



**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**“ASIL İŞVEREN –ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN
SINIRLARI ”**

Yüksek Lisans Tezi

HAZIRLAYAN

Hülya YILMAZER

Tez Danışmanı; Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY

İSTANBUL, 2010



**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**“ASIL İŞVEREN –ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN
SINIRLARI ”**

Yüksek Lisans Tezi

**HAZIRLAYAN
HÜLYA YILMAZER**

İSTANBUL, 2010

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
ENSTİTÜ ADI
PROGRAM ADI

Tezin Adı:
Öğrencinin Adı Soyadı:
Tez Savunma Tarihi:

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Enstitümüz tarafından onaylanmıştır.

Ünvan, Ad ve SOYADI
Enstitü Müdürü
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Ünvan, Adı ve SOYADI
Program Koordinatörü
İmza

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

İmzalar

Unvanı, Adı ve SOYADI

.....

Tez Danışmanı

.....

Ek Danışman

.....

Üye

.....

Üye

.....

Üye

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	v
1. GİRİŞ	1
2. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN TANIMI VE ŞARTLARI	4
2.1. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN TANIMI, NEDENİ VE ÖNEMİ	4
2.2. ALT İŞVEREN KAVRAMINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER.....	5
2.3. DİĞER İŞ KANUNLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	7
2.4. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN UNSURLARI.....	8
2.4.1. Alt İşveren İlişkisinin Taraflarının İşveren Olması ve İşin Bir Başka İşverenden Alınmış Olması.....	8
2.4.2. Alt İşverenin Aldığı İşin Asıl İşverenin Yürüttüğü Asıl İşin Bir Bölümü veya Yardımcı İşlerine Ait Olması.....	12
2.4.2.1. Alt İşverene Verilen Asıl İşin Bir Bölümünün İşletmenin ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren Bir İş Olması Şartı.....	14
2.4.2.2. İşverenin Mal ve Hizmet Üretimine İlişkin Asıl İşe Yardımcı İşler	20
2.4.2.3. Alt İşverenin Asıl İşverenden Aldığı İşin Asıl İşverenin İşyerinde Yapması	23
2.4.3. Alt İşverenin Asıl İşverenden Aldığı İşte Sadece Görevlendirdiği İşçileri Çalıştırması.....	25
2.5. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN DOĞMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR.....	27
2.5.1. İş Kanunu Anlamında Geçerli Bir Asıl-Alt İşveren İlişkisinin Kurulmuş ve Sürdürülmüş Olması.....	27
2.5.2. Alt İşverenden Kaynaklanan ve Onun Yükümlü Olduğu İşçilik Haklarının Doğmuş Fakat Ödenmemiş Olması	27
2.5.2.1. Genel Olarak Sorumluluğun Kapsamı	29
2.5.2.2. Sorumluluğa Yol Açan Yükümlülüklerinin Dayanaklarının Sınırlı Oluşu	31
2.5.2.3. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Alt İşverenin O İşyeri ve İlişkisinin Süresi İle Sınırlı Oluşu	32
2.5.3. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluğun Özellikleri	33
2.5.3.1. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Cezai, İdari Bir Sorumluluk Değil “Hukuki” Bir Sorumluluk Olması.....	34
2.5.3.2. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Kusursuz Bir Sorumluluk Olması	36
2.5.3.3. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Müteselsil Bir Sorumluluk Olması.....	38
2.5.3.4. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Bağımsız Bir Sorumluluk Olmayıp Alt İşverenin Sorumluluğunun Kesinlikle Ortaya Çıkması Olgusuna Bağlı Olması	44
2.5.3.5. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Bir Sonuç Sorumluluğu Olması	45
2.5.4. 5510 Sayılı Kanun Açısından Durum.....	46
2.6. ALT İŞVEREN KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	47
2.6.1. İşveren Vekili	47

2.6.2. Geçici(Ödünç) İş İlişkisi.....	50
2.6.3. İşyerinin Devri.....	54
2.6.4. Borçlar Kanununda Yer Alan Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri.....	59
3. ASIL İŞVEREN- ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN SINIRLARI.....	60
3.1. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİ.....	60
3.2. KANUN İLE GETİRİLEN SINIRLANDIRMALAR.....	62
3.2.1. Asıl İşverenin İşçilerinin Alt İşveren Tarafından Çalıştırılmaması.....	63
3.2.2. Daha Önce Asıl İşverenin İşyerinde Çalışan Kimse İle Alt İşveren İlişkisi Kurulamaması.....	67
3.2.3. Asıl İşin Bölünerek Alt İşverene Verilememesi.....	71
3.2.4. Kamu Kurumlarındaki Özel Durum.....	78
4. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA.....	80
4.1. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN MUVAZAALI SAYILMASININ ŞARTLARI.....	83
4.1.1. Alt İşverenin Aldığı İşte İşçi Çalıştırmadan İş Bir Başka İşverene Vermesi.....	86
4.1.2. Asıl İşveren Sıfatının Bulunmaması.....	87
4.1.3. Alt İşverenin Asıl İşverenden Aldığı İşte Sadece Görevlendirdiği İşçilerini Çalıştırmaması.....	89
4.1.4. Asıl İşverenin Alt İşveren İşçileri Üzerinde Yönetim Hakkını Doğrudan Kullanması.....	90
4.1.5. Asıl İşverenin İşçilerinin Sayısını Düşürmek İçin Alt İşverene İş Vermesi.....	91
4.1.6. İşyerinde Çalışan İşçilerin Görünürde Alt İşverenlere Bağlanmış Olması.....	91
4.1.7. İşçi Temini Sözleşmesini Alt İşveren İlişkisi Olarak Göstermek.....	93
4.1.8. Muvazaanın Tespitinde Yardımcı Kriterler.....	96
4.2. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA İDDİASININ İSPATI.....	96
4.2.1. İspat Yükü.....	96
4.2.2. İspat Şekli.....	98
4.2.3. Muvazaanın İş Müfettişleri Tarafından Denetlenmesi.....	101
4.3. MUVAZAAYA UYGULANAN YAPTIRIM.....	103
4.3.1. Genel Olarak.....	103
4.3.2. Ferdi ve Toplu İş Hukukundan Doğan Haklar İle Sosyal Güvenlik ve Vergi Hukukundan Doğan Alacaklar.....	108
4.3.2.1. Ferdi İşçi Alacakları.....	108
4.3.2.2. Toplu İş Hukukundan Doğan Alacaklar.....	110
4.3.2.3. Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Alacaklar.....	111
4.3.3. Usul Hukuku Açısından Husumet (Davaya Taraf Olma).....	111
4.3.4. Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkisinde İşe İade Sorunu.....	112
4.3.5. Alt İşveren İlişkisinde Geçersizliğin Etkisine İlişkin Görüşler.....	114
SONUÇ.....	117
KAYNAKÇA.....	119

KISALTMALAR LİSTESİ

C.	:Cilt
c.	:Cümle
BK.	:Borçlar Kanunu
Bkz.	:Bakınız
E.	:Esas
f.	:Fıkra
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
İş K.	:İş Kanunu
K.	:Karar
KMK	:Kat Mülkiyeti Kanunu
Madde	:Madde
R.G.	:Resmi Gazete
s.	:Sayfa
T.	:Tarih
vb.	:Ve bunun gibi.
vs.	:Vesaire
vd.	:Ve devamı
Y.	:Yargıtay

1. GİRİŞ

Çalışma hayatındaki üretim çeşitliliği, esnekliği doğuran nedenlerin artmasıyla beraber üretimin işletmelerce en az maliyet ve yüksek kalite ile yapılabilme çabası, işletmelerin kendi yatırım ve uzmanlık alanları dışında kalan konularda farklı işverenlere başvurarak onlardan destek alması sonucunu doğurmuştur. Böylelikle uzmanlaşmış işverenlere duyulan ihtiyaç, alt işverenlik kavramını beraberinde getirmiştir. Hukuki nedenlerin yanı sıra, iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan sorumluluklardan kaçınma eğilimi, insan gücünün yönetimi konusundaki yoğunluğun önüne geçilmesi yönündeki düşünceler de alt işverenlik kurumunun doğumuna yol açmıştır.

