişiyi koruma etkili sözleşme niteliğinin diğer bir sonucu da asıl işverenin, alt işveren işçilerinin çalışırken kendilerine ait eşyaları koruma yükümlülüğünün olmasıdır. Çünkü borç ilişkisinin koruyucu etkisi üçüncü kişilerin vücut varlıkları için değil mal varlıkları için de geçerlidir¹³.

3.Görüşümüz

Öncelikle belirtmek gerekir ki, asıl işveren ve alt işveren işçisi arasında dürüstlük kurallarından kaynaklı bazı hak ve yükümlülüklerden söz edilebilirse de, aralarındaki ilişkiyi *iş ilişkisi* ve asıl işvereni de alt işveren işçisinin “*işvereni*” olarak kabul etmek mümkün değildir. Nitekim işçinin iş görme ediminin *onun rızasıyla* geçici olarak başka bir işverene devredildiği geçici iş ilişkisinde bile, ödünç alan ile ödünç işçi arasında iş ilişkisinden değil, “*iş ilişkisi benzeri*” bir ilişkiden söz edilmektedir¹⁴.

Öte yandan asıl işveren ve alt işveren arasında belirtildiği kadar geniş çerçevede bir borç ilişkisinin kabulü, -aşağıda da görüleceği gibi- asıl işverenin

¹¹ Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 183.

¹² Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 182-183.

¹³ Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 183-184. Bu görüşün “edim yükümlülüğünde bağımsız borç ilişkisi” görüşünden farkı ise şu şekilde açıklanmaktadır: edim yükümlülüğünde bağımsız borç ilişkisinde asıl işveren ve alt işveren işçileri arasında doğrudan doğruya bir borç ilişkisinin varlığından söz edilirken, üçüncü kişiyi koruma etkili sözleşmede mevcut bir sözleşmenin alt işveren işçilerine etkisi söz konusu olmaktadır.

¹⁴ Bkz Sözek, 2008, 258 ve dn. 122 de belirtilen yazarlar.

yönetim hakkı, disiplin cezası uygulama yetkisi gibi haklarının kabulünü de beraberinde getirmektedir. Bu durum ise her şeyden önce alt işveren ilişkisini, geçici iş ilişkisi, işçi temini gibi benzer ilişkilerden yahut muvazaalı işlemlerden ayırmayı güçleştirmektedir. Gerçekten de doktrinde alt işveren üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik bir faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, başka bir işverenden aldığı iş için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuki bağımsızlığa sahip değilse alt işverenlik ilişkisinden çok, asıl işverene işçi temininden söz edilebileceği belirtilmektedir¹⁵. Bu durum, karşılaştırmalı hukukta da geçerli bir alt işveren ilişkisinin tespitinde önemli bir unsur olarak kabul edilmektedir. Örneğin Fransız hukukunda, geçerli bir alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için alt işverenin personeli üzerindeki yönetim ve denetim yetkisini koruması; asıl işverenin bu işçilere doğrudan müdahale edememesi olgusu titizlikle araştırılmaktadır¹⁶⁻¹⁷. Aksi takdirde bu tür bir ilişki, emek ticareti kapsamında suç olarak kabul edilmektedir.

Kanımıza göre asıl işveren ve alt işveren işçisi arasında dürüstlük kuralları gereğince işçinin yaşamının ve sağlığının korunması amaçlarıyla bazı hak ve yükümlülüklerden söz edilebilirse de, taraflar arasında yazarların ileri sürdüğü gibi geniş ölçüde bir borç ilişkisinden söz etmemek gerekir. Zira asıl işveren ve alt işveren işçisi arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi ve hatta söz konusu ilişkinin

¹⁵ Güzel, Alt İşveren, 40. Bu yönde bkz. Y9HD, 22.12.2008, 41361/34689, ÇT, 2009/3, 22, 413-416. Nitekim Başbuğ da farklı bir eserinde, alt işverenin bağımsız bir işyeri organizasyonu kurmadığı ve işçiler üzerinde bağımsız yönetim hakkını gerçekleştirmediği hallerde, “iş tedarik ilişkisinin” kurulduğundan söz etmek gerekeceğini belirtmektedir (Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 67).

¹⁶ Olivier, 42-43. Verdier/Couret/Souriac, 66. Godard, 43. Bu sebeple yargı organı, alt işveren işçisini alt işverenin işe aldığı fakat yönetim yetkisini asıl işverenin kullandığı durumları yasadışı geçici iş ilişkisi olarak kabul etmektedir (Olivier, 43). Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. § 5, III.

¹⁷ Buna karşılık Avrupa Birliği Adalet Divanı “işyeri devrine” ilişkin olarak incelediği bir olay şu şekilde gelişmiştir: Alman Federal Silahlı Kuvvetlerine ait bir medikal (tıbbi) tedarik deposunun güvenliği farklı şirketlere ihale edilmektedir. Davayı açan güvenlik elemanı Mr. Ziemann 1979’dan 1995’e kadar aralıksız olarak ihaleyi alan farklı şirketler nezdinde aynı işi yürütmüştür. Olayı konumuz açısından ilgi çekici kılan husus ise, -güvenlik elemanlarının seçilmesi, yükümlülüklerinin ayrıntılarıyla belirlenmesi, görevlerinin niteliği, çalışmalarının genişliği, sayıları, nitelikleri ve silahların ve diğer ekipmanların kullanımı konusunda eğitimlerini de içeren işin yürütümüne ve organizasyonuna ilişkin konularda büyük ölçüde Alman Federal Silahlı Kuvvetlerinin belirleyici olmasıdır. ABAD, değişen güvenlik firmaları nezdindeki çalışmaların bir işyeri devri olup olmadığını sorgularken ortaya koyduğu kriterlerden biri olan “yeterli ölçüde yapılandırılmış ve özerk” bir birimin varlığı unsurunu değerlendirmiştir. Divana göre, işi ihale eden şirketin hizmeti yürüten şirket üzerinde etkisi geniş olmasına rağmen, -firmanın görevinin salt personel sunumu olduğu yorumu yapma imkanı bulunmaksızın- eğer hizmeti yürüten şirketin bu hizmetin organizasyonu ve gerçekleştirilmesinde – kısıtlanmış olsa da- *belirli derecede özgürlük alanı bulunmaktaysa* söz konusu kriterin gerçekleştiği sonucuna varılmalıdır (ABAD, C-173/96, C-247/96, Hidalgo ve Ziemann, 10 Aralık 1998, karar için bkz. http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ karar için ayrıca bkz. Yenisey, 220-221. Özkaraca, 94).

doğumunda alt işveren işçisinin herhangi bir iradesi/onayı dahi söz konusu değilken, onu asıl işverenin disiplin cezası uygulama yetkisini içeren ve hatta belirli durumlarda grev hakkını kullanmasını dahi engelleyen¹⁸ bir borç ilişkisi içinde kabul etmek hakkaniyete de uygun görünmemektedir¹⁹.

Nitekim edimden bağımsız borç ilişkisi görüşünü eleştiren bir yazar da, ilgililerin aynı işyerini paylaşmaktan dolayı “dürüstlük kuralları” çerçevesinde karşılıklı bir takım yükümlülüklerinin olduğunu kabul etmesine rağmen²⁰, alt işveren ilişkisinde asıl işverenin sorumluluğunun bağımsız ve sınırsız bir sorumluluk değil, aksine alt işverenin sorumluluğunun söz konusu olduğu olgulara bağlı sınırlı bir sorumluluk olduğuna dikkat çekmektedir²¹. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre eğer “asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında bir borç ilişkisinin bulunduğu kabul edilirse, bir iş ilişkisinin bütün yönleriyle bu varsayımlı ilişkiye de uygulanması kaçınılmaz olacaktır. Sonuçta İş Kanununun öngördüğü sınırlı sorumluluk yanında sınırı ve kapsamı belli olmayan, önceden kestirilmesi mümkün olmayan ikinci katmerli bir sorumluluğun da asıl işverene alt işveren çalıştırması dolayısıyla yüklenmesi gerekecektir. Böyle bir sonucu İş Kanunu’ndaki düzenlemeyle bağdaştırmak...güçtür”²².

II. İşçinin İş Görme ve Diğer Borçları

Alt işveren işçisinden *işin görülmesini talep hakkı*, yalnızca –iş sözleşmesinin tarafı olan- *alt işverene* aittir. Buna göre, asıl işverenin alt işveren işçisi karşısında işveren sıfatı bulunmadığından bu işçiden işin görülmesini talep hakkı

¹⁸ Bu görüş için bkz. Aşa. § 2, III, 3.

¹⁹ Diğer yandan, işyeri kavramını –yazarın da ileri sürdüğü üzere- bir “iş organizasyonu” olarak kabul ettiğimizde, asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında yoğun bir sosyal temas olduğundan söz edilemeyecektir. Ayrıca aynı borç ilişkisinin alt işveren ve asıl işveren işçileri arasında da aynı düzeyde kabul etmek gerekecektir (Aydınlı, Alt İşveren, 184-185).

²⁰ Gerçekten de yazara göre bu çerçevede, alt işveren ilişkisinin tarafını oluşturan işverenler ve alt işveren işçisi, -dürüstlük kurallarının gereği olarak- birlikte çalışmanın gerektirdiği özeni göstermek zorundadırlar. Buna göre ilgililer, işyerinde iş güvenliği ve işçi sağlığına uygun çalışma ortamını, işyeri düzenini sağlamakla, işyerinde çalışanlar da işyeri düzenine uymak zorundadırlar (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 62).

²¹ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 63-64. Söz konusu sorumluluğun “sınırlarının belirlenemez ve bu nedenle de hukuk güvenliğine aykırı olduğu” eleştirisine katılmayan Engin’e göre, “edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi, yemek, toplu taşıma servisi gibi örneklerde görüldüğü üzere, ücret ve işçiye tanınan mali haklara ilişkin olmayan konularda uygulama alanı bulan ve anayasal eşitlik ilkesinin, işçinin kişilik haklarının, yaşamının ve sağlığının korunması gerekleriyle sınırlı bir yükümlülük olarak benimsenebilir” (Engin, Sorumluluk, 21). Asıl işverenin sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa § 3.

²² Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 63-64.

bulunmamaktadır. Doktrinde de bu konuda farklı bir görüşe rastlanmamaktadır²³. Nitekim bu unsur aynı zamanda, geçici iş ilişkisi ve alt işveren ilişkisi arasındaki farkı ortaya koyan özelliklerden biridir²⁴.

Diğer yandan acaba alt işveren işçisinin asıl işverene karşı *sadakat borcunun* bulunduğundan söz edilebilir mi? Buna göre örneğin alt işveren işçisinin iş görme edimini ifa ettiği sırada, asıl işverenin işletmesiyle ilgili öğrendiği sırları açıklamasının ne gibi bir sonucu olur? Yine acaba alt işveren işçisinin asıl işverene ve onun işyerine karşı özen borcu söz konusu mudur?

İşçinin özen borcu bağımsız bir borç olmayıp iş görme borcu içinde yer alan ve onu tamamlayan bir yükümlülük olduğundan²⁵ alt işveren işçisinin işini özenle yapmak hususunda alt işverene karşı yükümlülüğünden söz edilmelidir. Yine alt işveren işçisinin, sadakat borcu da alt işverene karşı söz konusudur. Buna göre alt işveren işçisinin asıl işverenin ve onun işyerinin “çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticari ve mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma”²⁶ borcu bulunmamaktadır. Buna karşılık kanımıza göre alt işveren işçisinin asıl işverene -örneğin işyerindeki mallara zarar vermek veya onun meslek sırlarını ortaya dökmek gibi- bir zarar vermesinin sonuçları konusunda genel hükümlere gidilmelidir. Borçlar Kanununda, başkalarını istihdam edenlerin sorumluluğu konusunda “haksız fiil” veya “sözleşmeye aykırı davranış” olmasına göre 55 ve 100. maddelerde düzenlemeye yer verilmiştir²⁷. Buna göre BK 55’te “kendisine sözleşme bağı (borç ilişkisi) bulunmayan bir şahsa, işçinin, hizmetinin ifası sırasında haksız fiille verdiği zarardan”, BK 100’de ise, borçlunun, borcun ifasında veya bir borçtan doğan hakkın kullanılmasında çalıştırdığı yardımcı kişinin, işini gördüğü sırada alacaklıya verdiği zarardan sorumluluğu düzenlenmiştir²⁸. Asıl işveren ve alt işveren arasında sözleşme ilişkisi bulunduğundan alt işveren işçisinin hizmetini ifası

²³ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Şahlanan, Kavram, 194. Narmanlioğlu, Sorumluluk, 61. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 67. Çankaya, 19. Narmanlioğlu, Sorumluluk, 61. Akyiğit, Alt İşverenlik, 32. Aynı yazar, 71.

²⁴ Bkz. Yuk. 1.bölüm, §4, II.

²⁵ Süzek, 2008, 298.

²⁶ Süzek, 2008, 303. Sadakat borcu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 2008, 303-304 ve dn. 26’ da belirtilen yazarlar.

²⁷ Reisoğlu, 176-177. Eren, 576.

²⁸ Reisoğlu, 176-177 Eren, 576. Narmanlioğlu’na göre aynı işyerini paylaşmaktan dolayı ilgililerin “dürüstlük kuralları çerçevesinde” karşılıklı bazı yükümlülükleri söz konusudur. Buna göre alt işveren ilişkisinin taraflarını oluşturan işverenler gibi, alt işveren işçileri de birlikte çalışmanın gerektirdiği *özeni göstermek* zorundadırlar (Narmanlioğlu, Sorumluluk, 62).

sırasında asıl işverene verdiği zarardan, alt işverenin BK 100 uyarınca sorumluluğu söz konusu olur²⁹. Gerçekten de alt işveren ilişkisinde de alt işveren, asıl işverenle olan (istisna, taşıma, kira vb) sözleşmesinden kaynaklı borcun ifasında veya borçtan doğan hakkın kullanılmasında kendisine bağlı işçileri çalıştırmaktadır. BK 100'e göre borçlu, "yardımcı kişi yerine geçip onun davranışında bulunmuş olsaydı, bu davranış kendisine kusur olarak yükletilebilecek idiyse" sorumlu kabul edilmektedir³⁰. Diğer yandan, asıl işverenin uğradığı zarar alt işveren işçisinin haksız fiili sonucunda oluşmuşsa, doğrudan haksız fiili gerçekleştiren alt işveren işçisine karşı da tazminat davası açması mümkündür (BK 41)³¹.

III. Yönetim Hakkı

1.Genel Olarak

Doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, işverenin yönetim hakkı *iş sözleşmesinden* kaynaklanmaktadır³². Nitekim iş sözleşmesinde bu yönde açık bir yetki verilmemiş olsa da zımni olarak işverenin yasa ve sözleşmelerde boşluk bulunan konularda yönetim yetkisini kabul etmiş sayılmaktadır³³. Bu şekilde taraflar, *işverenin iş görme ediminin alacaklısı sıfatıyla*, işin yürütümünü ve işçinin işyerindeki davranışlarını tek taraflı olarak düzenleyebileceği konusunda –örtülü (zımni) olarak da olsa- anlaşmış olurlar³⁴. İşverenin yönetim hakkı, esas itibariyle iki alandaki talimat verme yetkisini kapsamaktadır. Bunlar, "işyerinde işin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağını düzenleyen veya yöntem ya da tekniğini gösteren *işin*

²⁹ Kanımıza göre alt işverenin alt işveren işçisinin davranışları nedeniyle asıl işverene karşı BK 100 uyarınca sorumluluğu söz konusu olacağı için, işçinin alt işverene karşı olan "sadakat borcu gereği" asıl işverene zarar verecek davranışlardan kaçınması beklenir. Alt işveren işçisinin belirtilen yöndeki davranışlarının alt işverenin haklı nedenle fesih yetkisine ilişkin etkisinin bulunup bulunmadığı konusu ise aşağıda ayrıca ele alınacaktır (Bkz. Aşa, § 1, V, 2).

³⁰ Eren, 576-577. BK 55 ve BK 100 hükümleri arasındaki farklar için bkz. Eren, 576 vd. Aynı olayda BK 55 ve BK 100 hükümlerinin şartlarının bir arada gerçekleşmesi mümkün olup böyle bir durumda her iki hükümden doğan talepler birbiriyle yarışabilir. Buna göre sözleşmeden doğan bir borcun ihlali, aynı zamanda genel bir davranış normunu ihlal ediyor yani haksız fiil oluşturuyorsa, zarar gören hem BK 55 hem de BK 100'e başvurabilir (Eren, 577).

³¹ Alt işveren işçisinin belirtilen yöndeki davranışlarının alt işverenin haklı nedenle fesih yetkisine ilişkin etkisinin bulunup bulunmadığı konusu ise aşağıda ayrıca ele alınacaktır (Bkz. Aşa, § 1, V, 2).

³² Süzek, 2008, 72. Aynı yazar, Yönetim Hakkı, 225-226. Yenisey, 97. Taşkent, Yönetim Hakkı, 36 vd. Saymen, 199, 202. Mollamahmutoğlu, 73. Başbuğ, Yönetim Hakkı, 10. Arıcı'ya göre de yönetim hakkı, "bağımlılık ilişkisinden" doğar (Arıcı, Yönetim hakkı, 161). Bu konuda ayrıca bkz. Sevimli, 82 vd. Arıcı, Yönetim Hakkı, 160 vd.

³³ Süzek, 2008, 72. Aynı yazar, Yönetim Hakkı, 225-226. Taşkent, Yönetim Hakkı, 36-37.

³⁴ Süzek, 2008, 72. Aynı yazar, Yönetim Hakkı, 225-226. Aynı yazar, Askı, 107, dn.55. Taşkent, Yönetim Hakkı, 36-37.

görülmesine (yürütülmesine) ilişkin talimatlar” ve “işin görülmesiyle doğrudan ilgili olmayan, işyerinde belirli bir düzen ve güvenliğin sağlanması amacıyla verilen işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar”dır³⁵.

Alt işverenin iş sözleşmesinin tarafı ve iş görme ediminin alacaklısı sıfatıyla kendi işçisine karşı yönetim hakkının bulunduğuna şüphe yoktur³⁶. Buna karşılık asıl işverenin alt işveren işçisine karşı yönetim yetkisinin bulunup bulunmadığı konusu tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar -herhangi bir ayırım yapmaksızın- alt işveren işçisi üzerindeki yönetim hakkının iş sözleşmesinin tarafını oluşturan *alt işverene* ait olduğunu belirtmektedirler³⁷. Buna göre alt işverenin alt işveren işçisine emir ve talimat verme hakkı, tamamen kendisine ait olmalıdır. Öyle ki bu durum, geçerli bir alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için de önem taşımaktadır. Gerçekten de bu görüşteki bir yazara göre, alt işverenlik ilişkisinden söz edebilmek için alt işverenin, işçilerine karşı işveren sıfatını koruyarak bunların üzerinde bağımsız yönetim

³⁵Süzek, 2008, 72. Aynı yazar, Yönetim Hakkı, 225-226. Taşkent, Yönetim Hakkı, 68-69. Arıcı, Yönetim Hakkı, 163 vd.

³⁶ Taşkent, Yönetim Hakkı, 62. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 67. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Nitekim alt işverenin işçileriyle yaptığı iş sözleşmesi, alt işverene bu konuda gerekli hukuksal dayanağı sağlar (Taşkent, Yönetim Hakkı, 62).

³⁷ Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Günay, Alt İşveren, 32. Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Aynı yazar, 71. Ulucan, Karar İncelemesi, 148. Taşkent, Yönetim Hakkı, 62-63. Ekonomi, Asıl İşveren, 10. Arıcı’ya göre de, alt işveren sahip olduğu yönetim hakkını kullanmaz ve bazı yetkilerini asıl işverene bırakırsa bu durum alt işverenin işveren niteliğini tartışılır hale getirir (Arıcı, 505). Y9HD, 26.2.1998, 324/2818 (Akyiğit, 71). Yargıtayın verdiği diğer bir karara göre, “...her işveren gibi kamu kuruluşları da işyerlerinde görülen kimi işleri veya işyerinin bir bölümünü başka işverenlere devredebilirler. Ancak böyle bir devir durumunda işçi çalıştıran işverenin emir ve talimat verme hakkı tamamen kendisine ait olmalıdır”. Anılan kararın karşı oy yazısında ise “asıl işverene verilen yetkiler işyerinin özelliği (stratejik konumu) gereği emniyet tedbirlerinin bir sonucu olup, taşeronluk sözleşmesinin vasfını değiştirecek nitelikte değildir” değerlendirmesinde bulunulmuştur (Y9HD, 29.6.1999, 10614/11719, www.kazanci.com). Diğer bir karara göre de, “Her işveren gibi kamu kuruluşları da kimi işleri başka işverenlere devredebilirler. Ancak bu durumda çalıştırılan işçilere emir ve talimat verme yetkisi çalıştıran işverene aittir. Dosyada bulunan ihale sözleşmesi ve diğer belgelerden taşeronla bağlı gösterilen işçilerin işe alınması, çalıştırılması, izin, görev yeri değişikliği ve işten çıkarılması gibi yetkilerin davalı kuruluşa ait olduğu anlaşılmaktadır. Müteahhidin ise hiçbir yetkisi bulunmadığı tespit edilmiştir. İşin bir bölümünün devri ya da belli bir işin gördürülmesi şeklinde gerçek bir ihaleden söz edilmesi olanağı yoktur. Bu uygulama, davalı işverenin muvazaalı yoldan işçi istihdamı sağlama amacını göstermektedir. Böyle olunca hizmet akdi ile işçi çalıştırdığı iddia edilen işverenin alt işveren değil davalı adına hareket eden kişi konumunda olduğu, gerçek işverenin ise davalı olduğu kabul edilmelidir”(Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, Akyiğit, 71). Yargıtayın bu yönde diğer bir kararına göre de, “...Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren üstlendiği işi, sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Bir başka anlatımla, yönetim hakkı tamamen kendi yetkisindedir. Asıl işverenin sadece denetim yetkisi vardır. Alt işveren çalıştıracığı işçileri kendisi işe alır, kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SSK primlerini yatırır ve işten çıkarmada da yetkili kendisidir...” (Y9HD, 29.1.2007, 309/1006, Legal, 15, 2007, 1057-1059. Karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 34).

hakkını, diğer bir deyişle emir ve talimat verme yetkisini kullanması gerekir. Bu olgu, muvazaa iddialarının önlenmesi açısından da önemlidir³⁸. Öyle ki bu görüşe göre, alt işveren ilişkisinin oluşabilmesi için alt işverenin çalıştırdığı işçiler karşısında işveren konumunda olmasının yanında bu işverenlikten doğan yönetim hakkını kullanmakta olması da şarttır³⁹.

Diğer bir yazara göre de, alt işveren üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik bir faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse alt işveren ilişkisinden çok, asıl işverene işçi temininden söz edilebilecektir⁴⁰. Başka bir yazar ise, asıl işverenin alt işveren işçilerinin haklarından müteselsilen sorumlu tutulmuş olmasının, asıl işverene alt işveren işçilerine talimat verme hakkı vermediği gibi, asıl işverene alt işvereni denetleme veya talimat verme yetkisi de bahsetmediğini belirtmektedir⁴¹.

Doktrinde bazı yazarlar ise bu konuda, “işin görülmesine ilişkin talimatlar” ve “işyerindeki düzene ilişkin talimatlar” arasında bir ayrım ortaya koymaktadır. Buna göre bu yazarlar, asıl işverenin alt işveren işçisine karşı işin görülmesi ile ilgili talimat verme yetkisinin bulunmadığını belirtmekle birlikte, “*işyeri düzeni*” ile ilgili talimat verme yetkisini ve alt işveren işçilerinin bu talimatlara uyma zorunluluğunu kabul etmektedirler⁴². Nitekim bu görüşteki bir yazara göre asıl işverenin, işyerinin giriş-çıkışı, genel düzeni (sigara içme yasağı gibi) ile ilgili konularda *genel nitelikte* bazı haklarından söz edilebilir⁴³. Bu görüşteki diğer bir yazar da, “işyeri düzenine, güvenliğine, işçilerin sağlığına ilişkin kuralları” işyerinin tümünü kapsar nitelikte “genel yükümlülükler” şeklinde nitelendirmekte ve bu yükümlülüklerin kaynağını

³⁸ Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Aynı yönde bkz. Arıcı, 488, 505. Günay, Alt İşveren, 32. Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Aynı yazar, 71.

³⁹ Arıcı, 488. Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Akı’ya göre de, işyerinin yönetimi eylemli olarak asıl işverenin elinde bulunuyorsa bir taşeronluk sözleşmesinin varlığından söz edilemez (Akı, Değerlendirme 1998, 18).

⁴⁰ Güzel, Alt İşveren, 40. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Bu yönde bkz. Y9HD, 22.12.2008, 41361/34689, ÇT, 2009/3, 22, 413-416. Çenberci’ye göre de, asıl işveren tali (alt) işverene vermiş olduğu iş bölümünde, işverene ait yetkileri kullanamayacaktır (Çenberci, 151).

⁴¹ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57, 61. Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Yazar ayrıca asıl işverenin alt işvereni denetleme yetkisinin bulunmadığı konusunda bir Yargıtay kararına değinmektedir. Bu kararda yüksek mahkeme, “asıl işverene aracıya ait defterlerini gösterme yükümlülüğünü veren yasal bir kuralın bulunmadığına” işaret etmiştir (Y10HD, 2.4.1981, 2652/4681, Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57, dn.4’den naklen).

⁴² Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 67. Çankaya, 19. Şahlanan, Kavram, 194. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 62. Engin, Sorumluluk, 20. Şahlanan’a göre asıl işveren, alt işveren işçilerinin işyerindeki davranışları ile ilgili olarak ve bu davranışlar *iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiriyorsa* böyle bir talimat verebilir ve alt işveren işçileri de bu talimata uymak zorundadırlar (Şahlanan, Kavram, 194).

⁴³ Akyiğit, 71. Aynı yönde Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 62. Engin, Sorumluluk, 20.

“dürüstlük kuralları” olarak ortaya koymaktadır⁴⁴. Bu görüşteki diğer bir yazar göre de, alt işveren işçilerinin işyeri düzenine uyma yükümlülüklerinin temeli dürüstlük kurallarında bulunabileceği gibi, asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmeye dayalı olarak kendi iş sözleşmelerinden kaynaklanan hukuki bir yükümlülük olarak nitelenebilir⁴⁵.

Öğretide bazı yazarlar, asıl işverenin alt işveren işçisi üzerindeki yönetim hakkını sadece “iş sağlığı ve güvenliği” ile sınırlamaktadırlar⁴⁶. Bu konu bir sonraki başlıkta ayrıca ele alınacaktır.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği

a) Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Bir görüşe göre, asıl işveren *iş sağlığı ve güvenliği konusunda* alt işveren işçilerinin işyerindeki davranışları ile ilgili olarak *genel nitelikli talimatlar* verebilir ve alt işveren işçileri de bu talimatlara uymak zorundadırlar⁴⁷. Ayrıca asıl işverenin bu talimatlarla ilgili olarak *denetim yapma yetkisinin* bulunduğu da kabul edilmektedir⁴⁸. Yine bu çerçevede, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinde

⁴⁴ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 62.

⁴⁵ Engin, Sorumluluk, 20.

⁴⁶ Gerçekten de doktrinde Taşkent’e göre, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı işin görülmesine ilişkin talimat verme yetkisi olmadığı gibi, işin yürütümüne ilişkin de talimat verme yetkisinden söz edilemez. Buna karşılık iş sağlığı ve güvenliği açısından asıl işverenin alt işveren işçilerine talimat verebileceği, alt işveren işçisinin de bu konudaki talimatlara uymak zorunda olduğunu kabul etmektedir. Yazarın bu konuda ortaya koyduğu gerekçelerden biri, yasada asıl işveren için getirilen birlikte sorumluluk kuralıdır. Buna göre “söz konusu yükümlü içine, işyerinde işçinin yaşam ve sağlığının korunmasına yönelik önlemlerin de gireceği tartışma götürmez. Bu durumda, alt işverenle birlikte sorumlu tutulan asıl işverene, bunun gerçekleşmesini önleyecek veya azaltacak yetkilerin de tanınmış olduğunu kabul etmek gerekir”. Yazar ayrıca yasada yer alan, “her işverenin işyerinde işçilerinin sağlığını ve güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve işçinin sağlığı ve güvenliği yönünden gerekli bütün önlemleri almakla yükümlü olduğu (1475 s.k.73/1) kuralını hatırlatmakta ve onun böyle bir görevi yerine getirebilmesinin, bunu gerçekleştirecek yetkilere sahip olmasına bağlı olduğunu belirtmektedir. Öte yandan yazara göre “...İşverenin söz konusu yetkisini, sadece kendi işçileriyle sınırlı tutmak, alınacak önlemlerin tam anlamıyla uygulanmasını sağlamak açısından yeterli görülemez. Dolayısıyla işverenin, işçilerinin sağlığını ve iş güvenliğini koruyabilmesi için o işyerinde bulunan herkesin, bu arada alt işverenin işçilerinin de verilen talimatlara uymaları gerekir” (Taşkent, Yönetim Hakkı, 63).

⁴⁷ Şahlanan, Kavram, 194. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Engin, Sorumluluk, 21 vd. Akın, 234, dn.198. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 67. Taşkent, Yönetim Hakkı, 62-63. Çankaya, 19. Çankaya/Çil, 2009, 46. Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 32. Aynı yönde görüşü ve sorusu için bkz. Ekmekçi, Panel, İNTES, 63. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, 61. Aynı yönde cevabı için Günay, Alt İşveren, 64. Şahlanan’a göre bu talimatlar, bütün işyerini kapsayan “genel talimatlar” niteliğindedir (Şahlanan, Kavram, 194. Aynı yönde Akyiğit, Şerh, C.1, 119).

⁴⁸ Günay, Alt İşveren, 64. Ekmekçi’ye göre de asıl işverenin alt işveren işçisinin haklarından müteselsil sorumluluğu nedeniyle, asıl işverenin alt işveren işçisi üzerinde hiçbir yönetim ve denetim hakkının bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Yazara göre özellikle iş sağlığı ve güvenliği

yürütülen işle nedeniyle maruz kaldıkları iş risklerine karşı korunmalarının, alt işverenle birlikte asıl işverenin de yükümlülüğünde olduğu kabul edilmelidir⁴⁹.

Diğer bir yazara göre de, alt işverenlik ilişkisinde tarafların aynı işyerini (mekanı) paylaşmaktan dolayı *dürüstlük kuralı gereğince* karşılıklı bazı yükümlülükleri söz konusudur⁵⁰. Buna göre alt işverenlik ilişkisinin tarafları olan asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçileri birlikte çalışmanın gerektirdiği özeni göstermek zorundadırlar. Bu doğrultuda ilgililer işyerinde iş güvenliğini, işçi sağlığına uygun çalışma ortamını, işyeri düzenini sağlamakla ve işçiler de bu düzene uymakla yükümlüdürler. Sonuç itibarıyla bu görüşteki yazar, işyeri düzenine, güvenliğine, işçilerin sağlığına ilişkin kuralları, işyerinin tümünü kapsar nitelikte “genel yükümlülükler” olarak nitelendirmekte ve bu yükümlülüklerin dayanağını “dürüstlük kuralları” olarak ortaya koymaktadır⁵¹.

Bu konuda başka bir yazar ise, alt işverenin çalıştığı yerin ayrı bir işyeri sayılmasının “tamamen varsayımsal” ve sadece tescil için söz konusu olduğunu; bu noktadan yola çıkarak asıl işverenin hiçbir iş sağlığı ve güvenliği önlemi almayacağı sonucuna varmanın mümkün olmadığını belirtmektedir⁵². Buna göre yazara göre, “alt işveren asıl işverenin fiziki birimi içerisinde bir yerde çalıştığından bir tesisat yapılması gerekiyorsa, elektrik kablosu döşenmesi gerekiyorsa, binaya, tesisata, donanımına ilişkin bir şey yapılması gerekiyorsa bundan asıl işveren sorumludur. Ancak alt işveren işçilerine kişisel koruyucu verilmesi gibi bir yükümlülüğün asıl işveren değil, alt işveren sorumludur”⁵³. Öte yandan yine aynı yazara göre, geçici iş ilişkisi kurulan işçilerden farklı olarak alt işveren işçileri için doğrudan asıl işverenin aldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyma yükümlülüğü öngörülmemiştir. Bu durumun doğal karşılanması gerekir çünkü geçici iş ilişkisinden farklı olarak alt işveren ilişkisinde alt işveren işçileri üzerinde kendi işverenlerinin emir ve talimat verme yetkisi devam etmektedir⁵⁴.

alanında bu durumun evlebiyetle kabul edilmesi gerekir. Örneğin, “eğitimsiz olan veya ileri eğitimden geçemeyen işçinin değiştirilmesini isteyebilir” gibi hükümleri bir geçersizlik, muvazaa ölçütü olarak görmemek gerekir (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 61).

⁴⁹ Başterzi, İSG Mevzuatı, 129.

⁵⁰ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 62. Engin, Sorumluluk, 20.

⁵¹ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 62.

⁵² Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 62.

⁵³ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 62.

⁵⁴ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 25.

Diğer yandan edimden bağımsız borç ilişkisi görüşünün en önemli uygulama konusu, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulması, işyeri hekiminin bulundurulması konularında asıl işverene alt işveren işçilerine karşı da yükümlülükler yüklenmesidir⁵⁵. Hatta bu görüşte olan bir yazara göre, alt işveren işçilerinin çalıştıkları asıl işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaya “*fiziken etkili ve hukuken yetkili*” tek kişi *asıl işverendir*⁵⁶. Ayrıca alt işveren işçisinin de, asıl işverenin belirlediği işyeri düzenine ve iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uyma, işyerinin güvenliğini koruma yükümlülükleri vardır⁵⁷. Öte yandan edimden bağımsız borç ilişkisi görüşünün önemli sonuçlarından birine göre, alt işveren işçileri asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması sebebiyle bir zarara uğrarsa haksız fiil hükümlerine göre (BK 41) değil, asıl işverenle aralarındaki borç ilişkisine dayanarak *sözleşmenin ihlali hükümlerine göre* talepte bulunabilirler⁵⁸. Çünkü herkesten beklenen bir kuralın ihlali “haksız fiil” oluştururken, özel bir kişiden bekleyebileceğimiz belirli bir davranış kuralına uyma beklentisi içerisinde kurulan güven ilişkisinde haksız fiil değil, “borç ilişkisinden doğan sorumluluk” ilkeleri uygulanır. Sözleşmenin ihlali hükümlerinden yararlanılması ise *ispat, zamanaşımı ve yardımcı kişinin durumu gibi* konularda önem arz etmektedir. Buna göre, haksız fiil hükümlerinde olduğu gibi zarara uğrayanın failin kusurunu ispat etme yükümlülüğü yerine, BK 96 uyarınca bir

⁵⁵ Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 175. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 73. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 79. Engin, Sorumluluk, 21. Nitekim doktrinde Engin’e göre, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması iş sözleşmesinden kaynaklanan işçiyi gözetme borcunun bir gereği olsa da iş güvenliği mevzuatı sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak temelini Anayasanın iş güvenliğinin sağlanması konusunda devlete görev yükleyen hükümlerinde bulur ve yasa koyucu tarafından oluşturulan mevzuat kamu hukuku nitelikli olup uyulması da kamu hukuku yaptırımları ile sağlanır (Engin, Sorumluluk, 21).

⁵⁶ Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 175. Aynı yönde bkz. Ünsal, 542. Gerçekten de Aydın’ya göre söz konusu işyerinde alt işverenden bu önlemleri almasını beklemek bir başkasının işyerinde tasarruf etme hakkının kullanılmasını zorlaştırmak anlamına geleceği gibi, hakkaniyete de aykırıdır. Bu sebeple bu önlemleri etkili şekilde alma yetkisi kime ait ise, bununla ilgili sorumluluğun da o kişiye yüklenmesi gerekir (Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 175).

⁵⁷ Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 73. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 79. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 175. Başbuğ’a göre, alt işveren işçilerinin “işe girişte muayenesi, aralıklı muayene gereği veya özel olarak korunmaya muhtaç kişilerin iş kazası veya hastalık hallerinde işe dönüş muayenesinin yapılması, gerekli ek ve tamamlayıcı muayenelerin yapılması, kreşteki çocukların bakımı, işyeri hijyeni, temizliği ve güvenliğinin denetlenmesi, sağlık eğitimi, kayıt ve istatistiklerin tutulması gibi yükümlülükler açısından” asıl işveren, alt işveren işçilerine karşı da sorumludur (Başbuğ, İşçi Sağlığı, 77).

⁵⁸ Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 70-71. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 78. Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 175. Bu görüşün sonucu olarak asıl işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması bakımından gerekli yükümlülüklerini yerine getirmese, “üçüncü kişi sıfatıyla” değil, asıl işveren için aranan şartlarla sorumlu olacaktır. Sosyal Sigortalar Kurumunun rücu hakkı bakımından da işveren için öngörülen sorumluluk şartları aranacaktır (Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 71).

yükümlülüğün ihlalden doğan talep hakları kullanıldığında fail kusursuz olduğunu ispat etmekle yükümlü olur. Zamanaşımı konusunda ise, 1 yıl yerine BK 125 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı uygulanır. Ayrıca fiil, yardımcı kişi tarafından meydana getirilmişse BK 55 değil, BK 100 uygulanır.

Yine bu görüşteki bir yazara göre, iş kazasına uğrayan bir işçi buna sebep olması mümkün olmayan alt işverenden *iş sözleşmesine dayanarak tazminat isteyemez*⁵⁹. Çünkü alt işverenin asıl işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasını beklemek mümkün olmaz. Buna karşılık, asıl işverenin işyerinde çalışma nedeniyle ortaya çıkan sosyal temasın doğurduğu borç ilişkisine dayanarak, asıl işverene karşı *sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre* dava açabilir⁶⁰.

Doktrinde diğer bir yazar, bu konuda asıl iş ve yardımcı iş arasında bir ayrım ortaya koymaktadır⁶¹. Yazara göre yasa uyarınca “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” hallerde alt işverene verilebilen *asıl işlerde* alt işveren işçisinin kazaya uğraması durumunda, asıl işverenin kanundan doğan sorumluluğunun ötesinde bir sorumluluğunun bulunduğunu söylemek güçtür. Nitekim asıl işverenin uzmanlık ve bilgi alanı dışında kalan bir alanda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması beklenemez. Ancak asıl işveren alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almasına uygun alt yapıyı sağlamıyor veya alt işverenin gerekli önlemlerini almasına engel oluyorsa, asıl işverenin kusur sorumluluğu doğar⁶². Yine aynı yazara göre, *asıl işverenin işyerine özgü risklere karşı* gerekli eğitimin verilmesi ve güvenlik önlemleri alınması asıl işverenin yükümlülüğünde olup, bu yükümlülükler aykırı davranması durumunda İK 2/6’den kaynaklı birlikte

⁵⁹ Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 181.

⁶⁰ Aydın, Türk iş hukuku doktrininde ve Yargıtayda böyle bir iş kazası sonucu işçinin alt işverene sözleşmeye aykırılık nedeniyle başvurabileceği ve asıl işveren için kanun hükümlerinde getirilen müteselsil sorumluluk gereği de aynı talebin asıl işverene de yapılacağı kabul edilmiş olmasına rağmen *sorumluluğun temelini tam olarak açıklanmadığına* dikkat çekmektedir (Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 181).

⁶¹ Yenisey, Alt İşveren, 41.

⁶² Yenisey, Alt İşveren, 41. Nitekim Yenisey’e göre, “alt işveren işyeri ayrı bir işyeri olarak kabul edilse bile alt işverenin işyeri ile asıl işveren işyeri arasındaki örtüşme ve her iki grup işçinin birlikte çalışmasından kaynaklanan organizasyonel risklerden asıl işveren sorumludur. İşyerinde birden fazla alt işveren işçisi bulunduğu farklı alt işveren işçileri arasında veya alt işveren işçileri ile asıl işveren işçileri arasında birlikte çalışmaktan kaynaklanan risklerin önlenmesi konusunda işveren gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür” (Yenisey, Alt İşveren, 41).

sorumluluğunun yanı sıra doğrudan *kusur sorumluluğu* doğabileceği gibi, cezai sorumluluğu da ortaya çıkabilir⁶³.

Öte yandan yüksek mahkeme de verdiği bir kararda, “...davacının çalıştığı işyerinde, patlayıcı yani tehlikeli maddeler üretildiği için, davalı işverenin bu yönleri dikkate alarak işyeri disiplinini sağlamak amacıyla, çok sıkı kayıtlar koyması ve emniyet tedbirleri ile ilgili olarak hassas davranıp, işyerinin tehlikeden uzak bir şekilde ve ortamda bulunması için kimi yetkileri elinde bulundurması doğal karşılanabilir” değerlendirmesinde bulunmuştur⁶⁴,

b) İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesinde İşçi Sayısının Hesaplanması

Bir görüşe göre asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde işyerinde çalışan işçi sayısı hesaplanırken, alt işveren işçileri dikkate alınmaz⁶⁵. Çünkü iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin örgütlenme yükümü bakımından işyerinde çalışan işçi sayısının hesabında, “o işyerinin işverenine bağlı olarak çalışan işçiler” göz önünde bulundurulur⁶⁶. Alt işveren işçilerinin çalıştırıldığı işyeri ise, kendi işverenleri açısından ayrı ve bağımsız bir işyeri sayılmaktadır ve alt işveren işçileri kendi işverenlerinin işyerindeki sayıya dahil olurlar. Alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerindeki sayıya dahil olmaları için bu durumun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir⁶⁷.

Diğer bir görüşe göre ise, asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde işyerinde çalışan işçi sayısı hesaplanırken, alt işveren işçileri dikkate alınmalıdır⁶⁸.

⁶³ Yenisey, Alt İşveren, 40-41. Yenisey’e göre bu risklerin alt işveren tarafından bilinmesi de her zaman mümkün olmayabilir (Yenisey, Alt İşveren, 42).

⁶⁴ Y9HD, 18.11.1997, 16673/19164, Akyiğit, Şerh, C.1, 110. Kararı isabetsiz bulan değerlendirmesi için bkz. Soyer, Değerlendirme 1997, 22-23.

⁶⁵ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 63. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 25-26. Aynı yazar, İşyeri Örgütlenmesi, 46-47. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 26. Ekonomi aynı sonucu tüm işçi sayısına bağlı yükümlülükleri için kabul etmektedir (Ekonomi, Değerlendirme 2007, 26). İş sağlığı ve güvenliğinde işyerinin örgütlenmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, İşyeri Örgütlenmesi, 1 vd.

⁶⁶ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 63. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 25-26.

⁶⁷ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 63. Ekmekçi’ye göre gerçek anlamda iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işçi sayısının toplanması önleminin ziyade asıl işveren ve alt işverenin ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden beraber yararlanmalarının önünün açılması gerekir. Öte yandan yazara göre, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerindeki sayıya dahil oldukları düzenlenirse, sorumluluğun kimde olduğu, işyeri hekimini, iş güvenliği uzmanını kimin istihdam edeceği, masrafların nasıl paylaşılacağı gibi hususların yönetmelikte değil kanunda düzenlenmesi gerekir (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 63).

⁶⁸ Başbuğ, İşçi Sağlığı, 72 vd. Akın, İşyeri Örgütlenmesi, 7, 18. Özcan, 99. Engin, Sorumluluk, 22. Özcan’a göre bu durum, iş sağlığı ve güvenliğinin dışında kalan, iş güvencesine ilişkin

Buna göre asıl işverenin örneğin işçi sağlığı ve iş güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğünün ortaya çıkması için aranan “50 işçi sayısının” tespitinde alt işveren işçileri de hesaba katılmalıdır. Bu görüşteki bir yazar şu gerekçelere dayanmaktadır: İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler, genel olarak kamu düzenine ilişkin olup, çoğu durumda ya işyerine ya da yapılan işe yöneliktir. Nitekim işyerinde çalışan işçi sayısına bağlı yükümlülüklerin genel olarak işverenlerin şahsına verilmiş yükümlülükler olarak değerlendirilmesi makul görülse de, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olanların işverenlerin şahsını aşarak doğrudan, kutsal olan insan yaşamının korunmasını hedefliyor olması belirtilen sonuca ulaşmayı gerekli kılmaktadır. Diğer yandan, işyerinde bulunan iş sağlığı ve güvenliği riskleri çoğu zaman bölünemez niteliktedir. Nitekim işçi sayısına bağlı iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini düzenleyen hükümlerde işçi sayısı bir “risk değişkeni” olarak ele alınmıştır ve bu sebeple riski oluşturan işçilerin başka bir işverene bağlı olmalarının riskin ortadan kalkması açısından bir önemi bulunmamaktadır⁶⁹. Nihayet yine bu görüşe göre, bu durum her iki işverenin ayrı işyeri olduğu görüşü ile de çelişmez. Çünkü alt işverenin işyeri, kendi üstlendiği yardımcı iş veya asıl işin bir bölümü ile sınırlı olacakken, asıl işverenin işyeri tıpkı kümeler teorisinde olduğu gibi alt işverenin işyerini de kapsayacaktır⁷⁰. Söz konusu görüşü ileri süren diğer bir yazara göre de, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulması asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı yükümlülüklerinin bir sonucudur⁷¹. Buna göre örneğin bir işyerinde asıl işverenin 10

düzenlemelerde veya eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma konularında söz konusu değildir (Özcan, 100-101). Öte yandan doktrinde Akın, belirtilen sonuca ilgili mevzuatta söz konusu işçilerin işverenleriyle ilgilenilmediği, *aynı işyerinde bulunmalarının* yeterli kabul edildiği noktasından ulaşmaktadır. Bu doğrultuda yazara göre, asıl işverenin işini yürüttüğü işyerinde bulunmayan alt işveren işçilerinin rakama dahil edilmemesi gerekir (Akın, İşyeri Örgütlenmesi, 7, 18). Oysa asıl işveren ve alt işveren, fiziksel olarak aynı yeri paylaşırsa da, işlerini gördükleri yerler -doktrinde baskın görüşe göre- hukuken “farklı işyerleri” olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple ilgili mevzuatta “işverenin” değil, “işyerinin” temel alınmasının da bizi söz konusu sonuca götürecek nitelikte olmadığı kanısındayız. Bu bağlamda yazarın, “asıl işverenin işini yürüttüğü işyerinde bulunmayan alt işveren işçilerinin rakama dahil edilmemesi” gerektiği görüşüne de katılmamaktayız. Zira ilk bölümde de vurgulandığı gibi, alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için gerekli unsurlardan biri “işin asıl işverene ait işyerinde” yerine getirilmesidir. Bu unsur hukuken olmasa da fiziksel anlamda alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinde iş yapmalarını gerektirmektedir.

⁶⁹ Özcan, 100.

⁷⁰ Özcan, 100. Yazara göre ayrıca, işyerinin iş sağlığı ve güvenliği açısından uygunluğu, ancak işyerinin bütünü gözetilerek verilecek olan önce kurma izni, ardından da işletme belgesi ile anlaşılabilir. Bu konuda alt işverenin işyerine, bağımsız olarak ne kurma izni ne de işletme belgesi verilebilme olanağı bulunmamaktadır.

⁷¹ Başbuğ, İşçi Sağlığı, 77. Başbuğ aynı sonuca işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü açısından da ulaşmaktadır. Ayrıca yazara göre, işyeri hekimi, muayene odasının dışında, işyerinin her yerinde inceleme yapma veya görev ve hiyerarşi durumu ne olursa olsun gerekli gördüğü kişiden bilgi alma

A alt işverenin 40, B alt işverenin 30 işçisi bulunuyorsa, burada asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünden bahsedilmelidir.

Bu görüşü değerlendiren bir yazara göre, normlar hiyerarşisi açısından bu tip bir yorumun yerindeliği tartışmalı olsa da, olması gereken hukuk ve normun koruma amacı bu yorumu desteklemektedir⁷². Nitekim yazara göre, “İş sağlığı ve güvenliği kurulu ile amaçlanan, belirli büyüklükteki işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından farklı bir örgütlenme modelinin benimsenmesidir. İş güvencesine ilişkin normlardan farklı olarak burada amaçlanan belirli bir sayının üzerinde işçi çalıştırılan işyerlerinde bu örgütün oluşturulmasıdır. Eğer esas alınan birim işyeri ise, burada çalışan işçilerin kiminle iş sözleşmesi bulunduğundan ziyade o işyerinde fiilen kaç kişi çalıştığı esas alınmalıdır. Bu konudaki yükümlülüklerin asıl işverenle alt işveren arasında paylaştırıldığı bir model üzerinde düşünülebilir”⁷³.

Öte yandan diğer bir yazara göre de, İş Kanununun genel sistematığına aykırı olsa da “edimden bağımsız borç ilişkisi” görüşü doğrultusunda iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde alt işveren işçilerinin de sayı itibarıyla dikkate alınması gerekir⁷⁴. Nitekim bu görüşe göre, alt işverene devredilen işyeri bölümü hukuken ayrı bir işyeri olarak kabul edilse de, alt işveren işçileri işe giriş-çıkış kontrolü ve işyeri düzeni bakımından asıl işverenin otoritesi altındadır ve nihai olarak asıl işveren yararına iş görürler. Bu doğrultuda alt işveren ilişkisinin doğası gereği işyeri düzeni ve disiplini iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini de kapsadığından İK 81 hükmünün alt işveren işçilerini de kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir⁷⁵.

Kanımıza göre mevcut hukukumuz yönünden, işçi sayısına bağlı herhangi bir yükümlülüğün tespiti açısından asıl işveren ve alt işveren işyerinin birlikte değerlendirilmesi imkanı yoktur. Çünkü asıl işverenin işyeri ve alt işverenin işyeri hukuken bağımsız işyerleridir. Bu sebeple bu iki farklı işyerinde çalışan işçi sayılarının birlikte değerlendirilebilmesi için yasada açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bize göre *olması gereken hukuk açısından* iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde aranan işçi sayısının tespitinde alt işveren işçilerinin de dikkate

yetkisi bakımından da alt işveren işçisi, asıl işveren işçisi ile aynı konumdadır (Başbuğ, İşçi Sağlığı, 77).

⁷² Yenisey, 155-156.

⁷³ Yenisey, 155-156.

⁷⁴ Engin, Sorumluluk, 22.

⁷⁵ Engin, Sorumluluk, 22. Engin ayrıca mevzuatın gelişiminin bu yönde olmasını da bir dayanak olarak ortaya koymaktadır (Engin, Sorumluluk, 22).

alındığı bir sistem oluşturulması isabetli olacaktır. Nitekim İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağında bu yönde isabetli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre Taslağın 27/2 hükmü uyarınca⁷⁶, alt işverenin aldığı işin altı aydan fazla sürdüğü hallerde, asıl işveren ve alt işverenin her birinin çalışan sayısının 50'den az ancak toplam çalışan sayısının 50'den fazla olması durumunda, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun asıl işveren tarafından kurulması öngörülmektedir.

c) Mevzuatta Durum

“Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin”⁷⁷ 4/2 hükmünde, alt işverene ait çalışanların eğitimlerinden alt işverenle birlikte asıl işverenin de sorumlu olduğu hükmü yer almıştır⁷⁸. Doktrinde asıl işverenin burada öngörülen yükümlülüğünün alt işveren işçilerine eğitim vermek değil, alt işverenin o işyerinde çalışan işçilerine yönetmeliğe uygun eğitimleri vermesini sağlamak olduğu ileri sürülmüştür⁷⁹.

Diğer yandan “Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği'nin” 5. maddesinde, aynı yapı alanında bir veya birden fazla işveren veya alt işverenin görev yaptığı durumlarda işveren veya proje sorumlusunun sağlık ve güvenlik konularında bir veya daha fazla koordinatör ataması öngörülmüştür. Söz konusu koordinatörlerin görevleri arasında, aynı yapı alanında -işe sonradan katılan işverenler de dahil olmak üzere- işverenler arasında organizasyonu sağlamak, iş kazaları veya meslek

⁷⁶ Anılan maddeye göre “işveren, 50 ve daha fazla çalışanın bulunduğu, altı aydan fazla süren işlerin yapıldığı işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmak ve kurul tarafından iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak alınan kararları uygulamakla yükümlüdür. (2) Asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunan ve alt işverenin aldığı işin altı aydan fazla sürdüğü hallerde, asıl işveren ve alt işverenin her birinin çalışan sayısının 50'den az ancak toplam çalışan sayısının 50'den fazla olması durumunda, iş sağlığı ve güvenliği kurulu asıl işveren tarafından kurulur. (3) Bir işyerinde birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması halinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirirler. (4) Aralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunan ve aynı çalışma ortamında faaliyet gösteren işverenlerce, birden fazla iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulmasının zorunlu olduğu hallerde, kurulların faaliyet ve kararlarının birbirlerinin çalışmalarını etkileyebileceği durumlarda, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulaması konusunda işbirliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır”.

⁷⁷ RG 7.4.2004, S: 25426.

⁷⁸ Akın, Kusurun Takdiri, 154. Süzek, İş Sağlığı, 512. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57. Yenisey, Alt İşveren, 42.

⁷⁹ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 25. Yazar tebliğinin sunumunda asıl işverenin, alt işverenin gerekli eğitimleri verip vermediğini denetlemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 63).

hastalıklarından işçileri korumak üzere işverenlerce yapılan çalışmaları koordine etmek, bilgi alışverişini sağlamak gibi görevler sayılmaktadır (m.8/d)

Öğretide, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki modern eğilimin, alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliğinin korunması konusunda doğrudan asıl işverene de yükümlülükler getirilmesi olduğu belirtilmektedir⁸⁰. Nitekim Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan 2008 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağında bu eğilim dikkati çekmektedir. Anılan Taslağın 10/2 hükmüne göre “*Asıl işveren ile alt işveren faaliyetlerinin, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebileceği durumlarda, alınması gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin belirlenmesi ve uygulanması konularında gerekli koordinasyon asıl işveren tarafından sağlanır. Asıl işveren, alt işverenin çalışanlarına karşı o işyeri ile ilgili bu Kanundan doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur*”. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, “*Asıl işveren, alt işverenin kendi çalışanları için, bu Kanun hükümlerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini, işin özelliği dikkate alınarak sürekli denetler*”. Burada isabetli olarak gerekli koordinasyonun sağlanması ve denetleme yapılması konusunda asıl işverene doğrudan yükümlülük (asli sorumluluk) yüklenmektedir⁸¹. Diğer yandan bu hüküm birlikte sorumluluk hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, “asıl işverenin iş güvenliği tedbirleri konusunda alt işvereni yönlendireceği, asıl işverene alt işverenin yüklendiği sonucuna varılabilir”⁸².

⁸⁰ Başterzi, İSG Mevzuatı, 128-129. Engin, Sorumluluk, 22-23. Bu doğrultuda Başterzi, alt işverenin işyerinde iş kazası ve meslek hastalıklarının sayıca artmasının ya da azalmasının esas olarak asıl işverenin prim oranlarının derecelendirilmesinde etkili olmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte yazara göre alt işveren işçilerinin, iç içe çalışma dolayısıyla aynı iş riskine maruz kalarak çalıştıkları durumlarda söz konusu riskten kaynaklanan iş kazaları ve meslek hastalıklarının, asıl işin girdiği tehlike derecesinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle, alt işverenlerin işyerlerindeki iş kazası ve meslek hastalığı sayısı, bu olayların ortaya çıkmasında asıl işverenin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin payı bulunması koşuluyla ve o ölçüde, asıl işverenin işçilerinin prim oranlarının derecelendirmesinde dikkate alınmalıdır (Başterzi, İSG Mevzuatı, 129).

⁸¹ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 62. Engin, Sorumluluk, 22. Taslağın 20/2 hükmüne göre de “*İşveren, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları, yapacakları işlerde karşılaşacakları sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitim aldığına dair belge olmaksızın işe başlatamaz*”. Tersane işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda bkz. Özcan, 102 vd. Konuyla ilgili olarak hazırlanan ikinci taslakta, alt işveren tanımının değiştirilerek “...veya asıl işin bir bölümünde işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan” düzenlemesine yer verildiği, diğer bir ifadeyle hükümdeki “ile” bağlacının “veya” olarak değiştirildiği belirtilmektedir (Bkz. Bayram, 59).

⁸² Engin, Sorumluluk, 22.

Öte yandan 2003 yılında yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin⁸³ 6/d hükmü uyarınca, “Aynı işyerinin birden fazla işveren tarafından kullanılması durumunda işverenler, yaptıkları işin niteliğini dikkate alarak; iş sağlığı ve güvenliği ile iş hijyeni önlemlerinin uygulanmasında işbirliği yapar, mesleki risklerin önlenmesi ve bunlardan korunma ile ilgili çalışmaları koordine eder, birbirlerini ve birbirlerinin işçi veya işçi temsilcilerini riskler konusunda bilgilendirirler”. Anılan Yönetmelik Danıştay 10. Dairesi tarafından 2006 yılında iptal edilmiştir⁸⁴. İptal edilen bu Yönetmeliğin andığımız hükmü, onun yerine hazırlanan tüzük taslağında da aynen korunmuştur (6/d). Bu sebeple alt işverenlik ilişkisinin tarafları olan işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve uygulanmasında birlikte hareket etmek zorunda oldukları belirtilmektedir⁸⁵.

3. Disiplin Cezası Uygulama Yetkisi

Doktrinde baskın görüşe göre, asıl işverenin alt işveren işçisine disiplin cezası uygulama yetkisi bulunmamaktadır⁸⁶. Bazı yazarlara göre, alt işveren işçisinin iş düzenini bozması söz konusuysa, asıl işverenin sadece durumu alt işverene bildirmesi ve işçiye disiplin cezası uygulanmasını isteme imkanı bulunduğundan söz edilebilir⁸⁷. Yine aynı yazarlara göre alt işverenin işçiye gerekli cezayı uygulamaması, asıl işverene ancak alt işveren ilişkisini sona erdirmeye yönünde bir imkan sağlayabilir. Diğer bir yazara göre ise, asıl işverenin böyle bir yetkisi ancak alt işverenin bu konuda asıl işverene açıkça yetki vermesiyle söz konusu olabilir⁸⁸. Bununla birlikte yazara göre, böyle bir yetkinin verildiği bir durumda dahi ilişkinin alt işverenlik görüntüsü altında gizli bir iş aracılığının veya bizzat kendi işçisini çalıştırmanın bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Çünkü asıl işverenle alt işveren işçisi arasında söz konusu yetkiyi gerektirecek derecede yakın bir ilişki bulunmamaktadır⁸⁹.

⁸³ RG, 9.12.2003, 25311.

⁸⁴ Danıştay 10. Dairesi, 15.6.2006, 1942/3007.

⁸⁵ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 58.

⁸⁶ Çankaya/Çil, 2009, 46. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 68. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 57. Akyiğit, Şerh, C.1, 119-110, dn. 217. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 32, dn.82. Disiplin cezaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, Yaptırımlar, 168 vd.

⁸⁷ Çankaya/Çil, 2009, 46.

⁸⁸ Akyiğit, Şerh, C.1, 110, dn. 217.

⁸⁹ Akyiğit, Şerh, C.1, 110, dn. 217.

Buna karşılık edimden bağımsız borç ilişkisi görüşü⁹⁰ uyarınca alt işveren işçisinin işyeri düzenini ihlali durumunda asıl işveren, toplu iş sözleşmesi, işyeri iş yönetmeliği veya işyeri uygulamasına dayanarak alt işveren işçisine *disiplin cezası verebilir*⁹¹. Ayrıca asıl işveren -fesih hakkı olmamakla birlikte-, alt işveren işçisinin *işyeri çevresinden çıkarılması cezası* verebilir. Bunun sonucunda sözleşmenin ifa edilmemesi, asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmeye göre çözülür.

4.Görüşümüz

Kanımıza göre doktrinde genel kabul gördüğü üzere, yönetim hakkının hukuksal dayanağını “iş sözleşmesi” olarak ortaya koyduktan sonra⁹², asıl işverenin alt işveren işçisine karşı -işin genel yürütümüne ilişkin de olsa yönetim hakkını- kabul etmek çelişkili bir yaklaşımdır. Nitekim asıl işveren ile alt işveren arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda bize göre asıl işveren, alt işveren işçisine işin yürütümüne ilişkin olduğu gibi, işyeri düzenine ilişkin de talimat veremez. Gerçekten de doktrinde belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin yokluğu asıl işverenin alt işveren işçilerine kendi işyerinin salt düzenini ilgilendiren konularda da bir talimat verebilmesini engeller⁹³. Nitekim hukuken alt işverenin işini yaptığı yer ayrı bir işyeri sayılmakta, bu doğrultuda örneğin alt işveren işçileri asıl işverenin

⁹⁰ Bkz yuk § 1, I, 1.

⁹¹ Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 175. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 73. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 79.

⁹² Süzek, 2008, 72. Aynı yazar, Yönetim Hakkı, 225-226. Yenisey, 97. Taşkent, Yönetim Hakkı, 36 vd. Mollamahmutoğlu, 73. Başbuğ, Yönetim Hakkı, 10.

⁹³ Taşkent, Yönetim Hakkı, 62. Taşkent ayrıca, işverenin vereceği talimatların bağlayıcılığının bazı durumlarda mülkiyet veya zilyetlik haklarına dayanabileceğini belirtmektedir (Taşkent, Yönetim Hakkı, 63). Gerçekten de MK 683 hükmüne göre, “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir”. Asıl işverenin, mülkiyet hakkına dayanarak vereceği bir talimata, sadece işçilerin değil bu alana giren bütün üçüncü kişilerin uyması gerekecektir (Taşkent, Yönetim Hakkı, 30). Bu doğrultuda asıl işverenin örneğin bazı odalara, işyerinin bazı bölümlerine girilmesini yasaklamak şeklindeki bir talimatına alt işveren işçileri de uymak durumundadırlar. Ancak belirtmek gerekir ki bu durumda, asıl işverenin mülkiyet hakkının da sınırsız olduğundan söz edilemez. Buna göre örneğin diğer işçiler gibi alt işveren işçileri de, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılabilirler (SK m.31/5). Asıl işveren, alt işveren işçisinin bu hakkını ve işçinin toplu iş hukukundan kaynaklanan diğer haklarını -mülkiyet hakkını ileri sürerek- engelleyemez. Konuyla ilgili olarak Amerika’da gerçekleşen bir olayda, genel merkezi Atlanta’da bulunan Coca Cola şirketinin temizlik işlerini yürüten şirketin bir işçisinin, Coca Cola işyerinde işçilere sendika el ilanlarını dağıtması engellenmiştir. Mahkeme, kendi işyeri yerine düzenli ve münhasıran Coca Cola şirketinde çalışan işçinin, kendi iş ilişkisi gereğince söz konusu işyerinde bulunduğu sırada sendika ilanlarını dağıtmasının yasal koruma kapsamında olduğunu kabul etmiştir. Nitekim mahkeme, söz konusu işçinin Coca Cola’nın mülkiyet hakkını ihlal etmeye çalışmadığı sonucuna varmıştır (karar için bkz. Becker, 1556-1557). Aynı şekilde örneğin alt işveren işçilerine, işyerinde bulunan tuvaletin kullandırılmaması -hakkın kötüye kullanılması- niteliğinde kabul edilmelidir.

imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanamamaktadırlar. Üstelik alt işveren ilişkisinde -geçici iş ilişkisinde olduğu gibi- bir süre sınırlaması da bulunmamaktadır. Bu durumda söz konusu işi kendine bağlı işçiler yerine başka işverene bağlı işçiler aracılığıyla yürüten ve bundan bir yarar sağlayan işverenin en azından –söz konusu işçiler üzerinde doğrudan yönetim hakkını kullanamama külfetine- katlanması gerekir.

Doktrinde alt işveren işçisinin uyması gereken işyerinin genel düzenine ilişkin kurallara örnek olarak işyerinin giriş-çıkışı, sigara içme yasağı gibi konular gösterilmektedir⁹⁴. İşyerinde sigara içme yasağı açısından, 2008 yılında 5727 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen⁹⁵ 4207 sayılı Kanun esas alınmalıdır. Bu yasanın 2. maddesine göre “*Tütün ürünleri, a)Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında, b) Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında... tüketilemez*” (2/a,b). Bu düzenlemeyle tüm işyerleri sigara içme yasağı kapsamına alınmış olup⁹⁶ -asıl işveren işçileri gibi- alt işveren işçileri de söz konusu yasa hükümlerine zaten uygun davranmak zorundadırlar.

Konuya bir de asıl işverenin alt işveren işçilerine kapı denetimi getirmesi ve bu işçilerin üstünü arama hakkının olup olmadığı açısından yaklaşmak gerekir. Doktrinde, Anayasa’da yer alan kişi özgürlüğü, özel yaşamın gizliliği ve kimsenin üstünün, eşyasının aranmayacağını hükme bağlayan hakları ile kişi hak ve özgürlüklerini koruyan MK 23 ve 24. maddeleri karşısında işverenin kendi işçilerine dahi bu yönde talimatlar vermesinin kural olarak *hukuki sayılamayacağı* isabetli olarak belirtilmektedir⁹⁷. Aynı hukuka aykırılığın, alt işveren işçileri açısından da geçerli olduğuna şüphe yoktur. Bununla birlikte, “makul bir nedene dayanan, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan arama taleplerine işçinin rıza göstermesi” ile söz konusu hukuka aykırılığın ortadan kalkacağı da kabul edilmektedir⁹⁸. Kanımıza göre aynı

⁹⁴ Akyiğit, 71. Aynı yönde Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 62. Engin, Sorumluluk, 20.

⁹⁵ RG, 19.1.2008, 26761. Bu yasayla, 4207 sayılı “Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun”un adı “Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun” şeklinde değiştirilmiştir (m.1).

⁹⁶ Süzek, 2008, 302. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği açısından sigara içme yasağının öngörüldüğü çeşitli yönetmelikler için bkz. Süzek, 2008, 302.

⁹⁷ Süzek, 2008, 302-303.

⁹⁸ Süzek, 2008, 302-303.

şekilde “makul bir nedene dayanan, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan arama talepleri” açısından ancak alt işveren işçisinin rızası söz konusu hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır.

Öte yandan “iş sağlığı ve güvenliği” alanına gelindiğinde konuya daha farklı şekilde yaklaşılmalıdır. Nitekim alt işveren ilişkisinin yarattığı tehditlerden belki de en önemlisi, alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda yaşanmaktadır. Alt işveren işçilerinin genellikle eğitimsiz olması, düşük ücretle çalıştırılmaları, çoğunlukla sendikasız olmaları, asıl işveren ve alt işveren arasında koordinasyon eksikliği gibi olgular bu alanda iş kazaları ve meslek hastalıkları oranını oldukça yükseltmektedir⁹⁹. Öte yandan Uluslararası Çalışma Örgütü de alt işveren ilişkisine başvurmanın, tüm dünyada iş kazalarını artıran bir olgu olduğu gerçeğine dikkat çekmiştir¹⁰⁰. ILO bu çerçevede, bu konudaki problemin alt işverenliğin kendisi değil, alt işverenliğin –riskleri yaratabilecek ve artırabilecek şekilde- yanlış (uygunsuz) kullanımı olduğunu belirtmektedir¹⁰¹. Nitekim ülkemizde de tersanelerde yaygın bir şekilde başvurulmuş alt işveren uygulamasının, işçilerin yaralanması veya ölümüyle sonuçlanan çok sayıda iş kazasına yol açtığı bilinmektedir. Ayrıca konunun işçilerin yaşam hakkı, sağlık ve güvenliği ile ilgili olmasının yanı sıra kimi durumlarda “toplum güvenliği” ile ilgili dahi olumsuz sonuçlarından söz edilebilmektedir¹⁰².

⁹⁹ Bkz. Mayhew/Quinlan, 192 vd. Alt işverenler ekonomik faktörlerin baskısıyla ve işi hızlı ve en düşük maliyetle gerçekleştirme isteğiyle iş sağlığı ve güvenliği konusunu önemli bir sorun olarak görmemekte, işyerinde düzenli olarak iş sağlığı ve güvenliği risk değerlendirmesi yapmamakta, bu alanda bir programa sahip olmamakta ve yine bu alandaki eğitim verme sorumluluğunu yerine getirmemektedirler. Diğer yandan, işyerindeki kompleks (birden fazla, zincirleme) alt işverenlik ilişkileri, iş sağlığı ve güvenliği alanında bir karışıklığa yol açarak bu alanda kontrol mekanizmasına zarar vermektedir. Ayrıca sorumluluklara ilişkin belirsizlik, farklı işleri yürüten işçi grupları arasındaki belirgin olmayan ilişkiler ve nihayet idari denetim mekanizmalarının yetersizliği de bu konudaki olumsuzluğu yaratan diğer etkenlerdir (Mayhew/Quinlan, 195 vd. Mayhew/Quinlan/Ferris, 167 vd).

¹⁰⁰ ILO, 14-15.

¹⁰¹ ILO, 15. Öte yandan, Fransa’da 2001 yılında Toulouse’daki bir kimyasal tesiste yaşanan büyük patlamanın nedenlerini araştırarak komisyon, zincirleme alt işverenliği (“cascade subcontracting”) büyük bir endüstriyel kaza riskini ağırlaştırıcı bir faktör olarak tespit etmiştir (ILO, 15, dn.41).

¹⁰² ILO bu konudaki en ciddi örneğin, alt işverenliğin kullanıldığı nükleer enerji endüstrisinde yaşandığını belirtmektedir. Buna göre Fransa’da yapılan bir çalışmaya göre, nükleer işyerlerinin bakımı/tamiri esas itibarıyla alt işverenler tarafından yürütülmektedir (Bu tür işlerin % 80’i – zincirleme alt işverenliğin de içinde bulunduğu alt işveren ilişkileri çerçevesinde yürütülmekte ve her yıl 20.000 ile 30.000 (alt işveren) işçisi bu tür görevlere dahil olmaktadır). Yine alt işverenliğin yaygın ve uygunsuz bir biçimde kullanıldığı diğer pek çok sektör de “toplumun güvenliği” açısından risk oluşturmaktadır. Örneğin Amerika’da havaalanı güvenliğinde alt işverenlik kullanımı, “11 Eylül 2001”de ne gibi sonuçlar doğurabileceği açısından aydınlatıcı olmuştur (ILO, 16, dn.45).

Bu sebeple olması gereken hukuk açısından asıl işveren, iş sağlığı ve güvenliği alanında kendi işyerine özgü riskler konusunda doğrudan hak ve yükümlülüklerin muhataplarından biri olarak kabul edilmelidir. Buna göre iş sağlığı ve güvenliği konusunda asıl işverene –alt işveren işçisini de kapsayan bir biçimde– doğrudan yükümlülükler yüklenmeli ve bu çerçevede alt işveren işçisine talimat verme yetkisinin bulunduğu ve bu talimatlara alt işveren işçisinin uymak zorunda olduğu yasada açıkça düzenlenmelidir. Nitekim iş sağlığı ve güvenliği açısından yasada asıl işverene doğrudan yükümlülükler yüklenmesi, karşılaştırmalı hukukta da görülen yerinde bir yaklaşımdır. Örneğin İngiliz hukukunda 1974 tarihli iş sağlığı ve güvenliği yasasının 2(1) hükmü işverenlere işyerinde çalışan işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama görevi yüklerken, 3(1) hükmü işyerinde *kendisine bağlı olarak çalışmayan kişilerin korunması* konusunda da aynı görevi yüklemektedir¹⁰³. Yine 1999 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetimi Kanununa göre işverenler, kendi istihdamında olmayanların karşı karşıya oldukları riskler hususunda bir risk değerlendirmesi yapmak ve aynı işyerini paylaşan farklı işverenler “işbirliği ve koordinasyon” içinde olmak zorundadırlar. Yine Avrupa Birliğinin 24 Haziran 1992 tarih ve 92/57 sayılı “Geçici veya Mobil İnşaat İşyerlerinde Minimum İş Sağlığı ve Güvenliği Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin” Direktifinde aynı inşaat işyerinde birden fazla müteahhidin (işverenin) iş yaptığı durumlarda, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini koordine etmek üzere bir veya daha fazla koordinatör atanması öngörülmüş (m.3) ve koordinatörlerin görevleri ayrıntılı bir biçimde belirlenmiştir (m.5, 6)¹⁰⁴. Öte yandan anılan direktifte, söz konusu koordinatörlerin görev yapmasının asıl işverenlerin 89/391 sayılı “İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönerge”den kaynaklanan sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağı da belirtilmiştir (m.7/2). Yine Uluslararası Çalışma Örgütü’nün de iş sağlığı ve güvenliği konusunda “koordinasyon yükümlülüğü” öngören sözleşmeleri bulunmaktadır¹⁰⁵.

Öte yandan doktrinde isabetli olarak, Türk hukukundaki –yukarıda incelenen– benzer yönde düzenlemelerin de “iş sağlığı ve güvenliği konusunda” alt işverenin

¹⁰³ Esasen 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında mahkemeler, aracılar (alt işverenler) tarafından işe alınan işçilerin korunması için, bu işçilerin uğradıkları kazalardan (asıl) işverenleri de sorumlu tutmaya başlamıştı (Deakin, 73).

¹⁰⁴ Supiot, 20-21. Morin, 25. Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0057:EN:HTML>

¹⁰⁵ Bkz. Birinci Bölüm, § 5, I.

bağımsız bir işyeri bulunduğundan hareket etmenin “normun koruma amacıyla” bağdaşmadığının bir işareti olduğu belirtilmiştir¹⁰⁶. Bu gerekçelerle asıl işverenin *iş sağlığı ve güvenliği konusunda* alt işveren işçilerine *talimat* verebileceği ve alt işveren işçilerinin de bu talimatlara uymak zorunda olduğu düşünülebilirse de¹⁰⁷ kanımıza göre bu durum *söz konusu amaçlarla sınırlı* kabul edilmelidir. Özellikle - yönetim hakkının kullanılmasının en önemli araçlarından biri olan- asıl işverenin alt işveren işçisine doğrudan disiplin cezası verme yetkisinden de söz edilmemelidir¹⁰⁸. Nitekim –yukarıda da belirtildiği gibi- uygulamada alt işverenin ekonomik bir faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenip üstlenmediğinin ve “işveren sıfatını” koruyup korumadığının tespitinde en önemli araç, işçilerin yönetiminin esas itibarıyla kimde olduğudur¹⁰⁹.

Bu konuda son olarak, doktrinde ileri sürülen “iş kazasına uğrayan bir işçinin buna sebep olması mümkün olmayan alt işverenden iş sözleşmesine dayanarak tazminat isteyemeyeceği çünkü alt işverenin, asıl işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasını beklemenin mümkün olmayacağı”¹¹⁰ görüşünü isabetli bulmadığımızı belirtmek isteriz. Zira alt işveren işçisi, alt işverenle arasındaki iş sözleşmesinden doğan iş görme yükümlülüğünü yerine getirmek için, alt işverenin yönetim hakkı doğrultusunda alt işverenin asıl işverenden aldığı işte ve onun işyerinde çalışmaktadır. Gerçekten de bu görüşteki yazarın da belirttiği gibi, söz konusu sosyal temas nedensiz gerçekleşmemiştir. Bu sosyal temas, alt işveren ile alt işveren işçisi arasındaki sözleşme uyarınca veya alt işverenin yönetim hakkına dayanarak işin nerede görüleceğine karar verip işçilerini asıl işverenin işyerinde

¹⁰⁶ Yenisey, Alt İşveren, 41.

¹⁰⁷ Şahlanan, Kavram, 194. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 67. Çankaya, 19. Çankaya/Çil, 2009, 46. Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 32. Aynı yönde görüşü ve sorusu için bkz. Ekmekçi, Panel, İNTES, 63. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, 61. Aynı yönde cevabı için Günay, Alt İşveren, 64. Şahlanan’a göre bu talimatlar, bütün işyerini kapsayan “genel talimatlar” niteliğindedir (Şahlanan, Kavram, 194. Aynı yönde Akyiğit, Şerh, C.1, 119).

¹⁰⁸ Bu doğrultuda iş düzenini bozan işçi yönünden asıl işverenin sadece durumu alt işverene bildirme ve işçiye disiplin cezası uygulanmasını isteme imkanı bulunduğundan, alt işverenin işçiye gerekli cezayı uygulamamasının ise, asıl işverene ancak alt işveren ilişkisini sona erdirmeye yönünde bir imkan sağlayabileceği görüşüne katılmaktayız (bkz. Çankaya/Çil, 2009, 46).

¹⁰⁹ Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda bu hususa dikkat etmektedir (Y9HD, 22.12.2008, 42355/34683, Çankaya/Çil, 2009, 103-105).

¹¹⁰ Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 181.

çalıştırması sonucu ortaya çıkmaktadır¹¹¹. Bu sebeple işçi, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı davranıp gerekli tedbirleri almayan asıl işverenin işyerinde iş kazası geçirip bir zarara uğrarsa, bundan alt işverenin sorumlu olmadığını –kesin bir şekilde- söylemek güçtür. Zira alt işverenin söz konusu işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaya fiziki olarak imkanı yoksa önünde iki seçenek bulunabilir: Gerekli tedbirlerin alınmasını asıl işverenden talep etmek ve gerekli tedbirler alınmıyorsa o işyerinde işçisini çalıştırmamak. Dolayısıyla aynı yazarın öne sürdüğü, alt işverenin “iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaya “fiziken ve hukuken yetkisiz olduğu”¹¹² görüşü de her zaman geçerli olmayacaktır. Çünkü alt işveren, söz konusu işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almaya *fiziki olarak yetkisiz olsa bile, hukuken gözetme borcu gereği* işçiyi söz konusu tedbirlerin alınmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği bir işyerinde çalıştırmamakla yükümlüdür. Diğer yandan doktrinde baskın görüşe göre, (alt) işverenin iş kazası ve meslek hastalığı konusundaki sorumluluğu “kusursuz” sorumluluk da değildir¹¹³. Başka bir deyişle, (alt) işverenin bu konuda sorumluluğu için “kusurlu” olması aranmaktadır. Ancak işveren “hafif kusurundan” dahi sorumlu olduğu gibi, kusurun belirlenmesinde “aynı durumdaki dikkatli, makul ve sorumluluk duygusu taşıyan bir işverenin davranış tarzı” (objektif kusur) göz önünde tutulmaktadır¹¹⁴. Bu bilgiler ışığında, alt işverenin asıl işverenin işyerinden kaynaklanan riskleri *ancak bilmediği ve “objektif kusur” ilkesine göre bilmesinin beklenmediği durumlarda* sorumluluğunun söz konusu olmayacağından söz edilebilir.

¹¹¹ Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 180. Narmanlıoğlu’nun da belirttiği gibi alt işveren işçilerinin asıl işverene ait iş organizasyonu içinde çalışmaları, kendi işverenleri olan alt işverenin asıl işverenle akdettiği bir sözleşmenin icrasının bir sonucudur (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 61).

¹¹² Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 180. Aynı yönde bkz. Ünsal, 542. Aydın’ya göre söz konusu işyerinde alt işverenden bu önlemleri almasını beklemek bir başkasının işyerinde tasarruf etme hakkının kullanılmasını zorlaştırmak anlamına geleceği gibi, hakkaniyete de aykırıdır. Bu sebeple bu önlemleri etkili şekilde alma yetkisi kime ait ise, bununla ilgili sorumluluğun da o kişiye yüklenmesi gerekir (Aydın, Koruma Yükümlülükleri, 175).

¹¹³ Süzek, 2008, 353 ve dn. 17’de belirtilen yazarlar. Aynı yazar, İş Güvenliği, 209 vd. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 36 vd. Akın, 97-98. Kaplan, 78-80. Yenisey, Alt İşveren, 40.

¹¹⁴ Süzek, 2008, 356. Kusurun objektifleştirilmesi ile bir ölçüde kusursuz sorumluluk ilkesine yaklaşılsa da, objektif kusurun kusursuz sorumluluk anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Süzek, 2008, 357.

IV. Eşit Davranma Borcu

Doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı eşit davranma borcu yoktur¹¹⁵⁻¹¹⁶. Aynı şekilde alt işverenin, işçilerine asıl işveren işçileri ile eşit hakları sağlamak borcu da bulunmamaktadır. Gerçekten de eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için “işyerinin aynı olması (işyerinde birlik)”, “iş sözleşmesiyle çalışmak” ve “işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin bulunması” koşullarının bulunması gerekir¹¹⁷. Bu sebeple eşit davranma borcu açısından, asıl işveren ve alt işveren ayrı ayrı kendi işyerleri ve kendi işçileri karşısında sorumludurlar. Gerçekten de doktrinde bir yazarın da belirttiği gibi, asıl işverene bağlı olarak çalışan işçiler ve alt işverene bağlı olarak

¹¹⁵ Süzek, Alt İşveren, 72. Çankaya/Çil, 2009, 46. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 68. Engin, Sorumluluk, 20. Morin, 18. Le Goff, 214. Eşit davranma borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, Eşit Davranma, 24 vd. Tuncay, Eşit Davranma, 5 vd. Yıldız, 29 vd. İşverenin eşit davranma borcunun kaynağı ile ilgili olarak bkz. Tuncay, Eşit Davranma, 32 vd. Yenisey, 100 vd.

¹¹⁶ Gerçekten de eşit davranma borcu sadece aynı işveren tarafından çalıştırılan işçiler arasında uygulanan bir kuraldır. Nitekim Avrupa Birliğinin kısmi süreli çalışanlara ilişkin 97/81 sayılı Direktifi ve Belirli Süreli Çalışanlara İlişkin 99/70 Sayılı Direktifi de kısmi süreli veya belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere *aynı işyerinde aynı işverene bağlı olarak* benzer iş yapan işçilerle eşit muamele görme hakkı vermektedir. Fredman, bu durumun bir sonucunun işverene –örneğin alt işveren ilişkisi kurarak veya işçileri acentalara devrederek- istihdam birimini (çalışma ilişkilerini) yeniden şekillendirmek yoluyla sosyal sorumluluklarından kaçma imkanı vermek olduğunu belirtmektedir. Nitekim böyle bir durumda artık söz konusu işçilerin işverenleri değiştiğinden, aynı işyerinde birlikte çalıştıkları meslektaşlarına tanınan haklar temelinde kendilerine eşit muamele yapılmasını talep edememektedirler. Fredman ayrıca, mahkemelerin bu duruma karşı kayıtsız kaldığına da dikkat çekmektedir (Fredman, 315-317). Kanımıza göre buraya kadar anlatılanlar çerçevesinde yasada yer alan –ve üçüncü bölümde inceleyeceğimiz- “*Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanamayacağı*”na ilişkin hükmün gerekçesi ortaya çıkmaktadır (Bkz. Üçüncü Bölüm. §1, III, 2). Öte yandan ABAD’ın incelediği bir olay konumuz açısından önem taşımaktadır. Bu olayda, işyerinin (North Yorkshire County Council) kendi bünyesinde yürütülmekte olan yemek ve temizlik işleri ihaleyle başka bir firmaya verilmiştir. Halihazırda bu işlerde çalışan Bay Lawrence ve neredeyse hepsi kadın olan 446 işçi, ihaleyi alan yeni firma nezdinde –fakat daha düşük ücretle- çalıştırılmaya devam edilmişlerdir. Bu işçiler, ihaleyi veren işverene bağlı olan ve yan yana çalıştıkları erkek işçilere göre düşen ücretleri karşısında –eşit işlem borcuna aykırılık- iddiasıyla dava açmışlardır. Kararda Avrupa Birliği Andlaşmasının 141. maddesinde yer alan kadın ve erkek işçiler arasında “eşit işe eşit ücret ödenmesi” kuralı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır. Divan söz konusu maddede, hükmün sadece aynı işverene bağlı olarak çalışan kadın ve erkek işçilerle sınırlı olduğu yönünde bir ibarenin bulunmadığına dikkat çekmiştir. Ancak mahkeme aynı zamanda söz konusu maddenin, ayrımcılığın doğrudan yasadan veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklandığı durumda ve ayrıca –özel veya kamu olsun- aynı işletmede/kuruluştaki veya aynı hizmette yürütülen işlerde uygulandığını belirtmiştir. Olayda olduğu gibi söz konusu ayrımcılığın tek bir kaynaktan ileri gelmediği durumda, bu eşitsizlikten sorumlu olan ve eşit işlemi sağlayabilecek kimsenin olmadığı ve 141. maddenin uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır (Lawrence v Regent Office Care, Case C-320/00 (2002) karar metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ>) Karara ilişkin eleştirisi için bkz. Fredman, 316-317. Karara ilişkin diğer bir değerlendirme için bkz. Deakin, Recent Cases, 83. Avrupa Birliği mevzuatında kadın erkek eşitliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ertürk, 85 vd.

¹¹⁷ Tuncay, Eşit Davranma, 148 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Morin, 18. Yıldız 179 vd. Eşit davranma ilkesinin diğer koşulları hakkında bkz. Tuncay, Eşit Davranma, 149 vd. Yıldız, 185 vd.

çalışan işçilerin hukuki durumları ve çalışma şartları arasında bir eşitlik bulunmamaktadır. Zira bu işçiler farklı işverenlere bağlı olarak çalışmaktadırlar¹¹⁸. Yüksek mahkeme de asıl işverenin eşit işlem borcunun, ancak alt işveren işçisinin *asıl işveren işçisi sayıldığı durumda* geçerli olduğuna hükmetmektedir¹¹⁹.

Buna karşılık edimden bağımsız borç ilişkisi görüşü uyarınca asıl işverenin eşit işlem yapma borcu, bazı konularda alt işveren işçileri için de geçerlidir¹²⁰. Buna göre işyerine giriş-çıkışlarda üst araması, sigara içme yasağı gibi uygulamalar alt işveren işçisine de uygulanmalıdır. Alt işveren işçisinin bu yükümlülükleri ihlal fiili alt işverene karşı değil, “işyeri düzenine”, dolayısıyla “asıl işverene” karşı işlenmiştir. Öte yandan yine anılan görüşe göre, işyeri çalışma düzeni ve disiplin hükümleri açısından toplu iş sözleşmesi hükümleri, alt işveren işçilerine de uygulanmalıdır¹²¹.

Diğer yandan alt işveren işçilerinin işyeri düzenine uyma yükümlülüğünü kabul eden bir yazara göre de, işçilerin bu yükümlülüğünün karşısında işyerinde işçilere sağlanan yemekhane gibi ortak hizmet ve kullanım alanlarından ve olanaklarından yararlanma haklarının bulunduğu da kabul edilmelidir¹²². Buna göre bireysel ilişkiden kaynaklanan hak ve borçlarda işverenlerin eşit işlem yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, yemekhane gibi ortak kullanım alanlarından yararlanmada dürüstlük kuralları, anayasal eşitlik ilkesi ve işçinin kişilik haklarının korunmasının bir gereği olarak alt işveren işçilerinin de yararlanma hakkının olduğu kabul edilmelidir. Yine bu görüşe göre, işyerinin yerleşim yerlerine uzak olması gibi hallerde işçiye servis sağlanmasının fiilen zorunlu olduğu durumlarda alt işveren işçilerinin de bu servislerden asıl işveren işçileriyle eşit şekilde yararlandırılması gerekir¹²³.

¹¹⁸ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 60. Aynı yönde Engin, Sorumluluk, 20. Le Goff, alt işverenliğin “merkez”de ve “çevre”de çalışan işçiler arasında farklı statüler yaratmak suretiyle “hakkaniyet” problemi yarattığını, bu problemin yüksek teknolojiye dayalı olarak çalışan alt işveren işyerlerinde ortaya çıkmadığını fakat diğer işyerlerinin birçoğunda ortaya çıktığını belirtmektedir (Le Goff, 214).

¹¹⁹ Y9HD, 27.3.2006, 26361/7460, ÇT, 2006/3, 10, 210-212. Y9HD, 15.9.2008, 35331/23492, Çankaya/Çil, 2009, 121-123. Y9HD, 27.3.2006, 4860/7479, Legal, 2006, S.11, 1024-1026, kararın değerlendirilmesi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 20 vd.

¹²⁰ Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 73.

¹²¹ Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 73. Aynı yazar, İşçi Sağlığı, 79.

¹²² Engin, Sorumluluk, 20-21.

¹²³ Engin, Sorumluluk, 20-21. Engin’e göre, yemek, servis hizmeti gibi hizmetlerin yaratacağı maliyet, alt işverene yapılan ticari sözleşmenin konusudur (Engin, Sorumluluk, 21).

Doktrinde bir görüşe göre ideal olan, bir işyerinde çalışan ve durumları farklı olmayan işçilerin aynı çalışma şartlarına tabi olmalarıdır¹²⁴. Ancak asıl işveren işçileri ile alt işveren işçilerinin aynı çalışma şartlarında çalışmaları ancak bu yönde açık bir düzenlemenin yapılmasıyla olabilir. Yazara göre böyle bir çözüm, bu işçiler arasında eşitliği sağlayacağı, istikrarlı bir çalışma ortamı yaratacağı ve bireysel ve toplu iş ilişkilerinin amaca uygun olarak yürümesini sağlayacağı için iş hukukunun genel niteliğine daha uygun olacaktır¹²⁵.

Öte yandan hukukumuzda –istisnai olarak- kamu kesiminde iş yapan alt işveren işçilerine eşit çalışma şartlarının uygulanması konusunda bir düzenleme yer almaktadır¹²⁶. Buna göre Uluslararası Çalışma Teşkilatı’nın 1949 tarihli 94 sayılı “Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik Sözleşmesi” 1960 yılında Türkiye tarafından onaylanmıştır¹²⁷. Bu sözleşmenin uygulanmasını sağlamak amacıyla da önce 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 8. maddesine dayanılarak çıkarılmış olan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi¹²⁸ ve 1988 yılında şartnameyle aynı esasları taşıyan “Kamu Kuruluşlarında Yaptırılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları ile İlgili Genel Esaslar” başlıklı 88/13168 sayılı Bakanlar Kurulu kararı yürürlüğe konmuştur¹²⁹. Anılan Bakanlar Kurulu kararında, *kamu kuruluşlarınca yaptırılacak yapım, hizmet, dekapaj ve malzeme nakli işlerinin* ihalesinde keşif bedeli belirli bir miktardan az olmayan¹³⁰

¹²⁴ Narmanlioğlu, Sorumluluk, 60.

¹²⁵ Narmanlioğlu, Sorumluluk, 60.

¹²⁶ Narmanlioğlu, Sorumluluk, 60.

¹²⁷ Bu sözleşme 14.12.1960 tarihinde 161 sayılı Kanun’la onaylanmıştır (RG 21.12.1960, 10686).

¹²⁸ Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, Bölüm VII, m.33/12 (29.8.1984 tarih, 84 /8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki olarak; 9.10.1984 tarih, 18540 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir). Söz konusu şartnamede de, *keşif bedeli veya tahmin edilen bedeli belirli bir miktarın* (10 milyon TL) *üstünde olan* ve genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idareler ve belediyelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca taahhüde bağladıkları *yapım ve hizmet işlerini* kapsamaktadır (m.1, m.2). Doktrinde, bazı ihale şartnamelerinde yer alan bu hükümlerin büyük ölçüde uygulanmadığının gözlendiği belirtilmektedir. Bu doğrultuda, Türk-İş’in 94 Sayılı Sözleşmenin uygulanması konusunda birçok girişiminin olduğu, ILO’ya bu konuda şikayette bulunduğu ve ILO’nun Uygulama Komitesi’nde konunun tartışıldığına dikkat çekilmektedir. Söz konusu girişimler sonucunda 1993 yılında Türk-İş ve hükümet arasında imzalanan bir protokolle, 1988 tarihli Bakanlar Kurulu kararının kapsamı genişletilmiş, kamu kesiminde yapılan işlerin 94 Sayılı Sözleşme kapsamına girebilmesi için belirlenmiş olan miktar azaltılmış ve sözleşmenin uygulanmasında sendikaların doğrudan taraf olduğu vurgulanmıştır (Ekin, 155).

¹²⁹ RG 1.11.1988, 19976. Bakanlar Kurulunun bu kararı ile, Bayındırlık İşleri Genel şartnamesinde öngörülen işçilerin çalışma şartlarına ilişkin asgari sınırlar, bütün kamu kuruluşlarını kapsayacak şekilde genişletilmiş ve yapım ve hizmet işlerinin yanı sıra dekapaj ve malzeme nakil işleri de kapsama dahil edilmiştir (Canbolat, 63).

¹³⁰ Bu sınır, “a)1988 yılı için Maliye ve Gümrük Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile en çok temsil yetkisini haiz işçi ve işveren kuruluşlarının görüşleri alınmak suretiyle Bayındırlık ve

ve ihalenin diğer tarafınca işçi istihdamı gerektiren sözleşmelere çalışma şartları ile ilgili bazı hükümler konulması zorunlu tutulmuştur. Görüldüğü gibi söz konusu zorunluluk, sadece “*kamu kuruluşlarınca yaptırılacak yapım, hizmet, dekapaj ve malzeme nakli işleri*” ile sınırlandırılmıştır. Oysa Türkiye’nin 94 sayılı ILO Sözleşmesinin kapsadığı işler bayındırlık işleri ile sınırlı olmayıp “her türlü malzeme, levazım ve teçhizatın imal ettirilmesi, montajı, işlenmesi ve nakledilmesi veya çeşitli hizmetlerin bizzat yerine getirilmesi veya temini” de kapsam içindedir¹³¹. Bu açıdan anılan Bakanlar Kurulu kararı, 94 sayılı ILO Sözleşmesinin kapsamını daraltmıştır¹³².

Öte yandan anılan kararın, sözleşmelere konulmasını zorunlu gördüğü hükümler arasında şu hüküm yer almaktadır: “*Müteahhit, çalıştırdığı işçilerin, işin dahil olduğu bir iş kolu veya meslekte aynı tipteki iş için toplu sözleşme veya mevzuatla kabul edilenlerden daha aşağı olmayacak şartlarda çalışmalarını ve ücret almalarını sağlar. Ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarının toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilmemiş olması halinde müteahhit, en yakın ve en uygun bir bölgedeki iş kolu veya meslekteki aynı tip bir iş için toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilenlerden veya müteahhidin bulunduğu iş kolu ve meslekteki benzer işverenlerin verdiği genel seviyeden daha az olmayacak şekilde ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarını temin eder*”(2/b)¹³³.

Görüldüğü gibi anılan hükümle, belirtilen işlerde çalıştırılan alt işveren işçilerinin, yaptıkları işin dahil olduğu işkolu veya meslekte aynı tipteki iş için toplu iş sözleşmesi veya mevzuatla kabul edilen ücret, yan ödeme ve diğer çalışma

İşkân Bakanlığı'nca tespit ve Resmî Gazete'de ilân edilecek parasal sınır b) Müteahhip yıllar için ise 1 Ocak'tan geçerli olmak üzere, mezkûr kuruluşların görüşleri yeniden alınmak suretiyle en geç Şubat ayı içinde her yıl Bayındırlık ve İşkân Bakanlığı'nca yayımlanacak karne katsayısı vasıtasıyla bu parasal sınırın söz konusu yıla dönüştürülmüş miktarı” dır (1/a,b).

¹³¹ Ekin, 155.

¹³² Ekin, 155.

¹³³ Sözleşmeye konması mecbur tutulan diğer hükümler şunlardır: “a) Yukarıda belirtilen işi yapmayı taahhüt eden taraf, işçilerin sağlık ve güvenliği, çalışma şartları ve ücretle ilgili mevzuat hükümlerine uyar....c) Kamu kuruluşlarının 1 nci maddeye göre tespit edilen parasal sınırın üzerindeki keşif bedelini haiz yapım ve hizmet işlerinde sağlık, güvenlik, ücret gibi işçilerin çalışma şartları ile ilgili hususları belirten afiş ve ilânlar, müteahhitlikçe işyeri ve eklentilerinde işçiler tarafından kolayca görülebilecek yerlerde, şantiye faaliyetinin fiilen başladığı tarihten itibaren 1 ay içinde ilân tahtalarına asılmak suretiyle duyurulur. d) Müteahhit, söz konusu kamu ihalesine ilişkin olarak varsa taşeronun, yetkili kamu kuruluşu da sözleşmenin devri halinde işi devralan müteahhidin, bu çalışma şartlarına uymasını sağlayacak gerekli tedbirleri alır”. Bu konuda ayrıca bkz. Reisoğlu, İhaleli İşler 10 vd.

şartlarından daha aşağı olmayacak şartlarda çalıştırılmaları zorunlu tutulmaktadır¹³⁴. İşçilerin bu haklardan yararlanabilmeleri için herhangi bir sendikaya üye olma veya dayanışma aidatı ödeme zorunlulukları bulunmamaktadır¹³⁵. Diğer yandan söz konusu zorunluluk, sadece keşif bedeli kararda belirlenen miktardan az olmayan ihale sözleşmeleri için geçerli olup bu miktarın altında kalanlar için uygulanmaz¹³⁶.

Anılan hükümdeki “*yaptıkları işin dahil olduğu işkolu*” ibaresi konusunda bir tereddüt bulunmaktadır. Buna göre söz konusu ibare ile “müteahhidin taahhüt ettiği işin görüldüğü işyerinin tabi olduğu işkolu” mu yoksa, “müteahhidin işçilerine gördürdüğü işin kapsamına giren işkolunun”mu kastedildiği açık değildir¹³⁷. Öte yandan doktrinde, müteahhidin asıl işyerindeki toplu iş sözleşmesinde kabul edilenden daha aşağı olmayan çalışma şartlarını sağlamakla yükümlü olması hükmünün, *dolaylı bir biçimde alt işveren işçilerinin de toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesini sağladığı* iddia edilmektedir¹³⁸. Diğer bir yazara göre de “bu hükümler çerçevesinde sonuç itibarıyla 94 Sayılı Sözleşmeye göre, kamudan iş alan (taşeronluk veya fason üretim) bir işverenin çalıştırdığı işçiler, sendika üyesi olsunlar veya olmasınlar, işkolunda yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden aynen yararlanabilmektedirler. Bu uygulama için, Bakanlar Kurulu’nun 2822 sayılı Yasa’nın 11. maddesi uyarınca bir teşvik kararı çıkartması veya işçilerin ilgili sendikaya dayanışma aidatı ödemesi de gerekmemektedir”¹³⁹.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ise verdiği bir kararda, 94 sayılı sözleşmenin uygulanabilmesi için onay işleminin yeterli olmadığı ve iç hukukta bu yönde bir

¹³⁴ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 60. Güzel, Taşeron Uygulaması, 9.

¹³⁵ Canbolat, 112. Canbolat’a göre iş sözleşmeleriyle işçilere söz konusu hakların daha azının tanınmış olması halinde, iş sözleşmesinin bu hükümleri geçersiz sayılacak ve onun yerini aynı işkolundaki, aynı tip iş için en iyi hakları tanıyan toplu iş sözleşmesi hükümleri alacaktır. Yine yazara göre, alt işverenler veya müteahhitler işçilerini böyle bir toplu iş sözleşmesi ile tanıyan çalışma şartlarından yararlandırırlarken, aynı işkolunda daha iyi çalışma şartları tanıyan başka bir toplu iş sözleşmesi imzalanırsa sonradan imzalanan toplu iş sözleşmesinin bir etkisinin olmaması gerekir. Ancak önceki sözleşmenin yürürlüğü sona erdikten sonra, aynı işkolundaki en iyi hakları tanıyan sözleşme yürürlük sonuna kadar geçerli olacaktır. Öte yandan yazar burada belirtilen esasların, toplu pazarlık düzeni ve 2822 Sayılı Kanun esaslarına aykırı olduğu gerekçesiyle sadece toplu iş sözleşmesinin olmadığı işyerlerinde geçerli olduğunu belirtmektedir (Canbolat, 112).

¹³⁶ Şahlanan, Kavram, 194-195. Aynı yazar, Alt İşveren, Mercek, 47 vd.

¹³⁷ Şahlanan, Kavram, 194-195. Aynı yazar, Alt İşveren, Mercek, 47 vd. Şahlanan’a göre her iki görüşü de savunmak mümkündür (Şahlanan, Kavram, 195).

¹³⁸ Şahlanan, Kavram, 195. Aynı yazar, Alt İşveren, Mercek, 47 vd.

¹³⁹ Ekin, 155. Aydemir’e göre de, söz konusu hükümler karşısında alt işveren işçileri taraf sendikaya üye olmadan veya dayanışma aidatı ödemediği asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Aksi uygulama durumunda ise söz konusu kamu kuruluşu bu hükme uyulması için gerekli tedbirleri alacak ve hatta ilgili işçilerin şikayeti üzerine müteahhidin istihkakından uygun bir kısmını alıkoyarak müteahhit adına işçilere ödeyecektir (Aydemir, 130-131).

düzenleme yapılmadığı gerekçeleriyle, alt işveren işçisinin asıl işveren kamu kuruluşunun taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı sonucuna varmıştır¹⁴⁰. Yargıtayın bu kararı doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre Yargıtayın kararına dayanak aldığı “doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan ILO sözleşmelerinin sadece onaylanmakla iç hukuku etkilemeyeceği görüşü”¹⁴¹ isabetli görülse de, bu gerekçe söz konusu olay açısından uygun değildir¹⁴². Çünkü 94 Sayılı ILO Sözleşmesi, (yukarıda anılan) Bakanlar Kurulu kararı ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ile iç hukuka dahil edilmiştir. Bu sebeple uyuşmazlık konusu olayda artık 94 sayılı ILO Sözleşmesinin değil, iç hukuk kuralı olarak anılan hükümlerin uygulanması gerekirdi¹⁴³.

V. İşe Alma ve Fesih Hakkı

Alt işveren işçilerini işe alma konusunda tek yetkili, yine alt işveren olmalıdır¹⁴⁴. Ayrıca, asıl işverenin alt işveren işçisinin iş sözleşmesini feshetme yetkisi de bulunmamaktadır¹⁴⁵. Buna göre, alt işveren işçisini işe alma ve -gerekli koşullar oluştuğunda- işten çıkarma hakkı yalnızca alt işverene aittir. Bu doğrultuda belirtilen yetkilerin asıl işverende olduğu ya da alt işverenin “asıl işveren tarafından istenen sayıda ve nitelikte elemanı en geç üç gün içinde bulmak zorunda olduğu” veya “asıl işveren tarafından işten çıkarılması istenen işçileri işten çıkarmakla yükümlü olduğu” gibi ifadeler içeren sözleşmeler, söz konusu ilişkinin alt işverenlik

¹⁴⁰ Söz konusu uyuşmazlıkta, kamu kuruluşundan iş alan bir taşeron işçisinin iş kazasına uğraması ve bu işçinin açtığı maddi, manevi tazminat talepli davada maddi zarar hesabında esas alınacak ücretin kamu kuruluşunun taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin esas alınıp alınmayacağı sorun oluşturmuştur. Yerel mahkeme –bilirkişi raporu doğrultusunda- söz konusu toplu iş sözleşmesinin uygulanması yönünde karar vermiştir. Yargıtay ise, devletin söz konusu sözleşmeyi onayladıktan sonra yaptığı yasal düzenlemelerde (2821 ve 2822 sayılı yasalar) söz konusu esasa yer vermediği, toplu iş sözleşmelerinin alt işveren işçilerine uygulanması yönünde bir düzenleme yapmadığı gerekçeleriyle söz konusu kararı bozmuştur. Nitekim yüksek mahkemeye göre “Sözleşmeden sonra yapılan Ulusal Hukukun açık düzenleme ve kuralları karşısında, artık, uluslararası bir sözleşme kuralına öncelik ve geçerlilik tanınması Anayasal sistemimize ters düşer ve kabul edilemez” (Y21HD, 18.10.1996, 2261/5790, YKD, Nisan 1997, 582-586. Kararı isabetsiz bulan değerlendirmesi için bkz. Güzel, Değerlendirme 1996, 187-188).

¹⁴¹ Bu konuda bkz. Süzek, 2008, 85-86. Güzel, ILO Normları, 23 vd.

¹⁴² Çelik, Hukuki Sorunlar, 167-168. Aynı görüş, Güzel, Değerlendirme 1996, 187-188.

¹⁴³ Güzel, Değerlendirme 1996, 188.

¹⁴⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Ulucan, Karar İncelemesi, 148.

¹⁴⁵ Günay, Alt İşveren, 33. Çankaya/Çil, 2009, 46. Ulucan, Karar İncelemesi, 148. Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Nitekim Günay’a göre asıl işverenin alt işveren işçisini işten çıkarma yetkisi varsa, söz konusu işçi asıl işverenin kendi işçisi kabul edilmelidir (Günay, Alt İşveren, 33). İşverenin fesih hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, Fesih Hakkı, 16 vd. Kaplan, Fesih Hakkı, 14 vd.

olmadığının kanıtı olarak görülmektedir¹⁴⁶. Gerçekten de asıl işverenin sadece, alt işverene iş akdinin haklı feshine imkan veren davranışları bildirmesi ve alt işverenden gereğinin yapılmasının istemesi mümkün olabilir¹⁴⁷.

1.İş Güvencesi Hükümleri

Alt işverenin işini yaptığı yerin *ayrı bir işyeri* sayılmasının bir sonucu olarak, yasada iş güvencesi kapsamına girmek için aranan en az altı aylık kıdem ve 30 işçi ölçütleri¹⁴⁸ açısından, -geçerli bir alt işveren ilişkisinde- alt işverenin işyeri sadece kendi içinde değerlendirilir¹⁴⁹. Diğer bir deyişle, bu tespit yapılırken asıl işverenin işyerinde çalışan işçi sayısı ve varsa alt işveren işçilerinin asıl işveren nezdinde çalışmaları dikkate alınmaz. Buna karşılık doktrinde bir görüşe göre, eğer alt işveren ilişkisi bir *işyeri bölümü devri yoluyla* gerçekleşmişse ve bu şekilde asıl işveren işçi/leri alt işveren nezdinde –hakları kısıtlanmaksızın- çalışmaya devam ettilerse 30 işçi sayısının hesabında asıl işveren işyeri dikkate alınmasa da 6 aylık kıdem ölçütünde asıl işveren nezdinde çalıştıkları süre de dikkate alınır¹⁵⁰.

Öte yandan iş güvencesi kapsamında olan bir (asıl) işveren (işyeri) açısından, kanundaki koşullara uygun ve muvazaalı olmayan bir alt işveren ilişkisi kurulması, devredilen işlerde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi konusunda “işletmenin, işyerinin, işin gereklerinden” kaynaklanan bir geçerli bir sebep niteliğindedir¹⁵¹.

¹⁴⁶ Y9HD, 8.7.2004, 17098/17431, ÇT, 2004/3, 161-162 (Anılan kararlar ilgili değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, Karar İncelemesi, İşe İade Davası) Bu olguların bulunduğu Yargıtay kararını inceleyen Ulucan, asıl işverenin “alt işverene nitelik ve sayı olarak işçileri diktetmeye hakkı bulunmadığını” vurgulamıştır (Ulucan, Karar İncelemesi, 148-149). Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, §1, IV, 1, b.

¹⁴⁷ Doktrinde Günay da, alt işveren ilişkisinin genellikle dayandığı sözleşme olan istisna sözleşmesinde, işin sonucunun garanti edilmesinden yola çıkarak söz konusu işte hangi nitelikte kaç işçi çalışacağı, alacağı ücretler, çalışma saatleri gibi hususlarda asıl işverenin yetkisi bulunmadığı sonucuna varmaktadır (Günay, Alt İşveren, 32-33).

¹⁴⁸ Doktrinde belirtildiği gibi, otuz işçi sayısı açısından, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte alt işverenin o işyeri veya aynı işkolunda kurulu diğer işyerlerindeki işçi sayısı dikkate alınır (Çankaya/Çil, 2009, 81).

¹⁴⁹ Çankaya/Çil, 2009, 53, 65. Şahlanan, Değerlendirme 2008, 140. Yargıtayın bu yönde kararı ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Y9HD, 24.9.2007, 13965/27703, Ekonomi, Değerlendirme 2007, 27. Buna karşılık alt işveren ilişkisi muvazaalı ise, otuz işçi sayısının tespitinde alt işveren (görünen) kişinin işçileri de dikkate alınır (Şahlanan, Değerlendirme 2008, 140).

¹⁵⁰ Çankaya/Çil, 2009, 65.

¹⁵¹ Süzek, 2008, 535. Engin, İşletme Gerekleri, 85 vd. Aynı yazar, Üçlü İş, 19. Alpagut, Aynı Seminer, Genel Görüşme, 62-63. Aynı yazar, Yeni Yapılanma, 20-21. Çankaya/Çil, 2009, 56. Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, 19. Çankaya/Günay/Göktaş, 111 vd. Süzek’e göre, salt işin bir bölümünün alt işverene devri geçerli fesih sebebi sayılmayıp “ekonomik güçlükler, teknolojik nedenler veya bir reorganizasyon tedbiri olarak işin bir bölümünün alt işverene devri sonucunda işçi fazlalığının ortaya çıkması halinde iş sözleşmelerinin feshi işletme gereğine uygun geçerli bir

Ancak bunun için “işçi fazlalığının” ortaya çıkması ve feshin son çare olması ilkesine de uyulmuş olması gerekir¹⁵². Örneğin işyerinin yemek işini kendine bağlı işçilerle yürüten bir işveren, bundan vazgeçip bu işi yasaya uygun bir şekilde alt işverene devrettiğinde, yemek işinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için geçerli sebepten söz edilebilir¹⁵³.

Bu doğrultuda asıl işin “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşuluna uygun olarak -muvazaa söz konusu olmaksızın- alt işverene verilmesi, bu bölümde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi için “geçerli neden” oluşturur¹⁵⁴. Yardımcı işler için belirtilen koşul aranmadığından –muvazaa olmadığı ve son çare ilkesine uyulduğu sürece- bu işlerin alt işverene verilmesi de geçerli fesih sebebidir¹⁵⁵.

Yargıtay kararlarında da çoğunlukla, (asıl) işverenin *yasaya uygun* alt işveren ilişkisi nedeniyle işçi çıkartması –feshin son çare olması ilkesine uyulması koşuluyla- bir nevi “yeniden yapılanma” olarak “*işyeri içi sebep*” olarak kabul

fesihidir”. Yazara göre böyle bir ayırım yapılmayıp salt işyerinin bir bölümünün alt işverene devrinin bir yeniden yapılanma tedbiri ve işletme gereği olarak görülmesi uygun görülmez. Bu sonuç ancak, alt işveren ilişkisinin İK 2/6’da öngörülen koşullara uygun olan ve İK 2/7’ye aykırı biçimde muvazaanın söz konusu olmadığı durumlarda kabul edilebilir (Süzek, 2008, 535).

¹⁵² Çankaya/Günay/Göktaş, 111.

¹⁵³ Şahlanan’a göre işverenin uygulayacağı yeniden yapılanma tedbiri, İK 2 anlamında gerçek bir alt işveren ilişkisini başlatmak şeklinde olabileceği gibi, İK 2’deki alt işveren tanımına girmeyen bir hizmet satın alma şeklinde de gerçekleşebilir (Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, 19).

¹⁵⁴ Engin, İşletme Gerekleri, 85 vd. Aynı yazar, Üçlü İş, 19. Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, 19. Alpagut, Aynı seminer, Genel Görüşme, 62-63. Kılıçoğlu/Şenocak, 73. Çankaya/Günay/Göktaş, 111 vd. Buna karşılık ilişkinin muvazaalı olduğu tespit edilmişse veya ilişki İK 2’de belirtilen unsurları taşııyorsa, İK 18 anlamında bir işletmesel gereğin varlığından da söz edilemez (Kılıçoğlu/Şenocak, 73, 77). Yargıtayın 1475 sayılı yasa döneminde verdiği bir karara göre “...işyerinin verimliliğini kaybetmesi ve kapasite daraltılması gibi ekonomik nedenlerle davacı ile birlikte 29 işçinin 11.06.1993 tarihinde iş akitlerinin feshedildiğini ve işyerinin bir bölümünün taşeronla verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, sendikal tazminat isteğinin reddine karar vermek gerekir. Zira; işten çıkarılan işçinin salt sendikal olması feshin sendikal nedene dayandığını göstermez. Esasen, davacı ve arkadaşlarının çok eski tarihten beri sendika üyesi olduğu da anlaşılmaktadır...” (Y9HD, 28.6.1994, 8277/10145, İşveren, S:11, Ağustos 1994, 15. Bu kararı isabetli bulan Ekonomi’ye göre, işverenin işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işleri alt işverene vermesi, akdi feshedilen işçiler yönünden sendikal sebebe dayalı işlem yapıldığı yönünde haklı bir dayanak teşkil etmez. “Meğer ki işveren, işyerindeki sendikal faaliyeti çökertmek için işçileri topluca işten çıkarmak ve yürütülen işi daha küçük gruplar halinde sendika üyesi olmayan işçi çalıştırmayı amaçlar şekilde bölerek alt işverenlere vermek yoluna gitmiş ve bu durum kanıtlanmış olsun” (Ekonomi, Değerlendirme 1994, 85). Buna karşılık aynı kararı değerlendiren Şen’e göre, “...ekonomik nedenle de olsa sendikal işçilerin işten çıkarılarak bu işçilerin çalıştığı bölümün taşeronla verilmesi, açıkça sendika özgürlüğüne aykırıdır ve söz konusu işçilere sendikal tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekirdi. Olayda işveren sendikal-sindikasız işçi ayrımı yapmıştır, işten çıkardığı işçilerin iş sözleşmelerini sendikal olduğu için sona erdirmiştir” (Şen, Taşeronluk, 146).

¹⁵⁵ Çankaya/Günay/Göktaş, 111. Y9HD, 5.5.2008, 15362/11408, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Çelik, Koşullar, 83-90. Y9HD, 14.10.2004, 22472/23187, Legal, 6, 771-774 (Son anılan kararı isabetli bulan değerlendirme için bkz. Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, 19).

edilmekte ve fesih geçerli sayılmaktadır¹⁵⁶. Diğer bir deyişle alt işveren uygulaması, bir “işletmesel karar” olarak kabul edilerek muvazaaya dayanmadığı ve yasaya uygun olduğu sürece geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmektedir. Ancak yüksek mahkeme geçerli alt işverenlik ilişkisinin işten çıkarılan işçinin işini etkilemiş olmasını¹⁵⁷ ve olayda “son çare ilkesinin de” gözetilmiş olmasını da özellikle aramaktadır¹⁵⁸. Öte yandan Yargıtay, eğer geçerli bir alt işveren ilişkisi söz konusu ise işe iadenin alt işverenin işyerine¹⁵⁹, muvazaalı bir alt işveren ilişkisi söz konusuysa gerçek işverenin (asıl işveren) işyerine gerçekleşmesi gerektiğine¹⁶⁰ hükmetmektedir.

Diğer yandan -geçerli bir alt işveren ilişkisinde- feshin geçersizliğinin tespiti üzerine, alt işveren işçisinin süresi içinde alt işverene işe başlamak üzere başvurması gerekmektedir¹⁶¹. Buna göre asıl işverene yapılan başvuru yasal başvuru yerine

¹⁵⁶ Örneğin Yargıtay bir kararında “...yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu tür işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, ... koşullar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından, iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır...” değerlendirmesi yapılmıştır (Y9HD, 5.5.2008, 15362/11408, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Çelik, Koşullar, 83-90). Bu yönde diğer kararlar için bkz. Y9HD, 15.9.2008, 35331/23492, Çankaya/Çil, 2009, 121-123. Y9HD, 26.6.2006, 16835/18809, ÇT, 2007/1, 12, 302-304. Y9HD, 24.9.2008, 30742-24595, ÇT, 2009/1, 20, 250-254. Y9HD, 8.5.2006, 10516/12278, Çankaya/Çil, 2009, 203-204. Y9HD, 20.3.2006, 3822/7014, Çankaya/Çil, 2009, 211-212. Y9HD, 13.2.2006, 37239/3456, Çankaya/Çil, 2009, 215. Y9HD, 18.1.2006, 36991/486, Çankaya/Çil, 2009, 220. Y9HD, 17.1.2006, 38734/38, Çankaya/Çil, 2009, 221. Y9HD, 1.10.2007, 14264/28749, ÇT, 16, 2008/1, 211-212. Y9HD, 11.12.2006, 30338/32729, Legal, 15, 1090, 1091.

¹⁵⁷ Nitekim yüksek mahkemenin incelediği bir olayda iş sözleşmesinin, *alt işverenlik uygulamasından bir yıl sonra feshedilmesi* olgusu üzerinde durulmuş ve alt işveren ilişkisinin (işten çıkarılan) işçinin iş sözleşmesini etkileyip etkilemediğinin belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (Y9HD, 5.5.2008, 15362/11408, karar ve söz konusu tespiti isabetli bulan yorum için bkz. Çelik, Koşullar, 83-90).

¹⁵⁸ Y9HD, 18.1.2006, 36991/486, Çankaya/Çil, 2009, 220. Y9HD, 12.12.2005, 35567/39236, Çankaya/Çil, 2009, 236-237. Y9HD, 17.1.2006, 38734/38, Çankaya/Çil, 2009, 221. Y9HD, 1.6.2005, 12985/20130, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 71. Y9HD, 1.10.2007, 14264/28749, ÇT, 16, 2008/1, 211-212.

¹⁵⁹ Y9HD, 6.2.2006, 17213/2266, Çankaya/Çil, 2009, 216-217. Y9HD, 19.12.2005, 36962/40027, Y9HD, 11.12.2006, 30338/32729, Legal, 15, 1090-1091.

Çankaya/Çil, 2009, 222. Y9HD, 3.5.2005, 3902/15430, Çankaya/Çil, 2009, 232-233. Y9HD, 2.5.2005, 3181/15110, Çankaya/Çil, 2009, 233. Y9HD, 23.12.2004, 16644/29133, Çankaya/Çil, 2009, 235. Y9HD, 15.9.2005, 23791/39229, Çankaya/Çil, 2009, 247-248. Y9HD, 4.7.2005, 18377/23621, Çankaya/Çil, 2009, 252. Y9HD, 23.12.2004, 16644/29133, Çankaya/Çil, 2009, 271. Y9HD, 15.3.2005, 4783/8577, Çankaya/Çil, 2009, 287.

¹⁶⁰ Y9HD, 6.3.2006, 867/5362, Çankaya/Çil, 2009, 214-215. Y9HD, 6.2.2006, 1073/2421, Çankaya/Çil, 2009, 217-218. Y9HD, 14.4.2005, 8465/13371, Çankaya/Çil, 2009, 234-235. Y9HD, 12.12.2005, 36137/39139, Çankaya/Çil, 2009, 237-238. Y9HD, 12.12.2005, 36006/39122, Çankaya/Çil, 2009, 239. Y9HD, 16.5.2005, 13690/16698, Çankaya/Çil, 2009, 253-254. Y9HD, 21.2.2005, 32616/5688, Çankaya/Çil, 2009, 260-261. Y9HD, 18.6.2007, 9573/19462, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 126-127. Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Çankaya/Çil, 2009, 262-263.

¹⁶¹ Çankaya/Çil, 2009, 57.

geçmez ve sonuç doğurmaz¹⁶². Nitekim alt işveren işyerine işe iade kararından sonra, işçiyi asıl işveren kendisine ait bir işte çalışmak üzere işe davet etse ve hatta işe almış olsa dahi, işe başlatmama tazminatından sorumluluk ortadan kalkmaz¹⁶³.

2.Haklı Nedenle Fesih

Alt işveren işçisine karşı haklı nedenle fesih hakkını kullanma yetkisi, -gerekli sebepler oluştuğunda- yine alt işverene aittir. Buna göre, asıl işverenin alt işveren işçisini haklı nedenle derhal işten çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri nedeniyle oluşan haklı fesih nedenlerinin kapsamına alt işveren işçisinin *asıl işverene veya onun işçisine karşı* ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışlarının girip girmediği hususu üzerinde durmak gerekir. Örneğin, alt işveren işçisinin asıl işverene veya asıl işverenin bir işçisine sataşması ya da asıl işverenin işçisine cinsel tacizde bulunması alt işverene haklı nedenle fesih hakkı verir mi? Yine örneğin, işçinin asıl işverenin işyerinde hırsızlık yapması, asıl işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi davranışlarda bulunması haklı nedenle fesih hakkı doğurur mu? Öte yandan acaba, alt işveren işçisinin “kendi isteği veya savsaması yüzünden” asıl işverenin işyerinde iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi, asıl işverenin işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması, alt işverene derhal fesih yetkisi verir mi?

Yargıtay, 1475 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararda şu önemli tespitte bulunmuştur: “*Asıl işveren 1475 sayılı Yasanın 1/son maddesi uyarınca alt işveren işçisine karşı sorumlu olduğuna göre, alt işveren işçisinin asıl işveren işçisine sataşması 1475 sayılı İş Kanununun 17/II maddesi kapsamında doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olarak kabul edilmelidir*”¹⁶⁴.

Gerçekten de 4857 sayılı Kanunun 25/2 hükmünde, hangi hallerin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışlar olduğu sayılmış, fakat aynı zamanda “benzeri haller” den de söz edilerek bu konuda bir sınırlamaya gidilmemiştir¹⁶⁵.

¹⁶² Çankaya/Çil, 2009, 57.

¹⁶³ Çankaya/Çil, 2009, 57-58.

¹⁶⁴ Y9HD, 12.4.2004, 19250/8265, Çankaya/Çil, 2009, 285.

¹⁶⁵ Süzek, 2008, 635.

Bunun bir sonucu olarak doktrinde, İK 25/II’de sayılan hallere *benzer* işçi davranışlarının da işverene haklı nedenle fesih yetkisini verdiği kabul edilmektedir¹⁶⁶. Bu sebeple kanımıza göre alt işveren işçisinin asıl işverene veya onun bir işçisine sataşması, cinsel tacizde bulunması, asıl işverenin işyerinde hırsızlık yapması, asıl işverenin meslek sırlarını ortaya atması, mallarına belirli bir oranın üzerinde kasıtlı veya ihmali olarak zarar vermesi¹⁶⁷ gibi davranışları bu kapsamda kabul edilmelidir. Nitekim bu tür davranışların da ilişkiye devamı çekilmez hale getirdiğinden ve iş ilişkisinde bulunması gereken güven temelini çökerttiğinden söz edilebilecektir¹⁶⁸.

Diğer taraftan, alt işveren işçisinin haklı nedenle derhal fesih yetkisi bakımından benzer durum söz konusudur. Buna göre asıl işverenin alt işveren işçisinin veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması, sataşması yahut gözdağı vermesi gibi davranışlar alt işveren işçisine haklı nedenle derhal fesih yetkisi verebilir (İK 24/II, b,c). Asıl işverenin veya asıl işverenin bir işçisinin, alt işveren işçisine cinsel tacizde bulunması durumunda ise, bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa yine derhal fesih yetkisinin doğduğundan söz edilebilecektir (İK 24/II/d).

VI. Alt İşverenin İşyerini Bildirimi

4857 sayılı İş Kanunu’nun 3/2 maddesinde ise, “*Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için*” bölge müdürlüğüne bir ay içinde bildirim yapmakla yükümlüdür”¹⁶⁹ hükmü bulunmaktaydı. 5763 sayılı Kanunun¹⁷⁰ 1.maddesi ile söz konusu hüküm değiştirilmiş ve “*Bu Kanunun 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*” şeklini almıştır. Görüldüğü gibi

¹⁶⁶ Süzek, 2008, 635.

¹⁶⁷ Nitekim doktrinde bir görüşe göre, alt işveren işçisi asıl işverene ait işyerinde bir zarar verirse, asıl işveren alt işverenden zarar karşılığı işçinin ücretlerinden kesinti yapılmasını isteyebilir (Çankaya/Çil, 2009, 46).

¹⁶⁸ Haklı nedenle fesih hakkının hukuki dayanağı konusunda bkz. Süzek, 2008, 632.

¹⁶⁹ Ayan, 504. Şahlanan, Yeni İş Kanunu, 34.

¹⁷⁰ RG 26.5.2008, 26887.

alt işverenin asıl işverenden aldığı¹⁷¹ yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirim yapma yükümlülüğü devam etmektedir. Ayrıca 5763 sayılı kanunla ayrıca bildirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen alt işveren açısından uygulanan cezalar önemli miktarda artırılmıştır¹⁷² (5763 s.k. m.8).

İş Kanununun 10/2 hükmü gereği, işyerini bildirim yükümlülüğünün düzenlendiği İK 3 hükmü sadece sürekli işlerde uygulanır. Oysa ilk bölümde de değinildiği üzere alt işverenlik –daha sınırlı olsa da- süreksiz işlerde de gerçekleştirilebilir. Bu doğrultuda İK 3 hükmünün, İK 2/6 hükmüne göre daha dar bir alanı kapsamaması doktrinde eleştirilmektedir¹⁷³.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 5. maddesinde alt işverenin işyerini bildirme yükümlüne ilişkin esaslar tekrarlanmıştır. Anılan hükme göre, “*Alt işveren, kendi işyeri için Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. (2)Alt işveren, işyerinin tescili için şekli Bakanlıkça belirlenen işyeri bildirgesi ile birlikte 6 ncı maddede belirtilen belgeleri bölge müdürlüğüne verir. (3)Bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir*”.

Öte yandan 2009 yılında 5838 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”¹⁷⁴ ile söz konusu bildirimin *Sosyal Güvenlik Kurumu*’na yapılması yeterli kabul edilmiştir. Gerçekten de anılan kanunun 5. maddesi uyarınca, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa “Kuruma Yapılan Bazı Bildirimlerin Yeterli Sayılması” başlıklı bir ek madde eklenmiştir. Bu ek maddeye

¹⁷¹ Doktrinde “asıl işverenden aldığı sözleşme ile başvurma” ifadesi kanun yapma tekniğine aykırı ve özensiz bulunmuştur. Zira söz konusu ifade, asıl işverenin sözleşme altındaki imzasının yeterli olmayıp ayrıca kendisinden alındığına dair bir ifadenin de sözleşmeye eklenmesinin gerekip gerekmediği konusunda tereddüt yaratmaktadır (Engin, Sorumluluk, 16).

¹⁷² Çankaya/Çil, 2009, 38. Gerek, Son Değişiklikler, 12. “*Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası, 85 inci madde kapsamındaki işyerlerinde ise çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası, 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanır*” (İK m.98).

¹⁷³ Akyiğit, Alt İşverenlik, 4. Gerçekten de Akyiğit’e göre yasanın bu tercihi isabetli olmamıştır. Ayrıca yine yazara göre, Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin İK 3 hükmüne dayanılarak çıkarılması Yönetmelikteki hükümlerin de süreksiz işlere uygulanmaması sonucunu doğuracaktır. Akyiğit’e göre bu durum Yönetmeliğin diğer bir isabetsiz yanını oluşturmaktadır. Zira gerek İK 3’te gerek buna bağlı olarak getirilen düzenlemelerin aslında İK 3’te değil, İK 2’de ve uygun bir içerikte yapılması gerekirdi (Akyiğit, Alt İşverenlik, 15).

¹⁷⁴ RG 28.02. 2009, 27155 (Mükerrer).

göre, “İşverenler tarafından 8, 9 ve 11. maddelere göre Kuruma yapılan sigortalı ve işyerlerine ilişkin bildirimler; 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesi, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 62 nci maddesi, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesi ve 4857 sayılı İş Kanununun 3 üncü maddesi hükümleri uyarınca Bakanlık ile ilgili bölge müdürlüklerine ve Türkiye İş Kurumuna yapılması gereken bildirimlerin yerine geçer”. Bu madde uyarınca çıkarılan Yönetmelikte¹⁷⁵ ise, Kuruma yapılan bildirimlerle tescil işlemlerine esas belge ve eklerinin birer suretinin Kurum tarafından 15 gün içinde Bakanlık, Bölge Müdürlükleri ve İŞKUR’a gönderileceği düzenlenmiştir (m.8). Söz konusu hükümle sadece bildirimin yapılacağı kurum değiştirilmiş olup bu bildirimin bölge müdürlüğüne bildirilmesinden sonra yapılacak idari işlemlere ilişkin olarak 5763 sayılı Kanun hükümleri ve Alt İşverenlik Yönetmeliği hükümleri uygulanmaya devam edilecektir¹⁷⁶.