Türk çalışma hayatında alt işverenlik kavramı hukuki nitelikleriyle 1936 yılında çıkan 3008 sayılı ilk İş Kanunu ile düzenlenmiştir. Bir işverenden işinin belirli bir bölümünde veya işyeri eklentisinde iş alan işverenlerin işçilerine karşı olan ödevlerinden bunlara işveren konumunda olan asıl işverenlerin de sorumlu tutulması esası, bu kanun ile getirilmiştir. İlgili kanunun 1.maddesine göre; "İşçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından değil de üçüncü şahsın aracılığı ile işe girmiş ve 3.kişi ile sözleşme imzalamış olsalar bile sözleşme şartlarından asıl işveren sorumludur". Asıl işverenin 3. şahıs olarak belirtilen işverenlerin işçilerine karşı sorumluluğu, 3. kişilerin işçileri ile yapmış oldukları hizmet akdi ile sınırlıdır. Kanun metninden bu işçilere karşı sorumluluğun sadece asıl işverene ait olduğu yönünde bir izlenim doğmaktadır ancak asıl işverenlerin kanundan doğan sorumluluklarının alt işverenlerin kendi işçilerine karşı olan sorumluluğunu ortadan kaldırmaması gerekmektedir¹. Bu düzenleme ile sadece asıl işverenin sorumlu tutulması şeklinde bir sonuç ortaya çıkınca 1950 yılında çıkarılan 5518 sayılı kanun ile 3008 sayılı kanunun ilgili maddesi "aracıların da asıl işveren ile müştereken müteselsilen sorumlu oldukları" şeklinde değişikliğe tabi tutulmuştur².

¹ CANBOLAT, Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s.1-2.

² ÇİL, Şahin, Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Sempozyum, İstanbul 2009, s.6.

1475 sayılı İş Kanununda ise alt işveren “bir işverenden belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran kişi” olarak tanımlanmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu, alt işverenin işyerinde, yardımcı iş-asıl iş ayrımı yapılmaksızın her türlü işi üstlenmesini engelleyen bir kural içermiyordu. Bunun sonucunda da, alt işverene iş verilmesi uygulaması yaygınlık kazanmış ve bu mekanizma ucuz işçi çalıştırma ile sendikasızlaştırmanın etkili bir aracı haline gelmişti³.

Bu yasada alt işverene verilebilecek olan işler için, asıl iş ve yardımcı işler şeklinde bir ayırım yapılmamış olması bu ilişkinin artmasına ve uygulama alanının çok genişlemesine neden olmuştur. 1475 sayılı yasada özellikle kamu işyerlerinde yoğun şekilde taşeron uygulamasına gidilmiş olduğu ve bazı işyerlerinde neredeyse kadrolu işçi sayısından fazla sayıda taşeron işçisinin çalıştırıldığına rastlanmıştır.

Bunun sonucunda 1475 sayılı kanun döneminde bazı muvazaalı uygulamalara yönelme olduğu görülmüş ve engellenmek amacıyla 4857 sayılı kanunda farklı hükümler getirilmiştir.

Çalışma hayatında üretim çeşitliliğinin, esnekliği doğurucu nedenlerin de etkisiyle artması ve bu üretimin işletmeler tarafından kaliteli ve en az maliyet ile yapılabilme çabasıyla birlikte işletmelerin yoğunlaştığı, yatırım yapılan, istihdam yaratılan iş alanları dışındaki işlerin bu konuda uzman başka işverenlere verilmesi neticesini doğurmuş ve alt işveren kavramı ortaya çıkmış bulunmaktadır. Bu sebeplerle birlikte, iş ve sosyal güvenlik hukukunun getirmiş olduğu yükümlülüklerden kaçınma eğiliminin yanı sıra sendikal örgütlenmeye sıcak bakılmaması, insan gücünün sevk ve idaresinin getireceği yük ve zorluktan kurtulma düşüncesi de beraberinde alt işverenliğin ortaya çıkması ve yaygınlaşmasına yol açmıştır.⁴

³ GÜZEL, Ali, İş Müfettişleri Derneği, İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2005. , s.25.

⁴ ARSLANOĞLU, Mehmet Emin, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul 2005, s.93.

Alt işverenlik kurumuna ihtiyaç duyulan haller, 4857 sayılı kanunda işletme, işin gereği ve teknolojik nedenler olarak sıralanmıştır. Bu nedenler ile alt işverenlik uygulaması söz konusu olabilmektedir ve asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı kanundan, sözleşmeden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Çalışmamızda asıl işveren-alt işveren uygulamasının kanunda düzenlendiği şekli ile var olabileceği haller, asıl işverenin ve alt işverenin sorumlulukları, alt işveren ilişkisinin sınırları açıklanmaya çalışılmıştır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki sınırlamalara uyulmadığı takdirde bunun yaptırım ve muvazaaya ilişkin görüşler, uygulama alanı özetlenmiş, bu konudaki düzenlemelere yer verilmiştir.

2. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN TANIMI VE ŞARTLARI

2.1. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN TANIMI, NEDENİ VE ÖNEMİ

İş. K. madde 2/f. 6'da iki işverenden söz edilmekte; bunlardan bir tanesi "diğer işveren", ötekisi ise "asıl işveren" olarak adlandırılmaktadır. Diğer işveren olarak adlandırılan kişi, daha önce öğretilmiş ve şimdi yeni kanunda "alt işveren", iş hayatındaki uygulamada ise "taşeron (yüklenici) diye tanımlanan kişidir⁵.

Kanunda ayrı ayrı asıl işveren-alt işveren tanımları yapılmamış ancak aralarındaki ilişki anlatılmıştır. Buna dayalı olarak alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir.

İşyerlerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren veya yardımcı işlerde, işyerinin bir bölümünde ya da eklentilerinde asıl işverenden başka (alt) işverenler de işçi çalıştırabilmektedir. Örneğin; bir inşaatın yapımını üstlenen işveren(asıl işveren) inşaatın elektrik veya kalorifer tesisatını ya da doğrama işini alt işverenlere yaptırabilir. Bunun gibi, bir işletmenin bilgisayar sisteminin yürütülmesini bir taşeron firma üstlenebilir⁶. Alt işverenden söz edebilmek için, "asıl işveren" olarak nitelenen bir işveren tarafından yürütülmekte olan bir işin bir bölümünde ya da eklentilerinde iş alan ve burada kendi işçilerini çalıştıran bir işveren bulunmalıdır. İşin tümünün yapılması üstlenilmişse ya da üstlenilen iş, işi yüklenence işçi çalıştırmaksızın bizzat yapılmakta ise alt işverenin varlığından söz edilemeyecektir.⁷

⁵ ERDİNER, Ercan, Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004,s.7.

⁶ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 5.Bası, İstanbul 2009, s.141.

⁷ ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması-Bireysel ve Toplu İş Hukuku-Deniz İş Hukuku-Basın İş Hukuku, 7.Bası, İstanbul 2006, s.56.

Bir işyerinde alt işverene iş verilmesi, çalışma hayatının gereksinimi olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle ekonomik şartların değişmesi, işverenlerin işyerlerinde yürüttükleri mal veya hizmetin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektiren işlerin uzman kuruluşlar aracılığıyla yaptırılması düşüncesine yönelmiştir⁸.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisini doğuran en önemli neden, küçük firmaların belli bir işte uzmanlaşarak üstünlük sağlamaya başlamaları sonucu belirli alanlarda verimli bir teknik ortaya koymaları ve bu güçlerinden büyük işletmelerin belirli bir işte faydalanmayı amaçlamaları şeklinde belirlemektedir. Alt işverenler, uygulamada asıl işveren tarafından ihtiyaç duyulan işlemleri daha uygun fiyatlara yapmaları nedeniyle tercih edilen firmalar olarak karşımıza çıkmaktadır⁹.