VII. Alt İşveren İşçilerinin Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışmaları

4857 sayılı İş Kanununun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesi tanımlanmıştır¹⁷⁷. Buna göre, “Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir”. Bu maddede belirli süreli iş sözleşmesi yapılması objektif koşulların varlığına bağlanmıştır¹⁷⁸. Bu objektif koşullar, belirli süreli işler veya belli bir işin tamamlanması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması yahut bu durumlara benzer

¹⁷⁵ Sosyal Güvenlik Kurumuna Yapılan Sigortalı ve İşyeri Bildirimlerinin Bazı Kurumlara Yapılması Gereken Bildirimler Yerine Geçmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 21.7.2009, 27295.

¹⁷⁶ Çelik, Alt İşveren İlişkisi, 11. Aynı yazar, 2010, 46-47. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliği değişiklik taslağında, 5. maddenin ilk iki fıkrası değiştirilerek alt işverenin kendi işyeri için yapacağı bildirimin Bakanlık Bölge Müdürlüğü yerine, 5838 sayılı Kanunla 5510 sayılı Kanuna eklenen ek birinci maddesine uygun şekilde yapılması gerektiği düzenlenmektedir (Kızıloğlu, 100).

¹⁷⁷ Bu düzenleme, Avrupa Birliğinin 99/70 sayılı yönergesi doğrultusunda yapılmıştır (Süzek, 222. Başterzi, Belirli Süreli Sözleşme, 126 vd). Avrupa Birliği hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta belirli süreli iş sözleşmesi yapma serbestisi ve sınırları hakkında bkz. Mollamahmutoğlu, 323 vd. Alpagut, Belirli Süreli, 73 vd.

¹⁷⁸ Doktrinde belirli süreli sözleşmenin ilk defa yapılmasında “objektif koşul”un aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Süzek, 224, dn. 40 de belirtilen yazarlar. Şen, Yeni İş Yasasında, 93 vd.

haller olarak sıralanmıştır¹⁷⁹. Belirli süreli sözleşmenin bir özelliği olarak, işin veya sürenin bitmesi ile ayrıca bir fesih ihbarına ihtiyaç olmaksızın sözleşme *kendiliğinden* sona erer. Kendiliğinden sona ermenin bir sonucu olarak da, işçi feshe bağlanan bazı haklarını elde edemez. Öte yandan yine İş Kanununa göre, “*Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri belirli süreli olma özelliğini korurlar*” (11/2,3).

Alt işveren ilişkisinde tartışmalı noktalardan biri, alt işverenle asıl işveren arasındaki ilişkinin belirli bir süreye dayanmasının¹⁸⁰ (örneğin ihale süresinin belirli olması) alt işveren işçisi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için “objektif koşul” oluşturup oluşturmadığıdır. Yani söz konusu *işin niteliği belirsiz süreli olsa bile* “sırf asıl işveren-alt işveren arasındaki sözleşmenin belirli süreli olması” örneğin işin belirli süreli ihale ile alınması belirli süreli sözleşme yapmak için yeterli bir objektif neden midir? Yine acaba, alt işverenin bu işte (mevcut ilişki bitmeden, biterken veya çok kısa bir süre sonra) yeniden belirli süreyle alt işverenlik kurması durumunda işçileriyle *geçerli olarak* zincirleme belirli süreli iş sözleşmesi kurması mümkün müdür?¹⁸¹

Bir görüşe göre, alt işveren ilişkisinin belirli bir süreye dayanması alt işverenin işçileriyle geçerli olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmeleri için *objektif neden* oluşturur¹⁸². Zira belirli süreli sözleşme yapmayı yasal kılan objektif nedenlerden birisi, “işin bitimi” olgusudur. Buna göre alt işveren ilişkisinin belirli süreli olarak kurulduğu durumlarda, bu süre bittiğinde alt işverenin de işi son bulacağından, alt işverenin alt işverenlik süresinin bitimine kadar belirli süreli iş sözleşmesiyle işçi çalıştırması geçerli görülmelidir. Bu durumda alt işverenlik ilişkisi sona erdiğinde, kendileriyle belirli süreli sözleşme yapılmış işçilerin sözleşmeleri de

¹⁷⁹ Süzek, 222.

¹⁸⁰ Alt işveren ilişkisinin belirsiz süreli kurulması mümkün olup bunu engelleyen bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte belirsiz süreli bir alt işveren ilişkisi çerçevesinde çalıştırılan işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif koşulların mevcut olduğundan söz edilemeyecektir (Göktaş, 101- 102).

¹⁸¹ Akyiğit, Şerh, C.1, 107. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 28.

¹⁸² Akyiğit, Şerh, C.1, 107. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 28. Çankaya/Çil, 2009, 48, 81-82. Göktaş, 102.

kendiliğinden sona erer¹⁸³. Benzer şekilde diğer bir yazara göre¹⁸⁴, işin gereği işin belirli süreli olması söz konusuysa, örneğin bir müteahhit 2 yıl süreyle aldığı bir inşaatta, bu 2 yıllık süre için belirli süreli iş sözleşmesiyle bir kontrol mühendisi çalıştırabilir. Yine bu müteahhit bir muvazaa söz konusu olmadıkça başka bir yerde aldığı iş için, (ihale için) bir kontrol mühendisiyle geçerli olarak yeni bir belirli süreli sözleşme yapılabilir. Burada objektif neden işin gereğinden doğmaktadır. Bu görüşteki diğer bir yazara göre de bir sonraki sözleşme döneminin devam edip etmeyeceğinin belli olmadığı veya yeni bir sözleşmenin asıl işverenin iradesine tabi olduğu bir durumda alt işverenin işçileriyle belirli süreli sözleşme yapması için objektif koşul gerçekleşmiştir¹⁸⁵. Buna göre alt işverenin üstlendiği işin asıl işverenin işyeri bakımından süreklilik arz etmesi belirli süreli iş sözleşmesi yapmaya bir engel olmamalıdır. Zira sözleşmenin belirli süreli olmasını sağlayan koşulun objektif olup olmadığı, asıl işverene ve onun işine göre değil alt işverenin durumuna göre belirlenmelidir¹⁸⁶. Öte yandan yine bu görüşe göre, alt işverenin asıl işverenle yaptığı birbirini takip eden sözleşmeler, zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli olma özelliklerini koruması için esaslı neden oluşturur¹⁸⁷. Görüldüğü gibi bu görüşe göre ihale ile iş almak veya alt işveren ilişkisinin belirli süreye dayanması, belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için objektif bir neden olarak kabul edilmekte, ayrıca işin niteliği üzerinde durulmamaktadır.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, işin ihale ile alınması belirli süreli sözleşme yapmak için başlı başına bir objektif neden oluşturmaz. Gerçekten de bu görüşteki bir yazara göre, *“sırf ihale ile iş alınmış olması kural olarak işçilerle belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulması için objektif neden oluşturmaz. Çünkü önemli olan, ihale sonucunda yapılan istisna akdinin belirli süreli olması başka bir deyişle işverenin işi hangi tip sözleşmeyle ve süreyle aldığı değil, yapılan işin*

¹⁸³ Yazar burada asıl sorunun, yeniden belirli süreyle ihale alınmasının, o işçilerle yeniden belirli süreli sözleşme yapmayı haklı gösteren bir olgu olup olmadığı noktasında olduğunu belirtmektedir (Akyiğit, Şerh, C.1, 107. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 28).

¹⁸⁴ Şahlanan, Konferans Notları, 116.

¹⁸⁵ Göktaş, 102.

¹⁸⁶ Yazar, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif koşul bulunmasına rağmen taraflar belirsiz süreli sözleşme yapabileceklerinden sözleşmenin belirli süreli olduğu kararlaştırılmamışsa belirsiz süreli sayılmalıdır (Göktaş, 102).

¹⁸⁷ Göktaş, 102. Çankaya/Çil, 2009, 81-82. Yazara göre kıdem tazminatı fonuna ilişkin düzenleme yapıldığında, alt işveren ilişkisine bağlı olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin, işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasını engelleyici sonucu ortadan kalkacaktır (Göktaş, 102).

niteliğidir. Aksi takdirde hemen hemen tüm ihale ile alınan işlerde işçilerle belirli süreli sözleşme yapılması mümkün hale gelecektir ki, bunun İK 11'in amacıyla bağdaştırılması olanaksızdır. Ancak bu durum, ihale ile alınan işlerde hiçbir şekilde belirli süreli iş akdi yapılamayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. İhale sürecinde İş Kanununun 11. maddesinde yer alan... objektif koşulların ortaya çıkması halinde bu işlerde de belirli süreli iş akdi yapılabilir”¹⁸⁸. Örneğin bir restoranın işletilmesi işinde olduğu gibi, süresi belirli olmayan bir işte asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşmenin belirli olması alt işverenin işçilerini bağlayan bir durum değildir. Ancak bir asansörün yapılması ve tamamlanması işinde alt işverenin işçileriyle belirli süreli iş sözleşmesi yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁸⁹. Bu görüşteki diğer bir yazara göre de, burada alt işveren işçilerinin çalıştırıldığı işin belirli süreli olması değil sadece alt işverenin bu işi belirli bir süre ile üstlenmesi söz konusudur. Bu süre sonunda aynı işi ya bir başka alt işveren ya da asıl işverenin kendisi yürütmeye devam edecektir¹⁹⁰. Öte yandan alt işverenin işçileriyle belirli süreli sözleşme yapabileceklerinin kabulü, 4857 sayılı İş Kanununun amaçladığının tersine bu işçileri kıdem tazminatı, iş güvencesi ve dolayısıyla sendikalaşma ve toplu sözleşme haklarından yoksun bırakacaktır¹⁹¹.

Yargıtay verdiği bir kararda, ihale ile alınan işin niteliği üzerinde değil, alınan işin süresi ve ihale süresiyle sınırlı bir iş alınıp alınmadığı üzerinde durmuştur. Yüksek mahkeme bu kararında şu tespitlerde bulunmuştur: “Davacının konumu ve ifa edilen işin niteliği dikkate alındığında taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif neden mevcut değilse de, adı geçen hastaneden alınan işin süresi dosya içeriğinden belirlenebilmiş değildir. Gerçekten ihale yoluyla iş alan davalı şirketin davacı işçi ile bu ihale süresince sözleşme yapip yapmadığı belirlenmeli buna göre belirli süreli sözleşme olup olmadığı

¹⁸⁸ Süzek, 226. Aynı yazar, Alt İşveren, 80. Aynı yönde bkz. Alp, Değerlendirme 2006, 148. Yazara göre alt işverenin yaptığı işin niteliği belirli süreli değilse, sırf asıl işverenle belirli süreli sözleşme yaptığı gerekçesiyle kendi işçileriyle arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapamaz (Süzek, Alt İşveren, 80). Aynı yönde bkz. Şen, Yeni İş Yasasında, 95 vd.

¹⁸⁹ Süzek, Alt İşveren, 80.

¹⁹⁰ Şen, Yeni İş Yasasında, 95-96. Yazara göre bu durumda işyeri el değiştirmiş olacaktır (Şen, Yeni İş Yasasında, 95-96). Bu konuda bkz. Aşa, § 4 ve § 5.

¹⁹¹ Bununla birlikte yazar belirli bir nitelik gerektiren işveren vekilliği, müdürlük, genel müdürlük gibi işlerde sözleşme özgürlüğü gereği belirli süreli sözleşme yapılabileceğini belirtmektedir (Şen, Yeni İş Yasasında, 95). Ancak doktrinde de kabul edildiği gibi, belirli süreli sözleşme yapılabilmesini mümkün kılan ölçüt işçinin niteliği değil, işin niteliğidir (Süzek, 227 ve dn.54'te belirtilen yazarlar).

değerlendirilmelidir”¹⁹². Kararda, ifa edilen belirli süreli iş sözleşmesi olgusu değerlendirilirken işin niteliği üzerinde değil, alınan işin süresi ve ihale süresiyle sınırlı bir iş alınıp alınmadığı üzerinde durulması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir¹⁹³. Buna göre işverenin faaliyet konusu sürekli olarak ihale ile iş alıp yapmak ise ve o nitelikte işlerde sürekli olarak ihtiyaç olacaksa veya süre sonunda işveren tekrar ihaleye girip aynı işi sürdürecekse, belirli süreli iş sözleşmeyi yapmayı haklı kılan bir objektif nedenin bulunduğundan söz edilemez¹⁹⁴. Aksi takdirde bir işverenin aldığı ihale süresi ile sınırlı olarak işçiyi çalıştırmak, yeni bir ihale alamazsa sözleşmeyi yenilememek şeklinde işletme riskini işçiye yüklemesi bir objektif sebep oluşturmaz. Aynı kararı değerlendiren diğer bir yazara göre de, “Bir işletmenin işçileri ile yaptığı iş sözleşmelerinin belirli süreli olmasının belirlenmesinde işverenin işi hangi tip sözleşmeyle aldığı değil, yapılan işin niteliği belirleyici olmalıdır. 4857 sayılı Kanunun 11. maddesi çerçevesinde taraflarca sözleşmenin ne zaman sona ereceğinin öngörülebilir olması bir sözleşmenin belirli süreli sayılması için yeterli değildir. Aynı zamanda objektif bir nedenin de bulunması gerekir. Güvenlik hizmeti sunan bir işletmenin farklı işletmelerle yaptığı sözleşmelerin tamamı belirli süreli sözleşmeler biçimindedir. Bu durum işletmenin çalışma biçiminden kaynaklanır...sırf işin ihale ile alınması o işte çalıştırılan işçilerle yapılacak sözleşmelerin belirli süreli olması gerektiği sonucunu doğurmaz. Ancak bu durum, ihale ile alınan işlerde hiçbir biçimde belirli süreli sözleşme yapılamayacağı biçiminde yorumlanmamalıdır. İşin teslim tarihine yetişmemesi veya alınan işin normal iş hacmini aşan istisnai niteliği gibi objektif nedenlerin bulunması halinde işçi ile işveren arasında belirli süreli sözleşme yapılması için gerekli objektif nedenlerin bulunduğu kabul edilebilir”¹⁹⁵.

¹⁹² Y9HD, 20.11.2006, 22123/30722, ÇT, 2007/2, 13, 279-280. Karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Alp, Değerlendirme 2006, 148. Yargıtayın incelediği diğer bir olayda işçi, temizlik işinde değişen alt işverenler nezdinde 11 aylık belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılmıştır. Yerel mahkemece akdin 11 aylık belirli süreli olduğu ve kendiliğinden sona erdiğini belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir. Yüksek mahkeme ise, alt işverenler arasında işyeri devrinin söz konusu olup olmadığı, işin devamlılık arz edip etmediği belirlenmeden (son) alt işverenle yapılan sözleşmenin belirli süreli olduğu tespiti yapılarak sonuca gidilmesini bozma nedeni olarak kabul etmiştir (Y9HD, 19.3.2007, 22157/7253, Çankaya/Çil, 2009, 82; www.kazanci.com.tr).

¹⁹³ Alp, Değerlendirme 2006, 148.

¹⁹⁴ Alp, Değerlendirme 2006, 148.

¹⁹⁵ Yenisey, Değerlendirme 2006, 44. Yenisey, işçinin çalıştığı işletmenin ihale yoluyla iş almasının “işletmenin iştiğal alanının özelliğinden” kaynaklandığını, ihale yönteminin “piyasada herkese değil, belirli bir müşteri çevresine, özellikle tüketiciye değil de diğer ticari veya kamu işletmelerine hizmet

Kanımıza göre de sadece “ihale ile iş almak” olgusu veya “alt işverenliğin belirli bir süreye dayanması” belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için yeterli bir “objektif neden” olarak kabul edilemez. Burada işin nasıl veya ne kadar süre için alındığından ziyade, alınan işin niteliği üzerinde durulmalıdır. Örneğin sürekli olarak belediyenin çöp ihalelerine giren bir çöp toplama şirketinde çalışan işçiler için, belirli süreli sözleşme yapmayı gerektiren bir objektif neden bulunmamaktadır. Söz konusu şirketin bir dönem ihaleyi kazanamaması sözleşmeyi kendiliğinden sona erdiren bir objektif sebep değil, koşulları varsa ancak geçerli bir fesih nedeni olarak görülebilir.

Buna karşılık önemle vurgulamak gerekir ki bize göre, İK 11’de öngörülen objektif koşulların bulunması durumunda ihale ile alınan işlerde de, geçerli olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Örneğin, iki ay sürecek bir spor organizasyonunu gerçekleştirmek üzere bir ihale alan ve bu işte çalıştırılmak üzere işçi istihdam eden işverenin, bu işçilerle belirli süreli iş sözleşmesi yapması mümkündür.

§ 2. Alt İşveren İlişkisinin Toplu İş Hukuku Açısından Hüküm ve Sonuçları

I.Genel Olarak

Alt işverenlik ilişkisinin toplu iş hukuku açısından çok önemli sonuçları bulunmaktadır. Öyle ki alt işveren ilişkisinin toplu iş hukukunda -bireysel iş hukukuna göre- daha fazla sorun doğurduğu da iddia edilmektedir¹⁹⁶. Bu konuyla ilgili tartışmalar, aslında başka bir temel problem olan alt işverenin işçilerini çalıştırarak iş gördüğü yerin, hukuken asıl işverenin işyerinden ayrı bir işyeri sayılıp sayılmadığı konusuna göre şekillenmektedir. Nitekim bu konuda yapılacak tespite göre, alt işveren ilişkisinin toplu iş hukukunda doğurduğu sonuçlar farklılaşmaktadır¹⁹⁷. Bu konudaki görüşleri iki başlık altında toplamak mümkündür:

sunan işletmelerin iş alma yöntemlerinden biri” olduğuna dikkat çekmektedir. Yazar, özellikle kamu kurumlarının mal ve hizmet alımlarında bu yönteme başvurduğunu ancak özel kesim işverenlerinin de alt işverene iş verdiğinde aradaki sözleşmenin çoğunlukla “*belirli süreli eser sözleşmesi*” niteliği taşıdığını belirtmektedir (Yenisey, Değerlendirme 2006, 44).

¹⁹⁶ Şahlanan, Kavram, 195.

¹⁹⁷ Başbuğ’a göre bu tartışmada doktrinin soruna yaklaşım yöntemi uygun değildir. Zira alt işverenin iş yaptığı yerin ayrı bir işyeri sayılması da sayılmaması da farklı sorunları beraberinde getirmektedir. Bu sebeple soruna farklı bir açıdan yaklaşmak gerekmektedir. Buna göre borçlar hukukunun genel ilkelerinden hareketle alt işveren işçisinin statüsü ve işyerindeki hukuki konumu belirlenmelidir. Bu doğrultuda alt işveren işçisi ile asıl işveren arasında hukuki bir bağın bulunmadığını iddia etmek mümkün değildir. Bu hukuki bağ, edimden bağımsız borç ilişkisidir (Başbuğ, Alt İşveren, 64-65).

1.Bütün/Tek İşyeri Görüşü

Bir görüşe göre, alt işverenin işçilerini çalıştırdığı birimin ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değil, asıl işyeriyle bütün/tek işyeri olarak kabul edilmesi gerekir¹⁹⁸. Bu görüşe göre, alt işverenin işini yaptığı yer açısından, işyerine bağlı yer olmanın unsurlarından biri olan “aynı yönetim altında (yönetimde birlik) örgütlenmiş olma” koşulu gerçekleşmese de “amaçta birlik (nitelik yönünden bağlılık) koşulu” sağlanmaktadır¹⁹⁹. Diğer bir deyişle, “alt işverenin aldığı iş, kendi yönünden bağımsız bir sonuç elde etmeye yöneltilmiş bir iş değildir. İşin bir parçasıdır ve yapılan iş asıl işverene aittir. Alt işverenin kendi nam ve hesabına çalışması, kar ve zararın kendisine ait olması, asıl işverene yapacağı işle sınırlıdır. Onun dışına çıkamaz, yaptığı işi başkasına veremez, satamaz, onu asıl işverene teslim etmek zorundadır. İşçileri üretime yönelik işin bütünlüğü içinde işin akışına tabi olmak zorundadır. Bu niteliği itibariyle alt işverenin buradaki faaliyeti sanki kapalı devre bir çalışma sistemi arz eder. İşçileri üretime yönelik işin bütünlüğü içinde işin akışına tabi olmak zorundadır. Asıl işverenin işyerinin düzen ve disipliniyle ilgili talimatlarına, varsa iç yönetmelik hükümlerine uymak, işçilerinin de bu uyumunu sağlamak, ayrıca kendi işçileri yönünden işçi sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerinin gerektirdiği hususları yapmak ve şartları sağlamakla yükümlüdür. Asıl işveren de işyerinin tümü itibariyle aynı tedbirleri almak ve gerekli olanları yapmak zorundadır. Bu hususlarda ekonomik yönden zayıf olan alt işverenin yanında ve birlikte olmak konumundadır. İşçilerin emeğinden birlikte yararlanma birlikte sorumluluğu da beraberinde getirmelidir... Alt işverenin işçileri, işyerinin işçileridir. Asıl işveren tüm işyerinin işverenidir. O halde asıl işveren aynı zamanda alt işverenin işçilerinin de işverenidir. Ortada tek bir işyeri vardır. Buna rağmen yasada biri “asıl işveren”, öteki “diğer işveren” olmak üzere iki işverenden söz edilmektedir. Buna göre de alt işverenin işçileri yönünden iki işverenin varlığı söz konusu olmaktadır. Yine yasaca, alt işverenin işçilerine karşı sorumlulukta asıl işveren alt işverenle eşit tutulmuştur. Sorumlulukta eşitlik kavramlarda da eşitliğe götürür. Öyleyse, alt

¹⁹⁸ Mollamahmutoğlu, 183. Aktay, Alt İşveren Kurumu, 19-21. Centel, İşkolu Tespitleri, 9 vd. Özveri, 399. Kutal, 217 vd. Taşkent, Değerlendirme 1987, 204. Şen, Alt İşverenlik, 94-95. Ayrıca bkz. Oğuzman, 10-11.

¹⁹⁹ Şen, Alt İşverenlik, 95. Aynı yazar, Taşeronluk, 119. Aynı yazar, Yeni İş Yasasında, 96, 97. Yani “alt işveren bağımsız bir yönetime sahiptir ancak amaç (teknik) olarak işyeriyle bir bütünlük oluşturmaktadır, asıl işyerinden ayrı bir amacı yoktur” (Şen, Alt İşverenlik, 94). Aynı yönde Aktay, Alt İşveren Kurumu, 20.

işverenin işçilerine karşı asıl işveren de işveren durumundadır”²⁰⁰. Bu görüşe göre, bir kişinin bir işverenden bir iş alması ve gerçek anlamda asıl- alt işveren ilişkisinin ortaya çıkması durumunda hukuken asıl işverene ait olan işyeri, bütünlüğünü ve tekliğini muhafaza eder²⁰¹.

Doktrinde diğer bir yazar da, alt işverene bırakılan bölümün veya eklentinin ayrı bir işyeri olarak değerlendirilmesini eleştirerek, 4857 sayılı İş Kanununun işyeri tanımı karşısında bu durumun artık mümkün olmadığını savunmaktadır²⁰². Nitekim bu yazara göre, asıl işverene ait işyerinin bir kısmının bağımsız bir işyeri olduğu kabul edildiği takdirde, alt işverenin işçilerinden asıl işverenin neden sorumlu tutulduğu açıklanamaz²⁰³. İşyerinin bir bölümünün bir başka işverene bırakılması halinde o bölümün bağımsız bir işyeri olarak nitelendirilebilmesi ancak devir ile mümkün olur ki bu durumda da asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olmaz²⁰⁴.

Öğretide diğer bir yazar, alt işverenin asıl işverenin işyerinde çalıştığı birimin kendisi açısından ayrı bir işyeri sayıldığı görüşüne karşı çıkmaktadır²⁰⁵. Nitekim yazara göre, asıl işveren ve alt işveren aynı coğrafi alanda faaliyet göstermelerine rağmen işyerleri birbirinden farklıdır ve bunların aynı coğrafi alandaki işyerine aynı anda sahip olmaları hukuken mümkün değildir. Buna göre, asıl işverenin işyeri öncelikle kendisinin ve alt işverenin işçilerinin işlerini yaptıkları coğrafi alandır. Buna karşılık, aynı coğrafi alan aynı zamanda alt işverenin işyeri olarak kabul edilemez. Bu durum, yardımcı işlerde iş alan alt işveren için olduğu kadar, asıl işin bir bölümünde faaliyet gösteren alt işveren açısından da geçerlidir²⁰⁶. Aynı görüşe göre, aynı yerin aynı anda birden fazla işverenin işyeri sayılması, ‘işyerinin bütünlüğü ilkesi’ne ters düşmektedir. Nitekim 4847 sayılı İş Kanununda işyerinin,

²⁰⁰ Çubukçu, Diğer İşveren, 69- 70. Doktrinde Göktaş, alt işverenin bu sıfatla mal ve hizmet ürettiği yerin kendi işyeri sayıldığına belirtmekle birlikte, alt işverene ait işyerinin asıl işverenden tümüyle bağımsız olduğunu söylemenin güç olduğunu belirtmektedir. Çünkü alt işverenin işyerinin varlığını devam ettirmesi çoğunlukla asıl işverenin irade ve tutumuna bağlıdır. Örneğin, asıl işverenin faaliyetini sonlandırması, işi bizzat kendisi yapmaya karar verip yeni bir ihale yapmaması, yeni ihale koşullarını zorlaştırması nedeniyle ihaleye katılamama veya ihaleyi yeniden kazanamama gibi sebeplerle alt işverenin ilişkiyi devam ettirmesi imkansız hale gelebilir. Ayrıca alt işveren üstlendiği işi asıl işverenin rızasını almadan başkasına devredemez (Göktaş, 100).

²⁰¹ Çubukçu, Alt İşveren, 22. Özveri’ye göre de 1475 sayılı İş Kanunundaki “işyeri işin yapıldığı yerdir” tanımı alt işverenin asıl işverenin işyerinden bağımsız bir işyeri bulunmadığı görüşünü desteklemektedir (Özveri, 399).

²⁰² Mollamahmutoğlu, 183. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 5. Aynı görüşte, Centel, İşkolu Tespitleri, 9.

²⁰³ Aynı görüş Aktay, Alt İşveren Kurumu, 19.

²⁰⁴ Mollamahmutoğlu, 183. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 4.

²⁰⁵ Centel, İşkolu Tespitleri, 9 vd.

²⁰⁶ Centel, İşkolu Tespitleri, 9.

‘işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu’ düzenlenmiştir. Bu durumda hukuken aynı alanın, birden çok bağımsız işveren bakımından işyeri olarak nitelendirilmesi olanağı ortadan kalkmaktadır. Öte yandan, asıl işverene ait işyerinin aynı zamanda alt işverenin işyeri olarak kabul edilmesi, işçinin işini işyerinde yapma zorunluluğunun bulunmayışı esasına da aykırıdır. Oysa nasıl gezici satış elemanları, ürün tanıtımcısı gibi kişiler bir işyerine bağlı bulunmakla birlikte işyeri dışında çalışıyorlarsa, alt işverenin işçilerinin de kendi işyerleri dışında yani asıl işverenin işyerinde işlerini yaptıklarını kabul etmek gerekir. Burada önemli olan, alt işveren işçilerinin fiilen çalıştıkları yer (coğrafi alan) değil, bağlı oldukları ve ücret bordrosunda yer aldıkları işyeridir. Buna göre, alt işverenin işyeri; asıl işverenin işyeri değil, yönetim işlerini gördüğü ve muhasebe işlemlerini yürüttüğü yerdir²⁰⁷. Nihayet aynı yazar İK 3/2 de yer alan “*alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için... bildirim yapmakla yükümlüdür*” hükmünün bile, alt işverenin bu sıfatla iş yaptığı birimin alt işverenin işyeri sayıldığı görüşüne haklılık kazandırmadığını belirtmektedir²⁰⁸. Buna göre, anılan hükümdeki “kendi işyeri için” sözcükleri, “alt işverenin işyerinin asıl işverenin işyeri olmadığını ve kendisinin ayrı bir işyeri bulunduğunu kanıtlamaya yetmektedir. Çünkü yasa koyucu alt işverenin işyerinin asıl işvereninki olarak kabul etmiş olsaydı, ayrı ve bağımsız bir işyeri anlamına gelecek şekilde, alt işverenin “kendi işyeri”nden söz etme gereksinimini duymazdı. Anılan hükümle anlatılmak istenen ise, alt işveren işçilerinin çalıştığı (kendi işyerlerinin dışındaki asıl işverene ait) işyerinin bildirilmiş olmasının, alt işvereni ayrıca kendi işyerini bildirme yükümünden kurtarmayacağıdır”²⁰⁹.

Öte yandan bu görüşe göre, alt işverenin iş yaptığı yerin bağımsız işyeri olarak kabul edilmesi toplu iş hukuku açısından da önemli sorunlar yaratmaktadır. Zira Türk toplu iş hukukunda “işkolu esası” benimsenmiştir. Ayrıca 2821 sayılı Sendikalar Kanununa göre işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de asıl işkolundan sayılacağı hükmü bulunmaktadır (m.60). Bu ilkenin sonucu olarak her

²⁰⁷ Centel, İşkolu Tespitleri, 9.

²⁰⁸ Centel, İşkolu Tespitleri, 9. Aktay da 1475 sayılı Kanun döneminde dile getirdiği görüşünde, işyerinin Bölge Çalışma Müdürlüğü’ne kaydettirilmesinin ayrı bir işyerinin doğumu için yeterli olmadığını vurgulamaktadır. Zira bu kayıt, işyerinin bağımsızlığını kanıtlamak için değil, sadece kanunun uygulanmasını sağlamak ve denetlemek için yapılmaktadır (Aktay, Alt İşveren Kurumu, 20).

²⁰⁹ Centel, İşkolu Tespitleri, 9-10.

işyerinin yalnız bir işkolunda faaliyet gösteren bir ünite olduğu kabul edilmektedir. Eğer alt işverenin işini yaptığı yer ayrı bir işyeri olarak kabul edilirse, buradaki işçiler başka bir sendikada örgütlenebilecek ve bir işyerinde aynı anda farklı işkolundaki sendikalarla farklı dönemlerde farklı toplu sözleşmeler söz konusu olabilecektir²¹⁰. Bu durum bir işyerinde birden fazla toplu iş sözleşmesinin yapılamayacağına ilişkin ilkeye de aykırılık oluşturacaktır²¹¹.

Son olarak yine bu görüşe göre, alt işverenin işyerini ayrı bir işyeri saymak Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır²¹². Çünkü Anayasa'nın 14. maddesine göre *"Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz"* (14/2). Buna göre alt işverenin işyerini ayrı bir işyeri olarak kabul etmek, işçilerin yine kaynağını Anayasadan alan sendikalaşma ve toplu iş sözleşmesi yapma haklarını engelleme anlamına geleceğinden, aynı zamanda Anayasa'nın 14. maddesinin ihlali sonucunu doğuracaktır²¹³.

2. Bağımsız İşyeri Görüşü

Doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, alt işverenin işçilerini çalıştırdığı işyeri bölümü, hukuki olarak onlar yönünden ayrı bir işyeri anlamını taşır²¹⁴. Diğer bir deyişle alt işveren ilişkisi şartlarına uygun olarak kurulduğunda,

²¹⁰ Şen, Alt İşverenlik, 95-96. Aynı yazar, Yeni İş Yasasında, 96, 97. Aynı yazar, Taşeronluk, 121. Aynı yönde Özveri, 399. Centel, İşkolu Tespitleri, 10-11. Yazara göre, iddia edildiğinin aksine İş kanununda iş güvencesinin olmaması nedeniyle alt işveren işçileri örgütlenememekte ve bu durum sosyal çatışmalara yol açmaktadır (Şen, Yeni İş Yasasında, 97). Centel, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın işkolu tespitlerinde, muvazaalı işlemin varlığından hareketle, asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren işçilerini asıl işveren işçisi saydığını ve bunun sonucuna göre işkolu tespitinde bulunduğunu, oysa Bakanlığın işkolu tespiti sırasında böyle bir yetkisinin bulunmadığını belirtmektedir (Centel, İşkolu Tespitleri, 11).

²¹¹ Özveri, 399. Şen'e göre ayrıca taşeron işçileri örgütlenerek greve giderlerse asıl işveren alt işverenlik sözleşmesini sona erdirebilecek ve işi başka bir taşerona verebilecektir. Bu durumda sonuç olarak, alt işveren işçilerinin Anayasadan doğan sendikalaşma ve toplu iş sözleşmesi yapma hakları engellenmiş olacaktır (Şen, Taşeronluk, 121).

²¹² Şen, Taşeronluk, 122.

²¹³ Şen, Taşeronluk, 122.

²¹⁴ Süzek, 142. Aynı yazar, Değerlendirme 2001, 13. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 72 vd. Aynı yazar, Asıl İşveren, 9 vd. Akın, 235. Güzel, Alt İşveren, 38-40. Günay, Alt İşveren, 28. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 113. Yenisey, 26. Aydın, İşyeri ve İşletme, 125. Şahlanan, Alt İşveren, İHD, 332. Aynı yazar, Kavram, 196. Çankaya, Alt İşveren, 18. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 415. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 26. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Canbolat, Uygulama Sorunları, 17. Aynı yazar, 46 vd. Aynı yazar, Alt İşveren, 28. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 60. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 62. Özcan, 99. Engin, Sorumluluk, 20. Aynı yazar, Değerlendirme 2000, 10. Demir,

asıl işverenin işyerinin fiziki alanı içinde hukuki açıdan alt işveren için de bir “işyeri” meydana gelmiş olur²¹⁵. İş Kanununun 3/2 hükmüne göre de, alt işveren kendi adına kurduğu bu işyerini bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır.

Bu görüşe göre asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğu, onların alacaklarını güvence altına almaya yönelik bir düzenleme olup asıl işvereni alt işveren işçilerinin de işvereni konumuna sokmaz. Bunun gibi, birden fazla işverenin faaliyette bulundukları yerin, her iki işveren için de ayrı ayrı işyeri olarak kabul edilmesi gerekir²¹⁶. Nitekim farklı işverenlere ait birimlerdeki üretim amaç itibarıyla birbirini ne kadar tamamlarsa tamamlasın hukuken tek bir işyeri olarak kabul edilemez²¹⁷. Buna göre alt işverenlerin, bağımsız (ayrı) bir işveren sıfatına sahip olmaları ve yine bu doğrultuda aldıkları işi asıl işveren adına değil, kendi adlarına yürütmeleri, onların işlerini yürüttüğü yerin asıl işverenin işyerinden sayılmasına engeldir²¹⁸. Öte yandan yine bu görüş uyarınca, işyerinin bir “organizasyon” olarak tanımlanması sadece farklı fiziksel alanların tek bir işyeri olarak nitelendirilebilmesini değil, aynı fiziksel mekânı paylaşan farklı birimleri ayrı birer işyeri olarak kabul etmeyi de mümkün kılmaktadır²¹⁹.

Yargıtay da artık iyice yerleşmiş uygulamasıyla alt işverenin işini yaptığı yeri, ayrı bir işyeri kabul etmektedir²²⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2001 yılında verdiği bir kararda “.....İşin, asıl işverenin işyerinde yapılmış olması da muvazaa iddiasının kabulünün delili olamaz... taşeronların aldıkları işleri asıl işverene ait işyerinde yapıyor olmaları halinde, bu yerler alt işverenler yönünden de

Devir, 81 vd. Reisoğlu, Birden Çok İşveren, 7-8. Çelik, Alt İşveren İşçileri, 73 vd. Uygur, 269. (Doktrinde Günay’ın, 1475 sayılı Kanun döneminde yazdığı bir makalesinde farklı görüşler ileri sürdüğü görülmektedir. Bkz. Günay, Toplu İş İlişkileri, 3 vd).

²¹⁵ Ekonomi, Alt İşveren, 93. Aynı yazar, İşyerinin Kapatılması, 415. Canbolat, Uygulama Sorunları, 17. Aynı yazar, 56. Yenisey, 145 vd. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 62. Ekmekçi’ye göre bu “varsayımsal” bir durumdur (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 61).

²¹⁶ Şahlanan, Kavram, 196. Esasen bu görüş uyarınca alt işveren uygulamasının dışında da birden fazla işverenin aynı fiziki mekânda faaliyetlerini sürdürmesi mümkündür. Örneğin holding şirketin temsilcilik işyerinde, bağlı şirketin de ayrı bir işyeri oluşturması mümkündür. Bu durumda tek bir işyerinden değil, her işveren yönünden bağımsız işyerlerinden söz edilir (Yenisey, 146 ve dn 307 de belirtilen yazarlar).

²¹⁷ Canbolat, 53. Yenisey, 26.

²¹⁸ Canbolat, 53 vd. Diğer yandan alt işverenin işini gördüğü yerin, bağımsız bir işyeri mi yoksa alt işverenin başka işyerlerinin “bağlı yeri” mi olduğu konusunda, bu yerlerde görülen işlerin amaç itibarıyla ve organizasyon itibarıyla birbirini tamamlayıp tamamlamadığına bakılmalıdır (Canbolat, 55 vd). Bu tespit özellikle toplu iş hukuku açısından önem taşımaktadır. Nitekim bu işyerinin alt işverenin başka bir işyerinin “bağlı işyeri” olduğunun tespiti durumunda, alt işveren işçileri toplu iş hukuku açısından bağlı oldukları işyerinin işçisi olarak işlem görecektir (Canbolat, 55 vd).

²¹⁹ Yenisey, 366.

²²⁰ Y9HD, 28.6.2001, 10907/11069, Çankaya/Çil, 2009, 301-302.

işyeri anlamını taşımaktadır. Bu gibi durumlarda *fiziki olarak tek olan yerler hukuki bakımdan hem asıl işverenin, hem de alt işverenin işyeri sayılmaktadır...*²²¹

Kanımıza göre de işyerine bağlı yerlerden söz edebilmek için kanunda da belirtildiği gibi işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağıllık ve aynı yönetim altında örgütlenme koşullarının sağlanması şarttır. Bu koşulların alternatifli olarak değil, ancak birlikte olması durumunda söz konusu yer, işyerine bağlı yer olarak kabul edilebilir. Buna göre amaçta birlik olsa da söz konusu yer farklı işverenlere ait ise veya bağımsız işyeri biçiminde organize edilmişse ayrı bir işyeri olarak kabul edilmelidir²²². Diğer bir deyişle, farklı işverenlere ait birimlerdeki üretim amaç itibariyle ne kadar birbirini tamamlarsa tamamlasın, bu birimler hukuken tek işyeri olarak kabul edilemez²²³. Sonuç itibariyle bize göre de alt işverenin işini yaptığı yer hukuken ayrı işyeri sayılır.

Zira 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte konu netliğe kavuşmuş durumdadır. Nitekim İş Kanununun 5. maddesinde, alt işverenin bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için bildirim yapma zorunluluğu getirilmiştir. Bu hükmün gerekçesine göre, “..... *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....*”. Sonuç itibariyle asıl işveren ile alt işverenin bu sıfatlarla işlerini yürüttükleri yerler, fiziki olarak aynı yerden ibaret olsa dahi hukuki olarak farklı işyerleridir.

II. Sendika Hukuku Bakımından

Türk sendika hukukunda “iş kolu esasına göre” sendikalaşma ilkesi geçerlidir²²⁴. Gerçekten de 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 3. maddesine göre, “*İşçi sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette*

²²¹ YHGK, 14.11.2001, 9-711/820, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 95-100. Aynı yönde Ekonomi, Değerlendirme 2007, 26.

²²² Süzek, 160. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 417.

²²³ Yenisey, 26.

²²⁴ İş kolu esasına göre sendikalaşma ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Şahlanan, 23 vd. Çelik, 423 vd. Yenisey, 312 vd. Ekonomi, İşkolunun Değişmesi, 17 vd. Aynı yazar, İş kolu Esası, 31 vd. Sendika hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aktay, Sendika Hakkı, 5 vd. Şahlanan, Sendikalar, 8 vd.

bulunmak amacı ile bu işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler tarafından kurulur”. İşkolu esasına göre sendikalaşma ilkesi uyarınca, ülkede yapılan işler belirli sayıda gruplara ayrılmakta ve her bir gruba “işkolu” adı verilmektedir. Anılan kanunun 60. maddesinde 28 grup halinde işkolları belirlenmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise *“Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır”* hükmüne yer verilmiştir. Hukukumuzda göre işyerinin hangi işkoluna girdiğinin tespit yetkisi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na aittir (SK m.4). Sendikalar Kanununun 4. maddesine göre, bakanlığın tespit ile ilgili kararının Resmi Gazetede yayımlanmasını izleyen 15 gün içinde ilgililer tespiti karşı, iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede dava açabilirler.

Alt işveren işçileri iş sözleşmesi ile yalnızca alt işverene bağlı olduklarından ve çalıştıkları işyeri onlar için ayrı bir işyeri sayıldığından tüm işçilik haklarını kullanabilir ve sendika kurabilir veya sendikaya üye olabilirler²²⁵. Buna karşılık alt işveren işçileri ancak alt işverenin işyerinin faaliyet gösterdiği işkolundaki sendikaya üye olabilirler²²⁶. Eğer asıl işveren ve alt işverenin faaliyet gösterdiği işkolu aynı ise, alt işveren işçileri de aynı sendikaya üye olabileceği gibi, o işkolundaki başka sendikalara da üye olabilirler²²⁷.

Bir işyerinin dahil olduğu iş kolunun, o işyerinde yürütülen asıl iş dikkate alınarak belirlenmesi kuralı uyarınca, alt işveren işçilerinin hangi sendikaya üye olacakları da alt işverenin işyerinde yürütülen (asıl) iş dikkate alınarak tespit edilmelidir²²⁸. Diğer bir deyişle alt işveren işçilerinin yaptıkları işin, asıl işverenin

²²⁵ Çelik, Yargıtay Kararları, 784. Güzel, Taşeron Uygulaması, 8. Şahlanan, İHD, 332. Ayan, 519. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 74. Aynı yazar, Asıl İşveren, 10. Canbolat, 89 vd. Krş. Günay, Toplu İş İlişkileri, 4.

²²⁶ Çelik, Yargıtay Kararları, 784. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 74. Aynı yazar, Asıl İşveren, 10. Canbolat, 90. Şahlanan, Kavram, 196. Aynı yazar, İHD, 332. Güzel, Taşeron Uygulaması, 8. Ekonomi, İşkolunun Değişmesi, 31. Günay, Alt İşveren, 29. Bu konuda ortaya çıkabilecek sorunlar ve eleştirisi için Şen, Taşeronluk, 141-142.

²²⁷ Çelik, Yargıtay Kararları, 784. Ekonomi, İşkolunun Değişmesi, 31. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 74. Aynı yazar, Asıl İşveren, 10. Ayan, 519. Şahlanan, İHD, 332. Güzel, Taşeron Uygulaması, 8. Canbolat, 87. Aksi görüş, Günay, Toplu İş İlişkileri, 3-4.

²²⁸ Şahlanan, Kavram, 197. Aynı yazar, İHD, 332. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 74. Aynı yazar, Asıl İşveren, 10. Ekonomi, Değerlendirme 1997, 220. Aynı yazar, İşkolunun Değişmesi, 31. Narmanlıoğlu, II, 80-81. Güzel, Taşeron Uygulaması, 8. Ayan, 519. Canbolat, 85-87. Ekonomi, İşkolu Esası, 41 vd. Aksi görüş, Günay, Toplu İş İlişkileri, 3. Buna karşılık muvazaalı durumlarda bu kural uygulanmayacaktır. İşverenin işyerindeki her makineyi ayrı bir alt işverene verip her işverenin işkolunun farklı olduğunu iddia ettiği bir olayda isabetli olarak Yargıtay, makinelerin işkolu tespiti açısından ayrı ayrı ele alınmaması gerektiğini belirtmiştir (Y9HD, 7.10.2003, 17157/16401, Özveri, 397-398. Ayrıca bkz. Günay, Toplu İş İlişkileri, 5).

işyerinde yapılan işe göre yardımcı iş sayılıp sayılmamasının hiçbir önemi yoktur²²⁹. Buna göre “Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır” hükmü asıl işverenin ve alt işverenin yürüttüğü faaliyet arasında uygulanmaz^{230, 231}.

III. Toplu İş Sözleşmesi Bakımından

1.Yetki Tespiti

Alt işverenin iş gördüğü yerin ayrı bir işyeri sayılmasının ve alt işveren işçilerinin asıl işverene bağlı işçiler olmamasının diğer bir hukuki sonucu, asıl işverenin toplu iş sözleşmesi yetki tespitinde alt işveren işçilerinin hesaba katılmamalarıdır²³². Buna göre söz konusu işçiler, toplu iş sözleşmesi çağrısını yapan sendikaya üye olsalar bile yetki tespitinde dikkate alınmazlar²³³. Buna karşılık alt işveren işçileri alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi için yetki tespitinde hesaba katılırlar²³⁴.

Bu konuda ortaya çıkan sorunlardan biri, toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra veya yetkinin kesinleşmesinden sonra işyerinde alt işverenlik ilişkisi kurulmasının ne gibi sonuçlar doğuracağıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız bir

²²⁹ Şahlanan, Kavram, 197. Aynı yazar, İHD, 332. Canbolat, 85 vd. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 74. Aynı yazar, Asıl İşveren, 10. Ekonomi, Değerlendirme 1997, 220. Aynı yazar, İşkolunun Değişmesi, 31. Aynı yazar, İşkolu Esası, 41 vd. Aksi görüş, Günay, Toplu İş İlişkileri, 3-4. Bu konuda eleştirisi için bkz. Şen, Yeni İş Yasasında, 96-97.

²³⁰ İşyerinde birden fazla mal ve hizmet üretilmesi durumunda bu işlerden hangisinin asıl iş sayılacağı konusundaki Yargıtayın da uyguladığı ölçütler için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 39.

²³¹ Belirtmek gerekir ki yukarıda açıkladığımız esasların uygulamada sorunlara yol açtığı ve alt işveren işçilerinin söz konusu haklarını kullanmalarında güçlükler yaşadığı haklı olarak vurgulanmaktadır. Özveri bu durumu uygulamadan bir örnekle açıklamaktadır: alt işveren işçileri alt işverenin faaliyet gösterdiği işkolunda faaliyet gösteren bir sendikaya topluca üye olmuşlar, üye oldukları tarihten bir gün sonra iş sözleşmeleri “asıl işverenin alt işverenle yaptığı sözleşmeyi feshettiği” gerekçesiyle sona erdirilmiştir (Kocaeli 1. İş Mahkemesi 619/629, Özveri, 396).

²³² Süzek, Alt İşveren, 73. Tuncay, Değerlendirme 2004, 137. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkileri, 74. Aynı yazar, Asıl İşveren, 10. Demir, Başlıca Yenilikler, 90. Şahlanan, Kavram, 196. Aynı yazar, İHD, 332-333. Güzel, Taşeron Uygulaması, 8. Ekonomi, Değerlendirme 1997, 220. Çelik, 514. Aynı yazar, Yargıtay Kararları, 786. Canbolat, 97 vd. Aksi görüş, Taşkent, Değerlendirme 1987, 204. Yetki tespiti talebi açısından, alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı önem taşımaktadır (Günay, Toplu İş İlişkileri, 29). Eğer olayda muvazaa olgusu varsa, alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacağından asıl işverenin işyerine ilişkin yetki tespitinde de dikkate alınacaklardır (Y9HD, 9.2.1999, 17926/1750, www.hukukturk.com).

²³³ Şahlanan, Kavram, 196. Aynı yazar, İHD, 332-333. Tuncay, Değerlendirme 2004, 137. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkileri, 74. Aynı yazar, Asıl İşveren, 10. Demir, Başlıca Yenilikler, 90. Güzel, Taşeron Uygulaması, 8. Çelik, 514. Aynı yazar, Yargıtay Kararları, 786. Canbolat, 97 vd. Y9HD, 12.6.1997, 9727/11606, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 1997, 219-220. Yetki tespiti süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şahlanan, Toplu Sözleşme, 59 vd. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 179 vd.

²³⁴ Süzek, Alt İşveren, 73. Çelik, Yargıtay Kararları, 786. Krş. Günay, Toplu İş İlişkileri, 5.

görüŖe göre alt işveren ilişkisinin yetki başvurusundan sonra kurulması durumu, yetki başvurusunu etkilememelidir²³⁵. Buna göre, başvuru tarihinden sonra meydana gelen değişiklikler yetki tespitinde dikkate alınmaz. Diğer bir deyişle, yetki tespiti için başvuru tarihinde söz konusu işler hala asıl işveren işçileri tarafından görölüyorsa, bu işçiler de yetki tespitinde dikkate alınırlar. Gerçekten de TSGLK m. 13 uyarınca yetki tespiti için başvuruda, “başvuru tarihinde” çalışan işçilerin sayısının tespiti istenir. Yine, anılan kanunun 12/3 hükmüne göre, yetki belgesi almak üzere müracaat eden veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemez.

Öte yandan bizim de katıldığımız bir görüşe göre, yetki başvurusundan sonra işin alt işverene verilmesi yetki tespitinde bir değişiklik yaratmasa da, yine asıl işverenin işyeri için verilen yetki belgesine alt işverene verilen işyeri dahil olmayacaktır²³⁶. Buna karşılık bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre, yetki aşamasında işin bir bölümünde alt işverenlik ilişkisi kurulması durumunda yetki tarihinde alt işveren işçileri de dikkate alınarak yetki tespiti yapıldığı için, işyerinin taşeronla devredilen bölümünün de yetki kapsamında değerlendirilmesi gerekir²³⁷. Aynı şekilde yine bu görüşe göre, toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra işyerinin bir bölümünde alt işverenlik ilişkisi kurulduysa, toplu iş sözleşmesinin alt işverenlik sözleşmesinin zorunlu eki olarak kabul edilmesi ve alt işveren işyerinde de uygulanması gerekir. Yazara göre, bu doğrultuda TSGLK m.8 hükmü “toplular iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez” hükmü geniş yorumlanarak, işyerinde alt işverenlik ilişkisi kurulduğu durumlarda da uygulanmalıdır. Aksi durumda, toplu iş sözleşmesi imzalanan bir

²³⁵ Canbolat, 97 vd. Şen’e göre bu görüş doğru olmakla birlikte, yetki tespitinden sonra işyerinin bir bölümünün alt işverene verilmesi, işyerindeki işçi sayısında meydana gelen değişiklik olarak nitelendirilemez (Şen, Taşeronluk, 132).

²³⁶ Canbolat, 100.

²³⁷ Şen, Taşeronluk, 133. Şen, uygulamada sendikanın yetki için başvurusundan sonra işin bir bölümünün alt işverene verilmesi ile sıklıkla karşılaşıldığını, böyle bir durumda kanuna karşı hile kurumunun işletilmesinin ise bu durumu engellemek için yeterli olmadığını belirtmektedir. Bu sebeple yazara göre, yetki belgesi taşeronu da kapsamalıdır (Şen, Taşeronluk, 138). Ekonomi’ye göre de tam yetki tespiti öncesinde işçi sayısının artırılması veya azaltılması muvazaa konusunda ciddi şüphe doğurur (Bkz. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 13 vd). Bu bağlamda işyerinin kapatma özgürlüğünün sınırları konusunda bkz. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 444 vd.

işyerinde alt işveren ilişkisi kurularak sendikalaşma ve toplu sözleşme hakkı engellenebilecektir²³⁸.

2.Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

Doktrinde bizim de katıldığımız ağırlıklı görüşe göre alt işveren işçileri asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar²³⁹⁻²⁴⁰. Bu durum alt işverenin iş yaptığı yerin ayrı bir işyeri sayılması görüşünün doğal bir sonucudur. Ayrıca bu görüşün diğer bir dayanağı, asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişkinin *iş sözleşmesine dayanmamasıdır*²⁴¹. Buna göre alt işveren işçileri asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinin yer ve kişi yönünden uygulama alanı dışında kalmaktadır. Gerçekten de toplu iş sözleşmesi, ancak o sözleşmeye taraf olan işverene iş sözleşmesiyle bağlı olan işçiler için uygulama alanı bulabilir. 2822 sayılı yasanın 2. maddesine göre de, “*Toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere...*” yapılan bir sözleşmedir. Bu tanım da göstermektedir ki, toplu iş sözleşmesi işveren ve ona bağlı

²³⁸ Şen, Taşeronluk, 133. Yazarın bu konuya uygulamadan verdiği örnekler için bkz. Şen, Taşeronluk, 133 vd.

²³⁹Tuncay, Toplu İş Hukuku, 207-208. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkileri, 71 vd. Aynı yazar, Asıl İşveren, 9 vd. Güzel, Alt İşveren, 55. Süzek, Alt İşveren, 73. Günay, Alt İşveren, 28, 29. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 113. Çankaya/Çil, 2009, 52. Çelik, 2010, 554. Aynı yazar, Alt İşveren, 169 vd. Aynı yazar, Alt İşveren İşçileri, 73 vd. Aynı yazar, Yargıtay Kararları, 785. Tuğ, 154 vd. Ulucan, Değerlendirme 1996, 18. Aktay, Toplu İş Sözleşmesi, 91. Engin, İşveren, 188-189. Şahlanan, Konferans Notları, 72. Aynı yazar, Alt İşveren, Mercek, 51. Aynı yazar, Toplu Sözleşme, 130 vd. Ekonomi, Asıl İşveren, 7, 10-11. Güzel, Taşeron Uygulaması, 9. Canbolat, 102 vd. Aynı yazar, Uygulama Sorunları, 27-28. Aynı yazar, Yararlanma, 171. Çankaya, 24. Elbir, 10 vd. Aydemir, 128. Sümer, 11. Ayan, 519. Narmanlıoğlu, II, 80. Aktay, Alt İşveren, 17-18. Aktay/Arıcı/Kaplan, 473-474. Kandemir, 202 vd. Özdemir, 8 vd. Aksi görüş, Çubukçu, Alt İşveren, 28 vd. Aynı yazar, Diğer İşveren, 72 vd. Yine aksi görüşteki Taşkent’e göre, alt işverenin işçileriyle olan iş ilişkisinden asıl işverenin de birlikte sorumlu olması nedeniyle, alt işverenin işçileri toplu iş sözleşmesi (grev ve lokavt) bakımından işyerinin işçisi olarak dikkate alınır, dolayısıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar (Taşkent, Değerlendirme 1987, 204). Aynı şekilde Amerikan hukukunda da toplu pazarlık süreci, işçiler ile onları *doğrudan işe alan* kendi işverenleri arasında yürütülmektedir. Bu sebeple Amerikan hukukunda da alt işverenlik, toplu pazarlık sürecinden kaçmanın bir yolu olarak kullanılmaktadır (Becker, 1540). Öte yandan örneğin Avustralya’da mahkemeler, söz konusu transfer işleminin, işçilere toplu iş sözleşmesini uygulama yükümlülüğünden kurtulma amacı taşıyıp taşımadığını araştırmaktadırlar (Morin, 22).

²⁴⁰ Nitekim Canbolat’a göre, işçi sendikasının alt işverenin işyerinde yetkili olup olmadığına bakılmaksızın, belki de farklı işkoluna giren asıl işverenin işyeri için yapılacak toplu iş sözleşmesinden alt işveren işçilerini de yararlanmaya zorlamak bu işçilerin anayasal haklarının elinden alınması anlamına gelir (Canbolat, 102).

²⁴¹ Güzel, Taşeron Uygulaması, 9. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 207-208. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkileri, 71. Aydemir’e göre, asıl işverenin alt işveren işçilerini işe alma ve iş akdinin feshinde ve ayrıca işin yürütümü sırasında hiçbir yetki ve denetiminin olmaması göz önünde bulundurulduğunda, asıl işverene alt işverenin işçileri adına toplu görüşmelere katılma ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin verilmemesi yerindedir (Aydemir, 126).

çalışan işçiler arasındaki iş sözleşmeleri için hüküm ifade eder²⁴². Aynı şekilde yukarıda da değinildiği gibi, toplu sözleşme yetkisinin kazanılmasında, yetki uyuşmazlığının çözümlenmesinde, işkolunun belirlenmesinde alt işveren ve asıl işveren birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda alt işveren işçilerinin, asıl işverenin bağlı olduğu toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya üye olmaları veya bu sendikaya söz konusu sözleşmeden yararlanmak için dayanışma aidatı ödeme talebinde bulunmaları, asıl işverenin taraf olduğu sözleşmeden yararlanmaları sonucunu doğurmaz²⁴³.

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu ile bu konu daha da açıklığa kavuşmuş ve asıl işverenin alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumlu olduğuna ilişkin düzenleme ile de bu görüş doğrulanmıştır²⁴⁴⁻²⁴⁵. Buna göre alt işveren işçileri, ancak alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek ve bu sözleşmeden doğan yükümlülükler için asıl işverenin de sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁴⁶. Böyle bir durumda alt işverenin işçilerinin çalıştıkları yerin ayrı bir işyeri sayılmasının sonucu olarak *“Bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz”* (TİSGLK 3/son) kuralına bir aykırılık da söz konusu olmaz²⁴⁷. Buna karşılık doktrinde isabetli olarak, alt işveren işçileri için ayrı bir sözleşme yapma olanağının, bu tür işlerde çalışan işçi sayısının azlığı ve dağınıklığı, bunların yaptıkları işlerin bazen geçici nitelikte olması gibi nedenlerle çoğu zaman sendikalaşamamaları yüzünden pratik bir yarar sağlamadığı da belirtilmektedir²⁴⁸.

²⁴² Çelik, 2010, 554. Aynı yazar, Yargıtay Kararları, 785. Aynı yazar, Alt İşveren, 171. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 207-208. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkileri, 71 vd.

²⁴³ Tuncay, Toplu İş Hukuku, 207-208. Günay, Alt İşveren, 33.

²⁴⁴ Güzel, Alt İşveren, 55. Ayan, 518. Mollamahmutoğlu, 182-183. Bu kuralın alt işverenlerce kötüye kullanılabileceği, muvazaalı işlemlere yol açabileceği yönünde görüşü için bkz. Şahlanan, Konferans Notları, 72.

²⁴⁵ Mollamahmutoğlu'na göre bu görüş pozitif hukuka uygun olmakla birlikte, alt işveren işçilerinin kollektif haklar açısından durumlarını düzenleyen kurallara ihtiyaç bulunmaktadır (Mollamahmutoğlu, 182).

²⁴⁶ Tuncay, Toplu İş Hukuku, 207-208. Şahlanan, Kavram, 197. Aynı yazar, Toplu Sözleşme, 132. Çelik, 2010, 555. Aynı yazar, Alt İşveren, 178. Akın, 235. Aktay/Arıcı/Kaplan, 473-474. Tuğ, 154 vd. Çankaya/Çil, 2009, 52. Ekonomi, Asıl İşveren, 11-12. Canbolat, 100 vd. Aynı yazar, Uygulama Sorunları, 27-28. Kandemir, 202 vd. Aydemir, 127.

²⁴⁷ Şahlanan, Kavram, 198. Aynı yazar, Toplu Sözleşme, 132-133. Aynı yazar, Alt İşveren, Mercek, 51. Çankaya/Çil, 2009, 52.

²⁴⁸ Çelik, 2010, 556 vd. Aynı yazar, Yargıtay Kararları, 788. Aynı yazar, Alt İşveren, 178. Güzel, Alt İşveren, 55. Şen, Yeni İş Yasasında, 97. Özveri, 396-397. Ünsal, 538.

Öte yandan özellikle 1475 sayılı Kanun döneminde öne sürülen diğer bir görüşe göre, alt işveren işçileri de asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmalıdırlar²⁴⁹. Nitekim bu görüşü ileri süren bir yazara göre, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı olan birlikte sorumluluğu nedeniyle, alt işveren işçileri de asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar²⁵⁰. Ayrıca doktrinde, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin çalışma düzeni ve disiplin hükümlerine ilişkin hükümlerinin alt işveren işçilerine de uygulanması gerektiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Bu konuya yukarıda değinildiğinden ilgi yere atıf yapmakla yetiniyoruz²⁵¹.

Yargıtayın alt işveren işçilerinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği yönünde hüküm kurduğu eski tarihli kararları bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da eski tarihli bir kararında alt işveren işçilerinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği yönündeki kararı onamıştır²⁵². Doktrinde bu yönde kararları pek çok açıdan eleştirilmiştir²⁵³. Zira Yargıtaya göre hukukumuzda toplu iş sözleşmesinden yararlanma bağıllık ilkesine dayanır; bağıllık ilkesi de üyelikle gerçekleşir. Ancak doktrinde de belirtildiği üzere Yargıtayın kararı, sözleşmenin kişi itibariyle uygulanma alanına aykırıdır. Çünkü sözleşmenin kişi itibariyle uygulanma alanına, “sözleşmenin tarafı olan işveren sendikası üyesi veya sendika üyesi olmayan işveren ile onun sözleşmeye taraf işçi sendikasına üye bulunan (ya da dayanışma aidatı ödeyen) kendi işçileri” girmektedir²⁵⁴. Ayrıca Yargıtayın dayandığı diğer bir gerekçe olan ve 2822 sayılı Kanunun 8. maddesinde yer alan “.... *Toplu iş sözleşmesinin*

²⁴⁹ Özveri, 399. Şen, Alt İşverenlik, 95-96. Aynı yazar, Yeni İş Yasasında, 96-97. Demir, Başlıca Yenilikler, 90. Oğuzman, 10-11. Çubukçu, Alt İşveren, 28 vd. Taşkent, Değerlendirme 1987, 204. Kutal, 217-225. Ayrıca bkz. Günay, Toplu İş İlişkileri, 4.

²⁵⁰ Taşkent, Değerlendirme 1987, 204.

²⁵¹ Bkz. yuk. § 1, I, 1.

²⁵² Y9HD, 13.4.1984, 3336/4253 ve bu kararı onayan YHGK, 18.12.1985, 737/1108. Aynı yönde Y9HD, 20.11.1986, 9508/10485 ve bu kararı onayan YHGK, 4.11.1987, 9-166/815 (kararlar için bkz. Canbolat, 173-174). Yargıtay bu görüşünü daha sonra da bir süre sürdürmüştür (Bkz. Şahlanan, Kavram, 200, dn.12).

²⁵³ Tuncay, Toplu İş Hukuku, 207-208. Ekonomi, Asıl İşveren, 11-12. Şahlanan, Alt İşveren, Mercek, 51. Aynı yazar, Kavram, 197. Aynı yazar, Toplu Sözleşme, 131-132. Çelik, Yargıtay Kararları, 784 vd. Aynı yazar, Alt İşveren, 170 vd. Elbir, 10-11. Tuğ, 155. Canbolat, 108 vd. Reisoğlu, Birden Çok İşveren, 5 vd. Güzel’e göre karar sosyal açıdan yerinde olmakla birlikte pozitif düzenlemelere aykırıdır (Güzel, Taşeron Uygulaması, 9). Özveri’ye göre Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararından dönmüş olması, alt işveren uygulamalarının yaygınlaşmasına ve kollektif hakların sınırlandırılmasında bir araç olarak kullanılmasına yol açmıştır (Özveri, 399).

²⁵⁴ Çelik, Alt İşveren, 171. Aynı yazar, Yargıtay Kararları, 788.

uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini değiştirmez” hükmü de haklı bir dayanak olamaz. Çünkü söz konusu madde işyerinin bir bütün olarak el değiştirmesi durumu ile ilgilidir²⁵⁵. Oysa alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren işyerinde varlığı sürdürmekte ve sadece işin bir bölümünde başka bir işverene iş vermiş durumdadır. Kararda son olarak 1475 sayılı Kanunun 1/son hükmü de dayanak yapılmıştır. Yargıtay bu hükümden, asıl işverenin kendi işçilerine karşı toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin alt işveren işçileri için de geçerli olacağı anlamını çıkarmıştır. Ancak 1475 sayılı Kanun sadece alt işverenin kendi işçilerine karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda asıl işverenin de sorumlu tutulması esasını düzenlemiştir²⁵⁶. Buna karşılık Yargıtay 1996 yılından itibaren bu görüşünü değiştirmiştir ve artık yerleşmiş içtihatlarıyla alt işveren işçilerinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı yönünde kararlar vermektedir²⁵⁷.

Öte yandan alt işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri bulunmaktaysa, bu yerler için ancak *işletme toplu iş sözleşmesi* yapılabilir ve alt işveren işçileri de bu sözleşmeden yararlanırlar²⁵⁸. Zira TSGLK m.3/2 hükmüne göre “*Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir...*”.

²⁵⁵ Çelik, Alt İşveren, 173. Bu maddeye geniş bir anlam verilmekte ve işverenin ölümü, işveren durumundaki ticaret şirketinin başka şirketle birleşmesi veya başka bir şirkete katılması da bu kapsamda değerlendirilmektedir (Çelik, Alt İşveren, 173).

²⁵⁶ Çelik, Alt İşveren, 173.

²⁵⁷ Y9HD, 17.1.1996, 23980/174, Tekstil İşveren, Aralık 1996, 20. (Kararı isabetli bulan incelemesi için bkz. Narmanlıoğlu, Değerlendirme 1996, 118. Kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Güzel, Değerlendirme 1996, 184-185). Y9HD, 23.9.1996, 16162/17617, Tekstil İşveren D, Şubat 1997, 14. (kararı isabetli bulan görüşü için bkz. Güzel, Değerlendirme 1996, 185). YHGK, 6.6.2001, 9-711/820, Çankaya/Çil, 2006, 41-47. Y9HD, 24.1.2005, 30506/1232, Çankaya/Çil, 2009, 264-265. Y9HD, 11.3.1996, 2554/4851, YKD, Eylül 1996, 1414-1415 (kararı isabetli bulan görüşü için bkz. Güzel, Değerlendirme 1996, 184-185. Kararı isabetli bulan incelemesi için bkz. Çelik, Alt İşveren İşçileri, 72-75. Kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ulucan, Değerlendirme 1996, 18). Y9HD 29.4.1997, 3762/7742, İşveren D., Temmuz 1997, 15 (kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 1997, 226). Y9HD, 16.10.1997, 13623/17780, TÜHİS, Kasım 1997-Şubat 1998, 79-80. Y9HD, 5.4.1996, 34095/188 (Şahlanan, Kavram, 199, dn.18, kararı isabetli bulan görüşü için, Güzel, Değerlendirme 1996, 184) Y9HD, 25.3.2004, 16528/5827, www.hukukturk.com. Y9HD, 11.5.1998, 5822/8740, İşveren D., Temmuz 1998, 185. Y9HD, 12.6.1997, 9727/11606, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 1997, 219-220. Y9HD, 11.3.1996, 2554/4851, YKD, Eylül 1996, 1414-1415. Y9HD, 16.9.1998, 12008/13080, Akyiğit, Yıllık İzin, 490.

²⁵⁸ Şahlanan, Kavram, 197. Ayan, 520. Ekonomi, Asıl İşveren, 11. Türker, 101.

TSGLK’da açıkça ismi yer almamakla birlikte, diğer bir toplu iş sözleşmesi türü “*grup toplu iş sözleşmesi*”dir. Anılan Kanunun 3/1 hükmüne göre “*Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir*”. Buna göre farklı işverenlere ait olsa da aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsamak üzere grup toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu durumda işyerlerinin aynı işkolunda yer alması koşuluyla asıl işveren ve alt işverenin tek bir toplu iş sözleşmesi yapmaları mümkün olabilir²⁵⁹. Diğer yandan bunun için, asıl işveren ve alt işverenin aynı işveren sendikasına üye olmaları ve ayrıca taraf işçi sendikasının da Türkiye genelinde yüzde on ve sözleşme kapsamına girecek her bir işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye kaydetmiş olması şarttır²⁶⁰. Bu şekilde sadece bu olasılık gerçekleştiğinde asıl işveren işçileri ve alt işveren işçileri aynı toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları mümkün olacaktır²⁶¹.

Yargıtay 1998 yılında verdiği bir kararda, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinde bulunan, söz konusu sözleşmenin alt işverenleri de bağlayacağına ilişkin hükmün geçerli olduğuna hükmetmiştir²⁶². Bu karara göre söz konusu hüküm asıl işveren ile alt işvereni bağlar ve alt işveren işçileri de asıl işverenin taraf olduğu sözleşmeden faydalanabilirler. Doktrinde ise Yargıtayın bu kararının hukuki dayanaktan yoksun olduğu ve sözleşmeye taraf olmayan bir işverenin -Bakanlar Kurulu’nca verilen teşmil kararı dışında- sözleşmeyle bağlı olamayacağı ilkesi ile çeliştiği belirtilmiştir²⁶³. Bununla beraber yine bu görüşe göre söz konusu karar, “*sonucu itibariyle adil bir çözüm*” sağlamıştır. Yargıtayın anılan kararının hukuki dayanağının ne olabileceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir

²⁵⁹ Canbolat, 104 vd.

²⁶⁰ Canbolat, 104. Nitekim grup toplu iş sözleşmesinin “işveren” tarafını oluşturmaya sadece “işveren sendikası” yetkilidir (Canbolat, 105).

²⁶¹ Canbolat, 105. Ayan, 520. Öte yandan, alt işveren ve asıl işverenin işyerini kapsayan bir grup toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında bir uyuşmazlık çıkması halinde, işçi sendikası sadece asıl işverenin işyeri veya alt işverenin işyeri için grev kararı alsa bile işveren, her iki işyeri için de lokavt kararı alabilir (TSGLK 27/3, Canbolat, 105). Diğer yandan, işçi sendikası tarafından alınmış bir grev kararı olmadan işveren tarafının lokavta başvurması mümkün olmadığından, işveren sendikasının grup toplu iş sözleşmesi yapmaya yanaşmayan işçi sendikasını zorlama imkanı olmamasına rağmen işçi sendikası bu sözleşmeyi yapmaya yanaşmayan işveren sendikasını grev kararı alarak zorlayabilir (TSGLK m.27. Canbolat, 105).

²⁶² Y9HD, 30.6.1998, 9353/11027, TÜHİS, Ağustos 1998, 51-53. Karara ilişkin değerlendirme ve eleştirisi için ayrıca bkz. Çelik, Yargıtay Kararları, 786 vd. Aynı yazar, 2009, 551-552. Taşkent, Değerlendirme 1998, 195 ve genel görüşme, 210, 214, 218-219.

²⁶³ Çelik, Yargıtay Kararları, 787. Canbolat’a göre de, toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulama alanı emredici nitelikte olup, taraflar toplu iş sözleşmesine koyacakları bir hükümle asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinin alt işveren işçilerine de uygulanmasını kararlaştırılmazlar (Canbolat, Yararlanma, 171).

görüŖe göre, söz konusu düzenlemenin alt işveren tarafından biliniyor olması gerçeği karşısında işverenler arasında “örtülü taşeronluk akdi” hükmü haline dönüşmüş olduğu ve taşeron işçilerine karşı birlikte sorumluluğun bu akitten kaynaklandığı yolundaki gerekçe hukuki dayanak oluşturabilir²⁶⁴. Diğer bir görüşe göre, söz konusu sözleşme hükmünü *üçüncü kişi yararına şart* olarak değerlendirmek mümkündür²⁶⁵. Böyle bir durumda üçüncü kişi durumundaki alt işveren işçileri, toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmalarını asıl işverenden bizzat isteyebilirler. Bu görüşü eleştiren bir yazara göre, bu durumda üçüncü kişi konumunda olan alt işverenin bir yararı söz konusu olmadığından, üçüncü kişi yararına şart değerlendirmesi isabetli kabul edilemez²⁶⁶.

Doktrinde diğer bir görüşe göre ise asıl işveren, alt işveren işçilerinin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması talimatı vermişse, bu işçilerin alt işverenin değil asıl işverenin işçileri olarak kabul edilmesi gerekir. Buna göre asıl işveren kendisinin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden alt işveren işçileri de yararlansın diyebiliyorsa onu artık kendi işçisi gibi kabul etmiştir; sonucuna da katlanmalıdır²⁶⁷. Buna karşılık alt işverenin kendi isteği ile asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulaması mümkündür. Örneğin aynı oranda kendi işçilerine zam yapması mümkündür. Ancak bu durum, alt işveren işçisini asıl işveren işçisi durumuna getirmez²⁶⁸.

²⁶⁴ Çelik, 2010, 555-556. Aynı yazar, Yargıtay Kararları, 787. Çelik’e göre, alt işveren taraf olmasa da bu yönde bir hüküm bulunan toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işi üstlenmiş olması örtülü olarak bu hükmü kabullendiği anlamına gelir (Çelik, 2010, 552. Aynı yazar, Yargıtay Kararları, 787).

²⁶⁵ Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 73. Aynı yazar, Asıl İşveren, 10. Nitekim Tuncay’a göre, taraflar bazı kişileri, yerleri nasıl kapsam dışında bırakabiliyorsa aynı şekilde toplu iş sözleşmesinin kapsamını da genişletebilirler. Ancak yazara göre böyle bir sözleşme maddesi yoksa, alt işveren işçisi ister asıl işverenin işyerinin kapsamına girdiği iş kolunda kurulu sendikaya üye olsun ister dayanışma aidatı ödesin asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz (Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 73. Aynı yazar, Asıl İşveren, 10). Üçüncü kişi yararına sözleşme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 1095 vd.

²⁶⁶ Çelik, Yargıtay Kararları, 787.

²⁶⁷ Günay, Alt İşveren, 33.

²⁶⁸ Günay, Alt İşveren, 78. Öğretide belirtildiği üzere, 2822 sayılı Kanunda yer alan “...toplular iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez” hükmünün anlamı, tek işyeri için yapılan veya grup toplu iş sözleşmesi olarak yapılan ve ayrı ayrı işyeri sözleşmesi etkisine sahip olan bir toplu iş sözleşmesinin, işyeri el değiştirdiğinde sona ermemesi, süresinin sonuna kadar yürürlükte kalmasıdır. Buna karşılık aynı görüşe göre, söz konusu esas “işyeri bölümü devrinde” uygulanamaz (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, Kısmi Devir, 358 vd).

3. Toplu İş Uyuşmazlıkları

Hukukumuzda göre işçiler, toplu iş sözleşmesinin yapılması safhasındaki uyuşmazlıkların çözümü için grev hakkına sahiptirler (AY m.54, TSGLK m.25). Alt işverene iş sözleşmesiyle bağlı işçiler olarak grev hakkı alt işveren işçileri için de geçerlidir²⁶⁹. Buna göre alt işveren işçilerinin, alt işveren işyeri için çıkan uyuşmazlıkta başvurulacak greve katılmaları mümkündür. Böyle bir durumda alt işveren işçilerinin katıldıkları greve, asıl işveren işçilerinin katılması mümkün değildir. Diğer bir deyişle alt işveren işçilerinin katıldıkları grev, asıl işveren işçilerini etkilemez²⁷⁰. Buna karşılık yukarıda açıkladığımız “edimden bağımsız borç ilişkisi” görüşüne göre örneğin, 1500 işçinin çalıştığı bir işyerinde, alt işverenin istihdam ettiği 10 işçi için uyuşmazlık çıkarılması ve yemekhanede greve gidilmesi mümkün değildir²⁷¹. Çünkü aksi davranış, hem alt işverenin hem de işçilerin edim ilişkisi dışında doğan davranış ve koruma yükümlülüklerine uymayacaktır. Ayrıca, grev nedeniyle işçilerine yemek veremeyen işverenin sözleşmeyi feshederek başka bir alt işverenle sözleşme kurması “işin sürekliliğinin kazandırdığı menfaate” de uymayacaktır. Bu durumda mevzuatımızda yapılacak değişikliklerle, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu ile karara bağlanmasının düzenlenmesi yerinde olacaktır²⁷².

Öte yandan asıl işveren ve alt işveren işçileri arasında iş sözleşmesi bulunmamasının ve alt işverenin işyerinin ayrı bir işyeri sayılmasının diğer bir sonucu olarak alt işveren işçileri, asıl işverenin işyerinde asıl işveren işçilerinin başvurduğu bir greve katılamazlar²⁷³. Alt işveren işçilerinin asıl işverene karşı uygulanan (yasal da olsa) bir greve katılmaları alt işverene karşı “yasadışı grev”

²⁶⁹ Sözek, Alt İşveren, Genel Görüşme, 80. Akın, 235. Çelik, 2010, 640. Ayan, 520. Güzel, Taşeron Uygulaması, 9.

²⁷⁰ Ayan, 520. Buna karşılık alt işveren ve asıl işverenin işyerini kapsayan bir grup toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında bir uyuşmazlık çıkması halinde, işçi sendikası sadece asıl işverenin işyeri veya alt işverenin işyeri için grev kararı alsa bile işveren, her iki işyeri için de lokavt kararı alabilir (TSGLK 27/3, Canbolat, 105). Öte yandan Taşkent’e göre, alt işverenin işçileriyle olan iş ilişkisinden asıl işverenin de birlikte sorumlu olması nedeniyle, alt işverenin işçileri grev ve lokavt bakımından işyerinin işçisi olarak dikkate alınırlar (Taşkent, Değerlendirme 1987, 204).

²⁷¹ Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 76.

²⁷² Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 76.

²⁷³ Sözek, Alt İşveren, Genel Görüşme, 80. Çelik, 2010, 640. Ayan, 520. Şahlanan, Kavram, 198. Aynı yazar, Alt İşveren, Mercek, 51. Engin, İşveren, 191. Canbolat, 116. Günay, Toplu İş İlişkileri, 7 vd. Kandemir, 202 vd. Çelik isabetli olarak, bu durumun ancak muvazaalı olmayan alt işverenlik ilişkileri için söz konusu olduğunu belirtmektedir (Çelik, 2010, 640). Bu konuda Yargıtayın bir kararı ve Çelik’in değerlendirmesi için bkz. Y9HD, 12.4.1991, 7302/7518, Çelik, Alt İşveren, 173-174. Aynı yönde bkz. Kandemir, 203.

yapmaları anlamına gelir²⁷⁴. Böyle bir durumda TSGLK m.45 uyarınca alt işveren bu işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir. Gerçekten de TSGLK m.45/1'e göre, *“Kanun dışı grev yapılması halinde işveren, böyle bir grevin yapılması kararına katılan, böyle bir grevin yapılmasını teşvik eden işçilerin hizmet akitlerini, feshin ihbarına lüzum olmadan ve herhangi bir tazminat ödemeye mecbur bulunmaksızın feshedebilir”*. Buna karşılık yasadışı bir greve katılan alt işveren işçisinin iş sözleşmesini asıl işveren sona erdiremez²⁷⁵.

Diğer yandan alt işveren işçileri, asıl işverenin işyeri için yapılan bir grev oylaması talebine ve oylamasına da katılamazlar. Zira Kanunda grev oylaması talebinin *“o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte biri tarafından”* yapılabileceği ve *“grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğu grev uygulanmamasına karar verirse o işyerinde”* grevin uygulanmayacağı düzenlenmiştir (TSGLK m.35/1,3). Buna göre madde geçen *“işyerinde çalışan işçiler”* sözünün asıl işverene iş sözleşmesiyle bağlı işçilerle sınırlı olarak anlaşılması gerekir²⁷⁶.

Asıl işverenin işyerinde grev kararı alınmış bir işyerinde alt işveren işçilerinin durumunu incelemek gerekir. 2822 sayılı Kanunun 38. maddesine göre *“Bir işyerinde grev veya lokavtın uygulanmaya başlaması ile birlikte işçiler işyerinden ayrılmak zorundadırlar. Greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerin işyerinde çalışmaları hiçbir şekilde engellenemez...”* Esasen bu hükümde, bir işyerinde işverene bağlı olmakla birlikte greve katılmak istemeyip çalışmayı sürdürmeyi tercih eden işçilerin çalışma hürriyeti koruma altına alınmıştır. Fakat doktrinde bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre –greviden olumsuz şekilde etkilenmeyen işlerle ilgili olarak- alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerindeki grev sırasında çalışma hürriyetleri bulunmaktadır²⁷⁷. Diğer bir deyişle, asıl işverenin işyerinde grev ve lokavt gerçekleştiğinde bu durum alt işveren işçilerini etkilemez. Böyle bir durumda asıl işverenin işçileri işyerinden ayrılacak, buna karşılık alt işverenin işçileri çalışmaya ve ücretlerini almaya devam edeceklerdir²⁷⁸.

²⁷⁴ Şahlanan, Kavram, 198.

²⁷⁵ Süzek, Alt İşveren, Genel Görüşme, 80. Canbolat, 118 vd.

²⁷⁶ Şahlanan, Kavram, 198. Aynı yazar, Alt İşveren, Mercek, 51. Güzel, Taşeron Uygulaması, 9. Canbolat, 118 vd.

²⁷⁷ Çelik, 2010, 644.

²⁷⁸ Kandemir, 202. Ayan, 520. Grev veya lokavta gidilen asıl işverenin işyerinde çalışmayı bırakan işçiler grev veya lokavta gidilmeyen alt işveren işyerinde de çalışamazlar. Çünkü TSGLK 43/son hükmüne göre, *“kanuni bir grev ve lokavt dolayısıyla hizmet akdinden doğan hak ve borçları askıda*

Bununla birlikte doktrinde bu sonucun pek çok sorunu beraberinde getireceği belirtilmektedir. Gerçekten de alt işveren asıl işverenin işyerinde asıl işin bir parçası veya yardımcı işlerinde iş aldığından, bir işverenin işyerindeki grevin, diğer işvereni olumsuz şekilde etkilememesi durumu çok fazla sayıda gerçekleşmeyecektir. Buna göre örneğin, yükleme-boşaltma işlerini almış olan bir alt işverenin işyerinde alt işveren işçilerinin greve gitmeleri durumunda, asıl işte çalışan işçilerin ürettiği ürünler yüklenemeyeceği için asıl iş de durmak zorunda kalacaktır²⁷⁹. Bu durumda asıl işveren alt işverenlik sözleşmesini sona erdirebilecek ve işi başka bir alt işverene verebilecektir. Böylece sonuç olarak, alt işveren işçilerinin Anayasa'dan kaynaklanan sendikalaşma ve toplu iş sözleşmesi yapma hakları fiilen engellenmiş olacaktır²⁸⁰. Öte yandan, asıl işveren işçilerinin grevde olduğu bir dönemde bu sefer de alt işveren işçilerinin yükleyip boşaltacakları mal olmadığı için alt işveren işçileri fiilen iş yapamaz hale gelecektir²⁸¹. Bu soruna doktrinde getirilen bir çözüme göre, mevzuatımızda yapılacak değişikliklerle, alt işverenin taraf olduğu uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu ile karara bağlanmasının düzenlenmesi yerinde olur²⁸².

Öte yandan 2822 sayılı Yasanın 29. maddesinde belirtilen grev ve lokavt yasaklarının tespiti, asıl işveren ve alt işverenin işyeri için ayrı ayrı yapılmalıdır²⁸³. Buna göre asıl işverenin işyerinde grev ve lokavt yasağının bulunması, doğrudan alt işverenin işyerinde de bu yasağın bulunduğu anlamına gelmeyip alt işverenin işyerinin ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir.

kalan işçiler, başka bir iş tutamazlar. Aksi halde, işçinin hizmet akdi, işverence feshin ihbarına lüzum olmaksızın ve herhangi bir tazminat ödenmeksizin feshedilebilir” (Canbolat, 124).

²⁷⁹ Özveri, 396. Canbolat'a göre, “alt işverenin işyerinde grev veya lokavt nedeniyle hizmet veya üretim yapılamaması, alt işverenle asıl işveren arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil edebilir. Bu durumda asıl işveren sözleşmeden dönüp zararının tazminini isteyebilir. Ancak alt işverenin işyerindeki grev ve lokavt mücbir sebep olarak nitelenemez” (Canbolat, 124).

²⁸⁰ Şen, Taşeronluk, 121.

²⁸¹ Özveri, 396.

²⁸² Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 76.

²⁸³ Canbolat, 121 vd. Öte yandan, Bakanlar Kurulu tarafından asıl işveren işyeri için “grev ve lokavtın” ertelenmesi kararı verilmesi doğrudan alt işveren işyeri için de geçerli olmaz (TSGLK m.33). Buna karşılık asıl işverenin ve alt işverenin işyerlerinde uygulanan grev ve lokavtın Bakanlar Kurulu tarafından genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu nitelikte görülmesi halinde aynı anda her iki işyeri için de erteleme kararı alınması mümkündür (Canbolat, 123).

§ 3. Alt İşverenlik İlişkisinden Doğan Sorumluluk

I.Asıl İşverenin Alt İşveren İşçilerine Karşı Sorumluluğu ve Gerekçesi

4857 sayılı İş Kanununun 2/6 hükmünde alt işveren ilişkisi tanımlandıktan sonra, bu ilişkide asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Gerçekten de anılan hükme göre, “...*Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur*”.

Kanunda bu yönde bir düzenleme yer almasının nedeni, alt işverenlerin genellikle sermaye bakımından güçsüz olmaları sebebiyle alt işveren işçilerinin ücret ve diğer işçilik haklarını alamamaları ihtimalinin bulunmasıdır. Bu sebeptir ki alt işçilerinin haklarından asıl işveren de sorumlu tutulmak suretiyle bu haklar güvence altına alınmıştır²⁸⁴⁻²⁸⁵. Buna karşılık uygulamada -istisnai olarak da olsa- maddi olanakları yerinde alt işverenlere rastlanması olasıdır da bulunmaktadır. Acaba böyle bir durumda söz konusu sorumluluğun gerekçesiz kaldığından söz edilebilecek midir?

Doktrinde isabetli olarak, özellikle “alt işveren işçilerinin çalışmalarından yararlanma olgusu” karşısında hakkaniyet ve adalet düşüncelerinin de bu sorumluluğun gerekçeleri arasında olduğu vurgulanmıştır²⁸⁶. Gerçekten de ön plana

²⁸⁴ Bu yöndeki madde gerekçesi için bkz. 931 Sayılı İş Kanunu Tasarısı Hükümet Teklifi, 1. madde gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, S.Sayı:1030, 3. Süzek, 152. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 25. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 67. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 67. Çifter, 25. Çelik, 2010, 49. Mollamahmutoğlu, 175. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Ünsal, 541. Arıcı, 486, 501. Akyiğit, Şerh, C.1, 115. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Çankaya/Çil, 2009, 43. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 66. Yüksel, 52. Esener, 79. Aydemir, 124. Turan, 256-257. Akyiğit, Şerh, C.1, 115. Çenberci, 149. Uygur, 268. Akın’a göre de kanun koyucu bu düzenlemeyle, “tümüyle işçinin zararını karşılayacak daha büyük bir ekonomik gücü bir araya getirmeyi” amaçlamaktadır (Akın, 236).

²⁸⁵ Üçlü iş ilişkilerinde, işçinin doğrudan işvereni yanında onun işgücünden veya sunduğu hizmetten yararlanan “kullanıcı”nın (*user*) da sorumlu tutulması yönünde, karşılaştırmalı hukukta da çeşitli düzenlemelere rastlanmaktadır. Bu sorumluluk bazen “müteselsil” sorumluluk şeklinde düzenlenirken, bazen “tali sorumluluk” şeklinde düzenlenmektedir (ILO, 49). Örneğin, Arjantin’de eğer “kullanıcı firma” (asıl işveren) müteahhidin veya alt işverenin işçilerine karşı iş hukuku ve iş sağlığı ve güvenliğinden kaynaklanan yükümlülüklerine uyup uymadığı konusundaki *denetsel yükümlülüğünü yerine getirmezse* “birlikte sorumluluk” sonucuna katlanmak durumunda kalmaktadır. Ancak bu koruma mekanizmasının “teorik” olarak kaldığı, işçilerin uygulamada genellikle söz konusu korumayı kullanma imkanı doğuracak bir pozisyonda olmadığı da belirtilmektedir (ILO, 50).

²⁸⁶ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 67. Güzel’e göre de müteselsil sorumluluğun gerekçelerinden biri, asıl işverenlerin işçilerin emeği sayesinde bir artı değer elde etmeleridir (Güzel, Alt İşveren, 52). Ünsal ise, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinde onun hukuki tasarruf ve hakimiyet alanı içinde çalıştıklarını; asıl işverenin alt işveren işçilerinin yaptıkları işten doğrudan ya da dolaylı olarak yararlandığını bu nedenlerle de asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun hem hukuki hem ahlaki bir sorumluluk olduğunu belirtmektedir (Ünsal, 542).

çıkan gerekçe genellikle maddi yetersizlikleri bulunan alt işverenlerin, işçilerinin haklarını ödeyememe olasılıklarına karşı bir güvence oluşturmak olsa da geri planda adalet ve hakkaniyet düşüncesi de bu sorumluluğu makul göstermektedir. Nitekim alt işveren işçileri, nihai olarak asıl işveren yararına iş yapmaktadırlar.

Öte yandan, birlikte sorumluluk kuralı sayesinde işverenlerin, alt işveren seçerken dikkatli davranmaları ve bu konuda gereken özeni göstermeleri gerekecektir²⁸⁷. Nitekim Avrupa Parlamentosu da 2009 yılında kabul ettiği bir raporda, “birlikte sorumluluk” düzenlemelerinin, asıl müteahhidi (asıl işvereni) sözleşme yaptığı tarafın güvenilir olup olmadığı ve yasal gerekliliklere uyum konusunda istekli olup olmadığı konusunda daha dikkatli olmaya iteceğini belirtmiştir²⁸⁸.

1. Sorumluluğun Niteliği

a) Genel Olarak

Kanunun ilgili maddesinde asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı “birlikte sorumlu” olduğundan söz edilmiştir. “Birlikte sorumluluk”²⁸⁹ (borçluluk), bir borç ilişkisinde *borçlu tarafın birden fazla olduğu* durumu ifade eden bir üst kavram olup öğretide esas itibarıyla “bölünmez borçluluk”, “kısmi borçluluk”, “elbirliği ile borçluluk” “tali borç”²⁹⁰ ve “müteselsil borçluluk” şeklinde beş türe ayrılmaktadır²⁹¹. İş Kanununda birlikte sorumluluğun türü açık bir şekilde belirtilmediğinden, bu

²⁸⁷ Uygur, 269. Nitekim Çenberci’ye göre, işyerinin ona (asıl işverene) ait olması ve alt işveren seçmekte gerekli titizliği göstermemek suretiyle yüklemine yerine getirilmemesinde dolaylı olarak kusurunun bulunması” asıl işverenin sorumluluğunu açıklayacak niteliktedir (Çenberci, 151). Bu husus Cumhuriyet Senatosunda sözcünün konuşması sırasında da dile getirilmiştir. “... bu madde, bu şekilde taşeronla işveren arasında, işverenin asıl işverenin müşterek ve müteselsil mesuliyetini kabul etmek suretiyle asıl işverenin temin edeceği taşeronların vasıflarında daha dikkatli, daha titiz bulunmalarını sağlamak için müşterek ve müteselsil mesuliyet esasını kabul etmiştir. O itibarla, böyle bir mesuliyet altında bulunduğunu şu kanun hükmüyle bilen işveren asıl işveren bir işi taşeronu verirken o taşeronu kendisi bizzatı yakın kontrol ve murakebe etmek durumunda kalacaktır...” (Çenberci, 151, dn.136).

²⁸⁸ Raporla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, § 5, I.

²⁸⁹ Doktrinde Eren, birden çok borçlunun mevcut olduğu borç ilişkilerini “ferdi borç ilişkileri” ve “elbirliği halinde borç ilişkisi” şeklinde ikiye ayırmaktadır. Yazar, alacaklı bütün borçları birlikte değil, ayrı ayrı, ferdan de takip edilebileceği için “birlikte borçluluk” ifadesi yerine “ferdi borç ilişkisi” deyimini kullanmaktadır. Yazar ferdi borç ilişkisini ise, “bölünmez borç”, “kısmi borç”, “tali borç”, “müteselsil borç”, “kümülatif borç” olarak beşe ayırmaktadır (Eren, 1147 vd.- 1148, dn.1).

²⁹⁰ Eren, 1151-1152.

²⁹¹ Akıntürk, 4 vd. Çelik, 2010, 50, dn.16. Yüksel, 50. Tarihsel olarak sadece 3008 sayılı İş Kanunu’nun 5518 sayılı Kanun’la değiştirilen 1/4 maddesinde “müşterek ve müteselsil” sorumluluktan söz edilmiştir. Bu ifade doktrinde müşterek ve müteselsil sorumluluk kavramlarının birbirinden farklı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir (Saymen, 195-196. Tunçomağ, 135).

konuda yorum yapma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. “Bölünemez borçluluk”, birden çok kişinin *bölünemez bir edim*²⁹² için borçlanması, “elbirliği ile borçluluk” ise alacaklının, borcu borçluların her birinden değil de *tamamından* talep ve dava edebildiği, borçluların da edimi hep birlikte bölünmeden yerine getirmek zorunda olduğu borç ilişkisidir²⁹³. Görüldüğü gibi, her iki borçluluk türü de alt işveren ilişkisinin niteliğine uygun düşmemektedir. Birlikte sorumluluğun diğer bir türü olan “kısmi borçluluk”ta, birden çok borçludan her birinin alacaklıya karşı edimin bir kısmını üstlenmesi söz konusudur. Buna göre kısmi borçlulukta borçlulardan birinin kendi borcunu ifa edememiş olması durumunda alacaklı bu borç için diğer borçlulara müracaat edemeyip bunun sonucuna katlanmak zorunda kalmaktadır²⁹⁴. O halde kısmi borçluluk da asıl işverenin birlikte sorumluluğunun konuluş gerekçesine uymamaktadır. “Tali borçluluk” ise, borcu birinci sırada ifa yükümlülüğü olan kişinin ifa etmemesi durumunda, onun arkasında yer alan ve borçtan ikinci derecede sorumlu olan diğer borçludan borcun istenebildiği borç ilişkisidir²⁹⁵. Kanımıza göre bu borçluluk türü de alt işveren ilişkisi bakımından uygun düşmez. Çünkü bu durumda, özellikle alt işverenin ekonomik bakımdan zayıf olduğu hallerde, alt işveren işçinin doğrudan asıl işverene başvurabilme imkanı ortadan kalkmaktadır.

Sonuç itibarıyla gerek söz konusu hükmün amacı gerek işçiyi koruma ilkesi ışığında, asıl işverenin sorumluluğunun “müteselsil sorumluluk” olduğu sonucuna varılmalıdır²⁹⁶. Nitekim asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı birlikte sorumluluğunun niteliğinin “müteselsil sorumluluk” olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır²⁹⁷. Yüksek mahkeme de yerleşmiş içtihadıyla bu esası kabul etmiştir²⁹⁸.

²⁹² Bir ressama ait tablo örneğinde olduğu gibi “parçalara bölündüğü zaman, niteliği değişen veya değeri azalan edime bölünemez edim denir” (Eren, 1149).

²⁹³ Eren, 1148 vd. Akıntürk, 8 vd.

²⁹⁴ Akıntürk, 17.

²⁹⁵ Eren, 1151.

²⁹⁶ Tunçomağ, işçiyi koruma ilkesinin yanı sıra “tarihi yorum” esasının da bu sonucu desteklediğini belirtmektedir. Buna göre metnin ilk hükümet gerekçesinde söz konusu sorumluluk, müteselsil sorumluluk şeklinde belirtilmiştir (Tunçomağ, 135-136).

²⁹⁷ Süzek, 152. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 26. Çelik, 2010, 50. Şahlanan, Kavram, 193. Aynı yazar, Alt İşveren, İHD, 328. Arıcı, 501. Akın, 235. Kaplan, 232. Aktay, Alt İşveren, 17. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68. Mollamahmutoğlu, 174. Güzel, Alt İşveren, 51, 55. Aynı yazar, Taşeron Uygulaması, 8. Alpagut, Yeni Yapılanma, 23. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Aynı yazar, 23 vd. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 69. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Çifter, 25. Ünsal, 541. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 66, 78. Akı, Değerlendirme 1998, 16. Şen, Yeni İş Yasasında, 90. Yüksel, 50. Akyiğit, Şerh, C.1, 116. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 700. Ekmekçi, İSG

b) Müteselsil Sorumluluk

Müteselsil borçluluk, “alacaklının birden çok borçlunun her birinden borcun tamamının ifasını isteyebildiği ve borcun tamamı ifa edilinceye kadar borçluların tamamının sorumlu olduğu borç ilişkisidir”²⁹⁹. Müteselsil sorumluluğun özelliği, birden fazla kişinin aynı borçtan *borcun tamamı için ve aynı derecede* sorumlu olmasıdır³⁰⁰. Bununla birlikte edimin yalnız bir defa ifa edilmesi ile borç sona erer. Diğer bir ifadeyle, alacaklı borçlulara karşı birbiriyle yarışan talep hakkına (taleplerin yarışması hakkına) sahip olup borçlulardan biri tarafından tatmin edilmesi halinde, diğerlerinden herhangi bir talepte bulunamaz³⁰¹. Müteselsil borç, kural olarak sözleşmeden doğmakla birlikte kanunun gösterdiği hallerde de doğabilir³⁰² (BK 141/2).

Müteselsil sorumlulukta, sorumlular arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi yoktur³⁰³. Buna göre alacaklı alacak hakkının tamamını veya bir kısmını borçluların tamamından, birkaçından ya da yalnız birinden talep edebileceği gibi, bu talebini

Uygulamaları, Tebliğler, 23. Şen/Naneci, 41. Demir, Değerlendirme 1988, 24. Taşkent, 366. Canbolat, 70 vd. Aydemir, 124 vd. Çankaya, 23. Çankaya/Çil, Alt İşveren, 65-66. Ekmekçi, Tasarı, 67. Şahlanan, Genel Hükümler, 27. Tunçomağ/Centel, 58. Tunçomağ, 135-136. Uygur, 269. Aktay, Alt İşveren, 17. Reisoğlu, Birden Çok İşveren, 4. Elbir, 8. Esener, 79. Çenberci, 149 vd. Müteselsil sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, 29 vd. Eren, 1152 vd. Reisoğlu, 426 vd. Oğuzman/Öz, 836 vd.

²⁹⁸ Bu yöndeki karar örnekleri için bkz. Y9HD, 11.5.2004, 1126/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, 4. Y9HD, 10.12.2007, 32136/37354, Legal 2008, 17, 140. Y9HD, 11.4.2006, 30239/9500, Legal, 1035-1036. Y9HD, 26.6.2006, 15271/18903, Legal, 1473-1474. Y9HD, 6.2.2006, 17213/2266, Çankaya/Çil, 2009, 216-217. Y9HD, 21.7.2008, 23429/20721, ÇT, 2009/1, 300-302. Y9HD, 28.5.2007, 7018/17067, Çankaya/Çil, 2009, 172-173.

²⁹⁹ Eren, 1152. Başka bir tanıma göre müteselsil borçluluk, “bir irade beyanı veya kanun hükmü dolayısıyla bir edimin birden ziyade borçlularından her birinin tamamını ifa etmekle yükümlü bulunduğu, alacaklının ise tamamını ifa etmekle yükümlü bulunduğu, alacaklının ise tamamını ancak bir defa elde etmek üzere edimi borçlulardan dilediği birinden talep etmeye yetkili olduğu ve borçlulardan birinin ifası veya ifa yerini tutan fiiliyle diğerlerinin bu oranda alacaklıya karşı borçtan kurtulacakları bir birlikte borçluluk halidir” (Akıntürk, 35). Diğer bir tanıma göre müteselsil sorumluluk “bir irade beyanı veya kanun hükmü dolayısıyla bir edimin birden çok borçlusunun her birinin edimin tamamını ifa etmekle yükümlü bulunduğu ve alacaklının ise tamamını ancak bir defa elde etmek üzere borçlulardan dilediği birinden talep etmeye yetkili olduğu ve borçlulardan birinin ifası ile diğerlerinin bu oranda alacaklıya karşı borçtan kurtulduğu borçluluk (sorumluluk) halidir” (Şen/Naneci, 42). Diğer bir tanım için bkz. Oğuzman/Öz, 839.

³⁰⁰ Akıntürk, 36 vd. Eren, 1153 vd. Reisoğlu, 425 vd. Oğuzman/Öz, 841 vd. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 69. Demircioğlu, 44. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 78. Yüksel, 50. Ayan, 514, 520. Canbolat, 70 vd.

³⁰¹ Eren, 1153. Akıntürk, 40 vd. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70. Şen/Naneci, 41-42. Çenberci, 150.

³⁰² Eren, 1156. Akıntürk, 123 vd. Reisoğlu, 425. Oğuzman/Öz, 845-846.

³⁰³ Eren, 1157. Akıntürk, 36 vd. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Şen/Naneci, 42. Bu durum alacaklının hukuki durumunu kuvvetlendirir, teminat altına alır ki alacaklının bu ayrıcalıklı konumu “paşa durumu” olarak adlandırılır (Eren, 1157).

borçlulara karşı ister aynı anda ister ard arda yapar³⁰⁴ (BK 142/1). Yine, alacaklı alacağını herhangi bir borçludan talep eder ve bu borçlu ifada bulunmazsa, diğer borçlulara yönelebilir³⁰⁵. Bununla birlikte borcun tamamen edasına kadar bütün borçluların sorumluluğu devam eder (BK 142/2). Diğer bir ifadeyle borçlular, davanın açılması, hükmün verilmesi ve hatta ilamın icraya konulması ile borçtan kurtulmazlar; borçtan kurtulma ancak *alacaklının tamamen tatmin edilmesiyle* gerçekleşir³⁰⁶. Öte yandan, müteselsil borçlulardan biri, ödeme veya takas ile borcun tümünü veya bir kısmını sona erdirdiyse, sona eren borç oranında diğer borçlular da kendiliğinden borçtan kurtulur³⁰⁷ (BK 145/1). Yine, alacaklı borçlulardan birine müracaat ederek borcun bir kısmının ifasını talep etmiş olsa bile, bu borçlu edimin tamamını ifa ederek borcu sona erdirmek hakkına sahiptir³⁰⁸. Öte yandan, alacaklının ifa için dilediği borçluya başvurabilmesi, borcun bütün borçlular açısından muaccel hale gelmesine bağlıdır³⁰⁹.

Bu kurallar doğrultusunda, alt işveren işçilerinin haklarını sadece alt işverenden ya da sadece asıl işverenden veya her iki işverenden ortak olarak talep etmeleri mümkündür³¹⁰. Diğer bir deyişle alt işveren işçisi, alt işveren işçileri alt işverenden haklarını alamazlarsa, doğrudan doğruya asıl işverene başvurabilir ve ödemediği takdirde de dava açıp talepte bulunabilir³¹¹. Yine müteselsil borçluluğun

³⁰⁴ Eren, 1157. Akıntürk, 36 vd. Oğuzman/Öz, 847 vd. Diğer bir deyişle, borçlulardan her biri borcun tamamı ile sorumlu olmasına rağmen, alacaklı borçludan edimin tamamını talep etmek *mecburiyetinde olmayıp* bu yetkisini kullanıp kullanmamak onun tercihinin bırakılmıştır (Akıntürk, 37). Yine alacaklı, alacağını borçlulardan yalnız birinden talep etmekle diğerlerine karşı sahip olduğu dava hakkından feragat etmiş olmaz (Akıntürk, 39).

³⁰⁵ Eren, 1157.

³⁰⁶ Eren, 1157. Akıntürk, 40. Reisoğlu, 426. Ancak borçlanılan paranın borçlulardan biri tarafından icraya yatırıldığı anda icra takibatı, diğer borçlulara karşı da düşer (Eren, 1157).

³⁰⁷ Reisoğlu, 426. Oğuzman/Öz, 852.

³⁰⁸ Akıntürk, 37. Öte yandan alacaklı borçluların birinden ifa talebinde bulunmuş olsa bile, diğer bir borçlunun ifada bulunmasına bir engel yoktur (Oğuzman/Öz, 847).

³⁰⁹ Akıntürk, 38. Reisoğlu, 426. Buna göre, anlaşmada tek bir vade tayin edilmeyip her borçlu için ayrı vadeler tepsi edilmişse, borç her borçlu için farklı tarihlerde muaccel hale geleceğinden, alacaklı ancak borcu muaccel hale gelmiş olan borçluya müracaat edebilecektir (Akıntürk, 38).

³¹⁰ Süzek, 152. Çelik, 2010, 50. Şahlanan, Alt İşveren, İHD, 328. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 69. Akı, Değerlendirme 1998, 16. Güzel, Taşeron Uygulaması, 8. Demircioğlu, 44. Çankaya/Çil, 2009, 42-43. Çankaya, 23. Günay, Alt İşveren, 33. Şen, Yeni İş Yasasında, 90. Akyiğit, Şerh, C.1, 116. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 700. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 78. Yüksel, 50. Ayan, 521. Şen/Naneci, 41-42. Demir, Değerlendirme 1988, 24. Aydemir, 125. Esener, 79. Taşkent, 366. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Canbolat, 71 vd.

³¹¹ Şahlanan, Kavram, 193. Aynı yazar, Alt İşveren, İHD, 328. Akyiğit, Şerh, C.1, 116. Aydemir, 125. Canbolat, 71 vd. İşçinin önce alt işverene dava açmasının, daha sonra asıl işverene dava açmasına engel oluşturmadığı yönünde bkz. Y9HD, 11.5.2004, 16658/11266, Çankaya/Çil, 2009, 280-281. Canbolat'a göre, eğer alt işveren işçisi önce kendi işverenini takip etmek zorunda bırakılsaydı, alt

özelliği gereği, asıl işverenin veya alt işverenin borcu ifası, diğerini ya da diğerlerini borçtan kurtarır³¹². Diğer bir ifadeyle alt işveren işçisi, asıl işveren ve alt işverenlerden birinden tahsil ettiği alacağını diğerinden yeniden talep edemez³¹³.

Doktrinde bazı yazarlarca müteselsil sorumluluk, “eksik (nakıs) teselsül”- “tam teselsül” şeklinde ikili bir ayrımada ele alınmaktadır³¹⁴. Buna göre Borçlar Kanununun 50. maddesinde “tam teselsül”, 51. maddesinde ise “eksik (nakıs) teselsül” yer almıştır. 50. maddeye göre, “*Birden fazla kimseler müşterek kusurları ile zarar yaparlarsa, ister teşvik eden ister fail veya yardımcı olsun, zarar görene karşı her bir müteselsilen sorumlu olur*”. 51. maddeye göre ise, “*Birden fazla kimselerin, zarar görene karşı aynı zarar için muhtelif hukuki sebeplerden, ister haksız fiilden, isterse akit veya kanun hükmünden dolayı sorumlu olmaları halinde bunlara, müşterek kusurla zarar yapan kişiler arasındaki rücu dair hüküm kıyasen uygulanır. Bununla beraber kural olarak tazminat, önce haksız fiile zararı yapana ve en son kendi kusuru ve akitten doğan borcu olmaksızın kanun hükmüne göre sorumlu olana yükletilir*”. Doktrinde tam teselsül ve eksik teselsül arasında esas itibariyle üç temel fark ileri sürülmektedir: Buna göre tam teselsül aynı hukuki sebepten doğduğu halde, eksik teselsül ayrı ayrı (muhtelif) hukuki sebeplerden doğar³¹⁵. Ayrıca zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmesinin diğerlerine karşı da kesilmiş sayılacağını öngören BK 134/1 hükmü eksik teselsülde değil tam teselsülde uygulanır³¹⁶. Öte yandan tam teselsülde alacaklıyı tatmin eden müteselsil borçlunun diğer borçlulara rücu hakkı halefiyete dayanırken, eksik teselsülde rücu doğrudan doğruya borçlunun şahsından, onun sahip olduğu bir haktan doğduğu iddia edilmektedir³¹⁷. Bu farklara rağmen hem teselsülde hem eksik teselsülde

işverenlerin sık işyeri değiştirdikleri durumlarda, işçilerin bu işverenleri bulması güçlüğünden dolayı bu işçilere sağlanmak istenen güvence tam olarak sağlanmamış olurdu (Canbolat, 71).

³¹² Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70. Şen/Naneci, 41-42. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Oğuzman/Öz, 852.

³¹³ Çankaya/Çil, 2009, 44. Yüksel, 52. Şen/Naneci, 41-42. Aydemir, 125. Oğuzman/Öz, 852. Uygur, 269.

³¹⁴ Öğretide Eren “yapay ve dayanaksız” olduğu gerekçesiyle bu ayrıma karşı çıkmaktadır. (Eren, 1167). Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısında bu ayrım kaldırılmaktadır (BK Tasarısı, m. 60, 61). Bu konuda ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70, dn.30.

³¹⁵ Eren, 1166. Akıntürk, 137.

³¹⁶ Eren, 1167. Akıntürk, 137. Doktrinde tek teselsül fikrini kabul eden bazı yazarlarca BK 134/1 hükmü Kanunda yer aldığı için her teselsül olayına uygulanması gerektiği savunulmaktadır (Eren, 1167, dn. 91’den)

³¹⁷ Eren, 1167. Eren’e göre bu iddia tutarlı ve önemli olmaktan uzaktır (Eren, 1167).

sorumlulardan her biri borcun tamamından sorumludur³¹⁸. Buna göre her iki teselsül türünde de, zarara uğrayan, tazminat alacağı için sorumlulardan dilediğine müracaat etmekte ve ondan alacağının tamamını veya bir kısmını istemekte serbesttir³¹⁹. Yine sorumlulardan birinin zararı ödemesi halinde, diğerleri bu oranda borçtan kurtulur³²⁰.

Doktrinde ağırlıklı olarak asıl işveren ve alt işveren arasındaki teselsülün “tam teselsül” olduğu iddia edilmektedir³²¹. Bu durumun gerekçesi/sonucu olarak da alt işveren işçilerinin önce alt işverene başvurma mecburiyetinde olmaksızın doğrudan doğruya asıl işverene başvurabilmeleri gösterilmektedir³²². Kanımıza göre bu yerinde bir yaklaşım değildir çünkü yukarıda da belirtildiği gibi iki teselsül türü arasında böyle bir fark bulunmamaktadır. Nitekim bize göre, somut olayda söz konusu ayrımın dikkate alınması gerekirse “eksik teselsül”den söz etmek daha yerinde olacaktır. Çünkü doktrinde de belirtildiği gibi asıl işveren ve alt işveren için müteselsil sorumluluğunun hukuki temelini farklı sebepler oluşturmaktadır³²³. Buna göre alt işveren için sözleşmeden doğan sorumluluk söz konusu iken, asıl işveren açısından kanundan doğan bir sorumluluk vardır. Gerçekten de asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında bir iş sözleşmesi bulunmamasına rağmen kanunun emredici hükmü gereği, asıl işverenin bu işçilere karşı müteselsilen sorumluluğu söz konusudur³²⁴. Bu doğrultuda asıl işveren “alt işveren işçisinin kendi işçisi olmadığını” bu nedenle öncelikle alt işverenin sorumlu tutulması gerektiğini” veya “alt işverenin maddi gücünün yerinde olduğunu” ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz³²⁵. Aynı şekilde asıl işveren, “alt işverene olan bütün borçlarını ödediğini, yaptığı

³¹⁸ Akıntürk, 136.

³¹⁹ Akıntürk, 136.

³²⁰ Akıntürk, 136.

³²¹ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70. Çankaya/Çil, 2009, 43. Aydemir, 124-125. Çifter, 26. Yargıtay da verdiği kararlarda, “Kanunun kullandığı “birlikte sorumluluk” deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması” gerektiğini belirtmektedir (Y9HD, 21.7.2008, 23429/20721, ÇT, 2009/1, 300-302. Y9HD, 18.2.2008, 24560/186, Çankaya/Çil, 2009, 162-164. Y9HD, 9.6.2008, 40942/14420, Çankaya/Çil, 2009, 147-149).

³²² Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70. Çankaya/Çil, 2009, 43. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 66. Aydemir, 124-125. Çifter, 26.

³²³ Elbir, 8. Yenisey, Alt İşveren, 38 vd. Nitekim Elbir de teselsülün tam teselsül olduğunu kabul etmekle birlikte, tamamen sınırsız olmadığını, sorumluluğun temelini değişik sebepler oluşturduğuna göre BK 51/2 nin kıyasen uygulanabileceğini belirtmiştir (Elbir, 8). Öte yandan asıl işveren ve alt işverenin alt işveren işçisine müşterek kusurlarıyla bir zarar vermeleri de söz konusu değildir.

³²⁴ Şahlanan, Alt İşveren, İHD, 328. Asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun, alt işveren işçileriyle asıl işveren arasında bir iş sözleşmesinin varlığı anlamına gelmeyeceği konusunda bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 26-27.

³²⁵ Demircioğlu, 44. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Ayan, 521.

ödemelerden alt işverenin işçisine ücret ve diğer haklarını ödemesi gerektiği” gibi bir savunmayla da sorumluluktan kurtulamaz³²⁶.

Asıl işverenin müteselsil sorumluluğu için, kusurlu olması aranmaz. Bu sebeple doktrinde bu sorumluluğun tipik bir “kusursuz sorumluluk” hali olduğu belirtilmiştir³²⁷. Diğer bir deyişle, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu için kendisine ayrı bir kusur atfına gerek yoktur, o zaten alt işverenin kusurundan sorumludur³²⁸. Diğer yandan, asıl işverenin söz konusu sorumlulukla ilgili olarak herhangi bir katkısı bulunmayıp alt işverenle birlikte hareket ettiği de söylenemez³²⁹. Nitekim alt işveren işçisinin “ödenmeyen işçilik hakları” olgusu kanunen, hem alt işveren hem asıl işveren için ortak sorumluluk sebebi olarak ortaya konmuştur³³⁰. Bu doğrultuda doktrinde asıl işverenin sorumluluğunun “mutlak, kayıtsız şartsız bir sorumluluk” olduğu belirtilmiştir³³¹. Buna göre alt işverenin sıfatı, konumu ve mali durumu veya asıl işverenin mali durumu da bu sorumlulukta belirleyici değildir³³².

Öte yandan asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğunu düzenleyen hüküm kamu düzenine ilişkin olup, emredici niteliktedir³³³. Diğer bir deyişle tarafların aralarında anlaşmak suretiyle bu sorumluluğu sınırlamaları, paylaştırmaları, sadece birini sorumlu kılmaları veya tamamen kaldırmaları İK 2/6 ya

³²⁶ Demircioğlu, 44. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 78. Ayan, 521. Narmanlioğlu, 116. Ekonomi, Asıl İşveren, 9. Sümer, 15.

³²⁷ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Narmanlioğlu, Sorumluluk, 68-69. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 60. Yenisey, Alt İşveren, 38. Bu yönde bkz. Y9HD, 4.11.1993, 5757/15708, Tekstil İşveren, Mart-Nisan 1994, Kararlar Eki. Y10HD, 21.2.1978, 1101/1219, Çenberci, 151-152.

³²⁸ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 24. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, 60. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Ekmekçi, özellikle iş kazalarına ilişkin kusur tespiti davalarında işçinin alacağının daha da güvence altına alınması amacıyla asıl işverene de kusur atfedilmeye çalışıldığını, oysa buna açıklanan nedenle gerek olmadığı belirtmektedir (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 60). Tuncay’a göre de müteselsil sorumluluk ilkesi, kusur sorumluluğu ilkesini bertaraf eden bir ilke değildir (Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8).

³²⁹ Narmanlioğlu, Sorumluluk, 65. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 24.

³³⁰ Narmanlioğlu, Sorumluluk, 65.

³³¹ Narmanlioğlu, Sorumluluk, 69. Bu durum bazı işverenlerce eleştirilmekte ve asıl işverenin sadece - kusuru varsa ve kusuru oranında- sorumlu olması gerektiği ileri sürülmektedir (Kutay, 37).

³³² Narmanlioğlu, Sorumluluk, 69.

³³³ Süzek, 152. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 27. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 25. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Aynı yazar, Değerlendirme 1988, 24-25. Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 23. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Narmanlioğlu, Sorumluluk, 67. Alpagut, Alt İşveren, 36. Engin, Sorumluluk, 19. Şen, Yeni İş Yasasında, 90. Yenisey, Alt İşveren, 38. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 78. Günay, Alt İşveren, 32. Uygur, 270. Yüksel, 50. Demircioğlu, 44. Akyiğit, Şerh, C.1, 118. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 700-701. Ayan, 513. Şen/Naneci, 41-42. Canbolat, 71-72. Yargıtayın bu yönde kararı için bkz. Y9HD, 18.3.1988, 517/3080, Canbolat, 166 ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için Demir, Değerlendirme 1988, 24-25. Yargıtayın bu yönde kararı ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Y9HD, 24.4.2007, 4333/12468, Ekonomi, Değerlendirme 2007, 25-26.

aykırı olduğundan geçersizdir. Bu yönde bir anlaşma (anlaşmaya işçi dahil olsa bile) ancak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurabilir; işçileri bağlamaz³³⁴⁻³³⁵. Bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre, buradaki emredicilik “nispi emredicilik”tir³³⁶. Buna göre söz konusu hükmün işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün olmamakla birlikte işçi lehine genişletilmesi mümkündür.

Asıl işverenin birlikte sorumluluğu, *hukuki sorumluluk* olup cezai sorumluluğu içermemektedir³³⁷. Zira cezaların kişiselliği ilkesi gereğince alt işverenin cezai sorumluluğundan asıl işverenin de birlikte sorumluluğu söz konusu olmaz³³⁸⁻³³⁹. Buna karşılık genel hükümlere göre asıl işverenin de -alt işveren gibi- kişisel olarak cezai sorumluluğu bulunmaktadır.

Diğer yandan, asıl işverenin birlikte sorumluluğu idari sorumluluğu da içermez. Buna göre idari anlamda sorumluluğu oluşturan asıl yaptırım olan idari para cezaları da işverenin (veya işveren vekilinin) şahsına yönelik olup asıl işverenin bu

³³⁴ Soyer, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, 23. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 65. Demir, Değerlendirme 1988, 24-25. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 59. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 24. Yüksel, 50. Akyiğit, Şerh, C.1, 118. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 700-701. Alpagut, Yönetmelik, 60. Ayan, 514. Şen/Naneci, 41-42. Canbolat, 71-72. Uygur, 270. Söz konusu anlaşmanın işçiyi bağlamadığı ancak iç ilişkide hüküm doğurabileceği yönünde bkz. Y9HD, 26.2.2007, 35770/5071, Çankaya/Çil, 2009, 194. Y9HD, 18.3.1988, 517/3080, Tekstil İşveren, Eylül 1988, 20. Kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Demir, Değerlendirme 1988, 24.

³³⁵ Asıl işverenler genellikle, alt işverenle aralarındaki sözleşmeye, işçilerine karşı yükümlülüklerini yerine getirmeleri hususunda ve örneğin, her ay alt işveren işçilerine ait bordro örneklerinin veya ücret ödeme belgelerinin asıl işverene gönderilmesi zorunluluğu gibi kendilerine de bu durumu kontrol yetkisi veren hükümler koymaktadırlar (Şahlanan, Kavram, 193. Aynı yazar, Alt İşveren, İHD, 328). Buna karşılık, alt işverenlerin bu yöndeki hükümlere aykırı davrandığı gerekçesiyle de asıl işverenler sorumluluklarını bertaraf edemezler.

³³⁶ Ekonomi, Değerlendirme 2007, 25. Akyiğit, Şerh, C.1, 118. Demir, Değerlendirme 1988, 24-25. Şen/Naneci, 43. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Canbolat, 71 vd. Söz konusu hükmün kamu düzenine ilişkin olup, işçi aleyhine değiştirilemeyeceği yönünde bkz. Y9HD, 18.3.1988, 517/3080, Tekstil İşveren, Eylül 1988, 20. Kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Demir, Değerlendirme 1988, 24-25.

³³⁷ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 65. Demircioğlu, 44. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Ayan, 520. Şen, Yeni İş Yasasında, 90. Aynı yazar, Taşeronluk, 107. Çankaya/Çil, 2009, 42. Engin, Sorumluluk, 20. Çankaya, 23. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 78. Yüksel, 50. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 63. Şen/Naneci, 43. İş hukuku yaptırımları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, Yaptırımlar, 165 vd.

³³⁸ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 65. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Şen, Yeni İş Yasasında, 90. Aynı yazar, Taşeronluk, 107. Ayan, 520. Şen/Naneci, 43. Örneğin, alt işverenin süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirim yapmamasından kaynaklanan para cezasından asıl işverenin birlikte sorumluluğu yoktur (Şen/Naneci, 43).

³³⁹ Nitekim ceza sorumluluğu kusura dayanan sorumluluk olduğundan salt belirli bir mevkiinin işgali, söz gelimi salt iş güvenliği uzmanı olmak, işyeri hekimi olmak cezai sorumluluk için yeterli değildir (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 63).

cezalardan da müteselsilen sorumlu olduğundan söz edilemez³⁴⁰⁻³⁴¹. Sonuç itibarıyla, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu “hukuki yaptırımlar sonucu hasıl olan işçilik haklarının ödetilmesi” şeklindedir³⁴².

Öte yandan alt işveren işçisinin ölümü durumunda mirasçıları, alacaklarını asıl işverenden ve alt işverenden müteselsil borçluluk esaslarına göre talep edebilirler³⁴³. Diğer bir deyişle, asıl işveren ve alt işverenin müteselsil sorumluluğu mirasçıların açacağı davalarda da uygulanır.

Asıl işverenin *birlikte sorumluluğunun* diğer bir niteliği, bağımsız bir sorumluluk olmayıp alt işverenin sorumluluğunun kesinlikle ortaya çıkması olgusuna bağlı olmasıdır³⁴⁴. Buna göre asıl işverenin sorumluluğu doğrudan kendisinden (kendi davranışından) kaynaklanmayan -alt işverenin kendi işçilerine karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi olgusu ile ortaya çıkan- dolaylı bir sorumluluktur³⁴⁵. Diğer bir deyişle alt işveren, (alt işveren) işçisinin işvereni sıfatıyla onun işçilik haklarına herkesten ve her şeyden önce muhatap olacak; ancak bu

³⁴⁰ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 68. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Engin, Sorumluluk, 20. Gerek, İdari Para Cezaları, 179 vd. Nitekim Gerek’e göre alt işverenlerin idari para cezalarından asıl işverenlerin sorumlu tutulmamaları yerindedir çünkü böyle bir yaklaşımın doğuracağı sakıncalardan biri, alt işverenleri daha rahat ve sorumsuz davranışlara itebilecek olmasıdır (Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının aksi yöndeki bir genelgesi ve Gerek’in eleştirisi için bkz. Gerek, İdari Para Cezaları, 179 vd). İşverenlerin idari sorumluluğu konusunda bkz. Akın, Sorumluluk, 89 vd. Süresinde sigorta prim bildirgesi vermeyen ve hakkında idari para cezası kararı verilmiş olan alt işverenin Kuruma karşı sorumlu olduğu, fakat asıl işverene sorumluluk yüklenemeyeceği yönünde bkz. (Y9HD, 14.9.1998, 5238/5445, İşveren, Mart 1999). Öte yandan, 5763 sayılı Kanun ile İK 98/1 hükmü değiştirilerek aynı yasanın 3/2 hükmündeki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı idari para cezası verilebileceği öngörülmüştür (Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, §4, I, 2).

³⁴¹ Diğer bir idari yaptırım olan, “işin durdurulması veya işyerinin kapatılması” (İK 79) yaptırımı, çoğunlukla alt işveren işyerini de etkiler. Nitekim İK 79 uyarınca işyerinde işçilerin yaşamı için tehlikeli bir husus tespit edildiğinde, tehlikenin niteliğine göre işin tamamen veya kısmen durdurulması ya da işyerinin kapatılması söz konusu olur. İşte asıl işverenin işyerinden kaynaklanan tehlike, çoğunlukla alt işveren işyerini ve işçilerini de etkileyeceğinden alt işverenin yürüttüğü işin de kısmen veya tamamen durdurulması ya da işyerinin kapatılması gündeme gelecektir. Uygulamanın da bu yönde olduğu konusunda bkz. Özcan, Soru-Cevap, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi, 2008, 30-31.

³⁴² Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 68. Sosyal Güvenlik Hukukunda bu sorumluluğun daha geniş olduğuna ilişkin olarak bkz. Güzel/Okur, B.10, 2004, 138. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 68, dn.27.

³⁴³ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 28. Yüksel, 50. Tunçomağ/Centel, 59. Esener, 79-80. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Aydemir, 129. Uygur, 269.

³⁴⁴ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 24. Engin, Sorumluluk, 19. Ekmekçi’ye göre de somut olayda alt işverenin bir kusuru söz konusu değilse, asıl işverenin de bir kusurundan söz edilemez. Asıl işveren alt işverenin kusuru oranında sorumludur (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 60). İşverenin hukuki sorumluluğunun koşullarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, 53 vd.

³⁴⁵ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70. Yüksel, 50. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 60. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 24.

hakları ödenmemesi durumunda asıl işveren de onunla birlikte sorumlu olacaktır³⁴⁶. Doktrinde başka bir yazar da, alt işveren ilişkisinin fonksiyonun ancak alt işveren işçilerine karşı yükümlülüklerini yerine getirmediği zaman ortaya çıktığını belirterek bu hususa vurgu yapmıştır³⁴⁷. Bu doğrultuda asıl işverenin sorumluluğunun bir “sonuç sorumluluğu” olduğu belirtilmektedir³⁴⁸. Buna göre asıl işverenin alt işveren tarafından ödenmiş olan işçilik hakları gibi, beklenen (muntazar) işçilik haklarından da sorumluluğu söz konusu değildir. Zira gerçekleşmemiş ve bütün sonuçlarıyla doğmamış işçilik haklarının alt işveren tarafından ödenmediğinden söz edilemez³⁴⁹. Öte yandan asıl işverenin kusurundan ya da davranışından dolayı alt işverenin de müteselsilen sorumlu olması söz konusu değildir³⁵⁰⁻³⁵¹.

³⁴⁶ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70. Diğer bir deyişle, ancak alt işverenin sorumluluğunun ortaya çıkmış olması durumunda, asıl işverenin de müteselsil sorumluluğu ortaya çıkabilecek takip ve dava edilebilecektir (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 24). Bu esasın 931 sayılı İş Kanunu gerekçesinde de bulunduğu hususunda bkz. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70, dn.32. Alt işveren, işçilerinin haklarını gereği gibi ifa ettiği sürece asıl işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır (Arıcı, 501-502).

³⁴⁷ Arıcı, 501.

³⁴⁸ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 71. Aynı durum sosyal güvenlik hukuku açısından da söz konusudur. Buna göre örneğin, asıl işverene yüklenen sorumluluk, aracıya ilişkin defterleri göstermek, aracısının kayıtlarını usulüne uygun düzenlemek ve ibraz etmek değildir. Asıl işverenin sorumluluğu, aracının yasal görevlerini yerine getirmemesi durumunda “sonuçtan sorumlu olmak” anlamındadır (Güzel/Okur, 134). Bu yönde karar için bkz. Y10HD, 2.4.1981, 2652/4681, Güzel/Okur, 134.

³⁴⁹ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 71.

³⁵⁰ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 68. Aynı yazar, 116. Ayan, 521, dn.64. Yüksel, 49. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Yargıtay da verdiği bir kararda, olayda işveren kusurlu olup, araçların herhangi bir kusuru bulunmadığı saptandığına göre, araçlar hakkında dayanışmalı sorumluluk esaslarının uygulanmasının söz konusu olamayacağı sonucuna varmıştır (Y10HD, 8.3.1979, 6619/2062, Uygur, 273). Aynı yönde Y9HD, 17.4.1973, 22740/11506, Çenberci, 151.

³⁵¹ Somut olayda asıl işverenin işyeri sahibi sıfatıyla sorumluluğu olması ihtimali bulunmaktadır (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 60). Gerçekten de BK 58 uyarınca, bir bina veya diğer inşa eserinin maliki, bunların tesis ve yapımındaki bozukluğun veya bakımındaki eksikliğin üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumludur. Bu sorumluluk bir sebep sorumluluğu olup, eser maliki zararın meydana gelmemesi için, eserin yapım ve bakımı konusunda durumun gerekli kıldığı her türlü özeni gösterdiğini kanıtlayarak dahi sorumluluktan kurtulamaz. Belirtmek gerekir ki burada sorumluluk için yapı eseri ile sorumlu arasında mülkiyet ilişkisi bulunmalıdır (Eren, 609-611). Öte yandan İngiliz hukukunda da 1957 ve 1984 tarihli “Occupiers Liability Act”, Türk hukukundaki “bina eseri maliki”nin sorumluluğuna benzer bir sorumluluk öngörmektedir. Ancak bu sorumluluk, binanın (işyerinin) sahibinin yanı sıra, *işyerinin kontrolünü elinde tutan “müteahhit”* için de öngörülmüştür. Burada binaya gelen *ziyaretçileri*, söz konusu işyerine kendisinin izni olmaksızın giren kişileri tehlikelerden korumak hususunda olayın şartları içinde kendisinden beklenen makul özeni göstermesi beklenmektedir. Ancak işyeri sahibinin (veya müteahhidin), bu işyerinde iş gören müteahhidin kusurundan dolayı bir sorumluluğu kural olarak yoktur fakat güvenilir olduğu bilinmesi beklenen ve denetim/gözetim görevini yerine getirmeyen söz konusu müteahhidi *seçmekte kendi kusuru varsa* bundan dolayı sorumluluğu doğmaktadır (Kloss, 239). Mahkemeye konuyla ilgili olarak yansıyan bir olayda, bir alt işveren işçisi yerel yönetime ait bir işyerinde iş görürken yaralanmıştır. Olayda yerel yönetim söz konusu işi bir müteahhide (asıl işveren) vermiş, asıl işveren de –yerel yönetimden izinsiz ve habersiz olarak- binanın temelinden yıkılması işini bir alt işverene vermiş ve alt işverenin işçisi bu işi görürken yaralanmıştır. Olayda yerel yönetimin “Occupiers Liability Act” çerçevesinde

Söz konusu sorumluluğun diğer bir ön koşulu, 4857 sayılı Kanundaki şartlara uygun geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin kurulmuş ve sürdürülmüş olmasıdır³⁵². Buna göre asıl işverenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, İş Kanunu anlamında bir ilişki gereklidir. Eğer ilişki bu şartları taşıyorsa Borçlar Kanunu anlamında (veya genel hükümlere göre) bir hukuki ilişkiden söz edilebilir fakat asıl işverenin müteselsil sorumluluğu yoktur³⁵³. Örneğin, (alt) işveren üstlendiği işi işçi çalıştırmaksızın kendisi yürütüyorsa veya söz konusu işi kendi işyerinde fason imalat şeklinde yapıyorsa alt işveren ilişkisinden ve dolayısıyla (asıl) işverenin müteselsil sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Yine alt işverenin işçilerini münhasıran o işyerinde çalıştırmaması durumunda da müteselsil sorumluluktan söz edilemez³⁵⁴. Öte yandan asıl işin “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerekleri” olmaksızın alt işverene verilmesi veya muvazaalı bir alt işveren ilişkisinin yaptırımı aşağıda ele alınacaktır³⁵⁵.

sorumluluğunun olmadığı sonucuna varılmıştır. Çünkü müteahhit yerel yönetimin izni olmaksızın alt işveren çalıştırmıştır (ki izinsiz çalışan bu alt işverene “kovboy işveren (müteahhit)” denmektedir. Diğer yandan eğer olayda müteahhidin (asıl işverenin) işi güvenilir olmayan bir şekilde yürüttüğüne ilişkin bir şüphe doğması için bir sebep yoksa, işyeri sahibinin (occupiers) müteahhidin aktivitelerini denetlemesini beklemenin normal olarak mantıklı olmadığı sonucuna varılmıştır (Ferguson v Welsh (1988), Kloss, 239).

³⁵² Şahlanan, Panel, İNTES, 47. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 64. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 66. Ayan, 513. Şen/Naneci, 41-42. Yukarıda da belirtildiği gibi 1475 sayılı kanun döneminde “alt işveren işçilerinin münhasıran asıl işverenin işyerinde çalışması” koşulu yalnızca sorumluluğun bir koşulu olarak kabul edilmekteydi (bkz. yuk. 1.bölüm, § 3, IV).

³⁵³ Şahlanan, Yeni İş Kanunu, 32. Aynı yazar, Konferans Notları, 70. Özcan, 99. Bir görüşe göre olayda asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişkinin özel şartları bulunmakta ve buna bir aykırılık söz konusu ise asıl işverenin birlikte sorumluluğundan yine de bahsedilebilecektir. Buna göre “örneğin, Bankaların Destek Hizmet Almalarına ve Bu Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesine İlişkin Yönetmelikte öngörülen şartlara aykırı olarak destek hizmet alınması durumunda, İş Kanununun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında öngörülen şartlara uygun alt işverenlik ilişkisi kurulmuşsa, asıl işveren bankanın 2. fıkra da öngörülen müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Şüphesiz yönetmeliğe aykırı devir, aynı zamanda muvazaa teşkil ediyorsa, İş Kanunu’nun 2/7 hükmündeki yaptırımın uygulanması gündeme gelecektir” (Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 66/son). Gerçekten de anılan yönetmelik, bankaların *ana hizmetlerinin uzantısı veya tamamlayıcısı* niteliğinde hizmet veren destek hizmeti kuruluşlarına ve destek hizmeti alınabilecek konulara ilişkin pek çok sınırlama öngörülmüştür. Örneğin, bankaların münhasıran yönetim kurulu ve iç sistemleri ile ilgili birimlerince icra edilmesi gereken faaliyetlerin destek hizmeti kuruluşlarından sağlanamayacağı belirtilmiştir (m.4/1). Bununla birlikte anılan yönetmelik, bankalarca dışarıdan temin edilmekle birlikte bankacılık faaliyetlerinin uzantısı veya tamamlayıcısı niteliğinde olmayan danışmanlık, reklam, temizlik, güvenlik, yemek, ulaşım, otomatik vezne makinesi ve satış noktası cihazları da dahil olmak üzere her türlü donanımın bakım ve onarımı, banka ve kredi kartı başvuru evraklarının taranarak dijital ortama aktarılması ve veri girişinin yapılarak imaj ve verilerin ilgili kuruma teslim edilmesi ve bunların ekstrelerin elden dağıtımı, temizlik hizmetleri ile hukuk danışmanlığı gibi işleri kapsam dışında bırakmıştır (m.1/2).

³⁵⁴ Tunçomağ/Centel, 58.

³⁵⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 4, I, II.

Diğer taraftan, alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında Borçlar Kanununa, Basın İş Kanununa ya da Deniz İş Kanununa tabi bir işte ortaya çıkması durumunda³⁵⁶ sorumluluğun nasıl tespit edileceği üzerinde durmak gerekir. Bir görüşe göre bu yasalarda asıl işverenin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından ve aynı şekilde Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin hükümleri arasında böyle bir kural bulunmadığından sorunun BK 141 vd. maddelerinde belirtilen müteselsil borçların düzenlendiği hükümler çerçevesinde çözümü mümkün olabilir³⁵⁷. Kanımıza göre de böyle bir durumda genel hükümlere gitmek gerekir. Buna göre bu durumda müteselsil borçluluk taraflar arasında sözleşmeye dayalı olarak ortaya çıkabileceği gibi (BK 141/1), tarafların alt işveren işçisinin uğradığı bir zarardan ortak şekilde sorumlu olmalarıyla da söz konusu olabilecektir (BK 50, 51). Bunun dışında (alt) işverenin sözleşmeden kaynaklı ve koşulları oluştuğunda (asıl) işverenin haksız fiile dayalı (BK 41) sorumluluğundan ayrı ayrı söz etmek gerekecektir.

c)Tarafların İleri Sürebilecekleri Def'i ve İtirazlar

Borçlar Kanununa göre müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı ancak alacaklı ile kendi arasındaki kişisel ilişkilerinden veya müteselsil borcun doğumu veya muhtevasından doğan def'ileri ileri sürebilir (BK 143). Bütün borçluların müştereken haiz oldukları def'ileri dermeyeran etmeyen her müteselsil borçlu diğerlerine karşı sorumlu olur (BK 143). Asıl işveren, kendisinden talepte bulunan alt işveren işçisine karşı alt işverenin borcu ile ilgili sahip olduğu -örneğin, hakkın zamanaşımına uğradığı veya alacağın doğumu ile ilgili şartların gerçekleşmediği şeklindeki- itiraz ve def'ileri ileri sürebilir³⁵⁸. Buna göre asıl veya alt işverence ileri sürülen ve sonuç doğuran “*itiraz niteliğindeki*” savunma diğerini de borçtan kurtarır³⁵⁹. Diğer bir deyişle işverenlerden birinin itiraz niteliğindeki savunmasının kabul edilmesi, diğer işvereni de sorumluluktan kurtarır. Örneğin söz konusu alacağın hiç doğmadığı veya ödendiği şeklindeki itiraz, her iki işveren yönünden de

³⁵⁶ Bkz. Birinci Bölüm, § 3, I, 1, a.

³⁵⁷ Çankaya/Çil, 2009, 40. 5510 sayılı Kanunda her iki işverenin sorumluluğu, 4857 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan sigortalılar açısından da yasal bir zemine sahiptir (Çankaya/Çil, 2009, 40).

³⁵⁸ Akyiğit, Şerh, C.1, 118. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 701. Şen/Naneci, 42-43. Canbolat, 72 vd. Yüksel, 51. Aydınli, Alt İşveren, 190 vd.

³⁵⁹ Akyiğit, Şerh, C.1, 118. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 701. Şen/Naneci, 42-43. Canbolat, 72 vd.

davanın reddini gerektirir. Ancak söz konusu savunmanın “def’i” niteliğinde – örneğin zamanaşımı def’i- olması durumunda sadece birinin bunu ileri sürmesi diğeri için de geçerli olmayacaktır³⁶⁰. Bu durumda söz konusu talep, def’i ileri süren işveren yönünden reddedilip, diğer işveren için kabul edilir (BK 143).

Öte yandan müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya ödemede bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, bu kurtulma diğer borçlular için ancak durumun veya borcun niteliği elverdiği oranda sonuç doğurur³⁶¹ (BK 345/2). Buna göre örneğin, alacaklı borçlulardan sadece birini ibra etmişse -durumun özelliğinden diğer borçluları da ibra etmek istediği çıkarılamıyorsa- diğer borçluların sorumluluğu devam eder³⁶². Kanımıza göre alt işveren işçileri, alt işverenden talep edebileceklerinden fazlasını asıl işverenden talep edemeyeceklerinden³⁶³, alt işverenin borcunun tamamını veya bir kısmını ibra etmeleri asıl işveren için de sonuç doğurur.

d)Asıl işveren ve Alt İşverenin Dava Arkadaşlığı Sorunu

aa)Genel Olarak

Müteselsil sorumluluğun bir sonucu olarak, asıl işveren ve alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmamaktadır³⁶⁴. Buna göre dava, asıl işveren veya alt işverenden herhangi birine yahut her ikisine birden açılabilir³⁶⁵⁻³⁶⁶.

³⁶⁰ Yüksel, 51. Canbolat, 72-73. Müteselsil borçlulukta kişisel (şahsi) def’iler sadece ilgili oldukları borçlu tarafından ileri sürülebilirler. Buna göre örneğin alacaklının borçlulardan birini ibra etmesi veya alacaklılardan birinin kişisel alacağını borcuyla takas etmesi kişisel def’idir (Eren, 1158-1159. Akıntürk, 169). Bu duruma alt işveren ilişkisi açısından tereddütte yaklaşıyoruz. Çünkü aşağıda da görüleceği gibi doktrinde ve yargı kararlarında alt işveren işçilerinin, alt işverenden talep edebileceklerinden fazlasını asıl işverenden talep edemeyecekleri kabul edilmektedir. Bu sebeple sözgelimi alt işveren alt işveren işçisinden olan alacağı ile ona olan borcunu takas yoluyla tamamen sona erdirmişse, asıl işverenin de bu def’iyi ileri sürebilmesi gerekir. Aynı düşünce alt işveren işçisinin alt işverenden olan alacağını “ibra” yoluyla sona erdirmesinde de geçerlidir.

³⁶¹ Reisoğlu, 426. Öte yandan müteselsil borçlulukta aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil borçlulardan biri kendi fiili ile diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz (BK 144). Örneğin, bir borçlunun alacaklı ile yapılan sözleşmeyi sonradan değiştirerek faiz ödemeyi kabul etmesi veya cezai şart öngörmesi, diğer müteselsil borçluları bağlamaz (Eren, 1159. Reisoğlu, 427).

³⁶² Reisoğlu, 426-427. Öte yandan doktrinde, asıl işverenin müteselsil sorumluluğunu doğuran yasa hükmü doğrultusunda alt işverenin temerrüde düşürülmesinin yeterli olduğu, ayrıca asıl işverenin temerrüde düşürülmesinin gerekmediği belirtilmektedir (Alpagut, Yeni Yapılanma, Soru-Cevap, 58).

³⁶³ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 65. Akyiğit, Şerh, C.1, 116, dn. 232. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 700. Güzel, Taşeron Uygulaması, 8. Yüksel, 51. Şen/Naneci, 43-44. Canbolat, 72.

³⁶⁴ Çankaya/Çil, 2009, 47. Şen/Naneci, 41-42. Doktrinde de isabetli olarak belirtildiği gibi, alt işveren ilişkisi şartlara uygun kurulmadığı veya muvazaaya dayandığı durumda bu işçiler başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayıldıklarından gerek iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği davasında gerek geçersiz feshin sonuçlarının sorumluluğunu taşıyacak kişi sadece, asıl işveren görünen aslında gerçek işveren olan kişidir (Ekonomi, Değerlendirme 2007, 27).

³⁶⁵ Bu yönde bkz. Y9HD, 28.4.2005, 12685/14899, Çankaya/Çil, 2009, 53, www.hukukturk.com.

Uygulamada alt işveren işçisinin alacak davasını sadece ihale ile iş alan asıl işverene açtığı bir olayda yerel mahkeme, davaya alt işverenin de dahil edilmesi için işçiye kesin süre vermiş ve bu süre içinde gereği yerine getirilmediği için davayı reddetmiştir. Yüksek mahkeme ise isabetli olarak alt işverenin davaya dahil edilmesinin zorunlu olmadığını, açılan davaya devam edilerek delillerin değerlendirilip buna göre bir karar verilmesine hükmetmiştir³⁶⁷. Öte yandan bir görüşe göre, sadece asıl işverene dava açılması durumunda ispat konusunda

³⁶⁶ Bu konuda uygulamada diğer bir sorun, bir holding bünyesinde yer alan fakat farklı tüzel kişiliğe sahip şirketlerde çalışmış olan alt işveren işçisinin “müteselsil sorumluluk” bağlamında holdingleri hasım gösterip gösteremeyeceğidir. Yargıtayın incelediği bir olayda, alt işveren işçisi iki farklı holdinge bağlı olduğu ileri sürülen şirketlerde üstlenilen yemek işinde çalıştırılmış ve yemek hizmeti verilmesi konusundaki sözleşmenin sona erdirilmesi üzerine işçinin de iş sözleşmesi feshedilmiş; bunun üzerine işçi müteselsil sorumluluğu bulunduğu gerekçesiyle iki holdingi de hasım göstererek işçilik alacaklarının tahsili amacıyla dava açmıştır. Davalı holdingler ise “Doğan grubu bünyesindeki her bir şirketin ayrı bir tüzel kişiliği bulunduğunu bu nedenle grup bünyesindeki bir şirkete ait borçtan diğer bir şirketin sorumluluğunun söz konusu olamayacağını” iddia etmiştir. Olayda ayrıca davacı işçi, yemek hizmeti veren alt işveren şirketin sadece davalı holdinglere hizmet vermek üzere kurulduğunu, davalılar ve grubundan başka gerçek veya tüzel kişiye hizmet vermediğini iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi, davacı işçinin davalı iki holdinge bağlı şirketlere yemek hizmeti verdiği ve bu şirketlerle holdingler arasında “menfaat ilişkisi” bulunduğu gerekçesiyle her iki holding’in “asıl işveren” sıfatı taşıdığı ve işçi alacaklarından sorumluluğu bulunduğu sonucuna varmış ve diğer şirketler hakkındaki davanın husumetten reddine karar vermiştir. Yüksek mahkeme ise, davacı işçinin, “yemek hizmeti veren alt işveren şirketin sadece davalı holdinglere hizmet vermek üzere kurulduğu, davalılar ve grubundan başka gerçek veya tüzel kişiye hizmet vermediği” iddiasının üzerinde durulması gerektiği (diğer bir deyişle olayda bir muvazaanın söz konusu olup olmadığı) ve ayrıca holdinglerle davacının doğrudan hizmet verdiği şirketler arasındaki ilişkinin “organik bağ” ve “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” kavramları ışığında ele alınmadan eksik inceleme yapıldığı gerekçesiyle kararı bozmuştur (Y9HD, 4.7.2008, 12825/18885, ÇT, 2009/1, 20, 365-369). Gerçekten de İş Kanununda işveren, “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” (m.2/1) şeklinde tanımlanmış olsa da birden fazla tüzel kişinin söz konusu olduğu bazı durumlarda işverenin tespiti güçlük arz etmektedir. Bu durum doktrinde şu şekilde açıklanmaktadır: “...faaliyetleri aynı ya da iç içe geçmiş, yönetimlerinde aynı kişilerin bulunduğu; çoğu kez aralarında işçi transferi de yapılan iki şirketten birinde işe alınan ancak diğer şirkette de çalıştırılan ve her iki şirket tarafından kendisine ücret ödenen bir işçinin ya da bir holding çatısı altında yer alan şirketlerden birinden diğerine nakledilerek çalışmasını sürdüren işçinin veya bir tek şirket yerine, mali mevzuatın veya iş mevzuatının bir takım yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla suni bir şekilde kurulan, yönetimi, faaliyet alanı aynı birden fazla şirketten birinde işe alınan, diğer şirketlerde çalıştırılan işçinin işverenin münhasıran kendisini işe alan şirket olarak gösterilmesi pek çok halde işçilik haklarına zarar verecektir. Bu ve benzeri hallerde, işverenin kim olduğu saptanırken, salt hukuki kriterin dikkate alınması, her bir şirketin ayrı bir tüzel kişilik olduğunun ve dolayısıyla farklı işverenlerin olduğunun ileri sürülmesi İş Hukukunun gereklerine uygun düşmeyecektir. Bu itibarla...örnek olarak sıraladığımız ve benzeri durumlarda her bir şirket hukuken yekdiğerinden bağımsız kişiliklere de sahip ise de gerçekte ekonomik ve sosyal bütünlük gösterdiği inkar edilemez. Şu anlamdaki işçiler, aynı ya da benzer çalışma şartlarında, aynı yöneticilerin otoritesine tabi olarak çalıştırılmaktadırlar...farklı yerlerde ve her biri ayrı bir şirket olarak faaliyette bulunmakla birlikte üretim ve ticari bakımdan birbirini tamamlayan şirketlerin bazı koşullar altında bir hukuksal bütünlük oluşturdukları yönünde görüşlerle karşılaşmakta; “örtünün kaldırılması”... teorisi adıyla ifade edilebilecek bu görüşler yukarıda değindiğimiz durumlarda İş Hukukuna uygun çözümler verebilecek nitelikte görülmektedir...” (Mollamahmutoğlu, 159’dan).

³⁶⁷ Y9HD, 23.2.1998, 21408/2275 ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Akı, Değerlendirme 1998, 15-16. Asıl işveren ve alt işveren aleyhine birlikte dava açılabilmesi gibi ayrı ayrı da dava açılabilmesi yönünde bkz. Y9HD, 28.4.2005, 12685/14899, www. hukukturk.com.

güçlükler yaşanabileceği ve örneğin alt işverenin işçilik haklarını ödemiş olması veya işçinin aslında kendisinin iş akdini feshetmesi gibi durumlarda, asıl işverenin bu gelişmelerden haberinin olmamasının mümkün olduğu, bu sakıncaların önlenmesi için -asıl işveren ve alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmamasına rağmen-, ileride rücuya esas olacak şekilde alt işveren işçisinin(işçilerinin) asıl işverene yönelttiği talepleri asıl işverenin alt işverene duyurmasının ya da asıl işveren aleyhine devam eden davanın alt işverene ihbarının yerinde olacağı savunulmaktadır³⁶⁸.

Öte yandan doktrinde bir görüşe göre, iş kazası tazminatı davalarında işçilerin, müteselsil sorumluların tümü aleyhine dava açmadıkları ve taleplerini müteselsil sorumluluğa dayandırmamaları durumunda mahkemenin davaya dahil edilmeyen sorumluların kusur paylarını da davalıya yüklemeleri doğru değildir³⁶⁹. Buna göre iş kazasının müteselsil sorumluluk doğurmuş olması, işçinin maddi tazminat talebini bu hukuksal çerçevede yapmasını gerektirmeyip, tazminat talebi sorumluların her birine ayrı ayrı veya birkaçına kusurları oranında yöneltilebilir. Böyle bir durumda müteselsil sorumluluk oluşmadığından, mahkemenin talebin üzerinde bir karar ile davaya dahil edilmeyen sorumluların kusur paylarını da davalılara yüklemesi mümkün değildir³⁷⁰.

bb) İş İade Davalarında

aaa)Geçerli Alt İşveren İlişkisinde

İşe iade davalarında –bu davanın özelliği gereği- sadece asıl işverenin dava edilemeyeceği kabul edilmektedir³⁷¹. Buna göre davanın alt işverene karşı veya alt işverenle birlikte asıl işverene karşı açılması gerekir³⁷². Çünkü geçerli bir alt işveren

³⁶⁸ Çankaya/Çil, 2009, 47. Çil, Alt İşveren, 33. Şen/Naneci, 41-42. Davanın yalnızca alt işveren aleyhine açıldığı bir davada, davalı vekili, davanın asıl işverene de ihbarını talep etmiş, ancak bu talep ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Yargıtay ise “savunma hakkının kısıtlanmaması bakımından davanın asıl işverene ihbarı yönünde işlem yapılarak işlem yapılması” gerektiğini belirterek kararı bozmuştur (Y9HD, 22.3.2005, 14236/9380, Çankaya/Çil, 2009, 47). Başka bir kararda ise, sadece asıl işverenin davalı gösterilmesi durumunda davanın alt işverene ihbarının sağlanması gerektiği belirtilmiştir (Y9HD, 1.5.2007, 4917/13800, Çankaya/Çil, 2009, 47). Yargıtayın her iki işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu yönünde bir kararı da bulunmaktadır (Y9HD, 11.7.2005, 18089/24781, Çankaya/Çil, 2009, 250).

³⁶⁹ Akın, 238-239.

³⁷⁰ Akın, 238-239.

³⁷¹ Çankaya/Çil, 2009, 51, 53. Süzek, Alt İşveren, Soru-Cevap, 68-69, 73.

³⁷² Bir görüşe göre bu davanın asıl işverene karşı açılabilmesi için fesih anında alt işveren ilişkisinin varlığı gerekmektedir. Buna göre ilişki bittikten sonra iş sözleşmesinin feshinde ortada tek bir işveren

ilişkisinde “işe iade talebi” sadece alt işverene karşı yapılabilir. Diğer bir deyişle, işe iade davasının her iki işverene birlikte açılması durumunda işe iade yükümlülüğü – asıl işverene değil- alt işverene aittir³⁷³. Nitekim Yargıtay da –ilişki muvazaaya dayanmıyorsa- sadece asıl işverene karşı açılan işe iade talepli davanın husumet yokluğu nedeniyle reddinin gerekeceğine karar vermiştir³⁷⁴. Öte yandan asıl işveren işe iade ile yükümlü olmasa da -aşağıda da görüleceği gibi- işe iade davası sonucunda doğabilecek iş güvencesi tazminatı veya işsiz kalanın sürenin dört aylık ücretinden de müteselsilen sorumludur³⁷⁵. Ancak yüksek mahkemenin verdiği bir kararda, asıl işverenin bu haklardan birlikte sorumluluğu için her şeyden önce alt işverene karşı süresinde açılmış bir işe iade davasının bulunması gerektiği belirtilmiştir³⁷⁶.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, asıl işverenin sorumluluğunun sonuç sorumluluğu olmasının bir gereği olarak “likit ve kesin olmayan, miktarı kesin olarak bilinmeyen özellikle ifasının gerektiği ve miktarı bir dava sonunda kesinleşecek” hakların asıl işverenden, önceden talep ve dava edilmesi mümkün değildir. Örneğin alt işveren ilişkisinin devamı sırasında sözleşmesi feshedilen bir alt işveren işçisinin

olduğundan, davanın bu işverene karşı açılması zorunludur (Çankaya/Çil, 2009, 53). Yargıtay da davacı işçinin iş akdi alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra feshedildiğinden, -feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin bir davada- asıl işveren hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir (Y9HD, 17.2.2005, 3257/4494, Çankaya/Günay/Göktaş, 629). Kanımıza göre feshe bağlı haklar, fesihden önce sona ermiş alt işveren ilişkisinin tarafı asıl işverene yöneltilemeye de alt işveren ilişkisi süresince işlemiş ve ödenmemiş olan ücret, fazla çalışma gibi alacaklardan söz konusu asıl işverene sorumluluk yöneltilebilir.

³⁷³ Çankaya/Çil, 2009, 53. Y9HD, 6.2.2006, 17213/2266, Çankaya/Çil, 2009, 216-217. Y9HD, 19.12.2005, 36962/40027. Y9HD, 9.6.2008, 40942/14420, Çankaya/Çil, 2009, 147-149. Y9HD, 11.12.2006, 30338/32729, Legal, 15, 1090-1091. Y9HD, 15.3.2005, 4783/8577, Çankaya/Çil, 2009, 287. Yargıtaya göre, işçinin iş sözleşmesinin feshinde asıl işveren etkili olsa da –muvazaa olgusuna ulaşılmadığı sürece- asıl işveren hakkında feshin geçersizliği ve işe iade kararı verilemez. Yine aynı karara göre, iş sözleşmesini fesih sebebi aynı olsa ve davacı (işçiler) arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunsun bile feshin geçersizliği ve işe iade istemi bireysel nitelikte olduğundan ayrı ayrı 10 işçi tarafından açılan bu tür davaların birleştirilmesi doğru değildir (Y9HD, 2.5.2005, 31881/15110, Çankaya/Çil, 2009, 53, www.hukukturk.com).

³⁷⁴ Y9HD, 28.5.2007, 7018/17067, Çankaya/Çil, 2009, 172-173. Kanımıza göre, sadece asıl işverene açılan işe iade davası husumet yönünden reddedilmeden önce mahkeme re’sen muvazaa incelemesi yapmalıdır.

³⁷⁵ Şahlanan, İşe İade Davası, Karar İncelemesi, 41. Aydın, Alt İşveren, 195 vd. Y9HD, 26.6.2006, 15271/18903, Legal, 1473-1474. Y9HD 6.2.2006, 17213/2266, Çankaya/Çil, 2009, 216-217. Y9HD, 21.7.2008, 23429/20721, ÇT, 2009/1, 300-302. Y9HD, 18.2.2008, 24560/186, Çankaya/Çil, 2009, 162-164 Y9HD, 15.3.2005, 4783/8577, Çankaya/Çil, 2009, 287. Feshin geçersizliği ve işe iade talepli bir davada, asıl işveren işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden müteselsilen sorumlu olduğundan, söz konusu davada asıl işveren hakkında husumetten red kararı verilmesi doğru bulunmamıştır (Y9HD, 18.6.2007, 9610/19487, Legal, 2007/16, 1557-1559).

³⁷⁶ Y9HD, 28.5.2007, 7018/17067, Çankaya/Çil, 2009, 172-173. Nitekim anılan kararda sadece asıl işverene karşı dava açılmış, muvazaa olgusu ileri sürülmüşse de kanıtlanamamıştır.

işe iade ile birlikte ücret ve tazminat taleplerini içeren davasını, *sadece alt işverene yöneltmesi gerekli olup* asıl işverene de yöneltmesi şart değildir³⁷⁷. Bu görüşe göre, alt işverene karşı açılan bir işe iade davasının sonuçlanması ile ortaya çıkan hukuki sonuçlar kesinleşince, asıl işverenin sorumluluğu ancak bu aşamada gündeme gelecektir. Diğer bir deyişle, mahkeme işe iade kararı verdiğinde alt işveren işçisi süresinde başvurmasına rağmen işe başlatılmazsa 4-8 aylık ücreti tutarındaki tazminatı ve çalıştırılmadığı süreye ilişkin en çok dört aya kadar ücret ve eklerini alt işverenden isteyebileceği gibi, asıl işverenden de talep edebilecektir³⁷⁸. Diğer bir yazara göre de, iş güvencesine ilişkin talepler İş Kanunundan doğduğu için, buna ilişkin taleplerden asıl işvereni de sorumlu tutup ona dava yöneltmek mümkün ise de, işe iade talebini ona yöneltmek işin doğasına aykırıdır³⁷⁹. Ancak işe iade kararı üzerine alt işveren işçiyi işe başlatmadığında, iş güvencesi tazminatından ve boşta geçen sürelerle ilişkin ücretten alt işverenle birlikte asıl işverenin de müteselsil sorumluluğu kabul edilir³⁸⁰. Bu yöndeki diğer bir görüşe göre, asıl işverene husumet yöneltilmeksizin sadece alt işverene karşı feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davası açıldığında, işe iade kararı tespit niteliğinde olduğundan alt işverence işe başlatılmayan işçinin, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen sürelerle ilişkin ücretini sonradan asıl işverenden de talep edebileceği kabul edilmelidir. Buna göre asıl işverene karşı bir aylık süre içinde işe iade davası açılmamış olmasının, yasadan doğan sorumluluğu bertaraf etmediği kabul edilmelidir³⁸¹.

Diğer bir görüşe göre ise, işe iade davasının mali sonuçlarından asıl işvereni sorumlu tutabilmek için davada asıl işveren de hasım olarak gösterilmek zorundadır³⁸². Aksi takdirde -asıl işverenin müteselsil sorumluluğu olması nedeniyle

³⁷⁷Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 71. Bu yönde bkz. Y9HD, 20.6.2005, 16691/22017, ÇT, 2005/4, 7, 198-199. Yüksek mahkemenin diğer bir kararında da davacı alt işveren işçisi olduğundan asıl işveren olduğundan hakkında işe iadeye yönelik hüküm kurulamayacağı, asıl işverenin sadece işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinden sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir (Y9HD, 6.2.2006, 17213/2266, Çankaya/Çil, 2009, 216-217). Aynı yönde bkz. Y9HD, 3.5.2005, 3902/15430, Çankaya/Çil, 2009, 232-233. Y9HD, 21.7.2008, 23429/20721, ÇT, 2009/1, 300-302.

³⁷⁸Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 72. Şen/Naneci, 44.

³⁷⁹Akyiğit, Şerh, C.1, 117.

³⁸⁰Yazara göre bu sonuç, ancak geçerli bir alt işverenlik ilişkisinde doğacaktır (Akyiğit, Şerh, C.1, 117).

³⁸¹Çankaya/Çil, 2009, 53-54.

³⁸²Şahlanan, İşe İade Davası, Karar İncelemesi, 41. Aynı yazar, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 84. Narmanlıoğlu ise Şahlanan'ın bu görüşünü eleştirerek, davanın açılmasında hiçbir dahli olmayan asıl işverenin hasım gösterilmesinin şart olmadığını; dava sonunda kesinleşen ve miktarı belli olan işçilik haklarından kanun gereği asıl işverenin de müteselsilen sorumlu olacağını belirtmektedir

davada hasım olmayan bir kişi aleyhine hüküm kurulamaz³⁸³. Buna karşılık yine aynı görüşe göre Yargıtayın, feshin geçersizliğine karar verildiğinde işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödenmesi öngörülen iş güvencesi tazminatının ve işçinin çalıştırılmadığı süre için öngörülen ücretinin likit olarak belirlenmesi gerekmediğine ve sadece söz konusu ödemenin kaç aylık ücret olacağının belirlenmesi şeklinde bir tespit hükmü olarak verilmesinin yeterli olacağına ilişkin içtihadı karşısında alt işveren işçisinin açtığı işe iade davasında asıl işverenin hasım gösterilip gösterilmemesi asıl işverenin sorumluluğu açısından hukuki durumda bir farklılık yaratmaz³⁸⁴. Çünkü tespit niteliğindeki kararın cebri icra yolu ile takibi mümkün olmadığından, işe iade davasının parasal sonuçlarından asıl işverenin de sorumlu tutulabilmesi, alt işveren tarafından ödenmeyen parasal hakların tahsili için yeni bir alacak davasında hasım gösterilmesi şartına bağlıdır³⁸⁵.

Öte yandan alt işverenler değişmesine rağmen alt işveren işçileri aynı kalmışsa –eğer olayda bir işyeri devrinden söz edilebiliyorsa- alt işveren işçilerinin işe iade davasını yeni alt işverene yöneltmesi gerekir³⁸⁶. Bu durumda feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işe iade yükümlülüğü yeni alt işverende olacak ve iş almamanın sonuçlarından yeni alt işveren ve asıl işveren müteselsilen sorumlu olacaklardır³⁸⁷.

bbb)Muvazaalı Alt İşveren İlişkilerinde

İşçi tarafından muvazaalı olduğu iddia edilen alt işveren ilişkilerinde işe iade davalarında husumetin kime yöneltileceği önemli bir sorundur. Zira işçinin böyle bir iddiayla sadece (asıl) işverene dava açması durumunda, iddiasında yanılması³⁸⁸ veya iddiasını kanıtlayamaması olasılığında alt işverene karşı bir aylık dava açma süresini kaçırmaması ihtimali ortaya çıkar. Yine, alt işveren işçisinin -muvazaa iddiası

(Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 72, dn.35). İşe iade davasının her iki işverene birden açılmasının daha “sağlam” olacağı yönünde bkz. Günay, Alt İşveren, Soru-Cevap, 84.

³⁸³ Şahlanan, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 84.

³⁸⁴ Şahlanan, İşe İade Davası, Karar İncelemesi, 41.

³⁸⁵ Şahlanan, İşe İade Davası, Karar İncelemesi, 41.

³⁸⁶ Şahlanan, Konferans Notları, Soru-Cevap, 101. Buna karşılık doktrinde Centel isabetsiz olarak, alt işverenin yeniden ihale girmemesi, alt işveren konumunu devam ettirmemesi durumunda işçinin işe iadesi veya kazanılmış haklarını almasının gerçekleşmeyeceğini belirtmektedir (Centel, Alt İşveren, Soru-Cevap, 61).

³⁸⁷ Şahlanan, Konferans Notları, Soru-Cevap, 101.

³⁸⁸ Nitekim doktrinde belirtildiği gibi, işçinin gerçek işvereni belirleyebilmesi her zaman çok kolay değildir (Çankaya/Çil, 2009, 54).

olmasızın- alt işverene yönelttiği bir işe iade davasında, muvazaa olgusu hakim tarafından re'sen dikkate alınarak muvazaa tespiti yapılabilir ve husumet yokluğu nedeniyle davanın reddi gündeme gelebilir³⁸⁹. Böyle bir durumda da gerçek işverene karşı dava açma süresinin kaçırılması mümkün olabilecektir.

Bir görüşe göre böyle bir olasılığa karşı, davanın her iki işverene karşı da açılması belirtilen riski bertaraf edebilecekse de, bu sefer de yargılama sonunda bir taraf yönünden davanın reddi ve dolayısıyla harç ile vekalet ücreti ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır³⁹⁰. Bu sebeple işe iade davalarında işverenlerden herhangi birine karşı dava açılmasının hak düşürücü süreyi keseceği ve gerekirse “temsilde hata” olarak kabul edilerek işçi lehine yoruma gidilmesi görüşü kabul edilebilir³⁹¹. Nitekim muvazaaya dayanan bir hukuki ilişkinin muvazaanın tarafı olan kişilere hak bahşetmesi de düşünülemez³⁹².

Bu konuda Yargıtayın verdiği bir karara göre, alt işveren uygulaması yasaya uygun değilse veya muvazaaya dayanmakta ise, işçinin husumet konusunda yanlışlığı kabul edilmeli ve davasını gerçek hasma yöneltmesi için süre verilmelidir³⁹³. Buna karşılık başka bir kararda, işe iade davasının muvazaa iddiasıyla sadece asıl işveren hakkında açılması ve muvazaanın kanıtlanamaması durumunda, asıl işveren yönünden davanın reddi gerektiği kabul edilmiş ve alt işveren hakkında da dahili dava yoluyla hüküm kurulamayacağı sonucuna varılmıştır³⁹⁴. Diğer bir kararda, işçi önce alt işveren olarak görünen kişiye karşı işe iade davası açmış, sonradan asıl işvereni de davaya dahil ederek aradaki sözleşmenin muvazaaya dayandığını iddia etmiştir. Yargıtaya göre söz konusu olayda muvazaalı işlem söz konusu olup, işçi baştan itibaren (asıl) işverenin işçisi sayılacağından alt işverenin işyerine iade söz

³⁸⁹ Çankaya/Çil, 2009, 55.

³⁹⁰ Çankaya/Çil, 2009, 54.

³⁹¹ Çankaya/Çil, 2009, 54.

³⁹² Çankaya/Çil, 2009, 54. Yazarlara göre ayrıca, iş güvencesi işçinin en önemli yasal hakları arasında olup dava açma süresiyle ilgili belirtilen durumun işçi lehine yorumlanması olanaklıdır (Çankaya/Çil, 2009, 54).

³⁹³ Y9HD, 15.9.2008, 35331/23492, Çankaya/Çil, 2009, 121-123. Aynı yönde Y9HD, 12.12.2005, 34820/39197, Çankaya/Çil, 2009, 56. Diğer bir kararda, muvazaa iddiasına rağmen alt işveren olarak görünen kişiye karşı işe iade davası açılması halinde, muvazaanın yargıç tarafından re'sen araştırılması gerektiğinden söz edilmiş ve gerçek durumun tespitinin gerektiği belirtilmiştir. Aynı karara, muvazaa tespit edilse dahi gerçek işverene karşı 1 aylık dava süresinin geçmiş olacağı ve bu sebeple yapılacak araştırmanın yasal bir sonuç doğurmayacağından söz edilerek karşı o yazısı yazılmıştır (Y9HD, 8.6.2005, 14300/20282, Çankaya/Çil, 2009, 56, 230).

³⁹⁴ Y9HD, 28.5.2007, 7018/17067, Çankaya/Çil, 2009, 172-173. Benzer yönde bir karar için bkz. Günay, Alt İşveren, 27.

konusu olmaz³⁹⁵. Bununla birlikte gerçek işveren yönünden de “bir aylık dava açma süresi” kaçırdığından, dava bu işveren yönünden de reddedilmelidir.

İlişkinin muvazaaya dayandığı ve işe iade talebinin her iki işverene birden yapıldığı bir durumda ise, işe iade yükümlüsü gerçek işveren olan (asıl) işveren olup davanın alt işveren (görünen kişi) bakımından husumet yokluğu sebebiyle reddinin gerektiği kabul edilmektedir³⁹⁶.

e) Görevli ve Yetkili Mahkeme

Alt işveren işçilerinin müteselsil sorumluluk ilkesi doğrultusunda asıl işverene karşı açacakları davalar da *iş mahkemelerinde* görülür³⁹⁷. Nitekim İş Mahkemeleri Kanununa göre “*İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle...işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi*” konusunda İş Mahkemeleri görevlidir (m.1). Yine İş Mahkemeleri Kanununda yer alan yetki kuralına göre, “*İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz*”(m.5). O halde alt işveren işçisi, işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede her iki işveren aleyhine de dava açabileceği gibi, iki işverenden birinin ikametgahı mahkemesinde dava açması da mümkündür. Nitekim HUMK uyarınca,

³⁹⁵ Y9HD, 12.12.2005, 36137/39139, Çankaya/Çil, 2009, 237-238.

³⁹⁶ Y9HD, 18.2.2008, 24563/187, Çankaya/Çil, 161-162. Y9HD, 25.1.2005, 32270/1470, Çankaya/Çil, 2009, 264. Y9HD, 14.5.2007, 3132/14914, ÇT, 15, 2007/4, 240-243. Y9HD, 16.4.2007, 9474/10635, ÇT, 2007/4, 15, 277-280. Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Çankaya/Çil, 2006, 82-83. Y9HD, 26.11.2007, 38695/35306, Legal, 2008/17, 169-172. Y9HD, 18.6.2007, 9573/19462, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 126-127.

³⁹⁷ Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Akyiğit, Şerh, C.1, 123. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 701. Çankaya/Çil, 2009, 44. Bozkurt Yüksel, 52-53. Şen/Naneci, 45. Canbolat, 76-77. Çenberci, 150. Uygur, 270. Nitekim Akyiğit’e göre, asıl işverenin alt işveren işçisinin alacaklarından sorumluluğuna neden olan olgu, İş Kanunundan ve/veya iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinden kaynaklandığı gibi iş mahkemesinin bir ihtisas mahkemesi niteliği taşıması nedeniyle davanın iş mahkemesinde görülmesi İK 2/6 hükmünün temelinde yatan işçiyi koruma düşüncesine daha uygun düşer (Akyiğit, Şerh, C.1, 123). Bozkurt Yüksel’e göre de, kanun koyucunun amacı bu işçilerin alacaklarını güvence altına alarak, haklarına bir an önce kavuşmalarını sağlamak olduğundan bu konuda da iş mahkemelerinin görevli olması (iş hukuku konusunda uzman bir mahkeme tarafından davaya bakıldığı için) daha hızlı, ucuz ve kolay şekilde sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır. Zira özel iş mahkemelerinin kurulmasının amacı, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümünün ayrı bir uzmanlığı gerektirmesidir (Bozkurt Yüksel, 52).

“...Davalı birden fazla ise, dava bunlardan birinin ikametgahı mahkemesinde açılır...” (9/2)³⁹⁸.

2. Sorumluluğun Kapsamı

a) Sorumluluğun Kapsadığı Alacaklar

İş Kanunu 2/6 hükmünde, “...Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur” düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükme göre asıl işverenin sorumluluğunun kapsamı, alt işverenin işçisine karşı İş Kanunundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri olarak belirlenmiştir. O halde asıl işverenin müteselsil sorumluluğunu doğuran yükümlülüklerin kaynağı sınırlıdır. Bu sayılanların dışında alt işverenin başka kanunlardan³⁹⁹ veya başka sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini ihlalinden asıl işverenin müteselsil sorumluluğu söz konusu değildir⁴⁰⁰. Zira doktrinde de belirtildiği üzere, anılan hüküm sınırlı ve istisnai bir sorumluluğu düzenlemektedir⁴⁰¹.

Buna göre her şeyden önce, alt işverenin alt işveren işçisine karşı İş Kanunundan doğan yükümlülüklerini kapsamaktadır. Bu doğrultuda asıl işverenin kıdem tazminatından, ihbar tazminatından, kötüniet tazminatından, fazla çalışma ücretinden⁴⁰², hafta tatili, bayram tatili ve genel tatil ücretinden, yıllık ücretli izin

³⁹⁸ Nitekim Yargıtayın incelediği bir olayda, ilk derece mahkemesi, dava kendi ikametgahı mahkemesinde açılmadığı için yetki itirazında bulunan asıl işverenin yetki itirazını kabul etmiş, davayı alt işveren yönünden sonuçlandırmıştır. Yüksek mahkeme isabetli olarak HUMK 9/2 hükmü doğrultusunda, her iki işveren hakkındaki davanın birinin ikametgahı mahkemesinde görülebileceğini belirterek kararı bozmuştur (Y9HD, 28.4.2005, 12685/14899, Çankaya/Çil, 2009, 255-256).

³⁹⁹ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çerçevesindeki sorumluluğu, bu kanun içerisinde düzenlenmektedir.

⁴⁰⁰ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 65-66. Çifter, 26. Arıcı, 501. Akyiğit, Şerh, C.1, 116. Yüksel, 51. Çankaya/Çil, 2009, 43. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 66. Şen/Naneci, 43-44. Canbolat, 72 vd. Bununla birlikte Narmanlıoğlu, asıl işverenin “iş ilişkisinden doğan tüm alt işveren borçlarından değil, sadece belirtilen kaynaklardan doğan borçlarından sorumlu olduğunu belirtmekte, diğer yandan asıl işverenin birlikte sorumluluğuna yol açabilecek yükümlülüklerin “tüm işçilik hakları” olduğunu ileri sürmektedir (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 66).

⁴⁰¹ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 65-66.

⁴⁰² Asıl işverenin fazla çalışma ücretinden sorumluluğu bulunduğu ilişkin karar örneği için bkz. Y9HD, 19.6.2003, 499/11580, Çankaya/Çil, 2009, 289.

alacağından⁴⁰³ sorumluluğundan söz edilebilecektir⁴⁰⁴. Öte yandan, kanunda alt işverenin işçisine karşı eşit davranma yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanan talep hakkını asıl işverene de yöneltebileceği düzenlenmemişse de, İK 5 de düzenlenen ayrımcılık tazminatı talep hakkının kanuna dayanan bir hak olması nedeniyle asıl işverenden de müteselsilen talep edilmesi mümkündür⁴⁰⁵. Ayrıca doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre eşit davranma borcu iş sözleşmesine dayanan bir borç olduğundan, sadece ayrımcılık tazminatının değil alt işveren işçisinin bu borcun yerine getirilmemesi nedeniyle yoksun bırakıldığı haklarını da asıl işverenin müteselsil sorumluluğu kapsamında kabul etmek gerekir⁴⁰⁶. Öte yandan asıl işveren İş Kanununda doğan haklar kapsamında, işe iade davası sonucunda doğabilecek iş güvencesi tazminatı veya işsiz kalanın sürenin dört aylık ücretinden de müteselsilen sorumludur⁴⁰⁷. Diğer yandan bir görüşe göre, “bu kanundan” ibaresi ile İş Kanunu kastedilmiş olsa da normlar hiyerarşisi anlamında İş Kanunu’na dayanılarak çıkarılmış alt düzenlemeler olan tüzük, yönetmelik, kanun

⁴⁰³ Akyiğit’e göre, asıl işveren alt işveren işçisini yıllık izne çıkarma imkanına sahip değildir, bunun sonucu olarak asıl işverenin tek sorumluluğu “yıllık izin ücreti” açısından. Bununla birlikte yazara göre asıl işveren, alt işverenden işçiyi izne çıkarmasını isteyebilir ancak buna rağmen alt işverenin işçiyi izne çıkarmaması, asıl işverenin yıllık izin ücretinden sorumluluğunu etkilemez (Akyiğit, Yıllık İzin, 473).

⁴⁰⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 116. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 699 vd. Aydınli, Alt İşveren, 195. Yenisey, Alt İşveren, 38. Çankaya/Çil, 2009, 43. Günay, Alt İşveren, 32. Yüksel, 48. Şen/Naneci, 44. Bu konuda kararlar için bkz. Y9HD, 21.7.2008, 23429/20721, ÇT, 2009/1, 300-302. Y9HD, 11.4.2006, 30239/9500, Legal, 1035-1036. Yerel mahkemenin aksi yönde bir kararını bozan Yargıtay kararı ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Y9HD, 9.10.2007, 1828/29874, Ekonomi, Değerlendirme 2007, 28.

⁴⁰⁵ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 28, dn.64. Çankaya/Çil, 2009, 45. Şen/Naneci, 44. Belirtmek gerekir ki geçerli bir alt işveren ilişkisinde, -asıl işveren işçileriyle alt işveren işçileri eşit haklara olmadıklarından- alt işveren işçilerinin asıl işveren işçileri ile eşit haklara sahip olmadıkları gerekçesiyle ayrımcılık tazminatı talepleri haklı görülemez. Nitekim söz konusu talep ancak ilişkinin muvazaalı olduğunun veya asıl işin bir bölümünün “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık” koşulu bulunmadan verildiğinin tespit edilmesi durumunda geçerli kabul edilebilecektir. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 27.3.2006, 4860/7479, Legal, 2006, S.11, 1024-1026 ve kararı başka bir yönüyle ele alan değerlendirmesi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 20 vd.

⁴⁰⁶ Çankaya/Çil, 2009, 45.

⁴⁰⁷ Şahlanan, İşe İade Davası, Karar İncelemesi, 41. Aydınli, Alt İşveren, 195 vd. Yenisey, Alt İşveren, 38. Y9HD, 26.6.2006, 15271/18903, Legal, 1473-1474. Y9HD 6.2.2006, 17213/2266, Çankaya/Çil, 2009, 216-217. Y9HD, 21.7.2008, 23429/20721, ÇT, 2009/1, 300-302. Y9HD, 18.6.2007, 9610/19487, Legal, 2007/16, 1557-1559. Y9HD, 10.4.2007, 32995/10190, Çankaya/Çil, 2009, 75; www.kazanci.com. Y9HD, 19.1.2009, 16527/50, ÇT, 2009/3, 366-370. Y9HD, 15.3.2005, 4783/8577, Çankaya/Çil, 2009, 287. Y9HD, 18.2.2008, 24560/186, Çankaya/Çil, 2009, 162-164. Y9HD, 9.6.2008, 40942/14420, Çankaya/Çil, 2009, 147-149. Y9HD, 12.12.2005, 36006/39122, Çankaya/Çil, 2009, 239. Y9HD, 5.10.2005, 29174/32481, Çankaya/Çil, 2009, 245. Y9HD, 15.9.2005, 26212/30041, Çankaya/Çil, 2009, 247. Y9HD, 28.5.2007, 7018/17067, Çankaya/Çil, 2009, 172-173. Y9HD, 18.6.2007, 9573/19462, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 126-127.

hükmünde kararname, tebliğ gibi düzenlemeleri de sorumluluk kapsamında değerlendirmek gerekir⁴⁰⁸.

Öte yandan asıl işverenin, İş Kanunu ile ilgili yükümlülükler bağlamında iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülüklere uyulmaması sebebiyle alt işveren işçisinin iş kazasına uğraması durumunda maddi ve manevi tazminat veya destekten yoksun kalma tazminatından da birlikte sorumluluğu bulunmaktadır⁴⁰⁹. Belirtmek gerekir ki alt işveren, “işveren” sıfatıyla işyerinde alınması gereken “her türlü” iş sağlığı ve güvenliği önlemini almakla yükümlüdür ve alt işveren bu yükümlülüğe aykırı davranması sonucu meydana gelecek iş kazasından “işveren” sıfatıyla, asıl işveren de kanun hükmü gereği (İK 2/6) birlikte sorumlu olur⁴¹⁰. İş hukuku öğretisinde baskın görüş, isabetli olarak işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğunun “kusur esasına” dayandığını kabul etmektedir⁴¹¹. Alt işverenin sorumluluğu ise, kanundan kaynaklanan ve alt işverenin sorumluluğu ile sınırlı bir sorumluluktur⁴¹². Buna karşılık bu noktada belirtmek gerekir ki kural bu şekilde olmakla birlikte, bazı durumlarda asıl işverenin doğrudan kusur sorumluluğundan da söz etmek mümkün olacaktır. Nitekim asıl işveren ve alt işveren işyerlerinin “fiziksel olarak” örtüşmesi, salt asıl işverenin kusurundan kaynaklı iş kazalarının oluşumuna yol açabilecektir⁴¹³. Gerçekten de doktrinde, asıl işverenin işyerine özgü risklere karşı gerekli eğitimin verilmesinin ve güvenlik önlemleri alınmasının sağlanmasının asıl işverenin yükümlülüğünde olduğu, bu yükümlülükler aykırı davranmasının ise, İK 2/6’dan kaynaklı birlikte sorumluluğun

⁴⁰⁸ Aydın, Alt İşveren, 195.

⁴⁰⁹ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 26. Akın, 236 vd. Günay, Alt İşveren, 32. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 66. Ayan, 521. Esener, 79. Yenisey, Alt İşveren, 40 vd. Çankaya, 23. Bu yönde bkz. Y21HD, 4.7.1995, 2660/3844, YKD, Ekim 1995, 1613. Y9HD, 4.11.1993, 5757/15708, (Tekstil İşveren, Mart-Nisan 1994, Kararlar Eki). İş kazasında işçinin müterafik kusuru varsa, bu kusur oranının mahsup edilmesinden sonra kalan zarar miktarının, alt işveren ve asıl işverene maddi tazminat olarak yükleneceği ve ayrıca iş kazasının oluşumuna katkı sağlayan “kaçınılmaz unsurların” varlığı durumunda, BK 43’e dayalı indirim usulünün burada da uygulanacağı yönünde bkz. Akın, 238.

⁴¹⁰ Yenisey, Alt İşveren, 40.

⁴¹¹ Süzek, 2008, 353 ve dn. 17’de belirtilen yazarlar. Aynı yazar, İş Güvenliği, 209 vd. Akın, 97-98. Kaplan, 78-80. Yenisey, Alt İşveren, 40.

⁴¹² Yenisey, Alt İşveren, 40.

⁴¹³ Nitekim Yenisey’e göre, “alt işveren işyeri ayrı bir işyeri olarak kabul edilse bile alt işverenin işyeri ile asıl işveren işyeri arasındaki örtüşme ve her iki grup işçinin birlikte çalışmasından kaynaklanan organizasyonel risklerden asıl işveren sorumludur. İşyerinde birden fazla alt işveren işçisi bulunduğu farklı alt işveren işçileri arasında veya alt işveren işçileri ile asıl işveren işçileri arasında birlikte çalışmaktan kaynaklanan risklerin önlenmesi konusunda işveren gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür” (Yenisey, Alt İşveren, 41).

yanı sıra kusur sorumluluğuna yol açabileceği gibi, cezai sorumluluğa da yol açabileceği belirtilmektedir⁴¹⁴.

Öte yandan doktrinde bir görüşe göre, asıl işverenin 2821 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan *sendikal tazminattan* da sorumluluğu kabul edilmelidir⁴¹⁵⁻⁴¹⁶. Buna göre sendikal haklara saygılı davranmak, iş ilişkisinden kaynaklanan borçlar arasındadır. Ayrıca, sendikal tazminatın İş Kanunundan başka bir yasada düzenlenmiş olması, asıl işverenin bu tazminattan sorumlu olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Kanımıza göre kanun metnindeki açıklık karşısında yorum yoluyla bu sonuca ulaşmak güçtür. Bu sebeple kanunda yapılacak bir değişiklikle asıl işverenin “iş ilişkisinden kaynaklanan bütün borçlardan sorumluluğunun” düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Öte yandan Kanunda, asıl işverenin “iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden” de birlikte sorumluluğundan söz edilmektedir. Buna göre alt işveren ve alt işveren işçisi arasındaki iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır⁴¹⁷. Bu doğrultuda ücret, iş sözleşmesinde kararlaştırılmışsa ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi sosyal yardımlardan⁴¹⁸ ve yine iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan tazminat ve cezai şartlardan⁴¹⁹ sorumluluğu söz konusudur. Bir görüşe göre, işyeri iç yönetmeliklerini ve işyeri uygulamalarını da asıl işverenin sorumluluğunun kapsamında kabul etmek gerekir⁴²⁰. Kanımıza göre bu sonuç, iç yönetmeliklerin ve işyeri uygulamalarının “iş sözleşmesinin eki” niteliğinde kabul edilmesinin de bir gereğidir.

⁴¹⁴ Yenisey, Alt İşveren, 40-41. Yenisey’e göre bu risklerin alt işveren tarafından bilinmesi de her zaman mümkün olmayabilir (Yenisey, Alt İşveren, 42).

⁴¹⁵ Çankaya/Çil, 2009, 44. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 66. Şen/Naneci, 42-43. Yargıtayın bu yönde kararı için bkz. Y9HD, 27.1.2004, 19585/1296, Çankaya/Çil, 2009, 44. Aydınli, Alt İşveren, 197. Bu görüşteki Şen ve Naneci’ye göre de, “sendikal haklara saygılı davranmak” işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan borçları arasındadır. Ayrıca 4857 sayılı Kanunun 5. maddesinde eşit davranma borcu düzenlenmiş ve sendika üyeliği sebebiyle işçiler arasında ayırım yapılmaması yaptırıma bağlanmıştır (Şen/Naneci, 44).

⁴¹⁶ Bununla birlikte alt işverenin kendi borçlarından dolayı örneğin sendika aidatını kesip sendikaya yatırma borcundan dolayı asıl işverenin sorumluluğu söz konusu değildir (Şen/Naneci, 44).

⁴¹⁷ Bu bağlamda asıl işverenin eğer var ise, sosyal yardımlardan da sorumluluğu bulunmaktadır (Ayan, 521).

⁴¹⁸ Çankaya/Çil, 2009, 43. Çankaya, 23. Ayan, 521. Şen/Naneci, 44. Bu yönde Y9HD, 21.7.2008, 23429/20721, ÇT, 2009/1, 300-302.

⁴¹⁹ Şen/Naneci, 44. Aydınli, Alt İşveren, 195.

⁴²⁰ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 66. Aydınli, Alt İşveren, 190 vd. Engin, Sorumluluk, 19. Soyer’e göre de işyeri uygulamasının iş sözleşmesi hükmü haline geldiği yönündeki öğreti görüşüne üstünlük tanınırsa, asıl işverenin alt işverenin işyeri uygulamalarına dayanan yükümlülüklerinden de sorumlu tutulması gerekir (Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 28, dn.62).

1475 sayılı Kanunda asıl işverenin, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden sorumlu olduğu düzenlenmemiştir. Gerçekten de ilk defa 4857 sayılı Kanunda, açıkça asıl işverenin alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden sorumlu olduğu belirtilmiş ve bu açıdan sorumluluğun kapsamı genişletilmiştir⁴²¹⁻⁴²². Bununla birlikte, 1475 sayılı Kanun döneminde de Kanunda yer almamasına rağmen alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden asıl işverenin de sorumlu olduğu, doktrinde bazı yazarlarca ve Yargıtay kararlarında kabul ediliyordu⁴²³⁻⁴²⁴. Öte yandan bir görüşe göre asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun kapsamı, 4857 sayılı İş Kanunu'nda bir açıdan daralmıştır⁴²⁵. Buna göre 1475 sayılı Kanundan farklı olarak, alt işverenin “asıl işin bir bölümünde veya mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde” iş almasından söz edilmesi ile alt işveren ilişkisinin kapsamının daralmasının bir sonucu olarak sorumluluğun kapsamı da daralmıştır.

⁴²¹ Çankaya/Çil, 2009, 43. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 66. Taşkent, 366. Söz konusu düzenlemenin isabetli olduğu yönünde bkz. Alpagut, Yeni Yapılanma, 23. Şen, Yeni İş Yasasında, 90. Ekmekçi, Tasarı, 67. Aynı yazar, Dava Süreci, 133. Bir görüşe göre bu hüküm olmasaydı da asıl işverenin bu sorumluluğu söz konusu olacaktı. Dolayısıyla bu hükmün eklenmesi, malumun ilanından başka bir ifade taşımamaktadır (Günay, Alt İşveren, 29). Akyiğit'e göre de toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin normatif hükümlerinin her bir hizmet akdinin muhtevasına dahil olacağı ve toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da hizmet akdi hükmü olarak devam edeceği kuralları bu sonucu gerekli kılmaktadır (Akyiğit, Şerh, C.1, 116-117. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 699). Ünsal'a göre ise, Kanun koyucu bu hükümle alt işvereni asıl işverenden farklı bir işkolunda faaliyet gösteren bir işveren olarak düşünmüş ve onun asıl işin dışında bir toplu iş sözleşmesi imzalama olasılığı karşısında, toplu iş sözleşmesinden doğan işçi alacaklarından asıl işvereni de sorumlu tutmuştur (Ünsal, 542). Buna karşılık yukarıda da değindiğimiz üzere asıl işveren ve alt işveren aynı işkolunda faaliyet gösterebilirler bile, ancak farklı toplu iş sözleşmelerinin tarafı olabilirler. Ayrıca asıl işverenin yaptığı iş ile alt işverenin yaptığı iş arasında “asıl iş-yardımcı iş” kıyaslaması da yapılmaz. Zira her iki işverenin de yaptığı iş, kendi işyeri açısından “asıl iş” niteliğindedir.

⁴²² Bir görüşe göre, alt işveren ilişkisinde asıl işverenin sorumluluğu çok geniş tutulmuştur, örneğin toplu iş sözleşmesinden sorumluluk bu niteliktedir (Büyüksulu, 66).

⁴²³ Çelik, Yargıtay Kararları, 786. Şahlanan, Yeni İş Kanunu, 33. Akyiğit, Şerh, C.1, 115, dn 226. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 699. Şen, düzenlemenin alt işveren işçilerinin haklarının güvence altına alınması açısından bu sonuca ulaşmaktaydı (Şen, Taşeronluk, 112). Bu dönemde aksi görüş, Şahlanan, Alt İşveren, İHD, 328. Ekonomi, Asıl İşveren, 11-12. Özdemir, 9-10. Asıl işverenin alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden sorumlu olduğu yönündeki kararlar için bkz. Y9HD, 17.10.1996, 23980/174, Tekstil İşveren, Aralık 1996, 20 (ve kararı isabetli bulan görüşü için bkz. Narmanlıoğlu, Değerlendirme 1996, 118). Y9HD, 23.9.1996, 16162/17617, Tekstil İşveren D, Şubat 1997, 14 (ve kararı isabetli bulan görüşü için bkz. Güzel, Değerlendirme 1996, 185). Y9HD, 9.6.2008, 40942/14420, Çankaya/Çil, 2009, 147-149. Y9HD, 11.3.1996, 2554/4851, YKD, Eylül 1996, 1414-1415 ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için Ulucan, Değerlendirme 1996, 18. Narmanlıoğlu, aynı seminer, 118. Güzel, Aynı Seminer, 184-185. Aynı kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Çelik, Alt İşveren İşçileri, 72 vd. Y9HD, 16.9.1998, 12008/13080, Akyiğit, Yıllık İzin, 490.

⁴²⁴ Narmanlıoğlu'na göre, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin burada da göz önünde bulundurulması zorunludur (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 66). Gerçekten de kuşkusuz ki asıl işverenin, toplu iş sözleşmesi sona ermesine rağmen alt işveren işçisinin hizmet akdi hükmü olarak geçerliliğini koruyan haklarından sorumluluğu söz konusu olacaktır.

⁴²⁵ Çelik, 2010, 51. Ünsal, 538.

Bir görüşe göre, asıl işverenin alt işverenin ödemediği vergilerden de, sendika üyelik ödentilerinden de sorumluluğu bulunmaktadır⁴²⁶. Kanımıza göre, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu kanunda açıkça “*alt işverenin işçilerine* karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri ile” sınırlandığından ödenmeyen vergilerden ya da sendika üyelik ödentilerinden sorumluluğundan söz edilmemelidir.

Bir görüşe göre müteselsil sorumluluk ilkesi kapsamında alt işveren işçisi, kanundan doğan çalışma belgesini (İK 28) ister alt işverenden ister asıl işverenden talep (dava) edebilir⁴²⁷. Kanımıza göre burada asıl işvereni söz konusu belgenin verilmesinden değil, alt işverenin bu belgeyi vermemesi veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunması sebebiyle işçinin uğradığı zarardan birlikte sorumlu tutmak gerekir (m.28/2).

Öte yandan asıl işverenin sorumluluğu için alt işverenin o işyerine ilişkin bir yükümlülüğünün çıkması gerekliliğine bağlı olarak asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin o işyeri ile ilgili olarak işçilerine karşı sorumluluğu ile sınırlıdır⁴²⁸⁻⁴²⁹. Buna göre alt işveren işçileri, alt işverenden talep edebileceklerinden fazlasını asıl işverenden talep edemezler⁴³⁰. Başka bir deyişle, alt işveren işçilerinin asıl işverenden talep edebilecekleri miktar alt işverenden talep edebilecekleri ile sınırlıdır. Öte yandan, kendi işverenlerinden isteyebileceklerinin tümünü –kural

⁴²⁶ Ünsal, 542. Aksi yönde Aydın, Alt İşveren, 197. Muvazaalı veya kanuna karşı hile durumları hariç olmak üzere, kamu kurumundan iş alan fakat kamu işvereni niteliğinde olmayan alt işveren işçilerinin kamu kurumunda çalışan işçilerin 6772 sayılı Kanun uyarınca aldığı “ilave tediye ödeneğini” alamayacakları yönünde bkz Aydın, Alt İşveren, 196. Çankaya/Çil, 2009, 44. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 66. Bu yönde karar için bkz. Çankaya/Çil, 2009, 44.

⁴²⁷ Aydın, Alt İşveren, 191.

⁴²⁸ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 26. Günay, Alt İşveren, 32. Aynı yazar, Yeni İstihdam Biçimleri, 113. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 67. Mollamahmutoğlu, 175. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 700. Çankaya/Çil, 2009, 42. Şen/Naneci, 42-43. Aydın, Alt İşveren, 195 vd. Uçum, 24. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 28. Y9HD, 11.5.2004, 1127/11276, Çankaya/Çil, 2009, 279-280. Y9HD, 17.1.1996, 23980/174, Tekstil İşveren, Aralık 1996, 20 (Son anılan kararı isabetli bulan incelemesi için bkz. Narmanlıoğlu, Değerlendirme 1996, 118. Kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Güzel, Değerlendirme 1996, 184-185). Y9HD, 23.9.1996, 16162/17617, Tekstil İşveren D, Şubat 1997, 14. Y9HD, 11.3.1996, 2554/4851, YKD, Eylül 1996, 1414-1415. Y9HD, 5.4.1996, 34095/188 (Şahlanan, Kavram, 199, dn.18, kararı isabetli bulan görüşü için, Güzel, Değerlendirme 1996, 184) Ayrıca Y9HD, 16.9.1998, 12008/13080, Akyiğit, Yıllık İzin, 490.

⁴²⁹ Nitekim hükmün madde gerekçesine göre de, “...Bu sorumluluk, alt işverenin işçisinin o işyeriyle ve orada çalıştığı süreyle sınırlı olup, alt işverenin işçilerinin İş Kanunundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kapsamaktadır” (4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, Yayın No:293, 79).

⁴³⁰ Ekonomi, Değerlendirme 2007, 28. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 65. Akyiğit, Şerh, C.1, 116, dn.232. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 700. Güzel, Taşeron Uygulaması, 8. Yüksel, 51. Şen/Naneci, 43-44. Canbolat, 72. Aydın, Alt İşveren, 195 vd. Uygur, 269. Çenberci, 149-150.

olarak- asıl işverenenden de isteyebilirler⁴³¹. Diğer bir deyişle, bu konuda bir miktar sınırlaması bulunmamaktadır. Buna karşılık doktrinde bir görüşe göre, “alt işveren işçilerinin asıl işverenenden talep edebilecekleri miktarın alt işverenenden talep edebilecekleri ile sınırlı olması” sözleşmeyle genişletilebilir⁴³².

b) Sorumluluğun Kapsadığı Süre

Asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, *kendisine ait işyerinde alt işverenin iş aldığı tarihten* başlar⁴³³. Bu tarihten önceki işçi alacakları için asıl işverenin sorumlu olduğundan söz edilemez. Örneğin, işçinin işe başlama tarihi 10 Eylül 2004, alt işverenlik ilişkisinin kurulma tarihi de 1 Mayıs 2005 ise, asıl işverenin 10 Eylül 2004-1 Mayıs 2005 tarihleri arasındaki alt işveren işçisinin işçilik haklarından birlikte sorumluluğu söz konusu olmaz⁴³⁴. Diğer bir deyişle asıl işverenin sorumluluğu tüm hizmet süresi için değil, kendisinin o işyerinde iş aldığı tarihten itibaren başlar.

Öte yandan, asıl işverenin sorumluluğunun söz konusu olması için, sadece alt işveren ilişkisinin kurulması yeterli olmayıp işçinin (işçilerin) asıl işverenin işyerinde işe başlamaları da gereklidir⁴³⁵. Örneğin, alt işverenlik ilişkisi 10 Eylül 2004’te kurulmuş ve işçi 1 Mayıs 2005 tarihinde münhasıran asıl işverenin işyerinde çalışmaya başladıysa, asıl işverenin söz konusu alt işveren işçisinin 10 Eylül 2004-1 Mayıs 2005 tarihleri arasındaki haklarından sorumluluğundan söz edilemez. Yine örneğin alt işveren bir işçiyi bir yıl bir işyerinde, diğer yıl başka bir işverene ait işyerinde çalıştırılırsa her asıl işveren açısından sorumluluk sadece kendi işyerinde

⁴³¹ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 65. Akyiğit, Şerh, C.1, 116. Güzel, Taşeron Uygulaması, 8.

⁴³² Akyiğit, Şerh, C.1, 116, dn.232.

⁴³³ Süzek, Değerlendirme 2001, 10. Çelik, 2010, 50. Ünsal, 541. Engin, Sorumluluk, 19. Günay, Alt İşveren, Soru-Cevap, 83. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Ayan, 522. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Şen/Naneci, 42-43. Arseven, 23. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Canbolat’a göre de işçinin, başka işyerlerinde çalışmasından kaynaklanan taleplerini, asıl işverene karşı ileri sürebilme olanağı bulunmamaktadır (Canbolat, 70)

⁴³⁴ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 66. Yargıtayın bu yönde kararı için bkz. Y9HD, 22.2.2001, 19790/3151, Demircioğlu, 44-45 ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Süzek, Değerlendirme 2001, 10. Y9HD, 11.5.2004, 1126/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, 4.

⁴³⁵ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 7. Ayan, öğretide bazı yazarların asıl işverenin sorumluluğunun “işin alt işverene verildiği tarihten başlayacağı” görüşünde olduklarını, bazılarının ise “alt işveren işçilerinin işyerinde çalışmaya başladıkları tarihten itibaren başlayacağı” görüşünde olduklarını kendisinin ise ikinci görüşü isabetli bulunduğunu belirtmektedir (Ayan, 522).

çalışılan süre ve işçilik hakları ile sınırlı olmak üzere belirlenecektir⁴³⁶. Buna göre asıl işveren söz gelimi, alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra işlemiş ücret alacağından sorumlu değildir⁴³⁷. Yine Yargıtayın incelediği bir olayda, alt işveren işçisi farklı bir asıl işverene ait işte çalıştırıldıktan sonra bir ay kadar bir süre başka bir asıl işverenden alınan işte çalıştırılmış ve burada çalıştırılırken iş sözleşmesi feshedilmiştir⁴³⁸. Alt işveren işçisinin toplam çalışma süresine göre hak ettiği ihbar tazminatı 8 haftalık ücreti tutarında iken, son asıl işveren nezdindeki çalışması dikkate alındığında 2 haftadır. Bu sebeple son asıl işveren sadece 2 haftalık ihbar önelinden birlikte sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtaya göre bu durum, "...ihbar önelinin bölünmezliğini zedeleyen bir durum değildir. Zira işçinin ihbar öneli bölünmemiş sadece sorumluluğun asıl işveren ile alt işveren arasında paylaştırılması uygulamasına gidilmiştir...". Diğer yandan alt işverenlik ilişkisinin münhasıran çalıştırma koşulu da bu sonucu desteklemektedir⁴³⁹.

Bu konudaki başka bir sorun, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu için, sorumlu tutulacağı işçilik haklarının *tüm koşullarıyla asıl işverene ait işyerinde/işte kazanılmasının* gerekli olup olmadığı, yoksa sadece son koşulun bu işyerinde gerçekleşmesinin yeterli kabul edilip edilemeyeceğidir. Örneğin alt işveren, işçisini üç yıl kendine ait işyerinde çalıştırdıktan sonra alt işveren ilişkisi çerçevesinde asıl işverenden aldığı işte çalıştırmaya başladıysa ve işçi alt işveren ilişkisinin kurulmasından 6 ay sonra işten atıldıysa, asıl işverenin kıdem tazminatından, ihbar tazminatından sorumluluğu veya yıllık ücretli izin hakkından sorumluluğundan söz edilebilecek midir? Yine benzer durum, farklı asıl işverenler nezdinde

⁴³⁶ Alpagut, Yeni Yapılanma, Soru-Cevap, 58. Taşkent, 366. Günay, Alt İşveren, Soru-Cevap, 83. Kaplan, 232, dn.14. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 66. Mollamahmutoğlu, 175. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Çankaya/Çil, 2009, 47. Ünsal, 542. Ayan, 522. Uçum, 24. Kılıçoğlu/Şenocak, Şerh, C.1, 78. Demir, Değerlendirme 1988, 24. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 700. Aydın, Alt İşveren, 190 vd. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Engin, Sorumluluk, 19. Yenisey, Alt İşveren, 38 vd. Uygur, 269. Bu yönde bkz. Y9HD, 11.5.2004, 1126/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, 4. Y9HD, 11.5.2004, 1127/11276, Çankaya/Çil, 2009, 279-280. Y9HD, 6.5.2004, 607/10743, Çankaya/Çil, 2009, 281-282. Buna göre örneğin, kıdem tazminatına esas kıdem sadece bir kısmı asıl işverenden alınan işte geçmişse, asıl işverenin bu hizmet süresiyle orantılı bir biçimde, tamamı asıl işverenden alınan işte geçmişse kıdem tazminatının tamamından sorumluluğu söz konusu olacaktır (Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 700).

⁴³⁷ Y9HD, 6.5.2004, 607/10743, Çankaya/Çil, 2009, 281-282.

⁴³⁸ Y9HD, 11.5.2004, 1126/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, 4. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay bu sonucu asıl işverenler arasında bir işyeri devri olmaması olgusuna bağlamaktadır (Y9HD, 11.5.2004, 1126/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, 4). Bu konuda bkz. Aşa. § 4. II.

⁴³⁹ Çankaya/Çil, 2009, 47.

gerçekleştğinde nasıl bir sonuca ulaşılacaktır? Bir görüşe göre böyle bir durumda, söz konusu işçilik hakkını kazanmanın *son koşulunun*, asıl işverenden alınan işte gerçekleşmesini yeterli görmek uygun düşebilir⁴⁴⁰. Ancak yine aynı görüşe göre, asıl işverenin sorumluluğunun, söz konusu işçilik hakkının sadece kendisinden alınan kısmıyla sınırlı olması da düşünülebilir⁴⁴¹. Bu görüş doğrultusunda örneğin, kıdem tazminatına hak kazanmanın son koşulu olan “kıdem tazminatına hak kazandıran sebeplerden biriyle iş sözleşmesinin sona ermesi”nin asıl işveren nezdinde çalışırken gerçekleşmesi –kendisinde çalışılan süreyle sınırlı da olsa- sorumluluğu için yeterli kabul edilecektir.

Diğer bir görüşe göre ise asıl işverenin örneğin yıllık izin ücreti bakımından sorumluluğunun tespitinde işçinin alt işveren ilişkisi kapsamında çalışmaya başladığı tarih gözetilmelidir⁴⁴². Buna göre örneğin kullandırılmayan izin ücretinden sorumluluğun asıl işveren yönünden doğması için, *asıl işverenden alınan işte en az bir yıl süreyle çalışmış olması* gerekir. Gerçekten de farklı asıl işverenler nezdindeki çalışmaların söz konusu olduğu bir olayda Yargıtay, asıl işverenlerden biri nezdinde yaklaşık yedi ay çalışılmış olması olgusu karşısında bu asıl işvereni kıdem tazminatı ve izin alacağından sorumlu tutmamıştır⁴⁴³. Çünkü bu alacaklara hak kazanılması için gereken bir yıllık süre şartı, söz konusu asıl işveren yönünden gerçekleşmemiştir. Yine, asıl işverenin feshe bağlı haklardan sorumluluğu için, *fesih anında alt işveren ilişkisinin mevcut olması aranmaktadır*⁴⁴⁴. Böyle bir olasılıkta asıl işveren sadece, alt işveren ilişkisinin sona erdiği tarihte doğmuş olan haklardan –örneğin ücret, fazla çalışma- sorumlu tutulmaktadır⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ Akyiğit, Şerh, C.1, 117. Aynı yazar, Yıllık İzin, 472-473. Buna göre Akyiğit’e göre, asıl işverenden alınan işte sadece bir yıl çalışmış olan işçiye karşı asıl işveren, onun sadece kendi yanında geçirdiği süreye denk gelen yıllık izin için sorumluluk taşıdığını ileri süremez, sorumluluk iznin tümü içindir (Akyiğit, Yıllık İzin, 473).

⁴⁴¹ Akyiğit, Şerh, C.1, 117. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 700.

⁴⁴² Çankaya/Çil, 2009, 47-48. Şen/Naneci, 44. Uygur, 269.

⁴⁴³ Y9HD, 11.5.2004, 1127/11276, Çankaya/Çil, 2009, 279-280.

⁴⁴⁴ Y9HD, 11.5.2004, 1127/11276, Çankaya/Çil, 2009, 279-280. Y9HD, 6.5.2004, 607/10743, Çankaya/Çil, 2009, 281-282. Y9HD, 21.7.2008, 23429/20721, ÇT, 2009/1, 300-302. Y9HD, 11.5.2004, 1126/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, 4.

⁴⁴⁵ Y9HD, 11.5.2004, 1127/11276, Çankaya/Çil, 2009, 279-280. Y9HD, 6.5.2004, 607/10743, Çankaya/Çil, 2009, 281-282.

c)Müteahhit (Asıl İşveren) ve Alt İşverenin Hak Edişlerinden Ücretlerin Ödenmesi

İK'nun 36. maddesinde “Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar ve asıl işverenlerin” sorumlulukları konusunda bir düzenleme yer almaktadır⁴⁴⁶. Buna göre anılan kamu makamları ve asıl işverenler “*müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü ya da ücret ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine ücretleri ödenmeyenler varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hak edişlerinden öderler*”⁴⁴⁷. Anılan maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde ise söz konusu sorumluluğun miktarı ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, ücret alacağı olan işçilerin *her hak ediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık miktarından fazlası için* adı geçen idarelere sorumluluk düşmez. Görüldüğü gibi, maddede belirtilen sorumluluk *sınırlı* bir niteliktedir. Buna göre söz konusu sorumluluk sadece maddede sayılan kamu kuruluşları ile sınırlı olup; yine sadece bina, köprü, hat ve yol inşası gibi *yapım ve onarım işlerinde* geçerlidir⁴⁴⁸. Ayrıca bu sorumluluk, her hak ediş dönemi için işçilerin ücret alacaklarının *sadece üç aylık kısmı için* geçerlidir. Bu tutarın fazlası

⁴⁴⁶ Bu maddenin temeli, Türkiye tarafından 1960 yılında onaylanan ILO'nun 1949 tarihli 94 sayılı Sözleşmesine dayanmaktadır (Çelik, Hukuki Sorunlar, 167). 1475 sayılı Kanunun madde gerekçesine göre ise, “resmi ve yarı resmi kurumlara tarafından müteahhide verilen inşaat ve onarım işlerinde çalışan işçilerin ücretleri bazı hallerde müteahhitler tarafından çeşitli sebeplerle ödenmemekte(dir)...Bu gibi hallerde bir taraftan idareye bir murakabe hakkı tanımak ve aynı zamanda ihale makamına, bu ücretlerin ödenmesini sağlamak bakımından bir sorumluluk yüklemek ve...bu suretle tehlikeye düşen ücret haklarını korumak için bu madde ile yeni bazı hükümler getirilmiştir”. 4857 sayılı İş Kanunu gerekçesinde de “Kamu makamlarının ücreti istihkaklardan kesme yükümlülüğüne ilişkin 1475 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinin aynen” korunduğu belirtilmiştir. Doktrinde de bu maddenin konuluş amacının, bu çeşit işlerde çalışan işverenin yapım ve onarım işini bitirip ortadan kaybolması veya devletten istihkak alamadığını ileri sürerek işleri ücretlerini vermek konusunda oyalaması gibi tehlikelere karşı bir güvence olduğu belirtilmektedir (Centel, Ücret, 349).

⁴⁴⁷ İlgili maddenin 2. fıkrasında idarenin hak ediş ödemesi ile ilgili olarak işyerinde şantiye şefliği işyeri ilan tahtası veya işçilerin toplu olarak bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilan ile duyuru yapması gerekliliği düzenlenmiştir.

⁴⁴⁸ Süzek, 2008, 340. Şahlanan, Kavram, 193. Centel, Ücret, 349. Çankaya/Çil, 2009, 21. Aydın, Borç İlişkisi, 69. Söz konusu işlerin ortak özelliği, devamlılık göstermeyip belli bir süre sonra tamamlanacak işler olmalarıdır (Centel, Ücret, 349). Örneğin süreklilik gösteren temizlik işinde bu yönde bir sorumluluk bulunmamaktadır (Çankaya/Çil, 2009, 21).

hakkında anılan idarelere sorumluluk düşmeyeceği maddede hükme bağlanmıştır⁴⁴⁹. Yine anılan madde, ücret dışında kalan tazminat niteliğindeki alacakları ve diğer işçilik haklarını kapsamamaktadır⁴⁵⁰.

Doktrinde bir görüşe göre, 4857 sayılı Kanunda söz konusu yetkiyi kullanacaklar konusunda -1475 Sayılı Kanuna göre- bir farklılığa yer verilmiştir⁴⁵¹. Buna göre 1475 sayılı Kanunda “kamu tüzel kişilerine ve bunların bazı kuruluşları ile özel sektöre ilişkin ödevler” başlığı ile “Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar”ın müteahhide verdikleri işlerden söz edilmişti (m.29). Oysa 4857 sayılı Kanunda, “kamu makamlarının ve *asıl işverenlerin* hak edişlerinden ücreti kesme yükümlülüğü” başlığı altında “Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; *asıl işverenler(in)*” müteahhide verdikleri işler ifadesi kullanılmıştır⁴⁵². Görüldüğü gibi her iki maddede sayılan “kamu kurum kuruluşları” aynı olmakla birlikte, 4857 sayılı Kanunda aynı zamanda “asıl işverenlerden” de söz edilmiştir. O halde sadece maddede belirtilen (asıl işveren sayılan veya sayılmayan) kamu kurum

⁴⁴⁹Süzek, 2008, 342. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 24. Yüksel, 52. Şen, Taşeronluk, 113. Aydın, Borç İlişkisi, 67. Centel, Ücret, 352. Canbolat, 73 vd. Şen, bu güvencenin üç ayla sınırlandırılmasını eleştirerek genişletilmesi gerektiğini savunmaktadır (Şen, Taşeronluk, 113). “Her hak ediş dönemi için” ibaresi, önceki İş Kanununda yer almayıp, 4857 sayılı Kanunda hükme eklenmiştir. Buna karşılık önceki dönemde bu ifade kanunda yer almamasına rağmen bazı yazarlarca savunulmaktaydı. Bu görüşe göre söz konusu üç aylık sınırlama “her hak ediş dönemi için” geçerli olup örneğin üst üste iki hak ediş dönemi söz konusuysa ilgili kamu işverenin 6 aylık işçi ücretinden sorumlu olduğundan söz edilmelidir (Güzel, Taşeron Uygulaması, 8. Yüksel, 52. Canbolat, 73-74. Centel, Ücret, 352). Öte yandan Canbolat’a göre kamu işverenlerinin sorumluluğunun ücret alacaklarının üç aylık kısmıyla sınırlı tutulmuş olması, söz konusu işverenlerin bu tutardan fazla olan ücret alacaklarını hak edişlerden karşılayamayacağı anlamına gelmez. Bu sadece, idarenin sorumlu tutulabileceği sınırı göstermektedir (Canbolat, 61).

⁴⁵⁰ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 24. Aydın, Borç İlişkisi, 70. Bu yönde bkz. Y9HD, 2.7.1998, 8598/11109, Akyiğit, Şerh, C.2, 1439.

⁴⁵¹ Süzek, Alt İşveren, 45-46.

⁴⁵² Bir görüşe göre buradaki müteahhit deyimi ile, kamu işverenlerinden yapım ve onarım işlerini doğrudan alan kişiler kastedilmiştir. Bu kişilerin aldıkları işlerde işçi çalıştırıyor olmaları zorunlu olmadığı gibi, “işveren” ve dolayısıyla “taşeron” sıfatına sahip olmaları da gerekli değildir. Yazara göre maddede geçen “taşeron” ifadesi ise, işlerini doğrudan kamu işverenlerinden almamış olmakla birlikte, bunların müteahhide verdikleri işlerde işçi çalıştıran işverenler anlamında kullanılmıştır (Canbolat, 59. Aynı yazar, Alt İşveren Kavramı, 218). Diğer bir görüşe göre maddede geçen “müteahhit-taşeron” ifadeleri arasındaki ayrım, işin bir kısmının veya tamamının üstlenilmesidir. Buna göre, işin tamamı bir başkasına (kuruluşa) yaptırılıyorsa müteahhitlik, bir kısmı yaptırılıyorsa taşeronluk söz konusu olur. Bu görüşteki yazar, müteahhidin işçi çalıştırmak zorunda olmadığı yönündeki görüşü eleştirerek, müteahhitin kendisinin işçi çalıştırmaması durumunda söz konusu niteliğinin ortadan kalkarak aracılık ilişkisinin gündeme geleceğini belirtmektedir (Şen, Taşeronluk, 113).

ve kuruluşları değil, diğer asıl işverenler de maddede öngörülen yükümlülükle karşı karşıyadır. Nitekim maddenin kabul edilen değişiklik önergesi gerekçesine göre ise, “Hukukumuzda işçi alacaklarından sadece kamu kurum ve kuruluşları değil, asıl işverenler de müteselsilen sorumludur. Bu nedenle de madde metnine işveren ve asıl işveren kelimelerinin eklenmesi doğru olacaktır”⁴⁵³.

Belirtmek gerekir ki doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, asıl işverenlerin ve eğer aynı zamanda *asıl işveren sıfatı taşıyorsa* ihale makamının, *İK 2/6 uyarınca sorumlulukları devam eder*. Diğer bir deyişle İK 36 hükmü, asıl işverenlerin İK 2/6 uyarınca sorumluluklarını ortadan kaldıran bir düzenleme değildir⁴⁵⁴. Gerçekten de ağırlıklı görüşe göre, aynı zamanda asıl işveren niteliği taşıyan kamu kuruluşları, maddede öngörülen yolu uyguladıklarında alt işveren işçilerinin *sadece son üç aylık ücretlerden dolayı* herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır⁴⁵⁵. Ancak, alt işveren işçilerinin bu tutarı aşan ücret borcu ve diğer işçi alacakları için asıl işverenin müteselsil sorumluluğu devam edecektir. Buna karşılık doktrinde bir görüşe göre, anılan hüküm nedeniyle kamu kuruluşlarının asıl işveren olarak alt işveren işçilerinin ödenmeyen ücretlerinden dolayı sadece üç aylık ücret ödemesi ile sınırlı sorumluluğu vardır⁴⁵⁶. Buna göre kamu işverenlerinin ücret alacağının dışında ihbar, kıdem tazminatı ve diğer işçilik haklarından sorumluluğu olmadığı gibi, ücret alacağından sorumluluğu da üç ayla sınırlandırılmıştır. Nitekim bu görüşe göre bu durumun hiçbir haklı gerekçesi yoktur ve özel sektör asıl işverenleriyle kamu sektörü asıl işverenleri arasında hukuka aykırı bir eşitsizlik oluşturmaktadır⁴⁵⁷.

Diğer yandan maddede sayılan kamu kuruluşları çoğunlukla, “ihale makamı” niteliği taşıyan ve o işte işçi çalıştırmadıkları için işveren ve dolayısıyla asıl işveren

⁴⁵³ 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, Yayın No:293, 113.

⁴⁵⁴ Canbolat, 74. Süzek, Alt İşveren, 45-46. Aynı yazar, 2008, 342. Şahlanan, Kavram, 194. Yüksel, 52. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 24. Yüksel, 52. Aydın, Borç İlişkisi, 69.

⁴⁵⁵ Süzek, Alt İşveren, 45-46. Aynı yazar, 2008, 342. Şahlanan, Kavram, 194. Yüksel, 52. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 24. Yüksel, 52. Aydın, Borç İlişkisi, 69. Canbolat, 74. Oysa Yargıtay isabetsiz olarak verdiği bir kararda, iş kanunu kapsamındaki asıl işverenin sadece taşeron veya müteahhidin ödemediği ücretlerden istihkak oranında sorumlu olup, ihbar, kıdem tazminatı ve diğer işçilik haklarından sorumlu tutulamayacağı sonucuna varmıştır (Y9HD, 2.7.1998, 8607/11121, Tekstil İşveren, Mayıs 2000, 19-20).

⁴⁵⁶ Ünsal, 542. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Bu yönde Y9HD, 2.7.1998, 8607/11121, Tekstil İşveren, Mayıs 2000, 19-20.

⁴⁵⁷ Ünsal, 542. Demir, Başlıca Yenilikler, 88.

sıfatına sahip olmayan kuruluştur⁴⁵⁸. Bu şekilde asıl işveren sayılmayan kuruluşların İK 2/6 hükmü gereğince alt işverenle birlikte sorumluluğu da söz konusu olmaz⁴⁵⁹. Ayrıca İK 36'dan öngörülen sorumluluğun yerine getirilmemesi nedeniyle Kanunda adı geçen kurum ve kuruluşlara idari para cezası da öngörülmemiştir. Buna karşılık doktrinde bir görüşe göre, İK 36'da düzenlenen yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle işçiler bir zarara uğrarsa genel hükümlere göre ihale makamından zararlarının tazminini talep edebilirler⁴⁶⁰. Diğer bir görüşe göre ise, söz konusu işçiler “haksız fiil” hükümleri yerine “üçüncü kişi lehine sözleşme” hükümleri uyarınca üç aylık ücret alacaklarının kesilmesi konusunda doğrudan maddede sayılan makamlardan talepte bulunabilirler⁴⁶¹. Gerçekten de maddeye ilişkin değişiklik önergesi gerekçesinde de “...Ayrıca birinci bende yapılan değişiklik ile ücretini alamayan işçinin hakkını bizzat aramasına olanak sağlanmaktadır” ifadesi kullanılmıştır⁴⁶².

Sonuç olarak, maddede adı geçen kamu kuruluşları ve asıl işverenler anılan işlerde, ücretleri ödenmeyen işçiler bulunduğunu yaptıkları kontroller veya işçilerin başvurusu üzerine saptarlarsa, bu ücretleri müteahhitlerden veya taşeronlardan isteyecekleri bordrolara göre bunların hak edişlerinden öderler⁴⁶³. Bunun için hak ediş ödeneceği ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilan tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilan asılmak suretiyle duyurulur⁴⁶⁴ (m.36/2).

⁴⁵⁸ Şahlanan, Panel, İNTES, 47. Süzek, 2008, 341. Aydın, Borç İlişkisi, 68-69. Bu konuda bkz. Birinci Bölüm, § 3, I, 1.

⁴⁵⁹ Bu yönde YHGK, 24.4.1995, 273-9/548, Tekstil İşveren D., Eylül 1996, S.203, 13-14. Y9HD, 13.9.1994, 3429/11465, YKD, Şubat 1995, 224- 225. Y9HD, 9.10.2003, 3219/16714, Legal, Ekim Aralık 2004, 1454-1455. Y9HD, 2.3.1993, 13790/3488, Çankaya/Çil, 2009, 304. Y9HD, 11.5.2004, 1126/11275, ÇT, C:4, 2005/1, 239 vd. Y10HD, 13.9.2001, 4151/5593, İşveren, S:5, Şubat 2002, C: 36, 18. Y9HD, 10.4.2007, 32995/10190, Çankaya/Çil, 2009, 75; www.kazanci.com.

⁴⁶⁰ Süzek, 2008, 342. Şahlanan, Panel, İNTES, 47. Şahlanan'a göre ihale makamının yanı sıra özel sektör işverenin de bu yönde sorumluluğundan söz edilmelidir (Şahlanan, Panel, İNTES, 47).

⁴⁶¹ Aydın, Borç İlişkisi, 72 vd. Aydın'ın görüşüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, 72 vd. Akyiğit'e göre, ücret kesme ödevi/yetkisi olmayan kurum veya işverene sözleşmeyle böyle bir yetkinin verilmesi veya “üç aylık” ücret sınırının artırılması, yani müteahhitle yapılan sözleşmede daha yüksek bir miktar için istihkaktan kesinti yapılacağının öngörülmesi mümkün olup, bu tür sözleşme hükümlerinin tam veya eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir (Akyiğit, Şerh, C.2, 1594-1596).

⁴⁶² Bkz. 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, Yayın No:293, 113.

⁴⁶³ Süzek, 2008, 341. Centel'e göre, ödenmeyen işçi ücretleri -müteahhit veya taşeronların hak edişlerinden karşılanamaması durumunda- kamu kuruluşunun geri verecek olduğu teminatlardan da kesilebilir (Centel, Ücret, 351).

⁴⁶⁴ Centel'e göre, haklı bir neden olmaksızın idareye başvurmamış işçinin, gerekli araştırmayı yeterince yapmış kamu kuruluşunu sorumlu tutması hakkın kötüye kullanılması olarak kabul

Öte yandan söz konusu yetkiyi, maddede sayılanlar arasında yer almayan fakat alt işverene iş veren kamu veya özel tüm işverenler de kullanabilir⁴⁶⁵. Nitekim Kanuna göre, “*Bu maddede kamu tüzel kişilerine ve bazı teşekküllere verilen yetkileri 2 nci maddenin altıncı fıkrası gereğince sorumluluk taşıyan bütün işverenler de kullanmaya yetkilidir*” (36/son). Böylece asıl işverenler bu yetkiyi kullanırlarsa, alt işveren işçilerinin üç aylık ücret alacakları için müteselsil sorumluluktan kurtulmuş olacaklardır. Ancak bu işverenler de belirtilen yetkiyi kullansalar da, alt işveren işçilerinin üç aylık ücretinin dışındaki kısım ve ücret dışında kalan alacakları için birlikte sorumlulukları devam eder⁴⁶⁶.

II. Asıl İşverenin Alt İşverene Rücu

1.Hukuka Uygun Alt İşveren İlişkisinde Rücu

Hukuka uygun bir alt işveren ilişkisinde asıl işveren, müteselsil sorumluluk kuralı gereği alt işveren işçisine yaptığı ödemeleri, rücu davasıyla alt işverenden talep edebilir. Gerçekten de alt işveren işçisine ödemedede bulunan asıl işverenin, alt işverene karşı rücu hakkı saklıdır; diğer bir deyişle asıl işveren alt işveren işçisine ödeme yaptıktan sonra, ödediği miktarı faizi ile birlikte alt işverene rücu edebilir⁴⁶⁷. Doktrinde ağırlık olarak kabul edildiği üzere bu rücu hakkı, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde kanundan doğan halefiyete dayalı olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁶⁸. Nitekim Borçlar Kanunu uyarınca rücu hakkı sahibi müteselsil borçlulardan her biri, ödediği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur (BK 147). Buna göre müteselsil borçlulukta ifa, asıl alacağın ortadan kalkması değil, rücu hakkına sahip borçluya geçmesi sonucunu doğurur. Bu durumda borcun tamamını ya

edilmelidir. Ayrıca, gerekli denetimi yeterince yapmış kamu kuruluşu, ücreti ödenmemiş işçi haklı bir nedenle başvurmamış olsa bile sorumlu tutulmamalıdır. Buna karşılık yazara göre, kamu kuruluşu gerekli denetimi yaptığı takdirde ücretin ödenmediğini bilebilecek durumdaysa, işçinin başvurmayışı haklı olsa da olmasa da sorumlu olur (Centel, Ücret, 350).

⁴⁶⁵ Süzek, 2008, 342. Şahlanan, Kavram, 194. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 24.

⁴⁶⁶ Süzek, 2008, 342.

⁴⁶⁷ Süzek, 2008, 153. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 27. Yüksel, 52. Aydın, Alt İşveren, 203 vd. Aynı yazar, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 221. Demircioğlu, 44. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 60. Taşkent, 366. Demir, Başlıca Yenilikler, 88. Çankaya/Çil, 2009, 44. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 66. Çankaya, 23. Şen, Taşeronluk, 107. Esener, 79. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 78. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 701. Şen/Naneci, 44-45. Aydemir, 125. Çenberci, 120-121. Canbolat, 75.

⁴⁶⁸ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Şen/Naneci, 42. Halefiyet konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 1163 vd

da kendi borcundan fazlasını ödeyen borçlunun diğer borçlulara rücu etmesi mümkündür⁴⁶⁹.

Asıl işverenin alt işverene rücu hakkı olup olmadığı ve bunun ölçüsü somut olayın özellikleri dikkate alınarak sözleşmeye konulan hükümlere göre hakim tarafından takdir olunur⁴⁷⁰. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun verdiği bir karara göre, işçilere işçilik haklarını ödeyen asıl işverenin alt işverene açtığı rücu davasının *asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşme hükümlerine göre* çözümlenmesi gerekir⁴⁷¹.

Öte yandan asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişkiden (sözleşmeden) kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve özellikle rücu davalarında görevli mahkemenin, aralarında işçi-işverenlik ilişkisi söz konusu olmadığından iş mahkemeleri değil,

⁴⁶⁹ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 70. Şen/Naneci, 42 vd. Alt işveren işçisine ödemedeki bulunan asıl işverenin bunu alt işverenin hak edişinden kesip kesemeyeceği İK 36'daki imkanın özel kesim işverenlerince benimsenmesi ile ilgilidir (Akyiğit, Şerh, C.1, 116).

⁴⁷⁰ Çelik, 2010, 50. Ayan, 521. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 78. Şen/Naneci, 45.

⁴⁷¹ YHGK, 12.5.2004, 11-254/259, YKD, Ekim 2004, 1500-1509. Bu noktada taraflar arasındaki sözleşmede, rücuyla ilişkin herhangi bir düzenleme olmaması olasılığında, tarafların birbirine rücu imkanının bulunup bulunmadığına ve eğer varsa bunun ne nispette olacağına değinmek gerekir. BK 146 uyarınca, *“Hukuki ilişkinin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça müteselsil borçlulardan her biri alacaklıya yapılan ödemeden eşit paylarla sorumludur. Müteselsil borçlulardan birisi kendi payından fazla ödemede bulunursa fazla ödediği nispette diğer müteselsil borçlulara rücu eder”* (146/1). Bu durum “eşit hisse karinesi” şeklinde adlandırılmaktadır (Akıntürk, 209) Buna karşılık bu karinenin çeşitli istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalardan biri, borcun niteliğinden (mahiyetinden) doğan istisnadır. Buna göre, borçlulardan her birinin borç ilişkisindeki alaka ve menfaatinin aynı olmadığı durumlarda, iki borçludan birinin müteselsilen borç altına girmekte hiçbir menfaati yoksa ya da borçlulardan biri karşı edimden tek başına yararlanıyorsa, bu durumlarda eşit hisse karinesinin geçerli olduğunu kabul etmek hakkaniyete aykırı düşer (Akıntürk, 211). Kanımıza göre asıl işverenin, alt işveren işçisine karşı sorumluluğu bu istisnai duruma uygun düştüğünden eşit hisse karinesinin asıl işveren-alt işveren arasında geçerli olduğunu kabul etmemek gerekir. Öte yandan, asıl işveren ve alt işverenin sorumluluğu farklı hukuki sebeplerden doğduğundan bize göre bu konuda –taraflar arasındaki sözleşmede rücuyla ilişkin bir düzenleme yoksa- BK 51 hükmünün uygulanması uygun düşer. Buna göre söz konusu maddede, üç kategoride bir rücu sırası belirlenmiştir. Buna göre birinci sırada kusur (haksız fiil), ikinci sırada sözleşme, üçüncü sırada sebep sorumluluğuna göre tazmin yükümlüsü yer almaktadır. Bu doğrultuda asıl işverenin, alt işveren işçisine ödediği ücret, fazla çalışma, izin ücreti gibi borçları tamamen alt işverene rücu edebilmesi mümkün olmalıdır. Buna karşılık örneğin asıl işverenin kusuru sonucunda oluşan bir iş kazası sonucu tazminat alacağına –kusuru oranında- ödediği tazminatın kendi üzerinde kalması uygun düşer.

miktar ve değere göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemeleridir⁴⁷². Yargıtay da bu görüştedir⁴⁷³.

2.Hukuka Aykırı Alt İşveren İlişkisinde Rücu

Hukuka aykırı bir alt işveren ilişkisinde asıl işverenin yaptığı ödemeleri alt işverene rücu edip edemeyeceği tartışmalıdır. Nitekim bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına göre “...Anılan yasa maddesinde yazılı asıl işveren sorumluluğu, işçilere karşı olan bir sorumluluktur. Taşeron ile asıl işveren arasındaki bir düzenlemeyi içermeyen 1475 sayılı Yasanın 1/son maddesinin dava konusu olaya uygulanması mümkün değildir. Uyuşmazlığın, davacı ile davalı arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir...”⁴⁷⁴. Bu kararı değerlendiren bir yazara göre, Hukuk Genel Kurulunun uyuşmazlığı “İş Kanunundaki düzenlemenin rücu hakkını içermediği” gerekçesiyle sonuca varması yeterli ve doyurucu bir hukuki dayanak değildir⁴⁷⁵. Yazara göre söz konusu kararın karşı oy yazısında da⁴⁷⁶

⁴⁷² Akyiğit, Şerh, C.1, 123. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 701. Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68. Aynı yazar, Asıl İşveren, 8. Çankaya/Çil, 2009, 44. Soyer, Değerlendirme 1997, 23. Bozkurt Yüksel, 52-53. Şen/Naneci, 45. Uygur, 270. Canbolat, 78. Çenberci, 150. Uygur, 270. Yargıtay, alt işverenin taahhüt ettiği işi yaparken ölmesi durumunda mirasçılarının asıl işveren aleyhine açtıkları davaya iş mahkemelerinde bakılamayacağına isabetli olarak karar vermiştir (Y9HD, 22.3.1979, 3527/4383, Tuncay, Alt İşveren İlişkileri, 68).

⁴⁷³ Bu yönde Y9HD, 30.6.2005, 20287/23352, Çankaya/Çil, 2009, 44. Y9HD, 19.12.1997, 169939/21878, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Soyer, Değerlendirme 1997, 23. Ayrıca Akyiğit, Şerh, C.1, 123, dn. 247’de belirtilen kararlar.

⁴⁷⁴ YHGK, 12.5.2004, 11-254/295, YKD, Ekim 2004, 1500-1509 (karara ilişkin incelemesi için bkz. Aydınli, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 209 vd). Ayrıca Yargıtayın aynı yöndeki bir kararında yerel mahkeme, “Davacı yüklenicinin hizmet sözleşmesiyle işveren sıfatıyla çalıştırdığı 6 işçinin bir takım işçilik hakları istemiyle B A.Ş. aleyhine açtığı davalar sonucu Elmadağ İş Mahkemesince işçilerin gerçekte B...AŞ işçileri olduğu, her yıl değişen taşeron firmalarla yapılan sözleşmelerin muvazaalı olduğu, B. A.Ş.’nin böylece düşük ücretle işçi çalıştırmayı amaçladığı gerekçesiyle husumet savunması reddedilerek sorumluluğuna karar verilmesinden hareketle, iş bu davaya karşılık açılan davada B...AŞ’nin rücu hakkı bulunmadığı sonucuna” varmıştır. Yargıtay ise, bozma kararında “iş mahkemesi karar gerekçesinin açıklanan bu niteliği taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini geçersiz kılmamaktadır. Davacı yüklenicinin basiretli ve tedbirli bir tacir gibi davranarak sözleşme ilişkisi kurması gerekir. Üstlendiği işte çalıştırdığı işçiler gerçekte davalının düşük ücretle çalıştırmayı amaçlayıp da dönemsel olarak sözleşmeler yaptığı yüklenicilere bağlı çalışıyormuş gibi göstermek istediği işçiler olsa bile sözleşmeyle kabul ettiği rücu yükümlülüğünden kurtulamaz. Bu durumda karşılık davanın esasına girilerek B...AŞ’nin yaptığı ilama bağlı işçilik hakları ödemelerinden dolayı doğan rücu hakkının kapsam ve niceliğinin belirlenmesi ve hüküm altına alınması gerekirken yazılı biçimde karar verilmesi doğru olmamıştır...” (Y11HD, 20.11.2003, 4353/11172, Şen/Naneci, 53, dn.169). Aynı yönde diğer kararlar için bkz. Aydınli, Alt İşveren, 205, dn.264.

⁴⁷⁵ Aydınli, Alt İşveren, 204 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aynı yazar, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 220 vd.

⁴⁷⁶ Kararın karşı oy yazısına göre, “...ödenen işçilik haklarında rücu sorumlu olabilmek için, taraflar arasında “taşeronluk sözleşmesi” olarak adlandırılacak akdi bir ilişkinin ötesinde, Yasanın cevaz verdiği anlamda geçerli bir asıl işveren-alt işveren hukuksal konumunun kurulmuş olması aranır.... Sözleşmenin işverenlik ilişkisini belirleyen muvazaalı hükümleri dışında kalan hükümlerinin

belirtildiği gibi, alt işveren ilişkisinin muvazaalı sayılmasının anlamı iki işverenin bu sözleşmenin aralarında hüküm ve sonuç doğurması yönünde anlaşmalarıdır. Bu durumda taraflar, muvazaalı sayılan bir işleme dayanarak rücu hakkına hüküm bağlanmasını isteyememelidirler. Nitekim muvazaalı işlemler, mutlak butlan ile batıl olup baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacağı gibi, muvazaalı olduğu kesinleşen bir işlemin sonradan bir hakka dayanak oluşturması da hukuken mümkün değildir. Ayrıca asıl işverenin bu ilişkiye dayanarak alt işverene karşı rücu hakkını kullanabileceği kabul edilirse, böyle bir sonucun asıl işverenleri hukuka aykırı alt işveren ilişkisi kurmaya teşvik edebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁷⁷. Sonuç itibarıyla bu görüşe göre, alt işveren ilişkisinin muvazaalı (geçersiz) olduğu durumlarda, asıl işverenin alt işverene rücu hakkı kabul edilmemelidir⁴⁷⁸.

Gerçekten de aşağıda da görüleceği gibi muvazaalı sayılan alt işveren ilişkisinin yaptırımı, bu işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmalarıdır. Böyle bir durumda (asıl) işveren başlangıçtan itibaren bu işçilerin ücret ve diğer ödemelerinin asıl (ve tek) sorumlusu durumuna geçmektedir. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi, alt işveren ilişkisinde müteselsil borçluluğun ön koşulu geçerli bir alt işveren ilişkisinin bulunmasıdır. Aksi durumda (asıl) işverenin alt işveren olarak görünen kişiye rücu hakkından söz edilmemelidir⁴⁷⁹.

geçerli olduğunun kabulü halinde dahi; sözleşmenin bir tür işçi temini-iş aracılığı olarak nitelenebileceği, sözleşmenin bu niteliğinin de yukarıda yazılı nedenlerle davacı İGSAŞ 'a, rücu olanağı yaratamayacağı" kabul olunmalıdır.

⁴⁷⁷ Aydın, Alt İşveren, 204 vd. Aynı yazar, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 232.

⁴⁷⁸ Aydın, Alt İşveren, 204 vd. Aynı yazar, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 220 vd. Aydın'ya göre, "usul hukukuna göre alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespiti ve buna dayalı olarak davacı işçilerin gerçek işverenin asıl işveren olduğu ve işçilik haklarının asıl işveren tarafından ödenmesi gerektiği hükmü kesinleştiğinde bu hüküm, tarafları farklı olan rücu davası için (kesin hüküm veya) kesin delil teşkil etmese de mutlaka değerlendirilmesi gereken kuvvetli bir takdiri delil teşkil etmektedir" (Aydın, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 230).

⁴⁷⁹ Kanımıza göre böyle bir olasılıkta, alt işveren görünen kişi işçilere ücret ve diğer ödemeleri yaptıysa, başlangıçtan itibaren işçilerin gerçek işvereni sayılan (asıl) işverenden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yaptığı ödemeleri geri isteyebilmelidir. Nitekim bu durumda "haksız zenginleşme", asıl işverenin pasifinin azalması şeklinde gerçekleşmektedir (Bkz. Eren, 823 vd. Aynı yönde Aydın, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 223).

§ 4. Alt İşverenlik İlişkisinde Asıl İşverenin Değişmesinin Hüküm ve Sonuçları

I. Asıl İşverenin İşyerini Devri

1. Asıl İşverenin İşyerini Tamamen Devri

Alt işveren işçileri alt işveren nezdinde çalışmaya devam ederken, asıl işveren işyerini başka bir işverene devredebilir veya miras yoluyla işyeri asıl işverenin mirasçılarına geçebilir. Böyle bir durumda bir görüşe göre, “asıl işverenin işyerini devri ile alt işverenle olan ilişkisinin sona ermekle birlikte, devralan işverenin asıl işveren konumuna geldiği kabul edilmelidir”⁴⁸⁰. Bu görüşe göre bu sonuç yasada açıkça yer almasa da, maddenin genel anlatımından çıkarılmaktadır. Buna göre devralan işveren *doğrudan devreden işverenin yerine geçmekte ve yasa gereği devreden tüm sorumluluklarını yüklenmektedir*⁴⁸¹. Nitekim yine aynı görüşe göre, asıl işverenin işyerini devretmesi halinde alt işverenle olan ilişkinin devralan işverene geçmediğinin kabulü halinde işyerinde çalışmaya devam eden alt işveren işçilerinin işçilik hakları bakımından devralan işverenin sorumsuz olduğu sonucuna varılması gerekecektir ki, bu çözüm tarzı 4857 sayılı Kanunun 2/6 hükmü ile sağlanmak istenen korumayı kaldırabilecektir. Sonuç itibarıyla bu görüşe göre, “işyerinin asıl işveren tarafından hukuki işleme dayalı olarak devri ya da miras yoluyla intikali halinde alt işverenle olan sözleşme devam eder ve alt işveren işçileri bakımından fiili devir tarihi itibarıyla devralan işveren asıl işveren sıfatını kazanır”⁴⁸². Yine bu görüşün bir sonucu olarak, devreden asıl işveren -İK 6/3 hükmü uyarınca- *devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan* devir tarihinden itibaren 2 yıl süreyle sorumlu olmaya devam eder⁴⁸³.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, külli halefiyet hali veya tarafların buna ilişkin açık bir anlaşması bulunmadıkça alt işveren ilişkisinin İK 6 uyarınca devralana geçmesinden söz etmek mümkün değildir⁴⁸⁴. Buna göre alt işveren ilişkisi tamamen işverenler arası bir hukuki ilişki olarak, devir konusunda genel hükümlere

⁴⁸⁰ Çankaya/Çil, 2009, 62.

⁴⁸¹ Çankaya/Çil, 2009, 62.

⁴⁸² Çankaya/Çil, 2009, 62.

⁴⁸³ Çankaya/Çil, 2009, 63. İşyeri ve işyerinin bir bölümünün devrinin düzenlendiği İK 6/3 hükmüne göre, “...devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır”.

⁴⁸⁴ Alpogut, İşyeri Devri, 95.

tabidir. Sonuç itibariyle bu görüşe göre, asıl işverene ait işyerinin devrinde alt işveren ilişkisinin sona ermeyeceği yönünde genel bir kabulden yola çıkılarak bunun İK 6 hükmüne dayandırılması doğru olmaz⁴⁸⁵.

Kanımıza göre alt işveren işçileri alt işveren nezdinde çalışmaya devam ederken, asıl işverenin işyerini başka bir işverene devretmesi konusunda iki olasılıktan söz edilebilir. Birinci olasılığa göre, asıl işveren işyerini devrederken aynı zamanda alt işveren ilişkisi de sona ermiş ve bu suretle alt işveren, o işyerindeki faaliyetine son vermiş olabilir. Gerçekten de örneğin eser sözleşmesine dayanan bir alt işveren ilişkisinde, BK 369 uyarınca iş sahibinin (asıl işverenin), yapılan iş bitmeden önce, yapılan bölümün bedelini ve müteahhidin zarar ve giderlerini ödeyerek sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmesiyle sözleşme sona erer⁴⁸⁶. Bu durumda alt işveren ilişkisinin temelindeki sözleşmenin sona ermesiyle mevcut alt işveren ilişkisi de sona ereceğinden, alt işveren ilişkisinin devralan işveren ile devam ettiğinden de söz etmemek gerekir.

Bu konuda diğer bir olasılık, asıl işverenin işyerini devretmesine rağmen, alt işverenin o işyerinde faaliyetini sürdürmesidir. Kanımıza göre bu durumda da, devreden (asıl) işveren ile o işyerinde çalışmayı sürdüren alt işveren arasındaki alt işveren ilişkisi sona erer. Çünkü devreden (asıl) işveren o işyerinde işçi çalıştırmaya son vererek, *devrettiği iş dolayısıyla sahip olduğu “işveren” sıfatını da* kaybeder. Bu durum ise, alt işveren ilişkisinin kurucu unsurlarından birinin ve dolayısıyla alt işveren ilişkisinin sona erdiği anlamına gelir. Böyle bir durumda alt işveren ilişkisinin devralan asıl işverenle devam ettiği sonucuna İK 6 hükmünün doğrudan uygulanması yoluyla ulaşılamaz. Nitekim anılan madde, işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak devredilmesi durumunda, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde *mevcut olan iş sözleşmelerinin* bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmesini düzenlemektedir (6/1). Görüldüğü gibi bu maddede devir tarihinde “devreden tarafı olduğu” mevcut *iş sözleşmelerinin* bütün hak ve borçlarıyla devralana geçmesi öngörülmektedir. Buna karşılık bu hüküm, işyerinde

⁴⁸⁵ Alpagut, İşyeri Devri, 95.

⁴⁸⁶ Zevkliler, 324. Aral, 393-394. Diğer yandan, iş sahibi nezdinde ortaya çıkan nedenle işin yapılmasının olanaksız hale gelmesi de istisna akdini sona erdiren diğer bir durumdur (BK 370) (Zevkliler, 324. Aral, 393-394). Bu duruma örnek olarak, takma diş ısmarlayan iş sahibinin ölmesi veya inşaat yapılacak ve iş sahibine ait arsanın kamulaştırılması gösterilmektedir (Aral, 399. Zevkliler, 324).

daha önce kurulmuş olan alt işveren ilişkisinin kendiliğinden devralana geçmesini öngören bir düzenleme değildir. O halde alt işveren ilişkisinin yeni asıl işverenle devam ettiğinden söz edebilmek için doktrinde belirtildiği gibi, külli halefiyet halinden veya tarafların buna ilişkin açık bir anlaşmasından söz edilebiliyor olması gerekir⁴⁸⁷.

Buna karşılık, doktrinde belirtildiği gibi alt işveren ilişkisinin tamamen işverenler arası bir hukuki ilişki olarak devir konusunda genel hükümlere tabi olması, alt işveren ilişkisi açısından iş hukukunun temel amaç ve esaslarına aykırı bir sonucu ortaya çıkarmaktadır. Nitekim asıl işverenin değişmesiyle birlikte yeni bir alt işveren ilişkisinin başladığını kabul etmek⁴⁸⁸, devralan(asıl) işverenin birlikte sorumluluğunu, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda sadece devir tarihinden itibaren başlatmak anlamına gelecektir. Buna göre örneğin alt işveren işçisi, devreden asıl işverenden alınan işte 10 ay çalışmış ve devralan asıl işverenden alınan işte 11 ay çalışmışsa her iki asıl işverenin de işçinin hak kazandığı kıdem tazminatından, yıllık izin ücretinden birlikte sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Oysa bu sonuç, alt işveren işçisinin o işyerinde çalışması dolayısıyla doğan haklarını güvence altına almayı amaçlayan yasa hükmüne uygun düşmeyecektir. O halde bu konuda genel hükümlerin uygulanması konusunda “bir uyarılma zorunluluğu” doğduğundan söz edilebilir. Buna göre doktrinde, borçlar hukuku (ve medeni hukuk) ilke ve kurallarının iş hukukunun “özel karakterine aykırı düşmediği ölçüde” ve “işçi-işveren ilişkilerinin ağır basan toplumsal yanının elverdiği oranda” uygulanabileceği belirtilmektedir⁴⁸⁹. Aksi takdirde bir uyarılma zorunluluğundan söz edilecek ve genel hükümlerin ilke ve kuralları iş hukuku ile temasa geçince bu hukukun amaçlarına, gereklerine ve ilkelerine uygun olarak dönüşüm ve değişime uğrayacak, yeniden tanımlanacaktır⁴⁹⁰. O halde bu yöntem doğrultusunda ve İK 6 ve İK 2/6 hükümlerinin amaçlarından hareketle söz konusu boşluk doldurularak, külli halefiyet veya tarafların bu konuda açık bir anlaşması olmasa da alt işveren ilişkisinin işyerini devralan asıl işverenle devam ettiği sonucuna varılabilir⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ Alpagut, İşyeri Devri, 95.

⁴⁸⁸ Aynı mantıkla, bu sonucun kabulü durumunda, alt işverenin işyerini devri durumunda da yeni bir alt işveren ilişkisinin kurulduğu da iddia edilebilecektir.

⁴⁸⁹ Süzek, 2008, 35. Aynı yazar, Askı, 49-50.

⁴⁹⁰ Süzek, 2008, 35 vd.

⁴⁹¹ Bu konuda İK 6 hükmünün kıyasen uygulanmasından da söz edilebilir.

Diğer yandan yasa metnine baktığımızda alt işveren ilişkisinin “...*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde...iş alan...diğer işveren ile iş aldığı işveren arasındaki ilişki*” olarak tanımlandığını görmekteyiz (İK 2/6). Kanımıza göre burada sözü edilen “iş alma” olgusunun doğrudan kiminle yapılan sözleşme sonucunda ortaya çıktığı üzerinde durulmamalıdır. Aksi takdirde asıl işverenin değişmesiyle yeni bir alt işveren ilişkisi olduğundan söz etmek gerekebilir. Oysaki asıl işverenin işyerini devretmesi durumunda, “işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretiminde ve alt işverenin bunun bir parçasını üstlenmesi olgusunda” bir değişiklik gerçekleşmez.

2. Asıl İşverenin İşyerinin Bir Bölümünü Devri

Bir görüşe göre, işyerinin alt işverene verilen işin de yer aldığı *bir kısmının*, asıl işveren tarafından başka bir işverene hukuki işleme dayalı olarak ve İK 6. maddesine uygun devri halinde de devralan işveren asıl işveren sıfatını kazanır. Buna göre örneğin, “işyerinde yardımcı iş niteliğindeki yemekhane ve çay işlerinin alt işverene bırakıldığı bir durumda, bu işlerin görüldüğü sosyal tesislerin bir bütün olarak ve ayrı bir işyeri örgütlenmesine imkan verecek şekilde başka bir işverene satılması kısmi devir olarak nitelendirilebilir”⁴⁹².

Kanımıza göre bu konuda öncelikle, bir kısmi işyeri devrinden söz edebilmek için, *iş tekniğine ilişkin amacın sürdürülebilmesi için önemli olan maddi ve maddi olmayan unsurlarla işgücünün devrinin gerektiğine dikkat çekmek isteriz*⁴⁹³⁻⁴⁹⁴.

⁴⁹² Çankaya/Çil, 2009, 63. Öte yandan yazarlara göre, “işin bir bölümünün usulüne uygun biçimde ilk defa bir alt işverene bırakılması ve işçilerin hakları kısıtlanmaksızın alt işveren işçisi olarak çalışmaya devam etmeleri halinde de işveren sıfatı değişmektedir. İşçi daha önce asıl işverenin işçisi iken sonradan alt işverenin işçisi olarak çalışmakta, asıl işveren ise alt işveren yanında yasadan doğan bir sorumluluk üstlenmektedir” (Çankaya/Çil, 2009, 63). Kanımıza göre asıl işverenin bir veya birkaç işçisinin alt işveren işçisi olarak çalışmaya devam etmesi halinde, İK 6 uyarınca bir işveren değişikliğinden söz edilebilmesi için alt işverene “işyerinin bir bölümünün devrinin” söz konusu olması gerekir. Bu konuda diğer bir olasılık ise, “iş sözleşmesinin devridir”. Ancak konunun bir de “*Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz...*” hükmü açısından değerlendirilmesi gerekir ki bu konu üçüncü bölümde ele alınacaktır (Bkz. Üçüncü bölüm, §1, III, 2). Öte yandan yine Çankaya ve Çil’e göre, “asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşmenin sona ermesine rağmen işçilerin aynı şekilde çalışmaya devam etmeleri durumunda da işveren sıfatı değişmiş, bu defa da alt işveren işçisi doğrudan asıl işverenin gerçek işçisi olmuştur”. Kanımıza göre burada yine işveren değişikliğinden söz edilebilmesi için “işyerinin bir bölümünün devri” veya “iş sözleşmesinin devrinin” söz konusu olması gerekir.

⁴⁹³ Yenisey, Değerlendirme 2004, 34-35. Bununla birlikte doktrinde, işyerinin kimliğini belirleyen unsur, temizlik işlerinde olduğu gibi işgücü ise ve devredilen işçiler işyeri bölümünün eski faaliyetini devam ettirecek sayı ve nitelikteyse, sadece işgücünün devri de işyerinin kısmi devri sayılabileceği

Buna göre eğer alt işveren ilişkisi zaten işyerinin bir bölümünün devri yoluyla gerçekleşmişse, asıl işverenin tekrar bu bölümü de kapsayan bir işyeri bölümünün devrini gerçekleştirmesinden söz edilemeyecektir. Buna karşılık eğer alt işveren ilişkisi işyerinin bir bölümünün devri yoluyla gerçekleşmemişse, yine “*iş tekniğine ilişkin amacın sürdürülebilmesi için önemli olan maddi ve maddi olmayan unsurlarla işgücünün devri*” nin mümkün olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer o işyeri bölümünün teknik amacının *sürdürülebilmesi için önemli olan maddi ve maddi olmayan unsurlar ve işgücü*” sadece alt işverenin yürüttüğü iş ve işçilerinden ibaretse, asıl işverenin o bölümü devredebileceğinden söz edilemez. Zira asıl işverenin sadece o bölümün *örneğin binasını, maddi unsurlarını* başka bir işverene devretmesi “işyeri bölümü devrinden” söz etmek için yeterli değildir. Böyle bir durum için, söz konusu faaliyetin ve o bölümde çalışan alt işveren işçilerinin de bu devre dahil olması gerekir ki, asıl işverenin arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı alt işveren işçilerini devre dahil etme yetkisinden söz edilemez. Buna karşılık alt işverenin yürüttüğü iş o işyeri bölümünün teknik amacının *sürdürülebilmesi için önemli* bir nitelik taşımıyorsa, örneğin sadece o işyeri bölümünün temizlik işleri yürütülüyorsa, bu durumda o işyeri bölümünün esas teknik amacının sürdürülmesi için önemli nitelik taşıyan unsurlarının ve işçilerin devredilmesiyle bir işyeri bölümü devrinden ve alt işveren ilişkisinin devrinden söz edilebilir.

3. Asıl İşverenin İşyeri Devrinin Sorumluluğa Etkileri

Asıl işverenin işyerini devriyle birlikte mevcut alt işveren ilişkisinin de devralan asıl işverenle devam ettiğinin kabul edilmesi sonucunda işçinin kıdeme bağlı hakları bakımından devralan asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, kendisinin işyerini devraldığı tarihte değil, alt işverenin o işyerinde iş aldığı ve işçinin bu kapsamda çalışmaya başladığı tarihte başlar. Buna göre işyerini devralan asıl işveren, işçinin işyeri devralındıktan sonra çalışma süresinin bir yıldan az olduğunu ileri sürerek kıdem tazminatından sorumluluğu olmadığını ileri süremez. Diğer yandan,

kabul edilmektedir. İşyeri devri açısından işgücü devrinin değerlendirilmesi konusunda ise bkz. Yenisey, 207 vd.

⁴⁹⁴ İşyeri (bölümü) devri için faaliyetin yapıldığı fiziki mekanın devrinin de zorunlu olduğunu vurgulayan Centel’e göre, belirli bir faaliyetin yapıldığı fiziki mekanın devrine gidilmeksizin, bu faaliyetin lisans sözleşmesinin satışı yoluyla başkasına devri işyeri (bölümü) devri olarak değil, “işin devri” veya “iş devri” olarak nitelendirilmelidir (bkz. Centel, Bölüm Devri, 8).

işyerini devreden asıl işverenin de devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan iki yıl süreyle sorumlu olduğu kabul edilmelidir⁴⁹⁵. Buna karşılık işyerini devreden asıl işverenin devirden sonra doğmuş borçlardan sorumluluğu söz konusu olmaz. Buna göre örneğin işçinin iş sözleşmesinin devirden sonra feshi durumunda devreden asıl işverenin feshe bağlı haklardan sorumluluğu söz konusu olmaz.

Asıl işverenin işyeri devrinin işçinin iş sözleşmesinin feshinden sonra fakat işe iade davası açılmadan önce gerçekleşmesi durumunda davanın alt işverenle birlikte, “devralan asıl işverene” açılması gerekir. Böylece feshin geçersizliği tespit edildiğinde, boşa geçen süre ücreti ve diğer haklar ile işe başlatmamanın sonuçlarından *işyerini devralan asıl işveren* alt işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır⁴⁹⁶. Çünkü böyle bir olasılıkta fesih, işe başlatmama tarihinde sona ermiş olacaktır. Buna karşılık kanımıza göre bu davada aynı zamanda devreden asıl işverene karşı da husumet yöneltilmesi mümkündür. Nitekim mahkemece feshin geçerli olduğu sonucuna varıldığında fesih bildirimi, yapıldığı tarihte sonuçlarını doğurmuş sayılacağından, bu tarihte asıl işveren olan devreden işverenin de bu sonuçlardan iki yıl boyunca devralan asıl işverenle birlikte sorumluluğundan söz edilebilecektir.

Asıl işveren değişikliğinin, işe iade davası görüldüğü sırada gerçekleşmesi durumunda ise bir görüşe göre, yeni asıl işverenin davaya dahil edilmesi gerekli olmaksızın, devreden asıl işveren hakkındaki hüküm ve sonuçlar devralan hakkında da doğar⁴⁹⁷. Diğer bir deyişle, işçinin hak kazanması durumunda boşa geçen ücreti ile işe başlatmama tazminatından devralan asıl işverenin sorumlu olduğu kabul

⁴⁹⁵ Böylece alt işveren işçisi, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar için –örneğin bu dönemde doğmuş ücret alacakları için- 2 yıl süreyle devreden asıl işverene de müteselsil borçluluk hükümleri uyarınca başvurabilir.

⁴⁹⁶ Çankaya/Çil, 2009, 66. Bu konuda bir karar için bkz. Y9HD, 7.3.2005, 814/7382, Çankaya/Çil, 2009, 66.