Asıl işverenin bir başka işverene iş vermesi konusu ile ilgili olarak, Borçlar Kanununda da düzenlemeler bulunmaktadır. Taşeronluğun (alt müteahhitliğin) temel nedeni, işin kısımlara ayrılması ve bu kısımlarda uzman olan kişilerce kaliteli ve seri üretim yapılarak maliyetlerin müteahhitlerin maliyetine oranla daha aşağı seviyeye indirilmesidir. Çünkü, taşeronlar müteahhitlere göre daha seri ve kaliteli şekilde üretim yapabilmektedirler.¹⁰

2.2. ALT İŞVEREN KAVRAMINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

İş K. 2.maddesinde alt işverenin tanımı yapılarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması için gerekli koşullar öngörülmüştür. 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(m.2/IV).

⁸ **KAPLAN, E.Tuncay**, A.Can Tuncay’a Armağan, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu, İstanbul 2005, s.219.

⁹ **TEZEL**, Şevket, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku El Kitabı, 2.Bası, Ankara 2007, s.27.

¹⁰ **YALÇINDURAN**, Türker, Alt İstisna(Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s.23-24

Asıl işveren-alt işveren ilişkisine yönelik düzenlemeler, 1475 sayılı eski İş Kanununda m.1/son, m.29 ve 4857 sayılı yeni İş Kanununda m.2/6,m.36, SSK.m.87, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde m.16, m.33’de yer aldığı gibi(RG. 9 Ekim 1984,18540), UÇO’nun Türkiye tarafından da onaylanan “Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 Nolu Sözleşme (RG. 21 Aralık 1960, 10686), Kamu Kuruluşlarınca yaptırılacak işlerde, işçilerin çalışma şartları ile ilgili Genel ESASLAR da (RG. 1 Kasım 1988,19976) öngörülmüştür. Bu düzenlemelerde, taşeron, müteahhit, diğer işveren, aracı, alt işveren gibi tabirler kullanılmış olup 4857 sayılı Kanunda ise “alt işveren” tabirine yer verilmiştir¹¹.

4857 sayılı İş K.’da asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı unsurlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla birlikte, görüş ayrılıklarına neden olan bir konu, yeni yasa düzenlemesi ile daha daraltıcı bir etkiye sahip hale getirilmiştir. Buna göre, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin “asli işin bir bölümünde” veya “yardımcı işlerde” iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıkları zaman asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmuş olacaktır, buna karşılık işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında kalan bir iş alan işverenin alt işveren olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Bunun yanı sıra, asıl işverenin alt işverenden iş alabilmesi işyeri gerekleri ve teknolojik nedenlere de bağlanmıştır.¹²

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği farklı şekillerde olabilmektedir. Önemli olan asıl işverene ait olan bir işin alt işveren tarafından yapılmasının sağlanmasıdır. Bu yüzden asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki, uygulamada sıkça görüldüğü üzere istisna akdinin çeşitleri olabileceği gibi, bu ilişki kira veya taşıma sözleşmesine de dayalı olabilecektir. Alt işverenlerin üstlendikleri işler, asıl işveren ile aralarındaki sözleşmede kararlaştırılmış olan sürenin sonunda bitebileceği gibi niteliği itibariyle belirli süreli olan işler de olabilir. Örneğin; dokuma işiyle uğraşan bir işverenin işinin bir bölümü olan iplik boyama ya da kumaşlara desen

¹¹ KAPLAN, s.220.

¹² UÇUM Mehmet, Gerekçeli-Atıflı-Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Metinleri İle Birlikte İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat,2003, s. 28.

basma işinin iki yıllığına bir alt işverene verilmesi halinde alt işverenin işinin ne kadar süreceği sözleşmede kararlaştırılmıştır.¹³

2.3. DİĞER İŞ KANUNLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Basın çalışanları ile ilgili Basın İş Kanununda ve Deniz İş Kanununda alt işveren ile ilgili düzenlemelere yer verilmemiş olduğu görülmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu, bu yasalar karşısında genel yasa olmadığından, 4857 sayılı İş Kanununun 2.maddesinin doğrudan veya 116.maddesinin yollamasıyla kıyasen uygulanması mümkün olmayacaktır. Her iki yasada da bu tür üçlü sözleşmesel ilişkilerin var olabileceği kabul edilmelidir. Ayrıca bu tür ilişkilerde 4857 sayılı İş Kanununun 2.maddesinin uygulanması imkanı söz konusu olmadığından bu maddedeki sınırlamalardan da söz edilemeyecektir. Yani asıl işin bir bölümünün teknolojik nedenler ve uzmanlığı gerektiren bir iş koşulu aranmadan alt işverene devredilmiş olması her iki yasa açısından da mümkündür. Muvazaa yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerine istinaden değerlendirme yapılacak ve İş Kanununun 2.maddesinde yer alan muvazaa kriterleri göz önünde bulundurulmayacaktır.¹⁴

İş Kanunu, hizmet akdiyle çalışan herkesi kapsamına almıştır ancak İş Kanununun kapsamına Basın İş Kanunu kapsamındaki fikir işçileri dahil değildir. Gazeteciler dışındaki fikir işçileri ise hizmet akdine dayalı olarak çalışmalarını koşuluyla İş Kanununa tabi olacaklardır. Her iki kanunda da özel kanun-genel kanun ilişkisinin varlığını gerektirecek olan düzenlemeler bulunmadığından 4857 sayılı İş Kanununun Basın İş Kanunu karşısında genel kanun olarak kabulü söz konusu olmayacaktır. Bunun yanı sıra Basın İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce gazeteciler de dahil olmak üzere tüm fikir işçilerinin işverenleri ile ilişkileri, Borçlar Kanununun hizmet akdini düzenleyen 313-354.maddelerindeki hükümlere tabiydi.¹⁵

Bu kanunlar kapsamındaki bir işyerinde asıl işveren-alt işveren uygulamasına gidilmesi halinde, işçi karşısında işverenlerin sorumluluğunu düzenleyen bir yasa

¹³ CANBOLAT, s.15.

¹⁴ ÇANKAYA, Osman Güven & ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2009, s.40.

¹⁵ GÖKTAŞ Seracettin & ÇİL Şahin, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara 2003, s.10.

bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin hükümlerinde de bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu sorunun Borçlar Kanununun 141.vd. maddelerindeki hükümler dahilinde çözülmesi mümkündür.¹⁶

İş Hukukunun kapsamına giren konuların ayrı olarak kanunlaştırılması sonrasında İş Kanunlarında hüküm bulunmadığı hallerde Medeni ve Borçlar Kanunu olmak üzere genel hukuk kurallarını düzenleyen diğer kanunlar ile organik bağının da dikkate alınarak boşlukların doldurulmasında genel hukuk kurallarına başvurulması gerektiği kabul edilmelidir. İş Kanununun çok konuda ve ayrıntılı olarak düzenleme yapmış olması da ana kanun olduğunu göstermeye yetmemektedir.¹⁷

Bununla birlikte basın çalışanları ile ilgili olarak Basın İş Kanunu ile Deniz İş Kanununa tabi olan işyerlerinde alt işverenlik uygulamasına ait bir Yargıtay kararına da rastlanmamıştır.¹⁸

2.4. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN UNSURLARI

Alt işveren kavramının İş Kanunundaki tanımından hareketle bir alt işverenden veya asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için gerekli unsurlar şunlardır:

2.4.1. Alt İşveren İlişkisinin Taraflarının İşveren Olması ve İşin Bir Başka İşverenden Alınmış Olması

İş hukukunda işveren kavramı, işçi esas alınarak yapılmıştır. İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir(İş K.madde2/1).

İşveren, işçiden iş görme ve sadakat borçlarının yerine getirilmesini talep eden, emir ve talimat verme yetkisini kullanan kişidir¹⁹.

¹⁶ ÇANKAYA&ÇİL, s.40.

¹⁷ ÇELİK, Nuri, İş Hukuku, 22.Bası, İstanbul 2009, s.15.

¹⁸ ÇİL Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1.cilt,2. Bası Ankara 2007,s.65.