⁴⁹⁷ Çankaya/Çil, 2009, 66. Çankaya ve Çil’e göre bu konuda diğer bir görüş olarak, yargılama sırasında gerçekleşen işyeri devrinde davanın devralan işverene karşı yöneltilmesi gerekliliği ileri sürülebilir. Buna göre, devreden işveren hakkındaki davanın husumet yokluğu sebebiyle reddi ve hükmün devralan işveren hakkında kurulması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak yazarlara göre devralan işverenin “davalı” sıfatı kazanması sorun oluşturabilir, çünkü davanın açıldığı sırada işyeri devri gerçekleşmemiş olduğundan “husumette yanılma” söz konusu değildir. HUMK’da ise “dahili dava yoluyla hasım değiştirilmesi” düzenlenmemiştir. HUMK 186’da “dava konusunun temlik”ni düzenleyen madde de işe iade davası sırasında, asıl işverenin değişmesi durumunda uygulanabilir nitelikte değildir (Çankaya/Çil, 2009, 66-67).

edilmelidir⁴⁹⁸. Nitekim böyle bir durumda, devreden asıl işverenin feshin geçersizliğine ilişkin sonuçlardan sorumlu tutulması mümkün değildir.

4. Asıl İşverenin İşyeri Devrinin Diğer Hüküm ve Sonuçları

Doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi, işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için en az 6 aylık kıdem ve 30 işçi ölçütleri sadece alt işverenin işyeri dikkate alınarak belirlendiğinden asıl işverenin değişmesi bu konuda bir önem arz etmez⁴⁹⁹. Yine, alt işverene verilen bölüm de dahil olmak üzere asıl işverenin işyerinin bir bölümünü devretmesi de bu açıdan bir farklılık yaratmaz.

Buna karşılık anılan görüşe göre “işçinin asıl işverenin gerçek işçisi olarak çalıştığı sırada işin bir kısmının usulüne uygun olarak alt işverene bırakılması sebebiyle bundan böyle alt işveren işçisi olarak çalışması halinde, 30 işçi sayısı bakımından işçinin önceki işvereni olan asıl işverende çalışan işçi sayısı önemsiz olsa da, 6 aylık kıdem bakımından işçinin asıl işverenin gerçek işçisi olarak çalıştığı sürenin de dikkate alınması gerekir”⁵⁰⁰. Kanımıza göre burada olayın “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz*” (İK 2/7) hükmü açısından da değerlendirilmesi gerekir⁵⁰¹. Bu sebeple konu aşağıda ele alınacaktır⁵⁰².

Öte yandan bizim de katıldığımız görüş uyarınca, salt asıl işveren değişikliği alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli (veya haklı) neden oluşturmaz⁵⁰³. Nitekim alt işveren ilişkisi, değişen asıl işverenle devam eder. Gerçekten de asıl işveren değişikliğine rağmen alt işveren ilişkisi devam edeceğinden, alt işveren işçisinin işini ortadan kaldıran veya “işgücü fazlası ortaya çıkaran” bir “işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle” fesih hakkı ortaya çıkmaz. Buna karşılık “asıl işveren değişikliğinin alt işverenle olan ilişkiye yansımaları

⁴⁹⁸ Çankaya/Çil, 2009, 66. Asıl işveren değişikliğinin toplu iş hukukuna ve değişik işçilik haklarına etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çankaya/Çil, 2009, 68-74.

⁴⁹⁹ Çankaya/Çil, 2009, 65.

⁵⁰⁰ Çankaya/Çil, 2009, 65.

⁵⁰¹ Kanımıza göre *bu hüküm olmasaydı*, 6 aylık kidedin hesabında sonradan alt işveren işçisi konumuna gelmiş işçinin asıl işveren nezdindeki çalışmalarının da dikkate alınması için, ya alt işveren ilişkisinin işyerinin bir bölümünün devrinin yoluyla gerçekleşmiş olması ya da olayda iş sözleşmesinin devrinin söz konusu olması gerekirdi. Bu olasılıkların haricinde 6 aylık kidedin hesabında işçinin alt işveren yanında çalışmaya başladığı tarih dikkate alınmalıydı (Bkz. Süzek, 2008, 497-498).

⁵⁰² Bkz. Üçüncü Bölüm, §1, III, 2.

⁵⁰³ Çankaya/Çil, 2009, 65.

ve bu ilişkinin sonlanması halinde ise geçerli nedenin ortaya çıkması imkan dahilindedir”⁵⁰⁴. Buna göre asıl işveren değişikliği sonucunda devralan işverenle alt işveren ilişkisinin devam etmemesi durumunda –alt işverenin işçiyi başka bir işte çalıştırma imkanı da bulunmuyorsa- fesih için geçerli nedenden söz etmek mümkün olacaktır.

Öte yandan feshin geçerli olup olmadığının tespitinde gözetilen ölçütlerden biri olan “son çare ilkesi” alt işverenin işyeri çerçevesinde değerlendirilmelidir⁵⁰⁵. Diğer bir deyişle, alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin süreli feshini önleyebilecek daha hafif önlemlerin bulunup bulunmadığının tespiti noktasında, -asıl işveren işyeri değil- alt işveren ve onun işyeri göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre örneğin, alt işveren işçisinin asıl işveren nezdinde bir işte çalışma olanağının bulunması, “son çare” ilkesine uyulmadığı şeklinde değerlendirilemez. Diğer yandan aynı esas, işçinin çalıştığı işyerinin bir bölümünün alt işverene devri ve bu bölümde çalışan işçilerin hakları kısıtlanmaksızın alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri halinde de geçerlidir⁵⁰⁶. Nitekim böyle bir olasılıkta da alt işverenin daha sonra gerçekleştireceği fesihlerde (daha önce asıl işveren nezdinde çalışmış olan) alt işveren işçisinin asıl işverene ait işyerinde çalıştırılabileceği noktasından hareketle “son çare” ilkesine uyulmadığından söz edilemez⁵⁰⁷.

II. Alt İşveren İşçisinin Başka Bir Asıl İşverenden Alınan İş Kapsamında Çalıştırılmaya Başlanması

Asıl işveren değişikliğinin gerçekleştiği diğer bir durum, alt işverence işçinin başka bir asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılmaya başlanmasıdır. Bu şekilde işçinin aynı alt işverene bağlı olmak kaydıyla değişik asıl işverenler nezdinde birbiri ardına çalışmış olması halinde, *birden fazla asıl işveren alt işveren ilişkisinden* söz etmek gerekir⁵⁰⁸. Nitekim bu görüşe göre böyle bir durumda, işçi yönünden asıl işverenler değişmiş olmasına rağmen bir işyeri devrinden söz edilemez

⁵⁰⁴ Çankaya/Çil, 2009, 65.

⁵⁰⁵ Son çare ilkesi konusunda bkz. Süzek, 2008, 538. Başterzi, Feshe Karşı Koruma, 58 vd. Kuşkusuz, alt işveren işçisinin asıl işverenin gerçek işçisi olarak çalışmaya başlaması durumunda “son çare” ilkesi asıl işverenin işyeri bazında değerlendirilir (Çankaya/Çil, 2009, 66).

⁵⁰⁶ Nitekim “işçinin çalıştığı işyerinde işin bir kısmının alt işverene bırakılması sebebiyle alt işverene devri ve işçinin hakları kısıtlanmaksızın çalışmaya devam etmesi halinde işveren sıfatı alt işverene geçeceğinden bu durum başlı başına geçerli neden oluşturmaz” (Çankaya/Çil, 2009, 66).

⁵⁰⁷ Çankaya/Çil, 2009, 66.

⁵⁰⁸ Çankaya/Çil, 2009, 63-64. Özkaraca, 97, dn. 334.

zira asıl işverenlere ait işyerleri birbirinden bağımsızdır⁵⁰⁹. Buna karşılık bu olasılığın da alt işveren işçilerinin “münhasıran çalıştırılmaları koşulu” açısından değerlendirilmesi gerekecektir.

Bu konuya ilişkin olarak Yargıtayın incelediği bir olayda, işçi sürekli olarak aynı alt işverene bağlı olarak çalışmakla birlikte, 27.12.1999-3.7.2000 tarihlerinde bir (asıl) işverenden alınan işte, 3.7.2000-21.2.2001 tarihlerinde diğer bir (asıl) işverenden alınan işte çalıştırılmış ve iş sözleşmesi bu işyerinde çalışırken feshedilmiştir⁵¹⁰. Davalılardan önceki (asıl) işveren, olayda münhasıran çalıştırma koşulunun sağlanmadığını belirterek alt işveren ilişkisinin bulunmadığı savunmasını yapmıştır. Yüksek mahkeme öncelikle, ayrı ayrı işverenler yönünden asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı kabul edilmiştir. Buna karşılık kararda, sorumluluk yönünden şöyle bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, işçinin önceki asıl işverene ait işyerinden ayrılmasının bir fesih niteliğinde olmadığı, bu sebeple bu tarihte ihbar ve kıdem tazminatları ile izin alacaklarının doğmadığı, ve yine bu sebeple önceki asıl işverenin ihbar ve kıdem tazminatları ile izin alacaklarından sorumlu olamayacağı kabul edilmiştir. Buna karşılık, işçinin başka bir işyerinde çalışmaya başladığı 3.7.2000 tarihinde doğmuş bulunan fazla çalışma ücretinden önceki asıl işveren - işyerinde çalışılan süre ile sınırlı olarak- sorumlu tutulmuştur. Diğer yandan kıdem tazminatı ve izin alacağına hak kazanılabilmesi için gereken “bir yıllık çalışma” şartının ikinci (asıl) işverenin işyerinde çalışılan süre açısından gerçekleşmemesi sebebiyle de, bu alacaklardan ikinci asıl işverenin sorumlu tutulmaması gerektiği kabul edilmiştir. Buna karşılık işçinin ikinci asıl işverenden alınan işte çalışması

⁵⁰⁹ Çankaya/Çil, 2009, 62. Özkaraca, 97, dn. 334.

⁵¹⁰ Y9HD, 11.5.2004, 1127/11276, Çankaya/Çil, 2009, 279-280. Yargıtay anılan kararda, işçinin önceki asıl işverenden alınan işte çalışmasını “uzun bir süre” olarak nitelendirmiştir. Bu durumda yüksek mahkemenin yaklaşık 7 aylık bir süreyi uzun kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtayın aynı yönde diğer bir kararı için bkz. Y9HD, 11.5.2004, 1126/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, 4. Y9HD, 15.2.2005, 10569/4336, Çankaya/Çil, 2006, 264-265. Y9HD, 11.5.2004, 9643/11278, Çankaya/Çil, 2006, 228. Bu konuda ortaya çıkabilecek diğer bir olasılık, işçinin aynı alt işveren nezdinde aynı asıl işverenin farklı işyerlerinde aralıksız veya aralıklı olarak çalıştırılmasıdır. Nitekim son anılan olayda işçi, önce aynı asıl işverenden alınan x inşaat işyerinde, daha sonra aynı asıl işverenden alınan y inşaat işyerinde çalıştırılmıştır. Yasada “...Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı *o işyeri ile ilgili olarak* ...yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur” ifadesi kullanılmaktadır (İK 2/6). Bu doğrultuda “her asıl işveren açısından sorumluluğun sadece kendi işyerinde çalışılan süre ve işçilik hakları ile sınırlı olmak üzere” belirleneceği kabul edilmektedir. Yasanın lafzı dikkate alındığında, asıl işverenin farklı işyerlerinde çalışma durumunda her işyerindeki birlikte sorumluluğunun –kıdeme bağlı haklar bakımından süreler birleştirilerek değil- ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık bu konudaki kötüniyetli uygulamalar kuşkusuz korunmamalıdır.

dikkate alındığında, 4 haftalık ücreti tutarında ihbar tazminatı talep hakkı olduğu ve ikinci asıl işverenin bu tazminattan müteselsilen sorumlu olduğuna hükmedilmiştir. Doktrinde bu sonucun, İş Kanununun asıl işveren alt işveren ilişkisinde işçilik haklarını düzenleyen hükümlerine uygun olduğu, fakat kötüye kullanılmaya müsait olduğu ifade edilmektedir⁵¹¹. Bu görüşe göre örneğin, alt işverence uzun yıllar belirli bir asıl işveren işyerinde çalıştırılan işçilerin iş sözleşmeleri sonlandırılmaksızın alt işverenin kendine ait bir işyerine alınmaları veya başka bir asıl işverenden alınan işte kısa bir süre çalıştırdıktan sonra iş sözleşmesinin feshi durumunda, işçilerin önceki asıl işverenden (feshe bağlı) tazminatları ve izin ücretini talep etmesi mümkün olmayacaktır. Bu sebeple bizim de katıldığımız görüşe göre, işçinin haklarına kavuşmasını önlemek amacını taşıyan kötüniyetli uygulamalar korunmamalıdır⁵¹².

Öte yandan bu konuda diğer bir sorun, alt işveren ilişkisinin-söz gelimi ihalenin bitimi nedeniyle- sona ermesi durumunda, alt işverenin işçilerini diğer bir işyerine davetini işçilerin kabul etmek zorunda olup olmadıklarıdır. Bir görüşe göre işçi, bireysel veya toplu iş sözleşmesi ya da işyeri personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarda bu tür bir değişikliği kabul etmişse, -kötüye kullanılmadığı sürece- işverenin işçiyi başka işyerlerinde çalıştırma imkanından söz edilebilecektir⁵¹³. Bu görüşe göre eğer işçinin bu şekilde önceden alınmış bir rızası söz konusu değilse, İK 22 uyarınca işçinin değişikliği 6 işgünü içinde yazılı olarak kabul etmesi gerekir aksi takdirde işçiyi bağlamaz^{514, 515}.

Gerçekten de taraflar iş sözleşmesinde, işçinin çalışacağı işyerini belirlemişlerse işçinin onayı olmadan işveren işyerini değiştiremez, onu başka bir işyerine nakledemez⁵¹⁶. Ancak sözleşmede bu yönde bir hüküm yoksa *işçinin durumunu ağırlaştırmamak koşuluyla* aynı il sınırları içindeki işyeri değişiklikleri

⁵¹¹ Çankaya/Çil, 2009, 27. Çil, Alt İşveren, 17.

⁵¹² Çankaya/Çil, 2009, 27. Nitekim MK 2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılmasının genel yaptırımı, herhangi bir hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmasının hukuk düzenince korunmamasıdır (Süzek, 2008, 500 vd dn. 46'da belirtilen yazarlar).

⁵¹³ Çankaya/Çil, 2009, 56-57. Çil, Alt İşveren, 58.

⁵¹⁴ Çankaya/Çil, 2009, 56-57. Çil'e göre, süresi sona eren alt işverenin, işçiye çalışacağı işyerini bildirmesine rağmen işçinin bu işyerinde çalışmaması ve yeni alt işveren yanında çalışmaya başlaması iş sözleşmesinin eylemli olarak işçi tarafından feshi niteliğindedir. Bu durumda yeni alt işveren yanında çalışma yeni bir iş sözleşmesi niteliğine kabul edilmelidir (Çil, Alt İşveren, 58).

⁵¹⁵ Bir görüşe göre ihale bitimi üzerine işçinin başka bir işyerinde görevlendirilmesi işveren açısından geçerli neden oluşturacağından, değişikliği kabul etmeyen işçilerin iş sözleşmeleri "geçerli nedenle" ve bildirim önellerine uyulmak suretiyle feshedilebilir (Çankaya/Çil, 2009, 56-57).

⁵¹⁶ Süzek, Değişiklik Feshi, 14. Aynı yazar, 2008, 605.

kural olarak işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak kabul edilmez. Buna karşılık yeni işyerine geliş gidişler, eskisine göre güçlük yaratıyor, maddi yükler getiriyorsa işçi aleyhine esaslı değişiklik söz konusu olur ve İK 22 hükmünün⁵¹⁷ uygulanması gündeme gelir⁵¹⁸. Bu durumda, değişiklik önerisi işçi tarafından reddedilen işverenin ya söz konusu değişiklikten vazgeçmesi ya da iş sözleşmesini feshetmesi gündeme gelir. Nitekim İK 22 uyarınca, işçi değişiklik önerisini altı işgünü içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir sebebe dayandığını veya fesih için başka bir geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. Bu durumda işçi, İK 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir. Doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, değişiklik feshinin geçerli olması ancak İK 18’de sayılan geçerli nedenlere dayanması durumunda söz konusu olur⁵¹⁹. Buna göre salt değişikliğin geçerli (makul) bir nedeninin olması feshin geçerli kabul edilmesi için yeterli değildir⁵²⁰. Gerçekten de anılan maddede, İK 17 ve İK 21’de düzenlenen iş güvencesi hükümlerine yollama yapılması da bu sonucu doğrulamaktadır. O halde salt “ihalenin bitmesi” nedeniyle işçinin durumunu ağırlaştıran başka bir işyerinde çalışmayı kabul etmemesi olgusu, işverenin değişiklik feshi yapabilmesi için geçerli neden oluşturmaz. Buna göre işverenin geçerli nedenle iş sözleşmesini feshettiğinden söz edebilmek için, feshin İK 18’de öngörülen “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan” bir sebebe dayanması gerekir.

⁵¹⁷ İK 22 uyarınca, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir”.

⁵¹⁸ Süzek, Değişiklik Feshi, 14. Aynı yazar, 2008, 605. Konuyla ilgili kararlar için bkz. Süzek, Değişiklik Feshi, 14, dn.59, 60, 61, 62’de belirtilen kararlar.

⁵¹⁹ Süzek, Değişiklik Feshi, 27. Aynı yazar, 2008, 623-624 ve dn. 480’de belirtilen yazarlar. Aksi görüş için bkz. Süzek, 2008, 623, dn. 478’de belirtilen yazarlar.

⁵²⁰ Nitekim bu görüşe göre, değişiklik feshinde daha hafif bir denetimle yetinilmesi, “değişikliğin geçerli bir nedene dayanması” şeklinde yeni bir geçerli fesih nedeni yaratılması ve bu suretle yasaya aykırı olarak geçerli fesih nedenlerinin genişletilmesi anlamını taşıyacaktır (Süzek, Değişiklik Feshi, 27. Aynı yazar, 2008, 624).

Öte yandan, işçinin “işverenin değişik işyerlerinde çalışacağını” önceden iş sözleşmesinde kabul etmesi de mümkündür⁵²¹. Böyle bir olasılıkta –saklı tutma hakkı kötüye kullanılmadığı sürece- işçi söz konusu işyeri değişikliğine uymak durumundadır⁵²². Nitekim Yargıtayın incelediği bir olayda, alt işveren işçisi alt işverenle yaptığı sözleşmede Ankara il sınırları içerisinde aynı şartlarda çalışmayı kabul etmiştir⁵²³. İhaleyi kaybeden alt işveren, işçiye aynı şartlarda iş teklifinde bulunmuşsa da işçi bu teklifi kabul etmeyerek yeni ihaleyi alan şirket nezdinde çalışmasını sürdürmüştür. Yüksek mahkeme isabetsiz olarak, olayda bir işyeri devrinin olduğu ve işçinin iş sözleşmesinin yeni ihaleyi alan şirket nezdinde devam ettiği, bu sebeple de işçinin feshe bağlı haklarını talep edemeyeceği sonucuna varmıştır. Kanımıza göre bu olayda, ihaleyi kaybeden alt işverenin alt işveren işçisinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı doğduğu gibi, alt işverenin sunduğu aynı şartlarda iş teklifini kabul etmeyerek yeni ihaleyi alan işveren nezdinde çalışmasını sürdüren alt işveren işçisi de sözleşmeyi feshetmiş sayılmalıdır⁵²⁴. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi, işçinin “işverenin değişik işyerlerinde çalışacağını” önceden iş sözleşmesinde kabul etmesi mümkün olup, böyle bir

⁵²¹ Süzek, Değişiklik Feshi, 16. Oysa Şen’e göre, işçinin alt işverenin diğer işyerlerinde de çalışmayı kabul ettiğine dair bir sözleşme hükmünün hukuken ve fiilen uygulanması mümkün olmayıp bu yöndeki maddelerin geçersiz sayılması gerekir (Şen, Yeni İstihdam Biçimleri, 89). Buna karşılık Süzek’e göre -hukuka aykırılık taşımadıktan sonra- normal bir işveren niteliğinde olan alt işveren ile işçisi arasında bu yöndeki bir kararlaştırma hukuken geçerlidir (Süzek, Aynı Panel, 117).

⁵²² Değişiklik hakkının saklı tutulmasının sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, Değişiklik Feshi, 18 vd. Süzek’in de isabetli olarak belirttiği gibi, sözleşme ile değişiklik yetkisinin saklı tutulması durumunda işçinin bu değişikliğe uymaması *iş görme borcuna aykırılık* oluşturur. Böyle bir durumda işverenin İK 25/II,h’de öngörülen “*işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi*”ne veya İK 25/II, g’de yer alan işçinin özürsüz devamsızlığına ya da iyi niyet kurallarına uymayan davranışına (İK 25/II) dayanarak *haklı nedenle derhal fesih hakkı* doğar (Süzek, Değişiklik Feshi, 22). Aynı yönde bkz. Arıcı, Yönetim Hakkı, 174. Yargıtay da -hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturmadığı sürece- sözleşmelerle işverenin işyeri değişikliği yapma hakkının saklı tutulabileceğini, yapılan işyeri değişikliğine işçinin uymamasının fesih sebebi olduğunu kabul etmektedir (bkz. Süzek, Değişiklik Feshi, 17, dn. 75, 76, 77, 78’de anılan kararlar).

⁵²³ Y9HD, 12.6.2006, 37343/16607, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, İşyeri Devri, 2-4. Aynı karara ilişkin başka bir değerlendirme için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 18. Oysa Yargıtay 2000 yılında verdiği bir kararda, alt işverenin ihaleyi kaybetmesi üzerine işçiye aynı ilde kendisine ait başka bir yemekhane işyerinde çalışmaya davet etmesi ve işçinin bu davete icabet etmemiş olması olgusunu işçinin iş sözleşmesini kendisinin feshettiği şeklinde değerlendirmiştir (Y9HD, 2.5.2000, 2387/6493, Tühis, Kasım 2000-Şubat 2001, 68-69). Son anılan kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Özkaraca, 101-102.

⁵²⁴ Aynı yönde Engin, Değerlendirme 2000, 10. Özkaraca, 100-101. Çankaya/Çil, 2009, 79-80.

olasılıkta –saklı tutma hakkı kötüye kullanılmadığı sürece- işçi söz konusu işyeri değişikliğine uymak durumundadır⁵²⁵.

III. Alt İşveren İşçilerinin Asıl İşveren Yanında Çalışmaya Devam Etmeleri

Bir olasılığa göre alt işveren işçileri, o işyerinde asıl işveren nezdinde çalışmaya devam edebilirler. Bir görüşe göre artık bu işçiler asıl işverenin işçisi olarak değerlendirilmelidirler⁵²⁶. Zira bu görüşe göre bu durumda alt işveren, işyerini asıl işverene devretmiş sayılmalıdır⁵²⁷. Bu çerçevede hizmet süresinin esas alındığı ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti gibi haklarda işçinin kıdemi, devreden (alt) işverenin yanında işe başladığı tarihten itibaren hesaplanır. Yine İK 6/3 uyarınca, devreden (alt) işveren ve devralan (asıl) işveren devirden itibaren iki yıl süreyle müteselsilen sorumlu olacak, fakat işyerini devreden alt işverenin bu sorumluluğu, devir tarihinde doğmuş ve ödenmesi gereken borçlarla sınırlı olacaktır⁵²⁸. Ayrıca ileride doğacak kıdem tazminatından devreden alt işverenin devir tarihindeki ücret seviyesi ve kendi çalıştırdığı süre ile sınırlı bir sorumluluğunun yanında aynı dönem için önceki asıl işverenin de alt işverenle birlikte sorumluluğu söz konusu olur⁵²⁹ (1475 s.k. m.14). Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda, alt işverene verilen temizlik işinin sözleşme sonunda tekrar asıl işverene işçilerle birlikte devredilmesini işyeri devri olarak kabul etmiş ve işyerini devreden (alt) işverenin kıdem ve ihbar tazminatından sorumluluğunun doğmadığını hükme bağlamıştır⁵³⁰.

⁵²⁵ Süzek, Değişiklik Feshi, 16 vd.

⁵²⁶ Çankaya/Çil, 185. Aynı yazarlar, İşyeri Devri, 395 vd. Şahlanan, İşyeri Devri, 2-4. Yazarlara göre bu durum kısa bir süre için de gerçekleşebilir. Örneğin, alt işverenin ihale süresinin sonunda işyerinden ayrılmasını takiben yeni alt işverenin faaliyete başlamasının gecikmesi durumunda, arada birkaç günlük kesintiye rağmen işçiler aynı işyerinde aralıksız olarak çalışmaya devam etmiş olabilirler. Bu durumda birkaç gün için alt işveren ilişkisi dışında kalan alt işveren işçilerinin, bu günler için asıl işverenin işçisi oldukları kabul edilmelidir. Bu işçilerin sonradan yeni gelen alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri durumunda ortaya çıkabilecek bir sorun “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz*” hükmüne aykırılığın ortaya çıkabilecek olmasıdır (Çankaya/Çil, 2009, 32).

⁵²⁷ Çankaya/Çil, 185. Aynı yazarlar, İşyeri Devri, 395 Alpagut, Değerlendirme 2001, 140. Özkaraca, 102. Şahlanan, İşyeri Devri, 2-4. Engin, İşveren, 185. Ekonomi, Kısmi Devir, 337.

⁵²⁸ Süzek, 2008, 185.

⁵²⁹ Şahlanan, İşyeri Devri, 2-4.

⁵³⁰ Y9HD, 17.1.1991, 9163/195, İHD, Temmuz-Eylül 1991, 421. Kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ekmekçi, Karar İncelemesi, 422-423. Yargıtayın diğer bir kararında, alt işveren işçisinin alt işveren nezdindeki çalışmasının sona ermesinden itibaren asıl işveren işçisi olarak çalışmaya devam etmesi durumunda iş sözleşmesinin sona ermediği ve bu nedenle alt işverenin ihbar tazminatından sorumluluğunun bulunmadığı, izin ücretinden ise asıl işverenin sonucuna varılmıştır

Kanımıza göre bu durum yine farklı olasılıklara göre ele alınmalıdır. Birinci olasılıkta, alt işverenin o işyerinde üstlendiği iş sona ermiş olabilir. Örneğin, bir inşaatın yapımında kalorifer tesisatını yapma işini üstlenen alt işveren, bu işi tamamlayarak o işyerinden ayrılmış ve fakat alt işverenin bazı işçileri o işyerinde başka işlerde çalışmaya devam etmiş olabilirler. Bize göre bu durumda bir işyeri devrinden söz edilemez. Çünkü her şeyden önce bir işyerinin sadece işçilerinin başka bir işverene devredilmesi gerek işyeri devri gerek işyerinin bir bölümünün devri için yeterli değildir⁵³¹. Gerçekten de bir işyerinde veya işyerinin bir bölümünde çalışan işçilerin başka bir işverene geçmeleri konusunda açık veya örtülü bir şekilde anlaşmaları, bir işyeri (veya bölümünün) devri anlamını taşımaz ve işyeri devrinin hukuki sonuçlarını doğurmaz⁵³². Öte yandan, işyeri devrinin şartlarından biri, işyeri teknik amacının (veya kısmi teknik amacın) yeni işveren yönetiminde aynı kalması ve devam ettirilmesidir⁵³³. Oysaki incelediğimiz olasılıkta, alt işverenin o işyerinde yürüttüğü teknik amaç tamamen sona ermektedir. Bu sebeplerle bu durumda bu işçilerin iş sözleşmelerinin alt işveren tarafından feshedildiği ve bu işçilerin feshe bağlı haklarını alt işverenden (ve müteselsilen asıl işverenden) talep edebilecekleri kabul edilmelidir. Bununla beraber bu işçilerin alt işveren tarafından gösterilen aynı nitelikteki başka bir işe gitmeyi kabul etmemeleri iş sözleşmesini işçilerin feshettiğini de gösterebilir⁵³⁴. Her durumda bu işçilerin asıl işveren yanında başka bir

(Y9HD, 28.6.2001, 8503/11049, Çimento İşveren, Eylül 2001, C.15, S.5, 42. Kararı isabetli bulan değerlendirmesi için Alpagut, Değerlendirme 2001, 140). Son anılan kararda yüksek mahkeme, olayda bir işyeri devri veya iş sözleşmesinin devri olup olmadığı üzerinde hiç durmamıştır. Kanımıza göre bu hususlar üzerinde durularak sonuca gidilmesi daha isabetli olacaktır.

⁵³¹ Bu konuda bkz. Yenisey, 207 vd. Aynı yazar, Değerlendirme 2004, 34-35.

⁵³² Ekonomi, Kısmi Devir, 341. Bununla birlikte Yargıtayın farklı yönde kararları bulunmaktadır (bkz Yenisey, 208).

⁵³³ Ekonomi, Kısmi Devir, 341-342. Yenisey, 212, 245. Aynı şekilde doktrinde Güzel, işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin yeni işverenle devam edebilmesinin yeni yönetim altına giren işyerinin ‘aynı olmasına bağlı’ olduğunu belirtmektedir. Yazara göre işyerinin aynı olabilmesi, el değiştiren işyeri faaliyetlerinde özdeşlik ve devamlılık ile sağlanır (Güzel, İşyeri Devri, 86 vd).

⁵³⁴ Gerçekten de Yargıtay 2000 yılında verdiği bir kararda, alt işverenin ihaleyi kaybetmesi üzerine işçiyi aynı ilde kendisine ait başka bir yemekhane işyerinde çalışmaya davet etmesi ve işçinin bu davete icabet etmemiş olması olgusunu işçinin iş sözleşmesini kendisinin feshettiği şeklinde değerlendirmiştir (Y9HD, 2.5.2000, 2387/6493, Tühis, Kasım 2000-Şubat 2001, 68-69). Bu durumu değişik olasılıklara göre değerlendirmek gerekir. Buna göre taraflar iş sözleşmesinde, işçinin çalışacağı işyerini belirlemişlerse işçinin onayı olmadan işveren işyerini değiştiremez, onu başka bir işyerine nakledemez. Ancak sözleşmede bu yönde bir hüküm yoksa *işçinin durumunu ağırlaştırmamak koşuluyla* aynı il sınırları içindeki işyeri değişiklikleri işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak kabul edilmeyebilir. Ancak yeni işyerine geliş gidişler, eskisine göre güçlük yaratıyor, maddi yükler getiriyorsa işçi aleyhine esaslı değişiklik söz konusu olacak ve İK 22 hükmünün uygulanması gerekecektir. Öte yandan, işçinin “işverenin değişik işyerlerinde çalışacağını” önceden iş sözleşmesinde kabul etmesi de mümkündür. Böyle bir olasılıkta –saklı tutma hakkı kötüye

işte çalışmaya devam etmeleri asıl işveren ile aralarında açık veya örtülü bir biçimde yeni bir iş sözleşmesi kurulduğunu gösterir. Bu durumda asıl işveren işçinin alt işveren nezdinde çalıştığı sürede doğan haklarından alt işverenle birlikte müteselsilen, kendine bağlı olarak çalışmaya başladığı tarihten sonraki haklarından doğrudan kendisi sorumlu olacaktır.

Diğer bir olasılığa göre, alt işveren tarafından yürütülen iş devam etmesine rağmen, asıl işveren o işi kendine bağlı işçilerle sürdürmeye karar vermiş olabilir. Örneğin, bir bankanın yemek işleri alt işveren tarafından yürütülmekte iken, bu ilişkiye son verilerek asıl işveren bu işi kendi işçileriyle sürdürmeyi isteyebilir. Bu şekilde yemek işini kendisi sürdüren asıl işveren, alt işverenin bazı işçilerini bu işte çalıştırmaya devam edebilir. Bu durumda bir işyeri devrinin söz konusu olup olmadığını tespit etmek gerekir. İşyeri (veya bir bölümünün) devrinden söz edebilmek için, teknik amacın devam ettirilmesi için önemli maddi ve maddi olmayan unsurların yeni işverene geçirilmesi gerekir⁵³⁵. Diğer bir deyişle, işyerinin ayırt edici yanını oluşturan esaslı unsurların devri zorunludur⁵³⁶. Önemli maddi ve maddi olmayan unsurların belirlenmesi, her olayın özelliğine göre özellikle teknik amacın niteliğine bakılarak yapılır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, sadece işçilerin veya bir faaliyetin devredilmesi kural olarak bir işyeri devri anlamını taşımamaktadır. Buna karşılık işgücünün üretimin esaslı unsurunu oluşturduğu durumlarda Yargıtayca herhangi bir açıklamaya yapılmaksızın sadece işçilerin devri, işyeri devri olarak kabul edilmektedir⁵³⁷. Sonuç olarak olayın özelliğine göre bir işyeri devrinden söz edilebiliyorsa, işyeri devrinin sonuçları uygulanacaktır. Buna göre devreden veya devralan işveren ve devredilen işçi açısından⁵³⁸ devir, fesih için haklı bir sebep oluşturmaz (İK 6/5). Ayrıca burada bir fesih söz konusu olmadığından, işçi fesihten doğan haklarını talep edemez. Bununla birlikte devralan (asıl) işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden (alt) işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olur (İK 6/2).

kullanılmadığı sürece- işçi söz konusu işyeri değişikliğine uymak durumundadır (Süzek, Değişiklik Feshi, 14-16. Aynı yazar, 2008, 605).

⁵³⁵ Ekonomi, Kısmi Devir, 344. Yenisey, İşyeri ve İşletme, 210. Aynı yazar, Değerlendirme 2004, 34, 35. Aydın, İşyeri ve İşletme, 114.

⁵³⁶ Yenisey, İşyeri ve İşletme, 203. Aynı yazar, Değerlendirme 2004, 34-35.

⁵³⁷ Örneğin, temizlik işlerinin sözleşme sonunda işçilerle birlikte tekrar Belediye'ye devri işyeri devri olarak nitelendirilmiştir (Y9HD, 17.1.1991, 9163/195, www.hukukturk.com).

⁵³⁸ Söz konusu hükmün işçi açısından da uygulanmasının isabetsizliği konusunda bkz. Başbuğ, Üçlü İş, 16.

Buna karşılık eğer olayda bir işyeri devrinden söz edilemiyorsa, yine olayın özelliğine göre gerçekleşebilecek diğer bir olasılık, “iş sözleşmesinin devri”dir. Buna göre iş sözleşmesinin devri, sözleşmenin bütün (köl) olarak başka bir işveren tarafından üstlenilmesidir⁵³⁹. İş sözleşmesinin devri konusunda kanunda bir düzenleme olmamakla birlikte, sözleşme özgürlüğü gereği taraflar bu devri gerçekleştirebilirler. Sözleşmenin devri, hukuki niteliği itibarıyla üç taraflı kendine özgü bir sözleşmedir⁵⁴⁰. Bu sözleşme, her iki işveren arasında iş sözleşmesinin devrini konu alan sözleşmeye işçinin açık veya örtülü olarak rıza göstermesiyle gerçekleşebileceği gibi, üç tarafın da katılımıyla da yapılabilir⁵⁴¹. Sözleşmenin devri sözleşmesi, devredilen sözleşme ilişkisi için geçerli olan şekil şartına tabi olduğundan⁵⁴² iş sözleşmesi için geçerli olan şartlar devir sözleşmesi için de uygulanır. Sözleşmenin devrinde (yüklenilmesinde) sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin hukuki durumunun (konumunun) bir bütün olarak bütün hak ve yükümlülükleriyle devralınması söz konusu olur⁵⁴³. Doktrinde ve yargı kararlarında, yeni işverene devredilen iş sözleşmesinin tarafı işçinin kıdeminin, işçilik alacaklarının tabi olacağı kurallar konusunda İK 6 ile İK 14/2 hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁴⁴. Bu doğrultuda iş sözleşmesi devredilen işçi, devirden önceki işvereni nezdindeki kıdemi ve buna bağlı haklarını yeni (asıl) işverene karşı da ileri sürebilir.

Öte yandan, tek bir alt işveren işçisinin sonradan asıl işveren nezdinde çalışmaya başlamasını bir işyeri devri olarak nitelendirmek ve işçinin önceki çalıştığı sürenin kıdeminden sayılması söz konusu olmamalıdır⁵⁴⁵. Nitekim işveren tarafı farklı iki ayrı sözleşme süresinin kıdemden sayılarak birleştirilmesi mümkün değildir⁵⁴⁶. Buna karşılık yüksek mahkeme incelediği bir olayda bir “işyeri devri”nin

⁵³⁹ Süzek, 2008, 295. Mollamahmutoğlu, 289. Özkaraca, 113 vd. Bu konuda bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 12.7.2006, 1892/20661 ve kararın incelemesi için bkz. Şahlanan, İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları, Tekstil İşveren, Ocak 2007.

⁵⁴⁰ Eren, 1207. Süzek, 2008, 295 vd.

⁵⁴¹ Mollamahmutoğlu, 290 ve dn 156, 157 deki yazarlar. İş sözleşmesinin devri konusunda bir karar için bkz. Y9HD, 14.3.2001, 225/3914, www.hukukturk.com.

⁵⁴² Eren, 1207.

⁵⁴³ Eren, 1207.

⁵⁴⁴ Süzek, 2008, 296-297. Yenisey, Değerlendirme 2006, 21-22. Çankaya/Çil, 249-250. Mollamahmutoğlu, 290. Ayrıca bkz. Süzek, 2008, dn.12’de belirtilen kararlar.

⁵⁴⁵ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 58.

⁵⁴⁶ Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 58. Şahlanan’a göre de, asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı müteselsil sorumluluğu, işçinin alt işverenden olan ve ödenmeyen kıdem tazminatı alacağından sorumluluğu kapsamaktaysa da, -olayda muvazaa veya işyeri devri olmadıkça- işçinin daha sonra asıl

söz konusu olmadığı tespiti yapmasına rağmen, alt işveren işçilerinden birinin sonradan asıl işveren nezdinde çalışması durumunda asıl işverenin sorumluluğuna, işçinin alt işveren nezdindeki çalışmasının da birleştirilerek hükmedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁵⁴⁷. Oysa kanımıza göre olması gereken, -eğer olayda iş sözleşmesinin devrinden de söz edilemiyorsa- asıl işverenin alt işveren ilişkisinin sona erdiği (veya alt işveren işçisinin alt işveren ilişkisi çerçevesinde çalışmasının sona erdiği) tarihte doğmuş olan alacaklardan müteselsilen sorumlu olması, işçinin kendisi nezdindeki çalışması başladığı tarihten itibaren de doğrudan –yeni sözleşme tarihinden başlayarak- sorumlu tutulmasıdır. Diğer bir deyişle alt işveren işçisinin asıl işveren nezdinde çalışmaya başlaması durumunda iki işveren nezdindeki kıdeminin birleştirilebilmesi için, ya bir işyeri devrinden ya da iş sözleşmesinin devrinden söz edilebilmesi gerekir⁵⁴⁸.

§ 5. Alt İşverenlik İlişkisinde Alt İşverenin Değişmesinin Hüküm ve Sonuçları

Alt işveren ilişkisinde gerçekleşmesi beklenen olasılık, alt işveren ilişkisinin bitmesinin ardından işyerinden ayrılması ve işçilerini de beraberinde götürmesidir⁵⁴⁹. Gerçekten de böyle bir olasılıkta, işyerinde daha sonra işi alan başka bir alt işveren olsa da her iki alt işveren arasında bir işyeri devrinden söz edilemez⁵⁵⁰. Yine iş sözleşmeleri sona ermediğinden işçiler, feshe bağlı haklarını bu aşamada alt işverenden (ve asıl işverenden) talep edemezler⁵⁵¹.

Öte yandan bu konudaki diğer bir olasılık, alt işverenin işyerindeki faaliyetini tamamlayıp işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesidir. Bu durumda işçiler feshe bağlı

işverende çalışması halinde her iki işverende geçen süre birleştirilmez (Şahlanan, Değerlendirme 2003, 121-122).

⁵⁴⁷ Y9HD, 3.7.2003, 1412/12429, Legal, Ocak-Mart 2004, S.1, 233-234. Kararı isabetsiz bulan görüşü için bkz. Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 58-59. Aynı kararı isabetsiz bulan görüşü için bkz. Şahlanan, Değerlendirme 2003, 121-122.

⁵⁴⁸ Aynı esas değişen alt işverenler arasında çalışma durumu için de söz konusudur (Yenisey, Değerlendirme 2006, 33).

⁵⁴⁹ Bu esas bir Yargıtay kararında da belirtilmiştir (Y9HD, 19.1.2009, 16527/50, ÇT, 2009/3, 366-370).

⁵⁵⁰ Şahlanan, İşyeri Devri, 3. Çankaya/Çil, 2009, 76. Aynı yazarlar, İşyeri Devri, 396. Çil, Alt İşveren, 53-54. Nitekim Çankaya ve Çil'e göre burada hukuki ilişki, alt işverenler arasında değil, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleşmiştir (Çankaya/Çil, 2009, 76. Çil, Alt İşveren, 53-54).

⁵⁵¹ Çankaya/Çil, 2009, 76. Çil, Alt İşveren, 54. Buna karşılık ücret kapsamında değerlendirilebilecek haklar bakımından alt işverenin doğmuş borçlarından asıl işverenin de sorumluluğu olacaktır (Çankaya/Çil, 2009, 76).

haklarını alt işverenden (ve müteselsilen asıl işverenden) talep edebilirler⁵⁵²⁻⁵⁵³. Buna göre örneğin ihaleyi kaybeden alt işveren, işçiye bir fesih bildirimi yapmış, bu da ona ulaşmışsa bu fesih sonuç doğurur ve işçi feshe bağlı haklarını talep edebilir. Bu sonuç, işçi bir veya birkaç gün sonra yeni alt işveren yanında çalışmaya başlasa dahi değişmez⁵⁵⁴⁻⁵⁵⁵. Diğer bir deyişle, işçinin iş sözleşmesi örneğin ihalenin bittiği tarihte alt işveren tarafından sona erdirilmişse bu işçinin yeni ihaleyi alan başka bir alt işveren yanında daha sonra işe başlaması, *yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir*⁵⁵⁶. Bu durumda bir işyeri devrinden söz edilemez ve sonraki alt işverenin, önceki dönemden

⁵⁵² Ekonomi, Alt İşveren, 93. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 29. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 79. Çankaya/Çil, 2009, 79. Şahlanan'a göre, her alt işveren iş sözleşmesini sona erdirerek işyerinden ayrılmışsa, asıl işverenin sorumluluğu, kıdemlerin birleştirilerek son ücret üzerinden değil, her bir alt işverendeki iş ilişkisinin sona erdiği tarihteki kıdem ve ücret üzerinden ayrı ayrı hesaplanarak tespit edilmelidir (Şahlanan, Soru-Cevap-Tartışma, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Mart 2008, 84). Narmanlıoğlu aynı toplantıda, ilk alt işverenin yaptığı sözleşmenin belirli süreli olması durumunda da önceki sözleşmenin sona ereceğine dikkat çekmektedir (Narmanlıoğlu, Soru-Cevap-Tartışma, Sorumluluk, 86). Buna karşılık kuşkusuz böyle bir olasılıkta, belirli süreli sözleşmenin kanunda öngörülen koşullara uygun olarak yapılıp yapılmadığı noktasında geçerliliği sorgulanacaktır.

⁵⁵³ Yargıtaya göre, yeni alt işverende çalışacak işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir (Y9HD, 19.1.2009, 16527/50, ÇT, 2009/3, 366-370).

⁵⁵⁴ Çankaya/Çil, 2009, 79-80. Çil, Genel Görüşme, Değerlendirme 2004, 27. Nitekim Kılıçoğlu ve Şenocak'a göre, alt işveren işçilerinin kesinti olmaksızın yeni alt işveren nezdinde çalışmaya başlamaları durumunda hukuki sorunun çözümüne, işçinin iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği noktasında başlamak gerekir (Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 79). Öte yandan Çankaya ve Çil'e göre, olayda mutlaka yazılı veya sözlü fesih bildirimi aranmamalı, iş sözleşmesinin feshedildiği anlamına gelen geçerli bir ibraname verilmesi veya ihbar ile kıdem tazminatlarının makbuz karşılığı ödenmesi gibi fiiller de iş sözleşmesinin feshedildiğini gösterir. Yine Çankaya ve Çil'e göre, işçiye feshe bağlı yasal hakları ödenmemesine rağmen fesih bildirimi yapılmışsa bu bildirim sonuç doğurur (Çankaya/Çil, 2009, 79-80. Çil, Alt İşveren, 57).

⁵⁵⁵ Buna karşılık Yargıtayın incelediği bir olayda, alt işverenin işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi alındıktan sonra alt işveren faaliyetini sona erdirerek işyerini kapatmış ve işçilerin yasal haklarını vererek iş sözleşmelerini sona erdirmiştir. Yüksek mahkeme aynı işin asıl işveren veya başka alt işverenler nezdinde devam ettirilmesinin bir işveren değişikliği olarak kabul edilmesi gerektiği ve işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin haksız ve kötüniyetli olduğu sonucuna varmıştır (Y9HD, 22.6.1989, 2846/5844, Kamu-İş, C.2, S.1, Temmuz 1989, 28).

⁵⁵⁶ Süzek, 2008, 191. Özkaraca, 99. Soyer, Değerlendirme 2008, 48. Bu yönde bkz. Y9HD, 4.7.2006, 11597/19648, Çil, Alt İşveren, 57, dn. 116. Y9HD, 5.5.2008, 13627/11315, Legal, 2008/19, 1115-1117 (Şahlanan, Değerlendirme 2008, 185-186). Y9HD, 18.10.2007, 2553/30818, ÇT, 2008/2, S:17, 310-311. Y9HD, 27.6.2006, 11599/19650, Legal, 2007/13, 347-349. Y9HD, 12.10.2004, 6408/22998, Çankaya/Çil, 2009, 274. İş sözleşmeleri bir önceki alt işverence feshedilen işçilerin yeni işverence yeni bir iş sözleşmesiyle işe alınmasının muvazaa oluşturmayaacağı yönünde bkz. YHGK, 6.6.2001, 9-711/820, Çankaya/Çil, 2006, 41-47. Bu durumda işçinin kıdeme bağlı haklarına ilişkin süre hesaplaması yeni alt işveren yanında işe başladığı tarihten itibaren yapılacaktır (Çankaya/Çil, 2009, 81). Soyer, burada özellikle önceki alt işverenin veya işçinin fesih beyanı olarak nitelendirilebilecek bir irade açıklamasında bulunup bulunmadığının dikkatle incelenmesi gerektiğini belirtmektedir (Soyer, Değerlendirme 2008, 48). Bu konuda ayrıca bkz. Y9HD, 2.10.2001, 10264/15254, www.hukukturk.com.

sorumluluğu olmaz. İşçi önceki alt işverenden (ve asıl işverenden) feshe bağlı haklarını ve alacaklarını isteyebilir⁵⁵⁷⁻⁵⁵⁸.

I. İşçilerin Değişen Alt İşverenler Yanında Çalışmaya (Muvazaa Olmaksızın) Devam Etmeleri

Uygulamada sıklıkla, işyerinden ayrılan alt işverenin yerine başka alt işverenin geçmesi ve alt işveren işçilerinin değişen alt işverenler yanında –kesinti olmaksızın- aynı işte çalışmaya devam etmesi durumuna rastlanmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, alt işverenler değişmesine rağmen işçinin o işte çalışmayı sürdürmesi, alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının *bir göstergesi (ölçütü)* olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁹. Buna karşılık istisnai olarak bazı durumlarda bir muvazaa olmaksızın işçilerin aralıksız olarak, değişen alt işverenler yanında çalıştırılmaları mümkündür⁵⁶⁰⁻⁵⁶¹. Böyle bir durum alt işverenler arasında bir hukuki işlem bulunmaksızın gerçekleşebildiği gibi, hukuki işleme dayalı olarak da oluşabilir.

1. Alt İşverenler Arasındaki İlişkinin Hukuki İşleme Dayanması

a) Alt İşverenin İşi/İşyerini Tamamen Devri

Doktrinde bir görüşe göre, alt işveren aldığı işin tamamını –asıl işverenin de rızasını almak suretiyle- devrederse, ortada zincirleme yani birden fazla alt işverenlik

⁵⁵⁷ Süzek, 2008, 191. Aynı yönde Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 79. Şahlanan, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 83-84. Ekonomi, Alt İşveren, 93. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 29.

⁵⁵⁸ Süzek'e göre işverenin işyerinde çalışan bütün işçilerin iş sözleşmelerini feshettikten sonra ihbar önelinin bittiği gün işyerini başka bir işverene devretmesi, işçilerin işyerinin devrine ilişkin koruyucu hükümlerden yoksun bırakılması anlamına geleceğinden fesih hakkının kötüye kullanıldığından söz edilebilir (Süzek, Fesih Hakkı, 153). Güzel'e göre de, işverenin işyerinde çalışan bütün işçilerin iş sözleşmelerini feshettikten ve bildirim süresinin bittiği gün veya çok kısa bir süre sonra işyerini diğer bir işverene devretmesi halinde, işyerinde işçilerin İş Kanununun işyeri devrine ilişkin koruyucu hükümlerinden yoksun bırakmak olduğu ve böylece fesih hakkının kötüye kullanıldığı söylenebilir (Güzel, İşyeri Devri, 385). Şen, Taşeronluk, 116.

⁵⁵⁹ Özkaraca, 102. Bu durumun muvazaalı bir şekilde gerçekleşmesi olasılığı üçüncü bölümde ele alınacaktır (Bkz. Üçüncü bölüm, §1, IV, 1, a). Nitekim Soyer'e göre, alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin işyerinde çalışmaya devam etmeleri durumunda, söz konusu işçilerle "alt işveren" olarak adlandırılan kişiler arasında bir akdi ilişki bulunduğunu söylemek mümkün ve inandırıcı değildir (Soyer, Değerlendirme 1997, 23). Yine Soyer, 2008 yılındaki karar değerlendirmesinde, alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu hallerde değişen alt işverenler arasında bir işyeri devrinden söz etmeye olanak olmadığını belirtmiştir (Soyer, Değerlendirme 2008, 48).

⁵⁶⁰ Süzek, 2008, 190. Ekonomi, Genel Görüşme, Değerlendirme 2004, 34. Günay, Alt İşveren, 33. Ekmekçi, Tasarı, Genel Görüşme, 132. Özkaraca, 102. Yenisey, Değerlendirme 2006, 29. Çankaya, 26. Bu yönde YHGK, 6.6.2001, 9-711/820, Çankaya/Çil, 2006, 41-47. Y9HD, 18.11.1997, 16673/19164, karar ve karara ilişkin eleştirisi için bkz. Soyer, Değerlendirme 1997, 22-23.

⁵⁶¹ Alt işverenin değişmesinin gerçekleşme olasılığının bulunduğu farklı anlara göre işçi haklarına etkisi açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Çankaya/Çil, 2009, 83-93.

değil mevcut alt işverenlik konumunun devri vardır⁵⁶²⁻⁵⁶³. Bu durumda alt işveren ilişkisi, asıl işverenle ilk alt işverenden işi devralan arasında kurulmuş olur ve ilk alt işveren alt işveren olmaktan çıkar. Nitekim işin tamamını devreden (alt) işveren, o işte işveren sıfatını taşımayacağı için kendisiyle devralan arasında bir alt işveren ilişkisinden söz edilmez. Yine bu görüşe göre, asıl işin bir bölümünde gerçekleşen böyle bir yüklenilmenin geçerli olabilmesi için kanunda yer alan “işletmenin ve işin gereği ile uzmanlık gerektirme koşulunun” mevcut olması gerekir⁵⁶⁴. Aksi takdirde kanundaki sınırlamanın bir anlamı kalmaz ve kanuna karşı hile yolu açılmış olur. Buna karşılık yardımcı işlerde, devreden-devralan ve asıl işverenin rızaları ile anılan sınırlama olmadan sözleşmenin yüklenilmesi gerçekleştirilebilir⁵⁶⁵.

Bir görüşe göre böyle bir yüklenilmenin gerçekleştiği çoğu durumda, çoğu kez alt işverenin işyerinin devrinden de söz etmek mümkün olacağından, alt işveren işçilerinin devralan alt işverene geçmesi durumu ortaya çıkar⁵⁶⁶. Bu durumda asıl işverenin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam eden işçilerin haklarından müteselsilen sorumluluğu –kesinti olmaksızın- devam eder. Diğer bir yazara göre de, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında yürüttüğü işyerinin tamamen başka

⁵⁶² Aydın, Alt İşveren, 161. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 65. Akyiğit, Şerh, C.1, 98. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 17. Bir görüşe göre alt işverenin işyeri onun açısından bağımsız bir işyeri sayılsa da, alt işveren üstlendiği işi asıl işverenin verdiği bir yetki veya onayı olmadan başkasına devredemez. Buna göre alt işverenin işyeri aslında alt işverenin sınırsızca tasarruf edebileceği bir yer değildir. (Çankaya/Çil, 2009, 75. Göktaş, 100). Diğer bir yazara göre de, her iki alt işveren bir araya gelerek kendi aralarında vardıkları bir anlaşmayla asıl işverenin rızası olmadan söz konusu “iş” ve işin yapıldığı “işyerini” devredemezler. Buna göre araya mutlaka “asıl işverenin” girmesi gerekir (Demir, Devir, 85). Bu durumu değerlendiren yazara göre, alt işverene ait işyerinin asıl işverenden tümüyle bağımsız olduğunu söylemek güçtür (Göktaş, 100).

⁵⁶³ Belirtmek gerekir ki alt işveren işyerini, gibi, asıl işverenle yaptığı sözleşmenin süresi bitmeden devredebileceği gibi süresi bittikten sonra da devredebilir (Çankaya/Çil, 2009, 75. Özkaraca, 98, dn.340). Nitekim Çankaya ve Çil’e göre “süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkan dahilindedir. Uygulamada işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin de kararlaştırıldığı görülmektedir. Listede isimleri yer alan işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işverene geçtiği tartışmasızdır. Ancak isimleri bulunmayan ve başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir (Çankaya/Çil, 2009, 75). İşverenin değişmesi/işyeri devri ve iş sözleşmelerine etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, İşyeri Devri, 117 vd.

⁵⁶⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 98. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 17. Aydın, Alt İşveren, 161-162.

⁵⁶⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 98. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 17. Aydın, Alt İşveren, 161-162.

⁵⁶⁶ Akyiğit, Alt İşverenlik, 17. Burada küçük bir ihtimal de olsa, sözleşmenin devrine rağmen “işyeri devrinin” koşulları oluşmamış olabilir. Nitekim işyeri (veya bir bölümünün) devrinden söz edebilmek için, teknik amacın devam ettirilmesi için önemli maddi ve maddi olmayan unsurların ve işçilerin yeni işverene geçirilmesi gerekir.

bir işyerine devri İK 6 kapsamında işyeri devri niteliğindedir⁵⁶⁷. Bu şekilde alt işveren ilişkisi devralan işverenle devam eder ve devralan işveren “alt işveren” sıfatını kazanır.

Yüksek mahkemenin verdiği bir kararda ise, alt işverenin asıl işverenden aldığı işin tamamını bir başka alt işverene bırakması 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesine uyan işyeri devri niteliğinde kabul edilmiştir⁵⁶⁸. Bu karara göre alt işverenin işyerini tamamen devretmesi halinde, alt işveren ilişkisinin devralan işverenle devam ettiği kabul edilmeli ve (işe iade) buna göre çözümlenmelidir.

Gerçekten de alt işverenin işini veya işyerini tamamen devretmesi durumunda, asıl işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretiminin bir parçasını yürüten alt işveren değişmiş ve devirle birlikte devralan işveren bu sıfatı da devralmış olur. Özellikle alt işverenler arasındaki ilişkinin bir “işyeri devri” niteliği taşıdığı durumda uygulanacak hüküm İK 6 olacaktır⁵⁶⁹. Bu durumda devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri işçilerin rızaları aranmaksızın bütün hak ve borçlarıyla yeni (alt) işverene geçer⁵⁷⁰. Ayrıca, İK 6/3 uyarınca devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden (alt) işverenin ve devralan (alt) işverenin birlikte sorumluluğu doğar⁵⁷¹.

b)Alt İşverenin İşyerinin Bir Bölümünü Devri

Bu konuda diğer bir olasılık, alt işverenin asıl işverenden aldığı işin bir kısmını başka işverenlere (alt işverenlere) vermesidir⁵⁷². Doktrinde her şeyden önce, böyle bir durumun, asıl işin bir bölümünde kurulan alt işverenlikte gerçekleşmeyeceği savunulmaktadır. Çünkü anılan bölümün tekrardan bölünebilir nitelikte olup olmadığı sorununun varlığının yanı sıra alt işverenin uzmanlığı dolayısıyla aldığı bir

⁵⁶⁷ Çankaya/Çil, 2009, 75. Çankaya ve Çil'e göre, gerçek şahıs bir alt işverenin ilişkinin devamı sırasında şirketleşmeye gitmesi de, “işyeri devri” olarak değerlendirilmelidir (Çankaya/Çil, 2009, 75).

⁵⁶⁸ Y9HD, 10.4.2007, 32995/10190, Çankaya/Çil, 2009, 75; www.kazanci.com.

⁵⁶⁹ Akyiğit, Şerh, C.1, 98. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 29.

⁵⁷⁰ Ekonomi, Alt İşveren, 93. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 28. Bu durumda işçinin kıdeme bağlı hakları açısından devreden alt işveren nezdinde çalışmaya başladıkları tarih gözetilecektir. Örneğin iş güvencesinden yararlanma şartlarından olan altı aylık kıdem şartı açısından devreden alt işveren nezdinde çalıştığı süre de göz önünde bulundurulacaktır. Ancak “işyeri devri”nin (veya iş sözleşmesinin devrinin) olmadığı bir durumda böyle bir birleşmeden bahsedilemeyecektir (Çankaya/Çil, 2009, 81).

⁵⁷¹ Ekonomi, Alt İşveren, 93. Devreden (alt) işverenin sorumluluğu, devirden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (İK 6).

⁵⁷² Özveri'ye göre “alt işverenin alt işvereni” olarak adlandırılan bu durum, iş yasasına göre oluşan dayanışmalı sorumluluk zincirini kırmayı hedeflemektedir (Özveri, 387).

iş i kendi işçileriyle yapmak yerine başka işverene vermesi, kendisinin uzmanlığı konusunda şüphe yaratır⁵⁷³. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliğinde yer alan düzenlemeye göre de, asıl iş in bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği iş i bölerek diğer bir işverene veremez (m.11/4)⁵⁷⁴.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre örneğin inşaat sektöründe bir baraj yapımında, üstlenilen asıl iş in bir bölümünün –sözleşmede alt işverene (müteahhite) yetki tanınmışsa, aranılan şartlara da uyulmak suretiyle başka alt işverenlere verilmesi mümkün kabul edilmelidir⁵⁷⁵.

Kanımıza göre de söz konusu olasılıkta peşin bir hükme varmak yerine, olayın özelliğine göre “işletmenin ve iş in gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulunun” gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Ayrıca alt işveren üstlendiği “asıl iş e göre” yardımcı iş niteliğinde olan bir iş i de alt işverene bir sınırlama olmaksızın devredebilmelidir.

Öte yandan yardımcı işlerde kurulan alt işveren ilişkileri açısından söz konusu koşul aranmadığından, asıl işverenin de rızasıyla ve bölünebilirlik niteliği de varsa iş in bir bölümünün bir başkasına devri mümkündür⁵⁷⁶. Bu durumda bir görüşe göre *iş in asıl sahibi, ikinci alt işverenin işçilerine karşı herhangi bir sorumluluk taşımaz*⁵⁷⁷. İş i devreden alt işveren ise, iş i devrettiği işverenin işçilerine karşı “asıl işveren” konumunda olur ve bu işçilere karşı müteselsil sorumluluğu (İK 2/6)

⁵⁷³ Akyiğit, Şerh, C.1, 98. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 17. Mollamahmutoğlu, 166. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 65. Söz konusu sınırlamaya uyulmadan alt işveren aldığı iş in bir bölümünü başka bir işverene veriyse, devir geçersiz kabul edilecek ve işçiler ilk *alt işverenin işçisi* sayılacaktır (Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 65).

⁵⁷⁴ Kanunda yer almayan böyle bir kuralın yönetmelikte yer almasının isabetsizliği yönündeki görüş için bkz. Centel, Eleştirel Bir Yaklaşım, 41. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12. Çankaya/Çil, 2009, 39. Kızıloğlu, 99.

⁵⁷⁵ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12.

⁵⁷⁶ Bu noktada yazar, ortaya çıkan bir diğer duruma dikkat çekmektedir. Asıl işverenden “yardımcı iş” niteliğinde iş alan ilk alt işveren açısından bu iş “asıl iş” niteliği taşıyacağından, bunu kısmen bir başkasına vermek istediğinde “işletmenin ve iş in gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun bulunması aranacaktır (Akyiğit, Şerh, C.1, 99, dn.182. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 18, dn. 47). Örneğin yemek işinin alt işverene verilmesi durumunda, yemekhanede bulaşıkların yıkanması iş i *alt işverenin aldığı iş açısından “asıl iş” niteliğinde olduğundan* “işletmenin ve iş in gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulu bulunmadan alt işverene verilemeyecektir (Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 65).

⁵⁷⁷ Akyiğit, bu olasılıkta alt işverenden iş alan kişinin (ikinci alt işveren), iş in asıl sahibi (asıl işveren) karşısındaki konumunun “alt müteahhitlik” veya “taşeronluk” olduğunu belirtmekte ve bu ilişkinin iş hukukunu ilgilendirmedini vurgulamaktadır (Akyiğit, Şerh, C.1, 99. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 17. Aydın, Alt İşveren, 162). Çelik de böyle bir durumda taşeron ile iş verdiği işveren arasında -iş i ilk veren işverenden (müteahhitten) bağımsız- bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğduğunu belirtmektedir (Çelik, 47).

gündeme gelir. Bunun için kendisinin de işin geri kalan kısmında işçi çalıştırıyor olması gerekir⁵⁷⁸.

Buna karşılık doktrinde bir görüşe göre alt işveren üstlendiği işin bir bölümünü başka bir işverene verdiği ve hatta bu işveren de kendi aldığı işin bir kısmını başka bir işverene verdiği yasal koşulların varlığı halinde bunları üstlenen kimseler de alt işveren sıfatına sahip olabilir⁵⁷⁹. Ancak böyle bir olasılıkta *zincirleme alt işverenlik ilişkisinden ve zincirleme sorumluluktan* söz etmek gerekir. Buna göre, her işveren kendinden sonraki (bütün) alt işverenlerin işçilerine karşı sorumludur⁵⁸⁰. Örneğin, iş kazası nedeniyle tazminat talepli dava, üç işverenin hepsine veya doğrudan doğruya herhangi birine karşı açılabilir⁵⁸¹. Diğer yandan yine bu görüşe göre tarafların, üstlenilen işin başkalarına devredilemeyeceğini kararlaştırmış olması bu zincirleme sorumluluğu kesmez, sadece iç ilişkide etkili olur.

Bu konuda ileri sürülen üçüncü bir görüşe göre, devredilen kısım ile ilgili olarak alt işverenin yerini devralan alt işveren alır⁵⁸². Bu doğrultuda kısmi devrin ardından asıl işverenle kısmi devralan işveren arasında, alt işveren ilişkisi kurulmuş olurken, alt işverence asıl işverenden alınan ve diğer işverene devredilmemiş kısımlar açısından ile mevcut alt işveren ilişkisi devam eder. Diğer bir deyişle bu görüşe göre, alt işverenin işin bir kısmını başka bir işverene devretmesiyle sadece asıl işveren ile işin bir kısmının devredildiği işveren arasında alt işveren ilişkisi kurulur fakat alt işveren ile işin bir kısmını devrettiği işveren arasında alt işveren ilişkisi kurulmaz. Nitekim bu görüşe göre, alt işverenin aldığı işin bir kısmını başka bir işverene vermesi durumunda ikisi arasında alt işveren ilişkisi meydana geldiğini kabul etmek, aynı ilişki içinde iç içe geçmiş vaziyette birden fazla alt işveren

⁵⁷⁸ Akyiğit'in de belirttiği gibi, alt işveren asıl işverenden aldığı işte kendi işçisini çalıştırmayıp işi bölümlere ayırarak başkalarına vermişse kendisini alt işveren sayamayacağımız gibi, kendisinden iş alanlara karşı asıl işveren de sayılmaz. Bu durumun önceki dönemde olduğu gibi muvazaalı sayılması gerekir (Akyiğit, Şerh, C.1, 99).

⁵⁷⁹ Canbolat, 75. Bozkurt Yüksel, 51-52.

⁵⁸⁰ Buna karşılık yazarlara göre, sonraki işverenlerin, önceki işverenlerin işçilerine karşı herhangi bir sorumluluğu yoktur. Zira kanunda asıl işverenlerin işçilerine karşı alt işverenlere herhangi bir sorumluluk yüklenmemiştir (Canbolat, 74. Bozkurt Yüksel, 51-52).

⁵⁸¹ Canbolat, 75. Bozkurt Yüksel, 51-52.

⁵⁸² Çankaya/Çil, 2009, 75.

ilişkisini gündeme getirir ki, asıl işveren ve alt işveren kavramlarının aynı işverende birleşmesi yasada öngörülmediğinden bu mümkün değildir⁵⁸³.

Yargıtay ise verdiği bir kararda, alt işveren tarafından işin bir bölümünün diğer bir işverene alt işveren ilişkisi kapsamında devredilmesi halinde ise, ilk (asıl) işverenin bu ilişkide asıl işveren olarak değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı sonucuna varmıştır⁵⁸⁴. Nitekim yüksek mahkemeye göre, aynı asıl işveren alt işveren ilişkisinde, birden fazla sayıda asıl işveren veya alt işverenin bulunması mümkün değildir. Buna göre asıl işverenden alınan işin bir bölümünün usulüne uygun olarak alt işveren tarafından başka bir işverene bırakılması ihtimalinde, bu kapsamda çalışan işçi yönünden asıl işveren alt işveren ilişkisi aldığı işin bir kısmını devreden (alt-asıl) işverenle, işi devralan (alt) işveren arasında kurulmuş sayılır. Bu ilişkide ilk (asıl) işverenin sorumluluğu söz konusu olmaz.

Kanımıza göre asıl işverenin iş verdiği alt işverenin, aldığı işin bir kısmını – kanuna uygun şekilde- başka bir işverene bırakması durumunda, alt işveren ile iş verdiği işveren arasında yeni bir alt işveren ilişkisi kurulacağından şüphe duyulmaması gerekir. Diğer bir deyişle aldığı işin bir kısmını devreden (alt) işveren, bu ilişkide iş verdiği işverenin işçilerine karşı asıl işveren sıfatını taşır ve bu çerçevede İK 2/6 anlamında birlikte sorumluluğu söz konusu olur. Nitekim ilk bölümde de belirtildiği gibi, asıl işverenin işin asıl sahibi olması gerekmediği gibi, alt işveren sıfatını taşıyan bir kişinin aynı zamanda kendi kurduğu başka bir ilişki dolayısıyla asıl işveren sıfatını da kazanmasının önünde hukuki bir engel yoktur. Diğer yandan bu noktada, işi ilk devreden (asıl) işverenle, işin bir kısmını alt işverenden devralan işveren arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerekir. Kanımıza göre bu konuyu alt işveren ilişkisinin mantığından ve yasaya konuluş amacından uzak düşünmemek gerekir. İlk bölümde de belirtildiği gibi, alt işveren asıl işverenin mal veya hizmet üretimini tamamlamakta ve onun işçileri *nihai olarak* asıl işveren yararına da çalışmaktadırlar. Bu sebeple asıl işveren nihai olarak kendisi yararına çalışan işçilerin iş ilişkisinden doğan alacaklarından alt işverenle birlikte sorumlu tutulmuş ve bu şekilde bu işçilerin alacaklarına ek bir güvence sağlanmak istenmiştir. Bu bilgiler ışığında, (ikinci) alt işverenin (birinci) alt işverenin yanı sıra asıl işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretimini tamamladığından söz edilebiliyorsa asıl işveren

⁵⁸³ Çankaya/Çil, 2009, 75.

⁵⁸⁴ Y9HD, 10.4.2007, 32995/10190, Çankaya/Çil, 2009, 75; www.kazanci.com.

ile (ikinci) alt işveren arasında da alt işveren ilişkisinden ve asıl işverenin bu işte çalışan işçilere karşı müteselsil sorumluluğundan söz edilmelidir. Kaldı ki, alt işverenin aldığı işin asıl işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretiminin bir parçası olduğundan söz edilebiliyorsa, alt işverenden iş alan kişinin üstlendiği iş de bütünün içindeki bir parçanın daha küçük bir parçası olarak bütünün içinde yer alacaktır⁵⁸⁵. Yine bize göre, İK 2/6 hükmünün amacı ve işçi lehine yorum ilkesi de bu sonucu destekler.

Öte yandan dünyada “zincirleme alt işverenlik” (“*cascade subcontracting*”⁵⁸⁶), büyük endüstriyel kaza riskini artıran bir etken olarak kabul edilmektedir⁵⁸⁷. Kanımıza göre bu konuda koordinasyon eksikliği ve sorumluluk konusundaki belirsizlikler etkili olmaktadır. Bu doğrultuda önceki (asıl) işverenlerin sorumluluğunu kesici bir sistemden ziyade, sorumluluğu sürdüren ve iş sağlığı ve güvenliği açısından asıl işverene “koordinasyon yükümlülüğü” getiren bir yaklaşım yerinde olacaktır.

c) Alt İşveren İşçisinin İş Sözleşmesinin Devri

Bu konudaki olasılıklardan bir diğeri, üçlü bir hukuki işlemle alt işveren işçilerin *iş sözleşmelerinin* yeni alt işverene (veya asıl işverene) *devredilmesidir*. Bunun için devreden ve devralan işverenlerin anlaşmasının yanı sıra işçilerin de onayının alınması zorunludur⁵⁸⁸. Bu durumda sözleşmenin feshi ya da diğer bir nedenle sona ermesi söz konusu olmadığı için işçiye ihbar ve kıdem tazminatı

⁵⁸⁵ Yasa metnine baktığımızda “...Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde...iş alan...diğer işveren ile iş aldığı işveren arasındaki ilişkinin” alt işveren ilişkisi olarak tanımlandığını görmekteyiz (İK 2/6). Kanımıza göre burada sözü edilen “iş alma” olgusunun doğrudan kiminle yapılan sözleşme sonucunda ortaya çıktığı üzerinde durulmamalıdır. Nitekim eğer bu ifade böyle yorumlanırsa, alt işverenin işyerinin tamamını – asıl işverenin onayı olmaksızın- başka bir alt işverene devretmesi durumunda asıl işverenin, işyerini devralan alt işverenle alt işveren ilişkisinin oluşmadığı sonucuna da varmak gerekir. Nitekim İK 6’da devredilen işyerindeki iş sözleşmelerinin bütünüyle devralan işverenle devam edeceği öngörülmüş fakat “alt işveren ilişkisinin” kendiliğinden devri öngörülmemiştir. Bu doğrultuda, asıl işverenden “iş alan” alt işverenin işyerinden ayrılmasıyla alt işveren ilişkisinin sona erdiği sonucuna varmak gerekecektir ki bu sonucun isabetli olmadığı açıktır.

⁵⁸⁶ “*Cascade subcontracting*”, kendisi de alt işveren olan bir işletme tarafından alt işverenliğin kullanımı olarak tanımlanmaktadır (ILO, 15, dn.41). Aynı yönde Le Goff, 215. Fransız hukukunda da zincirleme alt işverenlik (*la sous-traitance “en cascade”*), bilhassa inşaat ve toplu taşıma sektörlerinde görülmektedir. Doktrinde bu durumun, sorumlulukların dağılması nedeniyle iş güvenliği yönetiminde karmaşıklığa yol açtığı ve yasadışı çalışma türlerinin ortaya çıkmasını elverişli kıldığı belirtilmektedir (Le Goff, 215).

⁵⁸⁷ Fransa’da 2001 yılında Toulouse’daki bir kimyasal tesiste yaşanan büyük patlamanın ardından kurulan komisyon tarafından bu tespit yapılmıştır (ILO, 15, dn.41).

⁵⁸⁸ Ekonomi, Alt İşveren, 94. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 29.

ödenmez ancak işçinin bu iş sözleşmesine göre önceki alt işverenin işyerinde geçirdiği hizmet süreleri gerek ihbar tazminatı gerek kıdem tazminatında dikkate alınır⁵⁸⁹. Ayrıca yeni alt işverenin işçisi olarak kanundan ve iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işverenin birlikte sorumluluğu, önceki alt işveren nezdindeki hizmet sürelerini de kapsar⁵⁹⁰. Diğer yandan, yine anılan yazara göre iş sözleşmesinin devri halinde, işyerinin devrine ilişkin İK 6/3 fıkrasında yer alan birlikte sorumluluğa ilişkin hüküm kıyasen uygulanmalıdır. Nitekim bu hükme göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

2.Alt İşverenler Arasında Hukuki Bir İşlem Bulunmaması

İşçilerin alt işverenler arasında herhangi bir *hukuki işlem bulunmamasına rağmen*, -herhangi bir fesih söz konusu olmaksızın- değişen alt işverenler nezdinde çalışmaya devam etmelerinin hukuki sonucunun belirlenmesi gerekir⁵⁹¹. Esasen uygulamada daha çok gerçekleşen olasılık, değişen alt işverenler arasında herhangi bir hukuki işlem bulunmamasıdır. Oysaki İş Kanununun 6. maddesinde işyerlerinin *hukuki işleme dayalı olarak* devrinden söz edilmektedir.

Doktrinde çoğunluk görüşüne göre böyle bir durumda işyeri devrine ilişkin İK 6 hükmünde yer alan hukuki sonucun uygulanması⁵⁹² yani, çalışmaya devam eden işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin söz konusu olmayacağı ve tüm hak ve borçlarıyla

⁵⁸⁹ Ekonomi, Alt İşveren, 94. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 29.

⁵⁹⁰ Ekonomi, Alt İşveren, 94. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 29. Ancak Ekonomi'ye göre, kıdem tazminatından asıl işveren ve alt işveren arasındaki sorumlulukta 1475 sayılı Kanunun 14/2 hükmü kıyasen uygulanmalıdır (Ekonomi, Alt İşveren, 94).

⁵⁹¹ Ekonomi'ye göre, uygulamada çoğunlukla alt işverenler değiştiğinde işyerinin devri işlemine göre iş ilişkileri devam ettirilir. Ancak alt işverenler arasında yazılı bir devir sözleşmesi yapılmadığından, devir işleminin gerçekleşmiş olduğu konusunda şüphe doğar. Ancak 5763 sayılı Kanunla İK 3'te yapılan değişiklikle alt işveren kendi adına oluşan işyerini diğer belgeler ve yazılı alt işverenlik sözleşmesiyle herhalde işyerini devir işlemine dayalı olarak devraldığını bildirimde açıklayacak ve gerekirse belgeleyecektir (Ekonomi, Değerlendirme 2007, 29).

⁵⁹² Bu durumun diğer hukuki sonuçları olarak, işçinin kıdemi tazminatı, hizmet süresinin toplamı üzerinden ve son ücretine göre hesaplanacak, ancak önceki alt işverenlerin sorumluluğu devir tarihindeki ücret ve işçiyi çalıştırdıkları sürelerle sınırlı olacaktır (1475 s.k. m.14). Yine, işçinin hizmet süresinin esas alındığı ihbar tazminatı, yıllık izin ücret gibi haklarda da devreden işverenin yanında işe başladıkları tarih esas alınacaktır.

yeni alt işverenle devam edeceği kabul olunmalıdır⁵⁹³. Bununla birlikte bu sonucun hukuki dayanağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

a)Örtülü Hukuki İşlem Görüşü

Bu görüşe göre alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında *örtülü bir hukuki işlem* niteliğinde kabul edilmelidir⁵⁹⁴. Zira bu hukuki işlemde alt işveren işçilerini başka bir işyerine davet etmemiş ve yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri örtülü olarak istenmiştir. Bu sebeple böyle bir durumda, işyeri devrine ilişkin İK 6. madde hükmünün uygulanması ve son alt işverenin önceki alt işverenlerin yanında çalışılan süreden de sorumlu olması gerekir⁵⁹⁵.

Öte yandan, her ne kadar İş Kanununun 6. maddesi hukuki işleme dayalı devirleri düzenlemekte ise de, halen yürürlükte olan 1475 sayılı Kanunun 14. maddesi kıdem tazminatının hesabı konusunda, işyerinin “*herhangi bir suretle başka bir işverene geçmesi*”nden söz etmektedir⁵⁹⁶. O halde alt işverenler arasında hukuki

⁵⁹³ Buna karşılık doktrinde Sümer’e göre, olayda hukuki işleme dayalı olarak gerçekleştirilen bir işyeri devrinden veya alt işveren işçilerinin iş sözleşmelerinin feshinden söz edilemiyorsa, önceki alt işverenin iş süresinin bitmesi ile birlikte ve bu işyeri için işe aldığı işçilerini başka bir işyerine nakletmemesi durumunda alt işveren ilişkisi ile birlikte iş sözleşmelerinin de sona erdiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda önceki alt işveren sona eren iş sözleşmelerinin hukuki sonuçlarına katlanır. Aynı işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri halinde ise, yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir. Bu durumda sonraki alt işverenin, işçilerin önceki alt işverenden olan alacaklarından sorumluluğu söz konusu olmaz. Kıdem tazminatı açısından da işçinin önceki çalışmalarından sonraki alt işveren sorumlu tutulamaz (Sümer, Karar İncelemesi, 109 vd).

⁵⁹⁴ Çankaya/Çil, 2009, 76-77. Aynı yazarlar, İşyeri Devri, 396 vd. Çil, Alt İşveren, 55-56. Benzer görüş Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 79. Özkaraca, bu görüşe temelde katılmakla birlikte “örtülü hukuki işlem” şeklinde bir kavrama dayanmak gerekmediği görüşündedir (Özkaraca, 97-98). Şahlanan’a göre de, “örtülü hukuki işlem” görüşü varılmak istenen amaca uygun olması açısından isabetli olsa da, söz konusu duruma ilişkin başka olasılıkları da kapsayacak şekilde, İK 6’nın, bir hukuki işleme dayanarak işyeri devrinin yapılmadığı ancak işyerinde işverenin değiştiği her durumda uygulanabilen bir hüküm olarak kabulü gerekir. Diğer bir deyişle Şahlanan’a göre İK 6, işyeri devri söz konusu olmasa da *işverenin değiştiği her durumda* uygulanabilir bir düzenlemedir (Şahlanan, İşyeri Devri, 4).

⁵⁹⁵ Çankaya/Çil, 2009, 76-77. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 67. Aynı yazarlar, İşyeri Devri, 396 vd. Çil, Alt İşveren, 55-56. Öte yandan alt işverenin işyerinin devri, işyerini devralan alt işveren ve işçi açısından fesih için geçerli/haklı neden oluşturmaz. Ancak alt işveren işçilerinin iş sözleşmelerinin alt işverenin ayrılması aşamasında sona ermiş olması ve işçilerin yeni iş sözleşmeleriyle sonraki alt işveren yanında çalışmaları halinde, geçerli neden kavramı ile alt işverenin değişmesi arasında bağlantı olmayıp geçerli neden kavramı son alt işveren bakımından ele alınmalıdır (Çankaya/Çil, 2009, 82-83).

⁵⁹⁶ Çankaya/Çil, 2009, 76-77. Aynı yazarlar, Alt İşveren, 67. Aynı yazarlar, İşyeri Devri, 396 vd. Çil, Alt İşveren, 55-56. Aynı yönde Şahlanan, İşyeri Devri, 4. Aynı yazar, Şahlanan, Soru-Cevap-Tartışma, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Mart 2008, 83-84. Şahlanan söz konusu sonuca varırken ayrıca, benzer konuyu toplu iş sözleşmesi açısından düzenleyen ve “işverenin değişmesinden” söz eden 2822 sayılı Kanunun 8. maddesine dayanak almaktadır (Şahlanan, İşyeri Devri, 4).

işleme dayanmayan el değiştirmelerin de işyeri devri olarak nitelendirilmesi gerekir. Aksi takdirde, her bir alt işverenin kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olduğu kabul edilmesi ve işçinin kıdem tazminatı dahil tüm haklarının bölünerek ayrı ayrı alt işverenlerden istenmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu durumda ise asıl işveren yönünden hesabın tüm süre için ve son ücrete göre yapılması gerekirken, alt işverenlerin daha az sorumlulukları söz konusu olur. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenlerin sorumluluğunu aşması mümkün değildir⁵⁹⁷.

b) Amaçsal Yorum Görüşü

Doktrinde diğer bir yazar ise, hukuki işleme dayalı olmayan devirlerde İK 6 hükmünün uygulanması gerektiği sonucuna, *bu hükmün amacını dikkate alarak* ulaşmaktadır⁵⁹⁸. Buna göre yazar, 1475 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde doktrinde ileri sürülen “işyeri devrinin hukuki işleme dayanması gerekmediği” görüşüne vurgu yapmaktadır. Gerçekten de bu dönemde, işyerinde sürdürülen faaliyetin herhangi bir şekilde bir işverenden diğerine geçmesinin işyeri devri olduğu, iş sözleşmelerinin yeni işverenle devamı için tek kıstasın *işyeri faaliyetinin yeni işverene geçişi* olduğu kabul edilmekteydi⁵⁹⁹. Anılan yazara göre yeni yasa döneminde de İK m.6 hükmünün düzenlenme amacı dikkate alınarak, maddede yer alan *hukuki işlem deyimi geniş şekilde yorumlanmalı* ve her ne suretle olursa olsun devir gerçekleştiğinde iş sözleşmelerinin yeni işverenle devam edeceği kabul edilmelidir. Dolayısıyla devrin ihale yoluyla gerçekleşmesi durumunda da İK 6 hükmünün doğrudan uygulanması gerekir. Sözleşmenin ihaleyi alan yeni işverenle devamı için, tarafların anlaşması veya eski işverenin işçiyi bir başka işyerine davet etmesi ve davetin işçi tarafından reddi gibi hukuki yollara gerek bulunmamaktadır⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ Çankaya/Çil, 2009, 76-77. Aynı yazarlar, İşyeri Devri, 397. Çil, Alt İşveren, 55-56. Aynı yönde, Şahlanan, İşyeri Devri, 4. Çil’e göre bu sonuç, ihaleyi kaybeden alt işverenin işçiye bir fesih bildiriminde bulunmaması durumunda geçerlidir. Buna göre eğer, ihaleyi kaybeden alt işveren, işçinin iş akdini feshederse bu fesih sonuç doğurur ve işçinin bu fesih üzerine açacağı davada kıdem tazminatını alması doğaldır. Bu sonuç işçi birkaç gün sonra hatta bir gün sonra yeni alt işveren yanında çalışmaya başlasa dahi değişmez. Buna karşılık işçiye önceki alt işveren tarafından bir fesih bildiriminde bulunulmamışsa, değişen alt işverenler nezdinde geçen sürelerin birleştirilmesi gerekir (Çil, Genel Görüşme, Değerlendirme 2004, 27. Aynı yazar, Alt İşveren, 56-57).

⁵⁹⁸ Engin, Değerlendirme 2004, 6-7. Diğer bir yazar benzer şekilde, İK 6. maddenin bu şekilde yorumlanmasının hukukumuzun bu konudaki Adalet Divanı içtihadıyla uyumlu bir çizgide ilerlemesine yol açacağını belirtmektedir (Yenisey, 202). Adalet Divanı’nın konuya ilişkin kararları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa, § 5, I, 2, f.

⁵⁹⁹ Güzel, İşyeri Devri, 107 vd. Süzek, 2002, 187 vd.

⁶⁰⁰ Engin, Değerlendirme 2004, 6-7.

c) Hukuki İşlemin Tarafının Asıl İşveren Olduğu Görüşü

Bir görüşe göre, alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında çalışmayı sürdürmeleri olayında bir hukuki işlem söz konusudur, fakat bu hukuki işlem asıl işveren tarafından gerçekleştirilmektedir⁶⁰¹. Buna göre “asıl işveren işyerini hukuki bir işlemle bir alt işverene devretmekte, ilişkinin bitimi ile yine bir hukuki işlemle işyerini devralmaktadır⁶⁰². Daha sonra işyerinin yine asıl işverenin tasarrufu ile yeni bir alt işverene devri, ayrı bir işyeri devri olarak ele alınmalıdır. Böylece alt işverenler değiştiği halde hiç ara vermeden çalışmaya devam eden alt işveren işçileri, her alt işveren değişiminde çok kısa bir süre için de olsa asıl işverenin işçisi konumuna gelmektedirler. Bu durumda, asıl işveren kendisinden önceki alt işverenler bakımından aynı zamanda son işveren olarak değerlendirilecektir. Asıl işverenin işyeri devrini sağlayan hukuki işlemde daima bir taraf olarak kabul edilmesi, daha açık bir ifade ile işverenler zincirinin bir halkası olması işçinin hakları bakımından önemli bir güvence sağlayacak ve bugün yaşanan birçok sorun çözüme kavuşacaktır”⁶⁰³. Öte yandan diğer bir yazara göre de, *ihaleye çıkarma işlemi de asıl*

⁶⁰¹ Göktaş, 100. Benzer görüş için bkz, Ekonomi, Kısmi Devir, 337. Aynı şekilde Demir’e göre de, işyerinin asıl işverenin “hukuki işlemleri” aracılığı ile başka bir alt işverene devri de İK 6 kapsamında tam bir “işyeri devri” niteliğindedir. Demir’e göre bu sonuç, İK 14/2 madde hükmünde yer alan “...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi...” ifadesi yer almasaydı bile geçerli olacaktı. Yine Demir’e göre, söz konusu hukuki işlemle asıl işveren esasen “işyerini” değil “iş” devretmektedir. Bu nedenle işyeri devri asıl işverenin “hukuki işlemleri” aracılığıyla alt işverenler arasında gerçekleşmektedir (Demir, Devir, 85-86).

⁶⁰² Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda, alt işverene verilen temizlik işinin sözleşme sonunda tekrar asıl işverene işçilerle birlikte devredilmesini işyeri devri olarak kabul etmiş ve işyerini devreden (alt) işverenin kıdem ve ihbar tazminatından sorumluluğunun doğmadığını hükme bağlamıştır (Y9HD, 17.1.1991, 9163/195, İHD, C:1, S.3, Temmuz-Eylül 1991, 421) Aynı görüşte bkz. Ekonomi, Kısmi Devir, 337.

⁶⁰³ Göktaş, 100. Bu görüşü bizim de katıldığımız bir şekilde eleştiren Çankaya ve Çil’e göre, bu görüş kabul edilecek olursa asıl işverenin, değişen alt işverenlerin bütün yükümlülüklerinden İK 6 uyarınca sorumluluğu gündeme gelecektir ki bu sonuç, birlikte sorumluluğu öngören İK 2/6 hükmünü anlamsız kılar. Ayrıca alt işverenin değiştiği bir aşamada işyerinin önce asıl işverene devredildiği, sonra yeni alt işverene devredildiği şeklindeki sonuç “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanamaması kuralı” nı gündeme getirecektir. Bu durumda örneğin alt işveren işçisi ihale bitimi ile yeni işverenin ihaleyi aldığı günde asıl işveren işçisi sayılacaksa, bu tarihte asıl işverenin taraf olduğu sendikaya üye olarak kendisine bir hak sağlayabilecek, daha sonra alt işverene devri ise bir hak kaybı olarak nitelenebilecektir. Nitekim Çil’e göre bu sonuç ancak alt işverenlik sözleşmesinin bitiminin ardından işçilerin belli bir süre asıl işverene ait işyerinde çalışmaya *devam etmeleri* halinde kabul edilebilir (Çankaya/Çil, 2009, 77-78. Çil, Alt İşveren, 55).

*işveren tarafından yapılan bir hukuki işlem olduğuna göre, bir alt işverenden diğer bir alt işverene geçme durumu bir işyeri devri olarak kabul edilebilir*⁶⁰⁴.

d) Kıyasen Uygulama Görüşü

Bu görüşe göre de esas itibariyle hukuki işleme dayanmayan devirlerde de İK 6/1 hükmünün uygulanması kabul edilmekle birlikte, bu sonucun hukuki gerekçesi farklı bir şekilde ortaya konmaktadır. Buna göre İK 6/1 uyarınca bir işyeri devrinden söz edebilmek için, bu devrin mutlaka hukuki işleme dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁰⁵. Buna karşılık asıl işverene ait işyerinde birbiri ardına iş alan alt işverenler arasında bu anlamda bir hukuki işlem söz konusu değildir. O halde hiç karşılaşmamış olmaları dahi mümkün olan alt işverenler arasında örtülü bir sözleşmenin olduğunu kabul etmek yerine, korunan menfaatler açısından *işyeri devrine benzer bir durum söz konusu olduğundan İK 6'nın kıyasen uygulaması gerekir*⁶⁰⁶.

e) Yargıtay Uygulaması

Yargıtay, verdiği kararlarda -artık yerleşmiş bir içtihat olarak- işçilerin değişen alt işverenler nezdinde kesintisiz olarak çalışması durumunda işyeri devrine ilişkin kuralları (İK m 6) uygulamaktadır⁶⁰⁷. Bu doğrultuda Yargıtay, işçinin kıdeme

⁶⁰⁴ Engin, Değerlendirme 2004, 42.

⁶⁰⁵ Süzek, 2008, 191. İK 6 hükmünün hukuki işleme dayanan devirleri esas aldığı yönünde Mollamahmutoğlu, 167.

⁶⁰⁶ Süzek, 2008, 190-191. Doktrinde Şahlanan ise, böyle bir olayda bir devir iradesi olmamasına rağmen, olaya sadece bu açıdan bakmamak gerektiğini -önceki alt işveren işçilerinin kıdem tazminatlarını ödeyip işyerini kapatmadıkça- bir devirden söz etmek gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca burada alt işveren (işyeri) devri yerine işçi devrinin de düşünülebileceğini vurgulamaktadır. Şahlanan ayrıca asıl işverenin kıdem tazminatı sorumluluğuna da değinerek, asıl işverenin iş akdi sona erdirilmemiş bütün işçilerin bütün alt işverenlerde geçen ücretinden son alt işveren ücreti üzerinden mesul olduğunu belirtmektedir (Şahlanan, Soru-Cevap-Tartışma, 83-84).

⁶⁰⁷ Y9HD, 5.5.2008, 13627/11315, Legal, 2008/19, 1115-1117. Y9HD, 12.6.2006, 37343/16607 ve Şahlanan'ın kararı isabetli bulan incelemesi (Tekstil İşveren, Kasım 2007, 2 vd. Yenisey aynı karara ilişkin incelemesinde Yargıtayın, alt işverenler değişmesine rağmen alt işveren işçisinin aynı işte çalışmaya devam etmesini işyeri devri olarak nitelendirilmesini isabetli bulmuş, fakat kararlarda somut olayların neden işyeri devri olarak nitelendirildiği açıklamasının yapılmamasını eleştirmiştir (Yenisey, Değerlendirme 2006, 33 vd). Alt işverenler değişmesine rağmen ara vermeden aynı işte ve işyerinde çalışan işçinin iş güvencesi kapsamına girmek için aranan altı aylık kıdemin hesabında önceki kıdem süresinin de dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Y9HD, 10.7.2006, 16499/20608 Çimento İşveren, Mart 2007, 58-59. Y9HD, 30.1.2006, 29/1807, www.hukukturk.com. Y9HD, 26.9.2007, 9420/28141, ÇT, 2008/1, S.16, 222-223. Y9HD, 4.5.2000, 2591/6557, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Engin, Değerlendirme 2000, 10. Y9HD, 25.12.2008, 33274/35297, ÇT, 2009/3, 372-375 (anılan kararı isabetli bulan değerlendirme için bkz. Demir, Devir, 77 vd. Aynı karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Alpagut, İşyeri Devri, 109). Ayrıca bkz. Y9HD, 22.6.1989, 2846/5844, Kamu-İş, C.2, S.1, Temmuz 1989, 28. Y9HD, 7.12.2006,

bağlı haklarının önceki alt işveren(ler) nezdindeki çalışması da dikkate alınıp hesaplanarak asıl işverenle birlikte son alt işverenin müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varmaktadır⁶⁰⁸. Aynı şekilde yüksek mahkeme diğer bir kararında da işçinin değişen alt işverenler nezdinde kesinti olmaksızın çalışması durumunda – alt işverenler arasında hukuki işlem bulunup bulunmadığı tartışmasına girmeksizin- son alt işverenin önceki alt işverenler döneminden de sorumlu olduğu, daha önceki alt işverenin de kendi döneminden işyeri devri tarihindeki ücret üzerinden sorumlu olduğu sonucuna varmıştır⁶⁰⁹. Yine Yargıtayın 2008 yılında aynı yönde verdiği bir kararda, işçilerin *iş sözleşmeleri feshedilmeksizin* değişen alt işverenler nezdinde çalışmalarının işyeri devri olarak kabul edilmesi gerektiği aksi takdirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumlu tutulabileceği, asıl işverenin sorumluluğu ise yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından bu durumun hak kaybına neden olabileceği vurgulanmıştır⁶¹⁰. Yüksek mahkeme diğer bir kararında aynı işyerinde değişik alt işverenler nezdinde çalışan işçilerin alacaklarından sorumluluğun belirlenmesi için taşeronlar arasında işyeri devrinin olup olmadığının belirlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁶¹¹. Bunun

13876/32223, Legal 2007, S.14, 707-709 (karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 32-33). YHGK, 6.6.2001, 9-711/820, Çankaya/Çil, 2006, 41-47. Ayrıca bkz. YHGK, 24.11.1999, 9-968/983, Tekstil İşveren, S.244, Nisan 2000. Y9HD, 19.1.2009, 16527/50, ÇT, 2009/3, 366-370. Y9HD, 28.5.2002, 3173/9109, Günay, Şerh, 283. Y9HD, 15.11.1999, 14460/17426, Günay, Şerh, 288. Yargıtayın incelediği bir olayda, işyerinde fiilen bekçi olarak çalışan kişiye, - işyerinde temizlik işlerinin başka bir işverene devredilmesi üzerine- yeni firmada çalışacağı bildirilmiştir. İşçi bu durumu kabul etmeyerek eski işinde çalışmaya devam etmek istemiş, fakat işveren tarafından bekçilik görevine devam ettirilmemiştir. Yargıtay verdiği kararda, olayda “bekçilik ve güvenlik” hizmetlerinin devredilmediği, dolayısıyla bir işyeri devrinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla davacının iş sözleşmesinin işverence sona erdirildiği sonucuna varılması gerektiğini belirtmiştir (Y9HD, 25.6.1998, 9393/10861, Günay, Şerh, 292).

⁶⁰⁸ Y9HD, 11.4.2005, 20368/12913, Legal, 2005, S:8, 1738 vd. Y9HD, 19.1.2009, 16527/50, ÇT, 2009/3, 366-370. Ayrıca bkz. Y9HD, 18.3.2004, 15922/5455, Çankaya/Çil, 2006, 45. Yargıtayın işyerinin bir yıl süreli ihalelerle taşerona verilmesini işyeri devri olarak nitelendirdiği eski tarihli kararları için bkz. Y9HD, 2.2.1990, 11580/955, TÜHİS, Şubat 1990, 10 (kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Kısmi Devir, 337, dn.55). Y9HD, 28.12.1984, 10452/12182, Canbolat, 163. Narmanlıoğlu’na göre de, birden fazla alt işvereni istihdam eden asıl işverenin, işçi alacaklarının tümünden birlikte sorumlu olması kanun gereğidir ancak asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağı da hatırlanmalıdır (Narmanlıoğlu, Sorumluluk, 59-60).

⁶⁰⁹ Y9HD, 22.4.2004, 20352/9110, Çankaya/Çil, 2006, 105. Ayrıca anılan kararda, alt işverenin önceki alt işverene rücu hakkı olduğundan dava dışı alt işverenin sorumlu olduğu kıdem tazminatı miktarının da hesaplanıp kararda gösterilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

⁶¹⁰ Y9HD, 25.12.2008, 33274/35297, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Demir, Devir, 77 vd.

⁶¹¹ Y9HD, 23.3.2005, 21166/9454, Çankaya/Çil, 2006, 210. Öte yandan Yargıtay 1475 sayılı kanun döneminde verdiği bir kararda müteahhitler (alt işverenler) sürekli değişmesine rağmen işçinin aynı işyerinde çalışmayı devam ettirmiş olmasının muvazaa olup olmadığının değerlendirilerek işçinin

için de taşeronun alt işveren sözleşmesi sona erdiğinde işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilip feshedilmediğinin, işyerinin tüm işçileri ile birlikte yeni alt işverene geçip geçmediğinin ihale, ihale sözleşmeleri, işyeri teslim belgeleri ve sair delillerle tespitinin gerektiğini belirtmiştir.

Yüksek mahkeme'nin 2004 yılında incelediği bir olayda ise, temizlik işlerini ihale ile alan alt işveren ihale süresi sonunda yeniden ihaleyi alamayarak asıl işverenin işyerini terk etmiş ve yeni ihaleyi dava dışı başka bir şirket almıştır⁶¹²⁻⁶¹³. İhaleyi kaybeden alt işverenin işçisi, iş sözleşmesinin sona erdiği iddiasıyla fesihten doğan haklarını ve diğer alacaklarını talep ederken, ihaleyi kaybeden davalı firma işçinin ihaleyi yeni alan şirketin yanında çalışmasını sürdürdüğünü, iş sözleşmesinin sona ermediğini savunarak davanın reddini istemiştir. Yargıtay, işçinin feshe bağlı haklarını talep etmesini haklı bularak işçinin yeni ihaleyi alan alt işveren yanında işe başlamasını yeni bir iş sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Yüksek mahkeme bu sonuca varırken, iki taşeron arasında işyeri devri yapıldığı hususunda bir delil olmadığı, hizmet akdinin devri konusunda da bir iddia bulunmadığı ve yine davalı işverenin davacı işçiyi başka işyerlerinde işe davet ettiği ve iş verdiği konusunda da bir iddiada bulunulmadığı gerekçelerine dayanmıştır⁶¹⁴.

(asıl) işveren işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanma isteğinin haklılığı konusunda sonuca gidilmesi gerektiğini belirtmiştir (Y9HD, 16.10.1995, 10874/31656, Özveri, 391).

⁶¹² Y9HD, 12.10.2004, 6408/22998, Çankaya/Çil, 2009, 274. Karara ilişkin incelemesi için bkz. Engin, Değerlendirme 2004, 6-7. Alpagut, İşyeri Devri, 103-104.

⁶¹³ Konuyla ilgili Teftiş Kurulu görüşleri için bkz. Şen, Yeni İstihdam Biçimleri, 88.

⁶¹⁴ Bu olayda sorun öncelikle işçiye fesih bildiriminde bulunulup bulunulmadığı noktasındadır. Fesih hakkının kullanılmasından söz edebilmek için her şeyden önce bu yönde bir irade beyanının bulunması gerekmektedir. Aynı şekilde fesih bildirimi yenilik doğuran bir hak olduğundan ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin bir şekilde yapılması gerekir. Bununla birlikte taraflardan birinin davranışı sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini belirgin bir biçimde ortaya koymuşsa fesih gerçekleşmiş sayılmalıdır. Buna göre olayın özelliğine göre güven teorisi gereği muhatabın bu davranışı bir fesih iradesi olarak yorumlayacağı durumlarda fesihten söz edilir (Süzek, 458-459). Bu bilgiler ışığında, işverenin açık bir fesih beyanı olmasa da işçinin ihaleyi kaybederek işyerinden ayrılan işverenin kendisini yeni bir işe davet etmemesi davranışını güven teorisi gereği bir fesih olarak kabul etmesi doğaldır. Bu durumda işçi feshe bağlı haklarını ve diğer alacaklarını almaya hak kazanır. Ayrıca bu durumda önceki iş akdi sona erdiği için sonraki alt işverenin önceki dönemden sorumluluğu söz konusu olmaz. Bununla birlikte ihaleyi kaybeden işverenin işçiye aynı nitelikte başka bir iş göstermesi ve işçinin bu davete icabet etmemesi durumunda bu kez işçinin sözleşmeyi feshettiğinden söz edilebilir. Bu sebeple anılan karar yönünden, Yargıtayın davalı işverenin davacıyı başka işyerlerinde işe davet ettiği ve iş verdiği konusunda bir iddiada bulunulmadığı hususu üzerinde durması isabetlidir. Yüksek mahkeme'nin kararda ortaya koyduğu hususlardan bir diğeri, işyeri devrinin yapıldığına dair iddianın işveren tarafından ispatlanması gereğidir. Gerçekten de işyerini devrettiğine dair iddiada bulunan işverenin genel ispat kuralları gereği bunu ispatlaması gerekir. Bu olasılıkların dışında işçiyi çalıştıran önceki alt işveren ile ihaleyi kazanan yeni alt işveren işçinin de rızasını alarak iş sözleşmesinin devri işlemi ile de belirli işçilere yeni alt işveren yanında çalışma imkanı vermiş olabilirlerdi. Kararda bu olasılık da ele alınmış ve bu konuda bir iddianın bulunmadığı

Buna karşılık Yargıtay benzer diğer bir olayda, tam aksi yönde hüküm kurmuştur⁶¹⁵. Bu kararda davacı işçi, ihale ile taşıma işini üstlenen davalı alt işveren nezdinde çalışırken bir yıl sonra taşıma işini yeni bir ihale ile üstlenen başka bir alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmiştir. Buna rağmen önceki alt işveren tarafından iş akdinin haksız feshedildiği iddiasıyla ihbar ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. Yüksek mahkeme olayın “işyeri devri veya işyerinin el değiştirmesi” olduğu kabul edilerek işçinin feshe bağlı alacak taleplerinin reddinin gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtay bu kararda, ilk belirttiğimiz kararın aksine işyeri devrinin yapıldığı konusunda bir delil aramamıştır.

Doktrinde bir görüşe göre yüksek mahkemenin, işverenin fesih hakkını kullanması halinde ihaleyi alan yeni işveren nezdinde çalışmayı yeni bir iş sözleşmesi olarak kabul ettiği kararları karşısında, devir nedeniyle fesih yasağının uygulanmasından veya feshedilmemiş sözleşmelerin devralana kendiliğinden geçtiğinden söz etmek mümkün değildir⁶¹⁶. Buna göre Yargıtay, salt aralıksız çalışma olgusunu değerlendirirken işçinin kıdem ve ihbar tazminatı haklarının korunması noktasında –sınırlı olarak- adeta İK 6 hükmünü kıyasen uygulamaktadır⁶¹⁷. Nitekim yüksek mahkeme alt işverenler nezdinde aralıksız çalışmaya işyeri devri sonucunu bağladığı kararlarında, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumlu olduklarına ilişkin İK 6/3 hükmünü de uygulamamaktadır⁶¹⁸. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre bir yandan İK 6 anlamında bir devirden söz etmek, bir

tespiti yapılmıştır (Bu konuda bkz Süzek, 190-191. Ekonomi, Genel Görüşme, Değerlendirme 2004, 34. Çil, Genel Görüşme, Değerlendirme 2004, 27). Çankaya ve Çil’e göre alt işverenler arasında işyeri devri kanıtlanmadığı sürece ihale bitiminde işçinin işverence feshedilmiş sayılacağı görüşü ileri sürülebilirse de, bu konuda genel bir uygulamaya gidilmesinin işçi lehine olmadığı açıktır (Çankaya/Çil, 2009, 80).

⁶¹⁵ Y9HD, 28.5.2002, 3171/9105, Çankaya/Çil, 2006, 235-236. Aynı yönde bkz. Y9HD, 4.5.2000, 2591/6557, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Engin, Değerlendirme 2000, 10 ve aynı yazar, Değerlendirme 2004, 6-7.

⁶¹⁶ Alpagut, İşyeri Devri, 108.

⁶¹⁷ Alpagut, İşyeri Devri, 108. Yazara göre söz konusu kararlarda devir kavramının incelenmemesi, devrin varlığı halinde sözleşmelerin devralana otomatik olarak geçişine ilişkin kuralın uygulanmaması, hatta işverence iş sözleşmelerinin feshedilebilirliğinin kabulü ve yine sorumluluğa ilişkin İK 6/3 hükmünün uygulanmaması salt işçinin aralıksız çalışması olgusundan hareketle işçilik alacakları açısından karara varmak –teknik hukuk bakımından isabet derecesi tartışılabilir olmakla birlikte- kıyasen uygulamayı akla getirmektedir.

⁶¹⁸ Bu yönde bkz. Kocaeli 2. İş Mahkemesi, 26.1.2006, 52/90; Y9HD, 13.6.2008, 19086/15543 ve kararın incelenmesi Özkara, Karar İncelemesi, 131 vd.

yandan sorumluluk bakımından her işvereni kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu kabul etmek bir çelişkidir⁶¹⁹.

Sonuç itibariyle doktrinde belirtildiği gibi, Yargıtay kararlarında devir kavramının incelenmemesi, devrin varlığı halinde sözleşmelerin devralana otomatik olarak geçişine ilişkin kuralın uygulanmaması, hatta işverence iş sözleşmelerinin feshedilebilirliğinin kabulü ve yine sorumluluğa ilişkin İK 6/3 hükmünün uygulanmaması, salt işçinin “aralıksız çalışması” olgusundan hareketle işçilik alacakları açısından karara varması –teknik hukuk bakımından isabet derecesi tartışılabilir olmakla birlikte- kıyasen uygulamayı akla getirmektedir⁶²⁰.

f)Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

Türk hukukunda alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilen pek çok durum – sözelimi bir işyerinin temizliğinin veya güvenliğinin başka bir işverene verilmesi- AB hukukunda işyeri/işyeri bölümü devri kapsamında değerlendirilmektedir⁶²¹. Nitekim Yargıtayın alt işveren işçilerinin değişen alt işverenler nezdinde çalışmasını “işyeri devri” olarak nitelendiren kararları da, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın işyeri bölümü devrine ilişkin verdiği kararlarla büyük bir benzerlik göstermektedir⁶²². Bu bağlamda konu Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından, işyeri devrinde işçilerin kazanılmış haklarının korunması bağlamında “İşyeri Devrinde İşçilerin Kazanılmış Haklarının Korunmasına İlişkin Üye Ülke Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına Dair 77/187 Sayılı (bugün 2001/23 Sayılı) yönerge çerçevesinde ele alınmaktadır⁶²³.

İşyeri devrine ilişkin yönerge çerçevesinde devredilen birim, “ekonomik bir birlik” olarak tanımlanarak, iş sözleşmelerinin devamını haklı kılacak bir devirden

⁶¹⁹ Alpagut, İşyeri Devri, 108.

⁶²⁰ Alpagut, İşyeri Devri, 109.

⁶²¹ Yenisey, 244-245. Örneğin, bir hastaneye temizlik hizmeti sağlayan firmanın değiştirilmesi, belediyenin çöp toplama ve sokak temizliği işini özel bir şirkete vermesi, banka şubesi binalarının temizliği işinin taşeronu verilmesi, bir kantin yönetiminin alt işverene verilmesi, hapishane eğitim hizmetleri işinin bir alt işverenden diğerine verilmesi gibi olaylar mahkemece bu çerçevede değerlendirilmiştir (McMullen, Atypical Transfers, 289).

⁶²² Yenisey, Değerlendirme 2006, 34-35.

⁶²³ Yenisey, 175. Soyer, Değerlendirme 2008, 47-48. McMullen, 113 vd. Nitekim doktrinde, anılan yönergenin asıl etkisini, işletmelerin faaliyetlerinin bir bölümü daha ucuza mal edilmek amacıyla dışsallaştırıldığında gösterdiği belirtilmiştir. Çünkü belirtilen yönerge doğrultusunda, işgücü maliyetlerinin bir rekabet unsuru olarak kullanılması engellenmeye çalışılmıştır (Yenisey, 175, 249).

söz edebilmek için “ekonomik birliğin kimliğini koruması” ölçütü aranmaktadır⁶²⁴. Bu kavramın açıklanması açısından Adalet Divanı’nın konuya ilişkin özellikle iki kararı önem taşımaktadır. Bu kararlardan biri, 1994 tarihli Schmidt kararıdır⁶²⁵. Söz konusu olayda, bir tasarruf ve ödünç sandığının şubelerinden birindeki temizlik işlerinin bir temizlik şirketine verilmesi üzerine, bu şubenin temizlik işinde çalışan tek işçisi Schmidt işten çıkartılır. Schmidt, işi alan temizlik şirketi kendisine aynı ücretle çalışmasını teklif etmesine rağmen -çalışma sürelerinin uzunluğu ve temizlenecek alanın artması nedeniyle- bu teklifi reddederek red sonucu yapılan feshin geçersizliği iddiası ile dava açar⁶²⁶. Divan bu olayda, herhangi bir işyeri vasıtası devredilmemiş olsa da, işçisiz olarak temizlik işinin devrinde “ekonomik birliğin kimliğini koruduğunu”, bu sebeple de Yönergenin uygulanma alanına giren bir işyeri devri olduğu sonucuna varmıştır⁶²⁷. Kimliğin korunması için salt faaliyetin devam ettirilmesini yeterli gören bu karar, doktrinde yoğun eleştirilere sebep olmuştur⁶²⁸.

Adalet Divanı’nın önemli kararlarından bir diğeri olan 1997 tarihli “Süzen” kararında ise, yukarıda anılan sonuçlar sınırlandırılmıştır⁶²⁹. Söz konusu olayda Ayşe Süzen, Almanya’da bir ortaokulun temizlik işlerini üstlenen bir şirkette çalışmaktadır. Okul ile temizlik şirketi arasındaki sözleşmenin sona ermesi üzerine şirket, diğer yedi işçi ile birlikte Süzen’i de işten çıkartır ve okulun temizlik işleri

⁶²⁴ Yenisey, 178 vd. Alpagut, İşyeri Devri, 90 vd. Divana göre bu unsur, “işletme ya da işyerinin türü”, “maddi unsurların devredilip devredilmediği”, “devir anında maddi olmayan unsurların değeri ve devredilip devredilmediği”, “işçilerin çoğunluğunun devredilip devredilmediği”, “müşterilerin devredilip devredilmediği”, “devirden önce ve sonra gerçekleştirilen faaliyetler arasındaki benzerlik derecesi” “eğer işyerindeki faaliyetler askıya alınmışsa, askıya alınma süresi” gibi kriterler üzerinden belirlenmektedir. Ancak her bir ölçütün ayrı ayrı sağlanması şart değildir (Yenisey, 178 vd).

⁶²⁵ ABAD, C-392/92, Schmidt, 14 Nisan 1994, Karar metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0392:EN:HTML>

⁶²⁶ Alpagut, İşyeri Devri, 91. Nitekim doktrinde Soyer, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçilerin aynı olduğu her halde bir işyeri devrinden söz etmenin isabet derecesinin tartışmalı olduğunu, nitekim ATAD’ın bu yöndeki kararının Alman hukukunda yoğun bir biçimde eleştirildiğini belirtmektedir (Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 27, dn.47). Alman hukukundaki eleştirilere ilişkin olarak bkz. Alpagut, İşyeri Devri, 91.

⁶²⁷ Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yenisey, 187-188. Aynı yazar, Değerlendirme 2004, 34-35. Smit, 137. Soyer, Değerlendirme 2008, 47-48. McMullen, 122. Söz konusu olayda temizlik şirketi, Schmidt’i daha yüksek ücretle işe almasına rağmen, temizlediği alanın artması nedeniyle aslında saat ücretinde bir düşüklük bulunduğu gerekçesiyle Schmidt sigorta şirketi tarafından sözleşmesinin feshinin geçersizliğinin tespiti için dava açmıştır.

⁶²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, İşyeri Devri, 91.

⁶²⁹ ABAD, C.13/95, Ayşe Süzen, 11 Mart 1997, IRLR 255. Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 34-35. Özkaraca, 92. Alpagut, İşyeri Devri, 91 vd. Smit, 136 vd. McMullen, 115 vd.

başka bir temizlik şirketine ihale edilir. Süzen'in iş sözleşmesinin sona ermediği iddiasıyla açtığı dava, ön karar usulü ile Adalet Divanı'nın önüne gelir. Adalet Divanı bu kararda, sırf işyerinde yürütülen bir faaliyetin başkasına devrinin işyeri devri olarak nitelendirilemeyeceği çünkü işyerinin salt bir faaliyetten oluşmadığı sonucuna varmıştır. Buna göre, işyeri devrinden söz edilebilmesi için işyerinin önemli varlıklarının/mallarının veya işgücünün de devredilmesi gerekmektedir⁶³⁰. Diğer bir deyişle, “ekonomik birlik salt faaliyet olarak anlaşılamaz, bilakis personel, yönetici, işgücü, iş organizasyonu, işletme yöntemi ve gerektiğinde maddi olan ve/veya olmayan işletme vasıtalarının bir araya gelmesinden oluşur”⁶³¹.

Adalet Divanı anılan kararlarında, bazı durumlarda sadece işgücünün devrinin de işyeri bölümü devri olarak nitelendirilebileceğini ancak bunun için işyeri kimliğinin belirleyici unsurunun “işgücü olması” gerektiğini (temizlik işleri gibi) ortaya koymuştur⁶³²⁻⁶³³. Diğer bir deyişle, esas itibarıyla *işgücüne dayalı (işgücü yoğun) işyerlerinde*, devralanın sayı ve uzmanlık bakımından çalışanların esaslı kısmını üstlenmesi durumunda aynı veya benzer faaliyetin sürdürülmesi şartıyla bir işyeri devrinden söz edilebilir⁶³⁴.

Sonuç olarak bu kararda yüksek mahkeme, temizlik işinin bir alt işverenden diğerine verilmesinde veya ihalenin diğer bir işverene geçmesinde, işyeri vasıtaları

⁶³⁰ Yenisey, 189. Fredman, Labour Law, 350. Yenisey, 188-189. Soyer, Değerlendirme 2008, 49.

⁶³¹ Alpagut, İşyeri Devri, 92.

⁶³² Yenisey, Değerlendirme 2006, 34-35. Aynı yazar, 189. Buna karşılık başka Divan kararlarında toplu ulaşım hatlarının işletilmesi veya bir hastanenin yemek işleri işgücünün yanı sıra, diğer unsurların da bulunması gereken faaliyetler olarak kabul edilmiştir (bkz. Yenisey, 190. Alpagut, İşyeri Devri, 93 vd).

⁶³³ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu içtihadı sonrasında İngiliz hukukunda 2006 tarihinde yapılan düzenlemeyle işgücü yoğun faaliyetler “hizmet tedarik değişimi” olarak adlandırılarak, işyeri devrine ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur. Anılan kavram, “bir kişinin münhasıran organize edilmiş bir grup işçi ile bir başka kişiden (müşteriden) belli bir faaliyetin yapılması işini almasını” ifade etmektedir. Buna göre kavramın içeriğinde, bir işin yükleniciye verilmesi (outsourcing), yükleniciden işverene geçmesi (insourcing) veya bir yüklenici ile ilişkinin sona ermesi üzerine başkasına verilmesi yer almaktadır. Böylece İngiliz hukukunda artık “ekonomik bir birliğin” varlığı aranmaksızın salt faaliyetin devri (bu kapsama alt işveren ilişkisi de dahildir), devre ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur (Alpagut, İşyeri Devri, 102).

⁶³⁴ Alpagut, İşyeri Devri, 92. Yenisey'e göre bu içtihadın –sonuçları itibarıyla işçiler açısından faydasına rağmen- en önemli zaafı içerdiği belirsizliktir. Buna göre hangi sektörlerin işgücüne dayalı olduğunu önceden belirlemek son derece güçtür (Yenisey, 190). Ayrıca Divanın temizlik ve bahçe işlerine ilişkin değerlendirmeleri çok genel olması ve bu sektörlerde de günümüzde ciddi anlamda bir teknoloji kullanıldığı gerçeğinin göz ardı edildiği noktalarında da eleştiriler bulunmaktadır (bkz. Yenisey, 190).

veya çalışanların önemli bir bölümü üstlenilmedikçe salt faaliyet devrinin işyeri devri oluşturmayaacağı sonucuna varmıştır⁶³⁵.

Öte yandan Yargıtay içtihatlarında olduğu gibi, Avrupa Birliği Adalet Divanı da devirden söz edebilmek için devreden ve devralan işverenler arasında doğrudan bir ilişkinin varlığını zorunlu görmemektedir⁶³⁶. Diğer bir deyişle yüksek mahkemeye göre, devreden ve devralan arasında sözleşmesel bir ilişkinin varlığı, hayati bir öneme sahip değildir⁶³⁷.

g)Görüşümüz

Uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi, işçilerin değişen alt işverenler yanında kesintisiz olarak çalıştırılmaları her şeyden önce olayda *muvaaza olduğu yönünde* ciddi bir kuşku uyandırır. Buna karşılık doktrinde ve yargı kararlarında da belirtildiği gibi bu durumu başlı başına, her zaman muvaaza olarak da değerlendirilmek de mümkün değildir⁶³⁸. Eğer olayda bir muvaazadan söz edilemiyorsa, bu durumda değişen işverenler arasında “işyeri devrinin” veya “iş sözleşmesinin devrinin” unsurlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. İşyeri devrini düzenleyen İK 6 hükmünün lafzı, açıkça hukuki işleme dayalı devirlerden söz etse de doktrinde belirtildiği gibi hukuki işlem dışındaki devirler için ortaya çıkan boşluk, 1475 sayılı kanun döneminde olduğu gibi kıyas (örnekseme) yoluyla doldurulmalıdır. 1475 sayılı kanun döneminde bu yöntem iş mevzuatında öngörülmüş olan ve iş sözleşmelerinin yeni işverenle devamını hükme bağlayan değişik hükümlerden hareketle yapılmaktaydı⁶³⁹. 4857 sayılı kanun açısından ise İK 6’nın kıyas yoluyla – hukuki işlem dışındaki el değiştirmelere de- uygulanması uygun olacaktır.

⁶³⁵ Alpagut, İşyeri Devri, 92.

⁶³⁶ Yenisey, Değerlendirme 2006, 34. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın incelediği bir olayda, bir hastanenin kendi işçileriyle yürüttüğü yemek işi, Sanrest adlı bir firmaya verilmiştir. Mutfak, ekipmanlar, elektrik, su, hastane yönetimince karşılanmaktadır. Söz konusu firma ile hastane yönetimi arasında çıkan uyumsuzluk sonucu yemek işi bu sefer Sodexho adlı firmaya verilmiştir. Sodexho, yine hastane yönetimince sağlanan teçhizatla ve hastanenin mutfağında söz konusu işi sürdürmüştür. Yüksek mahkeme söz konusu olayda “ekonomik birliğin kimliğini koruyup korumadığını” değerlendirirken, beslenme işinin esas itibarıyla işgücüne dayalı bir iş olarak görülemeyeceği, bu işin yerine getirilebilmesi için geniş kapsamlı bir teçhizat gerektiği tespitini yapmıştır. Söz konusu olayda işyeri ile ilgili vazgeçilmez işyeri vasıtaları Sodexho tarafından üstlenilmiştir. Buna göre işyeri devrinden söz edebilmek için bu unsurların doğrudan Sanrest’ten üstlenilmesi aranmaz. İki işveren arasında doğrudan bir sözleşmesel bağ aranmaz (Alpagut, İşyeri Devri, 93 vd).

⁶³⁷ Alpagut, İşyeri Devri, 92.

⁶³⁸ Ancak somut olayda mahkemenin “re’sen” araştırması gereken ilk konu budur.

⁶³⁹ Süzek, 2002, 189.

Buna karşılık, işverenler arasındaki her el değiştirmenin de işyeri devri olarak nitelendirilemeyeceği gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim işyeri devrinden söz edebilmek için, el değiştiren işyerinin teknik amacının devam ettirilmesi ve bunun için de işyerinin (bütün aktif ve pasifleriyle devredilmesi değil) üretime devam edilebilmesi noktasında önemli maddi ve maddi olmayan unsurların da yeni işverene geçirilmesi aranmalıdır⁶⁴⁰. Diğer bir deyişle, “ekonomik birliğin kimliğini koruyup korumadığı” araştırılmalıdır. O halde bu iş için tahsis edilmiş işyerinin üretimi açısından önemli maddi ve maddi olmayan unsurları veya salt işgücüne dayalı işlerde, sayı ve uzmanlık bakımından çalışanların esaslı kısmı devredilmedikçe işyeri devrinden söz edilemez.

Kıdem tazminatı açısından ise sorun gözükmemektedir. Zira kıdem tazminatını düzenleyen 14. madde hükmünde “ İşyerlerinin devir veya intikali *yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi* veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden” hesaplanacağı öngörülmüştür. Yine aynı maddeye göre, “...12.7.1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur...” Dolayısıyla değişen alt işverenler nezdinde çalışan işçiler son alt işverenden işyerindeki hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son ücretlerine göre hesap edilecek kıdem tazminatının tamamını talep edebilirler. Bunun için değişen alt işverenler arasında hukuki işlem bulunması da gerekmemektedir. Ancak yine kanunun açık hükmü gereği, işyerini devreden (alt) işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir sırasındaki ücret seviyesiyle sınırlıdır⁶⁴¹. Bu sebeple alt işverenler arasındaki hukuki ilişkiye dayanmayan el değiştirmelerin de işyeri devri olarak nitelendirilmemesi durumunda ve her bir alt işverenin kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olduğu kabul edilirse işçinin kıdem tazminatı dahil tüm haklarının bölünerek ayrı ayrı alt işverenlerden istenmesi sonucunu kabul etmek gerekir görüşüne katılmamaktayız.

⁶⁴⁰ Ekonomi, Kısmi Devir, 344. Yenisey söz konusu koşulu, ‘işyerinin ayırt edici yanını oluşturan esaslı unsurların devredilmesi’ olarak açıklamaktadır (Yenisey, 203).

⁶⁴¹ Ekonomi, Soru-Cevap-Tartışma, 93. Buradaki sorumluluğun müteselsil sorumluluk olmadığı konusunda bkz. Süzek, 705 ve dn 74 te belirtilen yazarlar.

Yine TSGLK m. 8 uyarınca, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez. Bu doğrultuda alt işverenin ayrıldığı işyerinde yürürlüğü devam eden bir toplu iş sözleşmesi varsa sona ermeyecek, süresinin sonuna kadar devam edecektir⁶⁴².

II. Alt İşveren Değişikliğinin İşe İadeye İlişkin Hüküm ve Sonuçları

İşçilerin yeni alt işveren nezdinde ara vermeksizin çalışmalarının “örtülü bir hukuki işlem” niteliğinde olduğunu kabul eden görüşe göre, gerçekleşen işyeri devri ile devam eden iş sözleşmeleri devralan alt işverene geçtiğinde işçinin işe başlamak üzere devralan alt işverene başvurması gerekir⁶⁴³. Buna göre devir işlemi işçinin başvurusundan sonra gerçekleşmişse, işe başlatma yükümlülüğü devralan alt işverene aittir. Bu şekilde devralan alt işverenin işçiyi işe başlatması ile, işe iade kararı uygulanması anlamına gelir.

Buna karşılık süresi sona alt işveren ilişkisinin ardından alt işverenin işçilerini de birlikte götürerek işyerinden tamamen ayrılması olasılığında bir işyeri devrinden söz edilemeyeceğinden işçi işe başlamak için (önceki) alt işverene başvurmalı ve işe başlatmamanın sonuçlarından (yeni) alt işveren değil, (önceki) alt işveren sorumlu tutulmalıdır⁶⁴⁴. Bu doğrultuda işçiyi (yeni)alt işverenin işe başlatması işçinin (eski) işine iadesi anlamına da gelmeyecektir⁶⁴⁵.

Bu konuda üçüncü bir olasılığa göre, devam eden bir alt işveren ilişkisinde, işçinin işe başlamak üzere başvurusuna rağmen, işçi asıl işverenden alınan iş yerine alt işverenin başka bir işyerinde görevlendirilebilir. Bu durumda bir görüşe göre, işçi başka bir işyerinde çalışmayı kabul etmişse, eski işine iade edilmediği için iş ilişkisinin sona erdiği ve taraflar arasında yeni bir iş ilişkisinin kurulduğu düşünülebilir⁶⁴⁶. Ancak yine aynı görüşe göre bu gelişmenin işe iade kararı sonrası bir prosedür izlenerek ortaya çıkması ve işçinin de diğer bir işyerinde görevlendirilmeye karşı çıkmaması olasılığında, asıl olanın işçinin işe iadesi ve yeni

⁶⁴² Oysa Amerikan hukukunda, asıl işverenin alt işveren sözleşmesini sona erdirip yeni bir alt işverenle anlaşması durumunda, önceki alt işveren işçilerinin tümü yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etseler bile önceki alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümsüz kalmaktadır (Becker, 1544).

⁶⁴³ Çankaya/Çil, 2009, 58-59.

⁶⁴⁴ Çankaya/Çil, 2009, 58.

⁶⁴⁵ Çankaya/Çil, 2009, 58.

⁶⁴⁶ Çankaya/Çil, 2009, 58 vd.

yerdeki çalışmasının önceki iş ilişkisi kapsamında olduğu ve işe başlatmama tazminatı ödeme yükümlülüğünün doğmadığı kabul edilmelidir. Buna karşılık işe iade kararı sonrasında işçinin alt işverenin başka bir işyerinde başlatılmasının önceki iş ilişkisinin devamı niteliğinde olmadığı ve yeni bir iş ilişkisinin olduğu yönünde işçi ve işveren arasında açık bir anlaşmanın varlığı kanıtlanabiliyorsa, işçi eski işine iade edilmemiş kabul edilmeli ve işe başlatmama tazminatından alt işveren ve asıl işverenin birlikte sorumluluğundan söz edilmelidir⁶⁴⁷.

Diğer bir olasılık, işe iade zamanında alt işveren ilişkisinin sona ermiş olması ve alt işverenin işçiyi çalıştıracığı başka bir işyerinin de bulunmamasıdır. Bir görüşe göre bu durum işe iadeye engel oluştursa da, işe başlatmama tazminatından sorumluluk ortadan kalkmaz⁶⁴⁸. Ancak işe başlatmama tazminatından asıl işverenin sorumlu tutulabilmesi için bu tazminatın doğduğu “işe başlatmama anında” alt işveren ilişkisinin varlığı şarttır. Yine asıl işverenin dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden sorumluluğu konusunda, bu alacağa hak kazanma tarihi “işçinin işe başlamak üzere işverene başvurusu tarihi” olduğundan en az bu tarihte alt işveren ilişkisinin varlığı şarttır. Öte yandan feshe bağlı haklar olan ihbar, kıdem tazminatı gibi haklardan sorumluluk için fesih tarihinde alt işveren ilişkisinin varlığı arandığından ve işe iade kararı üzerine fesih ancak işçinin işe başlatılmama tarihinde olduğundan bu tarihte alt işveren ilişkisi sona ermişse asıl işverenin feshe bağlı haklardan birlikte sorumluluğu söz konusu olmaz⁶⁴⁹.

İşe iade tarihinde alt işveren ilişkisi sona ermiş olmasına rağmen alt işverenin işçiyi başka bir işyerinde çalıştırma imkanı ortadan kalkmadıysa, bir görüşe göre alt işverenin işçiyi aynı veya benzer işlerde çalıştırmak kaydıyla ve iş koşullarında ağırlaştırma anlamına gelmeyecek şekilde başka bir işyerinde çalıştırması işe iade kararının yerine getirilmesi olarak algılanmalıdır⁶⁵⁰.

§ 6. Alt İşveren İlişkisinin Sona Ermesi

Kanımıza göre alt işveren ilişkisinin “kurucu” unsurlarından birinin ortadan kalkması, alt işveren ilişkisini de sona erdirir. Buna göre asıl işverenin veya alt

⁶⁴⁷ Çankaya/Çil, 2009, 58 vd.

⁶⁴⁸ Çankaya/Çil, 2009, 58 vd.

⁶⁴⁹ Çankaya/Çil, 2009, 58 vd.

⁶⁵⁰ Çankaya/Çil, 2009, 58 vd.

işverenin o işte işçi çalıştırmayı bırakması, sözgelimi alt işverenin işi “fason imalat” şeklinde kendi bağımsız işyerinde yerine getirmeye başlaması, işçilerin münhasıran çalışmasının sonlanması durumlarından birinin gerçekleşmesi o andan itibaren alt işveren ilişkisini de sona erdirir. Eğer olayda bir muvazaadan söz edilemiyorsa, anılan sebeplerle alt işveren ilişkisinin sona ermesi, “alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmaları” sonucunu doğurmaz⁶⁵¹. Buna karşılık asıl işin “işletme ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektirme” koşulunun bulunmaması durumundaki uygulanacak yaptırıma ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler üçüncü bölümde ele alınacaktır⁶⁵².

Doktrinde, alt işveren ilişkisini kuran sözleşmenin sona ermesi ile bu ilişkinin de sona ereceği belirtilmiştir⁶⁵³. Kanımıza göre söz konusu sözleşmenin sona erdiği değil, bu sözleşmenin sona ermesi sebebiyle *alt işverenin o işyerinde çalışmaya son verdiği tarih* esas alınmalıdır⁶⁵⁴. Çünkü ancak bu andan sonra alt işveren ilişkisinin kurucu unsurlarından birinin ortadan kalktığından söz edilebilecektir.

Öte yandan doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, alt işveren ilişkisi kuran taraflardan birinin ölümü, kural olarak sözleşmeyi sona erdirmez⁶⁵⁵. Ancak işletme amacıyla kira sözleşmesinde kiracının (alt işverenin) ölümü halinde BK 265’e göre sözleşmenin sonlandırılması mümkün olur. Ayrıca eser sözleşmesinde BK 371’e göre (alt işverenin) ölmesi veya kendi kusuru olmaksızın işi bitirmekten aciz kalması

⁶⁵¹ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 28-29.

⁶⁵² Bkz. Üçüncü Bölüm, §4, II.

⁶⁵³ Ekonomi, Alt İşveren, 51. Ekonomi, uygulamada alt işveren ilişkisini meydana getiren sözleşmelerin, *genellikle belirli süreli* yapıldığına; tarafların gerekli gördüklerinde *sözleşmeyi yenilemek üzere* hükümler de koyduklarına dikkat çekmektedir. Yazar, tarafların yine çoğu sözleşmede, *sözleşmeye aykırı davranma halinde derhal fesih hükümleri* de getirdikleri gibi sözleşmenin türüne göre Borçlar Kanununda gerek fesih gerek diğer sona ermeye ilişkin düzenlemelerin de saklı olduğunu belirtmektedir. Diğer yandan yazara göre bazı sözleşmelere, - uygulamada görüldüğü gibi- sürenin bitiminden önce sözleşmenin *herhangi bir sebep göstermeksizin* fesih yetkisinin tanındığı hükümler konmasında hukuki bir engel de bulunmamaktadır. Ancak yazara göre burada “*fesih bildirimi yapılacak süre*” önem taşır. Buna göre burada 15-20 günlük bir süre yerine, en az bir ay veya daha fazla bir süre belirlenmesinde her iki tarafın da menfaati vardır. Çünkü asıl işveren süreye göre fesih bildiriminde bulunduğu, öngörülen süre sonunda sözleşme sona erecek ve alt işverenin üstlendiği iş sonucu oluşan işyerini kapatması veya başka bir alt işverene devretmesi söz konusu olabilecektir. Alt işverenin işyerini kapatması olasılığında ise, işçilere gerekli fesih bildirimlerinin yapılması için -özellikle toplu işçi çıkarıldığı durumlarda- belirli bir zamanın gerekeceği açıktır (Ekonomi, Alt İşveren, 51).

⁶⁵⁴ Bu iki tarih çoğunlukla aynı olsa da bazen farklılık arz etmesi de söz konusu olabilir.

⁶⁵⁵ Ekonomi, Alt İşveren, 51-52. Yargıtaya göre asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişkinin sona ermesinden sonra iş sözleşmesinin feshinde, asıl işveren aleyhine hüküm kurulamaz (Y9HD, 17.2.2005, 3257/4494, Çankaya/Çil, 2009, 261).

durumunda, *sözleşme alt işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılmışsa* eser sözleşmesi sona erer⁶⁵⁶.

⁶⁵⁶ Ekonomi'ye göre örneğin, sanat faaliyetlerinin yürütüleceği bir binaya duvar resimleri yaptırılmak üzere proje hazırlatılıp bu iş yetkinliği ve sanatı bilinen bir ressama verilir, ressamın da dört ayda bitirmeyi üstlendiği işte beş yardımcı işçi kullanması halinde –diğer şartların da varlığı durumunda- alt işveren ilişkisi söz konusu olur. İşte böyle bir ilişkide alt işverenin (ressamın) ölümü eser sözleşmesi (ve dolayısıyla alt işveren ilişkisini) sona erdirir (Ekonomi, Alt İşveren, 52).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

§1. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Muvazaaya Dayanması

I. İş Hukukunda Konunun Düzenlenme Nedenleri

1475 Sayılı Kanundan farklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda, alt işverenlik ilişkisinde asıl işverenin sorumluluğuna ilişkin hükme yer verilmekle kalmayıp bu ilişkinin muvazaalı olarak kurulmasıyla ilgili düzenlemeye de yer verilmiştir¹. Bu hükme göre *“Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya 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. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez”* (İK 2/7).

“Muvazaa” kurumu esasen Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan bir kurum olup, söz konusu hükümler alt işverenlik ilişkisine de uygulanan genel hükümler niteliği taşımaktadır. Buna karşılık yasa koyucu bu genel hükümlerle yetinmeyerek, konuyu İş Kanununda ayrıca düzenlemeyi tercih etmiştir. İş Kanununun ilgili madde gerekçesinde bu durumun nedenlerine yer verilmiştir. Bu gerekçeye göre *“İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukuki dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır. Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları,*

¹ Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanamaması ve daha önce asıl işverenin işyerinde çalışan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamamasına ilişkin sınırlamalar Bilim Kurulunun hazırladığı taslakta da yer almaktaydı (Güzel, Alt İşveren, 56, 59). 2. maddede değişiklik önergesini veren milletvekilleri arasında yer alan Çorum milletvekili Agah Kafkas’ın TBMM Genel Kurulu’nda yaptığı konuşma için bkz. Güzel, Alt İşveren, 59.

önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür”².

Gerçekten de alt işveren ilişkisi sıklıkla, işverenler tarafından işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan doğan haklarını sınırlandırmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik olarak kullanılan bir araç olarak görülmüştür³⁻⁴. Yukarıda da belirtildiği gibi, alt işverenin işçileri asıl işverenin işçisi olmadıklarından asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden ve bu sözleşmenin sunduğu ücret ve diğer avantajlardan yararlanamamaktadır. Her ne kadar alt işveren işçilerinin kendi işyerlerinin dahil olduğu işkolundaki bir sendikaya üye olma ve kendi işverenlerinin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanları olsa da, bu tür işlerde çalışan işçi sayısının azlığı ve dağınıklığı, bunların yaptıkları işlerin bazen geçici nitelikte olması gibi nedenlerle çoğu zaman Anayasal sendika hakkı ve diğer haklar hayata geçememektedir⁵. Bu doğrultuda alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı bir şekilde – sendikasızlaştırma ve ucuz işgücü çalıştırma gibi amaçlarla- uygulanması çok sık bir şekilde görülmüş ve konuyla ilgili sorunlar sıklıkla yargı organını meşgul etmiştir⁶. Gerekçede de belirtildiği gibi, 1475 sayılı kanun döneminde yargı kararlarıyla muvazaalı alt işveren ilişkilerinin geçersiz sayılması ve işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması bu konuda önemli bir fren oluşturmuşsa da, bu tür kötü niyetli uygulamaların yaygınlığı önlenememiştir⁷. Bu sebeple yargı kararlarına da

² 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, 80.

³ Süzek, 2008, 153. Aynı yazar, Alt İşveren, 43. Alpagut, Yeni Yapılanma, 18. Arıcı, 486-487. Güzel, Alt İşveren, 36, 58. Şahlanan, Panel, İNTES, 50. Centel, Alt İşveren, 52. Ekonomi, Alt İşveren, 23. Taşkent, 363. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 63. Şen, Yeni İş Yasasında, 86. Çankaya/Çil, 2009, 15. Ayan, 504. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 73. Oysa alt işveren ilişkisinin çıkış noktası ve amacı esas olarak teknik zorunlulukların veya uzmanlık gerektiren işlerin kısaca işyeri veya işletme gereklerinin sonucu olarak işin bir başka işverene verilmesidir (Alpagut, Yeni Yapılanma, 18).

⁴ Uluslararası Çalışma Örgütü, hukuk tarafından öngörülen korumayı ortadan kaldırmak veya zayıflatmak niyetiyle gerçek durumdan farklı bir görüntü yaratmayı “gizli (*disguised*) iş ilişkileri” olarak açıklamaktadır. Gizli iş ilişkileri kapsamında, gerçek işvereni iş ilişkisinden kaynaklı yükümlülüklerden ve işçilere karşı sorumluluğundan kurtarmak niyetiyle, aracı olan bir kişinin işveren olarak gösterilmesi yoluyla “işveren kimliğini” gizlemek de yer almaktadır (ILO, 24-25).

⁵ Çelik, Yargıtay Kararları, 788. Aynı yazar, Alt İşveren, 178. Güzel, Alt İşveren, 55. Şen, Yeni İş Yasasında, 97. Özveri, 396, 397. Ünsal, 538.

⁶ Süzek, Alt İşveren, 43. Mollamahmutoğlu, 175. Arıcı, 486-487. Güzel, Alt İşveren, 37. Aynı yazar, Taşeron Uygulaması, 10-11. Ünsal, 537, 538. Uçum, 24. Ekonomi, Alt İşveren, 23. Alpagut, Yeni Yapılanma, 18. Demir, Başlıca Yenilikler, 87. Taşkent, 363. Çankaya/Çil, 2009, 15. Şen, Yeni İş Yasasında, 86. Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 63. Özveri, 389. Ayan, 500, 504. Yine işçi sayısına bağlı olarak ortaya çıkan yükümlülüklerden kurtulmak ve insan gücü sevk ve idaresinin getireceği yoğunluktan kurtulmak işverenlerin muvazaalı alt işveren uygulamasına başvurma sebepleri arasındadır (Çankaya/Çil, 2009, 15. Ayan, 504).

⁷ Güzel, Alt İşveren, 37. Bu doğrultuda, örneğin aynı makinenin başında biri asıl işverenin biri taşeronun diğeri bir başka taşeronun işçisi olmak üzere işçi çalıştırılması, işverenin işçilerinden birini

yansıyan ve uygulamada en çok ortaya çıkan muvazaalı alt işverenlik ilişkilerine kanunda açıkça yer verilme yoluna gidilmiştir.

Doktrinde, sorunun çözümünün 1475 sayılı yasa döneminde olduğu gibi muvazaaya ilişkin genel hükümlere bırakılmayıp İş Kanunda ayrıca özel olarak düzenlenmesinin nedeninin bu uygulamalar sonucu mağdur olan işçilerin korunmasının yanı sıra muvazaalı alt işveren kullanmak suretiyle düşük ücretle işçi çalıştıran, toplu iş sözleşmesinin yüklerinden kurtulan ya da kayıt dışı çalışan işverenlerin, iyi niyetli ve yasalara saygılı işverenlere karşı yarattıkları haksız rekabetin önüne geçilmesi olduğu isabetli olarak belirtilmektedir⁸.

Bir görüşe göre, söz konusu düzenleme isabetli değildir⁹. Bu görüşteki bir yazara göre genel bir borçlar hukuku kavramının yasa metninde özel olarak düzenlenmesinin yerindeliği tartışmaya açıktır¹⁰. Yine söz konusu düzenleme, muvazaalı uygulamalara karşı bir “tepki hükmü” niteliği taşımakta olup¹¹ bu nitelikteki hükümlerde genelde aşırıya kaçılmakta ve bu durum faydadan çok zarar getirmektedir¹². Nitekim anılan düzenlemeler *iyi niyetli alt işverenlik uygulamalarını da ortadan kaldırmak pahasına* kötü niyetli alt işverenlik uygulamalarını engelleme amacı taşımaktadır¹³. Ayrıca kazuistik bir metotla ayrıntılı düzenlemelere giderek her uyuşmazlığın bir kanun hükmüyle giderilmesi de mümkün değildir¹⁴. Bu sebeple

taşeron ilan ederek hatta bazen ona yapay bir şirket kurdurarak aslında kendine bağlı olan işçileri taşeron işçileri gibi göstermesi bu konudaki yaygın muvazaalı uygulamalardandır (Şahlanan, Panel, İNTES, 49, 50). Yargıtay’ın 1475 sayılı kanun döneminde bu yönde uygulamaları geçersiz saydığı karar örnekleri için bkz. Y9HD, 4.11.1996, 18789/20485, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Güzel, Değerlendirme 1996, 186. Y9HD, 18.10.1998, 12301/14511, Günay, Sendikalar, 884-885. 1475 sayılı Kanun dönemindeki uygulama konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 2002, 161 vd. Güzel, Alt İşveren, 37, dn. 16’da belirtilen yazarlar. Çankaya, 25 vd.

⁸ Süzek, 2008, 154. Aynı yazar, Alt İşveren, 43.

⁹ Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Şahlanan, Panel, İNTES, 49. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 33. Centel, Alt İşveren, 53. Ekmekçi, Tasarı, 67. Günay, Alt İşveren, 25. Şen, Yeni İş Yasasında, 86. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 72.

¹⁰ Alpagut, Yeni Yapılanma, 19. Akyiğit, Şerh, C.1, 119.

¹¹ Ekonomi, Alt İşveren, 23. Şahlanan, Panel, İNTES, 49. Centel, Alt İşveren, 53. Günay, Alt İşveren, 25. Demircioğlu, 38. Çankaya/Çil, 2009, 17. Akyiğit, Şerh, C.1, 101.

¹² Şahlanan, Panel, İNTES, 49. Aynı yazar, Konferans Notları, 72-73. Centel, Alt İşveren, 53. Günay, Alt İşveren, 25. Söz konusu düzenlemede “bir bakıma aşırıya kaçıldığı” görüşünde bkz. Taşkent, 363. Ölçülülük ilkesine uyulmadığı görüşünde bkz. Çelik, Koşullar, 88.

¹³ Ekmekçi, Tasarı, 67. Benzer yönde Şahlanan, Yeni İş Kanunu, 33. Nitekim Şahlanan’a göre esneklik iddiasında olan 4857 sayılı İş Kanununda bu kadar katı hükümler getirilmesi isabetli değildir (Şahlanan, Konferans Notları, 73).

¹⁴ Günay, Alt İşveren, 25. Nitekim Şen’e göre söz konusu düzenlemeler beklentinin aksine, toplu sözleşme ve sendikalaşma hakkının önünde bir engel oluşturan alt işverenlik sorununu çözmemiştir (Şen, Yeni İş Yasasında, 86). Ekmekçi’ye göre de İş Kanununun şu anki düzenlemesi yerine, alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığının belirlenmesi durumunda, alt işveren işçilerinin

konunun, daha önce olduğu gibi her somut olayı kendi özelliklerine göre değerlendirebilecek olan yargı organına bırakılması yerinde olacaktır¹⁵. Öte yandan söz konusu hükümlerin lafzının muğlak, anlaşılması zor, çok geniş olarak yorumlanabilecek nitelikte bulunması da eleştirilmekte ve kanun tekniği yönünden de hatalı olduğu belirtilmektedir¹⁶.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, muvazaa kurumunun İş Kanunu metnine alınarak özel örneklerle düzenlenmesi isabetlidir¹⁷. Çünkü hangi durumların muvazaa oluşturacağının yasada açıkça düzenlenmesi “önleyici ve caydırıcı” nitelik taşır¹⁸. Ayrıca genel hükümlere göre açılan davalarda ispat yükümünün işçiye ait olması, muvazaalı ilişkilerin önlenmesinde bir güçlük yaratmaktadır¹⁹. Yasada getirilen sınırlamalarla bu konudaki ispat güçlükleri belirli ölçüde giderilmiş ve yargı organına muvazaalı alt işveren ilişkilerini saptama konusunda kolaylık sağlanmıştır²⁰. Öte yandan bir konunun yargı kararlarıyla çözümlenmiş olması her durumda yeterli bir güvence sağlamamakta; pozitif düzenleme yapma gereğini ortadan kaldırmamaktadır²¹. Ayrıca bu konuda getirilen kuralların bazı iyiniyetli uygulamalara da engel oluşturması yasal düzenlemenin isabetsizliğini ortaya koymada yeterli bir gerekçe olarak görülemez²².

II. Muvazaa Kavramı

1.Genel Olarak

Muvazaa “ tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen görünüşte

başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem göreceğinin düzenlenmesi daha uygun olurdu (Ekmekçi, Tasarı, 67. Aynı yazar, Dava Süreci, 134).

¹⁵ Centel, Alt İşveren, 54. Şahlanan, Yeni İş Kanunu, 33-34. Aynı yazar, Panel, İNTES, 65.

¹⁶ Ünsal, 539. Centel, Alt İşveren, 53. Şen, Yeni İş Yasasında, 86. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 72. Demircioğlu, 38.

¹⁷ Süzek, 2008, 155. Aynı yazar, Alt İşveren, 71. Eyrenci, 21. Güzel, Alt İşveren, 58. Kanımıza göre, muvazaa kurumunun İş Kanunu metnine alınarak özel örneklerle düzenlenmesi isabetli görülebilirse de, bu örneklerin aksi ispatlanabilir yasal karine olduğu yasada kuşkuya yer vermeyecek şekilde düzenlenmelidir. Diğer bir deyişle söz konusu olguların varlığı, işçiye ancak bir ispat kolaylığı sağlamalı, mutlak bir sonuca ulaştırmamalıdır. Aksi takdirde amaçların aksinde sonuçlar doğabilecek, anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırılık gündeme gelebilecektir.

¹⁸ Süzek, 2008, 155. Aynı yazar, Alt İşveren, 71.

¹⁹ Süzek, 2008, 155.

²⁰ Süzek, 2008, 155.

²¹ Güzel, Alt İşveren, 59.

²² Güzel, Alt İşveren, 58.

bir sözleşme yapmak konusunda anlaşmalarıdır”²³. Diğer bir tanıma göre ise, “bir hukuki ilişki (sözleşme) taraflarının dışarıya karşı bir işlem yapmış olarak görünmelerine (göstermelerine) rağmen gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmamak veya gösterdiklerinden başka bir işlem yapmak konusunda anlaşmalarıdır”²⁴. Böyle bir durumda yargıç, tarafların dışarıya yansıttıkları (ama gerçekte istemedikleri) iradelerini değil, gizledikleri gerçek ve ortak iradelerini esas alarak sorunu çözer²⁵ (BK 18).

Muvazaalı (danışıklı) bir işlemde, a) üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış “görünürdeki işlem” b) Görünürdeki işlemin taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceğini belirleyen “muvazaa anlaşması” c) Tarafların gerçek iradelerine uyan “gizli işlem” olmak üzere üç ayrı işlem bulunduğu belirtilmektedir²⁶. Bununla birlikte “gizli işlem” bütün muvazaalı işlemlerde mevcut olmayıp eğer olayda gizli işlem söz konusu değilse “mutlak (adi) muvazaadan”²⁷ buna karşılık tarafların gerçek iradelerine uyan gizli bir işlem söz konusuysa “nispi muvazaadan” söz edilir²⁸.

Muvazaalı işlemin sonucu, tarafların gerçek iradelerine uymayan “görünürdeki işlemin” geçersiz (batıl) olmasıdır²⁹. Buna göre “irade prensibi gereği” muvazaalı işlem taraflar arasında hiçbir hukuki sonuç, alacak ve borç doğurmaz³⁰.

²³ Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Muvazaa kelimesi, söze yalan katılması anlamına gelen (tezvir) “vaz” sözcüğünden türemiştir, ciddi olmayan beyan anlamında kullanılmaktadır (Şen/Naneci, 31).

²⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Başka tanımlar için bkz. Alpagut, Alt İşveren, 37-38. Kaplan, 223- 224. Şen/Naneci, 31. Diğer bir tanım ve muvazaa konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, 101 vd. Oğuzman/Öz, 108 vd.

²⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Günay, Alt İşveren, 28. Yılmaz, 4. Muvazaa olgusunun ispatı son derece zordur (Şen/Naneci, 32).

²⁶ Reisoğlu, 101. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 224-225. Doktrinde muvazaanın daima iki anlaşma içerdiği; bunlardan birinin göstermelik olan, başkalarına karşı yapılan anlaşma olduğu; diğerinin ise gizli olan, taraflar arasında kalıp dışarıya yansımaması istenen anlaşma olduğu belirtilmektedir. Buna göre gizli anlaşma, görünürdeki sözleşmenin hiçbir sonuç doğurmayacağına ilişkin olabileceği gibi; görünürdeki sözleşmenin yerine başka bir sözleşmenin geçirilmesine ilişkin de olabilir (Alpagut, Alt İşveren, 37. Aynı yazar, Yönetmelik, 61).

²⁷ Bu duruma örnek olarak, bir kişinin icra takibinden kurtulmak için diğer bir kişiye mallarını devretmesi fakat tarafların bu devrin hukuki sonucunun olmayacağı konusunda anlaşmaları gösterilmektedir (Reisoğlu, 101).

²⁸ Reisoğlu, 101. Oğuzman/Öz, 109 vd. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 225. Nispi muvazaada “gizli işlem”, tarafların sözleşmenin niteliğini gizlemeleri veya sadece sözleşmenin belli şartlarını gizlemeleri gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, mirasçıların ileride talepte bulunmalarını önlemek üzere gerçek işlem “bağışlama” olduğu halde “satım” olarak gösterebilirler veya gayrimenkulün satış bedeli daha yüksek olduğu halde tapu giderlerini azaltmak üzere daha düşük gösterebilirler (Reisoğlu, 88).

²⁹ Reisoğlu, 101-102. Oğuzman/Öz, 109 vd. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 225.

³⁰ Reisoğlu, 101-102. Oğuzman/Öz, 109 vd. Muvazaalı işlemin geçersizliği kural olarak, (iyiniyetli olsalar bile) üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Ancak istisnai bazı durumlarda iyiniyet sahibi üçüncü kişiler muvazaa iddiasına karşı korunmuşlardır. Buna göre BK 18/ uyarınca, “yazılı borç

Buna karşılık görünürdeki işlemin arkasına gizlenmiş, tarafların gerçek iradelerine uyan bir sözleşme varsa, bu sözleşme şekil ve geçerlilik şartlarına (örneğin ahlaka, şahsiyet haklarına vs.) aykırı bir nitelik taşımamak kaydıyla geçerli kabul edilir³¹.

Muvazaalı işlemin batıl olduğunu taraflardan her biri ve hukuki yararı olan üçüncü kişiler ileri sürebileceği gibi, muvazaa hakim tarafından kendiliğinden de (re'sen) dikkate alınması gereken bir durumdur³². Öte yandan, hukuki işlemin muvazaalı olduğunu iddia eden taraf, iddiasını ispat ile yükümlüdür. Buna göre hukuki işlemin muvazaalı olduğunu taraflardan biri (veya miras bırakanın külli halefi olarak hareket eden mirasçıları) ileri sürüyorsa ve muvazaalı olduğu iddia olunan hukuki işlem bir adi senede veya bir resmi senede bağlanmışsa, muvazaa iddiası tanık ile ispat olunamaz (HUMK 290)³³. Buna karşılık muvazaa iddiası sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişi (veya üçüncü kişinin mirasçıları) tarafından iddia ediliyorsa, hukuki işlem adi veya resmi senede bağlanmış olsa dahi, tanıkla (her türlü delille) ispat edilebilir. Nitekim üçüncü kişilerin, taraflar arasında yapılmış bir sözleşmenin muvazaalı olduğunu senetle ispat etmeleri maddeten imkansızdır.

2.Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa

Alt işveren ilişkisinde muvazaa, tarafların gerçekte bir alt işveren ilişkisi kurmayı amaçlamamakla birlikte, salt işverenin iş ilişkisinden kaynaklanan bazı yükümlülüklerden kaçması amacıyla *görünürde bir alt işveren ilişkisi* kurmalarıdır³⁴. O halde muvazaalı alt işveren ilişkisinde taraflar, aslında bir alt işveren ilişkisi içine girmeyi değil, alt işveren işçilerine karşı asıl işverenin işveren sıfatını devam

ikrarına dayanarak muvazaalı alacağı iktisap etmiş olan iyiniyet sahibi üçüncü şahsa karşı borçlu muvazaa iddiasında bulunamaz". Yine, menkul bir malın, emin sıfatıyla zilyedinden mülkiyetini veya mahdut bir ayni hakkını iyiniyetle iktisap eden kimse ile (MK 988), tapu sicilindeki kayda iyiniyetle dayanarak bir gayrimenkul üzerinde mülkiyet veya mahdut bir ayni hak iktisap eden kimse, devreden tasarrufunda yetkili olmasa bile iktisabında korunmuştur (MK 1023. Reisoğlu, 103-104. Oğuzman/Öz, 110-111).

³¹ Reisoğlu, 104. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 225.

³² Reisoğlu, 102. Oğuzman/Öz, 109 vd. Günay, Alt İşveren, 28. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 225. Yılmaz, 4. Centel, Yönetmelik, 56. Çil, 29. Bu yönde Y9HD, 8.6.2005, 14300/20282, Çankaya/Çil, 2009, 56, 230. Y9HD, 26.11.2007, 36945/35404, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 18-19. Y9HD, 12.2.2007, 32217/3258, Çankaya/Çil, 2009, 194-195.

³³ Reisoğlu, 107-108. Oğuzman/Öz, 110. Nitekim HUMK 290 uyarınca "Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı def'i olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler dört yüz milyon liradan az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz".

³⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Alpagut, Alt İşveren, 37. Aynı yazar, Yönetmelik, 61.

ettirmesini amaçlarlar. Bu sebeple doktrinde, fiilen iş ilişkisinden doğan hak ve borçların tarafını asıl işverenin oluşturduğu hallerde muvazaalı ilişkiden söz edileceği ifade edilmiştir³⁵.

Bir görüşe göre İK 2/7 hükmü karşısında artık, alt işveren ilişkilerinde muvazaalı işlemlerin tespiti için, genel hüküm niteliğindeki BK'nun 18. maddesinin şartlarının aranmaması gerekir³⁶. Buna göre İK 2/7'de öngörülen üç durumda³⁷, alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı ve ayrıca kanun hükmüne aykırı davranıldığı kabul edilerek işlem geçersiz sayılmalıdır.

Buna karşılık bu görüşü eleştiren diğer bir yazara göre, muvazaanın kurucu unsurlarının İK 2/7 hükmüne göre değil, BK 18 çerçevesinde doktrin ve yargı kararları ışığında değerlendirilmesi gerekir³⁸. Nitekim yazar, muvazaanın unsurları ile hüküm ve sonuçlarının tümü BK 18'de düzenlenmediğine ve bunların Borçlar Hukuku doktrini ve yargı içtihatlarıyla şekillendiğine dikkat çekmektedir. Sonuç itibarıyla yazara göre “iş hukuku muvazaası-borçlar hukuku muvazaası” ayrımı yapılması mümkün olmayıp, söz konusu olayda muvazaanın borçlar hukukundaki unsurlarının oluşup oluşmadığının mutlaka araştırılması gerekir³⁹.

Öte yandan alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu iddia eden işçinin (veya mirasçılarının) bu iddiasını her türlü delille ispat etmesi mümkündür⁴⁰. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi, muvazaa iddiası sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir kişi (veya üçüncü kişinin mirasçıları) tarafından iddia ediliyorsa, hukuki

³⁵ Alpagut, Alt İşveren, 38.

³⁶ Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 233.

³⁷ Bu üç durum: “Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi”, “Asıl İşverenin işyerinde daha önce çalıştırılan kişi ile alt işveren ilişkisinin kurulması” ve “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi” durumlarıdır (Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 233).

³⁸ Aydın, Alt İşveren, 293 vd.

³⁹ Aydın, Alt İşveren 287 vd. 295. Aydın, İK 2/7'de öngörülen durumların muvazaanın birer şartı olmayıp, doktrinde “yasal adi karine” olarak kabul edildiğine dikkat çekmektedir (Aydın, Alt İşveren 295). Akyiğit'e göre de yasa, İK 2/7 hükmünde bir muvazaanın uygulama örnekleri verilmeyip muvazaa bulunup bulunmadığı BK'nın ilgili hükümlerine bırakılmıştır. Yasanın öngördüğü tek husus, alt işverenliğin muvazaalı olduğu hallerde de alt işverenlik ilişkisinin geçersiz olacağı ve böylece sözde alt işverenmiş gibi gözüken işçilerin asıl işverenin işçisi olarak kabul edileceğidir. Yazara göre İK 2/7'de öngörülen “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimseyle alt işverenlik kurulamaması” ile “asıl işveren işçilerinin alt işverence işe alınıp daha düşük koşullarda çalıştırılmaları” olguları, muvazaa ile ilgilenmeksizin öngörülen kesin yasaklardır ve geçersizlik sebepleridir (Akyiğit, Şerh, C.1, 119).

⁴⁰ Yargıtay da verdiği bir kararda “...davacı işçi alt işverenlik uygulamasının muvazaaya dayandığını ileri sürmüş ise de, iddiasını destekler nitelikte herhangi bir bilgi ve belge dosyada bulunmamaktadır...” değerlendirmesinde bulunmuştur (Y9HD, 28.5.2007, 7018/17067, Çankaya/Çil, 2009, 172-173).

işlem adi veya resmi senede bağlanmış olsa dahi, tanıkla (her türlü delille) ispat edilebilir.

3. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde Muvazaa

Alt İşverenlik Yönetmeliğinde de muvazaanın bir tanımına yer verilmiştir. Anılan Yönetmeliğin 3/g bendine göre muvazaa: “1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini, 2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini, 3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini, 4) 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 sözleşmeyi ifade eder”.

Görüldüğü gibi İK 2/7’de öngörülen olgulara, Alt İşverenlik Yönetmeliğinde doğrudan “muvazaa tanımı” içinde yer verilmiştir. Bu durum ise söz konusu olguların aksi ispat edilemeyen bir şekilde “muvazaa” olarak kabul edildiği izlenimini vermektedir. Böylece doktrindeki -yukarıda andığımız- görüşlerden biri olan “iş hukuku muvazaası-borçlar hukuku muvazaası” ayrımının Yönetmelikle kabul edildiği ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, Yönetmeliğin bu düzenlemesi yasayı aşmakta ve bu anlamda “normlar hiyerarşisine” aykırılık teşkil etmektedir⁴¹. Gerçekten, İK 2 ve 3 hükümlerinde muvazaanın bir tanımı yapılmamışken, Yönetmelikte muvazaa belirli haller içeren sözleşme olarak tanımlanmıştır. Oysa -aşağıda da görüleceği gibi- doktrinde bir görüşe göre, bu haller ancak aksi kanıtlanabilir (yasal) karine olarak kabul edilebilir⁴². Kaldı ki İK 3/son hükmünde muvazaayı tanımlama konusunda Bakanlığa

⁴¹ Centel, Yönetmelik, 57. Aynı yazar, Eleştirel Bir Yaklaşım, 41. Kızıoğlu, 98. Alpagut bu durumu, “önemli olanın gerçek ve ciddi bir ilişkinin varlığı” olduğunu belirtilerek eleştirilmiştir (Alpagut, Yönetmelik, 62). Akyiğit ise, İK 2/7 hükmünün muvazaa ile ilgilenmeyip mutlak bir yasak getirdiğini belirterek, Yönetmelikte bu olgunun muvazaa hallerinden biri olarak sayılmasını isabetsiz ve yasaya aykırı olarak değerlendirmektedir (Akyiğit, Alt İşverenlik, 24).

⁴² Centel, Yönetmelik, 57.

bir yetki de verilmemiştir⁴³. Diğer bir yazara göre de yönetmelikte muvazaanın tanımına yer verilmiş olması gereksizdir⁴⁴.

Yönetmeliğin anılan hükmü ile ilgili olarak ortaya konan diğer bir eleştiri, “işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesi” durumunun muvazaa kavramı içinde değerlendirilmesidir⁴⁵. Bu görüş uyarınca, bu koşulun sağlanmadığı bir ilişkide tarafların amacı, görünürde bir alt işveren ilişkisi kurmak olmayabilir. Buna göre İK 2/6’da düzenlenen koşulların bulunması durumunda ilişki muvazaalı olabileceği gibi, muvazaalı olmayan bir ilişki 2/6’da yer alan koşulların bulunmaması sebebiyle geçersiz sayılabilir⁴⁶.

Öte yandan doktrinde isabetli olarak, anılan düzenlemede muvazaalı haller arasında sayılan “kamusal yükümlülüklerden kaçınmak” hükmü son derece geniş olması bakımından eleştirilmiştir⁴⁷. Buna göre işyerinde bir alt işveren ilişkisi kurulduğunda, işçi sayısının örneğin 50’nin altında kalması veya kreş kurma yükümlülüğü açısından 150’nin altında kalması gibi bazı sonuçlar ortaya çıkabilir. Ancak eğer alt işveren ilişkisinin kurulması bakımından objektif koşullar bulunuyorsa ve ilişki gerçek bir nitelik taşıyorsa, ortaya çıkan bu sonuçların doğrudan muvazaa olarak kabulü mümkün değildir⁴⁸.

⁴³ Centel, Yönetmelik, 57. Aynı yazar, Eleştirel Bir Yaklaşım, 41.

⁴⁴ Çelik, Koşullar, 90. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 12. Çelik’e göre söz konusu hüküm karşısında, bir iş müfettişi alt işverenin bildirim ekindeki belgelerde yönetmelikte anılan muvazaa esaslarını belirlediğinde muvazaa tespitinde bulunmak durumunda kalacaktır (Çelik, Alt İşveren İlişkisi, 12). Aynı yönde Centel, Eleştirel Bir Yaklaşım, 41.

⁴⁵ Alpagut, Yönetmelik, 61. Kızıloğlu, 98-99. Kızıloğlu’ya göre, sözleşmenin muvazaalı kabul edilmesi için Yönetmeliğin iki ilave koşul daha getirilerek, Yönetmelikle Kanunda bulunmayan hususların getirilmesi hukuka aykırıdır (Kızıloğlu, 99). Alt İşverenlik Yönetmeliği Değişiklik Taslağında 12. maddenin “muvazaanın incelenmesi” olan başlığı, “asıl işveren alt işveren ilişkisinin incelenmesi” olarak değiştirilmektedir.

⁴⁶ Alpagut, Yönetmelik, 61. Öte yandan İK 3 hükmünde iş müfettişlerine salt “muvazaa yönünden” inceleme yapma yetkisi tanınmışken, Yönetmelikte alt işveren ilişkisinin objektif koşulları açısından da yetkisi verilmesi kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir (Kızıloğlu, 98).

⁴⁷ Alpagut, Alt İşveren, 40.

⁴⁸ Alpagut, Alt İşveren, 40. Anılan hükümle ilgili olarak bir diğer eleştiri konusu, hükmün “...ihtiva eden sözleşmeyi ifade eder” şeklinde bitirilmiş olmasıdır. Buna göre “muvazaa sözleşme ifade etmez, doğrusu muvazaalı işlem veya muvazaalı sözleşme olmalıdır (Alpagut, Alt İşveren, 41. Aynı yazar, Yönetmelik, 61).

III. İş Kanununda Getirilen Özel Sınırlamalar

Doktrinde bir görüşe göre İK 2/7 hükmünde, genel hükümlerde yer alan muvazaa kurumu, İş Kanunu metnine alınarak özel örnekler verilmek suretiyle düzenlenmiştir⁴⁹. Bununla birlikte diğer bir görüşe göre bu hallerin muvazaa ile bir ilişkisi olmayıp, muvazaa dışı özel geçersizlik nedenlerini oluşturmaktadırlar⁵⁰. Diğer bir deyişle bu hallerin varlığı durumunda muvazaa ile ilgilenilmeksizin emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle geçersizlik söz konusu olacaktır⁵¹. Bu görüşlere ilişkin ayrıntılara aşağıda yer verilecektir⁵².

1. İşyerinde Daha Önce Çalıştırılan Kişilerle Alt İşveren İlişkisinin Kurulması

İş Kanunu 2/7 hükmünde “....*daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz...*” düzenlemesi yer almıştır. Bu hüküm ile daha önce yargı kararlarına da yansıyan ve uygulamada sıklıkla görülen bir muvazaalı uygulamanın engellenmesi amaçlanmıştır. Gerçekten de işverenler, işyerinde çalışan herhangi bir kişiyi *görüntüde alt işveren* ilan ederek, kendisine bağlı işçileri bu alt işverenin işçisiymiş gibi göstermekte böylece bireysel ve toplu iş hukukunun doğurduğu yükümlülüklerden kurtulmaya çalışmaktadırlar⁵³⁻⁵⁴.

a)Hükmün Niteliği Sorunu

aa)Yasal Karine Görüşü

“Yasal karine görüşü” olarak adlandırılabilir bir görüşe göre, söz konusu hüküm -amacı doğrultusunda- Anayasa’ya uygun bir şekilde yorumlanmalı ve

⁴⁹ Süzek, 2008, 154-155.

⁵⁰ Akyiğit, Şerh, C.1, 118. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 24.

⁵¹ Akyiğit, Şerh, C.1, 118.

⁵² Bkz. Aşa. §1,III,1,a ve §1,III, 2, a.

⁵³ Öyle ki uygulamada bir lokantada masaların garsonlara paylaştırılarak onlarla alt işverenlik ilişkisi kurulması gibi örnekler dahi görülmüştür (Arıcı, 496. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 75).

⁵⁴ Oysa doktrinde bir görüşe göre, eski dönemde işverenlerin bu yola başvurmalarının temel nedeni, birlikte sorumluluk kuralı dolayısıyla alt işverenin işlemlerini yasalara uygunluk yönünden denetlemek zorunda olan işverenin, eskiden işyerinde çalışan ve kendisi için güvenilir bulduğu kişiyi alt işveren olarak seçmeyi tercih etmesiydi (Çelik, 2010, 54. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 9). Bu görüşü eleştiren Güzel ise, söz konusu uygulamaya başvurma temel nedeninin Çelik’in belirttiği husus olmadığını, gerçek ve yaygın uygulamanın kötüniyete dayandığını belirtmektedir (Güzel, Alt İşveren, 58).

mutlak şekilde değerlendirilmemelidir⁵⁵. Buna göre bir hükmün Anayasa'ya aykırılığı, o hükmün Anayasa'ya uygun yorumunun olmadığı hallerde söz konusu olabilir⁵⁶. Söz konusu hükmün amacı ise, Anayasa'ya uygun yorumu mümkün kılmaktadır. Nitekim bu amaç, daha önce o işyerinde çalışmış kişilerin alt işveren olmalarını mutlak bir biçimde engellenmesi değil, “muvazaalı uygulamaların önlenmesi”dir⁵⁷. Buna göre yasa koyucu İK 2/7’de, uygulamada en çok görülen muvazaalı işlemleri ortaya koymuş ve bunların muvazaalı işlem olduğunu aksi ispatlanabilen (adi) yasal karine olarak kabul etmiştir⁵⁸. Nitekim anılan fıkra da yaptırımı düzenleyen izleyen cümlede “aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek...” denilerek söz konusu haller ile genel olarak muvazaa arasında ilişki kurulmuştur. Bu cümlede yer alan “aksi halde ve genel olarak” ibareleri birbirinden bağımsız değil, birlikte ele alınmalı ve yorumlanmak suretiyle daha önce o işyerinde çalıştırılan kişi ile kurulan alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayanmadığının, yani işverence yasal karinenin aksinin iddia ve ispat edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir⁵⁹. Sonuç itibarıyla bu görüşe göre yargıç hükmü uygularken Anayasayı, yasanın amacını, dürüstlük kuralını ve olayın özelliğini birlikte göz önünde tutarak sonuca

⁵⁵ Süzek, 2008, 157. Aynı yazar, Alt İşveren, 44. Aynı yönde bkz. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Mollamahmutoğlu, 181. Uçum, 23. Taşkent, 365. Aynı yazar, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Demir, Başlıca Yenilikler, 89. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 75. Şahlanan, Panel, İNTES, 50-51. Aynı yazar, Konferans Notları, 72. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 22. Şen/Naneci, 36. Demircioğlu/Centel, 52-53. Özdemir, İspat Yüğü, 78. Ayan, 525. Bu görüşte olan yazarlar da söz konusu hükmün mutlak bir şekilde uygulanması durumunda Anayasaya aykırılık sorununun gündeme gelebileceği görüşündedirler (Süzek, 2008, 157. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Mollamahmutoğlu, 181. Uçum, 23). Mollamahmutoğlu’na göre ayrıca, anılan hüküm mutlak bir biçimde yorumlanırsa, çalışma yaşamının gelişmesine engel olacak niteliktedir (Mollamahmutoğlu, 181).

⁵⁶ Süzek, Yorum, 235. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 22. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 75-76. Süzek’e göre, “Bir hukuk devletinde ilke, yasa kurallarının anayasaya aykırılığı değil, uygunluğudur. Bu nedenle, iş yasalarının mümkün olduğu ölçüde anayasaya aykırı sonuç doğuracak biçimde yorumlanmasından kaçınılmalıdır. Buna rağmen yargıç uygulayacağı iş yasası kuralını anayasa ile bağdaştırmak olanağını bulamazsa, anayasaya aykırılık (somut norm) denetimini harekete geçirmelidir” (Süzek, Yorum, 235). Kılıçoğlu/Şenocak’a göre de yasamaya olan saygı, anayasaya uygun yorum yapılabildiği sürece bir normun muhafazasını emreder (Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 76).

⁵⁷ Süzek, 2008, 157. Aynı yönde bkz. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Taşkent, 366. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 76. Ayan, 525.

⁵⁸ Süzek, 2008, 157. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 22. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 76. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Şahlanan, Panel, İNTES, 51.

⁵⁹ Süzek, 2008, 157. Aynı yazar, Alt İşveren, 44. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 22. Arslanoğlu, 119. Mollamahmutoğlu’na göre de “ve genel olarak” ifadesi, her ilişkide muvazaa düşünülmemesinin, ayrıntı durumların olabileceğinin ve bunun incelenmesinin gerekeceği şeklinde yorumlanmalıdır (Mollamahmutoğlu, 181. Aynı yönde Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Aksi görüş, Çelik, Koşullar, 89.

varmalıdır⁶⁰. Buna göre örneğin, işçinin işyerinden ayrılmasının üzerinden uzun bir zaman geçmiş veya artık gerçekten bir girişimci olarak ayrıldığı işyerinden iş almışsa, olayın özelliği nedeniyle yasal karinenin aksi ispatlanabilir yani olayda bir muvazaanın olmadığı ve bu kişinin eski işyerinde alt işverenlik ilişkisi kurmasına bir engel olmadığı ispatlanabilir⁶¹.

O halde bu görüş uyarınca, yargı organının göz önünde bulundurabileceği temel olarak iki ölçüt üzerinde durulmaktadır. Birincisi, daha önce o işyerinde çalışan kişinin “bağımsız bir müteşebbis sıfatına sahip olup olmaması”⁶²; ikincisi, daha önce o işyerinde çalışmış olmanın “ne kadar uzun bir süre önce gerçekleşmiş”⁶³ olduğudur. Buna göre söz konusu kişinin ilgili konuda uzmanlaşmış bağımsız bir müteşebbis durumuna gelmiş olması ve daha önce çalışmanın uzunca süre önce gerçekleşmiş olması olguları olayda muvazaa bulunmadığı yönündeki iddiaları kuvvetlendirecektir. O halde alt işverenin bağımsız bir müteşebbis sıfatına sahip olup olmaması, ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığının tespiti açısından bir ölçüttür⁶⁴. Nitekim bir görüşe göre, asıl işverenin alt işverene verdiği iş üzerindeki denetim, kontrol ve talimat yetkisi işyeri düzeninin gereklerini aştığı ölçüde gerçek bir alt işveren ilişkisinden söz etmek imkansızlaşır⁶⁵.

Öte yandan başka bir yazar, alt işverenlik ilişkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde, bu ilişkinin işçiyi zarara uğratıp uğratmadığının bir ölçü olarak kullanılabileceğini belirtmektedir⁶⁶. Buna göre, işçi eskisine oranla çok daha az bir gelir elde etmesine rağmen eski işini eski şartlarda yapmaya devam ediyorsa

⁶⁰ Süzek, 2008, 157. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 76. Ayan, 525. Arslanoğlu, 119. Mollamahmutoğlu’na göre de uyumsuzluğa konu her ilişkide olayın koşulları değerlendirilerek muvazaanın varlığı veya yokluğu tespit edilmelidir (Mollamahmutoğlu, 181).

⁶¹ Süzek, 2008, 157. Aynı yazar, Alt İşveren, 44. Aynı yönde Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Taşkent, 366. Aynı yazar, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 76. Ayan, 525.

⁶² Süzek’e göre işçi gerçekten bir girişimci olduysa 2- 3 yıl bile beklemeye gerek olmaksızın olayda bir muvazaa olmadığı kanıtlanarak alt işverenlik ilişkisi kurulabilir (Süzek, Alt İşveren, 44). Aynı yönde Taşkent, 366.

⁶³ Süzek, 2008, 157. Uçum, 23. Taşkent, 365. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 76. Arslanoğlu, 119. Taşkent bu süreyi 2-3 yıl gibi bir süre olarak ortaya koymaktadır (Taşkent, 366. Aynı yazar, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44). Ayan ise, 10-15 yıllık bir süreden söz etmektedir (Ayan, 525). Tunçomağ/Centel’e göre de “daha önce”nin “kısa bir zaman aralığı” olarak anlaşılmasında yarar vardır; aksi takdirde geçmişte işçi olarak çalışmış olan taşeronların hiçbir şekilde eski işyerlerinden iş alamaması tehlikesi ortaya çıkar (Tunçomağ/Centel, 60).

⁶⁴ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23.

⁶⁵ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23.

⁶⁶ Ayan, 525.

ya da alt işverenin işçisi olarak görülen kişiler tamamen asıl işverenin emir ve talimatları ile bağlarsa, kanundaki sınırlamaya aykırı davranıldığı kabul edilmelidir.

Bazı yazarlara göre, işçinin *işyerinden ayrılma gerekçesi* de olayın özelliğine göre dikkate alınabilecek ölçütlerdendir. Buna göre işçinin ayrılık gerekçesi “emeklilik” ise ve muvazaayı ortaya koyan başka bir kanıt da bulunmamaktaysa, muvazaa iddiasına şüpheyle yaklaşılması gerekir⁶⁷.

Yüksek mahkeme, daha önce işyerinde işçi olarak çalışmış bir kişi ile alt işveren ilişkisi kurulduğu söylenen bir olayda, belirtilen olguyu muvazaa konusunda “bir delil” olarak kabul etmiş ve mevcut delillerin hep birlikte değerlendirilerek, olayda muvazaanın mevcut olup olmadığının kesin bir şekilde saptanması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁸.

bb)Hükümün Mutlak ve İsabetsiz Olduğu Yönündeki Görüş

Diğer bir görüşe göre, anılan hüküm herhangi bir istisna tanımamak suretiyle mutlak bir yasak anlamı taşımaktadır⁶⁹. Başka bir deyişle söz konusu hüküm kesin karine teşkil etmektedir⁷⁰. Buna göre anılan hükümden sonra “aksi halde...” denilerek devam edilmiş olması, bir muvazaa olup olmaması üzerinde durulmaksızın

⁶⁷ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 76. Ayan, 525.

⁶⁸ Y9HD, 8.7.2004, 17098/17431, ÇT, 2004/3, 3, 161-162 Şahlanan’ın kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, İşe İade Davası, Karar İncelemesi, 41. Karara ilişkin diğer bir inceleme için bkz. Ulucan, Karar İncelemesi, 145 vd. Ulucan’a göre yerel mahkemenin, söz konusu olguyu dikkate alarak alt işveren ilişkisini kuran sözleşmenin geçersizliğine karar vermesi gerekirdi. Yargıtay’ın 1475 sayılı kanun döneminde verdiği bir kararında ise, alt işverenin, asıl işverenin yanında çalışıp emekli olmuş maden ocağı şefi olması durumu tek başına değil, işyerindeki asıl iş niteliğindeki üretim ve satış ilişkisi tüm işlerin *grev öncesinde alt işverene devri olgusu ile birlikte* muvazaa sonucuna ulaşılmıştı (Ankara 8. İş Mahkemesi, 21.3.1991, 1421/385 sayılı kararı ve bu kararı onaylayan Y9HD, 12.4.1991, 7302/7518, Çelik’in incelemesi, Alt İşveren, 173-176. Alpagut, Yeni Yapılanma, 24, dn.14).

⁶⁹ Ekmekçi, Dava Süreci, 133. Aynı yazar, Tasarı, 67. Çelik, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 90. Aynı yazar, Koşullar, 89. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 9-10. Aktay/Arıcı/Kaplan, 69-70. Akyiğit, Şerh, C.1, 102, 119. Çankaya/Çil, 2009, 31. Özveri, 397. Şen, Yeni İş Yasasında, 92. Arıcı’ya göre de, anılan hükümle işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu bulunsu dahi, alt işverenin asıl işverenin eski bir işçisi olması yasaklanmaktadır. Bununla birlikte yazar, kanunda değişiklik yapılmıyca kadar düzenlemenin amacı ve diğer unsurlar dikkate alınarak yorumlanmasının yerinde olacağını belirtmektedir (Arıcı, 497).

⁷⁰ Engin, Üçlü İş, 12. Engin’e göre hüküm kesin karine teşkil etmesinin sonucu olarak, işçinin sadece kanunda belirtilen olgunun varlığını göstermesi yeterlidir; ayrıca muvazaanın varlığını ispatlaması gerekmemektedir (Engin, Üçlü İş, 12) Çelik’e göre de hüküm “mutlak emredici” niteliktedir ve kaldırılması yerinde olur. Nitekim alt işverenin üstleneceği işe ve işçilere ilişkin diğer yasal sınırlamalar karşısında (m.2/6,7), alt işverenin asıl işverenin eski bir işçisi olup olmadığının önemsenmesi gereksizdir (Çelik, 2010, 54. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 90. Ayrıca bkz. Çelik, Koşullar, 89). Akyiğit’e göre yasa koyucu bu hükümde *muvazaa ile ilgilenmeksizin* mutlak bir yasak getirmektedir (Akyiğit, Şerh, C.1, 104, 120. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 24).

sırf alt işverenin asıl işverenin önceki bir işçisi olması sebebiyle alt işveren işçilerinin asıl işveren işçisi olarak kabul edileceğini göstermektedir⁷¹. Bu durumda söz konusu sınırlamaya aykırı bir durum ortaya çıktığında, bu durumun ispatı maddi vakıaların ispatından ibaret olacak ve işçinin asıl işveren ile alt işverenin muvazaalı işlemde bulunduklarının ispatı gibi zor bir yükümlülüğü bulunmayacaktır⁷².

Söz konusu hüküm mutlak bir anlamda ele alındığında örneğin, önceden o işyerinde usta olarak çalışan ve emeklilik ya da herhangi bir sebeple işten ayrıldıktan sonra ustalığı alanında bir girişimci olarak çalışan kişinin iyi niyetli olarak eski işvereni ile alt işverenlik ilişkisi kurması muvazaalı kabul edilerek geçersiz olacaktır⁷³. Bu sebeple söz konusu hüküm isabetsizdir ve muvazaaya dayanmayan iyi niyetli alt işverenlik ilişkilerini de engelleyebileceği için Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırıdır⁷⁴. Öte yandan muvazaadan bağımsız olarak ve herhangi bir süre istisnasına yer verilemeden getirilen böyle bir yasak, Anayasa m.10'da düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırılık

⁷¹ Ekmekçi, Dava Süreci, 134. Alpagut'a göre de "aksi halde ve genel olarak..." ifadesi bunun kanunun kesin sonuç bağladığı bir varsayım oluşturduğunu düşündürmektedir (Alpagut, Yeni Yapılanma, 21). Çelik'e göre de "aksi halde" sözü muvazaa incelemesine gerek görülmeyen bu sınırlamaları sadece ikinci cümledeki yaptırıma bağlamaktadır. "Genel olarak" sözü ise bu sınırlamalar dışında kalan hallerle ilgilidir. Nitekim Çelik, söz konusu hükmü "Bu sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler" şeklinde değerlendirmektedir (Çelik, 2010, 55-56. Aynı yazar, Koşullar, 89. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 10. Aynı yönde Güzel, Alt İşveren, 61).

⁷² Çelik, Koşullar, 89. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 10-11.

⁷³ Mollamahmutoğlu, 181. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 6. Arıcı, 496. Ekmekçi, Dava Süreci, 134. Aynı yazar, Tasarı, 67. Aktay, Alt İşveren Kurumu, 39. Şahlanan'a göre örneğin, yemekhanede çalışan ve emekliliği gelmiş aşçıbaşının işyerinden ayrılması istenmediği için –herhangi bir kötüniet olmaksızın- yemekhanenin bütün personelinin onun üzerine yapıp alt işverenlik ilişkisi kurulması mümkün olmalıdır. Bununla birlikte anılan hüküm bu imkanı ortadan kaldırmaktadır (Şahlanan, Yeni İş Kanunu, 34). Ekmekçi'ye göre de işverenin, daha önce kendi işçisi olarak çalışmış güvendiği birine işyerinde alt işveren tarafından görülebilecek bazı işleri devretmesi mümkün olmalıdır (Ekmekçi, Dava Süreci, 134. Aynı yazar, Tasarı, 67).

⁷⁴ Arıcı, 496-497. Şahlanan, Yeni İş Kanunu, 34. Ekmekçi, Dava Süreci, 133. Aynı yazar, Tasarı, 67. Çelik, 2010, 54. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 90. Aynı yazar, Koşullar, 87. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 10. Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 23. Aynı yazar, 76. Ünsal, 541. Dereli, 78. Uzun, 30. Şen, Yeni İş Yasasında, 92. Aktay/Arıcı/Kaplan, 70. Gerçekten de Arıcı'ya göre söz konusu hüküm, "kötü örneklerden yola çıkarak yapılan bir genellemeden kaynaklanan bir hata" niteliği taşımaktadır (Arıcı, 497). Çelik'e göre de söz konusu düzenlemeye ölçülülük ilkesi aşılmıştır ve bu haliyle kaldırılması gereken bir yasal düzenleme niteliğindedir (Çelik, Koşullar, 87-88). Şahlanan da söz konusu hükmü isabetsiz olduğu görüşünde olmakla birlikte, mutlak bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir (Şahlanan, Konferans Notları, 72).

taşır⁷⁵. Zira bu durumda belki 30-40 yıl önce çalışılan bir işyerinde alt işverenlik ilişkisi kurulamayacaktır⁷⁶.

Bu görüşe göre anılan düzenleme yerine, alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığının belirlenmesi durumunda, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem göreceğinin düzenlenmesi ve olayın özelliğine göre muvazaanın tespitinin genel hükümlere göre yargıya bırakılması daha uygun olurdu⁷⁷.

Bu görüşte olan yazarlardan biri “kanuni karine görüşünü”, kanıtlama güçlüğü nedeniyle çok riskli olduğu ve işvereni ağır bir yaptırımla karşı karşıya bırakabileceği gerekçesiyle eleştirmektedir⁷⁸. Ayrıca yine bu görüşe göre, işten ayrılan işçinin 2-3 yıl gibi uzun bir süre sonra aynı işverenle alt işverenlik ilişkisi kurmasının mümkün olabileceği yönündeki görüş, sürenin uzunluğu noktasındaki belirsizlik nedeniyle eleştiriye açıktır⁷⁹.

⁷⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 103. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 23. Aynı yazar, 75-76.

⁷⁶ Akyiğit, Şerh, C.1, 103. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 23. Aynı yazar, 75. Eleştirisi için bkz. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Aynı yazar, 365. Akyiğit’e göre ayrıca, daha önce o işyerinde çalıştırılmanın daha önce orada alt işveren olarak faaliyette bulunmayı da içerdiğinden söz edilemeyeceğinden, bu durum gerçek kişiler ve tüzel kişiler arasında yapılmış haksız bir ayırım oluşturur (Akyiğit, Şerh, C.1, 103. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 23. Aynı yazar, 76).

⁷⁷ Ekmekçi, Tasarı, 67. Aynı yazar, Dava Süreci, 134. Şahlanan, Yeni İş Kanunu, 34. Aynı yazar, Konferans Notları, 73. Ünsal’a göre, kanunda alt işverenin asıl işlerde yalnızca “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işlerde kurulabilmesi yeterli bir sınırlamadır. Bu sınırlamayı genişletmek işçinin anayasal hakkını ortadan kaldırmak anlamına gelir (Ünsal, 541). Şen’e göre ise “herhangi bir sendikal sorun yoksa” daha önce o işyerinde çalışan kişiyle alt işveren ilişkisi kurulabilmelidir. Nitekim yazara göre burada önemli olan husus alt işverenin, işçilerin sendikalaşma ve toplu iş sözleşmesinden yararlanma haklarına engel oluşturmamasıdır (Şen, Yeni İş Yasasında, 91-92). Alt işveren uygulamasının yaygın olarak kötüye kullanımı toplu iş hukukundan kaynaklanan haklarını engellemek amacıyla ortaya çıksa da ferdi iş hukuku alanındaki haklara ve işverenin bu alandaki yükümlülüklerine yönelik gerçekleştiği de görülmektedir. Dolayısıyla olayda yazarın belirttiği gibi herhangi bir “sendikal sorunun olmaması” muvazaanın kesinlikle olmadığı anlamına gelmez.

⁷⁸ Çelik, 2010, 54. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 10.

⁷⁹ Çelik, 2010, 54. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 10. Gerçekten de doktrinde Taşkent, alt işveren o işyerinde örneğin 2-3 yıl önce çalışmışsa söz konusu sınırlamanın uygulanamayacağını belirtmektedir (Taşkent, 366. Aynı yönde bkz. Tunçomağ/Centel, 60. Ayrıca krş. Süzek, 2008, 157. Aynı yazar, Alt İşveren, 44). Kanımıza göre burada yazarların belirtmek istediği husus, daha önce çalışmanın uzun bir süre önce gerçekleşmesinin, muvazaa iddiasıyla açılan davada sadece bir kanıt oluşturabileceğidir. Zira yazarların da belirttiği gibi burada önemli olan husus ve yasanın amacı, alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmamasıdır. Bu durumun ise her olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Süzek’e göre olayda bir kötüniyet söz konusu olmaksızın işçi gerçekten bir girişimci olduysa 2-3 yıl bile beklemeye gerek olmaksızın olayda bir muvazaa olmadığı kanıtlanarak o kişiyle alt işverenlik ilişkisi kurulabilir (Süzek, Alt İşveren, 44).

cc)Hükmün Mutlak ve İsabetli Olduğu Yönündeki Görüş

Buna karşılık üçüncü görüş olarak değerlendirilebilecek diğer bir görüşe göre, söz konusu hüküm mutlak emredici niteliktedir ve bu şekliyle isabetli bir düzenlemedir⁸⁰. Buna göre anılan hüküm herhangi bir süre veya istisna sınırlaması içermemektedir. Zira söz konusu hükmün kanuna konuluş gerekçesi, düzenlemenin isabetliliğini ortaya koymada yeterlidir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu gerekçe, işverenlerin daha önce kendi işçileri olarak çalışan birini görünürde alt işveren tayin ederek alt işverenliği ucuz işçilik ve sendikasızlaştırmanın bir aracı olarak çok yaygın bir şekilde kullanılmalarıdır. Yazara göre durum bu iken, “eski dönemde işverenlerin bu yola başvurmalarının temel nedeninin, birlikte sorumluluk kuralı dolayısıyla alt işverenin işlemlerini yasalara uygunluk yönünden denetlemek zorunda olan işverenin, eskiden işyerinde çalışan ve kendisi için güvenilir bulunduğu kişiyi alt işveren olarak seçmeyi tercih etmesi”⁸¹ olduğu görüşü gerçeği yansıtmamaktadır⁸².

Öte yandan söz konusu görüşü ileri süren yazar, -olması gereken hukuk açısından- alt işverenin asıl işverene ait işyerinde 2-3 yıl önce çalışmış olmasının alt işverenliği yönünde bir engel oluşturmaması gereğine de vurgu yapmaktadır. Buna karşılık yazara göre mevcut durumda “anılan hükmün mutlak emrediciliği”, bu yönde bir yoruma da imkan bırakmamaktadır⁸³.

dd) Görüşümüz

Kanımıza göre de söz konusu düzenleme herhangi bir istisna tanımamak suretiyle mutlak bir yasak anlamı taşımaktadır. Başka bir deyişle söz konusu hüküm kesin karine teşkil etmektedir. Buna göre anılan hükümden sonra “aksi halde...” denilerek devam edilmiş olması, olayda bir muvazaa olup olmaması üzerinde durulmaksızın sırf alt işverenin asıl işverenin önceki bir çalışanı olması sebebiyle alt işveren işçilerinin asıl işveren işçisi olarak kabul edileceğini göstermektedir. Bize göre bu açıdan hükmün lafzı, bu konuda (Anayasal) yorum yapmaya imkan vermemektedir. Söz konusu hükümdeki “ve genel olarak” ifadesi ise, buradaki

⁸⁰ Güzel, Alt İşveren, 58-59, 61, 65. Aynı yazar, Değerlendirme 2005, 15. Kaplan’a göre de kanunda düzenlenen bu özel durumların varlığı durumunda artık muvazaalı işlemin tespiti için genel hüküm niteliğindeki BK 18 hükmünün şartlarının aranmaması gerekir (Kaplan, 233).

⁸¹ Çelik, 2010, 54.

⁸² Güzel, Alt İşveren, 58.

⁸³ Güzel, Alt İşveren, 59.

sınırlamalar dışında kalan durumlarla ilgilidir. Diğer bir deyişle doktrinde belirtildiği gibi, söz konusu hükmün ifade etmek istediği husus “Bu sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” şeklindedir⁸⁴.

Öte yandan yasanın gerekçesinde baktığımızda, . “...Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür...” ifadesini görmekteyiz. Buna göre yasa koyucu Yargıtay’ın muvazaalı işlemler konusundaki “frenini” yeterli bulmayarak uygulamada en çok rastlanan bu yöndeki işlemlere -alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak amacıyla ve iyi niyetli uygulamaları da önlemek pahasına- kesin bir set çekmek istemiştir.

Buna karşılık bize göre de söz konusu hüküm bu şekliyle isabetsizdir ve muvazaaya dayanmayan iyi niyetli alt işverenlik ilişkilerini de engelleyebileceği için, Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple olması gereken hukuk açısından söz konusu olgunun, işçiye ispat kolaylığı sağlayan fakat aksi ispatlanabilen bir *adi yasal karine* olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

b)Hükmün İçeriğine İlişkin Diğer Sorunlar

İK 2/7 hükmünde yer alan anılan düzenleme ile ilgili tek sorun, hükmün niteliği değildir. Bu konuda diğer bir sorun, daha önce o işyerinde “çalışan” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bir görüşe göre, bu ifade ile kastedilen iş sözleşmesi ile çalışanlar yani işçilerdir⁸⁵. Bu durumda işverenle arasında iş

⁸⁴ Çelik, 2010, 55-56. Aynı yazar, Koşullar, 89. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 10. Aynı yönde Güzel, Alt İşveren, 61. Bu doğrultuda doktrinde Çelik’in, söz konusu sınırlamalara aykırılık durumunda, bu aykırılığın ispatının maddi vakıaların ispatından ibaret kalacağı ve asıl işveren ile alt işverenin üçüncü kişileri aldatmak şeklinde bir anlaşma yaparak muvazaalı işlemde bulunduklarının işçinin ispat etmesi gibi bir yükümlülüğün işçiye yükletilemeyeceği görüşüne katılmaktayız (bkz. Çelik, Koşullar, 89).

⁸⁵ Demircioğlu, 42. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 69. Şen/Naneci, 37. Ekmekçi, Tasarı, 67. Demir, 41-42. Şen/Naneci, görüşlerini Kanunda “daha önce o işyerinde çalışan işçi”den söz edilmesine dayandırmaktadırlar. Oysa yasada “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse”den söz edilmiş, “işçiler” deyimini kullanılmamıştır.

sözleşmesi bulunmayan, “şirket ortağı” ile “memur” veya “sözleşmeli personel” olarak çalışanlar bu hükmün ve dolayısıyla sınırlamanın kapsamı dışındadırlar⁸⁶.

Diğer bir görüşe göre ise, daha önce “çalıştırılan” ifadesi sadece iş sözleşmesi ile çalışanları kapsamamaktadır⁸⁷. Buna göre aynı zamanda kamu işyerlerinde memur veya sözleşmeli personel de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira söz konusu ifadeyi sadece işçilerle sınırlamayı haklı gösteren bir olgu yasada yer almamıştır. Buna karşılık aynı görüşe göre, çırak veya stajyer konumunda çalışmak sonradan alt işverenlik ilişkisi kurulmasına engel olmaz. Ayrıca daha önce o işyerinde alt işveren olarak veya o işyerinin ortağı gibi bir sıfatla çalışmak da sonradan alt işveren sıfatını kazanmayı engellemez⁸⁸. Zira bu görüşe göre söz konusu sınırlamada önemli olan şey, “o işyerine ve işverenin otoritesine tabi (bağımlı) çalışmadır”.

Kanımıza göre, yasada geçen “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse” ifadesinin ne lafzı ne de amacı sınırlamayı sadece işçiler açısından düşünmeyi gerekli kılar. Zira yasada “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse”den söz edilmekte, “işçilerden” söz edilmemektedir⁸⁹. Yine anılan hükmün amacı, daha önce işverenin otoritesine tabi olmuş kişilerle daha sonra işverenin söz konusu otoriteyi kullanarak muvazaalı işlem yapma ihtimali olan durumları bertaraf etmektir. Yasanın gerekçesinde de “asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat” yaratmamaktan söz etmektedir. Bu fırsatı yarattığı öngörülen durum ise, daha önce işverenin otoritesine tabi olarak çalışmış olan kişiyle –söz konusu otoritenin de etkisinden yararlanarak- alt işveren ilişkisini muvazaalı olarak gerçekleştirmesidir. Diğer yandan söz konusu sınırlamayı sadece daha önce işçi olarak çalıştırılanlara özgü tutmak, kamu işverenleri ve özel işverenler arasında yine yasanın amacının aksine haksız bir fark yaratmak olacaktır. Öte yandan bize göre bu konudaki ölçüyü, “işverenin otoritesine tabi olarak çalışma” olarak belirledikten sonra bu kapsama

⁸⁶ Çankaya/Çil’e göre de işverenle iş ilişkisi bulunmayan şirket ortağı, memur veya sözleşmeli personel olarak çalışanlar dışında işyerinde tüm çalışanlar maddedeki “çalışan” kavramına dahildir (Çankaya/Çil, 2009, 33).

⁸⁷ Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 22. Aynı yazar, 75-76.

⁸⁸ Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 22. Çankaya/Çil, 2009, 20. Çankaya/Çil’e göre asıl işverenin bir ortağının hissesini devrederek alt işveren olarak asıl işverenden iş alması ve hatta asıl işverende hissedarlığı devam ederken alt işveren sıfatını kazanması mümkündür. Buna karşılık bu durumda ilişkinin muvazaaya dayandığı her türlü delille ispat edilebilecektir (Çankaya/Çil, 2009, 20).

⁸⁹ Oysa aynı cümlenin “veya” bağlacıyla bağlandığı bir önceki cümlede, asıl işverenin “işçilerinin” alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağından söz etmektedir (İK 2/7).

çırak ve stajyerlerin girmeyeceğinden söz etmek⁹⁰ bir çelişki yaratacaktır. Bu sebeple sınırlamanın, daha önce o işyerinde çalıştırılan çırak ve stajyerleri de içerdiğini düşünüyoruz. Bu şekilde kapsamın çok genişlediği haklı olarak söylenebilecekse de bu konuda yapılabilecek husus, yasa değişikliğidir.

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde konuyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, *“Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez”* (4/d). Esasen doktrinde bu düzenlemeden önce de söz konusu sınırlamanın sadece gerçek kişiler için geçerli olduğu ileri sürülmekteydi⁹¹. Bu görüşte olan yazarlardan birine göre bu durum, alt işveren olmak isteyen bir gerçek kişiyle tüzel kişi arasında yapılmış haksız bir ayırım niteliğindedir⁹².

Öte yandan diğer bir yazar, anılan sınırlamanın sadece daha önce o işyerinde “münhasıran ve sürekli olarak çalışanlar” için uygulanması gerektiği görüşündedir⁹³. Buna göre daha önce o işyerinde kısmi süreli olarak veya çağrı üzerine çalışmayla ya da alt işveren olarak yahut geçici iş ilişkisi kapsamında çalışmış olmak –süreklilik unsuru olmadığı için- anılan sınırlamayı gündeme getirmemelidir. Bizim görüşümüze göre, “daha önce o işyerinde çalıştırılan” ifadesinden daha önce o işyerinde “münhasıran ve sürekli olarak” çalışanlar anlaşılamaz. Zira yasada böyle bir sınırlama yapma sonucu doğuracak bir ifade yer almadığı gibi, hükmün amacı da bu sınırlamayı haklı göstermez.

Doktrinde Yönetmeliğin yukarıda anılan hükmü eleştirilmiş ve bu hükmün salt şekli bir bakış açısı ile, muvazaa iddiasının önlenebilmesi için daha önce o işyerinde çalışmış kişinin yanına bir başka kişiyi alarak şirket kurmasını adeta bir çıkış yolu olarak gösterdiği belirtilmiştir⁹⁴.

⁹⁰ Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 22.

⁹¹ Uçum, 23. Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 22. Uzun, 30. Doktrinde Demircioğlu ise, daha önce işyerinde çalışan işçinin işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir şirketin ortağı olması ve bu tüzel kişinin de ayrıldığı işyerinden iş alması durumunda “şirketin faaliyet alanı, kuruluş tarihi” gibi hususlara bakılarak muvazaa tespiti yapılacağını belirtmekteydi (Demircioğlu, 42. Aynı yönde Çankaya/Çil, 2009, 33. Arslanoğlu, 116).

⁹² Akyiğit, 76. Aynı yazar, Şerh, C.1, 102, dn.195. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 22.

⁹³ Arslanoğlu, 115. Aksi yönde bkz. Çankaya/Çil, 2009, 33.

⁹⁴ Alpagut, Yönetmelik, 62.

Öte yandan, “daha önce o işyerinde çalışan” ifadesinden hukuken o işyerinde çalışmak anlaşılmalı, bütün çalışmanın fiilen o işyerinde geçmesi aranmamalıdır⁹⁵. Diğer bir deyişle örneğin, ödünç işçiler ödünç verildikleri işyerinde “daha önce çalışmış” kabul edilmemelidir ve bu açıdan o işyerinde sonradan alt işveren ilişkisi kurmaları önünde bir engel bulunmamaktadır. Zira hukuken ödünç iş ilişkisi sırasında ödünç işçi, ödünç verenin işçisi sayıldığından bu işyerinde sonradan alt işverenlik ilişkisi kurması yukarıda belirtilen sınırlamaya tabidir⁹⁶.

Söz konusu hükümde “daha önce o işyerinde çalışma” olgusunun ne kadar sürmesi gerektiği yönünde de bir açıklık yoktur. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre bu çalışmanın ne kadar sürdüğü önemli değildir; o işyerinde örneğin 10 yıl çalışma ile 10 ay çalışma arasında bir fark bulunmamaktadır⁹⁷. Ayrıca ilgili kişinin o işyerinde daha önce çalışmanın, “hangi nedenle sona erdiği” hükmün uygulanması açısından bir fark yaratmamaktadır⁹⁸. Buna karşılık doktrinde, işçinin işyerinden ayrılma gerekçesinin “emeklilik olması” durumunda muvazaa iddiasına şüpheyile yaklaşılması gerektiği ileri sürülmüştür⁹⁹.

Öte yandan yasa “*daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse*” den söz ettiğinden, daha önce işverenin bir işyerinde çalışmış olan işçi, aynı işverenin başka bir işyerinde alt işveren olarak iş alabilecektir¹⁰⁰. Buna karşılık işverenin daha önce bir başka işyerinde çalışmış olan işçisi ile farklı bir işyerinde alt işverenlik ilişkisi kurması durumunda, diğer delillerle birlikte ilişkinin muvazaaya dayandığı ispat edilebilecektir¹⁰¹. Diğer yandan bu görüşte olan bir yazara göre, işçinin daha önce çalıştığı işyeri, hukuki ya da ekonomik anlamda önemli derecede değişime uğramış ve nitelik itibarıyla aynı işyeri denilebilecek kapsamdan çıkmışsa, o işyerinde daha önce çalışan işçi ile alt işveren ilişkisi kurulabilmelidir¹⁰². Çünkü kanun koyucunun sınırlama getirerek alt işveren olmayı engellemek istediği işyeri organizasyonunun yapısı, daha önce işçinin çalıştığı işyerinden esaslı bir şekilde farklılaşmıştır.

⁹⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 22. Aynı yazar, 75. Çankaya/Çil, 2009, 33.

⁹⁶ Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 22. Çankaya/Çil, 2009, 33.

⁹⁷ Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 22. Arslanoğlu, 117.

⁹⁸ Şen, Yeni İş Yasasında, 91.

⁹⁹ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 76. Ayan, 525. Benzer yönde Şen/Naneci, 37.

¹⁰⁰ Çankaya/Çil, 2009, 32. Şen/Naneci, 37. Arslanoğlu’na göre de, işçinin aynı işletmeye dahil olan ancak daha önce çalıştığı işyeri dışında başka bir işyerinde alt işveren ilişkisi kurulabilmesi mümkündür. Nitekim kanun koyucu söz konusu maddede “işletme” tabirini değil, “işyeri” deyimini kullanmıştır (Arslanoğlu, 114-115).

¹⁰¹ Çankaya/Çil, 2009, 32. Şen/Naneci, 37.

¹⁰² Arslanoğlu, 115.

Bir görüşe göre, o işyerinde yaşanan işveren değişiklikleri de anılan sınırlamayı ortadan kaldırmayacaktır¹⁰³. Buna göre bir işyerinde çalışırken işveren değişikliği gerçekleşse de sınırlama o işyeri için devam edecektir. Bu durumda o işverenin gittiği başka işyerinde sınırlama uygulanmayacaktır. Kanımıza göre sınırlamayı işveren değişikliği durumunda da uygulamak, yasanın amacına çok uygun düşmemektedir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi yasanın amacı belirli bir otorite ilişkisi içinde bulunmuş kişiler arasında alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesidir. Daha önce o işyerinde çalışmış işçi, işyerinden ayrıldıktan sonra o işyerinde işveren değişikliği gerçekleşmiş ve işçi bu işyerinde değişen işverenin otoritesine tabi olarak çalışmamışsa söz konusu sınırlama uygulanmaz kanısındayız.

Doktrinde, işçinin işverenin değişik işyerlerine geçici nakillerinin yapılması durumunun, söz konusu işçinin geçici olarak gittiği yerler açısından alt işverenliğini engellememesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁴. Ayrıca bir görüşe göre, -karşılıklı anlaşmayla- işçinin işverenin değişik işyerlerinde geçici nitelikte olmamak üzere çalıştırılması durumunda tüm işyerlerinde alt işverenliğinin engellenmesi yerine, “en son veya en çok çalışmanın geçtiği işyerinde” alt işverenlik alamayacağı düşünülebilir¹⁰⁵. Kanımıza göre yine yasanın lafzı ve amacı açısından söz konusu hüküm bu yorumu yapmaya elverişli değildir.

2.Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşveren Tarafından Devralınarak

Haklarının Kısıtlanamaması

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan bir diğer sınırlamaya göre, “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz*”. Bu hüküm yine uygulamada sıklıkla görülen bir kötüye kullanılma durumunun yasa metnine alınmasından ibarettir¹⁰⁶. Gerçekten de uygulamada yaygın olarak asıl işverenler, işçilerinin ücret ve diğer haklarını kısıtlamak amacıyla söz konusu işçileri görünürde alt işverenin işçisiymiş gibi göstermektedirler. Bu doğrultuda, muvazaalı alt işveren ilişkisi kurmak amacıyla işveren tarafından işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilerek görünürde alt işveren

¹⁰³ Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 23.

¹⁰⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 22. Aynı yazar, 75.

¹⁰⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 102. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 22.

¹⁰⁶ Söz konusu hüküm, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan tasarıdaki biçimiyle aynen kanunlaşmıştır (Güzel, Alt İşveren, 56).

yanında daha düşük ücret ve çalışma koşulları ile çalışmalarının önerilmesi ve bu öneriyi kabul eden işçilerin aynı gün (veya feshi izleyen gün) işe alınmaları yaygın uygulamalardandır¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

a)Hükmün Niteliğine İlişkin Görüşler

aa) Yasal Karine Görüşü

Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere maddede öngörülen husus, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmalarının yasaklanması değil, işe alınmaları durumunda bu işçilerin *haklarının kısıtlanmamasının* önlenmesidir¹⁰⁹⁻¹¹⁰. Bu durumda, asıl işveren işçileri alt işveren yanında çalışmaya devam edebilmeleri için ancak aynı veya daha iyi ücret ve çalışma koşullarının sağlanması gerekecektir¹¹¹. Nitekim bu hükümle amaçlanan husus, ücretleri ve çalışma koşulları

¹⁰⁷ İşçilerin iş akitlerinin muvazaalı alt işveren ilişkisi kurulması amacıyla feshedilmesi “işletme ve “işin gereği” sayılmadığından geçersiz sayılır ve iş güvencesine ilişkin sonuçlar ve yaptırımlar uygulanır (Süzek, 2008, 162-163). Ayrıca bkz. Y9HD, 14.4.2005, 8465/1337, Tekstil İşveren, Şubat-Mart 2006, 61-62. Y9HD, 12.12.2005, 36006/39122, Çankaya/Çil, 50-51. Y9HD, 12.2.2007, 32217/3258, İşveren, Temmuz 2007, Yargıtay Kararları, 29-30. Y9HD, 11.6.2007, 8062/18375, ÇT, 15, 205-208. Y9HD, 16.4.2007, 9474/10635, ÇT, 15, 277-280. Buna karşılık, “asıl işin bir bölümü veya yardımcı işle birlikte asıl işveren işçilerinin de yasaya uygun bir biçimde alt işverene devredildiği durumda, çalışma koşullarında herhangi bir değişiklik olmadığı halde yeni işverenle çalışmayı kabul etmeyen işçinin sözleşmesi işletme gerekleri nedenine dayanılarak feshedilebilir” (Engin, Değerlendirme 2004, 5).

¹⁰⁸ Doktrinde ve yüksek mahkemece, temelinde muvazaa olan feshin geçersiz olduğu, yani çıktı-girdi işleminin hiçbir hukuki hüküm ve sonuç yaratmayacağı, işçinin hiçbir kesinti olmaksızın baştan itibaren asıl işveren işçisi olduğu, işçinin feshe bağlı haklarını değil asıl işverenden eksik ödenen ücret ve diğer haklarını alabileceği sonucuna varılmaktadır (Süzek, 2008, 163. Bu konuda ayrıca bkz. Y9HD, 23.9.2004, 4405/19882, Legal, 6, 2005, 784-786, karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Engin, Değerlendirme 2004, 2 vd).

¹⁰⁹ Süzek, 2008, 155. Arıcı, 497. Uçum, 22. Taşkent, 365. Aynı yazar, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Ünsal, 540. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 21. Ekonomi, Alt İşveren, 90. Engin, Üçlü İş, 19-20. Aynı yazar, Değerlendirme 2004, 4. Akyiğit, Şerh, C.1, 108. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 30. Mollamahmutoğlu, 181. Başbuğ, İşveren Vekili, 25. Aydın, Alt İşveren, 239. Çankaya/Çil, 2009, 29. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 74. Şen/Naneci, 36. Çelik’e göre anılan hükmü lafzı bu yoruma müsait olsa da, çalışmayı sürdürmenin her hal ve koşulda hak kısıtlamasına yol açtığı kabul edildiği ve bunun önlenmesinin amaçlandığı da söylenebilecektir (Çelik, 2010, 53. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 9).

¹¹⁰ Doktrinde Engin de bu görüşte olmakla birlikte, söz konusu hükmün muvazaanın varlığı konusunda kesin karene teşkil ettiğini de belirtmektedir. Buna göre işçinin sadece “alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlandığı” olgusunu göstermesi yeterlidir; ayrıca muvazaanın varlığını ispatlamasına gerek yoktur (Ekmekçi, Üçlü İş, 12. Aynı yönde krş. Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Çelik, Koşullar, 89).

¹¹¹ Süzek, 2008, 155. Ünsal, 540. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 74. Akyiğit, Şerh, C.1, 108. Aydın, Alt İşveren, 239. Çankaya/Çil, 2009, 29. Şen/Naneci, 36. Engin’e göre anılan hüküm, İK 6’da yer alan “işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinde iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla yeni işverene geçeceğine” ilişkin hükümle aynı temel ilkeye dayanmaktadır (Ekmekçi, Üçlü İş, 12).

belirli bir düzeyde olan işçilerin alt işverene verilmesi görüntüsü altında daha düşük çalışma koşullarıyla çalıştırılarak hak kaybına uğramalarının önlenmesidir¹¹²⁻¹¹³.

Söz konusu hükmün amacının daha önce asıl işveren nezdinde çalışmış olan işçinin sonradan alt işveren yanında çalışmasının tamamen yasaklanması olmadığı, sadece haklarının sınırlandırılmasının engellendiği görüşünde olan bazı yazarlara göre, bu hüküm aynı zamanda aksi kanıtlanabilen adi yasal karine niteliğindedir¹¹⁴. Zira hükmün devamında yer alan “aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek...” ifadesi maddede sayılan haller ile genel olarak muvazaa arasında ilişki kurulmuştur. Bu ifadede yer alan “aksi halde ve genel olarak” ibaresi birbirinden bağımsız değil, birlikte ele alınarak yorumlandığında anılan hükmün adi yasal karine olma özelliği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda *haklarında kısıtlanma olmasına rağmen*, alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığı ispat edilebilir ve muvazaa karinesi çürütülebilir¹¹⁵. Benzer görüşteki yazarlardan birine göre, asıl işveren işçisinin alt işveren işçisi olarak çalıştırıldığı hallerde, somut olayın özelliğine göre öncelikle ilişkide muvazaa olup olmadığı incelenmeli ve işçilerin haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığı bu konuda göz önünde bulundurulması gereken kriterlerden biri olarak ele alınmalıdır¹¹⁶. O

¹¹² Sözek, 2008, 155. Arıcı, 497- 498. Taşkent, 365. Aynı yazar, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Alpagut, Yeni Yapılanma, 20. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 74. Aydın, Alt İşveren, 239.

¹¹³ İkinci bölümde de değinildiği gibi, alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Doktrinde, bu durumun bir sonucunun işverene –örneğin alt işveren ilişkisi kurarak veya işçileri acentalara devrederek- istihdam birimini (çalışma ilişkilerini) yeniden şekillendirmek yoluyla sosyal sorumluluklarından kaçma imkanı vermek olduğu belirtilmektedir. Nitekim böyle bir durumda artık söz konusu işçilerin işverenleri değiştiğinden, aynı işyerinde birlikte çalıştıkları meslektaşlarına tanınan haklar temelinde kendilerine eşit muamele yapılmasını talep edememektedirler. (Fredman, 315-317, Bkz. İkinci Bölüm, § 2, I, 4). Kanımıza göre bu durum, “*Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanamayacağı*”na ilişkin hükmün gerekçesini ortaya çıkarmaktadır. Yasa koyucu yaptığı düzenlemeyle bu yöndeki eylemlere kesin bir set çekmek istemiştir.

¹¹⁴ Sözek, 2008, 157. Şahlanan, Panel, İNTES, 50. Aydın, Alt İşveren, 239. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 75. Günay, Alt İşveren, 28. Mollamahmutoğlu, 180.

¹¹⁵ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 75. Sözek, 2008, 157. Aydın, Alt İşveren, 239.

¹¹⁶ Şahlanan, Panel, İNTES, 50-51. Ayan, 524. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 74. Aydın’ya göre de, alt işverenin asıl işverenin işçisini çalıştırmasını değerlendirirken her olayın özelliğini muvazaa olup olmadığı yönünden ayrı ayrı ele almak gerekir. Buna göre asıl işverenin hukuka uygun olarak işten çıkardığı bir işçinin, alt işveren işçisi olarak tekrar asıl işverenin işyerinde çalışmaya başlaması tek başına muvazaalı bir durum oluşturmaz (Aydın, Alt İşveren, 228). Ayan’a göre eğer, asıl işverenin işten çıkarılmış gibi gözüken işçileri daha düşük ücretle ve belirli bir zaman geçmeksizin alt işveren işçisi olarak işlerine devam ediyorsa kanunda getirilen sınırlamaya aykırı bir durum ortaya çıkacaktır¹¹⁶. Yine, işçinin asıl işverenin işçisi iken aldığı ücrette veya sosyal haklarında ciddi bir düşüş söz konusuysa kanuna aykırılıktan söz edilebilir (Ayan, 524).

halde salt haklarda kısıtlanma olgusu, muvazaa iddiasının peşinen kabul edilmesini gerektirmemelidir¹¹⁷.

aaa) Kısıtlanamayacak Haklar

İşçinin alt işveren ilişkisi kurularak kısıtlanamayacak haklarının, bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan hakları da kapsayan geniş bir anlama sahip olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹¹⁸. Bireysel iş hukuku kapsamında işçilerin kısıtlanamayacak hakları her şeyden önce işçilerin ücretleri¹¹⁹ ve prim, ikramiye vb. ücret ekleridir¹²⁰. İşçinin çalışma saatlerinin artması, yıllık izin süresinin düşürülmesi gibi uygulamalar da¹²¹ yine bir hak kısıtlamasıdır. Ayrıca sosyal haklar da bu kapsamda değerlendirilebilir¹²². Diğer yandan, işçinin iş güvencesinden yararlanma hakkını ortadan kaldırmak¹²³ ya da işyerinde işyeri hekimi çalıştırma zorunluluğundan kurtulabilmek için işyerinin alt işverenlere bölünmesi gibi uygulamaların da hükmün kapsamı içinde olduğu belirtilmektedir¹²⁴.

Öte yandan işçinin toplu iş hukukundan kaynaklanan haklarının sınırlanması da hükmün kapsamındadır. Buna göre sendika üyeliği, toplu iş sözleşmesinden

¹¹⁷ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 74.

¹¹⁸ Güzel, Alt İşveren, 57. Aydın, Alt İşveren, 230. Özveri, 397. Akyiğit, Şerh, C.1, 108. Şen/Naneci, 36.

¹¹⁹ Süzek, 2008, 155. Uçum, 22. Akyiğit, Şerh, C.1, 108. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 30. Çankaya/Çil, 2009, 29. Ekonomi, Alt İşveren, 90. Mollamahmutoğlu, 181. Aydın, Alt İşveren, 230.

¹²⁰ Akyiğit, Şerh, C.1, 108-109. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 31-32. Aydın, Alt İşveren, 230.

¹²¹ Akyiğit, Şerh, C.1, 108. Mollamahmutoğlu'na göre de işçinin kıdemine ilişkin haklarında bir kayıp bu kapsamda değerlendirilecektir (Mollamahmutoğlu, 181).

¹²² Uçum, 22. Benzer şekilde Eyrenci de, asıl işveren işçilerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakları gibi haklarının kısıtlanamayacağını belirtmiştir (Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 21).

¹²³ Bir görüşe göre “işçinin asıl işverenin gerçek işçisi olarak çalıştığı sırada işin bir kısmının usulüne uygun olarak alt işverene bırakılması sebebiyle bundan böyle alt işveren işçisi olarak çalışması halinde, 30 işçi sayısı bakımından işçinin önceki işvereni olan asıl işverende çalışan işçi sayısı önemsiz olsa da, 6 aylık kıdem bakımından işçinin asıl işverenin gerçek işçisi olarak çalıştığı sürenin de dikkate alınması gerekir” (Çankaya/Çil, 2009, 65). Kanımıza göre burada böyle bir olayın “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz” (İK 2/7) hükmü açısından da değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 6 aylık kıdem hesabında sonradan alt işveren işçisi konumuna gelmiş işçinin asıl işveren nezdindeki çalışmalarının da dikkate alınması için, ya alt işveren ilişkisinin işyerinin bir bölümünün devrinin yoluyla gerçekleşmiş olması ya da olayda iş sözleşmesinin devrinin söz konusu olması gerekirdi. Bu olasılıkların haricinde –yeni bir iş ilişkisi söz konusu olacağından- 6 aylık kıdem hesabında işçinin, alt işveren yanında çalışmaya başladığı tarih dikkate alınmalıdır (Bkz. Süzek, 2008, 497-498). Öte yandan, söz konusu işçinin alt işveren işyerindeki işçi sayısının “30 sayısının” altında olması sebebiyle iş güvencesi kapsamı dışında kalması bir “hak kısıtlaması” olacaktır.

¹²⁴ Özveri, 397.

yararlanma gibi imkanlarının sınırlandırılması bu çerçevede yer almaktadır¹²⁵. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre toplu sözleşme düzeninin olduğu bir yerde toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde -asıl işveren işçilerine aynı ücret ve sosyal hakları verilse bile- bu işçiler hiçbir koşulda alt işveren tarafından işe alınamaz¹²⁶. Çünkü toplu iş hukukundan kaynaklanan haklar, sadece ücret ve sosyal haklarla sınırlı değildir. Böyle bir işyerinde alt işveren uygulamasının yapılması için toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesi gerekir¹²⁷. Diğer yandan, işyerinde 5-10 alt işveren yaratılarak sendikanın örgütlenmesinin olanaksızlaştırılması da işçinin toplu iş hukukundan doğan haklarının kısıtlanması anlamına geleceğinden işçinin hakları kavramı içerisinde düşünülmelidir¹²⁸.

Haklarda kısıtlanma anlamını taşıdığı kabul edilen bir diğer durum, 6772 sayılı Kanununun 1. maddesinde belirtilen işyerleri açısından ilave tediye hakkı olan bir işçinin alt işveren yanında çalışmaya başlayarak bu hakkından yoksun kalmasıdır¹²⁹. Ayrıca doktrinde bir görüşe göre, sosyal güvenlikle doğan işçilik haklarını da bu kapsamda değerlendirmek gerekir¹³⁰.

Alt işveren nezdinde çalışmaya başlayan işçinin bazı hakları kısıtlanırken bazı hakları kısıtlanmıyor, artıyorsa ve bu şekilde bir dengelenme durumu oluşuyorsa anılan hükme aykırılıktan söz edilebilecek midir? Örneğin işçinin çalışma saatleri artırılmasına rağmen ücretinin de artırılması söz konusu olabilir veya çıplak ücreti düşmüştür fakat fazladan ikramiye vb. haklar sağlanmıştır. Doktrinde isabetli olarak, bu gibi olguların her olayda hakim tarafından ayrı ayrı incelenmesi gerektiği belirtilmiştir¹³¹.

¹²⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 108-109. Çankaya/Çil, 2009, 29. Aydın, Alt İşveren, 230. Şen/Naneci, 36. Akyiğit ayrıca ceza hukuku bakımından, sendikal hakların kullanımının engellenmesinin TCK 118 uyarınca suç sayılıp hapis cezasını gerektirdiğini vurgulamaktadır (Akyiğit, Şerh, C.1, 109. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 32).

¹²⁶ Uçum, 22.

¹²⁷ Uçum, 22.

¹²⁸ Özveri, 397. Bu durumda örneğin her bir makinenin bir alt işverene verilmesi gibi bir uygulama -görünürde alt işveren olarak gösterilen kişiler, asıl işverenin işyerinde daha önce çalışmış olan kişiler olmasa bile- asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanması anlamına geleceğinden incelediğimiz hükmün kapsamında değerlendirilebilecektir.

¹²⁹ Çankaya/Çil, 2009, 29. Yargıtay'ın bu yönde kararı için bkz. Y9HD, 2.4.2007, 35368/8918, Çankaya/Çil, 2009, 186-187.

¹³⁰ Aydın, Alt İşveren, 230.

¹³¹ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 6.

Öte yandan bir görüşe göre, hakların kısıtlanması konusunda dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, yapılan işin niteliğinin değişip değişmemesidir¹³². Buna göre eğer işçinin yaptığı iş farklılaşmışsa, doğrudan ücretinin düşmesine bakılarak alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğu sonucuna varılmamalıdır.

Bir görüşe göre işçilerin hak kaybına uğrayıp uğramadıkları, sadece işçinin alt işverene devri sırasında doğmuş olan hakları açısından değil, asıl işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmiş olsalardı gerçekleşecek hakları açısından da değerlendirilmelidir¹³³. Örneğin işçi asıl işverenin yanında çalışmaya devam etseydi yıl içinde hak kazanacağı ikramiyeler veya yapılmakta olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının önüne geçilip geçilmediği de dikkate alınmalıdır¹³⁴. Buna karşılık bu görüşteki bazı yazarlara göre, doğabilecek hak kavramı geniş tutulmamalı ve belirsiz bir sonuca bağlı olmamalıdır¹³⁵. Bu görüşteki diğer bir yazar ise, *kısa sayılabilecek bir süre içinde* asıl işveren işçilerine fazladan hak sağlayan bir durumun anılan hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹³⁶. Diğer bir görüşe göre ise bu konuda önem taşıyan husus, işçinin mevcut haklarında bir kısıtlanma olmamasıdır¹³⁷.

bbb) Hükümü Esnekletiren Yaklaşımlar

aaaa) “Çalışmaya Devam Ettirilme” Kavramına Verilen Anlam

Söz konusu hükümü esnekletiren yaklaşımlardan biri, “...çalışmaya devam ettirilme...” kavramına verilen anlamdır. Bazı yazarlara göre anılan maddede düzenlenen husus, *zincirde bir kopukluk olmaksızın (kesinti olmaksızın)* alt işveren tarafından *çalıştırılmaya devam edilen işçilerdir*¹³⁸. Buna göre emekli olmuş,

¹³² Aydın, Alt İşveren, 230.

¹³³ Süzek, 2008, 155. Çankaya/Çil, 2009, 29. Mollamahmutoğlu, 181.

¹³⁴ Süzek, 2008, 155.

¹³⁵ Çankaya/Çil, 2009, 29. Bununla birlikte aynı yazarlar, söz konusu işçinin asıl işverene ait işyerinde çalışmaya devam etseydi hak kazanabileceği başarı primini, işçinin ileride doğabilecek hakları kavramına örnek vermektedir (Çankaya/Çil, 2009, 29). Kanımıza göre başarı primi, ileride kazanılıp kazanılmayacağı işçinin başarısına bağlı olan ve bu bağlamda da belirsizlik taşıyan bir niteliktedir.

¹³⁶ Mollamahmutoğlu, 181.

¹³⁷ Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44.

¹³⁸ Şahlanan, Konferans Notları, 72. Aynı yazar, Panel, İNTES, 50. Şen, Yeni İş Yasasında, 91. Benzer yönde bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 90-91. Çankaya/Çil, 2009, 31. Şahlanan, örneğin iş sözleşmesinin feshinden 10 gün sonra taşeronda çalışmaya başlama durumunun zincirde kopukluk anlamına gelir gelmediğinin olayın özelliğine göre hakim tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (Şahlanan, Konferans Notları, 72). Aydın’ya göre, zincirde bir kesinti olmaksızın çalışmaya devam eden işçileri doğrudan yasak kapsamına sokmak kadar, araya belirli bir zaman

ayrılmış, iş akdi feshedilmiş bir işçinin –muvazaa söz konusu olmaksızın- sonradan alt işveren işçisi olarak çalıştırılabilmesine bir engel bulunmamaktadır¹³⁹. Sonuç itibariyle yazara göre daha önce asıl işveren nezdinde çalışmış olmak ilişkiyi otomatik olarak muvazaalı duruma getirmez; adi yasal karine olarak kabul edilebilecek söz konusu hükmün muvazaanın bir belirtisi olarak hakim tarafından değerlendirilmesi gerekir¹⁴⁰.

Bu görüşteki başka yazarlara göre de, yasa koyucunun anılan hükmü koymaktaki esas amacı, kağıt üzerinde asıl işveren tarafından işten çıkarılan ve alt işveren tarafından işe alınan işçilerin haklarının korunmasıdır¹⁴¹. Nitekim hükümde yer alan “çalıştırılmaya devam ettirilmek suretiyle” ifadesi asıl işveren yanında çalışan işçinin bu işten ayrılması ile alt işveren yanında çalışmaya başlaması arasında önemli bir zaman aralığının olmaması gerektiğinin göstergesidir. Bu sebeple, örneğin 6 ay kadar önce asıl işverenin yanında çalışırken sözleşmesi geçerli ya da haklı nedenle feshedilmiş işçinin alt işveren tarafından işe alınmasında sırf çalışma koşullarında aleyhe değişiklik iddiasından hareket edilmemelidir¹⁴². Özellikle, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedilmiş işçi hakkında işe iade kararı verilmiş ve alt işveren bunun üzerine işçiyi işe almışsa söz konusu hükmü dayanak yapan muvazaa iddiasına şüphe ile yaklaşmak gerekir¹⁴³.

Diğer bir yazara göre de, asıl işveren yanında bir süre çalışıp ayrılmasının ardından “tesadüfen azımsanamayacak bir süre sonra” alt işveren yanında daha düşük koşullarla çalışmaya başlama durumunda yasak ve geçersizlik gündeme

girdikten sonra alt işveren nezdinde çalışan işçilerin doğrudan yasak kapsamı dışında olduğunu kabul etmek de yanlıştır. Çünkü çalışma hayatından kaynaklanan zorunluluklar nedeniyle bir işçinin fiilen çalışması kesilmeden aynı veya daha iyi şartlarla alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmesi mümkün olduğu gibi, yasanın “çalıştırılmaya devam ettirme” ifadesini dolanmak için bir ay sonra daha düşük koşullarda çalıştırılma olasılığı bulunmaktadır (Aydınlı, Alt İşveren, 229).

¹³⁹ Şahlanan, Konferans Notları, 72. Aynı yazar, Panel, İNTES, 50. Şen, Yeni İş Yasasında, 91. Ekonomi’ye göre de örneğin, asıl işverenin işyerinde makine, araç ve gereçlerin bakımı ve onarımı işini üstlenip kendi işçilerini bu işte çalıştırmakta iken, asıl işverenin daha önce işten çıkardığı deneyimli işçilerden ikisini başvuruları üzerine işe aldığı ve kendi ücret ve çalışma şartlarına göre istihdam ettiğinde İK 2/7 hükmüne bir aykırılık söz konusu olmaz (Ekonomi, Alt İşveren, 90- 91).

¹⁴⁰ Şahlanan, Panel, İNTES, 50.

¹⁴¹ Mollamahmutoğlu, 180-181. Aynı yazar, Bazı Yenilikler, 6. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 74.

¹⁴² Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 74. Mollamahmutoğlu, 180-181. Öğretide Günay da geçerli nedenle işten çıkarılmış bir işçinin alt işveren tarafından işe alınmasının veya çok kalifiye bir asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından işe alınmasının doğrudan muvazaa olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir (Günay, Alt İşveren, 28).

¹⁴³ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 74-75.

gelmeyecektir¹⁴⁴. Nitekim başka bir yazara göre de hükümde “daha önce” işyerinde çalışmış olan işçilerin, işten ayrıldıktan uzunca bir süre sonra muvazaa yaratmayacak şekilde gerçek bir alt işveren tarafından işe alınarak tekrar çalıştırılmalarını engelleyen bir anlam bulunmamaktadır¹⁴⁵. Zira yasada, asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi durumunda bunun genel olarak muvazaaya dayandığı sonucuna varılacağı belirtilmek suretiyle özel (muvazaa oluşturmayan) hallerinde söz konusu olabileceğini belirtmiştir¹⁴⁶.

Öte yandan doktrinde belirtildiği üzere, asıl işveren işçilerinin “çalışmaya devam ettirilme” durumu, asıl işveren işçisinin iş akdinin sona erdirilip hemen ardından alt işveren tarafından işe alınmayla gerçekleşebileceği gibi, iş sözleşmelerinin devri yoluyla da olabilir¹⁴⁷. Kanımıza göre çalıştırılmaya devam ettirilme “işyerinin bir bölümünün devri” yoluyla da gerçekleşebilir. Bu konudaki açıklamalarımız birinci bölümde yer aldığından burada sadece ilgili yere atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁴⁸.

bbbb) Az Sayıda İşçinin Çalışmaya Devam Ettirilmesi

Hükümün mutlak bir yasak getirmediği görüşündeki bir yazara göre, anılan hüküm çok katı yorumlanmamalıdır¹⁴⁹. Zira katı yorumlamak, hükümün alt işverenliğin değil muvazaalı işlemlerin önlenmesi olan amacına aykırı olacaktır. Bu sebeple olayın özelliğine göre muvazaanın söz konusu edilemeyeceği hallerde, *büyük çoğunluğun alt işverenin işçisi olması koşuluyla*, ihtiyaç nedeniyle asıl işverenin

¹⁴⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 108. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 31. Ayan’a göre de, asıl işverenin işten çıkardığı işçiler daha sonraki bir tarihte alt işverenin işçisi olarak çalışmaya başlamışlarsa, işçilerin ücret ve diğer haklarında önemli bir değişiklik olmamışsa ve olayda muvazaayı kanıtlayan başka bir emare de bulunmamaktaysa artık söz konusu sınırlamanın uygulanmaması gerekir (Ayan, 524).

¹⁴⁵ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 22. Şahlanan, Konferans Notları, 72.

¹⁴⁶ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 22. Soyer’e göre ayrıca, anılan yasak işçilerin asıl işverene bağlı olarak çalıştıkları süre için geçerlidir. Bu husus “asıl işveren işçilerinin” alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi ifadesinden de anlaşılmaktadır (Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 22). Akyiğit’e göre de alt işverenliğin kurulduğu, asıl işverenden işin alındığı anda bu işçilerin asıl işverenin işçisi sıfatını taşımaları gerekir (Akyiğit, Şerh, C.1, 108. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 30).

¹⁴⁷ Ekonomi, Alt İşveren, 90. Asıl işveren işçilerinin “iş sözleşmelerinin devri” veya “işyerinin bir bölümünün devri” yoluyla alt işverene devri durumunda iş sözleşmeleri aynen devam edeceğinden ve işçinin kıdeme bağlı hakları açısından da asıl işveren yanında çalışmaya başlama anına göre işlem yapmak gerekeceğinden “haklarda kısıtlanma olmaması” kuralının gerçekleştiğinden söz edilebilecektir.

¹⁴⁸ Bkz. Birinci Bölüm, §4, I.

¹⁴⁹ Süzek, 2008, 155.

sadece az sayıda işçisinin alt işveren yanında çalıştırılmasının sonucu olumsuz etkilememesi gerekir¹⁵⁰.

Yüksek mahkeme de verdiği bir kararda, işçilerin büyük çoğunluğunun alt işveren işçisi olması ve asıl işverenin sadece birkaç işçisinin alt işveren tarafından işe alınması durumunda, bu az sayıdaki işçinin haklarının kısıtlanmasının muvazaa olarak değerlendirilemeyeceği ve sonuca etkili olmayacağı sonucuna varmıştır¹⁵¹.

bb) Mutlak Yasak Görüşü

Doktrinde bir görüşe göre, anılan hükümde hiçbir istisna tanımamak suretiyle kesin bir yasak getirilmiştir¹⁵². Buna göre maddede “aksi halde...” denilerek cümleye devam edilmiş olması, olayda bir muvazaa olup olmadığı üzerinde durulmaksızın asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınması durumunda alt işveren işçilerinin asıl işveren işçisi olarak kabul edileceğini ortaya koymaktadır¹⁵³⁻¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Süzek, 2008, 155. Çankaya/Çil’e göre örneğin yüzlerce işçi çalıştıran ve usulüne uygun alt işverenlik ilişkisi kurmuş bir alt işverenin bu ilişkinin kurulmasından sonra asıl işverenin önceki bir işçisini haklarını kısıtlamak suretiyle işe alması durumunda bütün alt işverenlik ilişkisinin bundan etkilenmemesi gerekir. Bu durumda sadece hakları kısıtlanan işçinin alt işveren ilişkisi dışında kalması ve diğer işçiler açısından söz konusu ilişkinin devam ettiği sonucuna varılabilir. Bununla birlikte yazarlar yasal düzenlemenin bu yoruma “çok da elverişli olmadığını” da eklemektedirler (Çankaya/Çil, 2009, 31). Krş. Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 6. Kanımıza göre tek bir işçi için ortaya çıkan hukuka aykırılıktan dolayı tüm ilişkinin bütün işçiler açısından sonuç doğuracak şekilde geçersiz sayılması kabul edilmemelidir.

¹⁵¹ “...Belirtmek gerekir ki, büyük çoğunluğu kendi işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumu işlemi muvazaalı hale getirmemelidir. Bu durumda, işe alınan az sayıdaki asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanmış olmasının da sonuca etkili olmayacağı düşünülmelidir. Bu nedenle öncelikle, dava dışı firma tarafından davalıya ait üstlendiği işte çalıştırdığı işçilerin kaç tanesinin kendi kadrosundan olduğu, kaç tanesinin de daha önce bu işte çalıştırılan asıl işveren işçisi olduğu belirlenmeli ve sonuca göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı saptanmalıdır...” (Y9HD, 15.5.2006, 11741/14066, ÇT, 12, 2007/1, 318 vd). Doktrinde Süzek, anılan kararı isabetli bulmaktadır (Bkz. Süzek, 2008, 156).

¹⁵² Ekmekçi, Tasarı, 67. Aynı yazar, Dava Süreci, 133-134. Şen, Yeni İş Yasasında, 91. Aynı yönde krş. Güzel, Alt İşveren, 56-57, 61. Aynı yazar, Değerlendirme 2005, 15. Şahlanan, Konferans Notları, 72. Aynı yazar, Yeni İş Kanunu, 34. Aynı yazar, Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler, 83. Arslanoğlu, 124. Kaplan’a göre kanunda düzenlenen bu özel durumların varlığı durumunda artık muvazaalı işlemin tespiti için genel hüküm niteliğindeki BK 18 hükmünün şartlarının aranmaması gerekir (Kaplan, 233).

¹⁵³ Ekmekçi, Tasarı, 67. Aynı yazar, Dava Süreci, 133-134. Şen, Yeni İş Yasasında, 91. Güzel, Alt İşveren, 61. Aynı yazar, Değerlendirme 2005, 15. Doktrinde Çelik’e göre de, söz konusu sınırlamalara aykırılık durumunda, bu aykırılığın ispatı maddi vakıaların ispatından ibaret kalacak ve asıl işveren ile alt işverenin üçüncü kişileri aldatmak şeklinde bir anlaşma yaparak muvazaalı işlemde bulunduklarının işçinin ispat etmesi gibi bir yükümlülük işçiye yükletilemeyecektir (Çelik, Koşullar, 89).

¹⁵⁴ Arslanoğlu’na göre kanunda, asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından işe alınması doğrudan doğruya hakların kısıtlanması şeklinde kabul edilmiş, ayrıca hakların korunup korunmadığı üzerinde durulmamıştır. Buna karşılık maddede önemli olan husus, *asıl işverenin işçisi olma sıfatı devam eden* işçinin alt işveren tarafından işe alınmak suretiyle haklarının kısıtlanmasının önlenmesidir. Buna

Oysa daha önce asıl işveren nezdinde çalışmış bir işçinin sonradan alt işverene bağlı olarak muvazaa yaratmayacak şekilde çalışması ihtimali mevcuttur¹⁵⁵. Nitekim bu görüşteki bazı yazarlara göre, işçinin salt o işyerinde çalıştığı için alt işverende çalışmasının engellenmesi isabetsizdir ve Anayasa'nın 48. maddesine uygunluğu tartışılır niteliktedir¹⁵⁶.

Diğer bir yazara göre de “karine görüşü” ilk planda amaca uygun görünmekle birlikte, özellikle kıdeme bağlı haklarda hemen her durumda bir kısıtlanmadan söz edilebilecektir¹⁵⁷. Gerçekten de alt işveren yanında çalışmaya başlama yeni bir ilişkisi ve kıdem ortaya çıkaracağından işçinin iş güvencesinden yararlanma, ihbar önellere, yıllık ücretli izin hakkı gibi hakları açısından (ve ayrıca toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından işyerindeki sayıya dahil olmaması bakımından) mutlaka bir hak kaybı söz konusu olacaktır¹⁵⁸. Dolayısıyla yasağın bir karine olduğu kabul edilse bile uygulamada aksinin ispatı güç olup, tek başına bir ölçüt olarak kabulü yerinde değildir. Yazar ayrıca anılan hükmü amaca uygunluk açısından da eleştirmektedir¹⁵⁹. Kanuna uygun olarak “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin” alt işverene verilmesi üzerine ihtiyaç duyulmayan mevcut işgücünün İK 18’e göre çıkarılması gündeme gelecek, iyi niyetli asıl işveren alt işverenin bu işçileri işe almaması için –muvazaa iddiasının ileri sürülebilme ihtimalinin yüksekliği karşısında- tedbir alma gereği duyabilmektedir. Bu durumda bu

karşılık *daha önce asıl işveren işçisi olmaktan çıkan* işçinin alt işveren tarafından işe alınmasında kanuna aykırılık bulunmamaktadır. Ancak işçi, alt işverenliğin kurulmasından kısa bir süre önce asıl işveren işçisi olmaktan çıkarılmışsa muvazaa kuşkusu gündeme gelebilir (Arslanoğlu, 125).

¹⁵⁵ Ekmekçi, Dava Süreci, 134. Çankaya/Çil, 2009, 30. Ekmekçi’ye göre anılan hüküm yerine, alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığının belirlenmesi halinde, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacağına düzenlenmesi yeterli olurdu (Ekmekçi, Dava Süreci, 134. Benzer yönde Şahlanan, Panel, İNTES, 65).

¹⁵⁶ Ekmekçi, Tasarı, 67. Şen, Yeni İş Yasasında, 91. Ünsal’a göre de hükmün bu şekilde yorumlanması çalışma özgürlüğünün ihlali anlamına gelecektir (Ünsal, 540). Doktrinde Güzel ise anılan hükmün genel bir uygulama alanı bulacağı görüşüne katılmakla birlikte, çalışma özgürlüğüne aykırı olduğu yönünde bir görüş ileri sürmemiştir (Güzel, Alt İşveren, 57).

¹⁵⁷ Alpagut, Yeni Yapılanma, 20. Benzer yönde bkz. Çelik, 2010, 53. Güzel’e göre de kısıtlanamayacak haklar kavramı, bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan hakları kapsayacak şekilde geniş bir anlama sahip olduğundan, anılan yorum biçimi genel bir uygulama alanı bulacaktır (Güzel, Alt İşveren, 57).

¹⁵⁸ Yazara göre işçinin kreş hakkından yararlanma imkanının ortadan kalkması bile bir hak kısıtlaması olarak değerlendirilebilir (Alpagut, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 63).

¹⁵⁹ Alpagut, Yeni Yapılanma, 20.

işçiler açısından sistemin öngördüğü tek seçenek başka bir işyerinde çalışmaktır ki, bu durumun çalışma ve sözleşme hürriyeti karşısında geçerliliği tartışmalıdır¹⁶⁰.

Bu görüşteki diğer bir yazara göre de anılan hükmün lafzı, asıl işveren işçilerinin hak kısıtlaması olmaması şartıyla alt işveren tarafından çalıştırılmaya devam ettirilebileceği yorumuna elverişli olsa da, hükmün amacının toplu sözleşme düzeninin parçalanmasını da önleme olduğu dikkate alındığında bireysel hak kayıplarının ortaya çıkmadığı durumlarda bile somut olayın özelliğine göre bu tür bir ilişkinin muvazaalı sayılabileceği görüşü daha isabetli görünmektedir¹⁶¹.

Söz konusu hükmün mutlak bir çalıştırma yasağı getirdiği görüşünde olan yazarlardan birine göre, İş Kanunundaki işyeri devrine ilişkin hüküm ile alt işverene ilişkin anılan hükmün birlikte uygulanması bir çözümsüzlük ortaya çıkarmaktadır¹⁶². Zira bu görüşe göre işyerinin bir bölümünün devri, işyerinin kısmen devri niteliğindedir. Bu durumda yasa bir yandan işyerinin kısmen devrine bağlı olarak iş sözleşmelerinin feshini yasaklamakta, diğer yandan bu kısımda çalışan işçilerin alt işveren işçisi olarak çalışmalarına izin vermemektedir. Bu sorunun çözümü olarak doktrinde, alt işverenlerce üstlenilen işlerde işyerinin bir bölümünün devrinden söz edilemeyeceği sonucuna varılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶³. Buna karşılık söz konusu hükmün mutlak yasak getirmediği, sadece hakların kısıtlanmasını engellediği görüşünde olan bir yazar ise söz konusu hükmün, “devir halinde iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla yeni işverene geçeceği” hükmünü getiren İK 6 ile aynı temel ilkeye dayandığını dolayısıyla bir çelişki olmadığını ileri sürmüştür¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Alpogut, Yeni Yapılanma, 21. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 63. Nitekim yazara göre olayda geçerli bir fesihden söz edilebiliyorsa, işçi istediği yerde istediği koşullarda çalışabilmelidir (Alpogut, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 63). Doktrinde Çelik, İş Hukuku Dersleri kitabının 2003 baskısında, söz konusu düzenlemenin iş güvencesi kurallarına tabi işyerlerinde geçerli sebeple işten çıkarılan işçinin alt işverence işe alınmasını önleyeceğini, bu durumun işçinin çalışma özgürlüğünü zedeleyici nitelikte olduğunu, (bu sebeple de) anılan kuralın iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında kalan işyerleri için değer taşıdığının söylenebileceğini ancak bu işyerlerinde de bu yoldaki her uygulamanın muvazaalı olduğunun kabul edemeyeceğini belirterek düzenlemeyi eleştirmiştir (Çelik, 2003, 49)

¹⁶¹ Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 22.

¹⁶² Ekmekçi, Tasarı, 88.

¹⁶³ Çelik, 2010, 53. Güzel, Alt İşveren, 57-58. Çelik daha önceki görüşünde, söz konusu soruna çözüm olarak, işyerinin kısmi devri ile birlikte kurulan alt işveren ilişkilerinde asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınamayacağı biçimindeki 2. madde hükmünün uygulanmayacağı, bu kuralın kısmi devir dışındaki işler için geçerli, sayılacağını ileri sürmekteydi (Çelik, 2003, 50, Aynı yönde Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 21).

¹⁶⁴ Engin, Üçlü İş, 19 vd. Aynı yönde Yenisey, 248- 249. Akyigit'e göre ayrıca, işyerinin kısmen devrinin “iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu” gerçekleşmesi durumunda devrin sonuçlarıyla ilgili sözleşmelerin devralana geçişi, sorumluluk gibi genel kurallar (İK 6/1-5)

Yüksek mahkeme verdiği bazı kararlarda, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanması durumunu diğer olgularla birlikte değerlendirerek muvazaa ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağı sonucuna ulaşırken¹⁶⁵, bazı kararlarda salt bu olguyu esas alarak muvazaa sonucuna varmıştır¹⁶⁶.

cc)Görüşümüz

Kanımıza göre anılan hüküm, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak “haklarının kısıtlanması” olgusuna “muvazaaya ilişkin” sonucu bağlamaktadır. Diğer bir deyişle burada bu durumun muvazaa oluşturup oluşturmamasıyla ilgilenilmeyerek¹⁶⁷ hakların kısıtlanmasına mutlak bir yasak getirilmiştir. Hükümde öngörülen sonucun engellenebilmesi için, alt işveren nezdinde çalışmaya devam eden (asıl işveren) işçisinin *haklarında bir kısıtlanmanın gerçekleşmemiş olması* gerekir. Buna göre, mahkemenin “haklarda kısıtlanma” olgusunu tespit ettiğinde “muvazaa sayılma” sonucunu uygulaması gerekecektir. Nitekim hükümde açık bir biçimde “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz...” ifadesi kullanılarak cümle tamamlanmış ve bu ifadenin yer aldığı cümleyi takip eden

uygulanmayacağından, İK 2/7 hükmüne bir aykırılıktan yine söz edilemez (Akyiğit, Şerh, C.1, 108. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 31).

¹⁶⁵ Y9HD, 11.7.2005, 18822/24469, Çankaya/Çil, 65-66. Y9HD, 12.12.2005, 36137/39139, Çankaya/Çil, 2009, 237-238. (Son anılan iki kararda asıl işin “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektirme” koşulu bulunmaksızın verildiğinden alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğu olgusu da karara dayanak yapılmıştır. Bu kararlara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Güzel, Değerlendirme 2005, 16). Y9HD, 6.3.2006, 36851/5432, www. hukukturk.com. Y9HD, 10.4.2007, 6094/10224, ÇT, 15, 2007/4, 284-288. Y9HD, 20.11.2006, 9504/10664, Aydınli, Alt İşveren, 227-228, dn.44.

¹⁶⁶ Y9HD, 19.6.2006, 15067/17766, www.hukukturk.com. Y9HD, 25.6.2007, 20641/20075, Aydınli, Alt İşveren, 228, dn.45. Diğer bir olayda işveren, işyerinde bir sendikanın yetki alması üzerine asıl işi bölerek alt işverene vermiş ve işçi alt işveren işçisi olarak çalışmaya devam etmiştir. Yerel mahkeme ve Yargıtay “davacının davalı asıl işveren işçisi iken alt işveren tarafından işe alınarak aynı işte çalıştırıldığı, bu durumun İş Kanunu’nun 2/7 hükmüne aykırı olduğu” sonucuna varmıştır. Görüldüğü gibi, kararda “hakların kısıtlanması” olgusundan hiç bahsedilmemiştir. Ancak kararda değinilmese de imzalanacak toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkının ortadan kalkması bir hak kısıtlanması olarak görülmüş olabilir. Esasen olaydaki diğer tüm olgular da muvazaayı göstermektedir (Y9HD, 16.4.2007, 9474/10635, ÇT, 2007/4, 15, 277-280).

¹⁶⁷ Nitekim söz konusu olgu, bazı durumlarda muvazaanın koşullarını da taşıyabilir. Gerçekten de yukarıda da belirtildiği gibi muvazaadan söz edebilmek için üçüncü kişileri *aldatmak için* yapılmış “görünürdeki işlem” ve görünürdeki işlemin taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceğini belirleyen “muvazaa anlaşması”nın bulunması gerekir. Bu doğrultuda üçüncü kişileri aldatmak amacıyla bir kişinin görünürde alt işveren tayin edilerek işçilerin onun işçileri gibi gösterilerek haklarının kısıtlanması olabileceği gibi, bu durum herhangi bir aldatma kastı olmaksızın da gerçekleşebilir.

cümlede “aksi halde...” denilerek bu durumun yaptırımı muvazaalı sayılmanın yaptırımıyla aynı şekilde belirlenmiştir. Aynı cümlede yer alan “ve genel olarak” ifadesi ise, buradaki sınırlamalar dışında kalan durumlarla ilgilidir.

Öte yandan “hakların kısıtlanması” olgusu aslında çok geniş bir içeriğe sahiptir. Buna göre doktrinde belirtildiği gibi, özellikle kıdeme bağlı haklarda çoğunlukla bir kısıtlanmadan söz edilebilecektir¹⁶⁸. Gerçekten de alt işveren yanında çalışmaya başlama –işyerinin bir bölümünün devri veya iş sözleşmesinin devri dışında- yeni bir ilişkisi ve kıdem ortaya çıkaracağından işçinin iş güvencesinden yararlanma, ihbar önelleri, yıllık ücretli izin hakkı gibi hakları açısından (ve ayrıca toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından işyerindeki sayıya dahil olmaması bakımından) mutlaka bir hak kaybı söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda belirtildiği gibi, “kreş hakkından yararlanma” imkanının ortadan kalkması dahi bir hak kaybı olarak nitelendirilebilecektir¹⁶⁹. Yine de somut uyumsuzluğun özelliğine göre, işçinin haklarında bir azalmanın gerçekleşmediği kanıtlanabiliyorsa söz konusu yasağa aykırılıktan söz edilmemelidir.

Olması gereken hukuk açısından ise, bu kadar geniş bir kapsamdaki “hak kısıtlanması” olgusuna doğrudan ve kesin bir biçimde “muvazaa kabul edilme” sonucunun bağlanması uygun görülemez. Bu durumun, anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırılık taşıyacağı açıktır. Bu sebeple olması gereken hukuk açısından “yasal karine” görüşünün kabul edilmesi ve yasada bu yorumu yapmaya imkan sağlayacak bir ifadenin kullanılması amaca daha uygun olacaktır.

Öte yandan mevcut düzenleme, “çalıştırmaya devam ettirilme” olgusunu, - yasayı dolanma durumu olmadıkça- aynı işyerinde zincirde bir kopukluk olmaksızın (kesinti olmaksızın) alt işveren tarafından çalıştırılmaya devam edilen işçilerle¹⁷⁰ sınırlı olarak ele almayı mümkün kılmaktadır. Bu doğrultuda, asıl işveren işçisinin alt

¹⁶⁸ Alpagut, Yeni Yapılanma, 20. Benzer yönde bkz. Çelik, 2010, 53. Güzel’e göre de kısıtlanamayacak haklar kavramı, bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan hakları kapsayacak şekilde geniş bir anlama sahip olduğundan, anılan yorum biçimi genel bir uygulama alanı bulacaktır (Güzel, Alt İşveren, 57).

¹⁶⁹ Alpagut, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 63

¹⁷⁰ Şahlanan, Konferans Notları, 72. Aynı yazar, Panel, İNTES, 50. Şen, Yeni İş Yasasında, 91. Benzer yönde bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 90-91. Çankaya/Çil, 2009, 31. Şahlanan, örneğin iş sözleşmesinin feshinden 10 gün sonra taşeronda çalışmaya başlama durumunun zincirde kopukluk anlamına gelir gelmediğinin olayın özelliğine göre hakim tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (Şahlanan, Konferans Notları, 72).

işverenin tamamen farklı bir işyerinde çalışmaya başlaması da yasak kapsamında düşünülmemelidir.

b)Hükme İlişkin Diğer Sorunlar

Bir görüşe göre alt işverenin işi başka bir alt işverene, onun da başka bir alt işverene vermesi durumunda, ikinci veya üçüncü alt işverenler birinci (esas) asıl işverenin çıkardığı işçileri maddede öngörülen sınırlama olmaksızın çalıştırabileceklerdir¹⁷¹. Örneğin A, işi B alt işverene vermiş, o da C alt işverene veriyse C, A'nın bir işçisini işe alıp söz konusu sınırlama olmadan çalıştırabilecektir. Buna göre belirtilen sınırlama, her bir işi veren ile işi alan arasında geçerli olur; bir sonraki ilişkiyi etkilemez.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre söz konusu kural, “aynı ilişki zinciri içinde yer alan tüm işverenleri kapsamaktadır”¹⁷². Aksi halde, anılan hükmün amacına aykırı olarak işçileri haklarının kısıtlanmasının yolu açılmış olacaktır.

Bu konuda üçüncü bir yaklaşım, konuyu ikili bir ayrımla ele almaktadır¹⁷³. Buna göre, burada sınırlamanın amacı doğrultusunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer kurulan (ikinci) alt işveren ilişkisinin amacı, sırf kanundaki sınırlamaları kaldırmak olup muvazaalı ise sınırlamayı bu ilişkiye de uygulamak gerekir. Ancak eğer ikinci alt işveren ilişkisi muvazaalı değilse, kanundaki sınırlamaların A ve C işvereni arasında uygulanmayacağı sonucuna varılmalıdır¹⁷⁴.

Kanımıza göre bu konuda önemli olan, söz konusu kuralın aralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisi olan tüm kişiler arasında uygulanmasıdır. Buna göre ortaya çıkabilecek ilk olasılık, A'nın önce alt işveren B'ye, sonra alt işveren C'ye, sonradan da D'ye söz konusu işi vermesidir. Bu durumda B, C ve D alt işverenleri A'nın işçilerini haklarını kısıtlayarak devralamaz. Ancak C veya D alt işverenleri, B alt işverenin işçilerini –işyeri devri veya iş sözleşmesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla- söz konusu sınırlamaya tabi olmadan devralabilirler. Nitekim bu olasılıkta B, C ve D alt işverenleri arasında alt işveren ilişkisi söz konusu değildir.

¹⁷¹ Ekmekçi, Tasarı, 134. Z. Baydur, aynı toplantı, 133-134. Çelik, 2010, 47, 53, dn.31.

¹⁷² Güzel, Alt İşveren, 56. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 22. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 74. Aydın, Alt İşveren, 233. Soyer' e göre bu sonuç, yasanın sözüne olmasa da amacına daha uygundur (Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 22). Bu görüşün yasanın lafzına uygun olduğu yönünde bkz. Ayan, 527-528.

¹⁷³ Ayan, 528.

¹⁷⁴ Ayan, 528.

Bu konuda diğerk bir olasılık, A'nın işi B alt işverenine verdikten sonra B alt işverenininde işin bir bölümünü C'ye vermesidir. Bu durumda bizim görüşümüze göre gerek A ve B, gerek B ve C, gerekse de A ile C arasında alt işveren ilişkisinden söz edilebileceğinden sınırlama bütün bu işverenler arasında uygulanmalıdır.

Konuyla ilgili diğerk bir olasılık ise, A'nın söz konusu işi B'ye, B'nin ise işin tamamını C alt işverenine vermesidir. Kanımıza göre bu durumda alt işveren ilişkisi B ve C arasında değil, A ve C arasında kurulmuş olur. Nitekim işin tamamını devreden (alt) işveren, o işte işveren sıfatını kaybetmiş olur. Bu sebeple bize göre böyle bir olasılıkta söz konusu sınırlama B ve C arasında değil, aralarında alt işveren ilişkisi kurulmuş olan A ve C arasında uygulanmalıdır.

Öte yandan söz konusu sınırlama, asıl işveren işçilerinin alt işveren nezdinde “işçi sıfatıyla” çalıştırılmalarına ilişkindir. Buna göre asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından ödünç alınarak çalıştırılması yasaklanmış veya sınırlanmış değildir¹⁷⁵. Yazara göre bu durum yardımcı işlerde tereddütsüz mümkün iken, asıl işin bir bölümünde verilen alt işverenlikte tereddüt uyandırmaktadır. Zira “işletmenin ve işin gereği ile uzmanlık gerektirme” koşulu ile verilmesi gereken asıl işlerde, asıl işveren o konuda uzman işçiye sahip olduğuna göre neden alt işverene verdiği konusunda kuşkular uyandırmaktadır¹⁷⁶.

3. Asıl İşin Bölünmesine İlişkin Sınırlama

a)Genel Olarak

İK 2/7 son cümle hükmüne göre “...İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez”. Bu yönde bir ifadeye ayrıca alt işveren ilişkisinin tanımının yapıldığı İK 2/6 hükmünde rastlanmaktadır¹⁷⁷. Gerçekten de anılan hükümde “...asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...” diğerk işverenden söz edilmektedir. Bu hükmün yalnızca asıl işlerde geçerli olduğuna, kavramın bütün olarak mı ayrı ayrı mı ele alınacağı gibi hususlara

¹⁷⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 109. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 31.