¹⁹ UŞAN, Fatih, İş Hukuku, Ankara 2006, s.19.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisini doğuran en büyük neden, küçük firmaların yetenek ve yoğunlaşmaya dayanarak belirli bir işte uzmanlaşmaları sonucunda belli alanlarda verimli bir iş tekniği geliştirmeleri, daha büyük ölçekli firmaların bu uzmanlıktan yararlanmayı hedeflemeleridir. Alt işverenler, asıl işverenin ihtiyaç duyduğu makul ücret esası üzerinden çalışmaları, asıl işverenler tarafından talep edilen özellik ve uzmanlık isteyen işlerde başarılı olmaları nedeniyle bağımsız ekonomik birimler halinde var olmaya başlamışlardır.²⁰

Alt işveren ilişkisinin temel unsurlarından biri de her iki tarafın da işveren olmasıdır. Alt işveren de bir işverendir, bu nedenle işveren vekili sayılamaz, üzerine aldığı işi, asıl işverenin adına değil kendi ad ve hesabına, bağımsız olarak yerine getirir. Alt işverenin kendi işçileri ile ilişkisi, iş sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalıştırdıkları işçileri ile iş sözleşmeleri kendi aralarında kurulmakta ve bu iş sözleşmelerinden doğan yükümlülükler de tarafları bağlamaktadır. Öncelikli olarak alt işverenden söz edebilmek için, o işyerinde işçi çalıştıran bir işverenden iş almak gerekmektedir. Bir işin tamamının bir işverene devri(anahtar teslimi) halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı söz konusu değildir²¹. Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında bu durum açıkça dile getirilmiştir:

“İş Kanunu'nun 1/son (4857 sayılı Kanun madde2/6) maddesi uyarınca sorumluluktan söz edilebilmesi için, o işte kendisi de işçi çalıştıran bir asıl işverenin varlığı şarttır. Diğer bir ifadeyle, 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 ile “ihale makamı” İş Kanunu'nun 1/son (4857 sayılı Kanun madde2/6) maddesi anlamında bir asıl işveren değildir”²².

²⁰ TEZEL, s.27.

²¹ UŞAN, s.26.

²² Y.9.H.D., 13.09.1994 T., 2004/3429 E., 1994/11465 K. sayılı karar (www.kazanci.com.tr,19.06.2010).

Konuya ilişkin bir başka Yargıtay kararı ise şu şekildedir:

“1475 Sayılı İş Kanunu'nun 1/son ve 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 87/2. maddesindeki açıklamalar ışığında aracından (taşeron) söz edebilmek için öncelikle üst işveren ve bunun tarafından ortaya konulan bir iş olmalı ve görülmekte olan bu işin bölüm ve eklentilerden bir iş alt işverene devredilmelidir. Buna karşın, bir işin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda artık üst-alt işveren ilişkisi söz konusu olamaz.

Sözleşmeden davalılardan H. Ö. S. Holding A.Ş.'nin S. Center inşaatı işini tamamen davalılardan K. İnşaat Proje ve Yönetim A.Ş. (K. Yapı Endüstrisi ve Tic. A.Ş.)'ye devrettiği, böylece işin anahtar teslimi suretiyle devrinin söz konusu olduğu anlaşıldığından, aralarındaki hukuki ilişki işveren-aracı olarak nitelendirilemez. İşin bir bölümü yerine, tümüyle devir olunduğu durumda işi devreden kişinin işverenlik sıfatı ortadan kalkacağından sorumluluğuna gidilemez”.²³

Alt işveren, bir işyerindeki mal veya hizmet üretiminin dışsallaştırılmasının bir örneğini oluşturmaktadır. İşveren, kendi işyerinde ve kendi işçileri ile gerçekleştireceği bir üretimi başka bir işveren ve onun işçileri vasıtasıyla yerine getirmektedir. Üretim, asıl işverene ait işyerinde gerçekleşmekte, burası alt işverenin ayrı bir işyeri olmakta ve asıl işveren ile hukuki bir ilişki içinde olmayan ikinci işverenin işçileri tarafından yerine getirilmektedir. Asıl işin sahibi, dışarıdaki bir işveren aracılığıyla ürettiği bir mal ya da hizmetten kazanç elde etmekte olduğundan alt işveren aracılığıyla üretim yapma, İş Hukukunda bir istisna gibi algılanmaktadır. Çünkü iş hukukunda asıl olan işverenin kendi işyerinde ve kendi işçileri ile üretim yapmasıdır²⁴.

Doğaldır ki; alt işveren ilişkisinin doğumundan söz edebilmek için işyerinde sadece asıl işverenin değil, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası uyarınca iş alan kişinin de işçi çalıştırması gerekir. İşyerinin bir bölümünde işi üstlenmekle birlikte, bunu tek başına yapan kişi alt işveren niteliği taşımaz²⁵.

²³ Y.21.HD, 16.09.2004 T., 2004/5448 E., 2004/7222 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr,19.06.2010).

²⁴ GÜZEL, s.25.

²⁵ SÜZEK, s.137.

4857 sayılı yasanın 2.maddesinde işveren, bir iş sözleşmesine bağlı olarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar şeklinde açıklanmıştır. Bu nedenle asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için öncelikle mal veya hizmetin üretilmekte olduğu bir işyeri olan işverenin varlığı gerekmektedir. Bunun yanı sıra işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin de varlığı gerekmektedir ancak alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması gerekmez, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden almış olduğu işyeri itibariyle kazanmış olabilir. Her iki işverenin de gerçek veya tüzel kişi hatta tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluş olması olanak dahilindedir. Yasada sadece alt işverenin asıl işverenin önceki bir işçisi olamayacağı belirtilmiş, alt işveren yönünden bir sınırlandırma getirilmemiştir. Asıl işveren ile alt işveren arasında birden fazla işyerinde bazı işlerin gördürülmesi için ayrı ayrı sözleşmeler yapılması da mümkündür. Örneğin; asıl işverenin ülkenin birçok işyerinde temizlik işlerinin tek bir sözleşme ile aynı alt işverene bırakılması veya ayrı ayrı birden fazla sözleşmeler ile asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulması da söz konusu olabilir. Burada alt işveren işçilerinin "... sadece bu işyerinde aldığı işte.." çalıştırılması zorunluluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada sadece o işlerde çalıştırılma şartının tüm işyerleri açısından geçerli olduğu söylenebilir. İşverenler arasında birden fazla işyerinde usulüne uygun şekilde işin bir bölümü veya yardımcı işlerin alt işverene bırakılması yönünde asıl işveren-alt işveren ilişkisine girilmişse, alt işveren işçileri asıl işverenden alınan değişik işyerlerinde çalıştırılabileceklerdir. Çünkü tek bir alt işverenlik ilişkisi sözkonusudur ve işçi bu ilişki dışındaki işlerde çalıştırılmamaktadır.²⁶

Genellikle istisna akdi şeklinde oluşan asıl işveren-alt işveren ilişkisi, yasadaki şartların oluşmasıyla hizmet akdi dışındaki başka bir sözleşme türünde yapılabileceği gibi karma ya da bileşik nitelik taşıyan sözleşmelerden de meydana gelebilir. Dolayısıyla kanunda belirli bir sözleşme türü yer almadığından sözleşmenin gereklilik şartlarını taşıyor olması yeterli olup, türü önemli değildir²⁷.

²⁶ ÇANKAYA & ÇİL, s.20.

²⁷ ARSLANOĞLU, s.95.

2.4.2. Alt İşverenin Aldığı İşin Asıl İşverenin Yürüttüğü Asıl İşin Bir Bölümü veya Yardımcı İşlerine Ait Olması

İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimi dışında kalan asıl iş veya yardımcı iş sayılamayacak bir işin alt işverene verilmesi mümkün değildir. Asıl iş, işyerinin teknik amacının gerçekleşmesi ile doğrudan ilgili olan, o teknik amacın gerçekleşmesine doğrudan dahil olan faaliyetlerdir. Bu işler dışında kalanlar ise yardımcı nitelik taşırlar. Yardımcı işler, asıl faaliyetle ilgili olmakla beraber bunlardan ayrı özellikte olan ikincil nitelikteki işlerdir²⁸.

1475 sayılı Kanunu açısından değerlendirme yapıldığında;

1475 sayılı İş Kanunu madde1/f.4'te “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur”. hükmünde de belirtildiği üzere, bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan kimse, diğer koşulların da varlığı halinde alt işveren olarak kabul edilmekteydi.