¹⁷⁶ Akyiğit, Şerh, C.1, 109. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 31.

¹⁷⁷ Arıcı'ya göre söz konusu hükmün tanımın dışında ayrıca tekrar edilmiş olması, bu konunun altının özellikle çizilmek ve konuya dikkat çekilmek istenmesinden kaynaklanmıştır (Arıcı, 498).

ilişkin ayrıntılı bilgi 1. bölümde irdelenmekle birlikte¹⁷⁸ burada sadece konunun muvazaa ile ilişkisine değinilecektir.

Esasen söz konusu düzenleme, uygulamada yaygın olarak görülen diğer bir muvazaalı durumun yasa metnine alınmasından ibarettir. Gerçekten de asıl işin aynı bölümünde çalışan işçilerin bir kısmının asıl işverenin, bir kısmının ise muvazaalı olarak alt işveren işçisi olarak gösterilmesi uygulamalarına sıklıkla rastlanmaktadır¹⁷⁹. Böyle bir durumda asıl işveren işçileri daha iyi ücret ve çalışma koşullarında çalışırken veya toplu iş sözleşmesinden yararlanırken, aynı işi yapan fakat alt işveren işçisi olarak gösterilen kişiler söz konusu haklardan mahrum kalmaktadırlar¹⁸⁰. İşte anılan hüküm asıl işin bölünmesinin ancak, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” gerçekleştirebileceğini düzenlemektedir¹⁸¹.

Bir görüşe göre, İK 2/7 hükmünde sayılan diğer muvazaalı hallerden farklı olarak, “işletmenin ve işin gereği ile uzmanlık gerektiren işler” dışında bir işin alt işverene bırakılması durumunda muvazaanın varlığı *çürütülemez nitelikte mutlak bir karine* oluşturur¹⁸². Diğer bir deyişle burada olayın muvazaa olup olmaması üzerinde

¹⁷⁸ Bkz. Birinci Bölüm, § 3, III, 1.

¹⁷⁹ Gerçekten de işçilerin aynı işte, hatta aynı üretim bandında bazıları asıl işverenin bazıları görünürde alt işverenin işçisi olarak çalıştırılmaları, bir fabrika içindeki tezgahların, bir lokantadaki masaların ayrı ayrı alt işverenlere verilmesi gibi uygulamalar yaygın niteliktedir (Süzek, Alt İşveren, 45. Aynı yazar, 2008, 158. Çelik, 2010, 55. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 10. Arıcı, 499. Güzel, Alt İşveren, 60. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 76. Günay, Alt İşveren, 26). 1475 sayılı kanun döneminde bu durum Yargıtay kararlarıyla önlenmeye çalışılmıştır.

¹⁸⁰ Süzek, 2008, 158. Aynı yazar, Alt İşveren, 45. Anılan hüküm bilim komisyonu tarafından hazırlanan İş Kanunu Tasarısı metninde yer almamaktaydı. Tasarının TBMM’ne sunulan ilk metni ise “...İşin gereği ve teknolojik nedenler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. Aksi durumlarda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren alt işverenin işçisi sayılırlar” şeklindeydi (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:22, Yasama Yılı 1, 44-47. Birleşim, S.Sayı:73, C:7, 173). Süzek’e göre anılan hüküm bilim komisyonu metninde yer alması da kanunda yer alması sakıncalı olmamıştır (Süzek, Alt İşveren, 45). Arıcı’ya göre de bu hüküm, muvazaalı alt işveren ilişkisi kurulmasını önemli ölçüde engelleyecek ve bir muvazaanın varlığının ispatını kolaylaştıracaktır (Arıcı, 500).

¹⁸¹ Kanun koyucunun amacı kanunun gerekçesinde yer almaktadır “... Yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren- alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür” (4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, Yayın No:293, 80. Arıcı, 499). Arıcı bu gerekçeyi tatmin edici bulmamakla birlikte, bu bendin kanuna girişinin meclis görüşmeleri sırasında işçi kamuoyunun baskısıyla verilen önerge ile gerçekleştiğine dikkat çekmektedir (Arıcı, 499, dn.24). Hükümün değişiklik teklifi gerekçesinde “...Diğer yandan, alt işveren (taşeron) uygulamasının istismarının önlenmesine ilişkin sınırlamalar getirilmiştir” ifadesi yer almıştır (Güzel, Alt İşveren, 61’den naklen). Değişiklik önergesi ile ilgili diğer ayrıntılar için bkz. Güzel, Alt İşveren, 60-61.

¹⁸² Mollamahmutoğlu, 180. Engin, Üçlü İş, 12. Şen/Naneci, 37. Mollamahmutoğlu’na göre anılan hüküm dışındaki diğer tüm haller, aksi ispatlanabilir adi karine hükmünde iken (Mollamahmutoğlu, 180), Engin’e göre İK 2/7 de sayılan -anılan hüküm de dahil- tüm haller muvazaanın varlığı konusunda kesin karine teşkil etmektedir (Engin, Üçlü İş, 12). Engin’e göre sadece söz konusu

durulmayarak mutlak bir yasak getirilmiştir. Kanımıza göre de burada muvazaa olgusu ile ilgilenilmeyerek mutlak bir yasak öngörülmüştür. Bu yasağın bir yaptırımının bulunup bulunmadığı konusu aşağıda ele alınacak olmakla birlikte, burada konuya ilişkin farklı sorunlara değinilecektir.

Konuya ilişkin sorunlardan biri, işverenin yönetim hakkına dayanarak iş organizasyonunun “bölümlerini” belirleyip belirleyemeyeceğidir. Doktrinde bir görüşe göre, İK 2/7, son cümle hükmünden işverenin mal veya hizmet üretimi sürecini de esas alarak oluşturacağı iş organizasyonunda bölümleri belirleme serbestisinin kısıtlandığı şeklinde bir anlam çıkarılamaz¹⁸³. Buna göre “işveren asıl işin bölümlerini, asıl işin alt işverene verilmesinde şartlara göre belirleme gibi kısıtlayıcı bir düzene göre iş organizasyonunu kurmakla yükümlü değildir; işveren asıl işin bölümlerini belirlediğinde ve bunlardan birini alt işverene verilmesini planladığında “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden” olması şartlarının gerçekleşmesini dikkate almak zorundadır”¹⁸⁴. Kanımıza göre de işveren, iş organizasyonunun bölümlerini belirleme yetkisine kural olarak sahip olmakla birlikte, bu yetkisini işyerinde “yapay bölümler” oluşturarak –söz gelimi bir restoranda her masayı farklı bölüm ilan etmesi şeklinde- kullanması İK 2/7’de öngörülen yaptırımla karşılaşmasına yol açacaktır.

b)Asıl İşveren İşçileri ve Alt İşveren İşçilerinin Aynı Bölümde Çalışmaları

aa) Asıl İşveren İşçileri ve Alt İşveren İşçilerinin Aynı Bölümde Çalışamayacakları Görüşü

Bir görüşe göre anılan hükümde yer alan “asıl işin bölünememesi”nin anlamı, aynı işin içerisinde bir kısım işçilerin alt işverenin işçisi, bazılarının da asıl işverenin

olgunun varlığının gösterilmesi yeterli olup ayrıca muvazaanın ispat edilmesi gerekmemektedir (Engin, Üçlü İş, 12).

¹⁸³ Ekonomi, Değerlendirme 2007, 19.

¹⁸⁴ Ekonomi, Değerlendirme 2007, 19-20. Ekonomi’ye göre, “işveren asıl işin, yönetim işleri veya yardımcı işlerin bölüm ayrımlarında işletme, işyeri ve işin gereklerine göre değişiklik yapabilir, yeni bölümler oluşturabilir veya yeni gelişmelere göre bir bölümü birden fazla bölüme ayırabilir ya da birkaç bölümü birleştirebilir. Bütün bu hallerde işyerinin asıl işin kapsamına giren bir bölümü alt işverene vermek isteğinde, İş Kanunu m.6/2’de aranan özel şartları dikkate almak ve uygulamakla yükümlüdür” (Ekonomi, Değerlendirme 2007, 20).

işçisi olarak çalıştırılmamasıdır¹⁸⁵⁻¹⁸⁶. Gerçekten de doktrinde baskın görüşe göre, asıl işin bir bölümü bölünüp başka bir işverene verildiğinde o bölümde asıl işverenin işçilerinin çalışması mümkün değildir; diğer bir deyişle o işin bütün olarak verilmesi gerekir¹⁸⁷⁻¹⁸⁸. Nitekim kanunun gerekçesine göre “...bir işyerinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin ‘bir bölümünde’ iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkan vermediği konusunun göz önünde tutulmasıdır...”¹⁸⁹.

Buna göre bu ifadenin anlatmak istediği husus, kanunda geçen “asıl işin bir bölümünde iş alınması” ifadesinin aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı şeklinde anlaşılması gerektiğidir. O halde gerekçeye göre asıl işin

¹⁸⁵ Şahlanan, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 65. Aynı yazar, Panel, İNTES, 49. Aynı yazar, Konferans Notları, 71. Aynı yazar, Genel Hükümler, 27. Arıcı, 506-507. Aktay/Arıcı/Kaplan, 70. Alpagut, Yeni Yapılanma, 21. Çelik, 2010, 55. Güzel, Alt İşveren, 50. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 21. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 46. Taşkent, 365. Özveri, 393. Şen, Yeni İş Yasasında, 89. Ayan, 510. Özcan, 104. Şahlanan’a göre aynı işin birden fazla taşeron işverenlerine yaptırılması ve yan yana çalışan kişilerin farklı alt işveren işçileri gibi gösterilmeleri de hükümde yasaklanan olgulardandır (Şahlanan, Panel, İNTES, 49. Benzer yönde Yüksel, 50). Şen’e göre de, yasa hükmünde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, alt işverene verdiği işin bir bölümünde kendi işçilerini çalıştıran işverene karşı muvazaa davası açılabilir (Şen, Yeni İş Yasasında, 90).

¹⁸⁶ Buna karşılık aynı işi yapan kişilerin bazılarının işçi, bazılarının memur statüsünde olması konusunda hukukumuzda bir düzenleme yer almaması ve eleştirisi konusunda bkz. Centel, Alt İşveren, 60.

¹⁸⁷ Güzel, Alt İşveren, 50, 61. Taşkent, 365. Aynı yazar, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Özveri, 393. Alpagut, Yeni Yapılanma, 21. Ünsal, 540. Ayan, 510. Arıcı, 506-507. Akyiğit, Şerh, C.1, 97, 98. Yenisey, Değerlendirme 2006, 21. Şahlanan, Genel Hükümler, 27. Aynı yazar, Panel, İNTES, 49. Çelik, 2010, 55. Ekonomi, Alt İşveren, 35, 82. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 15. Aktay/Arıcı/Kaplan, 70. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 21. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 46. Tunçomağ/Centel, 60. Şen, Yeni İş Yasasında, 89. Günay, Şerh, 125-126. Yargıtay’ın bu yönde bir kararı için bkz. Y9HD, 27.3.2006, 4860/7479, Legal, 2006, S.11, 1024-1026, kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 20, 21, 23. Yargıtay’ın bu yönde bir diğer kararı için bkz. Y9HD, 17.1.2006, 37074/348, Çankaya/Çil, 2006, 28. Kararı isabetli bulan görüşü için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 41. Ayrıca bkz. Y9HD, 12.12.2005, 36137/39139, Çankaya/Çil, 2009, 237-238 ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 30. Bu yönde diğer kararlar için bkz. Y9HD, 26.6.2006, 15117/18653, ÇT, 12, 2007/1, 299-301. Y9HD, 14.5.2007, 3132/14914, ÇT, 15, 2007/4, 240-243. Y9HD, 12.2.2007, 32217/3258, Çankaya/Çil, 2009, 194-195. Y9HD, 9.11.2005, 30958/35533, Çankaya/Çil, 2009, 242. Y9HD, 10.4.2008, 12851/8003, ÇT, 2008/3, 212-215. Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Çankaya/Çil, 2009, 262-263 (ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Güzel, Değerlendirme 2005, 16). Söz konusu kuralların kamu kurumları için de geçerli olduğu yönünde bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 91.

¹⁸⁸ Bu görüşün sonucu olarak, alt işverenin işveren sıfatı alt işverenle aralarındaki sözleşmeye göre kısmen devrettiği işin tamamında (yani geri kalan kısmında) işçi çalıştırıyor olmasından kaynaklanmalıdır (Mollamahmutoğlu, 167). Benzer yönde Yüksel, 49. Mollamahmutoğlu, görüşünü “asıl işveren yardımcı yahut da asıl işin bir bölümünden kendi işçilerini çekerken işi tamamen alt işverene ve onun işçilerine bırakmaktadır” sözleriyle ifade etmektedir (Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 4).

¹⁸⁹ 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, 79. Bu gerekçe, Bilim Komisyonunca hazırlanan taslağın ilgili madde gerekçesi ile (m.1) aynıdır (Akyiğit, Şerh, C.1, 97, dn.179. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 15).

bölünerek bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine olanak bulunmamaktadır¹⁹⁰. Başka bir yazara göre de bu gerekçe karşısında, asıl işin bir kısmında teknolojik gerekler vs. sebeplerle alt işverenlik ilişkisi kurulmuş olsa bile, bu bölümde artık asıl işveren işçisinin çalıştırılması mümkün olamayacaktır¹⁹¹. Örneğin, bir işyerinde iki ayrı kısımda iki döküm ocağı bulunmaktaysa ve işveren bu ocaklardan sadece birinde alt işverenlik ilişkisi kuramaz; yine, bir hastanede iki farklı radyoloji ünitesi varsa, ünitelerden sadece birisinin alt işverene devri kanuna aykırılık taşıyacaktır. Başka bir yazara göre de bu kural, bir yorumdan ziyade hükmün gerekçesinin açıklanmasından ibarettir¹⁹².

Bu görüşteki diğer bir yazar hükmün gerekçesinin yanı sıra, kanunda yer alan asıl işin bir bölümünün ancak işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle “uzmanlık gerektiren işlerde” alt işverene verilebileceği hükmünü de görüşüne dayanak yapmaktadır¹⁹³. Buna göre asıl işverenin elinde bu işi yapabilecek uzman işçiler var ise, bu işin uzmanlık nedeniyle verildiğinden söz edilemez. O halde “asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakıldığı hallerde” artık bu işte asıl işveren işçilerinin çalıştırılmamasının uygun düşeceği sonucuna varılmalıdır. Aksi halde söz konusu işçileri sözde alt işverenin değil, asıl işverenin işçileri saymak gerekir. Öte yandan anılan yazara göre asıl işveren elemanlarının işin gidişatına ilişkin kontrol ve denetlemede bulunmaları bu yasak kapsamında değerlendirilmemelidir¹⁹⁴.

Benzer görüşteki bir diğer yazara göre de, hükmün gerekçesinden asıl işin bir bölümü alt işverene verildiğinde o bölümde “asıl işveren işçilerinin hiç çalışmaması gerektiği” sonucu çıkarılamaz¹⁹⁵. Gerçekten de yazara göre “işyerinde asıl işin bir bölümü alt işverene verildiğinde asıl işveren o bölümde üretimin diğer bölümlerle

¹⁹⁰ Güzel, Alt İşveren, 50.

¹⁹¹ Arıcı, 507. Arıcı’ya göre bu sonuç, asıl işin bölünerek devredilmesi şartının da bir gereğidir. Ayrıca, devredilen iş ile devredilmeyen kısım aynı nitelikte ve aynı ortamda ifa edilmekteyse bu tür uygulamalarda da muvazaa iddiaları ciddi bir nitelik kazanır. Nitekim asıl iş bölünerek alt işverene verildiğinde alt işverenin yaptığı işi asıl işveren de yapmaya devam ediyorsa ve her iki işverenin ürettiği mal ve hizmet arasında herhangi bir fark yoksa asıl işin bölünerek verilmesinde “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun varlığından söz edilmesi güçleşecektir (Arıcı, 505-506).

¹⁹² Güzel, Alt İşveren, 50. Ünsal söz konusu sonuca, “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanmaz” hükmünden ulaşmaktadır (Ünsal, 540). Kanımıza göre bu hüküm, söz konusu sonucu çıkarmaya elverişli değildir.

¹⁹³ Akyiğit, Şerh, C.1, 97. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 16. Özcan, tersanelerde kurulan taşeron ilişkilerinin neredeyse tamamında, asıl işveren işçilerinin de çalıştırıldığını sadece bu durumun bile muvazaa olgusunu ortaya koymak açısından yeterli olması gerektiği belirtmektedir (Özcan, 104).

¹⁹⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 97. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 16.

¹⁹⁵ Ekonomi, Alt İşveren, 35.

ilişkisini, işin akışını ve koordinasyonunu gerçekleştirmek üzere işin niteliğine uygun sayıda işçi çalıştırabilir”¹⁹⁶. Zira bir işyerinde üretim süreci bir bütün oluşturur ve bölümler arasında hiçbir bağlantı olmaksızın sonuca gidilmesi mümkün değildir.

Bir görüşe göre “asıl işveren işçileri ve alt işveren işçilerinin aynı bölümde çalışamayacakları” kuralı sadece asıl işler için geçerlidir; yardımcı işler için geçerli değildir. Buna göre örneğin işyerinin yemek işinde veya güvenlik işinde¹⁹⁷ asıl işveren işçileri ile alt işveren işçilerinin bir arada çalışmaları mümkündür¹⁹⁸.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, bu kuralı yardımcı işler için de aramak gerekir¹⁹⁹. Çünkü yasa koyucunun amacı, aynı işi yapan işçilerin bazılarının asıl işveren işçileri, bazılarının alt işveren işçileri olmasının işçiler arasında yaratacağı huzursuzluğu önlemektir. Zira 1475 sayılı kanun döneminde aynı işi yapan işçilerin bir bölümünün asıl işverenin işçisi olarak sendikalaştığı ve toplu iş sözleşmesinden yararlandığı, diğer işçilerin ise sadece asgari ücretle çalışan alt işveren işçileri olduğu ve bu durumun çeşitli hukuki ve sosyal sorunlara yol açtığı görülmüştür²⁰⁰.

¹⁹⁶ Ekonomi, Alt İşveren, 35. Aynı yazar, Değerlendirme 2007, 15. Aynı yönde, Günay, Yeni İstihdam Biçimleri, 113. Aynı şekilde Şahlanan da, işin denetim ve kontrolü gibi amaçlarla asıl işverenin işçisinin o işte çalıştırılabileceğini belirtmektedir (Şahlanan, Panel, İNTES, 50). Ekonomi’ye göre ayrıca, mevsim dolayısıyla artan talebi karşılamak üzere de –sadece mevsim şartlarının devamı süresince- örneğin yolcu taşımacılığı yapan bir işveren belirli hatların (Bodrum, Marmaris) taşımacılığını alt işverene verebilir. Ancak böyle bir zorunluluk olmaksızın, esas faaliyeti taşıma işi olan işveren bu işin yürütümünde bir kısım taşıma işlerini kendisi, bir kısmını da alt işverene vermek suretiyle bir iş organizasyonu oluşturursa asıl işin bir bölümü veya bölümleri bütün olarak verilmediğinden İK 2/6’ya aykırılık olur ve alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılırlar (Ekonomi, Alt İşveren, 30. Bu yönde bir karar için bkz. Y9HD, 12.12.2005, 36137/39139, Çankaya/Çil, 2009, 237-238 ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, 30). Ekonomi, “taşıma işi” konusunda gerçekleşebilecek diğer olasılıkları şu şekilde ortaya koymaktadır: Bir işveren, çalıştırdığı işçilerin işe götürülüp getirilmesi için bir taşıma sözleşmesi yaptığında, diğer şartların da varlığı halinde bir alt işveren ilişkisi doğar. Ancak işveren, işçilerinin taşıma işini bizzat gerçekleştirmek üzere diğer bir şirketten iki yıllığına sadece otobüs kiraladığında, kira sözleşmesi süresince otobüsler kiralayan işverenin işyerinden sayılır ve bir alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz. Öte yandan asıl işi taşıma olan bir şirket, diğer bir şirketten üç aylık süre için sekiz otobüs kiralarsa, kira süresince otobüsler işveren şirketin işyerinden sayılır ve kendi işçileriyle taşıma işini yürütebilir (Ekonomi, Alt İşveren, 30-31).

¹⁹⁷ Ekonomi’nin bu duruma verdiği bir örneğe göre, bir şirket merkezinde yönetim kurulu üyelerinin, genel müdürün odasının bulunduğu koridorlarda işin hassasiyeti dolayısıyla kendi işçisi olan güvenlik işçisi, diğer yerlerde alt işveren işçisi çalıştırılmasına bir engel yoktur (Ekonomi, Değerlendirme 2007, 15).

¹⁹⁸ Ekonomi, Değerlendirme 2007, 15. Akyiğit’e göre yasada bu sonucu engelleyecek hiçbir ifade bulunmamaktadır (Akyiğit, Şerh, C.1, 98. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 16).

¹⁹⁹ Şen, Yeni İş Yasasında, 89. Doktrinde Mollamahmutoğlu da söz konusu kuralı, “işçilerin sadece o işyerinde çalıştırılmaları” koşulu bağlamında alt işveren kavramının varlığı için zorunlu bulmakta ve asıl iş-yardımcı iş ayrımı yapmaksızın alt işverene verilen işte asıl işveren işçilerinin de çalışmasının mümkün olmadığını belirtmektedir (Mollamahmutoğlu, 174).

²⁰⁰ Şen, Yeni İş Yasasında, 89-90.

Doktrinde bir yazar “asıl işveren işçileri ve alt işveren işçilerinin aynı bölümde çalışamayacakları” kuralını asıl iş sürecinin *bir bütün oluşturup oluşturmamasına göre* ele almaktadır. Buna göre asıl iş süreç olarak bir bütün ise, bunun bölünerek asıl işveren ve alt işçileri arasında paylaşılması söz konusu olamaz²⁰¹. Buna göre aynı işi yapan örneğin garson olarak çalışan 20 kişi varsa, bunun 10’u alt işverenin 30’u asıl işverenin işçisi olması şeklinde bir bölünme mümkün değildir. Buna karşılık üretim süreci belli aşamalardan (bölümlerden) geçiyorsa, örneğin iplik boyama ünitesi varsa boyamadan sonra dokumaya geçiyorsa yani işyerinde belli süreçler varsa süreçlerin taşeronla verilmesinde bir engel bulunmamaktadır²⁰². Öte yandan bir görüşe göre, asıl iş sadece tek bir süreçten ibaretse ve üretim bütünlüğü bozulmadan bölünemiyorsa alt işveren ilişkisi kurulamaz²⁰³. Buna göre yasanın amacı, işyerinin asıl/genel üretim bütünlüğünü bozmadan, bağımsız yürütülebilecek birimlerinde alt işverenlere iş verilip geri kalanında asıl işverenin üretimi sürdürebilmesidir²⁰⁴. Aksi takdirde asıl işin az çok bağımsız yürütülebilir süreçlere ayrılamamasına rağmen, bu bölünmenin keyfi olarak yapılması alt işverenlik ilişkisi oluşturmaz²⁰⁵. Bu görüş doğrultusunda asıl işin bir bölümü, “*üretim sürecinde yer alan ve ayrıldığında bağımsız bir şekilde işlevini sürdürebilen birim*”dir²⁰⁶.

Bu görüşe esas itibarıyla katılan diğer bir yazar, konuya başka bir örnekle farklı bir şekilde yaklaşmaktadır²⁰⁷. Buna göre eğer olayın özelliğine göre *teknik*

²⁰¹ Şahlanan, Konferans Notları, 71. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 65. Aynı yazar, Panel, İNTES, 50. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, örneğin paketleme işi asıl işin doğal bir uzantısı olduğundan, diğer bir deyişle paketleme olmadan asıl işin tamamlanması mümkün olmadığından söz gelimi çimento fabrikasını kuran işverenin bu işi kendi teknolojisiyle yapabiliyor olması gerekir. Ancak somut olaya göre işverenin kendi uzmanı ve teknolojisi olmayan bir işte ayrı bir yatırım yapması, teknoloji getirmesi kendisine çok büyük bir maliyet getirecekse, bu işin alt işverene verilmesi mümkün olabilir (Güzel, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 75).

²⁰² Şahlanan, Konferans Notları, 71. Aynı yazar, Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, 65. Aynı yazar, Panel, İNTES, 50.

²⁰³ Şahlanan, Konferans Notları, 71, 97. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 71. Akyiğit, Şerh, C.1, 93. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 8. Şafak, 116-117.

²⁰⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 93. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 8.

²⁰⁵ Şahlanan, Konferans Notları, 71, 97. Akyiğit, Şerh, C.1, 93. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 8.

²⁰⁶ Akyiğit, Şerh, C.1, 95. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 8. Akyiğit’e göre burada “bağımsız” ifadesi ile kastedilen husus, asıl işin bölünebilirliği ve ayrı bir işverence yürütülebilirliğidir. Yoksa asıl işten tamamen bağımsız ve ilgisiz bir işin asıl işin bir bölümü olması zaten düşünülemez. Bu anlamda asıl işin bir bölümü olmak asıl iş ile zorunlu bir ilgiyi gerektirir (Akyiğit, Alt İşverenlik, 9).

²⁰⁷ Ekonomi, Alt İşveren, 36-37. Nitekim Ekonomi de kural olarak, bir lokantada yemek üretimi yapılan mutfak bölümü yanında müşteriye servisin yapıldığı işyeri bölümü de bulunduğunu; iki ayrı bölümden oluşan böyle bir işyeri organizasyonunda işverenin müşteriye hizmet vermeye açık

amacın gerçekleştirilmesine ve işletmecilik esaslarına uygun bir bölünme söz konusuysa ve işçi haklarını engellemeye yönelik bir girişimden de söz edilemiyorsa örneğin bir lokantada iki ayrı servis organizasyonu oluşturulması mümkündür. Sözgelimi bir lokantada hem Türk hem de Japon yemekleri pişirilmek ve müşteriye servis edilmek üzere bir organizasyona gidildiğinde, sadece Türk yemeklerinde uzmanlığı bulunan işveren, Japon yemeklerinin pişirilmesi ve müşteri önünde hazırlanarak ikram edilmesini bir Japon restoranları zincirine vererek iki bölümlü bir organizasyon kurabilir. Ayrıca işyerinin yemek servisi yapılan kısmında 40 masada Türk yemekleri ve ayrı bir bölümde 20 masada Japon yemekleri servisi yapılacak bir organizasyona da gidebilir²⁰⁸. Bu durumda böyle bir organizasyon, “asıl işveren işçileri ve alt işveren işçilerinin aynı bölümde çalışamayacakları” kuralına aykırılık oluşturmaz.

Konuyla ilgili bir hükme Alt İşverenlik Yönetmeliğinde de yer verilmiştir. Buna göre iş müfettişinin muvazaa incelemesinde özellikle göz önünde bulunduracağı hususlar arasında, “alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı” hususu da sayılmıştır (m.12/e). Görüldüğü gibi alt işverene verilen işte asıl işverenin bir işçisinin çalışıp çalışmaması iş müfettişinin inceleyeceği bir muvazaa ölçütü olarak kabul edilmiş, bununla birlikte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenler bu durumdan ayrı tutulmuştur.

bb) Asıl İşveren İşçileri ve Alt İşveren İşçilerinin Aynı Bölümde Çalışabilecekleri Görüşü

Diğer bir görüşe göre ise, kanunda sadece “asıl işin bir bölümünde iş almaktan” söz edilmekte, söz konusu bölümde asıl işverenin kendi işçilerini çalıştırmasının engellenmesine yönelik herhangi bir ipucu bulunmamaktadır²⁰⁹. Diğer yandan “asıl işin bir bölümünde iş almak” ifadesinden böyle bir sonuç çıkarmak veya bu sonuca yorum yoluyla ulaşmak da mümkün değildir. Ayrıca kanunda yasaklanan husus, asıl işveren işçilerinin sonradan alt işveren işçisi olarak çalıştırılmak suretiyle haklarının

bölümünü bölmek suretiyle bir kısmını alt işverene veremeyeceğini belirtmektedir (Ekonomi, Alt İşveren, 36).

²⁰⁸ Ekonomi, Alt İşveren, 36-37.

²⁰⁹ Ekmekçi, Tasarı, 66.

kısıtlanmasıdır, yoksa verilen işte artık asıl işveren işçisinin çalıştırılmayacağı değildir. Yazara göre, “asıl işveren işçileri ve alt işveren işçilerinin aynı bölümde çalışmaları” olgusu sadece muvazaa ölçüsü olabilir²¹⁰.

Diğer bir yazar bu görüşe yakın bir şekilde, kanunda yazılı koşul sağlanmadıkça uygulamada görüldüğü gibi asıl işin aynı bölümünde hatta aynı üretim bandında çalışan işçilerin bir kısmının asıl işverenin diğer kısmının *muvazaalı şekilde* alt işverenin işçisi olarak gösterilmelerinin engellendiği görüşündedir²¹¹.

cc)Görüşümüz

Söz konusu hüküm *gereğesiyle birlikte* değerlendirildiğinde gerçekten de yasada yer alan “asıl işin bir bölümünde iş alınması” ifadesinin, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştıramayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Nitekim bir işyerinde aynı işi yapanlar arasında sosyal farklılık bulunması, sosyal uyumu ve barışı engelleyici niteliktedir²¹².

Gerçekten de (asıl) işveren, asıl işinin bir bölümünü işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu doğrultusunda alt işverene verdiğinde bu bölümde –koordinasyon, işin akışının sağlanması gibi durumların haricinde- kendi işçisini de çalıştırmaktaysa anılan koşulun gerçekten bulunup bulunmadığı konusunda ciddi kuşku doğacaktır. Bununla birlikte böyle bir durumda istisnai olarak da olsa, yasaya aykırılığın oluşmaması olasılığı da göz ardı edilmemelidir. Örneğin, teknolojik uzmanlık gereği olarak asıl işin bir bölümünü alt işverene veren bir (asıl) işveren, kendine bağlı söz gelimi beş işçisinin ilgili uzmanlığı öğrenmesi amacıyla belirli bir süre alt işveren işçileriyle birlikte çalışmalarını isteyebilir. Yine asıl işverenin benzer bir amaçla, söz gelimi üç işçisini İK 6’da düzenlenmiş olan geçici iş ilişkisi çerçevesinde alt işverene ödünç vermesinin önünde hukuki bir engel bulunmadığı kanısındayız. Buna göre örneğin, işyerinde uzmanlık gereği olarak Japon yemekleri sunumunu alt işverene veren bir (asıl) işveren, -belirli bir süre sonra söz konusu işi kendisi yürütmek niyetiyle- bazı işçilerinin bu özel sunum yöntemini öğrenmeleri için alt işveren işçileriyle birlikte

²¹⁰ Ekmekçi, Tasarı, 66.

²¹¹ Süzek, 2005, 147.

²¹² Nitekim tarihsel olarak iş hukukunun temel fonksiyonlarından birinin, sosyal uyum için bir temel sağlamak olduğu belirtilmektedir (Supiot, Transformation of Work, 35).

çalışmasını isteyebilir. İşte istisnai de olsa bu gibi olasılıklarda yasaya aykırı bir durumdan veya muvazaadan söz edilmemelidir kanısındayız. Buna karşılık, Alt İşverenlik Yönetmeliğinde iş müfettişinin muvazaa incelemesinde özellikle göz önünde bulunduracağı hususlar arasında, “alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı” hususunun da sayılmış olması (m.12/e) bu yönde bir yorum yapmayı güçleştirmektedir.

IV. Genel Olarak Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Muvazaalı Olması

Alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak gerçekleşebileceği haller, İK 2/7’de sayılanlarla sınırlı olmayıp bu hallerin dışında da alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığı durumlar iddia ve ispat edilebilir²¹³. Nitekim İK 2/7 hükmünde “*ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayanması*” ifadesi kullanılarak muvazaalı durumların maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı vurgulanmıştır²¹⁴. Bu açıdan 1475 sayılı Kanun döneminde ortaya konan Yargıtay içtihatları bugün için de önemini korumaktadır²¹⁵. Öte yandan Yargıtay kararlarında ve doktrinde alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmamasının tespitinde özellikle bazı ölçütlerin üzerinde durulduğu görülmektedir.

1.Yargıtay’ın Belirlediği Muvazaa Ölçütleri

a)Alt İşverenler Değişmesine Rağmen İşçilerin Aynı İş Yapmayı Sürdürmeleri

Uygulamada sıkça görülen muvazaalı durumlardan biri, işyerinde alt işverenler değişmesine rağmen hep aynı kalan işçilerin alt işveren işçisi olarak gösterilmeleridir. Gerçekten de işveren tarafından muvazaalı ihaleler yoluyla arka arkaya farklı alt işverenlere iş verilmesine rağmen, alt işveren işçisi olarak gösterilen kişiler hep aynı kalmakta, iş sözleşmeleri feshedilmeden aynı işyerinde çalışmaya devam etmektedirler²¹⁶. Bu şekilde muvazaalı olarak gerçekleşen alt işveren

²¹³ Süzek, 2008, 158- 159. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 73. Özveri, 397. Alpagut, Yeni Yapılanma, 21. Çelik, Koşullar, 89. Çankaya/Çil, 2009, 32. Günay, Alt İşveren, 28. Ayan, 527. Uçum, 23.

²¹⁴ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 73. Güzel, Alt İşveren, 61.

²¹⁵ Alpagut, Yeni Yapılanma, 21.

²¹⁶ Süzek, 2008, 159. Bu durum asıl işlerde gerçekleşebildiği gibi, yardımcı işlerde de ortaya çıkabilmektedir (Süzek, Alt İşveren, 73).

değişiklikleri doktrinde de isabetli olarak belirtildiği gibi, gerçek bir işveren değişikliği sayılmaz ve işçiler asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler²¹⁷. Buna karşılık, alt işverenler değiştiği halde işçilerin kesintisiz olarak çalışmayı sürdürmeleri durumunun her zaman bir muvazaâ oluşturmadığına daha önce değinilmişti²¹⁸. Buna göre, söz konusu durum bazı hallerde tek başına alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun bir işareti olabileceği gibi, bazı hallerde farklı alt işverenlerin, işyerini tanıyan ve o işte uzmanlaşmış işçiyi istihdam etmeyi tercih etmelerinin veya işyeri bölümü devrinin ya da iş sözleşmesinin devrinin bir sonucu da olabilir²¹⁹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, "...alt işverenler değiştiği halde bir kısım işçilerin yeni alt işveren yanında çalışmalarını yasaklayan yasal düzenleme olmadığı gibi, böyle bir çalışma şeklinden hareketle alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu kabul edilemez..." hükmünü vermiştir²²⁰.

Yüksek mahkeme söz konusu durumu olaydaki diğer olgularla birlikte bir muvazaâ ölçütü olarak değerlendirmektedir²²¹. Bu konudaki bir Yargıtay kararında

²¹⁷ Süzek, 2008, 159-160. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 27, dn.47. Ayan, 526.

²¹⁸ Bkz. İkinci Bölüm, § 5, I.

²¹⁹ Yenisey, Değerlendirme 2006, 29. Çankaya'ya göre, "Önceki alt işveren işçilerinin hizmet akitlerini sona erdirip, alacaklarını tasfiye ettikten sonra işyerini terk etmekte ve yeni alt işveren işyerini işçisiz olarak devralıp, önceki işverenin işçileri ile yasal şartlara uygun yeni bir hizmet akdi yapmaktaysa bundan hareketle alt işverenlik sözleşmesi muvazaalı kabul edilemez. Ancak bir önceki alt işveren işçilerinin hizmet akitlerini sona erdirmeden işyerinden ayrılmış ve işçilerini birlikte götürmemiş, yeni işveren bu işçileri çalıştırmayı sürdürmüştü bu gibi durumlarda muvazaâ iddiaları daha çok gündeme gelebilecektir. Burada tarafların harice karşı aldatıcı durum yaratma amaçları mevcutsa tabii ki muvazaanın varlığı gündeme gelecektir..." (Çankaya, 26).

²²⁰ YHGK, 14.11.2001, 9-711/820, Çankaya/Çil, 2006, 41-47 ve kararın değerlendirmesi için bkz. Süzek, Değerlendirme 2001, 11. Aynı yönde Y9HD, 28.5.2007, 7018/17067, Çankaya/Çil, 2009, 172-173. Yüksek mahkemenin bu yöndeki diğer bir kararına göre "...davacının alt taşeronlar değiştiği halde, davalıya ait işyerinde alt taşeron işçisi olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Davacı tanıkları, taşeron işçilerinin davalı işverenin talimatı ve denetimi altında çalıştırıldıklarını belirtmektedir. Alt-asıl işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının tespiti için bu beyan yeterli değildir. Dava ihbar edilen alt işverenlerle ilgili Ticaret ve SSK Sicil, Vergi Kayıtları getirilmeli, şirketlerin davalı işyeri dışında ihale ile iş alıp almadıkları, ticari faaliyetlerinin kayıt üzerinde kalıp kalmadıkları belirlenmeli, işyerinde keşif yapılmalı, işyeri kayıtları ve davalı ile ihbar edilen şirketler arasındaki sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6- son maddesi kapsamında incelenmeli, bilirkişilerden bu konuları açıklayan ve denetime elverişli olan raporlar alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ve sadece tanık beyanı ile yetinilerek sonuca gidilmesi hatalıdır" (Y9HD, 3.7.2006, 15573/19347, Legal 2007, S.13, 352-353, kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 29). Çankaya'ya göre de, "...yeni alt işverenin bir önceki alt işverenin işçilerini çalıştırmasını önleyen yasal bir düzenleme mevcut değildir. Alt işverenin yeni aldığı işte mutlaka çok önce hizmet akdi kurduğu işçileri çalıştırma zorunluluğu yoktur. ...daha önceki alt işverenin yanında çalışan ve işi bilen işçilerle hizmet akdi kurması iş yaşamına daha uygun düşmektedir..." (Çankaya, 26).

²²¹ Y9HD, 14.5.2007, 3132/14914, ÇT, 15, 2007/4, 24-243. Y9HD, 9.11.2005, 30958/35533, Çankaya/Çil, 2009, 242. Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Süzek, Değerlendirme 2001, 12 vd. Y9HD, 29.1.2007, 309/1006, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 34 vd. Y9HD, 13.10.2008, 32916/26551, Legal, 21, 419-421. Yargıtay'ın bir kararına göre, "...kısa sürelerle taşeron olarak görünen kişi

belirtildiği gibi, "...Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre, uzun süreden beri aynı işyerinde çalışan işçiler, müteahhitler değiştiği halde, çalışmalarına devam ediyorlarsa, işçilerin işe alınmaları, sözleşmelerinin feshi, ücretlerinin tespiti gibi konularda yetkiler işyerinin sahibi durumunda olan kişi ya da şirkette toplanıyorsa, her türlü araç ve gereç onun tarafından sağlanıyorsa; işin bir bölümü bir başkasına verilmiş olsa dahi, muvazaa söz konusu olacağından işyerinin sahibi gerçek işveren kabul edilmektedir"²²².

Doktrinde bir görüşe göre ise zincirleme alt işverenlik ilişkisinin olduğu durumlarda, 4857 sayılı Yasa döneminde arada kalan alt işveren ilişkilerinin biri için ilişkinin muvazaaya dayandığı ortaya konulduğunda, muvazaalı dönem sonrasında asıl işveren ile sonraki alt işverenler arasında kanuna uygun bir alt işveren ilişkisi kurulsa dahi, işçi bir dönem asıl işverenin gerçek işçisi olduğundan bu dönem sonrasındaki tüm ilişkilerin de muvazaaya dayandığı kabul edilmelidir²²³. Kanımıza göre ise, muvazaa iddiasının her alt işveren ilişkisi yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekir²²⁴. Nitekim Yargıtay konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda, zincirleme alt

değiştiği halde davacı işini aynen ve aralıksız olarak sürdürmüştür. Davalı ile taşeron adı verilen kişi arasında yapılan sözleşmelerde, işçinin işe alınması, nitelikleri, işten çıkarılması ve ücretlerinin belirlenmesi konularında tüm yetkiler davalı kuruma tanınmıştır. Aynı işyerinde doğrudan davalı tarafından çalıştırılan işçiler de bulunmakta ve işyerinin çalışma düzeni ile ilgili talimatlar doğrudan davalı tarafından verilmektedir. Bütün bu olgular davacının gerçekte davalının işçisi olduğunu, asgari ücretle çalıştırılabilmesi için görünürde bir taşeronun aracı olarak gösterildiğini açıkça ortaya koymaktadır..." (Y9HD, 4.11.1996, 18789/20485, www.hukukturk.com ve Güzel'in kararı isabetli bulan incelemesi, Değerlendirme 1996, 186). Ayrıca bkz. Y9HD, 1.3.2004, 62/3768, Legal, 2004/3, 1037-1039. Yargıtay bazı kararlarında, işçinin aralıksız olarak değişen alt işverenler nezdinde çalışması olgusu karşısında muvazaa tartışmasına hiç girmeyerek işçi haklarının "işyeri devri" hükümleri uyarınca hesaplanmasına hükmetmektedir (Y9HD, 22.4.2004, 20352/9110, Çankaya/Çil, 2006, 105). Yüksek mahkemenin bu kararlarıyla ortaya koyduğu çizginin isabetli olduğu yönünde görüşü için bkz. Çelik, Yargıtay Kararları, 788. Doktrinde Soyer'e göre de, alt işverenlerin değişmesine rağmen işyerinde aynı işçilerin çalışmaya devam etmeleri durumunda artık, söz konusu işçilerle alt işveren olarak adlandırılan kişiler arasında bir akdi ilişki bulunduğunu söylemek mümkün ve inandırıcı değildir (Soyer, Değerlendirme 1997, 22-23).

²²² Y9HD, 18.11.1997, 16673/19164, Akyiğit, Şerh, C.1, 110. Anılan olayda muvazaayı gösteren pek çok olguya rağmen isabetsiz olarak "sorunun isabetli bir çözüme kavuşturulabilmesi için, taşeron şirketlerin öncelikle, ticaret sicili kayıtlarının celp edilerek hangi tarihte kuruldukları, faaliyet alanlarının neler olduğu, ortaklarının adları, merkezlerinin adresleri tespit edilerek davalıdan iş almadan önce faaliyette bulunup bulunmadıkları ve işi bitirdikten sonra faaliyetlerine devam edip etmedikleri, sermaye miktarları da tespit edilerek alt işveren olarak mı, yoksa göstermelik bir firma şeklinde mi davalıdan iş aldıkları sorununun çözümlenmesi gerektiği" belirtilmiştir (Kararı isabetsiz bulan değerlendirmesi için bkz. Soyer, Değerlendirme 1997, 22-23).

²²³ Çankaya/Çil, 2009, 31-32.

²²⁴ Centel'e göre de bu konuda genellemeye gidilmesi; Yargıtay içtihadıyla daha önceden belirlenmiş ölçütlerin münferit somut olaya uygulanmasını, her bir alt işveren bakımından olanaksız kılar (Centel, Taşeron İşçisinin Muvazaa İddiası (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2004, 34-36). Gerçekten de kanımıza göre, örneğin asıl işveren A'nın, işi önce alt işveren B'ye, sonra alt işveren C'ye verdiği bir olayda eğer B, A'nın "daha önce çalıştırdığı bir işçisi" olduğu için A ile B arasındaki

işverenlik ilişkilerinin olduğu durumlarda, bir alt işveren uygulamasının muvazaaya dayanmasının sonraki uygulamaların da mutlaka muvazaalı olduğunu göstermeyeceği, buna göre muvazaa iddiasının her alt işveren yönünden ayrıca araştırılması ve tartışılması gerektiği sonucuna varmıştır²²⁵. Bu görüşü değerlendiren bir yazara göre ise “aynı işlerin bir alt işverene verilmesinde, muvazaa tespiti alt işverenin kişiliğinden kaynaklanıyorsa (örneğin söz konusu gerçek veya tüzel kişi alt işverenin paravan bir kişi olması gibi) varılan bu sonuç doğrudur. Ancak böyle bir durum değil de söz konusu işlerin İş K. m.2 anlamında "alt işverene verilebilirlik" anlamında bir tespite dayanıyorsa işyerinde aynı işleri yapmak üzere iş alan daha önceki işveren için yapılmış muvazaa tespitine ilişkin bir hüküm, işyerinde aynı işleri yaptırmak üzere kurulan alt işverenlik ilişkisi için de kesin delil teşkil etmelidir”²²⁶.

b)Asıl İşverenin İşçiyi İşe Alma ve İşten Çıkarmada Yetkili Olması- Çalışma Şartlarını Belirlemesi

Yargıtay kararlarında ve doktrinde muvazaa konusunda göz önünde bulundurulmuş diğer bir kriter, işçiyi işe alma ve işten çıkarma konusundaki inisiyatifin kimde olduğudur²²⁷. Gerçekten de Yargıtay, işe alımda ve iş sözleşmesinin feshinde

ilişki muvazaalı sayılıyorsa, A ile C arasındaki ilişkinin de mutlaka muvazaalı sayılması gibi bir sonuca varılmamalıdır. Bu durumda iş, hukuka uygun olarak C’ye verilene kadar B’nin işçileri A’nın işçisi sayılmalı, bu tarihten sonra işçiler C alt işverene bağlı olarak çalışmaya devam etmişlerse “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanmaması kuralı” çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna karşılık ilk ilişkideki hukuka aykırılık, işin “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşuluna aykırılığından kaynaklanıyorsa söz konusu hukuka aykırılığın ikinci veya üçüncü alt işverenle kurulan ilişkide de devam etmesi tabidir.

²²⁵ Y9HD, 29.5.2006, 13218/15765, Şahlanan, karar incelemesi, Tekstil İşveren, Mart 2007, 3-4. Yargıtay diğer bir kararda, “...işyerinde tek bir taşeron bulunmayıp işlerin muhtelif taşeronlara verildiği ve davacıların uzun süre aynı taşeron nezdinde çalıştıkları anlaşıldığından, her taşeronun durumu ayrı ayrı değerlendirilip sonuca gidilmeli, uzun süre aynı koşullarda çalışan davacının daha önce sözleşmelerinin muvazaalı olduğu iddiasında bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir...” değerlendirmesinde bulunmuştur (Y9HD, 22.4.2004, 6280/9180, Centel, Yargıtay’ın bu tespitini isabetli bulmaktadır. Centel, Taşeron İşçisinin Muvazaa İddiası (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Dergisi, Ağustos 2004, 34-36).

²²⁶ Şahlanan, karar incelemesi, Tekstil İşveren, Mart 2007, 3-4.

²²⁷ Süzek, Alt İşveren, 78. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 30-31, 34. Alpagut, Alt İşveren, 37. Alt işverenin istenen sayıda ve nitelikte elemanı en geç üç gün içinde bulmak zorunda olması ve asıl işveren işçileri tarafından çıkarılması istenen işçileri bildirim sürelerine uyarak çıkarmakla yükümlü olması gibi hükümler muvazaalı işlemi göstermektedir (Ulucan, Karar İncelemesi, 148). Öte yandan Süzek’e göre, SSK’ya olan yükümlülüklerin kimin tarafından yerine getirildiği de bu konuda göz önünde bulundurulabilecek diğer bir kriterdir (Süzek, Alt İşveren, 78). Gerek’e göre de, “çalıştıracağı işçilerin seçilmeleri, işe alınmaları, kimin hangi konuda görevlendirileceği, ücretlerin tespiti ve ücretlerin ödenmesi, sigorta bildirimleri, sigorta primlerinin ödenmesi, gerektiğinde işten çıkartmalar

asıl işverenin yetkili kılınmasını muvazaa ölçütlerinden biri olarak kabul etmektedir²²⁸.

Yüksek mahkemenin bu yönde verdiği bir karara göre, "...davalı sağlık Bakanlığı'na bağlı hastane yönetimi ile temizlik hizmetini alan taşeron şirketler arasındaki ihale sözleşmeleri, teknik şartnameler incelendiğinde, işçilerin işe alınmalarında ve işlerine son verilmesinde tek yetkilinin hastane idaresi olduğu, hastane idaresi tarafından kurulacak komisyonun bu görevi yapacağı, firmaların işçi alım ve çıkarılmasında kesinlikle tasarruf sahibi olmayacağı anlaşılmaktadır. Keza çalışacakların çalışma koşullarının da Hastane yönetimince belirleneceği açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, alt işverenlerin çalıştırdıkları işçilerin üzerindeki yönetim hakkı tamamen asıl işveren tarafından kullanılmaktadır. Burada gerçek anlamda bir alt işveren-asıl işveren ilişkinden söz edilemez. Sözleşmeye göre, işçiler hastanenin yönetimi altında çalışırken, fesih kararını yine hastane vermektedir. Davacı işçi başlangıçtan itibaren davalı Sağlık Bakanlığı işçisidir. Temizlik işi verilen firmaların işverenlik sıfatı bulunmamaktadır. Bu nedenle davalı Çağrı şirketi yönünden de davanın husumetten reddine karar verilmelidir"²²⁹. Görüldüğü gibi

ve işin sevk ve idaresi tümüyle alt işverene ait olmalıdır" (Gerek, Kamu Kuruluşları, 86). Alpagut'a göre ise, ücretlerin asıl işveren tarafından ödenmesi diğer bir muvazaa karinesidir (Alpagut, Alt İşveren, 37). Ücretin tespiti yetkisinin asıl işverende olmasının muvazaa kriteri olarak kabul edildiği karar için bkz. Y9HD, 18.11.1997, 16673/19164, Akyiğit, Şerh, C.1, 110. Diğer bir kararda işe alma, işten çıkarma, görev yerinin belirlenmesi, izinlerinin verilmesi, görev yerlerinin değiştirilmesi gibi hususlar muvazaa ölçütü olarak görülmüştür (Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Süzek, Değerlendirme 2001, 12 vd).

²²⁸ Y9HD, 11.6.2007, 8062/18375, ÇT, 15, 2007/4, 205-208 (Karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Aydın, Alt İşveren, 254-255). Y9HD, 12.2.2007, 32217/3258, Çankaya/Çil, 2009, 194-195. Y9HD, 4.11.1996, 18789/20485, www.hukukturk.com ve Güzel'in kararı isabetli bulan incelemesi, Değerlendirme 1996, 186. Yargıtay'ın bu yönde verdiği bir karara göre, istisna sözleşmesindeki "sık sık vukuu bulan değişimleri önlemek amacıyla müteahhit çalıştırdığı elemanları AGS 'nin tasvibini almadan değiştiremeyecek, kendiliğinden ayrılan işçilerin yerlerine işçi alındığında yeni işçileri AGS 'nin tasvibi olmadan çalıştırmayacaktır" şeklindeki hükümlerde aslında gerçek anlamda alt işveren - asıl işveren ilişkisinin olayda bulunmadığını gösteren önemli olgulardır" (Y9HD, 9.2.1999, 17926/1750, Günay, Sendikalar, 610-611). Çankaya'ya göre ise, "işyerinin ve işin güvenliği için sözleşmede alt işveren tarafından alınacak işçilerin vasıflarının belirlenmesi ve güvenlik soruşturulmasından geçirilme zorunluluğunun getirilmesi, işyerinde çalıştırılması, sakıncalı olduğu belirtilen işçilerin işten çıkarılmasının istenebileceğinin kararlaştırılması, işin yürütülmesi için gerekli asgari işçi sayısının belirlenmesi sözleşmenin muvazaalı olduğu sonucunu doğurmaz. Zira bu tedbirler asıl işverenin işyeri ile alt işverenin işyerinin fiziki beraberliğinin sonucu, asıl işverenin tüm işyerinin güvenliğini ve işin yürütülmesini temine yöneliktir" (Çankaya, 28). Kanımıza göre sayılan olgular, olayın özelliğine göre gerçekten bir muvazaa anlamına gelmeyebileceği gibi, olaydaki diğer olgular ışığında muvazaadan da söz edilebilir.

²²⁹ Y9HD, 29.1.2007, 309/1006, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 34 vd. Diğer bir kararda da, "şeklen ihale yolu ile üçüncü kişiler yanında çalıştırılan işçilerin aynı yerde çalışmalarında bir kesintinin olmadığı, davalı ile taşeronlar arasında yapılan kısa süreli sözleşmelerde kaç işçinin işe alınacağı, niteliklerinin neler olacağı, öğle

kararda isabetli olarak, Sağlık Bakanlığı'nın işçiyi işe alma ve işten çıkarmada yetkili olması, çalışma koşullarını belirlemesi ve yönetim hakkına sahip olması olguları karşısında muvazaa sonucuna ulaşılmıştır²³⁰.

c)Alt İşveren İşçileri Üzerindeki Yönetim Hakkını Asıl İşverenin Kullanması

Alt işverenin üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik bir faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse onun gerçek bir alt işveren olduğundan söz edilemeyeceğine yukarıda değinilmişti²³¹. İşte, alt işverenin iş sözleşmesinin tarafı ve iş görme ediminin alacaklısı sıfatıyla kendi işçisine karşı yönetim hakkını kullanmaması ve bu hakkı asıl işverenin kullanması, gerçek bir alt işverenlik ilişkisi bulunmadığı konusundaki en önemli belirtilerden biridir. Nitekim doktrinde çoğunluk görüşüne göre de, alt işveren işçilerine karşı yönetim hakkının, emir ve talimat verme yetkisinin kimde olduğu hususu, muvazaa konusunda yapılacak değerlendirmede kullanılacak en önemli kıstaslardan biridir²³². Bu doğrultuda disiplin cezası verme yetkisinin kim tarafından kullanıldığı da önem taşımaktadır²³³.

yemeklerinin davalı tarafından verileceği hususlarının yer aldığı bir olay ile ilgili olarak muvazaa durumunu belirlemiştir (Y9HD, 26.2.1998, 324/2818, Çelik, 2010, 557-558).

²³⁰ Alt işverenlik sözleşmesinin feshedilmesiyle işçinin işten çıkarılması, kesin olmamakla birlikte muvazaa ölçütlerinden biri olarak görülmüştür (Y9HD, 8.7.2004, 17098/17431, ÇT, 2004/3, 3, 161-162 ve Şahlanan'ın kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, İşe İade Davası, Karar İncelemesi, 41).

²³¹ Bkz. İkinci Bölüm, § 1, I, 3. Güzel, Alt İşveren, 40. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Bu yönde bkz. Y9HD, 22.12.2008, 41361/34689, ÇT, 2009/3, 22, 413-416. Çenberci'ye göre de, asıl işveren tali (alt) işverene vermiş olduğu iş bölümünde, işverene ait yetkileri kullanamayacaktır (Çenberci, 151).

²³² Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 61. Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Aynı yazar, Alt İşveren, 78. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 35. Güzel, Alt İşveren, 40. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Alpagut, Alt İşveren, 37. Çankaya, 28. Şen, Taşeronluk, 126-127. Doktrinde Ekmekçi'nin de isabetli bir şekilde belirttiği gibi, asıl işverenin alt işveren üzerinde denetim yetkisinin bulunması olgusunu tek başına doğrudan ve kesin bir şekilde muvazaa olarak kabul etmek doğru değildir. Nitekim alt işveren ilişkisinde asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun bulunması karşısında böyle bir denetim yetkisi doğal karşılanabilir (Ekmekçi, Soru-Cevap, Panel, İNTES). Öte yandan Birleşik Metal-İş Sendikası tarafından yapılan bir araştırmaya göre taşeron işçilerinin %65.8'ine asıl işveren, %31.6'sına taşeron talimat vermektedir (Metal Sektöründe Teknolojik, Yönetimsel Değişim ve İşçiler, Ocak 1999, Birleşik Metal İş Yayınları, 30, Şen, Taşeronluk, 127'den naklen).

²³³ Alpagut, Alt İşveren, 37. Akyiğit'e göre de alt işverenin işçisine disiplin cezası uygulama yetkisini asıl işverene devretmiş olması muvazaa konusunda ciddi bir kuşku yaratır (Akyiğit, Şerh, C.1, 110, dn.110). Çankaya'ya göre de, alt işveren, kendisine ait olan yönetim hakkını asıl işverene devredemez ve "alt işveren işçilerini işe alan, çalıştıran, ücretlerini ve sosyal haklarını ödeyen, SSK'na çalışmaları kendi işyerinden işe giriş bildirgeleri ile bildiren, primlerini ödeyen, izinlerini kullandıran, işin yapılması için gerekli tedbirleri alan, işçilerini denetleyen, gerektiğinde disiplin cezası veren, hizmet akitlerini sona erdiren, tüm bu yetki ve sorumlulukların sahibi alt işveren olmalıdır...bu yetki ve

Bununla birlikte iş güvenliği konusunda genel nitelikli talimatlar vermesinin mümkün olduğu ve salt bu durumun ilişkinin muvazaalı kabul edilmesi için yeterli olmadığı kabul edilmektedir²³⁴. Nitekim bu görüşteki bir yazara göre yönetim hakkının kimin kullandığı bu konuda önemli bir ölçüt olmakla birlikte, bu ölçütü değerlendirirken dikkatli olmak gerekir²³⁵. Çünkü müteselsil sorumluluğu bulunan asıl işverenin alt işveren işçisi üzerinde hiçbir yönetim hakkı ve denetim yetkisi olmadığını kabul etmek mümkün değildir. Yazara göre bu durum özellikle iş sağlığı ve güvenliği alanında söz konusu olup, örneğin “asıl işveren eğitimsiz olan veya ileri eğitimden geçemeyen işçinin değiştirilmesini isteyebilir” gibi bir hüküm bir muvazaa ölçütü olarak kabul edilmemelidir²³⁶. Kanımıza göre de salt bu yöndeki bir hükme dayanarak doğrudan muvazaa sonucuna varmak doğru olmayıp, somut olayın özelliklerinin diğer muvazaa ölçütleri de dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesi gerekir²³⁷. Yüksek mahkeme de verdiği kararlarda, işçiyi yönetim hakkının asıl işverende bulunmasını bir muvazaa ölçütü olarak değerlendirmektedir²³⁸.

sorumluluklarını alt işverenlik sözleşmeleri ile asıl işverene devredemez. Devretmişse bu gibi hallerde alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunun kabulü gerekir” (Çankaya, 28).

²³⁴ Şahlanan, Galatasaray Sempozyumu, 194. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 17. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 67. Çankaya, 19. Çankaya/Çil, 46. Akyiğit, Şerh, C.1, 119. Aynı yönde görüşü ve sorusu için bkz. Ekmekçi, Panel, İNTES, 63. Aynı yönde cevabı için Günay, Alt İşveren, 64. Akyiğit’e göre de “Gerçek bir alt işverenlik ilişkisinde alt işveren işçilerinin kimler olacağına ve tabi tutulacaklarsa eğitimlerine, onların işe alınışı ve iş ilişkisinin devamı boyunca alacakları emir-talimat konusunda ve disiplin cezası ile işten çıkarma vs. konularında tek yetkili onların gerçek işvereni olan alt işverendir. Asıl işverenin bu konularda yetkisi olamaz. Asıl işveren olsa olsa iş güvenliği vs. noktalarında genel nitelikli talimatlar verebilir. Özelde bunun istisnası olamaz ama maalesef kamuda durum biraz farklılaşmıştır. (İK 2/8-9)” (Akyiğit, Şerh, C.1, 119). Öte yandan Yargıtay verdiği bir kararda, “...davacının çalıştığı işyerinde, patlayıcı yani tehlikeli maddeler üretildiği için, davalı işverenin bu yönleri dikkate alarak işyeri disiplinini sağlamak amacıyla, çok sıkı kayıtlar koyması ve emniyet tedbirleri ile ilgili olarak hassas davranıp, işyerinin tehlikeden uzak bir şekilde ve ortamda bulunması için kimi yetkileri elinde bulundurması doğal karşılanabilir” değerlendirmesinde bulunmuştur (Y9HD, 18.11.1997, 16673/19164, Akyiğit, Şerh, C.1, 110. Kararı isabetsiz bulan değerlendirmesi için bkz. Soyer, Değerlendirme 1997, 22-23).

²³⁵ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 61. Bir görüşe göre olayda asıl işverenin aşırı bir denetim yetkisi, işe alma ve işten çıkarmada yetkili olması, sanki işveren vekiliymiş gibi vekaleten hareket etmesi söz konusuysa muvazaadan söz edilebilir (Günay, Alt İşveren, 64). Bu kuralın özelde istisnası olmayıp kamuda isabetsiz olarak İK 2/8-9 hükümleriyle biraz farklılaştırıldığı görüşü için bkz. Akyiğit, Şerh, C.1, 119.

²³⁶ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 61. Doktrinde Ekonomi de isabetli olarak, asıl işveren alt işveren ile yaptığı sözleşmeye, alt işverenin çalıştıracağı işçilerin seçiminde, örneğin niteliklerinin, eğitim ve deneyimlerinin çalıştırılacakları işe uygun olmasına özen göstereceği yolunda bir hüküm koyması muvazaa belirtisi olarak kabul edilemez (Ekonomi, Değerlendirme 2007, 31).

²³⁷ Doktrinde Alpagut’a göre de, yönetim hakkının asıl işveren tarafından kullanılması, ücretin belirlenmesi ve ücret ödeme borcunun asıl işveren tarafından ifası, sözleşmenin feshi, disiplin yetkisi gibi hususların asıl işveren tarafından kullanılması muvazaanın varlığına işaret eder. Ancak bu durumlar her somut olay açısından ayrı bir değerlendirmeyi gerektirir (Alpagut, Yönetmelik, 61).

²³⁸ Y9HD, 14.5.2007, 3132/14914, ÇT, 15, 2007/4, 24-243. Y9HD, 26.11.2007, 38695/35306, Legal, 2008/17, 169-172. Y9HD, 29.1.2007, 309/1006, karar ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için

d) Alt İşveren İşçilerinin Asıl İşverenle Yapılan Sözleşme Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalıştırılması

Uygulamada bazen, alt işveren işçilerinin bazılarının veya tamamının, asıl işverenle yapılan sözleşmede belirtilen işlerin dışında başka işlerde –geçici veya sürekli olarak- çalıştırıldıkları görülmektedir²³⁹. Yüksek mahkeme işçinin alt işverenin aldığı iş dışında işlerde çalıştırılması durumunda, asıl işverenin doğrudan sorumluluğuna hükmetmektedir²⁴⁰. Gerçekten de Yargıtay’ın verdiği bir karara göre, temizlik işinin verildiği alt işveren işçisinin asıl işveren tarafından hizmet içi eğitim verilerek asıl işverenin işçileriyle birlikte asıl işverenin asli ve sürekli işlerinde çalıştırılmış olması, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık

bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 34 vd. Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Süzek, Değerlendirme 2001, 12 vd. Ayrıca bkz. Y9HD, 13.10.2008, 32916/26551, Legal, 21, 419-421. Hukuk Genel Kurulu ise verdiği bir kararda isabetsiz olarak, yerel mahkemenin “özellikle müteahhitler değiştiği halde, davacı ile birlikte diğer işçilerin de çalışmalarını aralıksız sürdürdükleri, işçi alma ve işten çıkarma konularında asıl yetkinin davalıya ait olduğu, bunların dışında kalan işlerde de davalının büyük yetkilerle donatıldığı, işçilerin, işyerlerinin denetimi ile ilgili tüm yetkilerin onda toplandığı, aynı makinenin bir tarafında taşeronun, öbür tarafında davalının işçisinin çalıştıkları” gerekçesiyle muvazaanın bulunduğu sonucuna ulaşmasını yeterli bulmayarak özel dairenin “taşeron şirketlerin öncelikle, ticaret sicili kayıtlarının celp edilerek hangi tarihte kuruldukları, faaliyet alanlarının neler olduğu, ortaklarının adları, merkezlerinin adresleri tespit edilerek alt işveren olarak mı yoksa göstermelik bir firma şeklinde mi davalıdan iş aldıkları sorunu çözümlenmelidir. Şayet taşeronluk vasfı mevcut olduğu sonuç ve kanaatine varıldığı takdirde davanın reddine, aksi halde şimdiki kabulüne karar verilmelidir. Bu sonuca varılırken temizlik, yükleme, boşaltma, bakım, onarım gibi devamlılık arz eden işlerin niçin birer yıllık sözleşmelerle ihaleye çıkarıldığı ve taşeron firmaların davalıya ait işyeri dışında da faaliyette bulunup bulunmadığı konularında da bir irdeleme ve değerlendirmeye tabi tutulmalıdır” gerekçesine dayalı bozma kararını onayıp yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur (Y9HD, 18.11.1997, 16673/19164, Akyiğit, Şerh, C.1, 110). Kanımıza göre olayda, yerel mahkemenin üzerinde durduğu hususlar, olayda geçerli bir alt işveren ilişkisi bulunmadığı konusunda yeterli kanaat uyandırmaktadır. Yargıtay’ın incelediği diğer bir olayda, “davalı üniversite, hastanenin temizlik işlerini kendisinin kurduğu iktisadi işletmeye vermiş ve iktisadi işletme daha önce üniversite vakfına bağlı olarak çalışan işçilerle bu hizmeti görmeye başlamıştır. İktisadi işletmenin üniversite dışında başka hiçbir faaliyeti bulunmamakta ve ayrıca işçiler, zaman güvenlik, sağlık ve ameliyathane hizmetleri gibi işlerde de çalıştırılmaktadırlar. Faaliyetin izlenmesi ve denetimi ise tek başına üniversiteye aittir. Yüksek mahkeme olayda geçerli bir alt işveren ilişkisi bulunmadığı ve üniversitenin başlangıçtan itibaren asıl işveren olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (Karar için bkz. Soyer, Değerlendirme 2008, 42). Kararı değerlendiren Soyer ise, üniversitenin iktisadi işletme tarafından yerine getirilen hizmeti tek başına denetlemesini, alt işveren ilişkisinin reddi bakımından tek sebep olarak görmenin yerinde olmadığını, çünkü sağlık hizmeti veren bir kuruluştaki temizlik hizmetinin yürütümünü tamamen ve sadece üçüncü bir kişinin denetimine terk etmenin, tıbbi açıdan ve sağlık hizmetinden yararlananların menfaatleri bakımından doğru olmadığını belirtmiştir (Soyer, Değerlendirme 2008, 42-43). Soyer’in belirtilen görüşüne esas itibarıyla katılmakla birlikte, somut olayda alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti konusunda şüpheye düşüren farklı hususların da bulunduğu kanısındayız.

²³⁹ Göktaş, 100.

²⁴⁰ Y9HD, 12.12.2005, 36127/39114, Çankaya/Çil, 2009, 238 (kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Güzel, Değerlendirme 2005, 16). Y9HD, 26.11.2007, 38695/35306, Legal, 2008/17, 169-172. Y9HD, 13.10.2008, 32916/26551, Legal, 21, 419-421.

gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” kuralına aykırılık oluşturur ve söz konusu işçi asıl işverenin gerçek işçisi sayılır²⁴¹.

Doktrinde bir görüşe göre alt işveren işçilerinden bir ya da birkaçının başka bir işte sürekli olarak çalıştırılmaları durumunda, ilişkinin tümünün muvazaalı olduğunu kabul etmek ağır bir sonuç olur²⁴². Bu sebeple bu sonucun, sadece sürekli olarak başka bir işte çalışan işçi açısından geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık, işçinin kısa bir süre için geçici olarak başka bir işte çalıştırılması durumu da tek başına muvazaayı kabul etmek için yeterli olmayabilir. Ancak yine aynı görüşe göre “bu geçicilik az sayıda işçi için olmalıdır”²⁴³. Çünkü alt işveren işçilerinin tamamının veya büyük bir kısmının sıra ile geçici olarak başka işte çalıştırılması sürekli bir işgücünün karşılanması anlamına gelebilir ve böyle bir durumda alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının kabulü gerekebilir²⁴⁴. Yine anılan yazar bu konuda asıl iş-yardımcı iş ayırımına göre farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Buna göre yardımcı işlerde böyle bir değişikliğin alt işveren ilişkisine bir etkisi olmayıp böyle bir durumda taraflar arasındaki ilişkinin o yardımcı işi de kapsayacak şekilde genişletildiğini kabul etmek gerekir. Oysa sözleşmede yardımcı işlerde çalışma üzere anlaşılan bir alt işveren ilişkisinde gerçekte işçilerin asıl işlerde çalıştırılması durumunda “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Buna göre fiilen yaptırılan iş İK 2’de öngörülen şartı taşııyorsa, o işte çalıştırılan işçi için alt işveren ilişkisinin kurulmadığı ve işçinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık fiilen yaptırılan iş, alt işverene verilme koşullarını taşıyorsa alt işverenlik sözleşmesinin o işi kapsayacak şekilde genişletildiğini kabul etmek gerekir. İş Kanunu’na uygun olarak kurulmuş olan bir alt işveren ilişkisi çerçevesinde bir süre sözleşme kapsamındaki işte çalıştırılan işçinin, daha sonra sözleşme kapsamında olmayan ve alt işverene verilme koşullarını taşımayan asıl işte çalıştırılması ihtimalinde ise asıl işte çalıştırılmaya başlandığı tarihten itibaren asıl işverenin işçisi sayılmalıdır²⁴⁵.

²⁴¹ Y9HD, 9.11.2005, 30958/35533, Çankaya/Çil, 2009, 242. Aynı yönde bkz. Y9HD, 26.11.2007, 38695/35306, Legal, 2008/17, 169-172.

²⁴² Göktaş, 100-101.

²⁴³ Göktaş, 101.

²⁴⁴ Göktaş, 101.

²⁴⁵ Göktaş, 101.

Kanımıza göre, işçinin asıl işverenle yapılan sözleşmede belirlenen işlerin dışında işlerde çalıştırılması, muvazaa konusunda bir kuşku uyandırır. Böyle bir durumda her işçi yönünden ayrı ayrı değerlendirme yapılması uygun düşecektir. Ayrıca “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun aranıp aranmayacağı, sözleşmede yazılı olan işe göre değil, *işçinin fiilen yaptığı işe göre* belirlenerek bir sonuca gidilmelidir²⁴⁶. Öte yandan bize göre bu konuda gerçekleşebilecek diğer bir olasılık, alt işverenin bir veya birkaç işçisinin “geçici iş ilişkisi” kuralları çerçevesinde asıl işverene ödünç verilmesidir. Bu olasılığın gerçekleşebilmesi için İK m.7 uyarınca devir sırasında alt işveren işçisinin yazılı rızasının alınması, işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması²⁴⁷, geçici iş ilişkisinin altı ayı geçmemek (ve en fazla iki defa yenilenmek) üzere yazılı olarak yapılması gerekir. Bu koşullar gerçekleştiğinde, asıl işveren-alt işveren ve alt işveren işçisi arasında diğer bir üçlü iş ilişkisi olan, “geçici iş ilişkisi” kurulmuş olarak ve İK 7 hükmündeki hukuki sonuçlar doğar.

e)Araç ve Gecin Asıl İşverence Sağlanması-Alt İşverenin Sermayesinin Düşük Olması

Yargıtay kararlarında –daha ikincil (tamamlayıcı) nitelikte de olsa- işin görülmesinde kullanılan araç gecin asıl işverence sağlanması ve alt işverenin sermayesinin düşük olması muvazaa konusunda bir kriter olarak kullanılmaktadır. Nitekim bir Yargıtay kararına göre, “....sorunun isabetli bir çözüme kavuşturulabilmesi için, birlikte incelemeye tabi tutulan tüm dosyalarda adı geçen taşeron şirketlerin öncelikle, ticaret sicili kayıtlarının celp edilerek hangi tarihte kuruldukları, faaliyet alanlarının neler olduğu, ortaklarının adları, merkezlerinin adresleri tespit edilerek davalıdan iş almadan önce faaliyette bulunup bulunmadıkları ve işi bitirdikten sonra faaliyetlerine devam edip etmedikleri, sermaye miktarları da

²⁴⁶ Bu konuda gerçekleşebilecek diğer bir olasılık, alt işveren sözleşmesi gereği alt işveren tarafından hem asıl işin bir bölümünün hem de yardımcı işin üstlenilmesidir. Böyle bir durumda her iki iş için de “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulu gerçekleşmediyse, asıl işin bir bölümünde çalışan işçiler açısından İK 2/7’de öngörülen yaptırımın uygulanması, yardımcı işlerde çalışanlar içinse alt işveren ilişkisinin kabul edilmesi yerinde olacaktır. Buna karşılık –düşük bir olasılık da olsa- aynı işçiler hem asıl işte hem de yardımcı işte çalıştırılıyorsa ve asıl işin verilmesi açısından “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulu sağlanmıyorsa İK 2/7’de öngörülen yaptırımın uygulanması yine gündeme gelecektir kanısındayız.

²⁴⁷ Nitekim böyle bir olasılıkta asıl işverenin işyeri bağımsız nitelikte bir işyeri olduğundan, alt işveren işçisinin “aynı holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde” çalıştırılmasından söz edilemeyecektir.

tespit edilerek alt işveren olarak mı, yoksa göstermelik bir firma şeklinde mi davalıdan iş aldıkları sorunu çözümlenmelidir²⁴⁸.

Buna karşılık alt işverenin sermayesinin düşük olmasının veya asıl işverenin işin yürütülmesi için araç ve gereçlerini sağlamasının ya da yemek ve servis gibi giderlerin asıl işverene yükletilmiş olmasının tek başına kesin olarak muvazaalı işlemi kanıtlamayacağı da isabetli olarak kabul edilmektedir²⁴⁹. Nitekim Yargıtay da bir kararında şu önemli tespitlerde bulunmuştur: “iş üstlenen firmadan alınan teminatın az olması, firmanın sermaye ve ödediği verginin düşük olması, bir kısım alet ve malzemelerin davalı işverence karşılanması ve sözleşmede firmanın çalıştıracağı işçilerin yemek ve servis giderlerinin asıl işverene yükletilmiş olması taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı sayılması için yeterli değildir. Keza, taşeronla ödenen bedelin işçiye ödenen ücretlerden fazla olması da muvazaanın gerekçesi olamaz. Zira taşeron yaptığı işten kazanç sağlayacaktır. Diğer yandan dosyada mevcut taşeronluk sözleşmesinde bedelin belirtilmediği sabit ise de, Borçlar Kanunu'nun 366. maddesi gereği bedelin yapılan işe göre sonradan tespiti mümkündür²⁵⁰”.

²⁴⁸ Aynı kararda, her türlü araç ve gerecin asıl işverence sağlanmasının da muvazaa kriteri olduğu belirtilmiştir (Y9HD, 18.11.1997, 16673/19164, Akyiğit, Şerh, C.1, 110). Diğer bir kararda araç ve gerecin asıl işverence sağlanmasının yanı sıra alt işverenin “milyarlarca liralık ihaleler aldığı halde sermayesinin çok düşük olması, vergi kayıtlarına göre de bazen çok az vergi verdikleri, bazen de hiç vergi tahakkukunun yapılmamış olması” da muvazaa sonucuna götüren kararda değinilen hususlar arasındadır (Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Süzek, Değerlendirme 2001, 12 vd). Gerçekten de öğretide örneğin tersane işyerlerinde yaygın olarak taşeron olarak görünen bazı firmaların işyeri merkezi olarak ev adresinin gösterdiği, kendisine ait hiçbir ekipmanı bulunmadığı, sadece işçi başına para aldığı ve aldığı paranın bir kısmını işçilere yevmiye olarak verdiği uygulamalara rastlandığı, buradaki gerçek ilişkinin ise “işçi temini” olduğu haklı olarak belirtilmiştir (Özcan, 106-107).

²⁴⁹ Akyiğit, Şerh, C.1, 120. Çankaya, 27-28. Ayan, 526. Doktrinde Çelik’e göre, Yargıtay’ın bazı alet ve malzemelerin, yemek ve servis giderlerinin asıl işverence karşılanmasının alt işveren ilişkisinin muvazaalı sayılması için yeterli olmadığını kabul etmesi isabetlidir (Çelik, 2010, 558). Çankaya da isabetli olarak, alt işveren işçilerine asıl işverenin işyerinde yemek verilmesi ve asıl işverenin servis araçlarından yararlandırılması ve bu hususların ihale bedelinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması veya bunların bedellerinin alt işverence ödeneceğinin kararlaştırılmasının alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunun kabulü için yeterli olmadığını belirtmektedir (Çankaya, 27). Aynı şekilde, eğer gerçek anlamda bir alt işveren ilişkisi söz konusuysa, aynı kişinin üst üste ihaleyi kazanması tek başına muvazaanın kabulü için yeterli değildir (Çankaya, 27).

²⁵⁰ Anılan olayda yerel mahkeme, “taşeronluk sözleşmesinde yapılacak iş karşılığı ödenmesi gereken bedelin belirlenmediği; taşeron tarafından ibraz edilecek faturalara göre ödeme yapılacağına kararlaştırıldığı, fatura miktarlarının işçilere yapılacak ödemelerin oldukça üzerinde olduğu, taşeronların sermaye ve ödedikleri vergi miktarlarının çok az olduğu, sözleşmede belirlenen teminatın düşük bulunduğu, şirket ile taşeron şirketin kurulu oldukları işkollarının farklı oldukları, alet ve malzemenin davalı tarafından sağlandığı, davacının davalının asli ve sürekli işlerinde ara vermeksizin çalıştığı, taşeron olarak gösterilen kişinin işveren vekili gibi hareket ettiği” gerekçeleriyle muvazaa olduğu sonucuna varmıştı. Yargıtay, yerel mahkemenin “taşeron olarak gösterilen kişinin işveren

Alt işverene verilen işte kullanılacak araç gerecin, malzemelerin asıl işverence sağlanması konusuna doktrinde bir yazar, ikili bir ayrımla yaklaşmaktadır. Buna göre alt işverenlik asıl işin bir bölümünde yaşıyorsa işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle alt işverenlik ilişkisi kurulabileceğinden alt işverenin uzmanı gözüktüğü iş ile ilgili olarak gerekli asgari ekipmana bulunmaması açıklanması güç bir durum olacaktır²⁵¹. Diğer yandan, yardımcı işlerde alt işverenlik ilişkisi kurulduğunda anılan koşul aranmadığından araç ve gereçlerin asıl işverence sağlanması, ilişkinin muvazaalı olduğu sonucunu doğurmaz. Örneğin bir işyerinin yemek işi alt işverene verildiğinde masa-sandalye, fırın, gaz tesisatı gibi donanımın asıl işverence sağlanması mümkündür²⁵². Kanımıza göre bu konuda yazarın belirttiği gibi asıl iş-yardımcı iş ayrımı doğrultusunda kesin bir sonuca ulaşmak yerine, olaydaki –muvazaayı gösteren- diğer olgularla birlikte değerlendirmek daha sağlıklı olacaktır. Nitekim olayın özelliğine göre bazı durumlarda, asıl işin bir bölümü üstlenilse de araç ve gerecin asıl işverence sağlanması doğal ve muvazaa sonucuna ulaşmak için yetersiz kabul edilebilecekken, bazı olaylarda yardımcı işlerde araç ve gereç alt işverence sağlanmasına rağmen olaydaki diğer olgular muvazaa sonucuna götürebilir.

f)Toplu İş Sözleşmesi Yapılma Sürecinde Alt İşverene Devir

Muvazaa konusunda ciddi kuşku uyandıran diğer bir durum, alt işveren ilişkisinin toplu iş sözleşmesi yapılma sürecinde kurulmasıdır. Yargıtay'ın verdiği bir kararda toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe gireceği tarihten kısa bir süre önce ekonomik gerekçelerle işçilerin iş akitlerinin sona erdirilerek muhtelif taşeronların nezdinde aynı işyerinde çalışmaya devam ettirilmeleri isabetli olarak muvazaa olarak değerlendirilmiştir²⁵³. Aynı şekilde alt işveren ilişkisinin yetki başvurusundan önce

vekili gibi hareket ettiği” görüşüne hiç değinmemiştir. Y9HD, 22.4.2004, 6280/9180 ve Centel, Taşeron İşçisinin Muvazaa İddiası (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Dergisi, Ağustos 2004, 34-36 ayrıca Günay'ın değerlendirmesi için bkz. Günay, Alt İşveren, 29-30. İhaleye giren firmanın sermayesinin düşük olmasının tek başına muvazaalı işlemin kanıtı olmayacağı yönünde bkz. Y9HD, 10.4.2001, 4989/6272, Süzek, Değerlendirme 2001, 12.

²⁵¹ Akyiğit, Şerh, C.1, 119-120.

²⁵² Akyiğit, Şerh, C.1, 119-120.

²⁵³ Y9HD, 18.10.1998, 12301/14511, Günay, Sendikalar, 884-885. Günay'a göre asıl işverenin, alt işveren işçilerinin (asıl işverenin taraf olduğu) toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması talimatını vermesi durumunda, işçilerin alt işverenin değil asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmesi gerekir. Buna göre asıl işveren, eğer alt işveren işçileri de toplu iş sözleşmesinden yararlansın diyebiliyorsa, artık onu kendi işçisi kabul etmiştir, sonucuna da katlanmalıdır (Günay, Alt İşveren, 33). Kanımıza

veya sonra²⁵⁴ yahut grev kararı alınması ve uygulanması safhasında kurulması muvazaanın varlığı konusunda ciddi bir kuşku uyandırır²⁵⁵. Bununla birlikte, alt işverene verilen işlerin yapıldığı işyerinde daha önce toplu iş sözleşmesi imzalanmış olmasının tek başına muvazaa konusunda yeterli bir delil olarak kabul edilemeyeceği de isabetli olarak belirtilmektedir²⁵⁶.

g)Diğer Muvazaa Ölçütleri

Uygulamada muvazaalı sayılan bazı olaylarda tarafların gerçek amacı, işçi temini (iş aracılığı) sözleşmesi veya geçici iş ilişkisi kurmak olmaktadır²⁵⁷. Gerçekten de tarafların gerçek iradeleri örneğin işçi temini olduğu halde bunu alt işveren ilişkisi olarak göstermeleri, bu şekilde de alt işveren işçisi olarak gösterilen kişileri daha düşük ücret ve çalışma koşullarında çalıştırmaları uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur²⁵⁸. Doktrinde isabetli olarak işçi teminine yönelik bir sözleşmenin, alt işveren ilişkisine esas oluşturmayacağı belirtilmektedir²⁵⁹. Yargıtay kararlarında gerçekte sadece işçi teminine yönelik olan fakat alt işveren ilişkisi olarak gösterilen uygulamalar muvazaalı olarak kabul edilmekte ve söz konusu işçilerin asıl işverenin işçisi oldukları hükme bağlanmaktadır²⁶⁰.

göre bu sonuca doğrudan varmak oldukça ağırdır. Nitekim alt işverenin kendi isteğiyle işçilerine asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulaması mümkün olduğu gibi, bu sonuç asıl işverenle yaptığı bir anlaşma gereğince de gerçekleştirebilir. Böyle bir durumda peşinen muvazaa sonucuna varmak yerinde değildir kanaatindeyiz.

²⁵⁴ Günay, Toplu İş İlişkileri, 4 vd. Bu yönde Y9HD, 16.4.2007, 9474/10635, ÇT, 2007/4, 15, 277-280.

²⁵⁵ Günay, Alt İşveren, 28. Bu yönde karar için bkz. Ankara 8. İş Mahkemesi, 21.3.1991, 1421/385 ve bu kararı onayan Yargıtay kararı: Y9HD, 12.4.1991, 7302/7518, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Çelik, Alt İşveren, 173 vd.

²⁵⁶ Y9HD, 14.10.2004, 22472/23187, Legal, 6, 771-774. Kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, 19.

²⁵⁷ Uygulamada gerçekleşen diğer bir muvazaalı durum, işçi sendikasının yetki almasını engellemek için bir anonim şirketin beşe bölünerek beş adet limitet şirkete dönüştürülmesi böylece işçilerin sendikal faaliyet ve toplu iş sözleşmesi düzeninin dışında tutulmasıdır. Doktrinde de belirtildiği gibi bu yönde bir uygulama hukuka aykırı ve geçersiz olup, işverenin işletmeyi yönetme ve faaliyetlerini düzenleme hakkı çerçevesinde görülemez (Ekonomi, Alt İşveren, 91-92).

²⁵⁸ Süzek, 2008, 159.

²⁵⁹ Süzek, 2008, 159. Aynı yazar, Değerlendirme 2001, 11 vd. Güzel, Alt İşveren, 40-41. Yenisey, Değerlendirme 2006, 30-31. Belirtmek gerekir ki bu husus, asıl işler için geçerli olduğu kadar yardımcı işler için de söz konusudur.

²⁶⁰ Y9HD, 10.4.2007, 6094/10224, ÇT, 15, 2007/4, 284-288. Y9HD, 26.11.2007, 38695/35306, Legal, 2008/17, 169-172. Y9HD, 12.2.2007, 32217/3258, Çankaya/Çil, 2009, 194-195 (Gerçekten de son anılan olayda, taraflar arasındaki sözleşmede “kauçuk ve plastik hortum üretimi ile ilgili *işçilik hizmetlerinin* İ. Personel Yönetimi ve Taşeronluk Hizm. Ltd. Şti. tarafından temin edileceği” belirtilmiştir. Olayın “işçi temini” niteliği taşıdığı açıktır). Y9HD, 26.6.2006, 15117/18653, ÇT, 12, 2007/1, 299-301. Y9HD, 8.7.2004, 17098/17431, ÇT, 2004/3, 3, 161-162 ve Ulucan’ın incelemesi,

Bir görüşe göre alt işverenlik ilişkisinin kurulması eğer asıl işveren için herhangi bir kar sağlamıyorsa muvazaa kuşkusu gündeme gelebilir; yargı organının yasanın amacı açısından bu olguyu da dikkate alması gerekir²⁶¹. Ancak aynı görüşe göre eğer alt işverene verilen iş teknolojik bir zorunlulukla ve uzmanlık gereği ile verilmişse, bu ilişkinin kurulmasında asıl işveren için herhangi bir karlılık olmasa da muvazaadan söz edilemeyecektir.

Öte yandan muvazaa konusunda kullanılan ölçütlerden biri, üstlenilen işin bedelinin nasıl belirlendiğidir. Buna göre alt işverene verilen işin bedelinin, yapılan işe göre belirlenmesi gerekip çalıştırılacak işçi sayısına göre belirlenmesi, işçi başına ücret ödemesi yapılacağına kararlaştırılması durumunda alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez²⁶².

2.Muvazaa Dışı Olgular

Alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı olaylarda geçerli bir “alt işveren ilişkisinden” söz edilemeyecek olmakla birlikte, her olayı doğrudan “muvazaalı” olarak nitelendirmek yerinde değildir²⁶³. Nitekim yukarıda da değinildiği gibi “muvazaa”dan söz edebilmek için tarafların üçüncü *kişileri aldatmak kastıyla* kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana

Karar İncelemesi, 145-152. Şahlanan’ın aynı kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, İşe İade Davası, Karar İncelemesi, 41. Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Süzek, Değerlendirme 2001, 12 vd.

²⁶¹ Ünsal, 539. Öte yandan Çankaya’ya göre, alt işveren gerçek kişi ise aldığı işi bizzat yapan kişi olmadığından, aldığı işte uzman olmaması ve alt işverenin önceki çalışma konularından, tüzel kişi ise tüzel kişinin ana sözleşmesinde yazılı iştiğal konularından hareketle muvazaa iddiası kabul edilemez. Nitekim uygulamada, bir ticari işletmenin kendi ana sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan girmemekle birlikte, o işletmenin ticari faaliyetini kolaylaştıran ticari iş ve sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde olduğu kabul edilmektedir (Çankaya, 27). Kanımıza göre yazarın ortaya koyduğu hususlar tek başına muvazaayı göstermese de, somut olayda muvazaayı gösteren diğer olguları destekleyici ölçütler olarak görülebilir. Nitekim Yargıtay’ın incelediği bir olayda, kuruluş sözleşmesinde iştiğal konusu “temizlik” olarak görünen şirketin “soğutma sonu ve bant paketleme işi”ni alarak alt işveren olması –olaydaki diğer olgularla birlikte- muvazaa sonucuna götürmüştür (Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Çankaya/Çil, 2009, 262-263 ve kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Güzel, Değerlendirme 2005, 16). Aynı yönde bkz. Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Süzek, Değerlendirme 2001, 12 vd. Öte yandan diğer bir kararda, alt işverenin “ISO Kalite Belgesi” sahibi olması, muvazaa olmadığı sonucuna ulaşılan kararda dayanan hususlardan biri olmuştur (Y9HD, 14.10.2004, 22472/23187, Legal, 6, 771-774).

²⁶² Çankaya, 27. Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Süzek, Değerlendirme 2001, 12 vd. Bununla birlikte Çankaya, Yargıtay’ın “ihale bedeli toplam olarak belirlenmekle birlikte bu miktara Katma Değer Vergisinin dahil edilmemesi, KDV’nin asıl işveren tarafından ödeneceğinin kararlaştırılmasını” muvazaa olarak kabul eden kararını (Y9HD, 1.7.1999, 10197/11945) yerinde bulmamıştır (karar ve görüşü için bkz. Çankaya, 27).

²⁶³ Süzek, Değerlendirme 2001, 13-14. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 32-33.

getirmeyen görünüşte bir sözleşme yapmak hususunda anlaşmaları gerekir²⁶⁴. Olayların bir kısmında taraflarda üçüncü kişileri “aldatmak kastı”nın hiç bulunmadığını görmekteyiz. Böyle bir kasıt söz konusu değilse olayın özelliğine göre, “iş aracılığı”ndan veya “meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi” gibi farklı hukuki kurumların varlığından söz edilebilir²⁶⁵. Örneğin, tarafların iradesi aslında işçi teminine uygun olduğu halde sehven bu ilişkiyi alt işverenlik ilişkisi olarak nitelendirmiş olabilirler. Bu durumda muvazaadan söz edilemese de BK 18 uygulanır. Buna göre “*Bir akdin şekil ve şartlarını tayininde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır*”.

Yargıtay da bazı kararlarında muvazaa olgusu üzerinde hiç durmaksızın sözleşmenin niteliğinin “iş bulmaya aracılık”²⁶⁶ veya “geçici iş ilişkisi” olduğu²⁶⁷ sonucuna varmaktadır²⁶⁸. Yüksek mahkemenin incelediği bir olaya göre, 12.10.1995 tarihli ve 95/7375 sayılı kararnamenin eki niteliğindeki kararın 4. maddesinde kamu

²⁶⁴ Süzek, Değerlendirme 2001, 13-14.

²⁶⁵ Süzek, Değerlendirme 2001, 13-14.

²⁶⁶ Y9HD, 4.4.2005, 7774/11838, Çankaya/Çil, 2006, 73-75. Örneğin Yargıtay’ın incelediği bir olayda davalılar arasında yapılan sözleşmede açıkça “sözleşmenin konusu adresindeki fabrikasında üretim konusu olan kumaş boyama, terbiye, tekstil işleri ve bununla ilgili diğer işlerde çalıştırılmak üzere işçi teminidir” şeklinde belirtilmiş, sözleşme bedeli ise işçi sayısı ve ücretine göre kararlaştırılmıştır. Söz konusu olayda yüksek mahkeme, “muvazaa” olgusundan hiç söz etmeksizin davalılar arasında İK 2 anlamında bir alt işveren ilişkisi bulunmadığı, ilişkinin niteliğinin işçi temini niteliği olduğu, bu yüzden de işçinin başlangıçtan itibaren (asıl) işveren işçisi olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Y9HD, 18.12.2006, 32431/33405, ÇT, 14, 2007/3, 255-257).

²⁶⁷ Hizmet alım sözleşmesini karşılayan sözleşme tipinin geçici iş ilişkisi olduğu yönünde bkz. Y9HD, 14.11.2005, 32448/35927, Çankaya/Çil, 2006, 53-54. Y9HD, 12.9.2005, 24216/29422, Çankaya/Çil, 2006, 63-64. Y9HD, 11.7.2005, 19178/24731, www.hukukturk.com.

²⁶⁸ Öte yandan uygulama “bordro şirketi” olarak adlandırılan bir durum söz konusudur. Buna göre “bordro şirketi” denilen şirket, işçinin sadece bordro hizmetlerini yürütmektedir. Doktrinde isabetli olarak bu şirketlerin “alt işveren” niteliği taşımadıkları belirtilmektedir. Nitekim öğretide Engin’e göre, bordro şirketi konusunun kanuni bir zemini bulunmayıp bu uygulama tümüyle hukuka aykırıdır. Nitekim bu bir alt işveren ilişkisi olmadığı gibi İK 7’de yer alan geçici iş ilişkisi veya iş aracılığı kurumlarına da uymamaktadır. Gerçekten de iş aracılığında aracının fonksiyonu bir defalıktır, işçi ve işveren arasında sözleşme imzalandığı anda sona erer (Engin, Sorumluluk, 36. Aynı yönde bkz. Aydın, Alt İşveren, 255). Ulucan’a göre ise, işçi kiralaması dışında bir iş yapmayan “bordro şirketi” uygulaması hukuka aykırı olup bu uygulamayı alt işveren ilişkisi veya ödünç iş ilişkisi (İK 7) olarak değerlendirmek mümkün değildir. Nitekim “bordro şirketleri”, aracılık dışında belirli bir mal veya hizmet üretmemekte, iş sözleşmesi yaptıkları işçileri kendi işyerlerinde çalıştırmamaktadırlar. Durum bu şekildedir, işçilerin benzer bir işte, başka bir işverenin işinde çalıştırılmak üzere geçici olarak çalışmalarından ve bu konuda yazılı bir onay vermiş olmalarından söz edilemez. Ayrıca geçici iş ilişkisinin bireysel düzeyde yapılması gerekirken, bordro şirketleri binlerce işçiye geçici iş ilişkisinde göstermeye çalışmaktadırlar (Ulucan, Karar İncelemesi, 151-152) Aydın’ya göre bordro şirketi uygulamasında, işverenler alt işveren ilişkisi nedeniyle aralarında kurdukları ve geçerli olmasını istedikleri işlemlerle hukuka aykırı amaçlarına ulaşmak istediklerinden “muvazaa”dan değil, “kanuna karşı hile”den söz edilmelidir (Aydın, Alt İşveren, 255).

iktisadi teşekkülü ile bağlı ortaklıkların kadroları dondurulmuş, ancak aynı kararın geçici 1. maddesine göre emekli olan işçilerin yerine işyerinin ihtiyacı olan işçilerin Hazine Müsteşarlığı ile Devlet Personel Başkanlığının görüşleri alınarak taşeron aracılığıyla çalıştırılacakları öngörülmüştür²⁶⁹. Olayda davalı işveren tarafından bu yönde gerekli izinlerin alınarak işyerinin ihtiyacı olan işgücü açığının karşılanması için söz konusu yola başvurulmuştur. Ayrıca davalı tarafından düzenlenen çok sayıda iş bitirme belgesinde yapılan işin adı "işçilik hizmeti temini" olarak gösterilmiştir. Yüksek mahkeme söz konusu olayı “muvazaa” olarak nitelendiren ilk derece mahkemesinin değerlendirmesini isabetli bulmuştur. Doktrinde söz konusu kararı değerlendiren bir yazara göre, olayda bir alt işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği gibi muvazaa da söz konusu değildir²⁷⁰. Çünkü taraflarda üçüncü kişileri aldatmak iradesi olmayıp, davalı kamu kuruluşu işçi ihtiyacı nedeniyle anılan kararnameye ve İhale Kanununa uygun bir şekilde yani devletten aldığı talimat ve yetkiyle bu şekilde sözleşmeler yapmak durumunda kalmaktadır²⁷¹. Bu sebeple dava konusu olayda bir iş aracılığı veya meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi söz konusu olabilir²⁷².

Nitekim Yargıtay’ın verdiği diğer bir kararda –bir önceki karardan farklı olarak- ihale sözleşmesinin Kamu İhale Yasasına, Bakanlar kurulunca çıkarılan tip şartname hükümlerine SSK tebliğlerine ve Maliye Bakanlığı tebliğine uygun olarak yapılması olayda muvazaa olmadığının bir kanıtı sayılırken, bu durum aynı zamanda

²⁶⁹ Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344, www.hukukturk.com.

²⁷⁰ Süzek, Değerlendirme 2001, 14.

²⁷¹ Süzek, Değerlendirme 2001, 14. Bununla birlikte anılan yazar, kanun hükmünde kararnamenin davalı kurumu muvazaalı işlem yapmaya zorladığının belki söylenebileceğini bu doğrultuda söz konusu kararnamenin işçilerin anayasal toplu iş sözleşmesi yapma hakkını ortadan kaldırmaya yönelik olması nedeniyle Anayasa’ya aykırılığının belki ileri sürülebileceğini ancak yasanın gereğini yerine getiren işverende muvazaalı işlem yapma iradesinin bulunduğuunun ispatlanmasının çok güç olduğunu belirtmektedir (Süzek, Değerlendirme 2001, 14).

²⁷² Yazara göre dava konusu olayda, her ne kadar yönetim hakkı davalı kurum tarafından kullanılıyorsa da söz konusu işçilerin ücretini, sosyal haklarını, sosyal sigorta primlerini ödeyen, kendi işyerinden işe giriş ve prim bildirgelerini veren ihaleyi alan dava dışı firma olduğu anlaşıldığından iş akdinin bu firmayla kurulduğu, bu sebeple olayda bir iş aracılığının değil, meslek edinilmiş iş aracılığının bulunduğuunun kabulü yerinde olacaktır. Ancak ödünç iş ilişkisinden de söz edebilmek için, ödünç verenin işçiyle yaptığı iş sözleşmesinin süresinin salt ödünç alan yanındaki istihdam süresiyle sınırlı olmaması gerekir. Bu doğrultuda işçi, ödünç verenin yanında hiç çalışmaz ve bu işçiyle yapılan iş akdinin süresi ödünç alanın yanında çalışacağı süreyle aynı olursa, bu takdirde ödünç verenle işçi arasında iş akdi bulunmasına karşın bir ödünç iş ilişkisinden değil, iş aracılığından söz etmek gerekir. Söz konusu firmanın iş aracılığı konusunda gerekli yetkisinin bulunmaması ise “yasak bir iş aracılığından” söz edilmesine ve bu faaliyete cezai yaptırım uygulanmasına neden olsa da bu durum davalı kurum ile anılan işçiler arasında bir iş sözleşmesinin kurulmuş sayılmasına engel oluşturmaz. Sonuç itibarıyla Süzek Yargıtay’ın kararına “sonucu” itibarıyla katılmakta fakat “gerekçesi” itibarıyla katılmamaktadır (Süzek, Değerlendirme 2001, 14).

ilişkinin İK 2/6 anlamında alt işverenlik olduğu sonucuna da götürmüştür²⁷³. Oysa aynı olayda, müteahhitler değiştiği halde davacı ile birlikte diğer işçilerinde çalışmalarını aralıksız olarak sürdürdükleri, işe alma ve işten çıkarma konularında asıl yetkinin davalı (asıl) işverene ait olduğu, bunun dışında kalan işlerde de davalının büyük yetkilerle donatıldığı, işçilerin, işyerlerinin denetimi ile ilgili tüm yetkilerin onda toplandığı, maaş, mesai, kıdem, ihbar gibi tazminat alacakları ile yemek ve yol giderleri ve ihaleye konu işlerin yürütülmesinde kullanılacak araç, gereç ve malzeme maliyetleri esas alındığında maaş dışındaki tüm kalemlerdeki sorumluluğun davalı (asıl) işverence karşılanacağı hususunda tarafların sözleşme dışı bir anlaşma yapması olguları bulunmaktadır. Olaydan anlaşıldığı kadarıyla dava dışı alt işverenin tek işlevi, davacıyı işe almak, ücretini, sosyal haklarını, sigorta primlerini ödemek ve kendi işyerinde işe giriş ve prim bildirgesi vermekten ibarettir. Yine aynı olayda, ihaleyi alan firma 500 milyon lira sermaye ile kurulmuş ve 150 milyar zarar edeceği bir sözleşmeyi bile bile imzalamıştır. Kanımıza göre kamu kurumunun belirtilen mevzuat hükümlerine uygun bir şekilde hareket etmesi olayda “muvazaa” olmadığını gösterebilirse de, İş Kanunu anlamında geçerli bir alt işveren ilişkisinin kurulduğundan söz etmek de mümkün değildir.

Öte yandan, doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre alt işveren ilişkisinin taraflarından birinin resmi kurum olması durumunda, salt bu sebeple “muvazaa” kurumunun oluşmadığı sonucuna da ulaşılmamalıdır²⁷⁴. Çünkü resmi kurum, alt işveren ilişkisinde “kamusal yetkisini (gücünü)” kullanmamakta, aksine özel hukuk alanını ilgilendiren bir ilişkinin doğrudan tarafı olarak yer almaktadır²⁷⁵. Bu doğrultuda bir kamu gücünün kullanımı yoksa, özel hukuk kişileri ile kurulacak özel hukuk ilişkilerinin çerçevesi, hukuk kuralları ile (kanun, kararname, tebliğ, yönetmelik gibi) önceden tek taraflı olarak kamu kurumu için belirlense bile, kurulan ilişkinin özel hukuk kurallarına tabi olmasını engellemez²⁷⁶.

²⁷³ Y9HD, 24.1.2005, 30506/1232, Çimento İşveren, Mart 2005, S:2, C:19, 48-50. Ayrıca bkz. Y9HD, 14.10.2004, 22472/23187, Legal, 6, 771-774.

²⁷⁴ Aydınli, Alt İşveren, 293-294. Aksi yönde Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 225, 228. Aydınli’nın bu görüşe karşı eleştirisi, Alt İşveren, 293-294. Nitekim doktrinde Süzek’e göre kamuda ve özelde muvazaa konusunu ayrı değerlendirmek mümkün değildir, “muvazaa herkes için muvazaadır” (Süzek, Soru-Cevap, Alt İşveren, 78).

²⁷⁵ Aydınli, Alt İşveren, 293.

²⁷⁶ Aydınli, Alt İşveren, 293. Aydınli’ya göre bu nedenlerle, kamu kurumlarının bazı işlerini hizmet satın alma yolu ile piyasadan karşılamalarına ilişkin hukuk ilişkileri özel hukuk kurallarına tabidir. Ancak kamu kurumunun bazı hizmetleri dışarıdan satın alma yolu ile karşılayabilmesine imkan veren

a) Kanuna Karşı Hile Görüşü

Öğretide hukuka aykırı alt işveren ilişkisi, genellikle “muvazaa” kurumu bağlamında ele alınmaktadır. Nitekim kanunun İK 2/7 hükmünde de açıkça muvazaa kavramından söz edilmektedir. Esasen alt işveren ilişkisinde “muvazaa” kavramının, genellikle “geçersizliği” ifade etmek için kullanıldığı, her türlü geçersizlik halinin muvazaa şeklinde nitelendirilmesinin ise bir alışkanlıktan ve 2. maddenin tercihinden ileri geldiği isabetli olarak belirtilmektedir²⁷⁷.

Öte yandan doktrinde bir görüşe göre, hukuka aykırı alt işveren uygulamasının hukuken “muvazaa” olarak değil, “kanuna karşı hile” olarak nitelendirilmesi daha isabetlidir²⁷⁸. Nitekim bu görüşe göre “muvazaa kurumunun en önemli unsuru, muvazaalı ilişkinin altında yatan ve onun muvazaalı olmasını sağlayan muvazaa anlaşmasıdır. Bu anlaşmanın konusu ise, söz konusu işlemin taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağıdır. Bu anlaşma ile amaçlanan üçüncü kişileri görünürdeki bir işlemle aldatmaktır. Halbuki muvazaalı olarak nitelenen alt işveren ilişkisi incelendiğinde muvazaanın tersine, gerek asıl işveren ve alt işveren arasındaki alt işveren ilişkisinin, gerekse alt işveren ve işçileri arasındaki iş sözleşmesinin geçerli olmasını istemektedirler. Özellikle işverenler, yapılan alt

hukuki düzenleme karşısında alt işveren ilişkisinin “sırf bu nedenle muvazaalı sayılması” da mümkün değildir (Aydınlı, Alt İşveren, 293-294).

²⁷⁷ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 61. Nitekim Kılıçoğlu ve Şenocak, İK 2/6 ve 7. fıkralarının üst üste alt işverenlik ilişkileri kurularak dolanılamayacağını ve eğer kurulan ikinci alt işverenlik ilişkisinde ‘kanunu dolanma amacı’ görülürse bu ilişkinin muvazaalı olduğu ve İK 2/7 de düzenlenen yaptırıma tabi olduğunu belirtmişlerdir (Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 77).

²⁷⁸ Aydınlı, Alt İşveren, 287 vd. Aynı yönde bkz. Elbir, 14-15. Benzer yönde Şen, Taşeronluk, 125. Doktrinde, işverenlerin “somut ekonomik ve işletmecilik gerekleri gibi objektif gerekçelere dayanmayan”, işçilerin sendikalaşmasını veya toplu iş sözleşmesinden faydalanmalarını engellemek veya kanundaki bazı yükümlülüklerden kurtulmak için tüm işi bölümlere ayırarak taşeronlara dağıtmasını ve kendisinin hiç işçi çalıştırmamasının “kanuna karşı hile” olduğunu ileri sürmektedir. Bu durumda akdin konusu hukuka aykırı olduğundan BK 19 ve 20’deki butlan hükmünün uygulanması mümkündür (Eyrenci, Değerlendirme 1994, 7. Bozkurt Yüksel, 50. Şen, Taşeronluk, 125). Diğer bir görüşe göre, alt işveren ilişkisinin kurulma amacı işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan haklarının sınırlandırılması ise ilişkinin muvazaalı olduğundan söz edilebilecektir (Özveri, 397. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 72-73. Günay, Alt İşveren, 28). Yargıtay’ın kanuna karşı hile ve muvazaadan birlikte söz ettiği karar için bkz. Y9HD, 3521/14038, Tekstil İşveren, S.188, Haziran 1995, 31 ve bu kararı Hukuk Genel Kurulunun onayan kararı 1.11.1995, 9-861/15, Şen, Taşeronluk, 124-125. Canbolat’a göre, asıl işverenden alınan işte hiç işçi çalıştırmaksızın bu işin başkasına verildiği durumda, işin verildiği kimse, işi asıl işverenden almadığı için alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Ancak bu uygulamada tarafların amacı, asıl işverenin müteselsil sorumluluğunu ortadan kaldırmaksa “kanuna karşı hile” den söz edilmelidir çünkü kanunen geçerli olabilecek bu işlemler kanuna aykırı bir amaç olan “asıl işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmak için” yapılmıştır (Canbolat, 29-30). .

işveren ilişkisinin geçerli olmasını isteyerek amaçlarına ulaşmak istemektedirler. Çünkü işverenler böyle bir ilişkinin geçerli olması ile işçilik haklarından maliyetleri düşürme sendikal hakları engelleme gibi amaçlarına ulaşabilirler. Bu nedenle işverenler aralarındaki ilişkinin geçersiz olmasını istemeleri kendi amaçları ile çatışmaktadır²⁷⁹. Öte yandan aynı görüşe göre, İK 2/7 hükümleri muvazaanın unsurlarını ve sonuçlarını düzenleme olmayıp alt işveren ilişkisinde muvazaa bulunup bulunmadığının genel hükümlere göre değerlendirilmesi gereken bir husustur. Yine, m.2/7 hükümleri ister muvazaa ister kanuna karşı hile olarak değerlendirilsin sadece işçiye ispat kolaylığı sağlayan adi karineler getirmektedir. Ayrıca, “muvazaa hukuken geçerli işlemlerle yapılabilen bir geçersizlik türüdür. O halde alt işveren ilişkisinin, öncelikle muvazaalı sayılabilmesi için bu ilişkinin İş Kanunu’na göre unsurlarında bir eksiklik olmaması veya başka bir geçersizlik halini (şekil ve ehliyet eksikliği, imkansızlık gibi) üzerinde taşınamaması gerekir. Bu sebeple kanunda öngörülen alt işveren unsurlarının olmamasının doktrin ve uygulamada doğrudan muvazaa sayılması muvazaa kurumunun özelliği ile bağdaşmamaktadır”²⁸⁰.

Yazara göre alt işveren ilişkisindeki yaptırımın yapısı ve düzenleniş şekli, kanuna karşı hileye daha uygundur²⁸¹. Nitekim kanuna karşı hilede öncelikle dolanılan kanunun bu konuda özel bir düzenlemesi varsa bu yaptırım, böyle bir düzenleme yoksa butlan yaptırımı uygulanır. İK 2/7 hükmünde ise, kanun koyucunun hukuka aykırı alt işveren ilişkilerinin muvazaalı olduğunu belirtmesi butlan yaptırımının uygulanması için yeterliyken, ayrıca muvazaalı saydığı alt işveren ilişkisine dayalı olarak asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında baştan itibaren yeni bir iş sözleşmesi olduğu gibi bir sonuca gitmektedir. Bu hüküm doğrultusunda, butlan hükmü alt işveren ilişkisini sona erdirirken “alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında olmayan bir iş sözleşmesinin baştan itibaren kurulmuş sayılması şeklinde” “yeni bir hukuki ilişkinin canlandırılması” sonucu doğmaktadır. Ayrıca, kanun koyucu kanunda düzenlediği özel butlan yaptırımının hüküm ve sonuçlarını, iş hukuku anlayışının tersine geçmişe etkili kılmak için “başlangıçtan itibaren” ifadesini kullanmaktadır. Her halükarda buradaki yaptırım muvazaada uygulanan

²⁷⁹ Aydınli, Alt İşveren, 290.

²⁸⁰ Aydınli, Alt İşveren, 303.

²⁸¹ Aydınli, Alt İşveren, 319.

yaptırımdan farklı olarak kanuna karşı hilenin önüne geçmek isteyen özel bir düzenlemedir”²⁸².

Buna karşılık bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre, hukuka aykırı alt işveren uygulamasının teorik olarak kanuna karşı hile olarak kapsamında değerlendirilmesi yerinde görülebilirse de İK 2/7 hükmünde hukuka aykırı alt işveren ilişkisi “muvazaa” olarak nitelendirilmiştir²⁸³. Kanunda anılan fıkrada, ifade edilen durumlarda alt işverenliğe “muvazaalıdır” yerine “muvazaalı...kabul edi(lir)...” denilerek bir kabul ortaya konduğundan, teorik olarak kanuna karşı hile olsa bile pozitif hukuk yönünden burada kanuna karşı hileden söz edilemez²⁸⁴.

Esasen hukuken kanuna karşı hile olarak nitelendirildiğinde de asıl işveren alt işveren ilişkisi geçerli kabul edilmeyecek, alt işveren işçileri de asıl işveren işçileri ile aynı işleme tabi tutulacaklardır²⁸⁵.

Kanımıza göre, hukuka aykırı alt işveren ilişkilerinin “peşinen” muvazaa veya “kanuna karşı hile” olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Nitekim olayın özelliğine göre iki kurumundan birinin unsurlarının ortaya çıkması mümkündür. Bu sebeple bu konudaki nitelendirme, olayın özelliğine göre hakim tarafından yapılmalıdır. Buna karşılık, İK 2/7’de öngörülen durumlar açısından yasa koyucu “muvazaa kabul edilmesi” ifadesini kullanarak hukuki nitelendirmeyi bu şekilde yaptığından bu durumlarda kanuna karşı hileden değil, muvazaadan söz etmek gerekecektir.

b) Dolaylı Temsil İlişkisi Görüşü

Diğer bir görüşe göre hukuka aykırı alt işveren ilişkisinin hukuki niteliği “dolaylı temsil ilişkisi” olarak açıklanmalıdır²⁸⁶. Buna göre, iş hukukunun geçersiz kabul ettiği bir alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçisi ile asıl işveren arasında başlangıçtan itibaren iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir (İK 2/7). Anılan görüş uyarınca, bu hukuksal sonuç ve bu sonuçtan doğan uyumsuzluklara uygulanacak hükümler, sadece “dolaylı temsil” ile açıklanabilir. Nitekim yazara göre, “geçersiz bir alt işveren ilişkisinde iş sözleşmesini kendi adına kuran alt

²⁸² Aydın, Alt İşveren, 319.

²⁸³ Mollamahmutoğlu, 176-177. Benzer yönde Şen, Yeni İş Yasasında, 91.

²⁸⁴ Mollamahmutoğlu, 177.

²⁸⁵ Çankaya/Çil, 2009, 52. Günay, Toplu İş İlişkileri, 8.

²⁸⁶ Başbuğ, İşveren Vekili, 25 vd, 34-35.

işveren, böylece asıl işveren hesabına bu sözleşmeyi kurduğu kabul edilerek bir temsil ilişkisi kurulmaktadır. Alt işveren, artık bir işveren değil, ilişkinin başından itibaren işveren vekilidir²⁸⁷. Diğer yandan yazara göre alt işverenin, yargının vereceği tespit hükmüne kadar kurduğu bozucu ya da kurucu yenilik doğurucu hakları ile diğer hak ve yükümlülükleri bakımından gerçekleşen işlemlerin geçerli kabul edilmesi zorunludur. Bunun içinse ilişki muvazaalı sayılıncaya kadar alt işverence yapılan fesih, ücret ödeme gibi her türlü işlemin geçerli olması ve bu işlemde doğan borçların geriye doğru asıl işverene geçmesi ve hukuken onu bağlayabilmesi için geçersiz alt işveren ilişkisinde alt işvereni asıl işverenin dolaylı temsilcisi saymak, yani alt işverenin asıl işveren hesabına ancak kendi adına işlem yapan dolaylı temsilci olduğunun kabulü gereklidir²⁸⁸.

Kanımıza göre bazı durumlarda alt işveren görünen kişinin aslında “işveren vekili” niteliği taşıması ihtimali olmakla birlikte, bu durumun her olayda söz konusu olacağından söz edilemez. Nitekim işveren vekili konumu için, bir kimseye işveren tarafından belirli bir konuda *doğrudan doğruya temsil yetkisi* vermesi gerekmektedir²⁸⁹. Doğrudan doğruya temsil ilişkisinin bir sonucu olarak, işveren vekilinin yaptığı hukuki işlemler başka bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan işverenin hukuki alanında hüküm ve sonuç doğurur (BK 32). Nitekim İş Kanununda “*İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur*” (İK 2/4) denilmek suretiyle doğrudan doğruya temsil ilişkisinin varlığı kabul edilmektedir²⁹⁰. Öte yandan işveren vekili sayılmanın ikinci koşulu, işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev almaktır²⁹¹. Nitekim İş Kanununa göre “*işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir*” (İK 2/4). Oysa alt işveren ilişkisinin geçersiz

²⁸⁷ Başbuğ, İşveren Vekili, 25.

²⁸⁸ Yazara göre, geçersiz alt işveren ilişkisinin hukuki niteliği dolaylı temsil ilişkisi olarak belirlendiğinde işveren vekili olarak kabul edilen alt işveren, bu sıfatla taraf olmasından dolayı kendisine yöneltilen borçlardan kurtarılmasını hukuki dayanağı BK 394/1 ve 413/1 çerçevesinde talep edebilecektir (Başbuğ, İşveren Vekili, 34-35). Aydınli bu görüşe şu gerekçelerle karşı çıkmaktadır: Dolaylı temsilde temsil yetkisinin temsil olunan (asıl işveren) tarafından temsilciye (alt işverene) verilmesi gerekir ki böyle bir yetki olmadan dolaylı temsil ilişkisinden söz edilemez. Temsil yetkisinin asıl işveren ve alt işveren arasındaki istisna sözleşmesi ile verildiğinin kabulünün zor olduğu gibi, aksine asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı yönetim hakkının bulunması doktrin ve uygulamada muvazaa ölçütü olarak kabul edilmektedir. Ayrıca bu görüş asıl işverenin alt işverene rücu hakkı ile de çelişkili bir sonuç ortaya çıkarmaktadır (Aydınli, Alt İşveren, 302).

²⁸⁹ Süzek, 2008, 166.

²⁹⁰ Süzek, 2008, 166. Doğrudan doğruya temsil ilişkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 386.

²⁹¹ Süzek, 2008, 166.

sayıldığı olayların çoğunluğunda, işyerinde yönetim yetkisi tamamen asıl işveren tarafından kullanılmakta, alt işverenin bu konuda herhangi bir yetkisi söz konusu olmamaktadır²⁹².

§2. Muvazaalı Alt İşveren İlişkisinin Tespiti

I.Muvazaanın İdare Tarafından Tespiti

1.Genel Olarak

2008 yılında 5763 sayılı Yasa²⁹³ ile İş Kanununun 3/2 hükmünde yapılan değişiklikle İK 2/6 uyarınca iş alan alt işverene yazılı alt işverenlik sözleşmesi yaparak bu sözleşme ve gerekli belgelerle birlikte işyerini bildirme yükümlülüğü getirildiğine yukarıda değinilmiştir²⁹⁴. Aynı maddenin devamında bu şekilde tescili yapılan işyeri için alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı konusunda idareye inceleme, denetleme ve tespit yetkisi verilmiştir. Bu hükmeye göre “*Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir...*”. 5763 sayılı Kanunun genel gerekçesinde ise bu değişikliğin nedenine yer verilmiştir. Buna göre “uygulamada asıl işveren alt işveren ilişkisinin amacına aykırı olarak kullanılmasını önlemek için alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması zorunluluğu getirilmiş ve bölge müdürlüklerine, alt işverenliğin tescilinden sonra inceleme yetkisi verilmiştir”²⁹⁵.

Görüldüğü gibi anılan yasa ile, bölge müdürlüğüne (iş müfettişlerine) muvazaanın tespiti²⁹⁶ ve denetimi konusunda yetki verilmiştir. Buna göre bölge

²⁹² Öte yandan dolaylı temsil ilişkisinde de, temsil sonunda yapılan hukuki işlemde doğan hak ve borçlar, önce mümessilin hukuki alanında doğar; daha sonra ikinci bir işlemle bu hak ve borçlar, (alacağın temliki veya borcun nakline ilişkin kurallar uyarınca) mümessil tarafından temsil olunana devir ve nakledilir (Eren, 388). Oysa olayların çoğunluğunda, iş ilişkisinden doğan haklar ve borçlar “doğrudan (asıl) işveren” tarafından kullanılmaktadır.

²⁹³ İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG, 26 Mayıs 2008, 26887, m.1.

²⁹⁴ Bkz. İkinci Bölüm, §1, VI.

²⁹⁵ Değişikliğin Meclis gerekçesine göre ise “...4857 sayılı Kanun’un 3. maddesinde yapılan düzenleme ile, işi devralan alt işverenin Bölge Müdürlüğüne tescil için müracaat etmesi, Bölge Müdürlüğünce başvuru belgelerinin gerektiğinde iş müfettişine incelettirilmesi ve muvazaalı bir durumun tespiti halinde tescilin iptal edilmesi öngörülmektedir” (Yılmaz, 2).

²⁹⁶ Centel’e göre maddede yer alan “...muvazaalı işlemin tespiti halinde...” ifadesi, iş müfettişinin incelemesinin İK 2/7’de belirtilen hallerle sınırlı olmadığını göstermektedir (Centel, Son Değişiklik, 8. Mollamahmutoğlu, 178). Mollamahmutoğlu’na göre de müfettiş, işyerine ilişkin belgeler üzerinde inceleme yaparken muvazaa ölçütlerine göre muvazaalı işlemin varlığını hukuken teyit eden bütün halleri dikkate alarak tespit işleminde bulunur (Mollamahmutoğlu, 178). Alpagut’a göre de, İş

müdürlüğü, tescili yapılan alt işverenin işyerine ait yazılı alt işverenlik sözleşmesini ve ilgili belgeleri *gerekirse* iş müfettişlerine inceletecektir²⁹⁷.

Öğretide isabetli olarak söz konusu düzenlemeyle, iş müfettişi raporunun hukuken “idari bir işleme eş” kabul edildiği ve bu sebeple iş müfettişi raporunun teknik anlamda idari işlemin özelliklerini taşıması gerektiği belirtilmiştir²⁹⁸. Bu doğrultuda müfettiş raporunun *gerekçeli olması* raporun geçerliliği için zorunludur; aksi takdirde “sebepten dolayı sakat bir idari işlem” söz konusu olur²⁹⁹. Nitekim “gerekçeli olma” idari işlemin en önemli özelliklerinden biri olup hukuk devletinin de bir gereğidir³⁰⁰. Öyle ki işlemin gerekçesiz olması veya gerekçenin yeterli olmaması idari işlemin iptali sebeplerinden biridir³⁰¹. Öte yandan doktrinde belirtildiği üzere iş müfettişi raporu, idari işlem niteliği taşımakla birlikte derhal etkileyici sonuç doğuran ve hemen yürütülebilen bir işlem değildir, adeta bir ön idari işlem niteliğindedir³⁰². Çünkü bu işlemin bir hüküm ifade edebilmesi için, işverenlerin altı işgünü içinde dava açmaması veya dava açılmışsa mahkemenin olayda muvazaa olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Yine bu doğrultuda, iş müfettişi incelemesi sırasında alt işverenlik sözleşmesinin yürürlüğü ile ilgili herhangi bir önlem alamaz ve karar veremez³⁰³. Muvazaanın varlığını tespit eden müfettiş raporuna karşı dava açılması durumunda, mahkemenin kararı bulunmadıkça alt işverenlik sözleşmesinin yürürlüğü konusunda otomatik bir etki ortaya çıkmaz³⁰⁴.

müfettişinin muvazaa incelemesi ise İK 2/7 de yer alan kriterler ve fıkranın devamında belirtildiği gibi genel olarak alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu gösteren diğer olgular çerçevesinde gerçekleştirilecektir (Alpagut, Yönetmelik, 59).

²⁹⁷ Süzek, 2008, 161. Alpagut, Alt İşveren, 37. Mollamahmutoğlu, 177-178. Çankaya/Çil, 2009, 35. Çelik, Koşullar, 89. Şen/Naneci, 33-34. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11 vd.

²⁹⁸ Yılmaz, 9.

²⁹⁹ Mollamahmutoğlu, 178. Yılmaz, 9. Şen/Naneci, 38. Aynı yönde Centel, Son Değişiklik, 8.

³⁰⁰ Yılmaz, 9. Gerekçenin idari işlemlerdeki önemi konusunda bkz. Yılmaz, 9.

³⁰¹ Yılmaz, 9. Yılmaz’a göre müfettişin, raporunu inandırıcı gerekçe ile hazırlaması ve vardığı sonucu yeterli şekilde hukuki ve somut delillerle desteklemesi gerekir. Zira bu rapor işçi ve işverenle olduğu kadar ülke ekonomisi ve iş barışıyla da doğrudan ilgilidir (Yılmaz, 9-10).

³⁰² Yılmaz, 9. Şen/Naneci, 38.

³⁰³ Yılmaz, 9.

³⁰⁴ Yılmaz, 9.

2.Tespit Süreci

a)Müfettişin Muvazaa İncelemesinde Göz Önünde Bulunduracağı

Hususlar

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin “muvazaanın incelenmesi” başlıklı 12. maddesinde, muvazaa incelemesi yapacak olan iş müfettişinin *özellikle bazı hususları göz önünde bulundurması* öngörülmüştür. Buna göre iş müfettişinin göz önünde bulunduracağı hususlardan biri, “*alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı*”dır (2, a). Yönetmeliğin bu hükmünden, yardımcı işlerin alt işverene verilmesi durumunun muvazaa teşkil edeceği yönünde bir anlam çıkmaktadır³⁰⁵. Oysa gerek İK m.2 gerek AİY m.3 uyarınca yardımcı işlerin alt işverene verilebileceği konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Yönetmeliğe göre iş müfettişinin inceleyeceği diğer bir husus, “*alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı*”dır (2, b). Doktrinde isabetli olarak, İK 3/son hükmünde iş müfettişine salt muvazaalı işlemin tespiti konusunda yetki verilmişken Yönetmelikte, alt işverene verilen işin “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” niteliğinde olup olmadığının incelenmesi görevinin de verilmiş olmasının normlar hiyerarşisine ve hukuka aykırı olduğu ve Yönetmeliğin kanuna aykırılığı sebebiyle iptalinin gerektiği belirtilmiştir³⁰⁶. Nitekim Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce ileri sürülen bir görüşe göre, iş müfettişi tüm kanuna aykırılık halleri bakımından değil, salt muvazaa yönünden bir inceleme yapabilecektir³⁰⁷. Buna göre söz gelimi iş müfettişinin “işin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümü olup olmadığı” veya asıl işte kurulan alt işveren ilişkisinde “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” koşulunun bulunup bulunmadığına ilişkin bir inceleme yetkisi verilmemiştir. Zira muvazaa, geçerli olarak kurulmuş bir ilişkide söz konusu olabilir³⁰⁸. Diğer bir görüşe göre ise iş müfettişi, asıl işveren alt işveren ilişkisinin yokluğunu da tespit yetkisine sahiptir³⁰⁹.

³⁰⁵ Kızıloğlu, 99. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliği Değişiklik Taslağı’nda bu ifade çıkarılmaktadır (Kızıloğlu, 101).

³⁰⁶ Centel, Alt İşveren, 57. Alpagut, Yönetmelik, 61. Kızıloğlu, 100-101.

³⁰⁷ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 22. Göktaş, 103.

³⁰⁸ Göktaş, 103.

³⁰⁹ Centel, Son Değişiklik, 8.

İş müfettişinin muvazaa incelemesinde özellikle göz önünde bulunduracağı diğer hususlar; “alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı”, “alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı”, “istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı”, “alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı”dır. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre, alt işverenin “istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı” hususunun neyi ifade ettiği anlaşılamamaktadır çünkü alt işverenin asıl işverenden aldığı işte çalıştıracağı işçinin o iş için aranan niteliklere uygun olup olmaması, “iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesi ile bağlantılıdır”³¹⁰. Bu görüşe göre alt işverenin çalıştırdığı işçinin uygun nitelikli olup olmadığı Bakanlık tarafından değerlendirilemeyeceği gibi, böyle bir değerlendirmenin hukuki ve mantıklı açıklaması da bulunmamaktadır³¹¹.

Nihayet, iş müfettişlerinin göz önünde bulunduracakları diğer bir husus, “yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı” ve “alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kollektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı” olacaktır. Öğretide “kamusal yükümlülüklerden kaçınmak” hükmü son derece geniş olması bakımından eleştirilmiştir³¹².

b)Müfettişin Muvazaa İncelemesini Yapacağı Zaman

Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre iş müfettişlerinin muvazaa incelemesi yapma yetkisi ancak, “*alt işverenlik ilişkisinin tescilinden sonra*”

³¹⁰ Alpagut, Yönetmelik, 62. Aynı yönde Çelik, Alt İşveren İlişkisi, 13.

³¹¹ Alpagut, Yönetmelik, 62. Nitekim, Alt İşverenlik Yönetmeliği Değişiklik Taslağında muvazaa incelemesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan, “alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı”, “istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı” ifadeleri çıkarılmaktadır (Kızıloğlu, 101).

³¹² Alpagut, Alt İşveren, 40. Buna göre işyerinde bir alt işveren ilişkisi kurulduğunda, işçi sayısının örneğin 50’nin altında kalması veya kreş kurma yükümlülüğü açısından 150’nin altında kalması gibi bazı sonuçlar ortaya çıkabilir. Ancak eğer alt işveren ilişkisinin kurulması bakımından objektif koşullar bulunuyorsa ve ilişki gerçek bir nitelik taşıyorsa, ortaya çıkan bu sonuçların doğrudan muvazaa olarak kabulü mümkün değildir (Alpagut, Alt İşveren, 40). Anılan hükümle ilgili olarak bir diğer eleştiri konusu, hükmün “...ihtiva eden sözleşmeyi ifade eder” şeklinde bitirilmiş olmasıdır. Buna göre “muvazaa sözleşme ifade etmez, doğrusu muvazaalı işlem veya muvazaalı sözleşme olmalıdır (Alpagut, Alt İşveren, 41. Aynı yazar, Yönetmelik, 61).

başlar³¹³. Buna göre alt işveren, kendi işyerinin tescili için bölge müdürlüğüne başvurduğunda; bölge müdürlüğü alt işverenlik sözleşmesi usulüne uygunsa bu aşamada muvazaa incelemesine girmeksizin, alt işverenin işyerini tescil edecek; muvazaa incelemesini ise tescil işleminden sonra yapacaktır³¹⁴. Bu durumda bölge müdürlüğünün tescil aşamasında kendisine ibraz edilen alt işverenlik sözleşmesini iş müfettişine havale ederek tescil talebini bu sebeple bekletmesi veya tescilden önce verilen alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu yolundaki rapora dayanarak tescil talebini reddetmesi kanuna aykırıdır³¹⁵. Çünkü konunun düzenlendiği İK 3/2 hükmünde, “...tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir” denilmekte ve muvazaanın tespiti halinde “tescilin iptal edileceği” ifadesi yer almaktadır. Ayrıca Yönetmelik’in 12/1 hükmünde “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 müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir” düzenlemesinde yine tescili yapılan işyerinden söz edilmektedir. 5763 sayılı Kanunun genel gerekçesine göre ise, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığı incelemesinin, “alt işverenliğin tescilinden sonra” yapılacağı belirtilmiştir.

Öte yandan İK 3/2 hükmünde, “...tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir” ifadesi kullanılmıştır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, iş müfettişlerinin “gerektiğinde” inceleme yapması ifadesi belirsizlik içermektedir ve böyle önemli bir konuda incelemenin takdire bırakılması isabetli olmamıştır³¹⁶. Diğer bir görüşe göre ise söz konusu ifade, iş müfettişinin yetkisinin, bütün alt işverenlik sözleşmelerinin sistematik ve otomatik olarak incelenmesine

³¹³ Yılmaz, 6- 7. Şen/Naneci, 33-34.

³¹⁴ Yılmaz, 6-7. Şen/Naneci, 33-34. Nitekim alt işverenin bölge müdürlüğüne yapacağı başvurunun amacı işyerinin tescilidir, muvazaa olup olmadığının tespiti değildir (Şen/Naneci, 34).

³¹⁵ Yılmaz, 7. Böyle bir durumda tescil talebinin reddine karşı açılacak olan davanın İK 3/2’deki hükme göre değil, *idari yargıda* idari işlemin iptaline ilişkin olarak genel hükümler çerçevesinde açılması gerekir (Yılmaz, 7).

³¹⁶ Alpagut, Alt İşveren, 37. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 10-11. Centel, Son Değişiklik, 6. Engin, Sorumluluk, 16. İdare hukukunda idarenin takdir yetkisi mutlak değildir ve takdir yetkisi –yasayla da olsa- İdare’ye tanınırken bu yetkiyi kullanmanın ölçütlerinin de açık bir şekilde gösterilmesi gerekir. Aksi takdirde hukuk devleti ilkesine aykırı olarak “keyfiliğe” kapı açılmış olur (Centel, Son Değişiklik, 7. Şen/Naneci, 34).

yönelik olmadığına bir göstergesidir³¹⁷. Buna göre bütün alt işverenlik sözleşmelerinin tamamı doğrudan iş müfettişleri tarafından incelenmeyecek; inceleme yalnızca gerekli görülen hallerde yapılacaktır. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 12/2 hükmünden ise, incelemenin “belgelerde kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması” ile sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır³¹⁸.

Bir görüşe göre iş müfettişinin muvazaa incelemesi yapabilmesi için bölge müdürlüğünün talebi zorunlu değildir, inceleme daha sonra yapılacak bir ihbar veya şikayet üzerine de yapılabilir³¹⁹. Nitekim “bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir” ifadesi bunu gerektirmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, İK 3/2 hükmünde istisnai ve sınırlı bir yetki öngörülmüş olup iş müfettişinin inceleme yetkisi bölge müdürlüğünün talebine bağlıdır³²⁰. O halde iş müfettişi, bölge müdürlüğünce konu kendine intikal ettirilmeden (örneğin bir ihbar veya şikayet üzerine) inceleme yetkisini haiz değildir. Bu görüşün dayanaklarından biri, Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 12/1 hükmünde yer alan “...söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir” düzenlemesidir. Ayrıca İş Kanununun 3/2 hükmüne göre “...Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir...”. Görüldüğü gibi bu maddede de “tescili yapılan işyerine ait belgelerin gerektiğinde” incelenmesinden söz etmektedir. Öte yandan bu görüşe göre, bu sonucun aksinin kabulü durumunda, tescil edilen ve uzun zaman sorunsuz olarak uygulanan bir alt işverenlik sözleşmesi hakkında alt işverenlik sözleşmesi hakkında alt işveren işçilerinden birinin şikayeti üzerine iş müfettişinin muvazaayı tespiti ve buna karşı itiraz hususu gündeme gelebilecektir³²¹. Böyle bir durumda ise, “kötüniyetli bir bölge müdürlüğü söz konusu inceleme yetkisini her an işverenlerin

³¹⁷ Yılmaz, 6. Şen/Naneci, 34. Centel’e göre de anılan hükümde, tescile ait işyeri belgeleri “otomatikman” değil, “gerektiğinde” incelenmesi öngörülmüştür (Centel, Son Değişiklik, 6).

³¹⁸ Şen/Naneci, 34. Alt İşverenlik Yönetmeliği Değişiklik Taslağı’nda bu hükümdeki “muvazaa kanaatini oluşturan deliller” ibaresi metinden çıkarılmaktadır (Kızıloğlu, 100).

³¹⁹ Ürcan, 962-963. Centel, Son Değişiklik, 7. Engin’e göre de “gerektiği takdirde” ifadesi, iki olasılığı düşündürmektedir. Birinci olasılık, muvazaalı işlemde şüphelenen bölge müdürlüğünün tescili yapmakla birlikte, belgeleri iş müfettişlerine incelettirmesidir. Diğer bir olasılıksa, alt işverene devir sırasında sözleşmesi feshedilen asıl işveren işçilerinin veya alt işveren işçilerinin şikayeti üzerine inceleme yapılmasıdır. Her iki olasılıkta da işyerinde inceleme yapılmadan belgeler üzerinden karar verilebilecektir (Engin, Sorumluluk, 16).

³²⁰ Yılmaz, 7. Şen/Naneci, 35.

³²¹ Yılmaz, 7. Şen/Naneci’ye göre de bu durum hakkaniyete uygun değildir (Şen/Naneci, 35).

üzerinde Demokles'in kılıcı gibi bir tehdit unsuru olarak tutabilecek" veya "bölge müdürlükleri fiilen sendikaların baskısı altında kalarak yersiz ve gereksiz incelemeleri harekete geçirebileceklerdir"³²². Bu nedenle, müfettiş incelemesinin sadece işyerinin tescili aşaması ile sınırlı olduğu kabul edildiğinde bu haklı endişeler ortadan kalkacaktır³²³.

c)Müfettişin Muvazaayı İnceleme Yöntemi

Bir görüşe göre, iş müfettişlerinin yapacağı inceleme yalnızca belgelerle sınırlıdır; iş müfettişinin belgeler dışında ilgililerden (ve bu arada asıl işveren ve alt işverenden) başka bilgi ve belge talep etmesi, işyerinde incelemeler yapması, işçileri dinlemesi vb. işlemler yapması mümkün değildir³²⁴. Zira Yönetmelik 12/1 hükmünde, "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 müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal" ettirilmesinden söz edilmektedir.

Diğer bir görüşe göre iş müfettişinin yerinde inceleme yapması gerekir³²⁵. Diğer bir yazara göre, söz konusu belgeler ve bu arada alt işveren sözleşmesi, muvazaa belirtisi olarak kabul edilebilecek unsurlardan tamamen arındırılmış şekilde hazırlanmış olmasına rağmen, uygulama bunun tam tersi olabilecektir³²⁶. Böyle bir durumun araştırılması için izlenecek yol açık olmamakla birlikte araştırmanın iş müfettişlerinin sözleşmenin incelenmesiyle yetinmeyip işyerlerini denetimini de gerekli kıldığı dikkate alındığında getirilen sistemin işlerliğinin ne kadar güç olduğu görülür³²⁷.

³²² Centel, Son Değişiklik, 7. Şen/Naneci, 35. Yılmaz, 8.

³²³ Yılmaz, 8. Kanımıza göre de İK 3/2 hükmünde yer alan ve kısa itiraz süresinin öngörüldüğü sürecin, söz konusu incelemenin sadece tescil safhasında yapılmasına ilişkin olarak düzenlendiği, buna karşılık bu aşamadan sonra yapılacak bir muvazaa incelemesinin aynı hukuki sonucu (altı iş günü içinde itiraz- mahkeme sonucunun kesinliği) doğurmayacağı düşünülebilir. Bu doğrultuda bu safhadan sonra yapılacak bir muvazaa tespiti, açılması muhtemel davalarda aksi ispatlanabilir karine olarak kabulü yerinde olacaktır.

³²⁴ Yılmaz, 8. Şen/Naneci, 35. Canbolat, Soru-Cevap, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi, 2008, 25-26.

³²⁵ Ürcan, 963.

³²⁶ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11.

³²⁷ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11.

Kanımıza göre, her ne kadar Yasanın ve Yönetmeliğin ifadesinden söz konusu incelemenin belgeler üzerinden yapılacağı anlamı çıkarılabilirse de, müfettişin incelemesi öngörülen hususlar sadece belge üzerinden bir sonuca götürebilecek nitelikte değildir. Örneğin, alt işverene verilen işte, asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işveren işçisinin çalışıp çalışmadığı hususunun sadece belgeler sonucunda yapılacak bir incelemeyle anlaşılması güçtür. Bu sebeple iş müfettişlerinin gerektiğinde işyerinde de incelemede bulunabileceği kabul edilmelidir³²⁸.

3. İş Müfettişi Raporunun İşverenlere Tebliği

İK 3/2 hükmüne göre alt işverenlik sözleşmesinin *muvazaalı olduğu sonucuna varılırsa*, bu yöndeki gerekçeli rapor işverenlere (asıl işveren ile alt işverene) tebliğ edilir³²⁹. Hükümden iş müfettişinin kararının muvazaa *bulunmadığı yönünde* olması durumunda söz konusu tebligatın yapılmayacağı anlamı çıksa da öğretide isabetli olarak, “idari işlemin açıklığı ve işverenlerin bilgilendirilmesi açısından” bu yöndeki raporun da tebliğ edilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir³³⁰.

Doktrinde belirtildiği üzere tebligatın mutlaka Tebligat Kanunu³³¹ hükümlerine göre yapılması gerekir çünkü tebligatla ilgili bütün ihtimaller ve doğabilecek olan sorunların çözümü bu mevzuatta ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir³³². Nitekim hak düşürücü süre içeren bir idari işleme ilişkin tebligatın

³²⁸ Nitekim doktrinde Yılmaz, müfettiş raporuna karşı açılacak “itiraz davalarında” davanın kamusal yönü gereği olarak maddi gerçeğe uygun bir karar verilebilmesi amacıyla raporu hazırlayan iş müfettişini mutlaka duruşmaya davet ederek dinlenmesi ve davanın taraflarının iş müfettişine soracakları soruları cevaplandırmasının sağlanması yerinde olacağını ve böylece “adeta bir savcı gibi alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunu iddia eden ve keza bir ceza davasında adeta kanunların verdiği yetki/görev sebebiyle olayı yaşayan (tanık olan) “kamu görevlisi (polis, jandarma vb) gibi hareket eden iş müfettişinin yakın ve detaylı bilgi ve görgüsünden yararlanabilmesi, maddi gerçekliğe ulaşmak adına önem arz” ettiğini belirtmektedir (Yılmaz, 18). Yazarın belirttiği gibi söz konusu davada müfettişin “detaylı bilgi ve görgüsünden” yararlanılabilmesi, müfettişin salt belgeler üzerinden yapacağı bir inceleme sonucunda ortaya çıkamaz.

³²⁹ Süzek, 2008, 161. Yılmaz, 10. Alpagut, Alt İşveren, 37. Mollamahmutoğlu, 177-178. Çankaya/Çil, 2009, 35. Çelik, Koşullar, 89. Çankaya/Çil, gerekçeli müfettiş raporunun “ilgililere” tebliğ edileceğinden söz etmektedir (Çankaya/Çil, 2009, 35). Kanımıza göre “ilgililer” kavramı, işverenlerin yanı sıra hukuki durumu müfettiş raporundan etkilenebilecek işçileri de içerecek genişliktedir. Oysa maddede sadece “işverenler”den söz edilmektedir.

³³⁰ Yılmaz, 10.

³³¹ RG, 19.02.1959, S. 10139. Anılan kanunun 1. maddesine göre “Kazai merciler, genel ve katma bütçeli daireler, belediyeler, köy hükmi şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak bilcümle tebligat, bu Kanun hükümleri dairesinde Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır”.

³³² Yılmaz, 10-11.

taahhütlü veya iadeli taahhütlü de olsa Tebligat Kanunu dışında yapılması, tebligatın kime ve ne zaman yapıldığı hususunda büyük sorunlar yaratabilmektedir³³³.

4. Muvazaanın İdari Tespitine İtiraz

İK 3/2 hükmünde, muvazaa tespiti yapan müfettiş raporuna karşı itiraz konusu da düzenlenmiştir. Buna göre, “...*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*”.

Anılan düzenlemede, işverenlerin gerekçeli müfettiş raporunun kendilerine tebliğinden itibaren altı işgünü içinde iş mahkemesinde rapora itiraz edilebilecekleri öngörülmüştür. Buna göre, işverenlerden birinin süresi içinde itirazda bulunması, muvazaanın tespitine ilişkin işlemin uygulanmasını durdurur³³⁴.

Doktrinde Kanunda “dava” kavramı yerine “itiraz” kavramının kullanılması eleştirilmiştir³³⁵. Buna göre Türk medeni yargı sisteminde “itiraz” şeklinde bir müessese bulunmayıp, sistem “dava” kavramı üzerine oturtulduğundan bir hususun mahkeme önüne getirilmesi asıl olarak “dava” yoluyla olur. Sistemimizde dava yolu dışında diğer bir istisnai yol “çekişmesiz yargı (nizasız kaza)”dır³³⁶. Öğretide çekişmeli yargı (dava)- çekişmesiz yargı ayrımı karşısında İK 3/2 de öngörülen yolun ilk bakışta bir çekişmesiz yargı işi olduğu ve burada çekişmesiz yargıya ilişkin ilkelerin uygulanmasının akla gelebileceği ancak “itiraz” a bağlanan sonuçların önemi dikkate alındığında, itiraz yolunun hukuken bir “dava” olarak nitelenmesinin ve tam bir dava olarak yargılama yapılmasının daha uygun olacağı ileri sürülmüştür³³⁷. Aksi takdirde mahkemenin buradaki itirazı, basit bir çekişmesiz yargı işi olarak

³³³ Yılmaz, 11. Yılmaz’a göre söz konusu tebligatın 6 işgünlük “kısa” itiraz süresini başlatacak olması, tebligatın sağlıklı olarak Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılmasının önemini artırmaktadır (Yılmaz, 11).

³³⁴ Centel, Son Değişiklik, 9. Mollamahmutoğlu, 179.

³³⁵ Yılmaz, 11. Şen/Naneci, 38.

³³⁶ Çekişmesiz yargıda, kanunların gösterdiği durumlarda hak sahibi olan kişi, tek taraflı olarak mahkemeden talepte bulunur. Çekişmesiz yargıda, davadan farklı olarak karşı taraf bulunmadığından bir uyuşmazlık yoktur. Davanın aksine çekişmesiz yargıda geçerli olan kural “kendiliğinden araştırma ilkesidir” ve çekişmesiz yargı kararları, maddi anlamda kesin hüküm oluşturmazlar” (Yılmaz, 11-12).

³³⁷ Yılmaz, 12. Şen/Naneci, 38. Yılmaz’a göre itiraz davası, iş müfettişinin hazırladığı rapora (idareye) karşı açıldığına göre, davalı hanesinde Devlet tüzel kişiliği adına işlem yapan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı gösterilmelidir (Yılmaz, 14).

değerlendirerek sonuca varması, İK 3/2 deki sistemin sakıncasını daha da büyütecektir³³⁸.

Anılan hükümde, müfettiş raporuna itiraz edebilecek olanlar, “işverenler” olarak ifade edilmiştir. Burada kastedilen, asıl işveren ve alt işverendir. Bu hükümden işçinin, müfettiş raporuna karşı bir itiraz hakkı bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Doktrinde belirtildiği üzere, müfettiş raporuna karşı her iki işveren ayrı ayrı dava açabilecekleri gibi, birlikte de dava açabilirler³³⁹. Birlikte dava açılması durumunda aralarındaki ilişki zorunlu dava arkadaşlığı değil, “ihtiyari dava arkadaşlığıdır”³⁴⁰. İhtiyari dava arkadaşlığında, ortada tek bir dava dilekçesi bulunmasına rağmen, aslında davacı sayısı kadar birbirinden bağımsız dava vardır³⁴¹. Öte yandan, işverenlerden birinin dava açmaması diğerinin dava açmasına engel değildir³⁴². İşverenlerden birinin dava açma süresini kaçırmaması durumunda diğer işverenin açtığı davaya fer’i müdahil olarak katılması mümkündür³⁴³.

Müfettiş raporunun tebligatı hem asıl işverene hem alt işverene yapılacağından, rapora itiraz süresi her bir işveren açısından kendisine yapılan tebligatla başlar³⁴⁴. Öğretide belirtildiği üzere, altı iş günlük dava açma süresinin her bir işveren açısından kendisine yapılacak tebligatla başlayacak olması nedeniyle her iki tebligat arasında uzun bir sürenin bulunması olasılığında, işverenlerin ortak dava açmaları olanaksız olabilir ve işverenler ayrı ayrı dava açmak durumunda kalabilir³⁴⁵.

³³⁸ Yılmaz, 12. Şen/Naneci, 38.

³³⁹ Yılmaz, 12. Engin, Sorumluluk, 17. Ekmekçi’ye göre ise, davada verilecek karar her iki işvereni de etkileyeceğinden burada ayrı ayrı dava açılmasını kabul etmek mümkün değildir; zira aralarında maddi hukuktan doğan bir dava arkadaşlığı vardır (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 22). 5763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce (2007 yılı) Yargıtay’ın 5763 sayılı yasayla yapılan değişiklik öncesinde, alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının tespitine ilişkin davalarda, sendikaların da hukuki menfaati bulunduğu ve dava açabileceklerine ilişkin kararı bulunmaktadır (Y9HD, 19.6.2007, 21512/19528, Çankaya/Çil, 2009, 38).

³⁴⁰ Yılmaz, 13. Alpagut, Alt İşveren, 42. Krş. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 59. Nitekim Yılmaz’a göre zorunlu dava arkadaşlığı halleri kural olarak maddi hukuk tarafından belli edilmiştir veya dava konusunun ortak kiracılara karşı açılan tahliye davasında olduğu gibi davacılar/davalılar bakımından ayrılamaz nitelikte olması gerekir. Ayrıca anılan durumun zorunlu dava arkadaşlığı olarak kabul edilmesi, asıl işveren ile alt işverenin menfaatlerinin birbirine zıt olması halinde, bunlardan birinin dava açmayarak veya birlikte dava açmalarına rağmen sonradan yapılacak işlemlerde birlikte hareketten kaçınarak diğerinin hukuki menfaatlerini haksız yere ihlal etmesi sonucunu doğurabilir (Yılmaz, 13, dn.29).

³⁴¹ Yılmaz, 13.

³⁴² Yılmaz, 14. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliği Değişiklik Taslağı’nda 13. maddede iş müfettişi raporuna itiraz edecek işverenler ifadesi yerine “asıl işveren veya alt işverenlerden her biri işyerinin bulunduğu yer iş mahkemesine itiraz edebilir” ifadesi getirilmektedir (Kızıloğlu, 101).

³⁴³ Yılmaz, 14. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 59.

³⁴⁴ Yılmaz, 12. Centel, Son Değişiklik, 9.

³⁴⁵ Yılmaz, 13. Centel, Son Değişiklik, 9. Şen/Naneci, 39.

İşverenlerce ayrı ayrı dava açılması (sözgelimi sadece asıl işverenin dava açması) durumunda ise, bu kararın diğer tarafa (alt işverene) etkisinin bulunduğundan da söz edilemez³⁴⁶. Bu durumda aynı konuda -kesin nitelikte- birbirinden farklı kararlar çıkma ihtimalini doğurmaktadır³⁴⁷. Bu sakıncanın önlenmesi için, itiraz dosyalarının birleştirilmesi gerekecektir³⁴⁸.

İşverenlerin müfettiş raporuna karşı itiraz süresi “altı işgünüdür”³⁴⁹. Bu süre hak düşürücü süredir³⁵⁰. Dolayısıyla bu süre geçtikten sonra dava açılmaz, açılrsa da sürenin geçirildiği yargılamanın her safhasında hakim tarafından re’sen göz önünde bulundurulabileceği gibi taraflarca da ileri sürülebilir³⁵¹. Doktrinde isabetli olarak maddede düzenlenen “altı işgünlük” itiraz süresinin çok kısa olması eleştirilmiştir³⁵². Nitekim bu kadar bir sürede işverenlerin gerekçeli müfettiş raporunu değerlendirerek, aksini ispat edecek derecede hazırlık yapmaları, avukatlarıyla görüşmeleri, delil toplamaları ve sağlıklı dava açabilmeleri hayatın olağan akışına aykırıdır³⁵³. Bu sebeple bizim de katıldığımız görüşe göre bu düzenleme, Anayasal “hak arama özgürlüğü”ne açıkça aykırıdır³⁵⁴. Söz konusu sürenin (genellikle en kısa dava açma süresi olan) bir yıl (veya en az altı ay) olarak belirlenmesi gerekir³⁵⁵.

İşverenlerce iş müfettişi raporuna itiraz yapılmaz veya itiraz yapılmasına rağmen mahkeme, işlemin muvazaalı olduğu yönündeki müfettiş raporu doğrultusunda karar verirse *tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılırlar*. Bu durumda isabetsiz olarak, davanın tarafı olmayan veya kendisine dava ya da savunma imkanı verilmeyen işçinin alt işverenle kurulan sözleşmesinin geçersiz sayılması sonucu doğacaktır³⁵⁶.

³⁴⁶ Alpogut, Alt İşveren, 42. Krş. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 59.

³⁴⁷ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 59.

³⁴⁸ Centel, Son Değişiklik, 9. Yılmaz’a göre ayrı ayrı dava açılması durumunda, şartlarının bulunması halinde bu davaların birleştirilmesi, birleştirme şartları yoksa davalar bakımından bekletici sorun yapılması farklı kararlar çıkmasını engeller ve usul ekonomisine de uygun düşer (Yılmaz, 13).

³⁴⁹ Takvim günü sürelerinde tatil günleri süreye dahil iken (HUMK m. 162) iken; işgünü sürelerinde tatil günleri hesaba katılmaz (Yılmaz, 12).

³⁵⁰ Çankaya/Çil, 2009, 36. Yılmaz, 12. Şen/Naneci, 38.

³⁵¹ Şen/Naneci, 38.

³⁵² Alpogut, Alt İşveren, 41. Yılmaz, 12. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 60.

³⁵³ Yılmaz, 12. Şen/Naneci, 38.

³⁵⁴ Yılmaz, 12-13.

³⁵⁵ Yılmaz, 13. Yılmaz’a göre buradaki süre, idari yargıdaki altmış günlük süreden de uzun olmalıdır; çünkü idari yargıda kendiliğinden araştırma ilkesi geçerli iken, adli yargıda taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olup mahkeme tarafların ileri sürdükleri ile bağlı olduğundan adli yargıda tarafların hazırlık yapabilmeleri için daha uzun bir zamana ihtiyaçları bulunmaktadır (Yılmaz, 13, dn.28).

³⁵⁶ Alpogut, Alt İşveren, 43.

a) İtiraz Konusunda Görevli ve Yetkili Mahkeme

İK 3/2 hükmünde iş müfettişinin kararına karşı işverenlerin itirazı konusunda görevli mahkeme, “iş mahkemesi” olarak belirlenmiştir. Bu durumda idari bir işlem olan iş müfettişi raporuna karşı itiraz, kanunun açık hükmü gereği idare mahkemeleri yerine iş mahkemelerine yapılacaktır³⁵⁷.

İş müfettişi raporuna karşı yapılacak itirazı konusunda hangi iş mahkemesinin yetkili olduğu ise tartışmalıdır. Nitekim İK 3/2 hükmünde sadece itirazın “yetkili iş mahkemesine” yapılmasından söz edilmiştir. Bir görüşe göre, coğrafi açıdan asıl işverene ait işyerinin uyuşmazlık konusu olduğu ve yasa koyucu tarafından her iki işverenin işyeri arasında ayırım yapılmadığı dikkate alındığında, asıl işverene ait işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili olacağını kabul etmek gerekir³⁵⁸. Diğer bir görüşe göre ise, alt işverenin işyerinin her halükarda alt işveren ilişkisinin kurulduğu işyeri kapsamında düşünülmesi gerekmeyip alt işverenin işyeri, müstakil bir şekilde ayrı bir yerde de olabileceğinden asıl işverenin işyerinin bulunduğu yer iş mahkemesi yanında, alt işverenin işyerinin bulunduğu yer iş mahkemesini de yetkili kabul etmek gerekir³⁵⁹. Bu görüşe göre ayrıca, muvazaa tespitinin düzenlendiği hüküm, işyerinin bildirilmesinin düzenlendiği İK m.3’de yer aldığından ve iş müfettişinin muvazaa incelemesi de alt işverenin işyerinin tescilinin iptali ile sonuçlanabileceğinden, “eğer alt işverenin kendine mahsus müstakil bir işyeri varsa”, yetkili iş mahkemesinden alt işverenin işyerinin bulunduğu yer mahkemesini de anlamak gerekir³⁶⁰.

Diğer bir görüşe göre bu sayılanların dışında konuyla ilgili incelemeyi yapan ve hatta açılacak davada hasım olacak olan bölge çalışma müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesini de yetkili saymak gerekir³⁶¹. Ancak, asıl işverenin farklı bölgelerde bulunan birden fazla işyerinde aynı alt işverenle alt işveren ilişkisinin kurulması

³⁵⁷ Yılmaz, 14. Centel, Son Değişiklik, 9. Şen/Naneci, 39. Ayrı iş mahkemesi kurulmayan yerlerde ise iş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır.

³⁵⁸ Centel, Son Değişiklik, 9. Aynı yönde bkz. Şen/Naneci, 40.

³⁵⁹ Mollamahmutoğlu, 179.

³⁶⁰ Mollamahmutoğlu, 179.

³⁶¹ Çankaya/Çil, 2009, 37. Şen/Naneci, 39-40. Doktrinde Engin’e göre ise dava, davalı bölge müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesinde veya işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir (Engin, Sorumluluk, 17).

durumunda hangi bölge müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu konusunda sorun yaşanabilecektir³⁶².

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, söz konusu dava iş mahkemesinde görüleceğine göre bu konuda öncelikle İş Mahkemeleri Kanununu dikkate almak gerekir³⁶³. Anılan kanunun 5. maddesinde davalının ikametgahı yer mahkemesinin yanı sıra işçinin işini yaptığı yer iş mahkemesi de yetkili kılınmıştır. Bu maddede işverenin bulunduğu yer değil *işçinin dava açması göz önünde bulundurularak* işçinin işini yaptığı yer mahkemesi yetkili kabul edilmiştir³⁶⁴. Bu sebeple söz konusu itiraz davasında başlı başına, işçinin işini yaptığı yer mahkemesini veya işverenin ya da işverenlerin bulundukları yer mahkemesini yetkili kabul etmek mümkün olmayıp sadece davalının ikametgahı mahkemeyi yetkili kabul etmek gerekir. Bu durumda dava Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı aleyhine açılacağına göre, davada yetkili mahkeme kural olarak Ankara İş Mahkemesi'dir³⁶⁵. Ayrıca yine anılan görüşe göre şubenin yetkisine ilişkin HUMK 17 hükmü çerçevesinde, “söz konusu işlemi yapan bölge müdürlüğünün bulunduğu yerde de” dava açılabilmelidir. Bununla birlikte olması gereken hukuk açısından, davacının ikametgahının veya işyerinin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğunun düzenlenmesi yerinde olur³⁶⁶.

Söz konusu dava hukuki niteliği itibariyle muvazaa davası değil, bir “menfi tespit” davasıdır³⁶⁷. Zira davada iş müfettişinin tespitinin aksine alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığının tespiti talep edilmektedir. Menfi tespit davalarında ise, ispat yükü kural olarak davalıya düşer³⁶⁸. Zira menfi olayın ispatında “ispat, inkar edene değil, iddia edene düşer” (“olumsuzu değil, olumluyu iddia eden ispat eder” veya “olumsuz olan ispatlanamaz”) kuralı geçerlidir³⁶⁹. Diğer yandan, karineler ispat yükünün değişmesine neden olabilmektedir. Bu açıdan İK 92. maddesinde yer alan “*Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından*

³⁶² Çankaya/Çil, 2009, 37. Yazarlara göre böyle bir olasılıkta ayrıca, muvazaanın tespiti açısından hangi bölge müdürlüğünün yetkili olduğu da sorun teşkil edecektir (Çankaya/Çil, 2009, 36-37).

³⁶³ Yılmaz, 14-15. Şen/Naneci, 39-40.

³⁶⁴ Yılmaz, 14-15.

³⁶⁵ Yılmaz, 14-15. Şen/Naneci, 39-40.

³⁶⁶ Yılmaz, 14-15.

³⁶⁷ Yılmaz, 15.

³⁶⁸ Yılmaz, 16. Bununla birlikte menfi tespit davasında ispat yükünün davacıya düştüğü haller de vardır (Bkz. Yılmaz, 16 ve dn. 44).

³⁶⁹ Yılmaz, 16.

tutulan tutanaklar, aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir” hükmü önem taşımaktadır. Öğretide de belirtildiği gibi hükümde geçen “tutanak” tabiri, bir hususun yazıya bağlanması anlamında olup “gerekçeli iş müfettişi raporu”nu da içerir. O halde söz konusu rapor, aksi ispatlanabilen kanuni karine niteliğindedir.

Doktrinde bizim de isabetli bulduğumuz bir görüşe göre, davanın kamusal yönü gereği olarak maddi gerçeğe uygun bir karar verilebilmesi amacıyla raporu hazırlayan iş müfettişini mutlaka duruşmaya davet ederek dinlenmesi ve davanın taraflarının iş müfettişine soracakları soruları cevaplandırmasının sağlanması yerinde olacaktır. Bu görüşe göre böylece, “adeta bir savcı gibi alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunu iddia eden ve keza bir ceza davasında adeta kanunların verdiği yetki/görev sebebiyle olayı yaşayan (tanık olan) “kamu görevlisi (polis, jandarma vb) gibi hareket eden iş müfettişinin yakın ve detaylı bilgi ve görgüsünden yararlanabilmesi, maddi gerçekliğe ulaşmak adına önem arz etmektedir”³⁷⁰.

Mahkeme, iş mahkemelerinde uygulanan *sözlü yargılama usulüne göre* (İK m.7) mutlaka duruşma da yaparak itirazın kabulüne veya reddine karar verecektir³⁷¹.

b)İtirazın Reddi

İş mahkemesinin işverenlerin itirazını haksız bularak işlemin muvazaalı olduğu yönündeki müfettiş raporu doğrultusunda³⁷² karar vermesi durumunda ortaya çıkacak iki sonuç vardır: Birincisi, alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılması; ikincisi, alt işverenin işyerinin tescil işleminin iptal edilmesidir³⁷³.

Bir görüşe göre, alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işçileri sayılması muvazaaya karşı bir yaptırım olarak yerinde olmakla birlikte, alt işverenin işyerinin tescil işleminin iptal edilmesi isabetli değildir³⁷⁴. Zira bu görüşe göre, alt işverenin sadece bir işverenle değil, birçok işverenle alt işveren ilişkisi içinde olması ve bu

³⁷⁰ Yılmaz, 18’den naklen. Yılmaz’a göre bu yola gidilmesi, çağdaş yargılama hukuku kurallarının gerçekleşmesi bakımından da önemli bir örnek oluşturacaktır (Yılmaz, 18).

³⁷¹ Yılmaz, 17. Şen/Naneci, 40. Diğer yandan mahkeme, iş müfettişinin raporu ile bağlı olmadığından alt işverenlik sözleşmesinin kısmen muvazaalı olduğu kararına da varabilir (Yılmaz, 18).

³⁷² Esasen İK 3/2 hükmünde, mahkemenin muvazaalı işlemin tespitini “onamasından” söz edilmektedir. Burada bu terimin kullanılması doktrinde eleştirilmiş ve onamanın mahkeme tarafından değil, Yargıtay tarafından gerçekleştirilen bir işlem olduğu haklı olarak belirtilmiştir (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 59).

³⁷³ Centel, Son Değişiklik, 9.

³⁷⁴ Mollamahmutoğlu, 179.

işverenler karşısında apayrı müstakil bir işyerine sahip olması mümkündür. Bu işverenlerden biriyle muvazaalı ilişkiye giren alt işverenin, diğer işverenlerle olan ilişkisinde, “aksi sabit oluncaya kadar hukuka uygun bir alt işverenlik ilişkisi içinde olduğunun kabulü gerektiğine göre” bu ilişkilerini de etkileyecek bir yaptırıma maruz bırakılmaması gerekir³⁷⁵. Kanımıza göre burada tescili iptal edilecek işyeri, asıl işverenin işyerinde iş alan alt işverenin bu sıfatla asıl işverenin işyerinde oluşturduğu ve hukuken bağımsız kabul edilen işyeridir³⁷⁶. Dolayısıyla alt işverenin, farklı işyerleri için bir tescil iptali söz konusu değildir. Ancak burada eleştirilebilecek diğer bir husus, bazı durumlarda alt işveren ilişkisinin tümünden “muvazaalı sayılmayacağı” durumlarıdır. Buna göre örneğin, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanması söz konusu değilse muvazaadan söz edilemez. Eğer hakları kısıtlanan sadece bir veya birkaç işçi söz konusuysa, bu işçilerin dışında devralınan işçiler açısından bir hak kısıtlanmasından söz edilemiyorsa ilişkinin bütünüyle muvazaalı olduğundan söz edilmemelidir. Oysa alt işverenin işyeri tescilinin iptali, tüm işçileri için aynı sonucun uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

Öte yandan bir görüşe göre, alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmasının her zaman söz konusu işçilerin lehine olan bir durum olduğundan da söz edilemez³⁷⁷. Buna göre alt işveren ilişkisinde işçi her iki işverenden de haklarını talep edebildiğinden, bu ilişkinin varlığı bazı durumlarda alt işveren işçisi için daha fazla bir güvence sağlar. Özellikle daha az bir ihtimal de olsa da alt işveren asıl işverenden maddi olarak daha güçlüyse veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi işçiye daha fazla haklar tanımaktaysa muvazaanın kabulü işçi aleyhine olacaktır³⁷⁸.

Bir görüşe göre iş mahkemesinin işverenlerin itirazını haksız bularak işlemin muvazaalı olduğu yönündeki müfettiş raporu doğrultusunda karar vermesi durumunda bu karar, itiraz yoluna başvurmayan işveren de dahil olmak üzere her iki

³⁷⁵ Mollamahmutoğlu, 179.

³⁷⁶ Engin’e göre de hükmün amacı doğrultusunda alt işverenin işyeri ifadesinde, alt işverenin asıl işverenden devraldığı yardımcı iş veya asıl işin uzmanlık gerektiren bölümünün anlaşılması gerekir (Engin, Sorumluluk, 15).

³⁷⁷ Çankaya/Çil, 2009, 36.

³⁷⁸ Çankaya/Çil, 2009, 36.

işveren açısından bağlayıcı olacaktır³⁷⁹. Diğer bir deyişle kesinleşen bu tespit, yetki tespiti davaları ya da işçinin işverenden talepleri açısından kesin delil niteliği taşıyacaktır³⁸⁰.

c) İtirazın Kabulü

Mahkemece işverenin/işverenlerin itiraz haklı görülürse olayda muvazaa bulunmadığı sonucuna varılacak ve bu şekilde bir “menfi tespit hükmü” ortaya çıkmış olacaktır³⁸¹. Diğer yandan söz konusu karar, sadece davanın tarafları (işveren/işverenler ve Bakanlık) ve halefleri bakımından maddi anlamda kesin hüküm oluşturur³⁸². Buna göre işçi, bu davada taraf olmadığı için muvazaa bulunmadığına ilişkin verilen hüküm işçiyi bağlamaz ve onun açısından bir kesin hükümden (ve kesin delilden) söz edilemez³⁸³. Çünkü itiraz davasının tarafları ile işçinin açtığı muvazaa davasındaki davanın tarafları farklıdır³⁸⁴. Buna göre alt işveren işçisi, sonradan açacağı bir dava ile alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığını ileri sürebilecektir³⁸⁵⁻³⁸⁶. Aksi takdirde, iş müfettişinin tespitlerinin yeterli olmadığı veya bu konuda itiraz yargılamasının gereği gibi takip edilmediği bir ihtimalde uyumsuzlıktan haberi dahi olmayan işçi mağdur olabilecektir³⁸⁷. Ayrıca, başlangıçta geçerli olarak kurulan alt işveren ilişkisinin sonradan muvazaalı şekilde gelişmesi ihtimali de bulunmaktadır³⁸⁸.

³⁷⁹ Çankaya/Çil, 2009, 37.

³⁸⁰ Çankaya/Çil, 2009, 37.

³⁸¹ Yılmaz, 18.

³⁸² Yılmaz, 19.

³⁸³ Göktaş, 103. Çankaya/Çil, 2009, 36-37. Yılmaz, 19. Alpagut, Alt İşveren, 42. Aynı yazar, Yönetmelik, 60. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 22. Centel’e göre ise söz konusu hükmün, itiraz süreci içinde yer almayan işçiyi bağlamayacağı ilk etapta akla gelse de, daha önce kesin yargı hükmüyle var olmadığı belirlenmiş muvazaanın daha sonra başka bir mahkeme tarafından saptanmaya kalkılması, hukuk güvenliğini ve halkın hukuk sistemine duyduğu saygıyı olumsuz yönde etkileyecektir (Centel, Son Değişiklik, 10).

³⁸⁴ Yılmaz, 19.

³⁸⁵ Göktaş, 103. Göktaş’a göre işçinin taraf olarak yer almadığı böyle bir davada, ilişkinin muvazaaya dayanmadığına ilişkin bir tespit kararının çıkma olasılığı daha yüksektir. Nitekim yazar, yeni çalışmaya başlamış veya hala iş sözleşmesi devam eden bir işçinin böyle bir davaya taraf olmasının ya da iş müfettişine muvazaa doğrultusunda bir beyanda bulunmasının güçlüğüne dikkat çekmektedir. Öte yandan, işçiyi bağlamayacak nitelikte bir kararın, iş sözleşmesinin devamı sırasında bazı sendikal hakların kullanılmasına engel oluşturmamasının da yüksek ihtimal olduğunu göz önünde bulunduran yazara göre İK 3/2 hükmünde yapılan düzenleme isabetli değildir (Göktaş, 103).

³⁸⁶ Yazara göre böyle bir durumda, işverenler ve iş müfettişi tarafından yapılmış olan işlemlerle, mahkemenin yaptığı yargılama boşa çıkmış olacaktır (Göktaş, 103).

³⁸⁷ Çankaya/Çil, 2009, 37.

³⁸⁸ Çankaya/Çil, 2009, 37.

Bir görüşe göre söz konusu karar sadece İK m.92 gereğince aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli bir delil niteliğinde olacak ve aksi her türlü delille ve her aşamada kanıtlanabilecektir³⁸⁹. Diğer bir görüşe göre de bu hüküm sonradan açılacak davada (kesin delil değil) “kuvvetli takdiri delil” niteliğinde olacaktır³⁹⁰. Altı iş günü içinde işverenin/işverenlerin açacağı itiraz davasında temyiz yolu açık değilken; işçinin açacağı dava sonucunda ortaya çıkan karar temyize tabidir. Bu durum hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır³⁹¹.

Diğer bir yazar ise bu konuda ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre iş mahkemesi muvazaa itirazını yerinde bulduğunda, “mahkeme tarafından muvazaa kabul edilmeyen husus”, ileride açılacak muvazaa davalarında kesin hüküm oluşturur. Ancak başka nedenlere dayandırılacak muvazaa iddiaları her zaman dava edilebilir³⁹².

Doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi, aynı konuda birden çok davanın gündeme gelmesi ihtimali ve bunlardan birinde verilen kararın diğerinde kesin hüküm-kesin delil oluşturmaması nedeniyle aynı konuda farklı kararların ortaya çıkabilecek olması ve işverenin aynı ilişki nedeniyle birden çok dava tehdidi altında olması hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır³⁹³.

Müfettiş raporuna itiraz edilmesi üzerine mahkemenin verdiği kararın kesin olması da diğer bir haklı eleştiri konusudur³⁹⁴. Buna göre davalarda esas olan husus, ilk derece mahkemelerinin verdikleri kararlara karşı menfaati olan tarafın yasa

³⁸⁹ Çankaya/Çil, 2009, 36. Aynı yönde Süzek, Alt İşveren, 71. Yazarlara göre ayrıca bu konunun alt işveren ilişkisinin düzenlendiği İK 2. madde yerine “işyerini bildirme” konusunun düzenlendiği 3. maddede düzenlenmiş olması, bu düzenlemelerin daha çok işyerini bildirme yükümü noktasında hüküm ifade edeceği sonucuna yaklaştırmaktadır. Bu durumda da işçi veya işçi sendikası, hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın ve daha önce iş müfettişliğinin işyerini bildirme konusunda yapmış olduğu tespiti rağmen muvazaa iddiasına dayanan davalar açabilirler (Çankaya/Çil, 2009, 38).

³⁹⁰ Alpagut, Alt İşveren, 42. Aynı yazar, Yönetmelik, 60. Yılmaz, 19.

³⁹¹ Alpagut, Yönetmelik, 60. Aynı yönde Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 23.

³⁹² Mollamahmutoğlu, 180’den.

³⁹³ Alpagut, Alt İşveren, 42. Aynı yazar, Yönetmelik, 60. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 23. Aynı yönde bkz. Centel, Son Değişiklik, 10. Alpagut, alt işveren ilişkisinin 1) İK 2/6’da yer alan koşullar bakımından, 2) İK 2/7’de yer alan muvazaa bakımından 3) İK 3 uyarınca muvazaa bakımından yargı önüne gelebileceğini, her bir madde açısından açılacak davanın diğer davada kesin delil oluşturmayacağını bu durumun da “içinden çıkılmaz bir dava silsilesi” yaratacağını belirtmektedir (Alpagut, Alt İşveren, 42).

³⁹⁴ Alpagut, Alt İşveren, 41, 44. Aynı yazar, Yönetmelik, 60. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11. Çankaya/Çil, 2009, 36. Yılmaz, 18. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 60. Şen/Naneci, 39-40.

yoluna başvurabilmesidir³⁹⁵. Nitekim kesin kararlar, kural olarak nizasız (çekişmesiz) kaza hallerinde ve bazı istisnai hallerde söz konusu olur³⁹⁶. 2821 sayılı ve 2822 sayılı yasalarda temyiz yolunun kapalı olduğu kararlar düzenlenmiş olmakla birlikte, bu hükümlerde amaç “salt belgeler üzerinde yapılacak incelemelerle sonuca ulaşılabilir ve kamu düzeni açısından bir an evvel sonuçlanması gereken uyuşmazlıklarda gecikmenin önlenmesidir”³⁹⁷. Buna karşılık itiraz davası konusu, niteliği ve sonuçları itibarıyla, birden çok tarafı ve birden çok hukuki ilişkiyi ve hatta ülke ekonomisini ilgilendirmekte ve çoğu kez bilirkişiye başvurulmasını gerektiren kapsamlı ve güç bir değerlendirme ile sonuca ulaşılmaktadır³⁹⁸. Bu sebeple bizim de katıldığımız görüşe göre, böyle önemli bir konuda temyiz yolunun kapatılması hak arama özgürlüğüne, hukuk güvenliği ilkesine³⁹⁹ ve nihayet Anayasaya aykırıdır⁴⁰⁰. Ayrıca bu durum asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde içtihat ve uygulama birliğinin sağlanmasının önünde bir engel teşkil eder⁴⁰¹.

Öte yandan alt işveren ilişkisinin geçerliliği konusu, İK 3’de öngörülen şeklin dışında, alt işveren işçisinin açtığı işe iade davası veya işçilik alacakları ya da tazminat davasında İK 2 uyarınca da alt işveren ilişkisinin geçersizliği iddia

³⁹⁵ Yılmaz, 18. Alpagut’a göre, özellikle birçok yerde iş uyuşmazlıklarının asliye hukuk mahkemeleri tarafından görülmesi, dolayısıyla ihtisas mahkemelerinin bulunmaması bu konuda temyiz yolunun kapatılmasının sakıncasını daha da artırmaktadır (Alpagut, Yönetmelik, 60).

³⁹⁶ Alpagut, Alt İşveren, 41. Bu konuda bkz. Yılmaz, 18.

³⁹⁷ Alpagut, Alt İşveren, 41. Aynı yazar, Yönetmelik, 60. Yılmaz’a göre bu tür istisnaların da yerindeliği tartışmalı olmakla birlikte, genel olarak kabul edilen görüşe göre çok önemsiz uyuşmazlıklarda yasa yoluna gidilmesine gerek bulunmadığı düşünülebilmekte veya en azından üst mahkemelerin iş yükünün ağırlığı karşısında bu tür istisnaların varlığı haklı görülebilmektedir” (Yılmaz, 18).

³⁹⁸ Alpagut, Alt İşveren, 41, 44. Aynı yazar, Yönetmelik, 60. Yılmaz, 18-19.

³⁹⁹ Alpagut, Alt İşveren, 41, 44. Aynı yazar, Yönetmelik, 60. Yılmaz, 18-19. Şen/Naneci, 39-40. Diğer bir yazara göre de itiraz üzerine verilen kararın kesin olması sorunun ivedilikle çözülmesi açısından yerinde gibi görünse de iş güvencesi ve işçilik haklarını ilgilendiren böyle önemli bir konunun Yargıtay denetimi dışında tutulması isabetli olmamıştır (Çankaya/Çil, 2009, 36).

⁴⁰⁰ Yılmaz, 19. Yılmaz’a göre burada kanun yararına temyiz (olağanüstü temyiz) yolu açıksa da, burada verilecek bozma kararı hükmün esasını etkilemez (Yılmaz, 19).

⁴⁰¹ Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12. Engin’e göre de iş mahkemesi kararının kesin olması –karar ne yönde olursa olsun- hukuken kabul edilemez sonuçlara yol açacaktır. Nitekim işverenlerin açacağı itiraz davasının yanı sıra işçi de alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu (ve işe iadeye) ilişkin bir dava açabilecek, bu davaların konusu aynı fakat tarafları farklı olduğundan birleştirilmesi mümkün olmayacak, biri diğer için ancak bekletici mesele yapılacaktır. İki davada ortaya çıkacak birbirinden farklı olabileceği gibi, aynı olsa bile bir karar için temyiz yolu kapalıyken diğeri için temyiz yolu açık olacaktır. Bu durumda örneğin “itiraz davası” sonucunda ilişkinin muvazaalı olduğu kesinleşmiş ve buna ilişkin sonuçlar ortaya çıkmışken, bu kez de Yargıtay’ın incelemesi sonucunda aynı ilişkinin muvazaalı olmadığı sonucu ortaya çıkabilecektir. Yazara göre bu konuda bir yasa değişikliği yapılana kadar, “tescile itiraz davası”na bakan mahkemenin aynı konuda açılan işe iade davasını bekletici mesele yapması bu konuda kısmi bir çözüm sağlayacaktır. Bu durumda, işe iade davasında verilen kesin hüküm, tescile itiraz davasında çok kuvvetli bir takdiri delil niteliği taşıyacaktır (Engin, Sorumluluk, 17).

edilebilecektir⁴⁰². Bu durumda İK 2 uyarınca açılacak bu dava temyize tabi olurken, İK 3 uyarınca açılacak dava temyize tabi olmayacaktır⁴⁰³.

d)İş Müfettişi Raporuna İtiraz Edilmemesi

İş müfettişinin ilişkinin muvazaaya dayandığı yönündeki raporuna, işverenlerin süresinde veya hiç itiraz etmemesi durumunda ise, iş müfettişi raporu kesinleşecektir. Bu durumda kendilerine usulüne uygun olarak tebligat yapılan işverenlerin süresi içinde itiraz davası açmamaları halinde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacağından, örneğin bir işçinin asıl işverene karşı alacağının ödenmesi talebiyle açtığı davada, davalı asıl işveren, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olmadığını iddia edemeyecektir⁴⁰⁴. Çünkü işveren itiraz davasını açmamakla, ortaya çıkan “alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılırlar” varsayımının sonuçlarına katlanma zorunda kalacaktır⁴⁰⁵.

5.Hükmün Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

Doktrinde çoğunluk görüşüne göre yargıcın yetkisinde olan muvazaanın tespiti konusunda idareye yetki verilmesi yerinde olmamıştır⁴⁰⁶. Buna göre muvazaa tespiti, “*teknik bir hukuki sorundur*”⁴⁰⁷. Böylece iş müfettişlerine *yargısal değerlendirme görevi* verilmiş olmaktadır. Bunun mevzuatta bir başka örneği bulunmamaktadır⁴⁰⁸. Her ne kadar işin yürütümü denetimi yapacak müfettişler sosyal bilim okutulan fakülte mezunları arasından seçilse de bugün için Çalışma Bakanlığı iş müfettişleri arasında hemen hiç hukukçu bulunmaması denetim ve inceleme safhasında sağlıklı sonuca ulaşılabilmesini güçleştirmektedir⁴⁰⁹.

⁴⁰² Alpagut, Alt İşveren, 41.

⁴⁰³ Alpagut, Alt İşveren, 41.

⁴⁰⁴ Yılmaz, 19.

⁴⁰⁵ Yılmaz, 19.

⁴⁰⁶ Süzek, 2008, 161. Çelik, Koşullar, 89-90. Aynı yazar, Alt İşveren ilişkisi, 11-12. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11. Alpagut, Alt İşveren, 37, 44. Aynı yazar, Yönetmelik, 59. Çankaya/Çil, 2009, 35. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 58. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 21. Şen/Naneci, 33.

⁴⁰⁷ Süzek, 2008, 161. Çelik, Alt İşveren ilişkisi, 11-12. Alpagut, Alt İşveren, 37. Aynı yazar, Yönetmelik, 59. Çankaya/Çil, 2009, 39. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 58. Centel, Yönetmelik, 56-57. Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11. Engin, Sorumluluk, 16.

⁴⁰⁸ Alpagut, Yönetmelik, 60.

⁴⁰⁹ Süzek, 2008, 161. Alpagut, Alt İşveren, 37. Ekmekçi’ye göre sorun, Bakanlık müfettişinin böyle bir değerlendirme yapabilecek donanımına sahip olup olmaması değil, Anayasa’da yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği yasama, yürütme ve yargının birbirinden ayrı olması gerekliliğidir (Ekmekçi, İSG

Öte yandan bu görüşe göre İK m.3 hükmü Anayasaya aykırılık sorunu da taşımaktadır⁴¹⁰. Zira Anayasa’da yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca yasama, yürütme ve yargının birbirinden ayrı olması gerekir ve hukuki değerlendirmeyi yapmakla görevli organ yargıdır. Bu durumda söz konusu hukuka aykırılığın def’i yoluyla yüksek mahkemenin önüne götürülmesi mümkündür⁴¹¹.

Diğer yandan, İş Mahkemeleri Kanununun 10. maddesi uyarınca “*İş Kanununun uygulanması ile görevli olan idari merciler, kendilerine yapılan müracaatları 15 gün içinde idari yoldan neticelendiremedikleri ve iş mahkemelerinin görevi içinde gördükleri takdirde bu hususa dair olan evrak ve belgeleri yetkili iş mahkemesine tevdi ederler...*”. Doktrinde, Bakanlığın alt işveren ilişkilerinde iş hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmadığını denetlemek yetkisinin bulunduğu ve ayrıca bölge müdürlüğünün kendilerine yapılan müracaatları 15 gün içinde idari yoldan sonuçlandıramadıkları durumlarda konuyu iş mahkemelerine intikal ettirebilecekleri öngörülmüşken iş müfettişlerine verilen yetkinin hukuken yerinde görülemeyeceği belirtilmiştir⁴¹².

Öte yandan, müfettiş sayısındaki yetersizlik sebebiyle iş denetiminin amaca uygun olarak yapılamadığının ILO raporları ile şikayet konusu yapıldığı, mevcut iş yüküne yüz binleri bulan alt işveren sözleşmelerinin eklenmesinin denetimi içinden çıkılmaz bir hale getireceği ileri sürülmüştür⁴¹³. Ayrıca, İş Hukukunun en çetrefilli ve önemli sorunlarından biri olan alt işveren ilişkisinin unsurlarının tespiti ve bu konudaki muvazaa iddiaları konusunda Bölge Müdürlükleri ve iş müfettişlerine

Uygulamaları, 58). Yılmaz’a göre de müfettişin hukukçu olması şart değildir; nitekim kararlarda “adaletli” sonuca ulaşılması hukukçulara has bir yetenek değildir. Adalet anlayışı insanın doğasında vardır ve adil olma eğilimi evrenseldir. Müfettiş de adaletli hareket etmekle ve raporlarını “doğru/dürüst, özenli, profesyonel, objektif, maddi gerçeğe uygun, etik kurallarını içerir, sağlıklı ve adaletli” hazırlamakla ve somut kanıtlarla delillendirmekle yükümlüdür (Yılmaz, 10). Bu konuda ülkemizdeki sıkıntılar konusunda bkz. Yılmaz, 10.

⁴¹⁰ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 58. Aynı yazar, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 21. Centel, Yönetmelik, 57.

⁴¹¹ Centel, Yönetmelik, 57.

⁴¹² Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11.

⁴¹³ Ekonomi, Sayısal, Esneklik, 10-11. Aynı yönde Çankaya/Çil, 2009, 39. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 22. Şen/Naneci, 33. Alpagut’a göre iş müfettişi yaptığı inceleme sonucu “ancak yönetim hakkının kimin tarafından kullanıldığı, işçinin seçiminin, denetiminin, disiplin hükümlerinin, fesih yetkisinin kimin tarafından kullanıldığı ve yine ücretlerin kimin tarafından ödendiğini tespit edebilir. Ancak hukuken bunların değerlendirilmesi hakimın görevidir” (Alpagut, Yönetmelik, 60).

önemli yetkiler verilmesi sorunu çözmeye yetmeyecek aksine farklı sorunları beraberinde getirecektir⁴¹⁴.

Bu görüşteki diğer bir yazara göre de, iş müfettişlerine verilen söz konusu yetki yerinde değildir ve olması gereken hukuk bakımından yürürlükten kaldırılması yerinde olur⁴¹⁵. Buna göre muvazaa konusunda mahkemelerin görevli olması, muvazaanın tespiti gibi zor bir hususta yargılama yapılması ihtiyacından ve muvazaanın doğurduğu hukuki sonuçların hukuki öneminden kaynaklanmaktadır⁴¹⁶. Nitekim muvazaa davası diğer davalara oranla ispatı oldukça zor bir dava olup; mahkemenin her türlü delili ayrıntılı bir şekilde değerlendirerek ve genellikle uzman bilirkişi görüşünü de alarak yaptığı yargılama sonucunda ulaştığı muvazaa kararı hukuken “ciddi ve ağır” etkiler doğurabilmektedir. Zira bu kararın sonuçları davanın tarafları yanı sıra üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade ettiğinden mevcut hukuki durumun değişmesine neden olabilmektedir⁴¹⁷.

Yazara göre bu sebeplerle hükmün kaldırılması gerekmele birlikte eğer hüküm muhafaza edilecekse yorumu sınırlı ve dar yapılmalıdır⁴¹⁸. Buna göre iş müfettişine verilen söz konusu yetki, hukuki menfaati bulunanların genel hükümlere (BK m.18) göre muvazaa davası açma haklarını kesinlikle ortadan kaldırmamıştır. Bu sebeple hukuki menfaati olanlar (örneğin alt işverenlik sözleşmesinin taraflarının, alt işveren işçilerinin, ilgili sendikanın) alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu konusunda dava açabilirler⁴¹⁹.

Bir görüşe göre Yönetmeliğin dayanağı 3. madde iken, Yönetmeliğin büyük çoğunluğunun 2. maddeye dayanılarak düzenlenmesi sebebiyle Alt İşverenlik Yönetmeliği kanuna aykırılık taşımaktadır⁴²⁰.

⁴¹⁴ Ekonomi, Sayısal, Esneklik, 10-11. Çankaya/Çil, 2009, 35, 39. Ekmekçi’ye göre de, Bakanlığın ülkenin her yerindeki alt işveren ilişkilerini ve sözleşmelerin muvazaalı olup olmadığını denetleyebilecek bir mekanizması (örgütlenmesi) bulunmamaktadır (Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 58).

⁴¹⁵ Yılmaz, 5- 6. Aynı yönde Şen/Naneci, 33-34.

⁴¹⁶ Yılmaz, 5. Aynı yönde Şen/Naneci, 33-34.

⁴¹⁷ Yılmaz, 5.

⁴¹⁸ Yılmaz, 6. Şen ve Naneci’ye göre de, iş müfettişlerine verilen bu yetkinin şartlarının ve sınırının kesin bir şekilde tespit edilmesi halinde mevcut düzenlemenin sınırlarının en aza indirilebileceği görüşündedir (Şen/Naneci, 34).

⁴¹⁹ Yılmaz, 6. Aynı yönde Şen/Naneci, 34.

⁴²⁰ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 58.

6.Görüşümüz

Kanımıza göre söz konusu hükümdeki esas problem, iş müfettişlerine verilen muvazaayı tespit yetkisinden ziyade, bu tespiti verilen hukuki değerdir. Nitekim bu hükümden önce de müfettişler, gerek işin yürütümü gerek iş sağlığı ve güvenliği bakımından işyerinde tüm iş mevzuatı hükümlerine uyulup uyulmadığının belirlenmesi amacıyla “genel denetim” görevlerini yerine getirmekteydiler⁴²¹. Ayrıca bir ihbar, şikayet veya iş kazası ve meslek hastalığı sonrasında yapılan ya da sendika üyesi sayısının belirlenmesi gibi konularda uygulanan “inceleme denetimi” de söz konusudur⁴²². Gerçekten de İK 91 hükmü uyarınca devletin, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izlemek, denetlemek ve teftiş etmek ödevi bulunmaktadır (İK 91/1). Yine 92/son hükmüne göre, “*çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir*”. Bu doğrultuda söz konusu yasa hükmü öncesinde de, iş müfettişleri muvazaaya ilişkin tespitlerde bulunmakta ve yüksek mahkeme tarafından bu tespit, kuvvetli bir takdiri delil niteliğinde görülüyordu. Gerçekten de anılan hükümden önce bu konuda verilen bir Yargıtay kararına göre, “...iş müfettişi(nin) yaptığı inceleme ve araştırmalarla ortada davalı A. Şirket ile dava dışı Limited Şirket arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmayıp gerçek durumun gizlenmesi amacıyla göstermelik bir taşeronluk bağlantısının yapıldığı ortaya çıkarılmıştır. Mahkemece bu sözlü ve yazılı kanıtlar üzerinde durulmaksızın ve dolayısıyla bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın sathı bir gerekçeyle sonuca gidilmiş olması hatalıdır”⁴²³.

Bu anlamda İK 3/2 hükmünün getirdiği farklılık, söz konusu incelemenin “gerektiğinde” gibi belirsiz bir ifadeyle adeta sistematik hale getirilmesi ve müfettiş

⁴²¹ Süzek, 2008, 861. Bu denetim sonucunda işverenlere söz konusu mevzuata aykırılığı veya noksanlığı gidermesi için bir süre verebilmekte ve bu sürenin sonunda yapılacak kontrol denetimiyle aykırılığın giderilip giderilmediği kontrol edilebilmektedir. İş denetimi türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, İş Güvenliği, 133 vd.

⁴²² Süzek, 2008, 862. Bu doğrultuda kanımıza göre bir şikayet üzerine veya genel denetim görevleri içinde iş müfettişlerinin bir işyerine gittiklerinde örneğin bir makinenin bir tarafında asıl işveren işçilerini diğer tarafında alt işveren işçilerini gördüklerinde veya temizlik işinde çalışıyor gösterilen işçilerin, işyerinin asıl işlerinde çalıştıklarını tespit ettiklerinde bunu rapor etmeleri beklenir.

⁴²³ Y9HD, 9.2.1999, 17926/1750, www.hukukturk.com. Diğer bir karara göre ise “taşerona devir işleminin muvazaalı bir işlem olduğu yeterli delillerle kanıtlanabilmiş değildir. Taserona verilen işlerin yapıldığı işyerinde daha önce toplu iş sözleşmesinin imzalanmış olması muvazaanın kabulü için tek başına yeterli delil sayılamaz. Nitekim Bölge Çalışma Müdürlüğü iş müfettişinin tespitleri de bu doğrultudadır...” (Y9HD, 14.10.2004, 22472/23187, Legal, 6, 771-774).

raporunun ileride açılması muhtemel davalarda “aksi ispatlanabilir bir delil” olma niteliğinden çıkarılarak sadece işverenlere tanınan çok kısa bir itiraz süresi içinde kesinlik sonucunun bağlanmasıdır. Gerçekten de altı işgünü gibi çok kısa bir süre içinde, ilişkinin muvazaalı olduğuna ilişkin rapora karşı dava açılmazsa söz konusu rapor kesinleşmektedir. Yine bu kısa süre içinde dava açılabilirse bile, bu sefer de mahkeme kararı “kesin” bir nitelik taşımaktadır, diğer bir deyişle bu kararın temyiz yolu kapalı olmaktadır. Söz konusu itiraz davasına işçinin taraf olmaması dolayısıyla, işçi tarafından aynı konuda –temyiz yolu açık- davaların açılması mümkün olup aynı konuda birbirinden farklı kararların ortaya çıkması gibi “hukuk güvenliğini” tehdit eden ihtimaller doğmaktadır. Öte yandan konuyu düzenleyen Alt İşverenlik Yönetmeliği⁴²⁴, yasayı da aşan pek çok hüküm taşımakta ve bu anlamda normlar hiyerarşisine aykırılık taşımaktadır. Sonuç itibarıyla kanımıza göre, olması gereken hukuk açısından –önceden olduğu gibi- muvazaa konusunu içeren müfettiş raporlarının kesin sonuçlar doğuran değil, delil niteliği taşıyan bir konumla sınırlandırılması gerekir. Aksi takdirde bu şekliyle hükmün, Anayasa’ya aykırılık sorunu gündeme gelecektir.

II. Muvazaanın Yargı Tarafından Tespiti

Muvazaalı alt işveren ilişkisinin tespiti konusunda –idare tarafından tespit dışında- gerçekleşmesi beklenen doğal süreç, tarafların veya işçilerin ilişkinin muvazaalı olduğu konusunda iş mahkemelerinde dava açmalarıdır. Gerçekten de muvazaanın tespiti konusunda alışılmış olan yöntem, muvazaalı işlem nedeniyle hukuki menfaati haleldar olan kişinin muvazaalı ilişkinin bizzat tarafı ise karşı tarafı, üçüncü kişi ise muvazaalı ilişkinin taraflarını hasım göstererek bir dava açması ve mahkemenin iddia ve savunmalar çerçevesinde yargılama yaparak olayda bir muvazaa olup olmadığının tespitinin yapılmasıdır⁴²⁵. Diğer yandan mahkemenin de, bu konuda bir iddia olmasa da muvazaa olgusunu re’sen dikkate alması gerekmektedir. Gerçekten de doktrinde belirtildiği gibi (kesin geçersiz) bir işlemin

⁴²⁴ Doktrinde Engin, İK 3/son hükmünde yer alan, konunun bir Yönetmelikle düzenlenmesini öngören hükmün, “son yıllarda ve özellikle iş hukuku alanında hüküm süren, her konuyu yönetmelikle düzenleme merakının yeni bir örneği olarak” nitelendirmiştir (Engin, Sorumluluk, 18).

⁴²⁵ Yılmaz, 4. Ayrıca muvazaanın idare tarafından tespiti ve itiraz sürecine rağmen, işçinin ayrıca konuyla ilgili dava açabileceğine yukarıda değinilmişti.

geçersizliği, ilgili herkes tarafından ileri sürebileceği gibi, yargıcın da re'sen dikkate alması gereken hususlardandır⁴²⁶.

Olayların çoğunluğunda, muvazaa iddiası işçi tarafından ileri sürülmektedir. Buna göre, alt işverenliğin geçersizliğinin alt işveren işçisi olarak gösterilen işçilerden her biri tarafından ileri sürebilmesi mümkündür⁴²⁷. Ayrıca muvazaa iddiasının alt işveren tarafından ileri sürüldüğü durumlara da rastlanmaktadır⁴²⁸.

Öte yandan –konuyla ilgili hukuki yararı bulunan- işçi sendikalarının da ilişkinin muvazaalı olduğu konusunda dava açması mümkündür⁴²⁹. Nitekim Yargıtay'ın incelediği bir olayda, kendisinin yetkili olmadığı yönündeki yetki tespiti kararına itiraz eden bir sendika, işyerinde asıl işin her bir bölümünün farklı alt işverenlere verilmek üzere bölündüğünü, bunun sendikanın işyerinde çoğunluk sağlamasına engellemeye yönelik muvazaa olduğu gerekçesiyle olumsuz çoğunluk

⁴²⁶ Akyiğit, Şerh, C.1, 118, 120. Reisoğlu, 102. Günay, Alt İşveren, 28. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 225. Yılmaz, 4. Centel, Yönetmelik, 56. Çil, 29. Bu yönde Y9HD, 8.6.2005, 14300/20282, Çankaya/Çil, 2009, 56, 230. Y9HD, 26.11.2007, 36945/35404, karar ve karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 18-19. Y9HD, 12.2.2007, 32217/3258, Çankaya/Çil, 2009, 194-195. Buna karşılık Yargıtay'ın 1475 sayılı kanun döneminde incelediği bir olayda ilk derece mahkemesi, davalı ile taşeron firma arasında alt-asıl işveren ilişkisi olmadığı, muvazaa iddiasında bulunmadığı" gerekçesiyle (asıl) işveren hakkında açılan davayı husumetten reddetmiştir. Yüksek mahkeme ise, şu tespitlerde bulunmuştur: "...Dosya içeriğine göre, davalının Genel Müdürlük binasının temizlik işyerini birer yıllık ihale sözleşmeleri ile ihaleye çıkardığı, davacının da ihaleyi alan firma işçisi olarak davalıya ait işyerinde çalıştığı sabittir. İhale sözleşmeleri incelendiğinde, işe almada ve çıkarmada onay yetkisinin davalıya ait olduğu, işçileri giriş ve çıkışlarını kontrol ettiği, çalışma sürelerini düzenlediği, puantaj kendisinin tuttuğu, işçilere temsilcisi aracılığı ile talimat verdiği, kısaca ihaleyi alan firmanın işçilerini yönlendirdiği, talimat verme ve denetleme yetkisinin davalıda bulunduğu açıktır. Ayrıca davacının hizmet süresince davalıya ait işyeri ve eklentilerinde münhasıran çalıştığı da anlaşılmaktadır. Davalının 1475 sayılı İş Kanununun 1/son maddesi anlamında asıl işveren olduğu tartışmasızdır. Davacı muvazaa olgusuna değil, alt-asıl işveren ilişkisine dayanmıştır. Asıl işveren olarak davalı işçilik alacaklarından sorumlu olduğundan, işin esasına girilerek karar verilmesi gerekir" (Y9HD, 27.12.2004, 14024/29392, Çankaya/Çil, 2009, 270). Görüldüğü gibi Yargıtay isabetsiz olarak, söz konusu olayda -muvazaa ölçütü olarak kabul edilen pek çok olgu bulunmasına rağmen- işçinin muvazaaya değil, alt işveren ilişkisine dayanarak işçilik alacaklarını talep etmesi karşısında muvazaa olgusunun re'sen dikkate alınmamasını yerinde bulmuştur.

⁴²⁷ Akyiğit, Şerh, C.1, 118, 120. Yargıtay'ın bir kararına göre," işyerinde tek bir taşeron bulunmayıp işlerin muhtelif taşeronlara verildiği ve davacıların uzun süre aynı taşeron nezdinde çalıştıkları anlaşıldığından, her taşeronun durumu ayrı ayrı değerlendirilip sonuca gidilmeli, uzun süre aynı koşullarda çalışan davacının daha önce sözleşmelerinin muvazaalı olduğu iddiasında bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir". Söz konusu kararı değerlendiren Centel de, mevcut iş güvencesine rağmen uzunca süre sesini çıkarmayıp muvazaa iddiasında bulunmamış işçinin, birden ortaya çıkıp asıl işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya kalkışmasının da dürüstlük kuralına aykırı olduğunu belirtmiştir (Y9HD, 22.4.2004, 6280/9180, Centel, Taşeron İşçisinin Muvazaa İddiası (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Dergisi, Ağustos 2004, 34-36).

⁴²⁸ Y9HD, 29.1.2007, 309/1006, Legal, 15, 2007, 1057-1059 (Kararı farklı yönlerden ele alan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 34).

⁴²⁹ Akyiğit'e göre, o alanda ve işyerinde faaliyet gösteren, özellikle de asıl işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesinin tarafı olan bir işçi sendikasının da bu konuda dava açması mümkündür (Akyiğit, Şerh, C.1, 118, 120).

tespitinin iptalini ve tespiti konu işyerinde çalışan işçilerin üye çoğunluğunun bulunduğu tespitini talep etmiştir⁴³⁰. Yüksek mahkeme, -davacı işçi sendikası daha önce muvazaayı öne sürmeksizin işyerindeki dört ayrı alt işverenle imzalamış ve yürürlükte tutmuş olmasına rağmen- olayda muvazaa olduğu ve çoğunluk tespitinin buna göre yapılması gerektiği sonucuna varmıştır.

Ancak Yargıtay diğer bir olayda farklı bir hükme varmıştır. Söz konusu olayda belediye, temizlik işlerini alt işverene ihale etmiş, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikası ise bu işlemin iptali için dava açmıştır. Yargıtay, 2822 Sayılı Kanunun 60 ve 61. hükümlerinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikanın sadece eda ve yorum davaları açabileceğinin öngörüldüğü gerekçesiyle, işçi sendikasının tarafı olmadığı alt işveren ilişkisinin hukuka aykırılığına ve iptaline ilişkin bir dava açamayacağı sonucuna varmıştır⁴³¹. Yüksek mahkemenin bu kararı doktrinde eleştirilmiştir⁴³². Buna göre, işçi sendikalarının dava açabilecekleri husus sadece eda ve yorum davaları ile sınırlı değildir. Zira 2822 s.k. m.60 ve 61’de, sendikaların açabilecekleri dava türlerine ilişkin bir sınırlama yer almayıp, sadece bu davaların toplu iş hukukuna ilişkin sonuçları düzenlenmiştir. Öte yandan S.K. 32/b.3 te

⁴³⁰ Y9HD, 10.4.2008, 12851/8003, ÇT, 2008/3, 18, 212-215.

⁴³¹ Y9HD, 17.4.2007, 25736/11146, Sümer, Dava Açma Yetkisi, 148 vd. Yargıtay’ın konuyla ilgili diğer bir kararına göre de, “...açılacak eda ve yetki uyumsuzluğu davalarında işyerindeki tüm alt işverenlik ilişkilerinin muvazaalı işleme dayandığı ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmak suretiyle karar verilmesi talep edilebileceğinden mücerret tespit istemiyle açılan davanın (reddi gerekir)” (Y9HD, 20.1.2004, 23864/468, İşveren D, Nisan 2004, 24-25). Son anılan kararı isabetli bulan Centel’e göre, her taşeron uygulamasında soyut (mücerret) olarak, hukuka uygunluğun tespit edilmesi yoluna başvurulmasının kabulü, çok sayıda uyumsuzluğun yargı önüne götürülmesi anlamını taşıyacaktır. Yazara göre bu tehlikeyi gören yüksek mahkeme isabetli olarak, hukukun genel ilkelerinden hareketle, taşeron uygulaması içinde tespit davası açılması yolunu, hukuken kapatmıştır. Buna göre, muvazaalı alt işveren uygulamaları, toplu iş sözleşmesinden doğan alacakların talep edileceği eda davaları veya toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespiti yahut grev oylaması isteyebilecek çalışanların saptanması gibi ancak o işyerinin işçisi olmanın bahsedeceği haklara dayalı uyumsuzluklar içinde değerlendirilebilir (Centel, Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, S:294, Haziran 2004, <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/haziran/hukuk.html>). Yargıtay 2007 yılında incelediği bir olayda, “davacı sendika, davalı belediye ile bağtladığı TİS’nin 23. maddesinde işin alt işverene verilmesinin mümkün olmadığının tespitini istemiştir. Mahkemece istek hüküm altına alınarak temizlik işinin alt işverene verilmesinin yasaya aykırı olmasa da toplu iş sözleşmesinin anılan hükme aykırı olduğu yolunda hüküm kurulmuştur. Sendikanın toplu iş sözleşmesinin tarafı işveren aleyhine sözleşme devam eder iken açık olmayan, hüküm yorumuna ilişkin dava açması mümkündür. Ancak yorum davası 2822 sayılı TİSGLK’nın 60. maddesi uyarınca yetkili mahkemede açılmamıştır. Kaldı ki, toplu iş sözleşmesinin 23. maddesi yoruma gerek duyulmayacak kadar açık bir düzenleme içermektedir. Sendikanın TİS’in 23. maddesine aykırı olarak temizlik işinin alt işverene verilmesi işlemine karşı dava açmakta hukuki yarar bulunmamaktadır. Öte yandan işin bir bölümünün alt işverene verilmesi durumunda hakları olumsuz etkilenen sendika üyesi işçiler için sendikanın eda davası açması mümkün olduğundan tespit davası dinlenemez” (Y9HD, 19.6.2007, 21512/19528, Çankaya/Çil, 2009, 170).

⁴³² Sümer, Dava Açma Yetkisi, 148 vd.

sendikaların faaliyetleri arasında “*Çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak*” sayılmıştır⁴³³. Diğer bir yazara göre de işçi sendikası, bir eda davasında veya toplu iş sözleşmesi yetkisiyle ilgili itiraz davasında yahut sırf geçersizliğin tespitine yönelik bir davada alt işverenliğin geçersizliğinin tespitini isteyebilmelidir⁴³⁴. Çünkü alt işverenliğin muvazaa veya başka bir nedenden geçersizliğinin peşinen tespitinde, asıl işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasının hukuki yararı bulunmaktadır⁴³⁵. Nitekim bu ilişki geçerli değilse, söz konusu işçiler asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek, sendika bu işçilerden üyelik aidatı veya dayanışma aidatı alabilecek ve asıl işverenin işyerinde çalışan işçi sayısına bağlı yükümlülükleri değişebilecektir.

Öte yandan genel hükümlere göre açılan muvazaa davalarında ispat yükü davacıya ait olduğundan, bu konuda iddiada bulunan işçinin bu iddiasını ispatlaması gerekecektir⁴³⁶. Bununla birlikte doktrinde bir görüşe göre İK 2/7’de öngörülen durumlarda mutlak bir yasak değil, yasal (adi) bir karine öngörüldüğünden, bu konuda ispat yükü yer değiştirmiştir⁴³⁷. Ancak İK 2/7’de sayılmayan muvazaalı durumlarda yasal bir karine söz konusu olmayacağından, ispat yükü yine işçiye düşer⁴³⁸.

Alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu iddia eden ve ispat yükü kendisinde olan işçinin (veya mirasçılarının) bu iddiasını her türlü delille ispat etmesi mümkündür⁴³⁹. Yargıtay kararlarında genellikle, taraflar arasındaki ilişkinin niteliği,

⁴³³ Bu hüküm uyarınca sendikaların davacı ve davalı olabilmeleri somut, belirli üyeleri temsilen değil, anonim ve kolektif niteliklidir. Ayrıca bu hüküm uyarınca sendikaların dava açabilmeleri işçilerin yazılı başvurusuna bağlı değildir (Sümer, Dava Açma Yetkisi, 150).

⁴³⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 121.

⁴³⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 121. Aynı yönde, Sümer, Dava Açma Yetkisi, 150.

⁴³⁶ Yılmaz, 16. Doktrinde Yılmaz’a göre, “davacı, davalının yaptığı (hatta genellikle karşılaştığı üzere, davalı hanesinde bulunan ve davalı olarak gösterilen iki kişi arasında yapılan) işlemin muvazaalı olduğunu ve dolayısıyla bunun iptalini veya geçersizliğini iddia ettiğinden muvazaanın ispat yükü ona (davacıya) aittir (Yılmaz, 16).

⁴³⁷ Süzek, Alt İşveren, 67. Süzek, 2005, 149.

⁴³⁸ Süzek, 2008, 158-159. Şen/Naneci, 37.

⁴³⁹ Yargıtay da verdiği bir kararda “...davacı işçi alt işverenlik uygulamasının muvazaaya dayandığını ileri sürmüş ise de, iddiasını destekler nitelikte herhangi bir bilgi ve belge dosyada

işin asıl iş mi yoksa yardımcı iş mi olduğu, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun bulunup bulunmadığı konularında, alt işverenlik sözleşmesi ile ilgili varsa ihale ve sözleşme örneklerinin getirtilmesi ve gerekirse işyerinde bilirkişi aracılığı ile keşif yapılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁴⁰. Gerçekten de yüksek mahkeme ihale ve sözleşme (ve ekleri) örneklerinin incelenmesinin yanı sıra, alt işverene verilen işin niteliğinin tespiti ve benzeri konularda işyerinde uzman bilirkişinin keşif yapmasını öngörmekte ve bunun sonucunda sağlıklı bir sonuca ulaşılmasını istemektedir⁴⁴¹.

§3. Kamu Kuruluşlarında Hukuka Aykırı Alt İşveren İlişkisi

I.Kamu Kuruluşlarına İlişkin Yapılan Düzenleme

Kamu kuruluşlarında işçi alımının sınırlanması nedeniyle kamu işverenlerinin sıklıkla başvurduğu yollardan birisi, ihale yoluyla başka işverenlere iş vermektir⁴⁴². Ancak yine sıklıkla, kamu kurumları alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyerinin asıl işçileri oldukları iddiasıyla karşılaşmaktadırlar. Bu durumun önüne geçmek amacıyla 12 Temmuz 2006 tarihinde 5538 sayılı Kanunun⁴⁴³ 18. maddesi⁴⁴⁴ ile kamu kuruluşları lehine ayrıcalık tanıyan iki fıkra İş Kanununun 2. maddesine eklenmiştir.

bulunmamaktadır....” değerlendirmesinde bulunmuştur (Y9HD, 28.5.2007, 7018/17067, Çankaya/Çil, 2009, 172-173).

⁴⁴⁰ Y9HD, 26.11.2007, 36945/35404, Legal, 2008, 17, 163-164. Son anılan kararı yerinde bulan değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, Değerlendirme 2007, 18-19, 32. Y9HD, 27.3.2006, 26361/7460, ÇT, 2006/3, 10, 210-212. Y9HD, 15.9.2008, 35331/23492, Çankaya/Çil, 2009, 121-123. Y9HD, 27.3.2006, 4860/7479, Legal, 2006, S.11, 1024-1026, kararın değerlendirilmesi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 20 vd. Y9HD, 7.4.2005, 10684/12394, ÇT, 2005/3, 6, 282 vd. Y9HD, 23.1.2007, 29128/441, ÇT, 2005/3, 6, 342-344. Y9HD, 19.4.2004, 9452/8762, Günay, Alt İşveren, 27. Aynı yönde bkz. Günay, Alt İşveren, 26.

⁴⁴¹ Y9HD, 22.4.2004, 6280/9180, Centel, Yargıtay’ın bu tespitini isabetli bulmaktadır (Centel, Taşeron İşçisinin Muvazaa İddiası (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Dergisi, Ağustos 2004, 34-36).

⁴⁴² Tarcan, 90.

⁴⁴³ “Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (R.G. 12.7.2006, S.26226). Söz konusu fıkraların müstakil bir yasa ile değil, bir “torba yasa” ile getirilmesi haklı olarak eleştirilmiştir (Tarcan, 90).

⁴⁴⁴ 5538 sayılı Yasa’nın ilgili maddesinin gerekçesine göre “Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer özel kanun hükümleri çerçevesinde yapılan hizmet alımları neticesinde yükleniciler tarafından istihdam edilenler; hizmet alımını yapan kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarının, kendilerinin asıl işvereni olduğunu iddia ederek bu kurumların asli kadrolarına atanmayı talep etmekte veya bu kurumlarda uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi ya da personel kanunundan yararlandırılma talebinde bulunmaktadırlar. Yapılan düzenlemeyle, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarının, hizmet alımı amacıyla sözleşme yaptıkları yükleniciler veya işverenler tarafından istihdam edilenlerin asli işvereni olmadığı hususuna açıklık getirilmektedir” (4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayın No: 293, 4 Temmuz 2008, 81).

Buna göre, “*Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak; a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya, b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamazlar....*”.

Anılan hükümle ilgili öğretide ortaya konan haklı eleştirilerden biri, kanun yapma tekniğine aykırı olup düzenlenme yerinin uygunsuz, Türkçesinin bozuk, iş hukuku terminolojisine yabancı olduğu ve günlük kamu işletme ve işyerlerinde kullanılan bir dille kaleme alınmış olmasıdır⁴⁴⁵. Gerçekten de, “yüklenici”, “yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar”, “hizmet alım sözleşmesi”, “kadroya atanma” gibi kavramlar iş hukukuna ilişkin kavramlar değildir.

Doktrinde de belirtildiği üzere “yüklenici” kavramı uygulamada bazı sözleşme taraflarının seçtikleri bir sözcük olup bunun kanun koyucu tarafından kullanılması uygun değildir⁴⁴⁶. Yüklenici kelimesinin sözlük tanımı, “başkası için yapı ve ticaretle ilgili bir işi yapmayı üstüne alan kimse, müteahhit, üstenci”⁴⁴⁷ dir. Müteahhit ise, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “yüklenici” olarak tanımlanmaktadır⁴⁴⁸.

Bir görüşe göre hükümde yer alan “yüklenici” kavramı “alt işveren” kavramının yerine, “yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar” kavramı ise “alt işveren işçilerinin” yerine kullanılmıştır⁴⁴⁹. Diğer bir görüşe göre, hükümde yer alan

⁴⁴⁵ Süzek, 164. Ekonomi, Alt İşveren, 24. Gerek, Kamu Kuruluşları, 83. Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1176-1177. Tarcan, 90. Öyle ki öğretide Ekonomi, günlük kamu işletme ve işyerlerindeki sözcüklerin yer aldığı bu düzenlemenin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanmadığı izlenimini bıraktığını belirtmektedir (Ekonomi, Alt İşveren, 24).

⁴⁴⁶ Ekonomi, Alt İşveren, 24, dn.11. Gerek, Kamu Kuruluşları, 83. Ekonomi, Borçlar Kanununda eser sözleşmesinde, bir üretimi üstlenen tarafa müteahhit denildiğini fakat uygulamada bunun yerine “yüklenici”, “taşeron” veya “alt işveren” kavramlarının kullanıldığını belirtmektedir (Ekonomi, Alt İşveren, 24, dn.11).

⁴⁴⁷ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Ankara 2005, 2205.

⁴⁴⁸ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Ankara 2005, 1442. Alt işveren-müteahhit-yüklenici kavramlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, § 1, I, 3, a.

⁴⁴⁹ Ekonomi, Alt İşveren, 24. Ekonomi’ye göre, ilgili fıkrada kamu kuruluşlarını genel olarak tanımlamak yerine, kurduğu ilişkide İK 2/6 şartlarına göre asıl işveren niteliğini kazanan kurum ve kuruluşlar ifadesinin kullanılması madde içinde bütünlüğü sağlayabilirdi (Ekonomi, Alt İşveren, 24).

“yüklenici” kavramı alt işveren ve geçici iş ilişkisi dışında bir müessese olarak kullanılmıştır⁴⁵⁰. Zira bu görüşe göre aynı maddenin 9. fıkrasında kullanılan “sekizinci fıkra belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler...” ifadesi, İş Kanunu’nda yer alan diğer müesseselerden farklı bir müessesenin getirilmek istendiğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır. İlgili maddede geçen “hizmet alımı sözleşmesi” kavramı ise, asıl işveren alt işveren ilişkisini kuran sözleşmeleri altında toplayan yeni bir üst kavram olarak karşımıza çıkmıştır⁴⁵¹. Oysa bu sözleşmeleri altında toplayan bir üst kavram olarak “asıl işveren-alt işveren ilişkisi” kavramı zaten kanunda yer almıştı⁴⁵². Doktrinde bu kavramın kullanılması da alt işverenlerin, asıl işverenin işyerinde üretimde bulunmak üzere ilişki kurmaları ve bu ilişki kapsamında sadece hizmet değil, mal üretimini de gerçekleştirebilecekleri gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁵³.

Söz konusu hükümle ilgili esas tartışma noktası, hükmün ifade ettiği anlamdır. Bu hususta doktrinde iki görüş bulunmaktadır.

1.Düzenlemenin Kamu İşverenlerine Ayrıcalık Getirdiği Görüşü

Doktrinde çoğunluk görüşüne göre, İş Kanununa eklenen bu hükümler uyarınca yasanın yürürlük tarihi olan 12.7.2006 tarihinden sonra, asıl işveren niteliği bulunan kamu işverenleri için İK 2/6 ve 7’de düzenlenen koşul ve sınırlamalar uygulanmayacaktır⁴⁵⁴. Diğer bir deyişle, bu düzenleme doğrultusunda muvazaalı bir uygulama özel kesim işvereni için yasa dışı kabul edilirken, kamu işvereni için yasal

⁴⁵⁰ Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1177.

⁴⁵¹ Ekonomi, Alt İşveren, Soru-Cevap-Tartışma, 94- 95. Ekonomi’ye göre esasen hizmet alımı sözleşmesi “isimsiz” veya “karma” bir sözleşme değildir. Bu sözleşme, daha çok geçici iş ilişkisi (ödünç iş sözleşmesi) ile başkasına kendi işçilerini gönderen firmaların kullandıkları bir terimdir. Buna karşılık az sayıda da olsa alt işveren ilişkisini kuran sözleşmeye de bu adın verildiği görülmektedir (Ekonomi, Alt İşveren, Soru-Cevap-Tartışma, 94- 95).

⁴⁵² Ekonomi, Alt İşveren, Soru-Cevap-Tartışma, 95.

⁴⁵³ Ekonomi, Alt İşveren, 24. Öte yandan, madde gerekçesinde “asıl işveren” kavramından söz edilmiştir ki, bu ifade de İş Kanununa yabancısıdır. Bu kavramın da “gerçek işveren” anlamında kullanıldığı belirtilmiştir (Çankaya/Çil, 50. Aynı yazarlar, Alt İşveren İlişkisi, 70).

⁴⁵⁴ Süzek, 164. Aynı yazar, İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, 10. Ekonomi, Alt İşveren, 25. Alpogut, Yönetmelik, 59. Çelik, 46. Gerek, Kamu Kuruluşları, 85. Aydın, Alt İşveren, 296-297. Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1176. Tarcın, 87 vd. Akyiğit’e göre de bu iki fıkra ile kamuda alt işverenlikte yaşanan bazı hukuka aykırı uygulamalara prim verilmiş ve hileli alt işverenlikler yasal hale dönüştürülmüştür (Akyiğit, Şerh, C.1, 89, 111. Aynı yazar, İş Hukuku, 72 vd). Diğer yandan Akyiğit, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun özel ve kamusal bütün alt işverenliklerde uygulanacağını belirtmektedir (Akyiğit, Şerh, C.1, 95).

sayılabilecektir. Öyle ki kamu işverenleri bir anlamda İş Kanununun anılan hükümlerinden muaf tutulmuştur.

Aynı görüşteki bir yazara göre, bu düzenleme ile tüm kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarında alt işveren uygulaması muvazaalı olsa bile, muvazaalı ilişki içinde çalıştırılan işçilerin muvazaayı ileri sürmesini engellenmekte ve muvazaalı işlemin taraflarına haklı ve mantıklı olmayan bir dayanak sağlanmaktadır⁴⁵⁵. Ayrıca özel ve kamu kesim arasında haklı olmayan bir farklılık yaratılmakta ve kanun önünde eşitlik ilkesi çiğnenmektedir.

Bu durumun bir sonucu olarak, İK 2/6'da belirtilen şartlara uygun kurulmayan veya muvazaalı işleme dayandığı tespit edilen alt işveren ilişkilerinde İK 2/7 de yer alan "alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler" yaptırımını uygulanmaz⁴⁵⁶. Diğer bir ifadeyle alt işveren işçileri bu kurala dayanarak herhangi bir hak talebinde bulunamazlar. Zira ilgili maddede, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanların bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak, bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinde çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamayacakları düzenlenmiştir⁴⁵⁷.

Bu sebeple yine bu görüşe göre söz konusu düzenleme Anayasa'nın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır ve iptali gerekmektedir⁴⁵⁸. Gerçekten de Anayasa'nın 10 maddesine göre "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım

⁴⁵⁵ Aydın, Alt İşveren, 297. Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1176-1177. Alt işveren sözleşmesinin bir tarafını kamu kurumunun oluşturması durumunda muvazaadan söz edilemeyeceği konusunda 1475 sayılı Kanun döneminde verilen farklı Yargıtay kararları için bkz. Aydın, Alt İşveren, 79-80.

⁴⁵⁶ Süzek, 164. Akyiğit, Şerh, C.1, 111. Ekonomi, Alt İşveren, 25. Gerek, Kamu Kuruluşları, 84. Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1176. Akyiğit, söz konusu düzenlemenin kamu kurumlarına ayrıcalık tanıdığını kabul etmekle birlikte, söz konusu hükümler Anayasa Mahkemesince iptal edilene kadar mahkemelerin İK 2/6 ve 7 hükümlerinin ortaya koyduğu esaslardan ayrılmamaları ve İK 2/8 de düzenlenen yasağı gerçek alt işveren ilişkilerinde uygulayıp sahtelerinde uygulamamaları gerektiğini ileri sürmektedir (Akyiğit, İş Hukuku, 74).

⁴⁵⁷ Süzek'e göre de bu hüküm uyarınca, "bu şekilde alt işverenler tarafından çalıştırılanlar, bu kurum, kuruluş ve ortaklıkların kendi işçilerinin iş mevzuatı veya toplu iş sözleşmelerine göre sahip oldukları haklardan yararlanamazlar" (Süzek, 164).

⁴⁵⁸ Süzek, 164. Aynı yazar, İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, 10. Ekonomi, Alt İşveren, 24. Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen, 70. Ekmekçi, İSG Uygulamaları, 57. Aynı Yazar, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 20. Aynı yazar, Kamu İşvereni, 1176. Akyiğit, Şerh, C.1, 111. Aynı yazar, İş Hukuku, 74. Aydın, Alt İşveren, 297. Tarcan, 88. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bazı kamu kuruluşları için daha farklı temyiz süreleri öngören bir yasa hükmünü AY 10 ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir (karar ve değerlendirmesi için bkz. Tarcan, 89).

gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”.

Öte yandan anılan düzenleme, hukuk devleti ilkesine ve sosyal devlet ilkesine de aykırıdır⁴⁵⁹. Ayrıca kamu ve özel sektör işverenleri arasında haksız rekabet yaratacak niteliktedir⁴⁶⁰. Nihayet bu düzenleme, anayasada temel hak ve özgürlük olarak belirlenen dava açma hakkını ortadan kaldırdığından hak arama hürriyetine de aykırılık teşkil etmektedir⁴⁶¹.

Nihayet bu düzenleme, Türkiye’nin 1960 yılında onayladığı⁴⁶² 94 sayılı “Kamu Makamları Tarafından Yapılan Sözleşmelere Konulacak Çalışma Şartlarına İlişkin” ILO sözleşmesine de aykırıdır⁴⁶³. Nitekim bu sözleşmede, alt işveren ilişkisinde alt işveren işçilerine tanınan haklar ile asıl işverenin işçilerine tanınan hakların ve çalışma şartlarının aynı olması öngörülmüştür⁴⁶⁴. Buna göre sözleşmenin 2. maddesinde kamu kuruluşlarına, kamu kurumundan iş alan alt işverenlerin ve yüklenicilerin çalıştırdıkları işçilere, o bölgede veya yoksa yakın bölgede çalışan ve aynı işi yapan işçilere ödenen işçilik haklarının aynısının ödenmesi konusunda yükümlülük getirilmektedir⁴⁶⁵.

Sonuç itibariyle pek çok yönden hukuka aykırılık taşıyan söz konusu 8. ve 9. fıkraların yürürlükten kaldırılması gerekir⁴⁶⁶.

2.Düzenlemenin Kamu İşverenlerine Ayrıcalık Getirmediği Görüşü

Diğer bir görüşe göre, kamu kurumları yönünden alt işveren ilişkisinin İş Kanunu’nda düzenlenen unsurlarını kaldırdığı ve kamu kuruluşlarına ayrıcalık

⁴⁵⁹ Aydınli, Alt İşveren, 297-298. Ekonomi, Alt İşveren, 25. Akyiğit, Şerh, C.1, 101, 111. Aynı yazar, İş Hukuku, 74.

⁴⁶⁰ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, Tebliğler, 20.

⁴⁶¹ Aydınli, Alt İşveren, 297.

⁴⁶² 161 Sayılı Kanun (RG.21.12.1960, 10686).

⁴⁶³ Aydınli, Alt İşveren, 298. Bu sözleşmeye ilişkin açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, § 2, I, 4.

⁴⁶⁴ Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 16. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Başbuğ, Alt İşveren İlişkisi, 16 vd.

⁴⁶⁵ Aydınli, Alt İşveren, 298.

⁴⁶⁶ Süzek, 165. Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1180. Söz konusu düzenlemenin alt işverenliğin toplu sözleşme ve iş mevzuatı hükümlerinden kurtulmanın bir aracı olarak kullanılmasını önlemek amacını taşıyan İK m. 2/ 6. ve 7. fıkralarına da aykırılık taşıdığı belirtilmiştir (Tarcan, 89).

getirdiği söylenemez⁴⁶⁷. Çünkü fıkra da yer alan “diğer kanun hükümleri çerçevesinde” ifadesi, 6. fıkradaki unsurların aranmasını gerektirmektedir.

Aynı yönde bir görüşe göre söz konusu hükümler kamu işverenlerini asıl işveren olarak muvazaa iddialarından korumaya yönelik olsa da, bu işverenlerin İK 2/6 uyarınca “asıl işveren” sıfatıyla sorumluluklarını ve İK 2/7 hükmüne göre ve ayrıca bu hükümde belirtilenlerin dışında muvazaanın sabit olması halinde alt işveren işçilerinin “asıl işveren işçisi sayılarak işlem görmeleri” sonucunu ortadan kaldırmamaktadır⁴⁶⁸. Bu görüşteki diğer bir yazara göre de, söz konusu fıkralarda muvazaaya dair kriterlere değinilmeksizin ve kamu işverenleri yönünden farklı bir muvazaa olgusu getirilmeksizin muvazaanın bazı sonuçları üzerinde durulmuştur⁴⁶⁹. Ancak muvazaalı işlem söz konusuysa buna bağlı sonuçlar kendiliğinden doğar; buna göre muvazaalı işlem yok hükmünde kabul edilip sorun gerçek ilişki çerçevesinde çözümlenir. Kamu kuruluşları için muvazaa kriterlerinin değiştirilmesi mümkünse de söz konusu fıkralarda bu yola gidilmemiş sadece sonuçlar üzerinde durulmuştur. Buna karşılık yasa ile sadece bu sonuçların değiştirilmesi mümkün değildir⁴⁷⁰.

Öte yandan, geçerli olarak kurulmuş ve muvazaaya dayanmayan alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisinin kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına ait kadro ve pozisyonlara atanmaya hak kazanması zaten mümkün değildir. Gerçekten de anılan hükümler olmasa dahi, kamu kurumundan iş alan bir yüklenicinin veya alt işveren işçisinin kamudan kadro talep hakkı bulunmamaktadır⁴⁷¹. Alt işveren işçisinin açtığı işe iade davasında dahi feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin *alt işverene ait işyerine iadesine* karar verilir, asıl işverenin sadece işçinin işe başlatmama tazminatı ile boшта geçen ücretinden müteselsil sorumluluğu söz konusu olur⁴⁷².

Ayrıca, yine söz konusu “alt işveren işçisi, asıl işveren olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarının personeline mali haklar ve sosyal yardımlar sağlayan

⁴⁶⁷ Göktaş, 104. Çankaya/Çil, 48. Aynı yazarlar, Alt İşveren İlişkisi, 69 vd. Çil, 29. Aynı yazar, Toplu İş Hukuku, 29. Maliye Bakanlığının kadro vermemesinin kamu işyerlerine kanuna uymama hakkı vermeyeceği yönünde bkz. Günay, Alt İşveren, 26, 84.

⁴⁶⁸ Mollamahmutoğlu, 185. Yazara göre söz konusu hüküm, içerik olarak kamuda çalışan işçilerin yanı sıra diğer statülerde çalışanları da kapsamaktadır; bu nedenle de hükmün yeri isabetsizdir (Mollamahmutoğlu, 184).

⁴⁶⁹ Çil, 29. Aynı yazar, Alt İşveren, 24. Aynı yazar, Toplu İş Hukuku, 29.

⁴⁷⁰ Çil, 29. Aynı yazar, Alt İşveren, 24. Aynı yazar, Toplu İş Hukuku, 29. Öğretide Akyiğit, gerekçesini belirtmese de aynı sonuca ulaşmaktadır (Akyiğit, İş Hukuku, 74).

⁴⁷¹ Çankaya/Çil, 48- 50. Aynı yazarlar, Alt İşveren İlişkisi, 69 vd.

⁴⁷² Çankaya/Çil, 48. Aynı yazarlar, Alt İşveren İlişkisi, 69 vd.

personel kanunları ve diğer mevzuat hükümlerinden, ayrıca kamu kurum ve kuruluşunun taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz” hükmü de bir yenilik getirmemektedir⁴⁷³. Nitekim kanuna uygun olarak kurulmuş ve muvazaaya dayanmayan alt işveren ilişkilerinde alt işveren işçilerinin asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacakları hususunda, doktrin ve uygulama açısından görüş birliği sağlanmıştır⁴⁷⁴.

Buna karşılık kanuna uygun kurulmamış veya muvazaaya dayanan bir alt işveren ilişkisinde 8. fıkra da yer alan bu kurallar uygulanmaz; zira bu durumda söz konusu işçi baştan itibaren o kamu kurum, kuruluş veya ortaklığın işçisi kabul edilir⁴⁷⁵. Muvazaalı bir ilişkide işçinin, gerçek işverenin işçisi ise kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi eşitlik ilkesine, yine koşulları olmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması anayasal sendikal haklara aykırılık oluşturur⁴⁷⁶.

Sonuç itibarıyla bu görüşe göre anılan hükümler sadece geçerli olan ya da muvazaaya dayanmayan alt işveren ilişkileri için uygulanır⁴⁷⁷. Bu düzenleme olmasaydı da sonuç daha farklı olmayacağından, bu düzenleme “malumun ilanından” başka bir şey ifade etmemektedir⁴⁷⁸.

3.Yargıtay Uygulaması

Yüksek mahkeme de 2008 yılında verdiği bir kararda, bu düzenlemenin mevcut uygulamayı değiştirmediğini, diğer bir deyişle kamu kurum ve kuruluşlarına ayrıcalık tanımadığını kabul etmiştir. Bu karara göre, “...5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait ortaklıklara dair bazı

⁴⁷³ Çankaya/Çil, 48- 50. Göktaş, 104.

⁴⁷⁴ Çankaya/Çil, 50. Nitekim madde gerekçesinde, yükleniciler tarafından istihdam edilenlerin; hizmet alımını yapan kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarının, kendilerinin asıl işvereni olduğunu iddia ederek bu kurumların asli kadrolarına atanmayı talep ettikleri veya bu kurumlarda uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi ya da personel kanunundan yararlandırılma talebinde bulundukları, bu durumun önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir (Çankaya/Çil, 2009, 50).

⁴⁷⁵ Çankaya/Çil, 48-49. Çil, 29.

⁴⁷⁶ Çil, 29.

⁴⁷⁷ Çankaya/Çil, 48-49. Aynı yazarlar, Alt İşveren İlişkisi, 69. Esasen Göktaş makalesinde “...düzenlemenin geçerli olmayan ya da muvazaaya dayanan asıl işveren-alt işveren ilişkileri için söz konusu olduğunu söylemek gerekir” ifadesini kullansa da bu ifadenin dışındaki konuya ilişkin açıklamalarından, bu cümlemin yanlışlıkla ortaya konulduğu sonucuna varmaktayız (Göktaş, 104).

⁴⁷⁸ Göktaş, 104. Aynı yönde Çankaya/Çil, Alt İşveren İlişkisi, 69.

istisnalar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaâ kriterleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüş olmakla kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi mümkün görülmemelidir. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur...⁴⁷⁹.

Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 8. ve 9. fıkraları hakkında bu düzenlemelerin kamu kurumlarını kayırdığı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır⁴⁸⁰. 14 Ocak 2010 tarihinde ise "itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada söz konusu fıkraları uygulama olanağı bulunmadığından bu fıkralara ilişkin başvuruda yüksek mahkeme'nin yetkisiz olduğu" şeklinde usule ilişkin bir gerekçeyle iptal başvurusu reddedilmiştir⁴⁸¹.

4.Görüşümüz

Bu konuyla ilgili bir değerlendirme yaparken öncelikle söz konusu hükmün lafzına (metnine) bakmak gerekir⁴⁸². Hükümde, "...*kamu kurum ve kuruluşları ile ...ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanların, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak*" kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait pozisyonlara atanmaya ve bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya

⁴⁷⁹ Y9HD, 14.7.2008, 1929/ 20008, ÇT, 2009/1, 322-325. Aynı yönde bkz. Y9HD, 22.7.2008, 22107/21728, Göktaş'ın kişisel arşivi, Göktaş, 105, dn.23.

⁴⁸⁰ İtiraz yolu ile İstanbul 4. İş Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilen 2007/67 esas sayılı dava (Göktaş, 105, dn.23).

⁴⁸¹ <http://www.anayasa.gov.tr/general/haberdetay.asp?contID=751>.

⁴⁸² Aykaç, 111 vd. Zira iş hukukunda da bir kanun hükmü yorumlanırken öncelikle sözüne yani metnine bakılır (Mollamahmutoğlu, 106).

ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamayacakları düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi anılan fıkra “Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde” yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlardan söz etmektedir. Burada “diğer kanun hükümleri çerçevesinde” ifadesinin İş Kanununun ilgili hükümlerini de içerdiğinin kabulü gerekir. O halde ancak İş Kanunu hükümleri çerçevesinde geçerli bir alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisinin fıkra öngörülen hakları olmayacaktır. Bu durum ise hali hazırdaki uygulamadan farklı bir sonuç yaratmayacaktır. Zira asıl işveren, alt işveren işçisinin işvereni değildir. Geçerli bir alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işveren işçisinin haklarından sadece alt işverenle birlikte müteselsilen sorumluluğu söz konusudur. Yine doktrinde ve uygulamada artık iyice yerleştiği üzere, alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden faydalanması da mümkün değildir. Nitekim maddenin gerekçesinde de hükmün amacının, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarının, hizmet alımı amacıyla sözleşme yaptıkları yükleniciler veya işverenler tarafından istihdam edilenlerin asli işvereni olmadığı hususuna “açıklık getirilmesi” olduğu belirtilmiştir.

Buna karşılık bir hükmü sadece lafzi yorum metodu bir hükmü değerlendirmek yeterli bir metot olarak görülmemektedir⁴⁸³. Bu sebeple hükmün ruhuna (amacına) bakmak gerekir (M.K. m.1). Söz konusu hükmü amaçsal yorum yöntemiyle değerlendirdiğimizde yasa koyucunun en azından yasayı yaparken güttüğü amacın, doktrinde ileri sürüldüğü gibi kamu işverenleri lehine bir ayrıcalık yaratmak olduğu söylenebilir. Ancak öğretide amaçsal yorum yöntemiyle ilgili şu önemli tespitler yapılmaktadır: “Amaçsal yorum yapılırken yargıç için önemli olan yasa koyucunun yasayı yaptığı zamandaki amacını bilmek, başka bir deyişle o tarihteki iradesini bulup çıkarmak değildir. Çünkü yasa bir kez meydana gelmekle yasa koyucunun iradesinden bağımsız, kendine özgü bir varlık kazanır. Bu nedenle normun, yorum yapılan zamanın koşul ve gereksinmelerine en uygun olan anlamı yargıç tarafından tercih edilmelidir”⁴⁸⁴.

Yine eğer amaçsal yorum yöntemi ile bir sonuca varılamıyor, iş yasası kuralının anlamı şüpheli kalmaya devam ediyorsa, işçi lehine yorum yöntemi uygulanır. Çünkü yorum yapılırken tek tek normların amaçları kadar, tüm normlar

⁴⁸³ Mollamahmutoğlu, 106-107.

⁴⁸⁴ Süzek, Yorum, 234. Aynı yazar, 2008, 23- 24. Mollamahmutoğlu, 106-107.

arasındaki amaçsal bütünlük de önem taşır⁴⁸⁵. Eğer normun yorumu iki sonucu da mümkün kılıyorsa, bunlardan normlar arası amaçsal bütünlüğe en uygun olanı tercih edilmelidir. Amaçsal bütünlük açısından bakıldığında da, iş hukukunun işçiyi koruyucu genel amacı ve anayasal sosyal devlet ilkesi işçi lehine yorumu gerektirir⁴⁸⁶.

Konumuz açısından ise, amaçsal bütünlük ve işçi lehine yorum kuralı söz konusu hükmün kamu kurumlarında ve ortaklıklarında çalışan işçiler için son derece haksız sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanmamasını gerekli kılar. Yine söz konusu fıkraların alt işverenliğin esas olarak düzenlendiği hükümler olan İK 2/6. ve 7. fıkralarıyla “amaçsal bir bütünlük” içinde ele alınıp yorumlanmasını gerektirir.

Nihayet diğer tüm hukuk dallarında olduğu gibi iş hukukunda da geçerli olan “anayasaya uygun yorum yöntemi” de bizi –söz konusu hükümlerin kamu kurumlarına ayrıcalık getirmediği- sonucuna götürmektedir. Nitekim bir hukuk devletinde ilke, yasa kurallarının anayasaya aykırılığı değil, uygunluğudur⁴⁸⁷. Anayasa’nın 11. maddesine göre de “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır”⁴⁸⁸. Bu sebeple iş yasalarının mümkün olduğu ölçüde anayasaya aykırı sonuç doğuracak şekilde yorumlanmasından kaçınılmalıdır⁴⁸⁹. Diğer bir deyişle, bir hükmün anayasaya uygun yorumu mümkün ise, yorum bu yönde yapılmalıdır⁴⁹⁰. Buna rağmen yargıç, uygulayacağı kuralı anayasa ile bağdaştırmak olanağını

⁴⁸⁵ Süzek, Yorum, 234. Aynı yazar, 2008, 24-25.

⁴⁸⁶ Süzek, Yorum, 234. Aynı yazar, 2008, 24-25.

⁴⁸⁷ Süzek, Yorum, 235. Aynı yazar, 2008, 25-26.

⁴⁸⁸ Bu madde, anayasa ilke ve kurallarının kişiler arasında yani yatay düzeyde de uygulanacağı sonucunu ortaya koymaktadır (Süzek, Yorum, 235 ve dn. 35’te belirtilen yazarlar).

⁴⁸⁹ Süzek, Yorum, 235. Nitekim alt işverenlikle ilgili diğer bir düzenleme olan ve İK 2/6. ve 7. fıkralarda yer alan alt işverenliği sınırlayıcı hükümler, bu yorum yöntemiyle ele alınmaktadır (bkz. Süzek, 157. Aynı yazar, Alt İşveren, 44. Aynı yönde bkz. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 23. Mollamahmutoğlu, 181. Uçum, 23. Taşkent, 365. Aynı yazar, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 44. Demir, Başlıca Yenilikler, 89. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 75. Şahlanan, Panel, İNTES, 50-51. Aynı yazar, Konferans Notları, 72. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu, 22).

⁴⁹⁰ Doktrinde Ekmekçi de bir kanun hükmünün yorumunda aslolanın olabildiğince Anayasa’ya uygun yorum yapılması gerekliliği gerçeğinden yola çıkarak, maddenin –lafzen olmasa bile- şu şekilde yorumlanabileceğini belirtmektedir: “Yüklenici kavramından söz edebilmek için, kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklara ait işyerlerinde işçi çalıştırılması zorunlu olmayıp, yüklenicinin kendisine ait işyerlerinden de bu hizmeti verebilmesi mümkündür. Hizmet alınan yüklenicinin işçileri kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklara ait işyerlerinde çalıştığı ve hizmet alımı bu şekilde gerçekleştiği takdirde, İş Kanunu’na tabi asıl işveren-alt işveren ilişkisi ortaya çıkmış olur ve İK 2/VI ve VII. fıkralarındaki sınırlamalar uygulama alanı bulur” (Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1179-1180).

bulamazsa somut norm denetimini harekete geçirmelidir⁴⁹¹. Eğer söz konusu düzenlemeyi kamu kurumlarına ayrıcalık tanındığı şeklinde yorumlarsak, bu yorumu yapanların da belirttiği gibi anayasaya aykırılık sorunu gündeme gelecektir. Sonuç itibarıyla kanımıza göre anılan hükümlerin Anayasa uygun yorumunun yapılması mümkün olup bu hükümlerin sahte veya geçersiz alt işverenlik ilişkilerinde değil, geçerli alt işveren ilişkilerinde söz konusu olduğunun kabulü gerekir.

5.Yükleniciler Dışında Kalan İşverenler Tarafından Çalıştırılanların ve Ortaklık İşyerinde Çalışan İşçilerin Durumu

İş Kanununun 2. maddesinin son fıkrasında yer verilen diğer bir düzenlemeye göre *“Sekizinci fıkra belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkra belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır...”*

Bu hükmü eleştiren bir yazar, burada yer alan ifadelerin anlamsız ve yersiz olduğu isabetli olarak belirtilmiştir⁴⁹². Gerçekten anılan fıkra, bu işyerlerinin tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanların da aynı hükümlere tabi olduğu düzenlenmiştir. Anılan yazara göre, kendi nam ve hesabına sözleşme yapan kişi işçi niteliğinde olmadığına göre toplu iş sözleşmesinden ve diğer işçilik haklarından yararlanamayacağına ilişkin hükmün anlamsızlığı ortaya çıkmaktadır. Eğer bu kişi görünürde bağımsız çalışan durumunda olup gerçekte kamu işverenin emir ve talimatı altında bağımlılık ilişkisi içerisinde çalışan bir kişi yani işçi durumunda ise, bu hükmün işçi tanımını düzenleyen İK 2/1 hükmüyle bağdaşmayacağı ortadadır⁴⁹³.

⁴⁹¹ Süzek, İş Güvenliği, 48-49. Aynı yazar, Yorum, 235 ve dn. 37’de belirtilen yazarlar.

⁴⁹² Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1178.

⁴⁹³ Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1178.

Aynı yazar anılan fıkranın ikinci cümlesini ise şu gerekçelerle eleştirmektedir: Söz konusu cümlede, bir ortaklık işyerinde çalışan işçinin, ortak durumunda olan tüzel kişiliğin (kamu kurum ve kuruluş veya ortaklığın) bir başka işyerinde uygulanan haklardan yararlanamayacağı ve buralara naklini isteyemeyeceği düzenlenmektedir⁴⁹⁴. Bu hükmün alt işveren müessesesiyle ne ilgisinin olduğunu anlamak mümkün olmadığı gibi, bir işçinin bir başka işyerinde uygulanan hakları eşit davranma yükümü veya başka bir hukuki dayanakla talep edebilmesi zaten mümkün değildir. Zira bilindiği gibi, işverenin eşit davranma yükümü ancak, aynı işyerinde ve aynı durumda olan işçiler açısından uygulanır⁴⁹⁵.

6.Hizmet Alımı Sözleşme ve Şartnamelerine Konulamayacak Hükümler

4857 Sayılı İş Kanununun 2/9 hükmünde ayrıca şu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir: “...*Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; a)İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması, b)Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı işyerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması yönünde hükümler konulamaz*”.

Bu hükmü eleştiren bir yazara göre, şartnamelerde işçi alma ve çıkarma yetkisinin asıl işveren (ya da ihale makamına) verilmesi veya asıl işverenin eski işçilerinin çalıştırılmaya devam olunacağına dair hükümlerin yer alması, diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde muvazaa kriterleri arasında sayılabilir⁴⁹⁶. Buna göre önemli olan şartnamede yer alan hükümler değil, uygulamanın kendisi olup salt şartname hükümlerinin sonuca bir etkisi olmasa gerektir⁴⁹⁷. Öte yandan yine bu görüşe göre, kamu kuruluşlarınca açılan ihale şartnamesine hangi hükümlerin

⁴⁹⁴ Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1178-1179.

⁴⁹⁵ Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1178-1179.

⁴⁹⁶ Çankaya/Çil, 49. Aynı yazarlar, Alt İşveren İlişkisi, 69. Tarcan’a göre de burada kamu işverenlerini alt işverenliğin sorumluluklarından ve yaptırımlarından kurtarabilmek adına, yasa tekniğine aykırı olarak yasada yer almaması gereken olsa olsa bir iç yönerge hükmü olabilecek bir düzenlemeye yer verilmiştir (Tarcan, 90).

⁴⁹⁷ Çankaya/Çil, 49. Aynı yazarlar, Alt İşveren İlişkisi, 69. Nitekim yazarların da belirttiği gibi, söz gelimi şartnamede asıl işverenin eski işçilerinin çalıştırılmasına devam olunamayacağının öngörülmesine rağmen, asıl işverenin önceki işçilerinin hakları kısıtlanmak suretiyle alt işveren işçisi olarak çalıştırılması yasada açıkça muvazaa nedeni olarak sayılmıştır (Çankaya/Çil, 2009, 49).

konulacağı ve hangi kuralların yer almaması gerektiği hususları, yasa yerine düzenleyici işlemle (tamim vb) belirlenebilecek bir konudur⁴⁹⁸.

Söz konusu hükmü eleştiren diğer bir yazara göre de, bu düzenlemenin yüklenici (veya alt işverenlere) ya da işçilere bir yararı olmayacağı gibi, çalışacak işçilerin belirlenmesinde asıl işveren durumundaki kamu kuruluşlarının bir tercih belirtmelerinin, yine hizmetinden memnun kalınmayan işçilerin işten çıkartılmalarında bir ölçüde söz sahibi olmalarının bir zararı olmaz⁴⁹⁹. Öte yandan, daha önce o işyerinde çalışmış olanların çalıştırılmasına devam edilmesinin önlenmesi de hizmet alım ihalelerinin ilgili yasa hükümleri uyarınca yıllık olarak yapıldığı düşünüldüğünde çeşitli sakıncalar yaratabilir. Zira ihaleyi alan yüklenici aynı yüklenici olsa farklı bir yüklenici de olsa daha önce çalışmış olanların çalışmaya devam etmesi istenmemektedir. Bu durumda her yıl çok sayıda işçinin değişmesi “acemilik, verim düşüklüğü, işe ve çevreye uyum” gibi sorunları beraberinde getireceği gibi yüklenici veya alt işverenler de her yıl yeniden belirli sayıda ve istenilen nitelikte işçiyi bulma zorluğu ile karşı karşıya kalacaklardır⁵⁰⁰.

Diğer bir görüşe göre, hizmet alımına dayanak yapılacak sözleşme ve şartnamelere fıkra da belirtilen yönde hükümler konulması hiçbir hüküm doğurmaz çünkü zaten kamu işverenleri açısından anılan fıkralarda tüm sınırlamalar kaldırıldığından belirtilen hükümlere sözleşmelerde yer verilmesinin hiçbir yaptırımı olmaz⁵⁰¹. Dolayısıyla bu yasak hiçbir hukuki değeri olmayan “süs” hükümler niteliği taşımaktadır.

Diğer bir yazara göre ise, bir ilişkide alt işverenliğin gerçek veya sahte olduğu kağıt üzerindeki bilgilerden ziyade o ilişkinin fiili gidişatına bakılarak tespit edilir⁵⁰². Bu sebeple söz konusu hükümlere sözleşmelerde yer verilmemesi gerçekte kamu kuruluşu asıl işverenin fiilen böyle bir yetki kullanması durumunda alt işverenlik ilişkisinin sahte olduğunun tespitine engel olmaz.

⁴⁹⁸ Çankaya/Çil, 49. Aynı yazarlar, Alt İşveren İlişkisi, 69.

⁴⁹⁹ Gerek, Kamu Kuruluşları, 85.

⁵⁰⁰ Gerek, Kamu Kuruluşları, 86. Yazara göre bu durumda esas zarar, -işsizliğin yaygın olduğu ülkemizde- işçiler için doğacaktır. Ayrıca bu düzenlemenin doğuracağı diğer bir sonuç, asıl işverenin, yüklenicilerin ve alt işverenlerin, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin yükümlülüğünden kurtulmaları olacaktır ki bu sonuç, iş güvencesini ve iş hukukunun diğer koruyucu düzenlemelerini anlamsız kılacaktır. Yine yazara göre taraflar sözleşmeye hüküm koymadan aralarında anlaşarak İK 2/8 hükmüne aykırı uygulamalar yaparlarsa bunun tespiti ve takibi güç olacaktır (Gerek, Kamu Kuruluşları, 86).

⁵⁰¹ Ekmekçi, Kamu İşvereni, 1178.

⁵⁰² Akyiğit, İş Hukuku, 73.

Gerçekten de anılan hükümde hizmet alım sözleşmesinde yer almaması gerektiği belirtilen “İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması” hususları, uygulamada yargı organının alt işverenlik konusunda göz önünde bulundurduğu muvazaa kriterleri arasındadır⁵⁰³. Ancak bu konuda önemli olan sözleşmede yer alan veya almayan hükümlerden ziyade, aradaki ilişkinin gerçek niteliğidir. Bu sebeple yargı organı bu konudaki kararını yine söz konusu hükümlerin sözleşmede yer alıp almamasıyla değil, olayın özelliğine göre mevcut delilleri değerlendirerek fiili duruma göre yapacaktır. Yine, anılan hükümde hizmet alım sözleşmesine konulamayacağı belirtilen “Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı işyerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması yönünde hükümler” 4857 sayılı Kanunun 2/7 hükmünde yer alan sınırlamalardandır. Bu anlamda da önemli olan fiili durum olup, sözleşmeye konan ya da konmayan hükümlerin sonuca doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır.

II. Belediyelerde Alt İşveren İlişkisi

Alt işveren uygulaması özellikle belediyelerde çok yaygın olarak gerçekleşmekte ve bu konu yargı organını sıklıkla meşgul etmektedir⁵⁰⁴. Bu konuda öncelikli olarak tartışmalı olan husus, belediyelerin asıl işinin ne olduğu ve bu işlerin alt işverene verilip verilemeyeceğidir. Bu konudaki tereddüt öncelikle, belediyelerin yasayla belirlenen görev alanının oldukça geniş olmasından kaynaklanmaktadır. 5393 sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinde önceki Belediye Kanunlarında olduğu gibi belediyelerin görevleri oldukça geniş bir çerçevede ortaya konmuştur⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Alt İşveren, 248 vd.

⁵⁰⁴ Belediyelerden beklenen hizmetler ve bu hizmetleri bekleyenlerin sayısı hızla artarken belediye gelirlerinin aynı hızla artmaması, belediyelerin yöneldiği çözüm arayışlarından biri olarak yaygın bir biçimde taşeronlaşmayı doğurmuştur (Gerek/Oral, 32).

⁵⁰⁵ Anılan maddeye göre “belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; a) İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000’i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar b) Okul öncesi eğitim kurumları açabilir; Devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapabilir veya yaptırabilir, her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarını karşılayabilir; sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabilir ve işletebilir; kültür ve tabiat varlıkları ile tarihî dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir; bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün

Bu maddede belediyelerin görevlerinin tek tek sayılmasının yanı sıra “*Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahallî müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır*” denilerek hükmün içeriği daha da genişletilmiştir. Özellikle temizlik, çöp toplama ve bunların nakli işlerinin belediyelerin asıl işleri kapsamında olduğu konusunda fikir birliği bulunmaktadır⁵⁰⁶.

Bir görüşe göre 4857 sayılı İş Kanununun alt işverenliğe ilişkin bütün hükümleri aynen belediyeler için de geçerlidir⁵⁰⁷. Belediyenin söz konusu işleri Devlet İhale Kanununa uygun olarak ihale etmesi 4857 sayılı Kanuna da uygun olduğu anlamına gelmez. Nitekim Devlet İhale Kanununun amacı kamu ihalelerinin şeffaf olmasını sağlamak olup; belediyelere görevleri ile ilgili her konuda alt işveren ilişkisi kurabilme hakkı vermek ve özellikle 4857 s.k. 2.maddesi hükümlerine aykırı halleri meşru kılmak değildir. Öte yandan belediyelerin sıklıkla taşeronla verdiği işlerden olan temizlik, çöp toplama ve bunların nakli işleri teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmediği konusunda kuşku olmadığı gibi işletme ve işin gereği olarak alt işverenlere devredilmeleri de ancak bazı durumlarda kabul edilebilir⁵⁰⁸. Belediyelerin temizlik ve çöp toplama nakli işlerini alt işverenlere devretmeleri ile sağlanan maliyet avantajı, düşük ücretli işçi çalıştırarak işgücü maliyetlerini azaltarak değil, kalite, çabukluk ve verimlilik yoluyla sağlanabiliyorsa mümkün olmalı; aksi halde mümkün olmamalıdır⁵⁰⁹. Yine, aynı işte çalışan işçilerden bazısının alt işveren işçisi bazısının belediye işçisi olması⁵¹⁰; iş makineleri ve diğer araç gerecin tamamen belediyeye ait olup alt işverenin sadece işçi temin eden konumda olması gibi uygulamalar muvazaa kuşkularını artırmaktadır.

Öte yandan aynı görüşe göre, ciddi mali sıkıntıları olan, borç ödemelerinde sorun yaşayan ve bu nedenle hizmetlerini aksatan belediyelerin, en azından belli bir gelir-gider dengesi sağlanıncaya ve mali yapılarını belli ölçüde güçlendirinceye kadar bazı hizmetlerde alt işverenlik ilişkisi kurulması mümkün kabul edilmelidir.

olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir. Gerektiğinde, öğrencilere, amatör spor kulüplerine malzeme verir ve gerekli desteği sağlar, her türlü amatör spor karşılaşmaları düzenler, yurt içi ve yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren veya derece alan sporculara belediye meclisi kararıyla ödül verebilir. Gıda bankacılığı yapabilir”.

⁵⁰⁶ Gerek/Oral, 34.

⁵⁰⁷ Gerek/Oral, 33.

⁵⁰⁸ Çünkü yazarlara göre bugün bu işler daha sınırlı olanaklara sahip çok sayıda belediye tarafından kendi işçileri ve araçlarıyla sürdürüldüğü gibi, dava konuları ortaya çıkıncaya kadar söz konusu belediyeler bu hizmetleri kendi olanaklarıyla sürdürmekteydiler (Gerek/Oral, 33).

⁵⁰⁹ Gerek/Oral, 33-34.

⁵¹⁰ Bu tür uygulamalara kamu işyerlerinde sıklıkla rastlanmaktadır.

Buna karşılık gelir kaynakları yeterli olup ödemelerinde sorun olmayan, aşırı borç yükü altında olmayan ve hizmetlerini aksatmayan belediyelerin çöp toplama ve diğer temizlik hizmetlerini kendi olanaklarıyla sürdürebilecekleri kabul edilmelidir⁵¹¹.

Diğer bir görüş ise bu konuda daha esnek bir yaklaşımı savunmaktadır⁵¹². Buna göre bu konuda 4857 sayılı İş Kanununun iş hukukunda esneklik sağlayan yaklaşımı da gözden uzak tutulmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu görüşe göre belediyelerin görev alanına giren birbirinden çok farklı işlerin asıl iş kapsamında değerlendirilmesi ve bu işlerin alt işverene verilemeyeceğinin yasaklandığı her zaman kabul edilemeyeceği gibi, belediyelerde asıl iş kavramı her bir olay yönünden ayrı ayrı, yasanın muvazaalı uygulamaları önleme konusundaki gerekçesinden yola çıkılarak ele alınmalıdır⁵¹³. Öte yandan, belediyelerin görevi olan birbirinden bağımsız işlerin, “işyerinden kaynaklanan nedenlerle” (işletmenin ve işin gereği olarak) alt işverene verilmesi mümkün görülebileceği gibi, asıl işin bir bölümünün alt işverene devredilmesi yönünden kanunda yer alan sınırlandırmanın asıl işin tek ve bir bütün olduğu işler yönünden geçerli olduğu (yani belediyeler için geçerli olmadığı da) söylenebilir⁵¹⁴.

Yüksek mahkeme ise bu dönemde verdiği birçok kararda temizlik, çöp nakil, toplu taşıma ve ulaşım gibi belediyelerin görev alanına giren işlerin asli iş olduğu ve alt işverene verilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Gerçekten de bu kararlardan birine göre, “Davalılardan Belediye, temizlik ve çöp nakil işini ihale ile davalı ...A.Ş.’ye vermiştir. Temizlik ve çöp işi belediyelerin asıl işlerindendir. Belediyelerin asli işlerinden olan temizlik hizmeti işini 4857 sayılı İş Kanununun 2/VI-VII maddesi uyarınca taşeronlara devretmesi mümkün olmadığından bu tür taşeronluk sözleşmeleri geçerli olmaz ve davalı belediye işe iade ve sonuçları yönünden sorumluluktan kurtulamaz....”⁵¹⁵. Aynı şekilde bir diğer karara göre

⁵¹¹ Gerek/Oral, 34. Sonuç itibarıyla bu görüşe göre belediyelerin asli görevlerinde (ve bu arada çöp ve temizlik işlerinde), alt işverenlik ilişkisi kurmaları açısından ayrıcalıkları bulunmamakta, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” veya “işletmenin ve işin gereği” sebeplerine dayandığı ve muvazaaya dayanmadığı sürece bu uygulamayı gerçekleştirmeleri mümkün bulunmaktadır (Gerek/Orak, 32-35).

⁵¹² Çankaya/Çil, 26.

⁵¹³ Çankaya/Çil, 26.

⁵¹⁴ Çankaya/Çil, 26.

⁵¹⁵ Y9HD, 30.5.2005, 14410/19793, Legal, 8, 2005, 1714. Kararı eleştiren değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, Asıl İşlerin Alt İşverene Verilmesi, 42 vd. Aynı yönde Gerek/Oral, 32 vd. Bu eleştiriye katılan görüşü için bkz. Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 26, dn.25. Ayrıca bkz. Şen, Alt İşverenlik, 85. Aynı yönde kararlar için bkz. Engin, Yeni İstihdam Biçimleri, 80.