Bu madde hükmünün var olması öğretide iki farklı görüşün oluşmasına neden olmuştur:

CANBOLAT'a göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisi yönünden, alt işverene verilen işyerinde üretim ile ilgili veya üretime yardımcı işler (temizlik, yemek, güvenlik, taşıma vb.), üretimle ilgili olmasa bile işyerinin eklentilerinde iş alınması böyle bir ilişki için yeterli kabul edilmekteydi. Burada asıl işin belirli bir bölümünün üstlenilmesi söz konusudur. Bir işverenin o işyerinden elde etmeyi düşündüğü sonuca yönelik olan asli faaliyeti onun asıl işini oluşturur. Bir işyerinde yürütülen asıl iş, genellikle doğrudan doğruya o işyerinden beklenen, hizmet veya üretime yönelik işlerdir.²⁹

EKONOMİ'ye göre ise, bir işverenin işyerindeki mal veya hizmet üretim sürecinde ve bu işlerin bir bölümünde ya da yardımcı işlerinde iş alınması gerekmektedir. Bir

²⁸ UŞAN, s.26.

²⁹ CANBOLAT, s.23.

işyerinde o işyerinde yapılan üretim ile ilgili olmayan bir iş alındığında, örneğin bir tekstil fabrikasında bina yapımı işi alındığında, bina yapım işi o işyerindeki üretim ile ilgili olmadığı için asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olmayacaktır³⁰.

4857 sayılı İş Kanununda ise; bir işyerinde üstlenilen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde ya da asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alınması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğacağı hükme bağlanmıştır. Böylece Bilim kurulunca hazırlanan Tasarı gerekçesi değerlendirildiğinde, 1475 sayılı yasa döneminde var olan görüş ayrılıklarına son verilmiş olduğu ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kapsamının oldukça daraltıldığı görülmektedir.

Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: “Bir işyerinde mal ve hizmet üretimine ilişkin asli işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıkları zaman asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğacaktır, buna karşın bir işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde ek inşaat yapımı veya bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır”.³¹

Asıl işin bölümleri konusunda ise, bir işyerinde yürütülen asıl iş, İş K. madde 2/1’de belirtilen ve İş K. madde 2/6’da tekrar edilen, işyerinin teknik amacını oluşturan “mal veya hizmet üretimi”dir. Örneğin; yoğurt, döşemelik kumaş, çay üretilmesi amaçlanmış olan bir işyerinde, sözü edilen malların piyasaya sunulacak hale getirilmelerine kadarki süreçte üretim aşamaları bir bütün şeklinde asıl işi oluşturmaktadır. Bir işyerinde malların piyasaya sunulacak hale getirilmelerine kadarki üretim aşamaları bir bütün olarak asıl işi oluşturmaktadır. İşveren tarafından üretim aşamalarına göre kurulmuş olan işin organizasyonu ile belirlenen bölümler, asıl işin bölümleridir ve bu bölümlerin alt işverene verilmesi açısından kanunda yer verilen şartlar aranacaktır. Asıl işin bölümlere ayrılarak organizasyon oluşumunda üretim yöntemleri, yönetimin ilkeleri, lojistik, işyeri-işletmenin büyüklüğü, mal ve hizmet çeşitlenmesi, pazar olanakları,

³⁰ **EKONOMİ** Münir, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Legal Vefa Toplantıları Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, s.33.

³¹ **OKTAR** Kemal & **AKINBİNGÖL** Kemal, Gerekçeli-Karşılaştırmalı ve Açıklamalı İş Kanunu, Ankara 2003, s.15.

ürünlerin depolanması ve dağıtımı gibi işletme esaslarının yanı sıra kullanılan teknoloji de etkili olacaktır. Mal veya hizmet üretimi sürecinde bir aşama olmamakla birlikte işyerinde üretimi gerçekleştirmek üzere iş organizasyonunda işyeri ve işletmenin birim olarak önemli bir yeri olan yönetim bölümü ve bölümleri de asıl iş kapsamında düşünülecektir.³²

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasında alt işverenin üstlenmiş olduğu iş; geçici ya da sürekli olabilir. Alt işveren tarafından üstlenilmiş olan işin geçici veya kısa süreli olması asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğmasına engel olmaz.³³

2.4.2.1. Alt İşverene Verilen Asıl İşin Bir Bölümünün İşletmenin ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren Bir İş Olması Şartı

4857 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte asıl işveren –alt işveren ilişkisinde tartışılan konu, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesinde “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olması” hükmünde -ile- sözcüğünden kaynaklanmaktadır.

ÇELİK/ŞAHLANAN/ALPAGUT’a göre “ile” sözcüğü “veya” anlamında kullanılmıştır, her iki şartın birlikte bulunması zorunlu değildir, birinin bulunması asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için yeterli kabul edilmektedir³⁴. Buna göre “ile” sözcüğünün “veya” olarak anlaşılması, dolayısıyla Kanunun ifadesinin kümülatif değil, iki ayrı kategoriye bölünerek anlaşılması gerektiği, yani işletmenin ve işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşuluyla asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakılabileceği kabul edilmektedir. Bu halde teknolojik neden olmaksızın dahi sadece işletmenin ve işin gereği olarak asıl işin bir bölümünde de alt işverenlik söz konusu olabilecektir³⁵.

³² EKONOMİ, s.37.

³³ EKONOMİ, s.31

³⁴ ÇELİK, s.47; ŞAHLANAN, Fevzi, 4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Notları, Ankara 2003, s.70-71 (4857 sayılı); ALPAGUT, Gülsevil, 4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Ankara 2004, s.18-19.

³⁵ ŞAHLANAN, Fevzi, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri(Panel), Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası (İNTES), Ankara 2004, s.48.

MOLLAMAHMUTOĞLU'nun görüşüne göre ise “ile” sözcüğü “veya” anlamında kullanılmıştır ancak şu şartla ki; alt işverene bırakılabilmesi bakımından bir işin işletmenin ve işin gereği olması yetmez, işletmenin ve işin gereği olarak uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. Buna göre, “uzmanlık gerektiren iş” tabirinin “teknolojik nedenlerle” sınırlı olmaması “işletmenin ve işin gereğini” de kapsamaması gerekmektedir. Asıl işin bölünerek alt işverene bırakılabilmesinin asıl koşulu uzmanlık gerektiren bir iş olmasıdır³⁶.

Aksi halde sadece işletmenin ve işin gereğinin yeterli olarak görülmesi, kanunun alt işverenlik hükümlerini tam olarak uygulamamaya yol açacak bir yorum olur. Çünkü sadece “işletmenin ve işin gereği” değerlendirmesi, işverene asıl işin bir bölümünü keyfi şekilde farklı bir işverene bırakma olanağı sağlayacak kadar subjektif bir yorumdur. Bu nedenle asıl işin bölünerek alt işverene bırakılmasının asıl koşulu uzmanlık gerektirecek bir iş olmasıdır.³⁷

EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN ise, “ile” sözcüğünün “ve” anlamında kullanıldığını, dolayısıyla asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesi için bunun işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması zorunluluğunu aramaktadır³⁸.

Şu halde Kanunda yer alan “ile” sözcüğü “olarak” anlamında anlaşılmalıdır³⁹.

ÇİL'e göre ise mevcut yasal düzenleme çerçevesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” koşullarının birlikte aranması gerekmektedir. Çünkü yasal düzenleme bu yöndedir. Bununla birlikte 4857 sayılı yasanın düzenlemesi, esneklikten uzak olup yapılan değişiklikler ile birlikte alt işverenlik uygulamasını oldukça daraltmıştır.⁴⁰

³⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2009, s.170.

³⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.170.

³⁸ EYRENCİ Öner&TAŞKENT Savaş&ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2006, s.37.

³⁹ TAŞKENT, Savaş, ”Alt İşveren”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Dergisi, ,Sayı:2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s:364

⁴⁰ ÇİL , Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İstanbul 2009, s.16.

Öğretide Süzek'in bizim de katıldığımız görüşüne göre, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında yer alan koşulun bölünmesi mümkün olmayan bir bütün olarak düşünülmemesi daha uygun olacaktır. Zira söz konusu koşulun bir bütün oluşturduğu görüşü esas alınırđa, işvereninin alt işverene iş verebilmesi için hem işletme gereklerinin varlığı yani işvereninin ekonomik güçlük veya rekabet gerekleri ile karşı karşıya olması hem aynı zamanda teknolojik gereklerin bulunması ve bunlara ayrıca uzmanlık gerektiren bir işin eklenmesi gerekecektir. Bu koşulların aynı zamanda ve aynı olayda bir arada gerçekleşmesinin güçlüğü ortadadır. Böyle bir ařırđı kısıtlama, çalışma yaşamında durumuna göre haklı olarak ihtiyaç duyulan ve iyi niyetle yapılabilen alt işveren sözleşmelerinin kurulmasını da olanaksız hale getirebilir⁴¹.

İş Kanununun 2.maddesinin alt işverene ilişkin hükümleri, bazı sınırlamaları getirmek ve muvazaalı uygulamalarının önüne geçmek amacıyla alt işverenlik ilişkisini kabul etmiş ve hukuki sonucunu düzenlemiştir. Bu koşulun bir bütün olarak görülmesi, alt işveren ilişkisini yasanın amacını açacak nitelikte sınırlandırmakta ve kurumu uygulanamaz hale getirmektedir. Yasanın lafzından çıkarılan anlam ile yasanın ruhunun uyuşmadığı tespit edilirse bu durumda ruhuna uygun olan anlamının araştırılması gerekecektir. Yasanın sınırlı Şekilde bile olsa tanıdığı alt işveren ilişkisi kurma hakkının, yasanın aynı hükmünün yorumlanması yolu ile hiç kullanılamaz hale getirilmesi amaçsal yorum ilkesi ile bağdaşmayacaktır.⁴²

Bunun yanı sıra alt işveren ilişkisinin kurulmasında, maddede belirtilen tüm koşulların birlikte bulunması Şartının aranması, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğünü güvence altına alan, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenmiş olan "girişim özgürlüğü"n de kısıtlar.⁴³

Szek⁴⁴, buna karşılık, ekonomik güçlük içinde bulunan işvereninin bu güçlükten çıkabilmesi için alt işveren çalıştırmasına olanak tanınması, ancak alt işverene bu

⁴¹ SÜZEK, s.144-145.

⁴² SÜZEK, s.147.

⁴³ SÜZEK, s.147.

⁴⁴ SÜZEK, s.147.

gerekçelerle iş verilmesinin sürekli hale gelmemesi ve işletme gereğinin süresi ile sınırlı bulunması gerektiğini ifade etmektedir.

İşletme ve işin gereği kavramı incelenecek olursa, İş Kanunu anlamında asıl işin bir bölümü veya asıl işe yardımcı işlerin alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını gerektiren ve işletmecilik nedenlerinden ya da yapılan işin niteliğinden doğan bir zorunluluğun varlığı aranmaktadır. İşletme bakımından gereklilik, işletme içi ve dışı nedenlere dayanabilir. İşletmenin niteliği, işletmecilik faaliyetlerinin gerekleri olarak örneğin; kalite, maliyet veya teknolojik bir zorunluluk ya da ekonomik olma gerekliliği gibi nedenlerden kaynaklanabilir⁴⁵.

İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkedeki ekonomik kriz, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi nedenler şeklinde olabilmektedir. İşyeri içi sebepler ise, yeni çalışma şekillerinin uygulamaya alınması, işyerinin daraltılması veya bazı kısımlarının iptali, yeni teknolojilerin uygulanması ve bazı iş türlerinin de iptal edilmesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir⁴⁶.

Asıl işveren, işin niteliğini de devir için bir gereklilik olarak ortaya koymaktadır. İşin niteliğinden kaynaklanan nedenler çok çeşitli olabilmektedir. Örneğin, asıl iş çok uzmanlık gerektiren bir iş olmasına rağmen asıl işverenin konuda uzmanlığı bulunmamaktadır veya işveren için işin bir bölümünde bir yatırım yapması ve bu yatırımın kendisi tarafından üstlenilmesi çok ekonomik bulunmamaktadır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için kanunda teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden söz edilmektedir. Bir kumaş fabrikasında boyama işinin işveren tarafından bu işte uzman olan başka bir kişi ya da ekibe yaptırılması, işi alan kişinin de kendi işçileriyle birlikte sadece boyama bölümünde çalışması asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğmasını sağlar.⁴⁷

⁴⁵ **ARICI**, Kadir, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, 55.Cilt, Sayı:1, İstanbul 2006,s.492.

⁴⁶ **İNCİROĞLU**, Lütfi, Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu, Legal, Mayıs 2006, s.39.

⁴⁷ **ERDOĞAN**, Gürbüz, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2.Bası, Ankara 2006, s.19.

Diğer yandan İş K. madde 2/f.6.'da işverenden “asıl işin bir bölümünde” iş alınması kavramı, asıl işin sadece bir bölümünün alt işverene verilebileceği veya bir alt işverenin, asıl işverene ait asıl işin sadece bir bölümünde iş alabileceği ve diğer bölümleri için ilişki kuramayacağı anlamında düşünülemez. Her bir bölüm için işletme ve işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir şartın bulunması kaydıyla birden fazla asıl işin bir bölümü aynı veya farklı alt işverenlere verilebilir.⁴⁸

Asıl işin bir bölümünün teknolojik nedenler ile alt işverene verilmesine örnek olarak;

Süt üretiminde bulunan bir işveren,sütün piyasaya arzında kutu yerine diğer ülkelerde de daha yaygın olan plastik şişe teknolojisi ve makinelerine sahip olan yabancı bir firmayı, kendi işyerinde gereken üretimi yaparak plastik şişleri üretim sürecine almak üzere bir sözleşme yaptığında, taraflar arasında İş K. m.2/f.6'da öngörülen teknolojik uzmanlığa dayalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olacaktır.⁴⁹

Konuya ilişkin muhtelif Yargıtay kararlarından biri şu şekildedir:

İŞÇİLERİN YAPTIKLARI İŞLERİN TEKNOLOJİ GEREKTİRMEMESİ (İşletmenin ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerde de Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulabildiği)

“Mahkemece davacı işçinin taşeron işçisi olduğu, toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı gerekçesi ile dava red edilmiştir. Uyuşmazlık davacı işçinin davalı şirketin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacağı noktasında toplanmaktadır. 4857 sayılı Kanununun 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre; Bir işverenden, yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardım işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde de asıl işveren' alt işveren ilişkisi kurulabilmektedir.

Hükme esas olunan bilirkişi raporu ve tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde davacı işçilerin yaptıkları işlerin ve çalışılan işyerinin Yasanın aradığı anlamda teknoloji

⁴⁸ EKONOMİ, s.38.

⁴⁹ EKONOMİ, s.46.

gerektirmemektedir. Dolayısıyla burada asıl işveren ait işveren ilişkisini düzenleyen 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraların gerektirdiği unsurlar gerçekleşmemiştir. İşveren davalıdır. Dava konusu isteklerin gerektiğinde bir hesap raporu alınarak ve değerlendirmeye tabi tutularak hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”⁵⁰

Yargıtay’ın 2008 yılında vermiş olduğu bir diğer karar ise, sözkonusu madde hükmündeki “ile” sözcüğünün bir ölçüt bütünlüğü sağladığı yönünde öne sürülen görüşün açık şekilde benimsenmiş olduğunu göstermektedir:

ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ (Asıl İşin Bir Bölümünde İşletme ve İşin Gereği Teknolojik Gereklele Uzmanlık Gerektiren İşlerin Alt İşveren Devredilebileceği -Asıl İşin Bir Parçası Durumundaki İşin Alt İşverene Devri Geçerli Bir Fesih Nedeni Olabilmesi İçin Devrin Muvazaalı Olmaması Gereği)

“4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olamaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6'ncı fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öge, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.”⁵¹

⁵⁰ Y.9.HD. ,14.09.2006 T., 2006/24492 E., 2006/22445 K.sayıllı kararı. (www.kazanci.com, 20.06.2010).

⁵¹ Y.9.HD., 05.05.2008 T.,2008/15362 E., 2008/11408 K.sayıllı kararı(www.kazanci.com.tr,18.06.2010).