“...işletmenin mevsim gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğinden temizlik işi belediyelerin asli iş olduğundan işin taşeron şirkete devri geçerli kabul edilemez”⁵¹⁶.

24.12.2004 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 5272 sayılı Belediyeler Kanununun 67. maddesinde konuyla ilgili bir hükme yer verilmişti. “Gelecek Yıllara Yaygın Hizmet Yüklenmeleri” başlığını taşıyan bu hükme göre, “*Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir*”. Ancak bu hükmün yer aldığı 5272 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesinin 18.1.2005 tarihli bir kararı⁵¹⁷ ile şekil bozukluğu nedeniyle bütün olarak iptal edilmiştir⁵¹⁸. Bununla birlikte iptal kararının, kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Bu doğrultuda yasanın yürürlüğü devam etmekte iken 3.7.2005 tarihinde 5393 sayılı Belediyeler Kanunu kabul edilmiş ve bu yasanın 67. maddesi iptal edilen 5272 sayılı Belediyeler Kanununun 67. maddesini aynen tekrar etmiştir⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Y 9 HD, 11.7.2005, 18823/24470, Şen, Alt İşverenlik, 85. Şen, haklı olarak kararda, kanunda yer almayan “mevsim gereği” koşulunun aranmasını eleştirmektedir (bkz. Şen, Alt İşverenlik, 86.)

⁵¹⁷ Anayasa Mahkemesinin 18.1.2005 gün ve 2004/118 E, 2005/8 K sayılı kararı (Kararın tam metni için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2005/K2005-08.htm>).

⁵¹⁸ 5272 sayılı yasanın şekil açısından iptal edilmesinden önce meydana gelen bir olayda Yargıtay, yasanın temizlik işlerini alt işverene verme imkanı sağlaması sebebiyle alt işverenlik ilişkisi kurulabileceğini, ancak işin taşeron verilmesi nedeniyle yapılan fesihlerin, taşeron ilişkisinden bağımsız olarak, geçerlilik denetimine tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre feshin son çare olarak kullanılıp kullanılmadığının, taşeron verilen işlerde çalışan tüm işçiler işten çıkarılmadıysa sosyal seçim kriterine uyulup uyulmadığına bakılması gerektiğini belirtmiştir (Y9HD, 19.9.2005, 28125/30446, Soyer’in özel arşivi, Soyer, Asıl İşveren alt İşveren İlişkisi, 19 ve dn. 26’dan naklen).

⁵¹⁹ Son olarak 5393 sayılı yasanın bazı maddelerinin yürürlüğü, Anayasa Mahkemesinin 22.9.2005 gün ve 2005/95 E, 2005/14 K sayılı kararı ile durdurulmuştur. Bununla birlikte yürürlüğü durdurulan maddeler arasında 67. madde bulunmamaktadır (Any M., 22.9.2005, 95/14, R.G. 29.09.2005, 25951).

5272 sayılı Yasanın yürürlüğü Anayasa Mahkemesinin iptal kararına rağmen 6 ay süreyle devam ettirildiğinden ve bu süre sonunda yeni yasa aynı hükümle yürürlüğe girmiş olduğundan 67. madde 24.12.2004 tarihinden sonra bir kesinti olmaksızın uygulanır. Bu durumda bir görüşe göre bu tarihten sonra belediyelerde temizlik, park bahçe hizmetleri, bakım, onarım gibi işler ihale yoluyla 3. kişilere gördürülebilir⁵²⁰.

Yargıtay 2008 yılında verdiği bir kararda, "...5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile belediyeleri asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, bakım ve onarım işleri *belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak İş Kanunu'nun 2. maddesine istisna getirilmiştir*. Ancak, söz konusu hüküm, alt işverene devir nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için feshin son çare olması gibi iş güvencesi hukukunun genel ilkelerine uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Keza, Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi uyarınca bir işin belediye tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez..."⁵²¹ hükmünü vermiştir.

Görüldüğü gibi yüksek mahkeme son dönemde verdiği kararlarda, sayılan işlerin belediyeler için asıl iş olduğunu belirlemekle birlikte bu işlerde 5393 sayılı Kanunun 67. maddesi gereği, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulunun aranmayacağına hükmetmektedir⁵²². Diğer bir deyişle Yargıtay, 5393 sayılı Belediyeler Kanununun 67. maddesinin, 4857 sayılı İş Kanunu 2/6'nın bir istisnası olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte bu

⁵²⁰ Göktaş, 103.

⁵²¹ Y9HD, 21.4.2008, 13500/9243, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 85-88. Aynı yönde bkz. Y9HD, 21.3.2006, 5217/7855, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 119. Y9HD, 11.9.2006, 22308/21795, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 122. Y9HD, 28.5.2007, 16748/17114, Göktaş'ın kişisel arşivi, Göktaş, 103, dn.19. Y9HD, 4.12.2006, 30340/31894, ÇT, 2007/2, 224-225. Y9HD, 11.12.2006, 30338/32729, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 934. Y9HD, 10.4.2007, 6094/10224, ÇT, 15, 2007/4, 284-288. Yargıtay, 24.12.2004 tarihinden sonrası için anılan koşulu aramazken, bu tarihten önce yapılmış sözleşmeler açısından asıl işlerde, "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme" koşulunu aramaya devam etmektedir (Y9HD, 6.3.2006, 36851/5432, www.hukukturk.com. Y9HD, 19.6.2006, 15067/17766, www.hukukturk.com).

⁵²² Bir görüşe göre anılan yasalardan önce de belediyelerin temizlik işlerini alt işverene vermeleri mümkündü (Akyiğit, Şerh, C.1, 96).

durumun mahkemenin muvazaa incelemesi yapmasına engel teşkil etmediği de isabetli olarak vurgulanmaktadır.

Öte yandan Yargıtay, 5272 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 24.12.2004 tarihinden önce kurulan alt işverenlik ilişkileri için, İş Kanunu 2/6 hükmünü uygulamaya devam etmekte ve belediyenin asıl işlerinde alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunu aramaktadır⁵²³. Bununla birlikte yüksek mahkeme, anılan tarihten sonra da alt işverence asıl işveren işçilerinin işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmeleri suretiyle haklarının kısıtlanması söz konusu olduğunda İş Kanunu 2/7 hükmü gereğince alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun kabulünün gerektiğini belirtmektedir⁵²⁴. O halde belediyeler için farklı olan husus, asıl işlerde – muvazaa söz konusu olmadıkça- bir sınırlama olmaksızın alt işveren ilişkisi kurulabilmesidir. Ancak yüksek mahkeme 2007 yılında verdiği bir kararda, asıl işlerde söz konusu koşul aranmasa da, “yapılan ihalede, ihale yapan Belediye tarafından araç temini sağlanır, asıl işte alt taşeron işçileri ile Belediye işçileri birlikte çalışıyorlar, yönetim hakkı Belediyede kısaca ihale işçi teminine yönelik ise, Belediye ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği” sonucuna isabetli olarak varmıştır⁵²⁵. Gerçekten de Belediyeler için, İK 2/6’da öngörülen sınırlama olmadan asıl işlerin başka kişilere gördürülebilmesi imkanı, söz konusu olayda “alt işveren ilişkisinin” koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılmasına engel olmamalıdır.

Ş4. Hukuka Aykırı Alt İşveren İlişkisinin Yaptırımı

I. Muvazaalı Alt İşveren İlişkisinin Yaptırımı

1. Alt İşveren İlişkisinin Geçersizliği

Genel hükümlere göre muvazaanın yaptırımı, muvazaalı olarak yapılan ve tarafların gerçek iradelerine uymayan “görünürdeki işlemin” geçersiz (batıl)

⁵²³ Y9HD, 19.6.2006, 15068/17767, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 119-121. Aynı yönde bkz. Y9HD, 11.9.2006, 22308/21795, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 122.

⁵²⁴ Y9HD, 19.6.2006, 15068/17767, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 119-121. Aynı yönde bkz. Y9HD, 11.9.2006, 22308/21795, Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 122. Y9HD, 10.4.2007, 6094/10224, ÇT, 15, 2007/4, 284-288.

⁵²⁵ Nitekim söz konusu olayda, alt işveren işçilerinin devam cetveli ve devamsızlıklarının davalı Belediye Başkanlığı tarafından tutulması, asıl işverenin talimatı ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi, alt işveren işçilerinin kullandığı araçların Belediye Başkanlığı tarafından temin edilmesi olguları mevcuttur (Y9HD, 10.4.2007, 6094/10224, ÇT, 15, 2007/4, 284-288).

olmasıdır⁵²⁶. Buna göre “irade prensibi gereği” muvazaalı işlem taraflar arasında hiçbir hukuki sonuç, alacak ve borç doğurmaz⁵²⁷. Buna karşılık görünürdeki işlemin arkasına gizlenmiş, tarafların gerçek iradelerine uyan bir sözleşme varsa, bu sözleşme şekil ve geçerlilik şartlarına (örneğin ahlaka, şahsiyet haklarına vs.) aykırı bir nitelik taşımamak kaydıyla geçerli kabul edilir⁵²⁸. Alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespiti durumunda, bu kanuna aykırılığın yaptırımı İK 2/7 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre anılan fıkrada, “*aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler*” hükmü yer almaktadır. Bu durumda, İK 2/7 de yer alan sınırlamalara aykırı durumlarda ve genel olarak ilişkinin muvazaalı olduğu tespit olunan hallerde, işverenler bu işlemlerle amaçladıkları sonuçlara ulaşamayacak bu işlemlere muhatap olan ve alt işveren işçisi olarak görünen kişiler, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi kabul edileceklerdir⁵²⁹. Esasen bu durumda artık tek bir işverenden söz edilecek, o da muvazaalı ilişkide asıl işveren olarak görünen kişi olacaktır⁵³⁰.

a) Geçersizliğin Türü

aa) Nispi Butlan Görüşü

Bir görüşe göre, burada geçersizliğin türü “nispi butlandır”⁵³¹. Buna göre, geçersizlik sadece İş Kanunu açısından söz konusudur. Tarafların arasındaki eser, taşıma, kira gibi sözleşmeler İş Kanununa aykırı olsa da Borçlar Kanunu açısından geçerlidir ve tarafların anılan sözleşmelerden doğan haklarını birbirlerine karşı ileri sürebilmeleri mümkündür⁵³². Diğer bir deyişle, alt işveren ilişkisinin kurulmaması

⁵²⁶ Reisoğlu, 101 vd. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 225. Aydın, Alt İşveren, 271.

⁵²⁷ Reisoğlu, 101 vd.

⁵²⁸ Reisoğlu, 104. Kaplan, Muvazaalı İşlem Sorunu, 225.

⁵²⁹ Sözek, 2008, 161-162. Güzel, Alt İşveren, 62. Çankaya/Çil, 2009, 30. Taşkent, 366. Aynı yazar, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 45. Arıcı, 502. Kaplan, 232. Ayan, 527. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 77. Çankaya, 25. Arıcı’ya göre bu yaptırım “yeterli ve etkili” bir yaptırımdır (Arıcı, 508). Bu durumda, yargı kararlarında ve doktrinde kabul edilen iş sözleşmesinin geçersizliğinin “ileriye etkili” olması kuralı, burada tersine çevrilmiş olmaktadır (Aydın, Alt İşveren, 272).

⁵³⁰ Çankaya/Çil, 2009, 52. Y9HD, 16.4.2007, 9474/10635, ÇT, 2007/4, 15, 277-280. Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Çankaya/Çil, 2006, 82-83.

⁵³¹ Ünsal, 541. Demir, Başlıca Yenilikler, 89. Aynı yazar, 14.

⁵³² Ünsal, 541. Demir, Başlıca Yenilikler, 89. Aynı yazar, 14. Göktaş, 103. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 70.

olması veya muvazaaya dayanması, temel sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz⁵³³.

Bu görüşteki diğer bir yazar, İş Kanunu açısından geçersizliği de ikili bir ayrımla ele almaktadır. Buna göre işverenin daha önce işçisi olmuş biriyle alt işveren ilişkisi kurması Borçlar Kanunu açısından geçerli sayılacak, fakat İş Kanunu açısından “muvazaa” karinesi sayılarak işçi lehine değil, işçi aleyhine doğuracağı sonuçlar açısından geçersiz sayılacaktır⁵³⁴. Bu görüşe göre örneğin, tarafların arasındaki eser sözleşmesine göre “haksız fiil” veya “ayıplı mal veya hizmet” üretimi nedeniyle uğradıkları zararları birbirlerine tazmin ettirebilecek; fakat işçi aleyhine doğurduğu haklar bakımından alt işveren ilişkisi muvazaalı sayılarak işçiler başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılarak işçilik hakları açısından hiçbir kayba uğramayacaklardır.

bb) Mutlak Butlan Görüşü

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, muvazaalı olduğu tespit edilen alt işveren ilişkisinde geçersizliğin türü, “mutlak butlandır”⁵³⁵. Buna göre burada sözleşmenin kendisi muvazaalı olduğu için “mutlak butlanla” batıl olması söz konusudur⁵³⁶. Nitekim hukuk dalları arasında belirtilen şekilde bir ayrıma gidilmemelidir; nitekim muvazaa, hukuki işlemlerin başlıca kesin hükümsüzlük hallerinden biridir ve muvazaa söz konusu olunca artık ilişkinin Borçlar Kanunu açısından da geçersizliğini kabul etmek gerekir⁵³⁷. Ayrıca İK 2/7 hükmünde “ilişkinin muvazaalı işleme dayandığı” ifadesi yer almaktadır; burada kastedilen “işlem”, istisna sözleşmesidir⁵³⁸. Öte yandan, kanuna aykırılığın sadece işçi hakları

⁵³³ Göktaş, 103. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 70.

⁵³⁴ Demir, Başlıca Yenilikler, 89.

⁵³⁵ Güzel, Alt İşveren, 62-63. Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 6. Arıcı, 504. Şahlanan, Panel, İNTES, 51.

⁵³⁶ Mollamahmutoğlu, Bazı Yenilikler, 6.

⁵³⁷ Güzel, Alt İşveren, 62-63.

⁵³⁸ Güzel’e göre bu işlemi muvazaalı hale getiren ise, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimseye iş verilmesi veya asıl işverenin işçilerinin alt işverence işe alınması durumlarıdır. Nitekim zaten hükmün muvazaaya bağladığı sonuç, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçisi sayılmalarıdır. Böyle olunca işveren, görünürde alt işverene verdiği işi artık muvazaa sebebiyle kendisinin sayılan işçilerle yapacaktır (Güzel, Alt İşveren, 63). Yazarın maddede kastedilen işlemin “istisna sözleşmesi” olduğundan söz etmesi, bu sözleşmenin alt işverenliğin en yaygın olarak dayandığı sözleşme olmasından kaynaklanmış olsa gerektir.

açısından sonuç doğurduğunun kabul edilmesi kanunun amacına aykırı olarak maddenin son derece dar yorumlanması anlamına gelir⁵³⁹.

Bu görüşteki başka bir yazar da, bu konuda İş Hukuku-Borçlar Hukuku ayrımını yapmadan genel bir hukuka aykırılıktan söz edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁴⁰. Buna göre eğer muvazaa söz konusuysa sadece bireysel iş hukukunda değil, genel bir hukuka aykırılıktan söz edilmelidir. Bu doğrultuda muvazaa toplu iş hukukunda da sonuçlarını doğuracak ve asıl işverenin işçisi sayılan işçiler sendikal örgütlenmede, yetki almada, iş güvencesine ilişkin sayının tespitinde, sakat ve eski hükümlü çalıştırmaya ilişkin sayının tespitinde dikkate alınacaklardır⁵⁴¹.

Öte yandan doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, “muvazaalı sonucun uygulanabilmesi için, alt işverenin işçilerine asıl işverenin *aynı durumdaki (yapılan iş ve çalıştırılan işçinin kalifiye durumu bakımından)* işçilerine göre işçilik haklarını daha az ödemiş olması gerekir”⁵⁴². Yazarın bu görüşünün karşıt anlamından, asıl işverenin aynı durumdaki işçilere daha az haklar sağlamış olması durumunda “baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılma” sonucunun uygulanmayacağı ortaya çıkmaktadır.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, yasada muvazaalı sayılan alt işveren ilişkisinin geçersizliğinin sonuçları konusunda işçi lehine-aleyhine olup olmaması bakımından da bir ayırım yapılmamıştır⁵⁴³. Buna göre muvazaalı sayılan ve geçersiz kılınan alt işveren ilişkisinde işçi lehine-aleyhine ne gibi durumların olduğunu araştırma lüzumu bulunmamaktadır.

⁵³⁹ Arıcı, 504. Nitekim Arıcı’ya göre kanunun amacı, işçilerin haklarını korumak ve alt işveren ilişkisinin muvazaalı işlemlerle amacı dışında kullanılmasını engellemektir. Öte yandan bu görüşün teşebbüs hakkının sınırlandırılması olarak kabulü de mümkün değildir, çünkü kanunun açık hükümlerine rağmen kanuna aykırı bir sözleşme yapılmış olmaktadır. Yine, nispi butlan görüşünün kabul edilmesi muvazaanın bütün sonuçlarını asıl işverene yüklemek anlamına geleceğinden söz konusu ilişkiyi işçilik hakları dışında kanuna aykırılığın hukuki sonuçlarına tabi tutmak kanunun amacına daha uygun olacaktır. (Arıcı, 503-504).

⁵⁴⁰ Şahlanan, Panel, İNTES, 51.

⁵⁴¹ Şahlanan, Panel, İNTES, 51.

⁵⁴² Aydın, Alt İşveren, 273. Yazar, uygulamada genellikle alt işverenin, asıl işverenin içinde çalıştırdığı işçilerine asıl işverene göre daha az işçilik hakları sağladığını, ancak çok nadir de olsa bunun aksinin de söz konusu olabileceğini belirtmektedir (Aydın, Alt İşveren, 273).

⁵⁴³ Güzel, Alt İşveren, 62.

b)Geçersizliğin Kapsamı

Doktrinde alt işverenliğin muvazaalı olduğu veya kesin yasaklar gibi nedenlerle tümüyle geçersiz olduğu hallerde, genel olarak hem alt işveren-asıl işveren arasındaki ilişkinin hem de alt işveren işçilerinin hizmet sözleşmelerinin bundan etkileneceği belirtilmiştir⁵⁴⁴. Zira burada kesin bir geçersizlik söz konusu olup geçersizlik sonucu kendiliğinden gerçekleşir. Örneğin daha önceden o işyerinde çalıştırılan biriyle alt işveren ilişkisi kurulması veya ilişkinin muvazaalı olduğu hallerde genel olarak alt işverenlik ilişkisi ve alt işveren işçisi olarak gösterilen işçilerin alt işverenle olan hizmet sözleşmeleri tümüyle geçersiz olur.

Buna karşılık, asıl işverenin işçilerinin alt işverence işe alınarak daha düşük koşullarda çalıştırılması durumunda, alt işverenliğin tümüyle geçersiz sayılmayacağı, geçersizliğin sadece asıl işverenden alınıp daha düşük koşullarda çalışan işçiler açısından söz konusu olacağı isabetli olarak ileri sürülmüştür⁵⁴⁵. Buna göre alt işveren ilişkisi tümüyle geçersiz olmaz, sadece daha düşük şartlarda çalıştırılan işçilerin alt işverenle olan iş sözleşmeleri geçersiz sayılırken, daha önce asıl işveren işçisi olmamış veya olmasına rağmen daha düşük koşullarda çalıştırılmayan işçiler açısından alt işverenlik ilişkisi geçerliliğini korur⁵⁴⁶.

Öte yandan doktrinde diğer bir yazara göre, asıl işverenin işçilerinin alt işverence işe alınarak daha düşük koşullarda çalıştırılması durumunda sözleşme “kısmi butlanla” sakat olacaktır⁵⁴⁷. Buna göre böyle bir durumda hakları kısıtlanan işçi, alt işverenle sözleşmesi devam ederken eski sözleşmesindeki hakları talep edebilecektir. Kanımıza göre İK 2/7 hükmü karşısında bu sonuca varmak güç gözükmektedir. Nitekim anılan maddede söz konusu sınırlamaya aykırılığın

⁵⁴⁴ Akyiğit, Şerh, C.1, 118, 120. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 30.

⁵⁴⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 118, 120. Aynı yazar, Alt İşverenlik, 30.

⁵⁴⁶ Akyiğit, Şerh, C.1, 120-122. Aynı görüşteki Çankaya ve Çil’e göre de örneğin asıl işverenin bir veya birkaç işçisi hakları kısıtlanmak suretiyle alt işverene bağlı olarak çalıştırılmaya devam edildiğinde sadece bu işçiler açısından alt işveren ilişkisinin hüküm taşımadığı kabul edilmeli, bu birkaç işçi sebebiyle alt işveren ilişkisi tümünden geçersiz sayılmamalıdır (Çankaya/Çil, 2009, 35). Yargıtay’ın konuyla ilgili bir kararına göre, “...Belirtmek gerekir ki, büyük çoğunluğu kendi işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumu işlemi muvazaalı hale getirmemelidir. Bu durumda, işe alınan az sayıdaki asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanmış olmasının da sonuca etkili olmayacağı düşünülmelidir. Bu nedenle öncelikle, dava dışı firma tarafından davalıya ait üstlendiği işte çalıştırdığı işçilerin kaç tanesinin kendi kadrosundan olduğu, kaç tanesinin de daha önce bu işte çalıştırılan asıl işveren işçisi olduğu belirlenmeli ve sonuca göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı saptanmalıdır...” (Y9HD, 15.5.2006, 11741/14066, ÇT, 12, 2007/1, 318 vd). Doktrinde Süzek, anılan kararı isabetli bulmaktadır (Bkz. Süzek, 2008, 156).

⁵⁴⁷ Engin, Değerlendirme 2004, 4.

yaptırımını, “...*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...*” şeklinde açıkça belirlenmiştir. Bu durumda hakları kısıtlanan işçilerin iş sözleşmelerinin yeni şartlarla alt işverenle devam ettiğinden değil, başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi olduklarından söz etmek gerekecektir.

c)Geçersizliğin Sonuçları

Muvazaalı bir alt işveren ilişkisi kurulmasının yaptırımını olarak, alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri ile aynı işleme tabi tutulacaklardır⁵⁴⁸. Bu durumun en önemli sonuçlarından biri, bu işçilerin asıl işverenin daha önce kendi işçilerine yaptığı fakat alt işveren tarafından kendilerine sağlanmayan tüm işçilik alacaklarını asıl işverenden talep edebilecek olmalarıdır⁵⁴⁹. Diğer bir deyişle bu işçiler, kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi vb. kaynaklardan doğan haklarını asıl işverenden talep edebilirler⁵⁵⁰. Ayrıca belirtilen yaptırımın bir sonucu olarak, asıl işveren baştan itibaren kendi işçisi sayılan işçilerin ücreti için tahakkuk edecek primden ve bunlarla ilgili cezalardan da sorumlu olacaktır⁵⁵¹.

Bu durumun diğer bir doğal sonucu da, bu işçilerin asıl işverenin işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmeleri ve asıl işverenin sayıya bağlı yasal yükümlülüklerinin bu çerçevede belirlenmesidir⁵⁵². Bu doğrultuda, İş Kanununun kapsamına girmek için asgari işçi sayısının belirlendiği durumlarda (İK 4/1-b, İK 4/1-ı), özürlü istihdamı zorunluluğunda aranan asgari 50 işçi sayısına (İK 30), toplu

⁵⁴⁸ Süzek, 2008, 161. Güzel, Değerlendirme 2005, 16. Çankaya/Çil, 2009, 52. Arıcı, 502. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 77. Akyiğit’e göre (sözde) *alt işverenliğin başladığı tarihten itibaren* asıl işverenin işçisi sayılırlar (Akyiğit, Şerh, C.1, 104). Öte yandan Aydınli’ya göre, söz konusu geçersizlik sonucundan yararlanacak olan işçiler, alt işverenin sadece (münhasıran) asıl işverenin işinde çalıştırdığı işler olması gerekir. Buna göre “alt işverenin işçisi olmasına rağmen, muvazaalı alt işveren ilişkisinin tarafı olan asıl işverenin işinde çalışmayan veya süreklilik arz etmeyen ve kesintili olarak çalışan işçiler, muvazaa sonucundan yararlanamaz” (Aydınli, Alt İşveren, 275).

⁵⁴⁹ Güzel, Alt İşveren, 62. Aynı yazar, Değerlendirme 2005, 16. Taşkent, 366. Aynı yazar, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 45. Arıcı, 502. Kaplan, 233. Ayan, 527. Aydınli, söz konusu işçilerin geriye dönük haklarını “zamanaşımı süresi içinde” talep edebileceklerine dikkat çekmektedir. Yazara göre ayrıca, işçilerin asıl işverenden talep edebilecekleri miktarın tespitinde, aynı kalifyede aynı veya benzeri işi yapan asıl işverenin işçisine göre, bu yoksa “o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzeri işi üstlenen” işçinin esas alınması uygun olur (Aydınli, Alt İşveren, 274).

⁵⁵⁰ Süzek, 2008, 162. Akyiğit, Şerh, C.1, 104. Kaplan, 233. Ayan, 527. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 77. Bu kapsama ücret ve ücret ekleri, şartları oluşan işçilik tazminatları ve kararlaştırılmış ise şartları oluşan ceza şart girmektedir (Aydınli, Alt İşveren, 274).

⁵⁵¹ Şahlanan, Panel, İNTES, 81.

⁵⁵² Güzel, Alt İşveren, 62. Ayan, 527. Tunçomağ/Centel, 60. Aydınli, Alt İşveren, 272.

işçi çıkarma usulünde öngörülen asgari 20-301 sayısına (İK 29), iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bazı yükümlülüklerde aranan asgari 50 işçi sayısına (İK 80, 81, 82) ilişkin hesaplamalarda söz konusu işçiler de göz önünde bulundurulacaklardır⁵⁵³. Aynı şekilde alt işveren işçisinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmasının bir sonucu olarak, iş güvencesi kapsamına girme açısından asıl işverenin işyeri esas alınacak ve alt işveren işçileri bu işyerinde hesaba katılacaklardır⁵⁵⁴.

Yine, toplu iş sözleşmesi yetkisinde ve iş mücadelesinde de bu işçiler asıl işverenin işçisi olarak hesaba katılmalıdırlar⁵⁵⁵. Ayrıca, söz konusu işçilerin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanları doğacaktır⁵⁵⁶. Bu durumda, söz konusu toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olmaları veya dayanışma aidatı ödemeleri halinde sözleşmeden yararlanabileceklerdir.

Konuyla ilgili diğer bir sorun, ilişkinin muvazaaya dayanması durumunda görünürdeki işverenin yaptığı fesih bildiriminin geçerli kabul edilip edilemeyeceğidir. Buna göre, örneğin işyerinde hırsızlık yapan işçinin iş sözleşmesi (görünürdeki) alt işveren tarafından *İK 19'da öngörülen prosedüre uygun olarak* feshedilmesine rağmen, gerçek işverence yapılmadığı için geçersiz mi sayılacaktır? Bir görüşe göre, muvazaalı bir ilişkide geçerli bir fesih bildiriminin usulüne uygun olarak (görünürdeki) alt işveren tarafından yapılması “işveren vekili” tarafından yapılmış gibi düşünülmeli ve bildirimin gerçek işverence yapılmaması başlı başına geçersizlik sonucuna götürmemelidir⁵⁵⁷. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, işveren niteliği taşımayan, fesih tarihinde işveren vekili de olmayan “alt işveren” görünen kişinin yapmış olduğu fesih bildirimine hukuki bir değer verilemez⁵⁵⁸. Bu durumda

⁵⁵³ Aydın, Alt İşveren, 272-273.

⁵⁵⁴ Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Çankaya/Çil, 2006, 82-83. Y9HD, 24.9.2007, 13965/27703, ÇT, 2008/1, 16, 238-239.

⁵⁵⁵ Akyiğit, Şerh, C.1, 104.

⁵⁵⁶ Çankaya/Çil, 2009, 52. Çankaya, 25. Akyiğit, Şerh, C.1, 104. Kaplan, 233. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 77. Bu yönde bkz. Y9HD, 4.11.1996, 18799/20485, karar ve Güzel'in kararı isabetli bulan inceleme, Değerlendirme 1996, 186. Y9HD, 27.5.2004, 10215/12744, Legal, 2005/5, 337-340. Söz konusu yararlanma sonucunda taraf işçi sendikası, üyelik aidat veya dayanışma aidatını asıl işverenden gerçek ücretler üzerinden talep edebilir (Aydın, Alt İşveren, 274).

⁵⁵⁷ Çankaya/Çil, 2009, 55. Benzer yönde bkz. Başbuğ, İşveren Vekili, 25 vd.

⁵⁵⁸ Y9HD, 8.7.2004, 17098/17431, karar ve karara ilişkin inceleme için bkz. Ulucan, Karar İncelemesi, 145 vd. Şahlanan'ın aynı kararı isabetli bulan değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, İşe İade Davası, Karar İncelemesi, 41. Yüksek mahkeme bu doğrultuda, iş sözleşmesini fesheden fakat işveren sıfatı bulunmayan kişi hakkında açılan davanın husumet yönünden reddinin gerekeceğine hükmetmektedir (Y9HD, 14.5.2007, 3132/14914, ÇT, 15, 2007/4, 240-243). Aynı yönde Y9HD, 16.4.2007, 9474/10635, ÇT, 2007/4, 15, 277-280. Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Çankaya/Çil, 2006, 82-83. Y9HD, 26.11.2007, 38695/35306, Legal, 2008/17, 169-172. Y9HD, 18.6.2007, 9573/19462,

feshin, işçiyi işyerine fiilen almamak suretiyle (asıl) işveren tarafından feshedildiği kabul edilerek dava açma süresinin geçip geçmediği bu tarihe göre belirlenmelidir.

Doktrinde de belirtildiği gibi, yenilik doğuran hak niteliğinde olan fesih hakkının hukuki sonuç doğurabilmesi için, hak sahibinin bu tür bir yetkiye sahip olması gerekir⁵⁵⁹. Buna göre yetkisiz bir kişinin kullandığı yenilik doğuran hak, herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Bu sebeple kanımıza göre, işçinin işvereni olmadığı tespit edilen “(alt) işverenin” yaptığı fesih bildiriminin sonuç doğurabilmesi için, olayın özelliğine göre (asıl) işverenin bu konuda kendisine temsil yetkisi verdiğinden söz edilebiliyor olması gerekir. Buna göre somut olayda, (alt) işveren görünen kişinin aslında işçiyi işten çıkarma yetkisine sahip kılınmış işveren vekili olduğundan söz edilebiliyorsa, fesih bildirimini işveren adına kullandığı ve (koşulları varsa) geçerli olduğu söylenebilir. Ancak böyle bir durum söz konusu değilse, yetkisiz (alt) işverenin yaptığı fesih bildirimine hukuki sonuç bağlanamaz.

2. İdari Para Cezası

İşyerini muvazaalı olarak bildirmenin diğer bir yaptırımı, idari para cezasıdır. Buna göre 5763 sayılı Kanun ile İK 98/1 hükmü de değiştirilerek aynı yasanın 3/2 hükmündeki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı idari para cezası verilebileceği öngörülmüştür. Buna göre “*Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası, 85 inci madde kapsamındaki işyerlerinde ise çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası, 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanır*”.

Bu madde hükmüne göre işyerini hiç bildirmeyen alt işveren açısından her işçi için yüz Türk Lirası idari para cezası öngörülürken, muvazaalı olarak bildirilen asıl

Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 126-127. Y9HD, 18.2.2008, 24563/187, Çankaya/Çil, 161-162. Y9HD, 25.1.2005, 32270/1470, Çankaya/Çil, 2009, 264. Nitekim muvazaalı ilişkide alt işverenin muvazaanın tarafı olmaktan öte bir rolü yoktur (Çankaya/Çil, 2009, 52).

⁵⁵⁹ Buz, 203.

işveren ile alt işveren veya vekillerine verilecek para cezası ayrı ayrı on bin Türk Lirasıdır⁵⁶⁰. Kanunun 108. maddesinde ise, İş Kanununda öngörülen idari para cezalarının, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verileceği hükme bağlanmıştır. İş Kanununa göre verilecek idari para cezalarına karşı, genel hüküm niteliğinde olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁵⁶¹ 27/1 hükmü uyarınca, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren on beş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabilir⁵⁶². Bu durumda böyle bir itirazla sulh ceza mahkemesi, muvazaanın varlığı veya yokluğu konusunda karar vermek durumunda kalacaktır⁵⁶³.

Bu durumda alt işveren ilişkisinde muvazaa iddiaları konusunda şöyle bir yapı ortaya çıkmaktadır. Muvazaa iddiası İK 3 uyarınca ileri sürülüyorsa iş mahkemesince kesin olarak, İK 2 uyarınca ileri sürülüyorsa iş mahkemesince temyize tabi olarak, bu konuda verilen idari para cezasına itiraz durumunda ise sulh ceza mahkemesince karara bağlanacaktır⁵⁶⁴. Bu yapı doktrinde de isabetli olarak belirtildiği üzere, karmaşık ve hukuk güvenliğinden uzak niteliktedir⁵⁶⁵. Bu sebeple, muvazaa konusunda iş mahkemesi ve sulh ceza mahkemesinin farklı sonuçlara ulaşması olasılığı karşısında, idari para cezasının uygulanması için iş mahkemesinin kararının beklenmesinin uygun olacağı isabetli olarak belirtilmektedir⁵⁶⁶. Buna göre idari para

⁵⁶⁰ Alpagut, Alt İşveren, 43. Aynı yazar, Yönetmelik, 62. “3. maddede bölge müdürlüğüne bildirim ve tescil salt alt işveren için öngörülmüşken, 98. maddede muvazaalı olarak bildiren asıl işverenden söz edilerek hem asıl işveren hem alt işveren için idari para cezası öngörülmüştür” (Alpagut, Alt İşveren, 43).

⁵⁶¹ RG 31.3.2005, 25772 Mükerrer.

⁵⁶² Süzek, 2008, 865-866. Engin, Sorumluluk, 18. Alpagut, Alt İşveren, 43. 4857 sayılı Kanunun 108/2 fıkrası uyarınca, müdürlükçe verilen idari para cezalarına karşı idare mahkemelerinde dava açılabileceği öngörülmüştü. Ancak bu hüküm 23.1.2008 tarihli 5728 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır. Doktrinde Süzek isabetli olarak, iş ve sosyal güvenlik mevzuatınca verilen idari para cezalarına karşı itiraz merciinin iş mahkemeleri olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir (Süzek, 2008, 866).

⁵⁶³ Engin, Sorumluluk, 18. Oysa idari para cezasında yargı denetiminin konusu muvazaa gibi hukuki işlemin esasına ilişkin konular değil, cezanın usule uygun olarak verilip verilmediği, somut ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitidir (Engin, Sorumluluk, 19). Süresi içinde itiraz edilmezse idari yaptırım kararı kesinleşir (Kabahatler Kanunu, 27/1). Süresi içinde başvuru yapılırsa, mahkemenin verdiği karara karşı, yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilebilir (Kabahatler Kanunu, 29/1).

⁵⁶⁴ Alpagut, Alt İşveren, 43.

⁵⁶⁵ Alpagut, Alt İşveren, 43. Aynı yönde Engin, Sorumluluk, 19.

⁵⁶⁶ Engin, Sorumluluk, 19. Nitekim Engin’e göre, her ne kadar İK 98 hükmünün lafzından, iş mahkemesine yapılacak itirazın sonucu beklenmeden iş müfettişinde yapılacak tespitin ardından idari para cezasının tahsil edilebileceği sonucu çıksa da, İK 3/2 hükmünde söz konusu idari işlemin tamamlanması, iş müfettişi tespitinin iş mahkemesine itiraz süreci içinde kesinleşmesine bağlanmıştır (Engin, Sorumluluk, 18-19).

cezasının uygulanması için, iş mahkemesine süresi içinde itiraz edilmemesi veya süresinde yapılan itirazın reddedilmesi beklenmelidir.

II. “İşletmenin ve İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektirme” Koşulunun Yokluğuna Uygulanacak Yaptırım

1.Yaptırım Bulunmadığı Görüşü

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu gerçekleşmediği halde asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinin yasada herhangi bir yaptırımı yoktur⁵⁶⁷. Buna göre, İK 2/7 hükmünde yer alan “alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmaları yaptırımı” bu durumda uygulanamaz. Nitekim söz konusu yaptırım, “tamamen ve sadece” alt işveren ilişkisinin muvazaalı işlemlere dayanmasını ve bu şekilde özellikle sendikal örgütlenmeyi engellemek ve toplu sözleşme düzeninden kaçmak için bir araç olarak kullanılmasını önlemek amacına dayanmaktadır⁵⁶⁸. Yazar bu görüşüne dayanak olarak kanunun 2. maddesinin gerekçesinin yanı sıra⁵⁶⁹, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilemez” hükmünün, alt işveren işçilerinin asıl işveren işçileri gibi işlem görmelerini öngören İK 2/7 cümle 2’den sonra gelmesini göstermektedir. Öte yandan yazara göre aksi yönde görüşün kabulü hukuka ve pratik hayatın ihtiyaçlarına da uygun değildir, zira bu görüş ortaya irade özerkliğine dayanan bir hukuk düzeni içinde benimsenemeyecek “garip bir sonuç” çıkarmaktadır⁵⁷⁰. Bu sonuç; gerçek alt işverenin iradesine tamamen aykırı olarak işçilerini kaybetmesi, alt işveren işçilerinin de yine iradelerine aykırı olarak asıl işverene bağlanmalarıdır.

Bu yöndeki diğer bir görüşe göre de, “söz konusu sınırlama olmadan da işlerin görülmesi bir başka işverene bırakılabilir. Bu durum asıl işveren alt işveren

⁵⁶⁷ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 19. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 44-45. Aynı yazar, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, Genel Görüşme, Soru-Cevap, 71. Yazara göre, yasada sadece bu noktada alt işveren ilişkisine herhangi bir sonuç bağlanmayacağı öngörülmüştür (Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 20).

⁵⁶⁸ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 19-20.

⁵⁶⁹ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 27, dn.31.

⁵⁷⁰ Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 20. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 44-45. Yazara göre bu görüşün bir diğer isabetsiz sonucu, alt işveren sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle alt işverenin işyerinden ayrılması sırasında kendi işçilerinin asıl işveren işçisi olduklarını ve işyerinde kalmaya devam etmek istediklerini ileri sürmelerine imkan sağlamasıdır (Soyer, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, 20. Aynı yazar, Değerlendirme 2008, 44-45).

arasındaki kira, istisna taşıma gibi sözleşmelerin geçerliliğine etki etmez. Sadece asıl işverenin müteselsil sorumluluğu gibi iş hukuku açısından öngörülen sonuçlar doğmaz”⁵⁷¹.

2. Muvazaa Yaptırımının Kıyasen Uygulanması Görüşü

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu bulunmadan işin alt işverene verilmesinin yaptırımı da, o işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmasıdır⁵⁷². Çünkü alt işveren ilişkisinin kurulmasına bazı koşullar getiren yasa koyucunun bu sınırların ihlalini bir yaptırıma bağlamaması düşünülemez⁵⁷³. Ayrıca İK 2/6’da alt işveren ilişkisinin kurulmasının koşullarına aykırılık nedeniyle yasaya aykırı bir işlem, İK 2/7’de muvazaalı bir işlem söz konusu olup her iki hükmün amacı da işçilerin korunması amacıyla alt işveren ilişkisinin kendi açılarından sınırlandırılmasıdır⁵⁷⁴. Bu durumda İK 2/7’de öngörülen yaptırım İK 2/6’ya da kıyasen uygulanacak niteliktedir⁵⁷⁵. Öte yandan, tasarının kanunlaşmasından önceki değişiklikte son cümle isabetli olarak fıkranın ikinci cümlesi olarak yer almışken, yapılan değişiklik sırasında sıralama değiştirilmiş asıl işin bölünemeyeceğine ilişkin hüküm fıkranın sonuna getirilmiştir⁵⁷⁶.

Bununla birlikte bu görüşte olan bir yazar, söz konusu yaptırımın alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin koşullarının birçoğuna uygulanabilecek nitelikte olmadığı görüşünü de⁵⁷⁷ kabul etmektedir⁵⁷⁸. Gerçekten de yazara göre, işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işverenin bulunmaması durumunda, işveren niteliği taşımayan ihale

⁵⁷¹ Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 70.

⁵⁷² Süzek, Alt İşveren, 72. Aynı yazar, 2008, 162. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 27-28. Güzel, Alt İşveren, 61-62. Aynı yazar, Değerlendirme 2005, 16. Ekonomi, Alt İşveren, 52. Çelik, Koşullar, 89. Aynı yazar, 2010, 56. Eyrenci, 22. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 45. Arıcı, 503-504. Kaplan, 233. Aktay/Arıcı/Kaplan, 70. Kılıçoğlu/Şenocak, C.1, 77. Süzek, burada yasak kavramının kullanılamayacağını, zira aksi durum için idari para cezasının öngörülmediğini, sadece İK 2/7 de belirtilen yaptırımın uygulanacağını belirtmektedir (Süzek, Alt İşveren, 72). Günay’a göre söz konusu sınırlamaya aykırılığın yaptırımı, BK 19 hükmü gereği kanuna aykırı sözleşmenin geçersizliğidir (Günay, Alt İşveren, 84. Aynı yönde Akyiğit, Şerh, C.1, 119).

⁵⁷³ Süzek, 2008, 162. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 28.

⁵⁷⁴ Süzek, 2008, 162.

⁵⁷⁵ Süzek, 2008, 162. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 28-29. Nitekim kıyas, “yasada belirli bir olgu için getirilmiş olan kuralın, korunan menfaatler açısından benzer ama yasada şeklen ve lafzen öngörülmemiş başka bir olaya uygulanmasıdır” (Süzek, 2008, 162’den).

⁵⁷⁶ Çelik, 2010, 56. Aynı yazar, Koşullar, 89. Aynı yazar, Alt İşveren İlişkisi, 10. Güzel, Alt İşveren, 62.

⁵⁷⁷ Ekonomi, Değerlendirme 2007, 32-33.

⁵⁷⁸ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 28-29.

makamının, işin tümünü üstlenen müteahhidin işçilerinin işvereni sayılması düşünülemez. Yine, işverenin işyerinde yürüttüğü üretimle ilişkisi olmayan bir iş alan işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması mümkün değildir. Aynı şekilde “münhasıran o işyerinde çalıştırma koşulunun” sağlanmadığı durumlarda değişik işyerleri arasında değiştirilen işçilerin asıl işverenin işçisi sayılması söz konusu olamaz. Bu gibi hallere anılan yaptırımın uygulanması uygun bir çözüm sağlamayacağı gibi doktrinde de belirtildiği üzere (alt) işveren, iradesine aykırı olarak kendi işçilerini kaybetmiş, işçiler de asıl işverenin işçisi haline gelmiş olurlar⁵⁷⁹. Buna karşılık anılan yazara göre, alt işveren ilişkisinin koşullarından bir diğeri olan “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık” ölçütünün bulunmaması haline İK 2/7 yaptırımı uygulanabilecek niteliktedir. Buna göre, işveren söz konusu koşula uymaksızın bir işi alt işverene vermişse, korunan menfaatler açısından benzer ama yasada yaptırımı öngörülmemiş bu duruma İK 2/7 de öngörülen yaptırım kıyasen uygulanmalı ve söz konusu işçiler başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmalıdır⁵⁸⁰.

Aynı şekilde başka bir yazara göre, söz konusu hükmün “altıncı ve yedinci fıkralardaki sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem görürler” şeklinde anlaşılması gerekir⁵⁸¹. Bu durumda yazara göre muvazaa iddiası sadece yedinci fıkroda öngörülen iki sınırlamayı değil, altıncı fıkroda belirtilen ölçütleri de kapsamaktadır.

Diğer bir yazara göre ise, alt işveren ilişkisi şartlara uygun olarak kurulmadığında muvazaalı bir işlemin olup olmadığına bakılmaksızın, İK 2/7’de öngörülen yaptırım uygulanır ve geçersiz olan ilişki sonucu alt işverenin işçileri baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılırlar⁵⁸². Buna karşılık anılan yazar, farklı bir eserde asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde, “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun bulunmadığı durumlarda, kanuna aykırılığın yaptırımının “alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmaları” değil, “geçersizlik” olarak kabul edilmesi gerektiğini

⁵⁷⁹ Süzek, Alt İşveren İlişkisi, 29.

⁵⁸⁰ Süzek, 2008, 162.

⁵⁸¹ Ünsal, 541.

⁵⁸² Ekonomi, Alt İşveren, 52.

belirtmiştir. Buna göre söz konusu şartın bulunmaması durumunda geçersizlik yaptırımı -iş hukukunun sözleşmelere ilişkin geçersizliğinde olduğu gibi- “geleceğe dönük olarak” sonuç doğuracaktır⁵⁸³. Bu durumda geçersizliğin tespitine kadar, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işverenlerin birlikte sorumluluğu devam edecektir⁵⁸⁴.

Yüksek mahkeme ise, alt işveren ilişkisinde “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık” ölçütünün bulunmaması haline –gereğesini açıklamaksızın- alt işveren işçilerini başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi kabul edilmesine hükmetmektedir⁵⁸⁵.

III. 4857 Sayılı İş Kanunu Öncesinde Kurulan İlişkilere Uygulanacak Yaptırım

“Daha önce o işyerinde çalışmış kişi ile alt işverenlik ilişkisi kurulamayacağı” ve “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanamayacağına” ilişkin hükümler hukukumuzda 4857 sayılı Kanunla 10 Haziran 2003 tarihinde girmiştir. Bu konuda ortaya çıkan bir sorun, bu tarihten önce kurulmuş olan alt işveren ilişkilerinin bu sınırlamalardan etkilenip etkilenmeyeceğidir.

Bir görüşe göre, 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden söz konusu kurallara aykırı olarak yapılan ve halen yürürlükte olan alt işveren sözleşmeleri sözleşme sonuna kadar, sözleşmede süre yoksa belirsiz süreli olarak geçerliliğini korur⁵⁸⁶. Süre bittikten sonra yenilenecek sözleşmelerin ise, söz konusu kurallara uygun olması gerekir.

⁵⁸³ Ekonomi, Değerlendirme 2007, 32-34, 87-88.

⁵⁸⁴ Ekonomi, Değerlendirme 2007, 32-34, 87-88.

⁵⁸⁵ Y9HD, 13.10.2008, 32916/26551, Legal, 21, 419-421. Y9HD, 14.5.2007, 3132/14914, ÇT, 2007/4, 15, 240-243. Y9HD, 10.4.2008, 12851/8003, ÇT, 2008/3, 18, 212-215. Y9HD, 27.3.2006, 4860/7479, Legal, 2006, 11, 1024-1026 (Karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Yenisey, Değerlendirme 2006, 20-21).

⁵⁸⁶ Şen, Yeni İş Yasasında, 92. Şahlanan, Genel Hükümler, 84. Ekmekçi, Tasarı, Tartışmalar/Soru ve Cevaplar, 115. Ekmekçi’ye göre ise, “başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem görme” deyiminde başlangıç tarihini kanunun yayım tarihi olan 10 Haziran olarak kabul etmek gerekir, aksi takdirde kanun geriye yürütülmüş olur (Ekmekçi, Yargıtay Kararları Açısından Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile 6 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, Ankara 2004, Soru-Cevap, 64). Günay’a göre ise, burada sözleşmenin kanunun yayım tarihinden önce mi sonra mı yapıldığı önem taşır. Eğer yayım tarihinden önce başlayan bir ilişki söz konusuysa kanun yayım tarihinden sonrasına etkili olacaktır. Kanun yayımlandıktan sonra kurulmuş bir ilişkiyse işçi, çalışmaya başladığı tarihten itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem görür (Günay, Alt İşveren, Soru-Cevap, 65).

Diğer bir görüşe göre kanun bu hükümlerle mutlak bir yasak değil, kanuni (adi) bir karine öngördüğünden, bu tarihten öncesi ve sonrası için ortaya çıkan tek farklılık ispat yükünün yer değiştirmesidir⁵⁸⁷. Buna göre örneğin, 10 Haziran 2003 tarihinden önce, daha önce o işyerinde çalıştırılan biriyle kurulan bir alt işverenlik ilişkisi söz konusuysa –ispat yükü işçiye ait olmak üzere- muvazaalı olduğu zamanaşımı süresi içinde her zaman ileri sürülebilir. Ancak bu tarihten sonra kurulmuş bir ilişkide, İK 2/7’de düzenlenen kanuni karineler söz konusu ise ispat yükü yer değiştirir ve işveren ilişkinin muvazaalı olmadığını ispat etmekle yükümlü olur⁵⁸⁸.

Bu konuda ileri sürülen üçüncü bir görüşe göre, bu konuda bir geçiş hükmü öngörülmediği için, 4857 sayılı Kanunun aradığı koşulları taşımayan ve bu kanundan önce kurulmuş alt işverenlik sözleşmeleri açısından, “sonraki hukuki imkansızlık” ortaya çıkar⁵⁸⁹. Bu durumda iki tarafın da kusuru bulunmadığından, “sonraki kusursuz imkansızlık” söz edilir ve hiçbir tarafın (tazminat, cezai şart gibi) sorumluluğuna yol açmaksızın, ilişki kendiliğinden sona erer. Bu sonucu öngören yazara göre, bu konuda kanunda bir geçiş hükmü getirilerek eski yasa döneminde başlayıp da yeni yasa dönemini de kapsayan ilişkilerin sona erene kadar geçerli olacağının öngörülmesi isabetli olurdu⁵⁹⁰.

Kanımıza göre, söz konusu tarihten önce kurulmuş alt işveren ilişkileri için ileri sürülen muvazaa iddiaları genel hükümler doğrultusunda ele alınacak, bu tarihten sonrasında ise örneğin asıl işveren işçilerinin alt işverence devralınarak haklarının kısıtlanması söz konusuysa muvazaa kabul edilerek buna ilişkin sonucun uygulanması söz konusu olacaktır.

Öte yandan bu konuda diğer bir sorun, 10 Haziran 2003 tarihinden önce kanuna uygun fakat “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşuluna” aykırı olarak kurulmuş olan bir alt işverenlik ilişkisinin bu tarihten sonra akıbetinin ne olacağıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre söz konusu sınırlama –kanunda aksine bir hüküm olmadığı için- kanunun yayım

⁵⁸⁷ Süzek, Alt İşveren, 67. Süzek, 2005, 149.

⁵⁸⁸ Süzek, Alt İşveren, 67. Aynı yazar, 2005, 149. Çankaya/Çil, 2009, 33. Aynı şekilde Şahlanan’a göre de, 10 Haziran 2003 tarihinden önce eğer söz konusu ilişki muvazaalı ise bu tarihten sonra da muvazaadan söz edilebilecek; bu tarihten önce muvazaa yok ise daha sonra da olmadığı söylenebilecektir (Şahlanan, Panel, İNTES, 65-66).

⁵⁸⁹ Akyiğit, Şerh, C.1, 122.

⁵⁹⁰ Akyiğit, Şerh, C.1, 122.

tarihinden sonra yapılacak sözleşmeler için geçerlidir⁵⁹¹. Buna göre bu tarihten önce kurulmuş bir alt işverenlik ilişkisi anılan koşula uygun olmasa da kazanılmış bir hak söz konusudur ve o sözleşmenin sürenin sonuna kadar geçerliliğini koruması gerekir.

IV. Alt İşveren İlişkisinin Unsurlarının Yokluğu

Somut olayda bir muvazaa veya hukuka aykırılık söz konusu olmaksızın alt işveren ilişkisinin kurulması için öngörülen koşullar gerçekleşmemiş olabilir⁵⁹². Gerçekten de, alt işveren ilişkisinin unsurlarından bir ya da birkaçının gerçekleşmemesi her zaman hukuka aykırılık olarak değerlendirilemez⁵⁹³. Örneğin alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için asıl işverenin söz konusu işte işçi çalıştırmaya devam etmesi, işin bütününe devretmemesi gerekmektedir. Yine örneğin, alt işveren ilişkisi bütün unsurlarıyla uygulamaya konulduğu halde bazı işçilerin münhasıran asıl işverenin işyerinde çalışmaması durumunda bu işçiler alt işveren ilişkisi dışında kalacaklardır⁵⁹⁴. Diğer yandan, alt işverenin üstlendiği işi asıl işverenin işyerinde değil, kendisine ait işyerinde yerine getirmesi durumunda da alt işveren ilişkisinden söz edilemez. İşte bu gibi durumlarda, bir alt işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği gibi, hukuka aykırılık ve buna ilişkin yaptırımın uygulanması da söz konusu olmaz.

§5. Alt İşverenliğe İlişkin Hükümlerin Niteliği

Alt işveren ilişkisine ilişkin diğer bir problem, alt işveren ilişkisine ilişkin İK 2/6 ve 7 hükümlerinin niteliğidir. Buna göre acaba bu hükümler mutlak emredici mi yoksa nispi emredici niteliğe mi sahiptirler? Bu doğrultuda acaba alt işveren ilişkisine ilişkin yasada öngörülen sınırlamalar sözleşmelerle artırılabilir mi? Örneğin belirli bir işte alt işveren ilişkisinin kurulmayacağına ilişkin bir kural getirilmesi veya

⁵⁹¹ Günay, Alt İşveren, Soru-Cevap, 65-66-67. Şen, Yeni İş Yasasında, 92. Aynı yönde Ekmekçi, Tasarı, Tartışmalar/Soru ve Cevaplar, 115. Buna karşılık Şahlanan sözleşmede bir süre yoksa anılan koşulun 10 Haziran 2003 tarihinden sonra aranması gerektiği görüşündedir (Şahlanan, Panel, İNTES, 66). Günay ise, istisna sözleşmesinin belirli süreli olması gerektiğine dikkat çekmektedir (Günay, Alt İşveren, 67).

⁵⁹² Nitekim Alpagut'a göre, İK 2/6 hükmü alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için objektif koşulları içermekte olup muvazaaya ilişkin değilken, İK 2/7 hükmü muvazaaya ilişkindir. İki hükmün bu nitelik farklılığı sonucu olarak, İK 2/7'de düzenlenen koşulların bulunması durumunda ilişki muvazaalı olabileceği gibi, muvazaalı olmayan bir ilişkide İK 2/6'daki koşullar bulunmamakta ise geçersizlik söz konusu olacaktır (Alpagut, Alt İşveren, 38).

⁵⁹³ Çankaya/Çil, 2009, 34. Aynı yönde Ekonomi, Değerlendirme 2007, 32 vd.

⁵⁹⁴ Çankaya/Çil, 2009, 34. Aynı yönde Ekonomi, Değerlendirme 2007, 32.

alt işveren ilişkisinin kurulabilme şartlarının artırılması toplu iş sözleşmeleriyle geçerli olarak kararlaştırılabilir mi?

Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, alt işveren ilişkisi kurulmasının bir süre sözleşmeyle engellenmesi girişim ve çalışma özgürlüğüne aykırı düşmez⁵⁹⁵. Çünkü burada bir temel hak ve özgürlükten tamamen feragat söz konusu değildir. Buna göre ömür boyu hiçbir alanda alt işveren ilişkisi kurulmayacağına ilişkin bir hüküm girişim ve çalışma özgürlüğüne aykırı düşerken; somut bir olayda, somut bir işte, bir işkolunda bir süre alt işveren çalıştırılmayacağına ilişkin düzenleme geçerli olarak kararlaştırılabilir⁵⁹⁶. Nitekim Yargıtay'ın incelediği bir olayda, belediye ile sendika arasındaki toplu iş sözleşmesinde yer alan temizlik işinin alt işverene verilemeyeceğine ilişkin hüküm geçerli kabul edilmiştir⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Ulucan, Esnek Çalışma, 133. Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde “Genel işçi kapasitesini aşan durumlar haricinde işyerlerinde, işverene bağlı çalışan işçilerin yaptıkları işler müteahhide veya taşeronla verilemez ve bu işlerde Belediye işçisi çalıştırılmaz. Bu maddenin ihlalden dolayı zarar gören işçiye ve ayrıca 4857 sayılı Yasanın 29. maddesinin uygulanmaması halinde işten çıkarılan işçilere tüm yasal hakları saklı kalmak kaydıyla her bir işçiye 12 aylık maaşları tutarında kötüniet tazminatı ödenir” hükmünün yer aldığı bir olayda, bu hükmün geçerliliği-geçersizliği üzerinde durmayarak, davayı işçi sendikasının açamayacağı gerekçesiyle hükmü bozmuştur (Y9HD, 17.4.2007, 25736/11146, Sümer, Dava Açma Yetkisi, 148,-149).

⁵⁹⁶ Ulucan, Esnek Çalışma, 133.

⁵⁹⁷ Y9HD, 19.6.2007, 21512/19528, Çankaya/Çil, 2009, 170. Esasında anılan olayda, toplu iş sözleşmesinin ilgili hükmünde sadece “temizlik işlerinin alt işverene verilmesinin mi” engellendiği yoksa tüm işler bakımından mı bu sınırlamanın olduğu çok net anlaşılamamaktadır.

SONUÇ

Alt işveren ilişkisi hukuki niteliği itibariyle, asıl işveren-alt işveren ve alt işveren işçisi arasında kurulan *üçlü iş ilişkisidir*. Bu ilişkide alt işveren ile asıl işveren ve alt işveren ile alt işveren işçisi arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmasına rağmen asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu değildir. Esasen alt işveren işçisi sadece, *alt işverene karşı* alt işverenle arasındaki iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunu yerine getirmektedir. Öte yandan alt işveren, asıl işverenin *faaliyet bütünlüğü içinde* yer almakta; asıl işte veya yardımcı işte iş almak suretiyle onun *nihai mal veya hizmet sürecine* katılmaktadır. Bu sebeple, alt işveren ilişkisinde alt işveren ve işçileri *aynı zamanda asıl işveren yararına* faaliyette bulunmaktadır.

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin her şeyden önce *bir sözleşmeye dayanması* gerekmektedir. Bu sözleşmenin bir sonucu olarak, bir (alt) işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimi, diğer (asıl) işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimini tamamlamaktadır. Kanımıza göre tarafların sözleşmeyi yaparken, *doğrudan ve açıkça* alt işverenin asıl işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimini tamamlamasını *amaçlamaları* şart değildir. Buna göre tarafların yaptıkları sözleşmenin uygulanmasının *bu sonucu ortaya çıkarması* –diğer unsurların da bulunmasıyla- alt işveren ilişkisinden söz etmek için yeterlidir.

Kanımıza göre, alt işveren ilişkisinde iki işveren arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği önem taşımaktadır. Nitekim bazı sözleşmelerin hukuki niteliğinin sonucu olarak alt işveren ilişkisinin unsurlarında eksiklik ortaya çıktığından, bu sözleşmelere ilişkin özellikler tespit edildiğinde alt işveren ilişkisinden de söz edilememektedir. Bu anlamda, aradaki ilişkinin *hangi sözleşmeye dayanması gerektiği yönünde* bir sınırlamadan olmasa da, *hangi sözleşmelere dayanmaması gerektiği* konusunda bir sınırlamadan söz etmek mümkündür. Buna göre asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesine, vekalet sözleşmesine, iş aracılığına, distribütörlük sözleşmesine, franchise sözleşmesine, tek satıcılık sözleşmesine veya acentelik sözleşmesine dayanması alt işveren ilişkisinin bazı unsurlarına aykırılık ortaya çıkarmaktadır.

Öte yandan asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişki *genellikle, istisna (eser) sözleşmesine* dayanmaktadır. Ayrıca (işletme amacıyla) kira, taşıma gibi sözleşmeler de alt işveren ilişkisinin dayanağını oluşturabilmektedir. Diğer yandan kanımıza göre alt işveren ilişkisinin, işyerinin (satım veya kira yoluyla) bir bölümünün devri şeklinde oluşması da mümkündür. Kanımıza göre alt işverenlik ilişkisi ve işyerinin kısmi devri birbirinden farklı hedeflere yönelik hukuki kurumlar olmakla birlikte, bazen aynı olayda iki kurumun unsurları bir arada oluşabileceği gibi, bazı durumlarda bu birliktelik gerçekleşmeyecektir. Buna göre olayda bir işyeri bölümü devri olarak nitelendirilebilecek bir durum varsa ve aynı zamanda alt işveren ilişkisine ilişkin yukarıda sıraladığımız unsurlar bir arada gerçekleşmişse, her iki kurumun da varlığından söz edilebilir. Nitekim yasada bu ilişkiyi kuran sözleşme türüyle ilgilenilmemiş, sadece ilişkinin unsurları ortaya konmuştur. Bu sebeple önemli olan -sözleşmenin adı ne olursa olsun- alt işveren ilişkisinin unsurlarının ortaya çıkıp çıkmadığıdır. İşyerinin kısmi devri ise, satış veya kira yoluyla işyerinin bir bölümünün başka bir işverene devredilmesidir. Buna göre alt işveren, üstlendiği işi kendi sağladığı işçilerle yürütmek yerine, o bölümü o bölüme ait olan işçiler de dahil tüm unsurlarıyla devralarak da yürütebilir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi her şeyden önce, o işyerinde işçi çalıştıran asıl işverenin varlığını gerektirir. Buna göre eğer işveren kendisi o işyerinde işçi çalıştırmaksızın işi tümüyle başka bir işverene verdiğyse, alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Alt işveren ilişkisi açısından asıl işverenin İş Kanununa göre işveren olması önem taşımaktadır. Diğer yandan, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devam edebilmesi için, asıl işverenin işveren sıfatını sürdürmesi de gerekir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurlarından bir diğeri, işyerinde iş alan kişinin de işçi çalıştırarak işveren sıfatını taşımasıdır. Bir işverenden iş almakla birlikte, bunu sadece kendisi yapan kişi alt işveren niteliği taşımaz ve dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşmaz. Alt işveren, asıl işveren adına ve hesabına değil, *kendi ad ve hesabına* kendine iş sözleşmesi ile bağlı işçileriyle faaliyette bulunur. Bu anlamda asıl işveren ve alt işveren arasında “işveren” kavramının hukuki niteliği anlamında herhangi bir fark da bulunmamaktadır.

Alt işverenin -en azından ilişkinin kurulduğu anda- alt işveren ilişkisine konu olan iş bakımından işveren sıfatını kazanması gerekli ve yeterlidir. Bu ifadenin

anlamı, alt işverenin bu sıfatı kazanmadan önce bir işyerinin bulunmasının zorunlu olmamasıdır. Buna göre alt işveren, işveren sıfatını ilk olarak ve sadece asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri dolayısıyla kazanabilir. Ancak alt işveren ilişkisinin devam edebilmesi için alt işverenin de o yerde işçi çalıştırmaya devam etmesi gerekir.

Alt işveren ilişkisinin unsurlarından bir diğeri, işin asıl işverene ait işyerinde yapılmasıdır. Buna göre örneğin, işverenin “fason üretim” şeklinde gerçekleştirilmek üzere başka bir işverene iş vermesi durumunda asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmaz. Bu konuda sorunlardan biri, “asıl işverenin işyeri” terimine verilecek anlamdır. Bize göre, işin asıl işverene ait işyerinde görülmesinin, asıl işverenin “iş organizasyonunda iş yapmak” şeklinde açıklanması bu konuda bir karışıklığa yol açabilir. Çünkü eğer 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, alt işveren ilişkisinden çok “işçi temini” veya “geçici iş ilişkisi”nden yahut muvazaadan söz edilebilecektir. Alt işveren ilişkisinde mal veya hizmet üretimi organizasyonunun asıl sahibi, asıl işveren olsa da alt işveren de bu mal veya hizmet üretiminin bir parçasını üstlenerek, o işte kendi adına işçi çalıştırmak suretiyle –belirli ölçüde de olsa bağımsız- başka bir organizasyon içine girmektedir. Öyle ki kendi adına iş yaptığı bu yer, onun için ayrı bir işyeri sayılmaktadır. Öte yandan “alt işveren ilişkisi” bakımından “fiziki mekan” paylaşımının/yakınlığının önem taşımadığı kanaatinde değiliz. Zira iki farklı işverenden ve iki farklı işyerinden söz ettikten sonra, bu iki organizasyonunun birbirinden uzakta, tamamen bağımsız iki farklı fiziki mekanda yapılması, artık ilişkiyi alt işveren ilişkisi olmaktan çıkararak “fason üretim” ilişkisi veya “franchise sözleşmesi” gibi farklı bir ilişkiyi gündeme getirecektir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin diğeri bir koşulu, alt işverene verilen işin niteliğine ilişkindir. Buna göre alt işverene verilen iş, asıl işin bir bölümü niteliğinde ise “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanımıza göre söz konusu sınırlama sadece asıl işlerde geçerli olup yardımcı işler için söz konusu değildir. Diğer yandan mevcut hükmün lafzı, ortaya çıkış süreci ve amacını dikkate aldığımızda, söz konusu koşulun

bir bütün olarak aranmasının amaçlandığı izlenimi doğmaktadır. Ancak olması gereken hukuk açısından “ve” ifadesinin “veya” şeklinde düzenlenmesi yerinde olacaktır. Buna göre bu konuda getirilecek sınırlama, alt işveren ilişkisini neredeyse imkansız hale getiren bir düzeyde olmamalıdır. Nitekim alt işverenlikle ilgili yapılacak düzenlemelerde izlenecek çok katı bir tutum, kayıtdışı istihdamı, işsizliği, işverenler arasında haksız rekabeti, fason imalatı körükleyebileceği gibi, çok serbest bir yaklaşım da işçilerin anayasal düzeyde kendilerine tanınmış olan kimi haklarını fiilen kullanamamaları sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple bu konuda iş hukukunun pek çok kurumunda olduğu gibi “dengeli” bir yaklaşıma ihtiyaç bulunmaktadır. Buna göre ekonomik koşullar ve sosyal gerçekler arasında bir denge sağlamak temel arayışlardan biri olmalıdır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarından bir diğeri, alt işverenin üstlendiği iş yardımcı iş niteliğinde ise, “asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin” olmasıdır. Kanımıza göre “mal ve hizmet üretimine ilişkin olmak” konusunda öncelikli olarak esas alınması gereken kavram “işyeri”dir. Nitekim İş Kanunu uyarınca, “İşveren tarafından *mal veya hizmet üretmek amacıyla* maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir”. Buna göre, olması gereken hukuk bakımından farklı bir işyeri sayılma niteliğini taşımadıktan sonra verilen işin asıl iş veya yardımcı iş niteliğinde olup olmamasına bakılmaksızın alt işveren ilişkisinden söz edilebilmelidir. Gerçekten de asıl işveren-alt işveren ilişkisini kavram açısından daraltmak, asıl işverenin işyerinde çalışan bazı işçileri güvenceden yoksun bırakmak anlamını taşıyacaktır. Bu sonuç ise, işçiyi koruma ilkesine ve Anayasa’da temelini bulan eşitlik ilkesine aykırı bir durumdur. Öte yandan, iş hukukunda nasıl “işin yapıldığı yer” asıl işyeri olarak sayılmıyor ve buranın dışında işyerinden sayılan yerlerle bir bütün olarak kabul ediliyor ve aynı hukuki sonuçlara tabi tutuluyorsa alt işverenlik ilişkisi açısından da farklı bir sonucun kabul edilmesinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Alt işverenlik ilişkisinin son unsuru, alt işveren işçilerinin sadece (münhasıran) asıl işverenin işyerinde çalıştırılmalarıdır. Söz konusu koşul, alt işverenin başka hiçbir işyerinde işçi çalıştıramayacağı anlamına gelmemektedir. Önemli olan husus, alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçisini (veya işçilerini)

aldığı başka işte çalıştırmamasıdır. O halde söz konusu koşulu ararken, her işçi yönünden bağımsız bir değerlendirmenin yapılması gerekir.

Öte yandan, asıl işveren ve alt işveren işçisi arasında dürüstlük kurallarından kaynaklı bazı hak ve yükümlülüklerden söz edilebilirse de, aralarındaki ilişkiyi *iş ilişkisi* ve asıl işvereni de alt işveren işçisinin “*işvereni*” olarak kabul etmek mümkün değildir. Nitekim asıl işveren ve alt işveren arasında geniş çerçevede bir borç ilişkisinin kabulü, asıl işverenin yönetim hakkı, disiplin cezası uygulama yetkisi gibi haklarının kabulünü de beraberinde getirmektedir. Bu durum ise her şeyden önce alt işveren ilişkisini, geçici iş ilişkisi, işçi temini gibi benzer ilişkilerden yahut muvazaalı işlemlerden ayırmayı güçleştirmektedir. Gerçekten de doktrinde alt işveren üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik bir faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, başka bir işverenden aldığı iş için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuki bağımsızlığa sahip değilse alt işverenlik ilişkisinden çok, asıl işverene işçi temininden söz edilebileceği belirtilmektedir. Bu durum, karşılaştırmalı hukukta da geçerli bir alt işveren ilişkisinin tespitinde önemli bir unsur olarak kabul edilmektedir. Kanımıza göre asıl işveren ve alt işveren işçisi arasında dürüstlük kuralları gereğince işçinin yaşamının ve sağlığının korunması amaçlarıyla bazı hak ve yükümlülüklerden söz edilebilirse de, geniş ölçüde bir borç ilişkisinden söz etmemek gerekir. Zira arada herhangi bir sözleşme ilişkisi ve hatta söz konusu ilişkinin doğumunda alt işveren işçisinin herhangi bir iradesi/onayı dahi söz konusu değilken, onu asıl işverenin disiplin cezası uygulama yetkisini dahi içeren bir borç ilişkisi içinde kabul etmek hakkaniyete de uygun görünmemektedir.

Alt işveren işçisinden *işin görülmesini talep hakkı*, yalnızca –iş sözleşmesinin tarafı olan- *alt işverene* aittir. Buna göre, asıl işverenin alt işveren işçisi karşısında işveren sıfatı bulunmadığından bu işçiden işin görülmesini talep hakkı bulunmamaktadır. Diğer yandan kanımıza göre alt işveren işçisinin asıl işverene -örneğin işyerindeki mallara zarar vermek veya onun meslek sırlarını ortaya dökmek gibi- bir zarar vermesinin sonuçları konusunda genel hükümlere gidilmelidir. Asıl işveren ve alt işveren arasında sözleşme ilişkisi bulunduğundan alt işveren işçisinin hizmetini ifası sırasında asıl işverene verdiği zarardan, alt işverenin BK 100 uyarınca sorumluluğu söz konusu olur.

Alt işverenin iş sözleşmesinin tarafı ve iş görme ediminin alacaklısı sıfatıyla kendi işçisine karşı yönetim hakkının bulunduğuna şüphe yoktur. Kanımıza göre doktrinde genel kabul gördüğü üzere, yönetim hakkının hukuksal dayanağını “iş sözleşmesi” olarak ortaya koyduktan sonra, asıl işverenin alt işveren işçisine karşı - işin genel yürütümüne ilişkin de olsa yönetim hakkını- kabul etmek çelişkili bir yaklaşımdır. Nitekim asıl işveren ile alt işveren arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda bize göre asıl işveren, alt işveren işçisine işin yürütümüne ilişkin olduğu gibi, işyeri düzenine ilişkin de talimat veremez. Gerçekten de doktrinde belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin yokluğu asıl işverenin alt işveren işçilerine kendi işyerinin salt düzenini ilgilendiren konularda da bir talimat verebilmesini engeller. Nitekim hukuken alt işverenin işini yaptığı yer ayrı bir işyeri sayılmakta, bu doğrultuda örneğin alt işveren işçileri asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanamamaktadırlar. Üstelik alt işveren ilişkisinde -geçici iş ilişkisinde olduğu gibi- bir süre sınırlaması da bulunmamaktadır. Bu durumda söz konusu işi kendine bağlı işçiler yerine başka işverene bağlı işçiler aracılığıyla yürüten ve bundan bir yarar sağlayan işverenin en azından –söz konusu işçiler üzerinde doğrudan yönetim hakkını kullanamama külfetine- katlanması gerekir.

İş sağlığı ve güvenliği alanına gelindiğinde ise, konuya daha farklı şekilde yaklaşılmalıdır. Nitekim alt işveren ilişkisinin yarattığı tehditlerden belki de en önemlisi, alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda yaşanmaktadır. Alt işveren işçilerinin genellikle eğitimsiz olması, düşük ücretle çalıştırılmaları, çoğunlukla sendikasız olmaları, asıl işveren ve alt işveren arasında koordinasyon eksikliği gibi olgular bu alanda iş kazaları ve meslek hastalıkları oranını oldukça yükseltmektedir. Bu sebeple olması gereken hukuk açısından asıl işveren, iş sağlığı ve güvenliği alanında doğrudan hak ve yükümlülüklerin muhataplarından biri olarak kabul edilmelidir. Buna göre iş sağlığı ve güvenliği konusunda asıl işverene –alt işveren işçisini de kapsayan bir biçimde- doğrudan yükümlülükler yüklenmeli ve bu çerçevede alt işveren işçisine talimat verme yetkisinin bulunduğu ve bu talimatlara alt işveren işçisinin uymak zorunda olduğu yasada açıkça düzenlenmelidir.

Kanımıza göre mevcut hukukumuz yönünden, işçi sayısına bağlı herhangi bir yükümlülüğün tespiti açısından asıl işveren ve alt işveren işyerinin birlikte

değerlendirilmesi imkanı yoktur. Çünkü asıl işverenin işyeri ve alt işverenin işyeri hukukten bağımsız işyerleridir. Bu sebeple bu iki farklı işyerinde çalışan işçi sayılarının birlikte değerlendirilebilmesi için yasada açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bize göre *olması gereken hukuk açısından* iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinde aranan işçi sayısının tespitinde alt işveren işçilerinin de dikkate alındığı bir sistem oluşturulması isabetli olacaktır.

Alt işveren işçilerini işe alma konusunda tek yetkili, alt işverendir. Buna göre, asıl işverenin alt işveren işçisinin iş sözleşmesini feshetme yetkisi bulunmamaktadır ayrıca alt işveren işçisine karşı haklı nedenle fesih hakkını kullanma yetkisi, -gerekli sebepler oluştuğunda- yine alt işverene aittir. Buna göre, asıl işverenin alt işveren işçisini haklı nedenle derhal işten çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Öte yandan kanımıza göre alt işveren işçisinin, asıl işverene veya onun bir işçisine sataşması, cinsel tacizde bulunması, asıl işverenin işyerinde hırsızlık yapması, asıl işverenin meslek sırlarını ortaya atması, mallarına belirli bir oranın üzerinde kasıtlı veya ihmali olarak zarar vermesi gibi davranışları alt işverene haklı nedenle fesih yetkisi verir. Nitekim İK 25/II’de, sayılan hallere *benzer* işçi davranışlarının da işverene haklı nedenle fesih yetkisini verdiği hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde, asıl işverenin alt işveren işçisinin veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması, sataşması yahut gözdağı vermesi gibi davranışlar alt işveren işçisine iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih yetkisi verecektir.

Öte yandan kanımıza göre sadece “ihale ile iş almak” olgusu veya “alt işverenliğin belirli bir süreye dayanması” alt işveren işçisi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için yeterli bir “objektif neden” olarak kabul edilemez. Burada işin nasıl veya ne kadar süre için alındığından ziyade, alınan işin niteliği üzerinde durulmalıdır.

Alt işverenin işini yaptığı yer, hukukten asıl işverenin işyerinden ayrı bir işyeri sayılır. Nitekim işyerine bağlı yerlerden söz edebilmek için kanunda da belirtildiği gibi, işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağıllık ve aynı yönetim altında örgütlenme koşullarının sağlanması şarttır. Bu koşulların alternatifli olarak değil, ancak birlikte olması durumunda, söz konusu yer işyerine bağlı yer olarak kabul edilebilir. Buna göre amaçta birlik olsa da söz konusu yer farklı işverenlere ait

ise veya bağımsız işyeri biçiminde organize edilmişse ayrı bir işyeri olarak kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, farklı işverenlere ait birimlerdeki üretim amaç itibarıyla ne kadar birbirini tamamlarsa tamamlasın, bu birimler hukuken tek işyeri olarak kabul edilemez.

Alt işveren işyerinin, asıl işveren işyerinden ayrı bir işyeri sayılmasının sonuçları en çok toplu iş hukukunda kendini göstermektedir. Nitekim bu durumun bir sonucu olarak, alt işveren işçileri ancak alt işverenin işyerinin faaliyet gösterdiği işkolundaki sendikaya üye olabilirler. Bir işyerinin dahil olduğu iş kolunun, o işyerinde yürütülen asıl iş dikkate alınarak belirlenmesi kuralı uyarınca, alt işveren işçilerinin hangi sendikaya üye olacakları da alt işveren işçilerinin yaptığı (asıl) iş dikkate alınarak belirlenmelidir. Alt işverenin iş gördüğü yerin ayrı bir işyeri sayılmasının ve alt işveren işçilerinin asıl işverene bağlı işçiler olmamasının diğer bir hukuki sonucu, asıl işverenin toplu iş sözleşmesi yetki tespitinde alt işveren işçilerinin hesaba katılmamalarıdır. Yine bu doğrultuda, alt işveren işçileri asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar.

Öte yandan yasaya göre asıl işveren, alt işveren işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Burada sorumluluğun niteliği “müteselsil sorumluluk”tur. Söz konusu sorumluluk hükmü nispi emredici nitelikte olup, bu sorumluluk için asıl işverenin kusurlu olması aranmaz. Asıl işverenin birlikte sorumluluğu, hukuki sorumluluk olup cezai sorumluluğu içermemektedir. Ayrıca kanımıza göre yasada sorumluluğun kapsamı açıkça, “İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülükler” olarak belirlendiğinden bu kapsamda yer almayan, örneğin 2821 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan sendikal tazminat alacağından asıl işverenin birlikte sorumluluğundan söz etmek güçtür. Bu sebeple kanunda yapılacak değişiklikle asıl işverenin “iş ilişkisinden kaynaklanan” borçlardan birlikte sorumluluğunun düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Öte yandan uygulamada sıklıkla görülen bir durum, bir işyerinde alt işverenler değiştiği halde, işçilerin aynı işte değişen alt işverenler nezdinde çalışmaya devam etmeleridir. İşçilerin değişen alt işverenler yanında kesintisiz olarak çalıştırılmaları her şeyden önce olayda muvazaa olduğu yönünde ciddi bir kuşku

uyandırır. Buna karşılık bu durumu başlı başına, her zaman muvazaa olarak da değerlendirilmek de mümkün değildir. Böyle bir durumun muvazaa oluşturmadığı hallerde, değişen işverenler arasında “işyeri devrinin” veya “iş sözleşmesinin devrinin” unsurlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. İşyeri devrini düzenleyen İK 6 hükmünün lafzı, açıkça hukuki işleme dayalı devirlerden söz etse de doktrinde belirtildiği gibi hukuki işlem dışındaki devirler için ortaya çıkan boşluk, 1475 sayılı kanun döneminde olduğu gibi kıyas (örnekseme) yoluyla doldurulmalıdır. Ancak olayda işyeri devrinin bulunup bulunmadığı tespit edilirken, devredilen “ekonomik birliğin kimliğini koruyup korumadığı” araştırılmalıdır. Buna göre doktrinde belirtildiği gibi, bu iş için tahsis edilmiş, işyerinin üretimi açısından önemli maddi ve maddi olmayan unsurları veya salt işgücüne dayalı işlerde sayı ve uzmanlık bakımından çalışanların esaslı kısmı devredilmedikçe işyeri devrinden söz edilmemelidir.

Öte yandan dünyada “zincirleme alt işverenlik”, büyük endüstriyel kaza riskini artıran bir etken olarak kabul edilmektedir. Kanımıza göre bu konuda koordinasyon eksikliği ve sorumluluk konusundaki belirsizlikler etkili olmaktadır. Bu doğrultuda önceki (asıl) işverenlerin sorumluluğunu kesici bir sistemden ziyade, sorumluluğu sürdüren ve iş sağlığı ve güvenliği açısından asıl işverene “koordinasyon yükümlülüğü” getiren bir yaklaşım yerinde olacaktır.

Öte yandan İş Kanunu 2/7 hükmünde “....daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz...” hükmü yer almaktadır. Ayrıca yasada yer alan diğer bir sınırlamaya göre, “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz”. Bize göre söz konusu düzenleme, herhangi bir istisna tanımamak suretiyle mutlak bir yasak anlamı taşımaktadır. Başka bir deyişle söz konusu hüküm, kesin karine teşkil etmektedir. Buna göre anılan hükümden sonra “aksi halde...” denilerek devam edilmiş olması, olayda bir muvazaa olup olmaması üzerinde durulmaksızın sırf alt işverenin asıl işverenin önceki bir çalışanı olması sebebiyle veya asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından devralınarak haklarının kısıtlanması gerekçesiyle alt işveren işçilerinin asıl işveren işçisi sayılması yaptırımının uygulanacağını göstermektedir. Bize göre bu açıdan hükmün lafzı, bu konuda (Anayasal) yorum yapmaya imkan vermemektedir. Bu sebeple söz konusu hüküm bu şekliyle

isabetsizdir. Nitekim anılan hüküm muvazaaya dayanmayan iyi niyetli alt işverenlik ilişkilerini de engelleyebileceği için, Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

Bu sebeple olması gereken hukuk açısından, söz konusu olguların işçiye ispat kolaylığı sağlayan fakat aksi ispatlanabilen bir *adi yasal karine* olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır. Nitekim bu hallerin İş Kanununda adi yasal karine niteliğinde olmak üzere özel olarak düzenlenmesinin işçiye sağlayacağı ispat kolaylığı ile, bu uygulamalar sonucu mağdur olan işçilerin korunmasının yanı sıra muvazaalı alt işveren kullanmak suretiyle düşük ücretle işçi çalıştıran, toplu iş sözleşmesinin yüklerinden kurtulan ya da kayıt dışı çalışan işverenlerin, iyi niyetli ve yasalara saygılı işverenlere karşı yarattıkları haksız rekabetin önüne geçilmesi mümkün olabilecektir.

İK 2/7 son cümle hükmüne göre "...İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez". Bu hükümde de muvazaa olgusu ile ilgilenilmeyerek mutlak bir yasak öngörülmüştür. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre ise, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu bulunmadan işin alt işverene verilmesinin yaptırımı da, o işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmasıdır. Nitekim alt işveren ilişkisinin kurulmasına bazı koşullar getiren yasa koyucunun bu sınırların ihlalini bir yaptırıma bağlamaması düşünülemez.

Öte yandan 2008 yılında 5763 sayılı Yasa ile İş Kanununun 3/2 hükmünde yapılan değişiklikle İK 2/6 uyarınca iş alan alt işverene yazılı alt işverenlik sözleşmesi yaparak bu sözleşme ve gerekli belgelerle birlikte işyerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca bu şekilde tescili yapılan işyeri için alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı konusunda idareye inceleme, denetleme ve tespit yetkisi verilmiştir. Kanımıza göre söz konusu hükümdeki esas problem, söz konusu incelemenin "gerektiğinde" gibi belirsiz bir ifadeyle adeta sistematik hale getirilmesi ve müfettiş raporunun ileride açılması muhtemel davalarda "aksi ispatlanabilir bir delil" olma niteliğinden çıkarılarak sadece işverenlere tanınan çok kısa bir itiraz süresi içinde kesinlik sonucunun bağlanmasıdır. Gerçekten de altı işgünü gibi, çok kısa bir süre içinde ilişkinin muvazaalı olduğuna ilişkin rapora karşı dava açılmazsa söz konusu rapor kesinleşmektedir. Yine bu kısa süre içinde dava açılrsa bile, bu sefer

de mahkeme kararı “kesin” bir nitelik taşımaktadır, diğer bir deyişle bu kararın temyiz yolu kapalı olmaktadır. Söz konusu itiraz davasına işçinin taraf olmaması dolayısıyla, işçi tarafından aynı konuda –temyiz yolu açık- davaların açılması mümkün olup aynı konuda birbirinden farklı kararların ortaya çıkması gibi “hukuk güvenliğini” tehdit eden ihtimaller doğmaktadır. Öte yandan konuyu düzenleyen Alt İşverenlik Yönetmeliği, yasayı da aşan pek çok hüküm taşımakta ve bu anlamda normlar hiyerarşisine aykırılık taşımaktadır. Sonuç itibarıyla kanımıza göre, olması gereken hukuk açısından -önceden olduğu gibi- muvazaa konusunu içeren müfettiş raporlarının kesin sonuçlar doğuran değil, delil niteliği taşıyan bir konumla sınırlandırılması gerekir. Aksi takdirde bu şekliyle hükmün, Anayasa’ya aykırılık taşıdığı haklı olarak iddia edilebilecektir.

KAYNAKÇA:

AKI, Erol: Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 11-43 (Değerlendirme 1998).

AKIN, Levent: İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri, Mart 2006, Sicil İHD, 149-158 (Kusurun Takdiri).

AKIN, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001.

AKIN, Levent: İSG Açısından İşveren ve Vekilinin Hukuki, İdari ve Cezai Sorumlulukları, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, Tebliğler ve Tartışmalar, 14-15 Kasım 2008, İzmir Hilton Oteli, Ankara 2009, 65-114 (Sorumluluk).

AKIN, Levent: İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, AÜHFD, 2005, S.1, 1-60 (İşyeri Örgütlenmesi).

AKINTÜRK, Turgut: Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.

AKTAY, Nizamettin: Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar, Kamu-İş, Ocak 1994, 11-23 (Alt İşveren).

AKTAY, Nizamettin: Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 2000 (Toplu İş Sözleşmesi).

AKTAY, Nizamettin: Sendika Hakkı, Ankara 1993 (Sendika Hakkı).

AKTAY, Nizamettin: İş Kanununda Düzenlenen Alt İşveren Kurumu ve İş Hukukumuzda Muhtemel Etkileri, Türk Metal Dergisi, Aralık 2003, 39 (Alt İşveren Kurumu).

AKTAY, A. Nizamettin/ ARICI, Kadir/ KAPLAN, SENYEN, E. Tuncay: İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007.

AKTEKİN, Şeyda: Üretim Zincirlerinde Alt İşveren Çalıştıran İşyerlerinin Sosyal Sorumluluğu Hakkında AP Kararı ve Ülkemiz Mevzuatı, Sicil İHD, Haziran 2009, S.14, 272- 275.

AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş, Ankara 1995 (Ödünç İş).

AKYİĞİT, Ercan: İctihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, C.1, 2008 (Şerh, C.1).

AKYİĞİT, Ercan: İctihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, C.2, 2008 (Şerh, C.2).

AKYİĞİT, Ercan: Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:22, S:4-5, Kasım 2009-Şubat 2010, 1-38 (Alt İşverenlik).

AKYİĞİT, Ercan: (İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda) Kıdem Tazminatı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999 (Kıdem Tazminatı).

AKYİĞİT, Ercan: 1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin (Türk-Alman-İsviçre Hukuku Karşılaştırmalı), Seçkin Yayınevi, Ankara 2000 (Yıllık İzin).

ALPAGUT, Gülsevil: İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2010 (İşyeri Devri).

ALPAGUT, Gülsevil: Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Legal İHD, 10/2006, 569-584 (Geçici İş İlişkisi).

ALPAGUT, Gülsevil: Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin Hukuka Aykırılığı Üzerine, İşveren, C:47, S:2, Kasım 2008, 58-62 (Yönetmelik).

ALPAGUT, Gülsevil: 4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı- Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İNTES Yayınları, No:10, Ankara 2004, 16-23. (Yeni Yapılanma).

ALPAGUT, Gülsevil: "Alt İşveren İş Sağlığı ve Güvenliği ile İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler, İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor?" Semineri, 16 Temmuz 2008, İstanbul, 32-56 (Alt İşveren).

ALPAGUT, Gülsevil: Üç Yıllık Uygulamanın Ardından Alt İşveren İlişkisinde Yeni Arayışlar, İNTES, Mayıs Haziran 2006, 83-95 (Yeni Arayışlar).

ALPAGUT, Gülsevil: Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998 (Belirli Süreli).

ALPAGUT, Gülsevil: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2003, 89-150 (Değerlendirme 2001).

AMON, Matthew R: Liability Regulations in European Subcontracting: Will Joint Liability Be the 21st Century European Approach?, Journal of International Business and Law, Spring 2010, 231-270.

ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

ARICI, Kadir: Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu, İÜİFM, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006, 485-509.

ARICI, Kadir: İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası, Yargıtay Dergisi, C:9, Ocak-Nisan 1983, S:1-2, 160-176 (Yönetim Hakkı).

ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.

ARSEVEN, Faik: Yeni İş Kanununun Getirdiği Başlıca Yeniliklerin Değerlendirilmesi, Mercek D., Nisan 2004, 21-34.

AYAN, Özge: Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/10, 499-531.

AYATA, Sencer: Sermaye Birikimi ve Toplumsal Değişim, Gündoğan Yayınları, Ekim 2000.

AYDEMİR, Murteza: Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, MESS, İstanbul 1993.

AYDINLI, İbrahim: Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001.

AYDINLI, İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004 (Koruma Yükümlülükleri).

AYDINLI, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008 (Alt İşveren).

AYDINLI, İbrahim: Borç İlişkisinin Nisbilik Özelliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi-İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi, 16, ÇT, 2008/1, 39-84 (Borç İlişkisi).

AYDINLI, İbrahim: Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi ve Rücu Hakkına İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi, 9, 2008, 209-232 (Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi).

AYKAÇ, Hande Bahar: Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İş Hukukunun Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010, S.25, 101-134.

AXELROD, Jonathan G.: Who's the Boss? Employee Leasing and The Joint Employer Relationship, 3 The Labor Lawyer, 853 (1987), 853-872.

BARRİSTER, John Bowers QC, Employment Law, Fifth Edition, 2000.

BAŞBUĞ, Aydın: Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar, Kamu- İş, Ocak 1998, 61-78 (Alt İşveren İşçisi).

BAŞBUĞ, Aydın: İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2003, 3-17 (Üçlü İlişki).

BAŞBUĞ, Aydın: Alt İşveren İlişkisi ve Güncel Sorunlar, Şeker Sanayi Örneği, Ankara 2010 (Alt İşveren İlişkisi).

BAŞBUĞ, Aydın: İşveren Vekilinin İşvereni Dolaylı Temsili ve Sonuçları, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:7, S:3, 2004, 15-35 (İşveren Vekili).

BAŞBUĞ, Aydın: İşyeri Hekiminin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, 24 Mayıs 2003, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Ankara 2003 (İşçi Sağlığı).

BAŞBUĞ, Aydın: İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008 (Yönetim Hakkı).

BAŞKAYA, Fikret/ÖRDEK, Aydın (Editörler): Ekonomik Kurumlar ve Kavramlar Sözlüğü-Eleştirel Bir Giriş, 1. Basım, Ekim 2008.

BAŞTERZİ, Süleyman: Avrupa Birliği'nin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 119-190 (Belirli Süreli Sözleşme).

BAŞTERZİ, Süleyman: İSG Mevzuatı ile Sosyal Güvenlik Mevzuatı Arasındaki İlişki, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, Tebliğler ve Tartışmalar, 14-15 Kasım 2008 İzmir Hilton Oteli, Ankara 2009, 115-146 (İSG Mevzuatı).

BAŞTERZİ, Süleyman: Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, 2005, S.3, 53-94 (Feshe Karşı Koruma).

BAŞTERZİ, Süleyman/ŞUĞLE, Mehmet Ali: İstihdam ve Danışmanlık Hizmetlerinin Hukuksal ve Toplumsal Yönleri, Ankara 1999.

BAYRAM, Fuat: İş Sağlığı ve Güvenliği Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Sicil İHD, Eylül 2010, 48-61.

BECKER, Craig: Labor Law Outside The Employment Relation, Texas Law Review, Issue 7, Vol.74, June 1996, 1527-1563.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Sorumluluk ve Sınırları, Sicil İHD, Mart 2008, Y:3, S:9, 47-55.

BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

BÜYÜKUSLU, Ali Rıza: AB Perspektifinden Yeni İş Kanunu: Hoş geldin “Bürokratik Esneklik!” “Yaşasın İş Güvencesi!” , Mercek D., Nisan 2004, 61-70.

CANBOLAT, Talat: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992.

CANBOLAT, Talat: Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları, TÜHİS, C.14, S.2-3, Mayıs- Ağustos 1997, 14-30 (Uygulama Sorunları).

CANBOLAT, Talat: Karar İncelemesi, İHD, C.3, S.1, Ocak-Mart 1993, 89-93 (Karar İncelemesi).

CANBOLAT, Talat: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı, İş Hukuku Dergisi, 1992, 211-229 (Alt İşveren Kavramı).

CANBOLAT, Talat: Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, C.6, 2002, S.4, 163-201 (Yararlanma).

CARUSO, Bruno: The Concept of Flexibility in Labour Law. The Italian Case in the European Context, Working Papers, Centro Studi Di Diritto Del Lavoro Europeo, “Massimo D’Antona, 22/2004.

CENTEL, Tankut: Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, S:294, Haziran 2004, <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/haziran/hukuk.html>.

CENTEL, Tankut: Taşeron İşçisinin Muvazaa İddiası (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2004, 34-36.

CENTEL, Tankut: Alt İşverenlere Ait İşkolu Tespitleri, TİSK AKADEMİ, C.1, S.2, 2006/II, 6-14 (İşkolu Tespitleri).

CENTEL, Tankut: “İşyerinin Bir Bölümünün Devri”nde Fiziki Mekan, Sicil İHD, MESS, Mart 2008, Y:3, S:9, 5-9 (Bölüm Devri).

CENTEL, Tankut: Alt İşverene İlişkin İş Kanunundaki Son Değişiklik, Sicil İHD, MESS, S:10, Haziran 2008, 5-12 (Son Değişiklik).

CENTEL, Tankut: Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım, Sicil İHD, MESS, Aralık 2008, Y:3, S:12, 39-43 (Eleştirel Bir Yaklaşım).

CENTEL, Tankut: “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı-Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri”, İNTES, Ankara 2004, 52-54 (Alt İşveren).

CENTEL, Tankut: Alt İşverenlik Yönetmeliği, İşveren, C:47, S:2, Kasım 2008, 56-57 (Yönetmelik).

CENTEL, Tankut: İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1981 (Ücret).

CORDOVA, Efren: From Full Time Wage Employment: A Major Shift in the Evalution of Labour Relations?, International Labour Review, Vol.125, No.6, November-December 1986, 641-657.

COEURET, Alain/FORTİS, Elisabeth: Droit Penal Du Travail, A jour du Nouveau Code du Travail, 4 Edition, LexisNexis, Paris 2008.

COUTURIER, Gerard: L'article L.122-12 du Code du Travail et Les Pratiques D'<Externalisation> (Les Arrêts Perrier Vittel France du 18 Juillet 2000, Droit Social, N° 9/10, Septembre-Octobre 2000, 845-849.

CLAVIERE, C. Veron/LAFARGE, Ph./SCHIELE, J. Claviere: Droit Penal Du Travail, Editions Sirey, 1985.

ÇANKAYA, Osman Güven: Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş, 2002, C.6, S.4, 15-29.

ÇANKAYA, Osman Güven/ ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006 (2006).

ÇANKAYA, Osman Güven/ ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2009.

ÇANKAYA, Osman Güven/ ÇİL, Şahin: 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, Sicil İHD, Eylül 2006, 54-80 (Alt İşveren).

ÇANKAYA, Osman Güven/ ÇİL, Şahin: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşyeri Devri, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2006, S.3, C.32, 387-424 (İşyeri Devri).

ÇANKAYA, Osman Güven/GÜNAY, Cevdet İlhan/GÖKTAŞ, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1986.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul 2003 (2003).

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, (Yenilenmiş 23. Bası), İstanbul 2010 (2010).

ÇELİK, Nuri: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, 163-178 (Alt İşveren).

ÇELİK, Nuri: Alt İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinde Alt İşveren İşçilerinin Yararlanıp Yararlanamayacaklarına İlişkin Yargıtay Kararlarının Gelişimi, Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan, Ankara 2000, 783-788 (Yargıtay Kararları).

ÇELİK, Nuri: Alt İşveren İşçilerinin Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacağı Konusundaki Yargıtay Kararı Üzerine, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 71-75 (Alt İşveren İşçileri).

ÇELİK, Nuri: Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları, Mart 2009, Sicil İHD, Y:4, S:13, 83- 92 (Koşullar).

ÇELİK, Nuri: İşveren, İşveren Vekili, Alt İşveren ve Bunlarla İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, 9-12 Aralık 1997-ABANT, TÜHİS, Yayın No: 26, 147-175 (Hukuki Sorunlar).

ÇELİK, Nuri: Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, 56-101 (Genel Görüşme, III. Yılında İş Yasası).

ÇELİK, Nuri: İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları, Sicil İHD, Mart 2010, S:17, 5-16 (Alt İşveren İlişkisi).

ÇELİK, Nuri: Aracı İşveren İşçisinin Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması, TSGLK. 9 (No.4), İHU, 1988-1989, 1-5.

ÇİFTER, Algun: Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1997, C.11, S.2, 23-27.

ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, C:1, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007 (İş Kanunu).

ÇİL, Şahin: 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri, Sicil İHD, Mart 2008, 27-45 (Toplu İş Hukuku).

ÇİL, Şahin: Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Sempozyum 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, 5-60 (Alt İşveren).

ÇUBUKÇU, Erdoğan: "Asıl İşveren-Alt İşveren (Diğer İşveren) İlişkileri Üzerine Düşünceler", Barolar Birliği Dergisi, S.1, Y:9, s.66, 1996, 64-76 (Diğer İşveren).

ÇUBUKÇU, Erdoğan: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, TÜHİS, C.17, S.4-5, Mayıs-Ağustos 2002, 19-31 (Alt İşveren).

DAU-SCHMİDT, Kenneth G: The Labor Market Transformed: Adapting Labor and Employment Law to the Rise Contingent Work Force, 52 Wash.& Lee L. Rev. 879 (1995), 879-888.

DAVIDOV, Guy: Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, British Journal of Industrial Relations, 42:4, December 2004, 727-746.

DEAKİN, Simon: Does The 'Personel Employment Conract' Provide a Basis for the Reunification of Employment Law?, Industrial Law Journal, Vol.36, No.1, March 2007, 68-83.

DEAKİN, Simon: The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law, Commentary, Recent Cases, Industrial Law Journal, Vol.30, No.1, March 2001, 72-84 (Recent Cases).

DEAKİN, Simon/MORRİS, Gillian S: Labour Law, Fourth Edition, Hart Publishing, 2005.

DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir 2005.

DEMİR, Fevzi: 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, Mercek, Temmuz 2003, 83-123 (Başlıca Yenilikler).

DEMİR, Fevzi: Ferdi İş İlişkisinin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın 1988 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1990, 5-56 (Değerlendirme 1988).

DEMİR, Fevzi: Alt İşverenler Arasında Devre İlişkin Karar İncelemesi, Sicil İHD, Aralık 2009, S:16, 77-87 (Devir).

DEMİRCİOĞLU, Murat/ENGİN, Murat: Dünyada ve Türkiye’de Esnek Çalışma, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No:2002-52, İstanbul 2002.

DERELİ, Toker: Labour Law and Industrial Relations in Turkey, International Encyclopaedia of Labour Law and Industrial Relations, Kluwer Law International, 2006.

DUQUESNE, François: Droit Du Travail, Paris 2001.

EKİN, Nusret: Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2002-34, İstanbul 2002.

EKMEKÇİ, Ömer: 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıca Düzenlenen “Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem” Semineri Yayını, 25-29 Eylül 2002 Marmaris, 65-97 (Tasarı).

EKMEKÇİ, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, MERCEK, Temmuz 2003, 132-139 (Dava Süreci).

EKMEKÇİ, Ömer: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İSG Uygulamaları, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, Tebliğler ve Tartışmalar, 14-15 Kasım 2008 İzmir Hilton Oteli, Ankara 2009 (İSG Uygulamaları).

EKMEKÇİ, Ömer: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İSG Uygulamaları, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, Sempozyum Tebliğleri Kitabı, 14-15 Kasım 2008 İzmir Hilton Oteli, 2008 (İSG Uygulamaları, Tebliğler).

EKMEKÇİ, Ömer: Üçlü İş İlişkileri, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, 12-27 (Üçlü İş).

EKMEKÇİ, Ömer: Kamu İşvereni’nin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa’nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 12, 2006, 1173-1180 (Kamu İşvereni).

EKMEKÇİ, Ömer: İş Güvenliği Uzmanlığı ve İşyeri Hekimliği Faaliyetlerinin İşyeri Dışından Hizmet Alınması Suretiyle Yerine Getirilmesi, Sicil İHD, Y:1, S:4, Aralık 2006, 106-112 (İş Güvenliği).

EKMEKÇİ, Ömer: 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul 2005 (İşyeri Örgütlenmesi).

EKMEKÇİ, Ömer: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2005, 11-57 (Değerlendirme 2003).

EKMEKÇİ, Ömer: İşyerinin Devri-Kıdem Tazminatı, İHD, Temmuz-Eylül 1991, 421-423 (Karar İncelemesi).

EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984.

EKONOMİ, Münir: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, 21-52 (Alt İşveren).

EKONOMİ, Münir: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Tekstil İşveren, Eylül 1991, 5-12 (Asıl İşveren).

EKONOMİ, Münir: İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 409-457 (İşyerinin Kapatılması).

EKONOMİ, Münir: İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi, İş Hukuku Dergisi, C.1, S.1, Ocak-Mart, 1991, 31-49 (İşkolu Esası).

EKONOMİ, Münir: İşkolunun Değişmesi ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, 9-12 Aralık 1997-ABANT, TÜHİS, Yayın No: 26, 15-51 (İşkolunun Değişmesi).

EKONOMİ, Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, Prof. Dr. Esener'e Armağan, Ankara 2000, 325-361 (Kısmi Devir).

EKONOMİ, Münir: 4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Aralık 2008, Sicil İHD, S.12, 5-23 (Sayısal Esneklik).

EKONOMİ, Münir: Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, 55-81 (Esnekleşme Gereği).

EKONOMİ, Münir: İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), İstanbul 2009, 3-64 (Değerlendirme 2007).

EKONOMİ, Münir: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1996, 83-103 (Değerlendirme 1994).

EKONOMİ, Münir: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının

Değerlendirilmesi 1997, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1999, 185-230 (Değerlendirme 1997).

ELBİR, H.K. Asıl İşveren-Alt İşveren Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler, İş Hukuku Dergisi, C.1, S.1, Kazancı Yayınları, Ocak- Mart 1991, 5-15.

ENGİN, Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993 (İşveren).

ENGİN, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003 (İşletme Gerekleri).

ENGİN, Murat: Üçlü İş İlişkileri, T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na Düzenlenen III. Yılında İş Yasası Semineri Yayını, İstanbul 2005, 12-26 (Üçlü İş).

ENGİN, Murat: İş Kanunundaki Yeni İstihdam Biçimleri ve Üçlü İş İlişkileri, I. Çalışma Yaşamı ve İş Denetimi Kongresi, İş Müfettişleri Derneği, Ankara 2008, 66-83 (Yeni İstihdam Biçimleri).

ENGİN, Murat: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006, 1-47 (Değerlendirme 2004).

ENGİN, Murat: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi, 06-07.06.2008, 14-40 (Sorumluluk).

ENGİN, Murat: Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2002, 1-24 (Değerlendirme 2000).

ERDOĞAN, M.Z., Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, C:7, 2004, S:3, 385-391.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Düzeltilmiş 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2010.

ERTÜRK, Şükran: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Belediye-İş Sendikası, Ankara, Mart 2008.

ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, Legal, İstanbul 2006.

EYRENCİ, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/1, 15-55 (4857 Sayılı İş Kanunu).

EYRENCİ, Öner: Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1996 (Değerlendirme 1994).

FREDMAN, Sandra: Women at Work: The Broken Promise of Flexurity, Industrial Law Journal, Vol:33, No.4, December 2004, 299-319.

FREDMAN, Sandra: Labour Law in Flux: The Changing Composition of the Workforce, Industrial Law Journal, Vol:26, No.4, December 2007, 337-352 (Labour Law).

GATUMEL, Denis: Le Droit du Travail en France, Principes et Approche Pratique du Droit Du Travail, 2004.

GEREK, Nüvit: Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri ile İlgili Sorunlar, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 15, 81-90 (Kamu Kuruluşları).

GEREK, Nüvit: 4857 sayılı İş Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler, Sicil İHD, S.11, Eylül 2008, 11-16 (Son Değişiklikler).

GEREK, Nüvit: Alt İşverenlerin İdari Para Cezalarından Asıl İşverenlerin Sorumluluğu, Sicil İHD, S.19, Eylül 2010, 179-183 (İdari Para Cezaları).

GEREK, Nüvit/ORAL, İlhan: Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, Sicil İHD, Mart 2006, 29-35.

GODARD, Odile: Droit Penal Du Travail, Paris 1980.

Le GOFF, Jacques: Droit du Travail et Societe, Les Relations Individuelles du Travail, 2001.

GÖKTAŞ, Seracettin: Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları, Sicil İHD, Aralık 2008, S.12, Y.3, 97-105.

GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara 2009 (Şerh).

GÜNAY, Cevdet İlhan: Sendikalar Kanunu Şerhi, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 1999 (Sendikalar).

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (İş Hukuku).

GÜNAY, Cevdet İlhan: 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 6 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, Ankara 2004, 16-24 (Alt İşveren).

GÜNAY, Cevdet İlhan: Yargı Kararlarında Yeni İstihdam Biçimleri ve Üçlü İş İlişkileri, I. Çalışma Yaşamı ve İş Denetimi Kongresi, İş Müfettişleri Derneği, Ankara 2008, 110-115 (Yeni İstihdam Biçimleri).

GÜNAY, Cevdet İlhan: Toplu İş İlişkileri Açısından Alt İşveren İşçilerinin Durumu, TÜHİS, C:14, S:2, Mayıs Ağustos 1993, 3-8 (Toplu İş İlişkileri).

GÜRZUMAR, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, Beta, İstanbul 1995.

GÜZEL, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, Birleşik-Metal İş, 2004/1, 31-66 (Alt İşveren).

GÜZEL, Ali: Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1993, C.7, S.5, 3-11 (Taşeron Uygulaması).

GÜZEL, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, No:56, İstanbul 1987 (İşyeri Devri).

GÜZEL, Ali: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, 151-213 (Değerlendirme 1996).

GÜZEL, Ali: Bireysel İş Hukukunun Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 11-74 (Değerlendirme 2005).

GÜZEL, Ali: ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Ankara 1997, 3-49 (ILO Normları).

GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 9. Bası, Beta, İstanbul 2003.

HARİSON, Casey: 'La Question Du Marchandage': The Political and Legal Struggle Against Exploitative Subcontracting in Paris 1881-1911, *European History Quarterly*, 2002, 452-488.

HERNANDEZ, Juan Gorelli: Spain's 2006 Labour Reform, *International Labour Review*, Vol: 146, Issue:1-2, 115-119.

HESAPÇIOĞLU, Muhsin: İnsan Kaynakları Yönetimi ve Ekonomisi, İstanbul 1994.

HOUWERZIJL, Mijke/PETERS, Saskia: Liability in Subcontracting Processes in the European Construction Sector: France, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, 2008.

ILO: The Scope of the Employment Relationship, *International Labour Conference, Report V, 91st Session, Geneva 2003*.

İŞİK, Rüçhan: Toplu Pazarlık Yoluyla Esneklik, Sosyal Tarafların ve Devletin Rolü, Ankara 2003.

JAMES, Phil/ JOHNSTONE, Richard/QUINLAN, Michael/WALTERS, David, Regulating Supply Chains to Improve Health and Safety, *Industrial Law Journal*, Vol.36, June 2007, 163-187.

JENERO, Kenneth A./SPOGNARDI, Mark A.: Temporary Employment Relationships: Review of the Joint Employer Doctrine under NLRA, *Employee Relations Labour Journal*, Vol. 21, No.2, Autumn 1995, 127-138.

JOHNSTONE, Richard/QUINLAN, Micheal/WALTERS, David: Statutory Occupational Health and Safety Workplace Arrangements For The Modern Labour Market, *The Journal of Industrial Relations*, Vol.47, No.1, March 2005, 93-116.

KALLEBERG, Arne L., Nonstandart Employment Relations: Part Time, Temporary and Contract Work, *Annuel Revue Social*, 2000, 26, 341-365.

KANDEMİR, Murat: Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları, *AÜHFD*, C.54, S.4, 2005, 183-211.

KAPLAN, Emine Tuncay: Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu, Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 220-233 (Muvazaalı İşlem Sorunu).

KAPLAN, Emine Tuncay: İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından), Ankara 1992.

KAPLAN, Emine Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987 (Fesih Hakkı).

KAYIHAN, Şaban: Acentelik Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş Türk Ticaret Kanunu Tasarısıyla Karşılaştırılmış 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

KILIÇOĞLU, Mustafa: 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005 (İş Kanunu).

KILIÇOĞLU, Mustafa: Yargıtay Kararları Işığında Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri Seminer Notları, İş Müfettişleri Derneği, No:8. İstanbul 2006, 83-109.

KILIÇOĞLU, Mustafa; ŞENOCAK, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Legal, İstanbul C.1, 2008.

KIRCA, Çiğdem: Franchise Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1997.

KIZILOĞLU, Hakkı: Alt İşverenlik Mevzuatında Son Durum, SİCİL İHD, Eylül 2009, 97-101.

KLOSS, Diana M: Occupational Health Law, Fourth Edition, Blackwell Science Publishing, 2005.

KUTAL, Metin: Türk Toplu İş Hukuku Açısından Alt İşveren ve Sorunları, KİPLAS 1990 Yılı Eğitim Programı Tebliği, İstanbul 1992, 217-225.

KUTAY, Rıfat: İnşaat Firmaları Açısından Alt İşveren Uygulamaları ve Sorunlar, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İNTES Yayınları, No:10, Ankara 2004, 35-39.

LAVE, Oscar Vargas: Liability in Subcontracting Processes in the European Construction Sector; Spain, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008.

LİNDER, Marc: The Joint Employer Doctrine: Clarifying Joint Legislative-Judicial Confusion, Worker Compensation Law Review, 1990, 453- 478.

LUNG, Shirley: Exploiting the Joint Employer Doctrine: Providing a Break for Sweatshop Garment Workers, Loyola University Chicago Law Journal, Vol.34, 2002-2003, 291-358.

MAYHEW, Claire/QUİNLAN, Michael/FERRİS, Rande: The Effects of Subcontracting/Outsourcing on Occupational Health and Safety: Survey Evidence From Four Australian Industries, Safety Science, Vol.25, No:1-3, 1997, 163-178.

MAYHEW, Claire/QUİNLAN, Michael: Subcontracting and Occupational Health and Safety in the Residential Building Industry, Industrial Relations Journal, 28:3, 192-205.

MCMULLEN, John: An Analysis of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006, *Industrial Law Journal*, Vol.35, No.2, June 2006, 113-139.

MCMULLEN, John: Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures-A Case for Greater Transparency in Transfer of Employment Issues, *Industrial Law Journal*, Vol.25, No.4, December 1996, 286-307 (Atypical Transfers).

MICHELE, Jean: Les Sanctions Civiles, Penales et Administratives en Droit Du Travail, Tome I, Paris, 2004.

MORIN, Marie Laure: Labour Law and New Forms of Corporate Organization, *International Labour Review*, Vo.144, 2005, No.1, 5-30.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2008.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995 (Hizmet Sözleşmesi).

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, B.3, İzmir 1998.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001 (II).

NARMANLIOĞLU, Ünal: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, *LEGAL VEFA TOPLANTILARI* (II), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, 53- 72 (Sorumluluk).

NARMANLIOĞLU, Ünal: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, 65- 127 (Değerlendirme 1996).

OLIVIER, Arnaud: Quelles Réactions du droit du travail face a la sous-traitance? Les enseignements de l'exemple italien, *Memoire*, pres l'Université Paris X-Nanterre, Année Universitaire, 2001-2002.

OĞUZMAN, Kemal: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C.1, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 1984.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş Sekizinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

ÖZCAN, Şeref: Tersane İşyerlerinde Mevcut Olan İş İlişkileri Bağlamında İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Müfettişleri Derneği, II. Çalışma Yaşamı Kongresi, 26-27 Nisan 2008, 95- 149.

ÖZDEMİR, Burhan: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi ve Yargıtay'ın Konu Hakkındaki Yeni Kararı, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1997, C.11, S. 2, 3-9.

ÖZKARACA, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.

ÖZKARACA, Ercüment: İşyeri Devri-Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk, Karar İncelemesi, ÇT, 2009/1, 20, 131-157 (Karar İncelemesi).

ÖZVERİ, M: Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, 383-400.

PAINTER, Richard W./HOLMES, Ann E. M.: Cases and Materials on Employment Law, Sixth Edition, Oxford University Press, 2006.

PELISSIER, Jean/LYON-CAEN, Antoine/JEAMMAUD, Antoine/DOCKES, Emmanuel: Les Grands Arrêts du Droit du Travail, 2004.

PITT, Gwyneth: Employment Law, Fifth Edition, 2006.

PURCELL, Kate/PURCELL, John: Insourcing, Outsourcing and the Growth of Contingent Labour as Evidence of Flexible Employment Strategies, European Journal of Work and Organizational Psychology, 1998, 7 (1), 39-59.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Beta Yayınları, 2010.

REİSOĞLU, Seza: Aynı İşyerinde Birden Çok İşverenin İşçilerinin Birlikte Çalışmasından Doğan Hukuki Sorunlar, TÜHİS, Kasım 1990, 3-8 (Birden Çok İşveren).

REİSOĞLU, Seza: İhaleli İşlerde Çalışan İşçiler Toplu İşten Çıkarma ve İş Güvencesi, TÜHİS, Kasım-Şubat 1994, 8-18 (İhaleli İşler).

RİVERO, Jean/SAVATIER, Jean: Droit Du Travail, Paris 1964.

SAYMEN, Fert Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

SELWYN, Norman: Selwyn's Law Of Employment, Fourteenth Edition, Oxford University Press, 2006.

SIEBERT, Walter V./Webber, N.Dawn: Joint Employer, Single Employer and Alter Ego, 3 Lab. Law. 1987, 873-887.

SMITH, I T/THOMAS, Gareth/MEAD, David, Industrial Law, LexisNexis, 2003.

SEVİMLİ, K. Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006.

SMIT, Nicola: Labour Law Implications of the Transfer of an Undertaking, 2001.

SOYER, Polat: 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil İHD, Mart 2006, 16-28 (Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi).

SOYER, Polat: İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Sorunlar, C.III. S.3, Yasa Hukuk Dergisi, Mart 1980, 339-348 (Başka İşveren Yanında Çalışma).

SOYER, Polat: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Milli Komite), Ankara 2010, 11-88 (Değerlendirme 2008).

SOYER, Polat: Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1999, 11-58 (Değerlendirme 1997).

SUMMERS, Clyde W: Contingent Employment in the United States, Comparative Labor Law Journal, Vol. 18, 1996-1997, 503-522.

SUPIOT Alain, Beyond Employment Changes in Work and Future of Labour Law in Europe, Oxford, 2005.

SUPIOT Alain: The Transformation of Work and The Future of Labour Law in Europe: A Multidisciplinary Perspective, International Labour Review, Vol.138 (1999), No:1, 31-46 (Transformation of Work).

SUPIOT Alain: The Dogmatic Foundation of The Market (Comments Illustrated By Some Examples From Labour Law and Social Security Law), Industrial Law Journal, Vo.29, No.4, December 2000, 321-345 (Dogmatic Foundation).

SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, 2000.

SÜMER, Haluk Hadi: İşçi Sendikasının Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Hukuka Aykırılığının Tespiti İçin Dava Açma Yetkisi, Sicil İHD, Aralık 2008, S.12, 148-151 (Dava Açma Yetkisi).

SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, Genişletilmiş 3. Baskı, Konya 2009 (Uygulamalar).

SÜMER, Haluk Hadi: Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka Alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları, Sicil İHD, S.15, Eylül 2009, 104-111 (Karar İncelemesi).

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Ankara 2002 (2002).

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Ankara 2005 (2005).

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Ankara 2008 (2008).

SÜZEK, Sarper: “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı- Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri”, Panel, İNTES, Ankara 2004, 42-46 (Alt İşveren).

SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985 (İş Güvenliği).

SÜZEK, Sarper: Hukuki Yönden İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, İş Hekimliği Ders Notları, Türk Tabipler Birliği Yayını, 3. Basım, Ankara, Ocak 1993, 21-51 (İşçi Sağlığı).

SÜZEK, Sarper: Yargıtay’ın İş Hukuku’na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2003 (Değerlendirme 2001).

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku Yaptırımları, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, 165-183 (Yaptırımlar).

SÜZEK, Sarper: Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010/25, 11-30 (Alt İşveren İlişkisi).

SÜZEK, Sarper: İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, Ankara 2008, 225-232 (Yönetim Hakkı).

SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 (Askı).

SÜZEK, Sarper: İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 2006, 507-528 (İş Sağlığı).

SÜZEK, Sarper: Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, C:1, S:1, 6-31 (Değişiklik Feshi).

SÜZEK, Sarper: İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil İHD, Aralık 2008, S.12, Y.3, 24-38 (Eşit Davranma).

SÜZEK, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976 (Fesih Hakkı).

SÜZEK, Sarper: Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil İHD, Haziran 2009, Y:4, S:14, 5-28 (İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği).

ŞAFAK, Can: 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan, 2004, 111-132.

ŞAHLANAN, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995 (Sendikalar).

ŞAHLANAN, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992 (Toplu Sözleşme).

ŞAHLANAN, Fevzi: Türk İş Hukukunda Alt İşveren, İHD, Temmuz-Eylül 1992, 325-335 (Alt İşveren, İHD).

ŞAHLANAN, Fevzi: Türk İş Hukukunda Alt İşveren, Mercek, Temmuz 1997, 44-54 (Alt İşveren, Mercek).

ŞAHLANAN, Fevzi: 4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri, 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Değerlendirme Konferans Notları, 12-13 Temmuz 2003, Bolu, 66-94 (Konferans Notları).

ŞAHLANAN, Fevzi: Alt İşveren İşçisinin İşe İade Davası (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, S:300, Aralık 2004 (Karar İncelemesi, İşe İade Davası).

ŞAHLANAN, Fevzi: Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk, Tekstil İşveren, Mart 2007, Hukuk 11, 2-5 (Karar İncelemesi, Yardımcı İşte Muvazaa İddiası).

ŞAHLANAN, Fevzi: Asıl İşlerin Alt İşverene Verilmesinin Taşeronluk Sözleşmesini Geçersiz Kılması, Tekstil İşveren, Kasım 2005, (Asıl İşlerin Alt İşverene Verilmesi).

ŞAHLANAN, Fevzi: İşyeri Devri ile Asıl İşveren-Alt İşveren, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Kasım 2007, Hukuk 18, 2-4 (İşyeri Devri).

ŞAHLANAN, Fevzi: “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı-Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri”, İNTES, 2004, Ankara (Panel, İNTES).

ŞAHLANAN, Fevzi: Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıncı Düzenlenen “Yeni İş Yasası” Konulu Seminer Yayını, 25-29 Haziran 2003 Çeşme, 20-35 (Genel Hükümler).

ŞAHLANAN, Fevzi: Alt İşveren Kavramı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm

Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1997, 191-200 (Kavram).

ŞAHLANAN, Fevzi: Yeni İş Kanunu'nun Getirdikleri, Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri, Ağustos 2003, TİSK Yayını, No: 235, 29-43 (Yeni İş Kanunu).

ŞAHLANAN, Fevzi: Soru-Cevap-Tartışma, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, 83-84 (Soru-Cevap-Tartışma, Üçlü İlişkiler).

ŞAHLANAN, Fevzi: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Milli Komite), Ankara 2010, 129-190 (Değerlendirme 2008).

ŞAHLANAN, Fevzi: Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2005, 89-123 (Değerlendirme 2003).

ŞAHLANAN, Fevzi: Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri ile İş Akdinin Feshi, SİCİL İHD, Aralık 2006, S:4, 13-19 (Şirket Birleşmeleri).

ŞEN, Murat/NANECİ, Aslı: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, SİCİL İHD, s:15, Eylül 2009, 24-53.

ŞEN, Sabahattin: Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma ve Toplum 10, 2006/3, 71-99 (Alt İşverenlik).

ŞEN, Sabahattin: Taşeronluk (Alt İşverenlik) Bakımından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1994-1996), TÜHİS, Kasım 1997-Şubat 1998, 37 vd (Karar Değerlendirmesi).

ŞEN, Sabahattin: Yeni İş Yasasında Alt İşverenlik, Petrol-İş, Sendikal Notlar, 19, Ağustos 2003, 86 vd (Yeni İş Yasasında).

ŞEN, Sabahattin: Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri, Selüloz İş Sendikası Yayınları, Eğitim Yayınları: 14, İstanbul 2002 (Taşeronluk).

ŞEN, Sabahattin: Yeni İstihdam Biçimleri, Üçlü İş İlişkileri ve İş Denetimi, I. Çalışma Yaşamı ve İş Denetimi Kongresi, İş Müfettişleri Derneği, Ankara 2008, 83-90 (Yeni İstihdam Biçimleri).

ŞEN, Sabahattin: Ekonomik ve Teknik Anlamda Taşeronluğun (Alt İşverenlik) Tanımı ve Sınıflandırılması, Çimento İşveren, C.10, S.1, Ocak 1996, 3-19 (Tanım).

TAŞKENT, Savaş: Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi İHSGHD, Nisan- Haziran 2004, 363-366.

TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981 (Yönetim Hakkı).

TAŞKENT, Savaş: Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtay'ın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları:20, 1989, 191-213 (Değerlendirme 1987).

TARCAN, Nurseli: Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, Sicil İHD, Eylül 2006, 86-91.

TERRY, Micheal and DICKENS, Linda: European Employment and Industrial Relations Glossary: United Kingdom, Office For Official Publications of the European Communities, 1991.

TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik, Kasım 1999.

TREU, Tiziano: Labour Flexibility in Europe, International Labour Review, Vol.131, 1992, No.4-5, 497-512.

TUĞ, Adnan: Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Çankaya Üniversitesi, Yayın No:1, Ankara 1998.

TUNCAY, Can: Toplu İş Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010 (Toplu İş Hukuku).

TUNCAY, Can: Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, KIPLAS İşveren D, S.24, Y.6, Ocak 1991, 7-10 (Asıl İşveren).

TUNCAY, Can: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Bolu-Abant 16-19 Mayıs 1991, 63-74 (Alt İşveren İlişkileri).

TUNCAY, Can: Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler, Esneklik, Ankara 1995, 57-74 (Esneklik).

TUNCAY, Can: Hukukumuzda İşveren Vekili Kavramı, “Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1997, 181-190 (İşveren Vekili).

TUNCAY, Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982 (Eşit Davranma).

TUNÇOMAĞ, Kenan: İş Hukuku, C.1, İstanbul 1971.

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, B.5, Beta, İstanbul 2008.

TURAN, Kamil: İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1990.

TÜRKER, Naci: Alt İşveren, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, 2004/2, 97-102.

UÇUM, Mehmet: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003.

ULUCAN, Devrim: Aracı İşveren (Taşeron) Kavramı, İHD, Ocak 1991, 7-8.

ULUCAN, Devrim: Aracı İşveren (Taşeron) Kavramı II, İHD, Şubat 1991, 7-22.

ULUCAN, Devrim: Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2004/3, 145-152 (Karar İncelemesi).

ULUCAN, Devrim: AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve İş Kanunu Taslağında Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na Düzenlenen "Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem" Semineri Yayını, 25-29 Eylül 2002 Marmaris, 97-105 (Esnek Çalışma).

ULUCAN, Demir: Ferdi İlişkilerin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1998, 11-32. (Değerlendirme 1996).

UŞAN, M. Fatih: Asıl İşveren Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunundan Doğan Borçlarından Sorumluluğu (Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Kamu- İş Dergisi 2002, C.7, S.1, 81-91 (Sorumluluk).

UYGUR, Turgut: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Yargılama, Ankara 1980.

UZUN, Bekir: Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul 2004.

ÜNSAL, Engin, 4857 sayılı Yasa'ya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:6, 2005, 535-545.

VERDIER, Jean-Maurice/COEURET, Alain/SOURIAC, Marie-Armelle, Droit Du Travail, Rapport Individuels, 13 edition, V.II, 2005.

WATANABE, Susumu: Subcontracting, Industrialisation and Employment Creation, International Labour Review, 104/1971, 51-76.

- WILLEY, Brian: Employment Law in Context, Second Edition, 2003.
- YALÇINDURAN, Türker: Alt İstisna (Taşeronluk Sözleşmeleri), Ankara 2000.
- YAVUZ, Arif: Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkileri'ne Etkisi, Ankara 1995.
- YENİSEY, Kübra Doğan: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal, İstanbul 2007.
- YENİSEY, Kübra Doğan: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2009 (Değerlendirme 2006).
- YENİSEY, Kübra Doğan: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkidir Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar, Panel ve Görüşmeler, 21 Şubat 2009/Antalya, Mayıs 2010, 19-54 (Alt İşveren).
- YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- YILMAZ, Ejder: Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Yayını, Ocak 2009.
- ZEVKLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Güncellenmiş 10 Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2008.

ÖZET

4857 sayılı İş Kanununda alt işveren ilişkisi ile ilgili ayrıntılı bir tanıma yer verilmiştir. 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”. Yasaya göre böyle bir alt işveren ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Öte yandan yasada, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca, “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı” ve “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı” hükme bağlanmıştır. Bu sınırlamalara aykırılık durumunda ise, alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edileceği ve alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecekları öngörülmüştür.

2008 yılında 5763 sayılı Yasa ile, iş alan alt işverenin kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, bildirim yapmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca idareye, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı konusunda inceleme, denetleme ve tespit yetkisi verilmiştir. Çalışmamızda alt işveren ilişkisine ilişkin ortaya çıkan sorunlara ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

ABSTRACT

The principal employer-subcontractor relationship is defined by the Labour Code 4857 in detail. According to the code, “the relation between the principal employer and the subcontractor who undertakes to carry out work in auxiliary tasks related to the production of goods and services or in a certain section of the main activity due to operational requirements and for reasons of technological expertise in the establishment of the principal employer and who engages employees recruited for this purpose exclusively in the establishment of the main employer is called “the principal employer-subcontractor relationship”. The principal employer shall be jointly liable with the subcontractor for the obligations ensuing from Labour Code and from employment contracts of subcontractor's employees or from the collective agreement to which the subcontractor has been signatory.

On the other hand, in accordance with the Labour Code, the main activity shall not be divided and assigned to subcontractors, except for operational and work-related requirements and in jobs requiring expertise for technological reasons. Besides, “the rights of the principal employer’s employees shall not be restricted by way of their engagement by the subcontractor” and “no principal employer–subcontractor relationship may be established between an employer and his ex-employee”. Otherwise and in general, based on the notion that the principal employer- subcontractor relationship was fraught with a simulated act, the employees of the subcontractor shall be treated as employees of the principal employer.

Furthermore, the subcontractor’s must to make notification for his own establishment set up in order to produce goods or services as subcontractor was put into force by the Code 5763 in 2008. Besides, authorization to control and determine whether the principal employer-subcontractor relationship is feigned or not, is given to the ministry of labour. The problems and solution suggestions regarding the employer-subcontractor relationship are addressed in the study.