Yargıtay'a göre:

Banka işyerinde müşterilerin BTM makinelerine yönlendirilmesi ve makinelerin tanıtım ve kullanılmasının öğretilmesi işi, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler kapsamında değerlendirilmelidir.

Davalı şirket işçisi olarak, diğer davalı banka şubesinde ve bankacılık işlemlerinde görev yaptığını, davalı banka ile davalı şirket arasında asıl-alt işveren ilişkisi olduğunu, ayrıca davalı bankanın asıl işini alt işverene verdiğini, 4857 sayılı İş .K. 2. Maddesi gereğince asıl işin alt işverene verilemeyeceğini, davalı bankanın asıl işveren olduğunu, iş sözleşmesinin de çalıştığı şubede şube müdürünün sözlü talimatı ile feshedildiğini, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığını iddia eden davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme,davalı banka ile şirket arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmadığını, davalı banka yönünden husumet nedeni ile davanın reddi, davalı şirket yönünden ise davanın kabulüne karar vermiştir.

Dosya içeriğinde göre, davalı banka ile şirket arasında tanıtım ve kampanya sözleşmesi imzalanmış ve davacı, bu sözleşme gereği münhasıran davalı banka şubesinde ve bankanın denetimi altında, diğer şirket işçisi olarak çalışmıştır. Bu durumda davalı banka asıl işveren olarak sorumlu tutulmalıdır. Asıl işveren-alt işveren ile birlikte sorumlu olduğundan feshin geçersizliğinin sonucu olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağından asıl işveren bankanın da sorumlu olması gerekir. Davalı banka yönünden husumetin reddine şeklinde hüküm kurulması hatalıdır.⁵²

2.4.2.2. İşverenin Mal ve Hizmet Üretimine İlişkin Asıl İşe Yardımcı İşler

İş Kanunu, alt işverenliğe konu olabilecek yardımcı işi, herhangi bir yardımcı iş şeklinde değil, “mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş” olarak tanımlamıştır. Alt işverenliğe konu olan yardımcı işler, üretime ilişkin olmakla birlikte daha ikinci planda kalan işlerdir. Asıl faaliyetle yani mal ve hizmet üretimi ile maddi anlamda ilgisi olmayan bir faaliyet, alt işverenlik anlamında yardımcı iş olarak kabul edilemeyecektir.

⁵² Y. 9. HD. 26.02.2007 T., 2006/34922 E. ve 2007/5176 K. sayılı kararı (ÇANKAYA&ÇİL,s.192).

Kanunun ifadesi dikkate alınarak yorum yapıldığında bir dişli fabrikasının temizlik ve yemek işi, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi ile ilgili olmadığından alt işverenlik anlamında yardımcı iş olarak kabul edilemeyecekken, bir hastanenin temizlik ve yemek işi bu anlamda yardımcı iş olarak kabul edilebilir⁵³.

Başka bir işverene ait işyerinde bir iş alınmış olmakla beraber iş, sadece uzmanlık gerektirmeyen, işverene teslim edilmekle biten bir iş ise, yani anahtar teslimi işlerden ise, örneğin; bir dokuma fabrikasına yeni dokuma tezgahlarının kurulması gibi, bu tür işlerde de asıl işverenlik-alt işverenlik ilişkisi söz konusu olmaz⁵⁴.

İş. K. m.2/f.6’da,asıl işte alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi ile bağlantılı olarak, asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesinden söz edilmektedir. Burada, asıl işin nasıl bölünebileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Eğer asıl iş, tek bir süreçten ibaretse ve bu nedenle üretim bütünlüğünü bozmadan bölünemiyorsa bu durumda alt işverenlik ilişkisi oluşamayacaktır.⁵⁵

Bütün yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin “uzmanlık” koşuluna bağlanmış olduğu söylenemez. Bir işveren; yemek, temizlik veya taşıma işini bir alt işverene vermeyi planladığında bu işleri en iyi şekilde yerine getireceğini düşündüğü, araç ve gereçler açısından yeterli donanımına sahip gördüğü ve deneyimli alt işvereni tercih etmekte yarar görecektir. Fakat aksine işveren, yeni kurulmuş bir firma ile de alt işveren olarak çalışmakta özgürdür.⁵⁶

Yardımcı işlerin alt işveren tarafından yürütülmesinde, yardımcı iş için daha düşük ücret ve farklı çalışma saatlerinin belirlenmesi de söz konusu olabilecektir. Bir işyerinde asıl işte çalışan işçiler ile yardımcı işlerde çalışan işçiler arasında ücret yönünden de farklı uygulamalara rastlanmaktadır. Burada her iki grup arasında yapılan iş yönünden de farklılık olduğundan eşit davranma ilkesine aykırılıktan bahsedilemeyecektir.⁵⁷

⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.170.

⁵⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.171.

⁵⁵ KILIÇOĞLU Mustafa & ŞENOCAK Kemal, İş Kanunu Şerhi Cilt 1, 2.Bası, İstanbul 2008,s.71.

⁵⁶ EKONOMİ, s.49.

⁵⁷ EKONOMİ, s.50.

Asıl iş olan mal ve hizmet üretiminin kişilere sunulmasına kadar doğrudan üretim süreci dışında kalan işler olarak tanımlanabilecek olan yardımcı işlerde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için bir sınırlama söz konusu değildir.⁵⁸

Yargıtay'ın konuya ilişkin muhtelif kararlarından birine göre,
“Güvenlik ve itfaiye işleri davalı işyerinde yardımcı işler kapsamında yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesinde bu işlerin taşeron devri için işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşulları aranmamaktadır.”⁵⁹

Öğretide SÜZEK,ALPAGUT ve GÜZEL'in katıldığı görüşe göre, yardımcı işlerde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasından yardımcı işlerde de yukarıda belirtilen ölçütün aranması gerektiği gibi bir anlam çıkarılabilmesi mümkünse de, bu hüküm İş K. madde2/f.7/son cümlesi ile birlikte değerlendirildiğinde aksi yönde bir sonuca varılmalıdır⁶⁰.

İş K. madde2/f.7, “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” hükmünü içermekte olup, bu hükmün karşıt kavramından yardımcı işlerin söz konusu sınırlama olmaksızın taşeronlara verilebileceği sonucuna varmak gerekir⁶¹.

Asıl iş-yardımcı iş kavramının değerlendirilmesinde Yargıtay'ın şu şekilde kararları mevcuttur:

Güvenlik ve itfaiye işleri⁶², otomasyon veri hazırlama ve kontrol işleri⁶³, kreş ve bakımevi hizmetleri⁶⁴, nakit taşıma ve güvenlik hizmetleri⁶⁵, temizlik işleri⁶⁶, otel işyerinde garaj ve oto yıkama işleri⁶⁷ yardımcı işler olarak değerlendirilmektedir.

⁵⁸ SÜZEK, s.144.

⁵⁹ Y.9.H.D. 01.06.2005 T., 2005/28445 Esas, 2005/20073 K. sayılı kararı (SÜZEK, s.145).

⁶⁰ SÜZEK, s.144; GÜZEL, s.47-48; ALPAGUT, s.18.

⁶¹ SÜZEK, s.144.

⁶² Y.9.HD. 01.06.2005 T., 2005/12985 E. ve 2005/20130 K.sayılı kararı (ÇİL, Şahin, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkiler, Sempozyum, İstanbul 2009, s.14.).

⁶³ Y.9.HD. 08.05.2006 T., 2006/10001 E. ve 2006/12997 K.sayılı kararı (ÇİL, s.14).

⁶⁴ Y.9.HD. 08.05.2006 T., 2006/10002 E. ve 2006/12998 K.sayılı kararı (ÇİL, s.14).

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir diğer kararına göre;

Banka işyerinde evrak toplama ve dağıtımını yardımcı iş niteliğindedir.

“Dosya içeriğine göre davalı işverenin merkez ile şubeler arası evrak toplama ve dağıtım olan yardımcı iş niteliğindeki işlerinin bir bölümünü dava dışı firmalardan satın almak suretiyle temin yoluna gittiği, şoför olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Alt işverenlik uygulamasının muvazaaya dayandığı yönünde dosyada her hangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Yasaya uygun kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir. Ancak, iş sözleşmesi feshedilmeden önce feshin son çare olduğu ilkesinin göz önüne alınması gerekmektedir. Mahkemece görev tanımına göre şoförlük dışında görev verilerek çalıştırılması mümkün olan davacıya büyük bir banka olan davalı bankanın başkaca görev teklif ettiği hususu ispatlanamadığı belirtilmiş ise de, davalı işveren davacıya işyerinde verilecek başka bir görev bulunamadığını ileri sürmüştür.”⁶⁸

Ancak asıl işverenin faaliyet alanına göre asıl iş ve yardımcı iş kavramları değişiklik gösterebilir. Örneğin; asıl işi yük ve eşya taşımak olan bir işveren açısından taşıma işleri asıl iş kapsamındadır.⁶⁹

2.4.3. Alt İşverenin Asıl İşverenden Aldığı İş Asıl İşverenin İşyerinde Yapması

Asıl işverenin mal ya da hizmet üretmek amacıyla oluşturduğu işyerinde, başka bir işveren, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş aldığı anda, alt işveren olarak sayılacak ve asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olacaktır. Bu nedenle asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işveren “gerçek kişi” olsa bile, alt işverenin “işçi” niteliğinden söz edilemeyecektir.⁷⁰

⁶⁵ Y.9.HD. 02.05.2006 T.,2006/10516 E. ve 2006/12278 K.sayılı kararı (ÇİL, s.14).

⁶⁶ Y.9.HD. 21.03.2006 T.,2006/4306 E. ve 2006/7133 K.sayılı kararı (ÇİL, s.15).

⁶⁷ Y.9.HD. 19.12.2005 T.,2005/35194 E. ve 2005/39733 K.sayılı kararı (ÇİL, s.14).

⁶⁸ Y. 9.HD. 23.1.2006 T., 2005/39106 E., 2006/933 K.sayılı kararı(www.kazanci.com,18.06.2010).

⁶⁹ ÇİL, s.15.

⁷⁰ EKONOMİ, s.28.

Alt işverenin asıl işverenden aldığı işleri asıl işyerinde veya asıl işyerinden sayılan yerlerde yapması şartı doktrinde iki farklı görüşün oluşmasına yol açmıştır:

SÜZEK, ŞAHLANAN ve ALPAGUT'a göre bu unsur, "işçilerini bu işyerinde çalıştıran diğer işveren" ifadesi ile açıkça düzenlenmiştir. Bu yüzden bir işverenden fason imalat için mal alarak bunu kendi işyerinde işçileri ile birlikte yapan kişi, alt işveren değildir.⁷¹

İş K. m.2/f.6'da belirtilen işlerin, kanunda belirtilen sınırlamalar dahilinde asıl işverenin işyerinde yapılması gerekmektedir. Çünkü mal ve hizmet üretimi ile ilgili olarak asıl işin bir bölümünün veya yardımcı işin kanunda belirtilmiş olan sınırlamalar dahilinde yapılması, nitelik olarak asıl işin asıl işverenin işyerinde yapılmasını da zorunlu kılmaktadır. İş Kanununun işyerini bildirme başlıklı 3. maddesinin gerekçesinde "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" denilmek suretiyle alt işverenin asıl işverenin işyerinde kendi adına oluşturacağı birimlerde iş yapabileceği belirtilmektedir. Bu yüzden gerek asıl işin gerekse yardımcı işlerin asıl işverenin işyerinde ya da işyerinden sayılan yerlerde yapılmaması halinde alt işverenlik ilişkisi kurulmuş sayılmamalıdır.⁷²

Doktrinde Uygur⁷³ ve Mollamahmutoğlu⁷⁴ ise, alt işverene bağlı işçilerin salt bir işyerinde çalışmaları koşulunun çok dar yorumlanmaması gerektiğini savunmaktadır.

Öğretide örnek olarak verilen kimi hallerde de görüleceği üzere⁷⁵, alt işverene bırakılan bir takım işler, asıl işverenin işyeri dışında ifa edilebilir, hatta ifa edilmesi bu şekilde mümkün niteliktedir; örneğin bir termik elektrik santraline kömür taşınması işi bu niteliktedir. Şu halde bu yazarlara göre işin niteliğine bakmada kat'i bir yargıya varmak doğru olmayacaktır.

⁷¹ SÜZEK, s.144. ŞAHLANAN, s.47., ALPAGUT, s.17.

⁷² ARSLANOĞLU, s.102.

⁷³ UYGUR, Turgut, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 1980,s.268.

⁷⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.173.

⁷⁵ UYGUR, s.268; CANBOLAT, s.24

Buna göre bazı hallerde alt işverenin aldığı işin niteliği onun asıl işverenin işyerinde yapılmasına olanak vermiyorsa sadece bu nedenle asıl işveren-alt işveren ilişkisi ortadan kalkmamalıdır.⁷⁶

Doktrinde ortaya konulan bu iki farklı görüş çeşitli yönlerden değerlendirilebilir:

İlk görüş tarafından öne sürülen alt işverenin aldığı işi asıl işverenin işyerinde yapma şartı asıl işverenin müteselsil sorumluluğuna hukuki bir anlam kazandırmaktadır. Böylelikle asıl işverenin hukuki hakimiyet alanında ortaya çıkan sosyal temas ya da iş ilişkisinden kanun gereği müteselsilen sorumlu tutulması bu yönden tutarlı bir düzenleme olmaktadır.

İkinci görüş ise, 1475 sayılı kanundaki “işin yapıldığı yer” şeklindeki asıl işyerinin kısa ve katı düzenlemesi yerine, 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen esnek düzenlemeye daha uygundur. Yeni kanun ile eski düzenlemeden farklı olarak işyerinin tanımında daha esnek modern iş ilişkilerini de kapsayan bir iş organizasyonu ölçüt olarak alınmaktadır.

⁷⁷

2.4.4. Alt İşverenin Asıl İşverenden Aldığı İşte Sadece Görevlendirdiği İşçileri Çalıştırması

İş Kanunu anlamında alt işverenden söz edebilmek için, alt işverenin asıl işverenden iş almış ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini aldığı işte çalıştırıyor olması gerekmektedir. Bu nedenle bir işin bütünü alan veya aynı işçilerini aynı zamanda farklı işyerlerinde çalıştıran kişi, alt işveren olarak tanımlanamaz. Bununla birlikte bir işverenden aldığı işi, işçi çalıştırmadan kendisi yapan kişi de alt işveren olarak tanımlanamaz.⁷⁸

⁷⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.172.

⁷⁷ AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008,s.184.

⁷⁸ SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya 2007, s.17.

Alt işveren, eğer işçilerini bu ilişkiye konu olan işe özgü olarak çalıştırmıyor ise, İş K. bu ilişkiyi alt işveren ilişkisi olarak kabul etmeyecektir.⁷⁹

İş K. m.2/f.6'da yer alan “bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran” ibaresinden de anlaşılacağı üzere, alt işveren ilişkisinin doğabilmesinin diğer bir şartı, alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işte çalıştırmasıdır. Kanun koyucu alt işverenin bütün işçilerinin asıl işverenin işyerinde çalıştırmasını şart koşsaydı “bu iş için görevlendirdiği” ibaresine yer vermezdi. Bu nedenle; işveren, işyerinde çalışan işçilerden bir grubunu sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırdığı zaman bu şart gerçekleşmiş olacaktır. Asıl önemli olan, işverenin işçilerinden bazılarını asıl işverenden alınmış işe özgülemesidir. Bu işçilerden bir bölümünün geçici olarak yokluğu nedeniyle başka işçilerini görevlendirmesi, geçici olarak görevlendirilen işçilerin daha sonra farklı bir işte çalışmalarını engellemez. Ancak böyle bir durumda, geçici olarak işi gören işçi ile ilgili olarak bu işçinin iş sözleşmesi veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden dolayı, asıl işveren müteselsil sorumlu olmayacaktır. İşveren sadece, kendisinin tevdi ettiği işe özgülenmiş işçi ile ilgili olarak müteselsil sorumludur. Asıl işveren özgülenen işçi sayısı ile sınırlı olarak sorumludur. Asıl işverenden alınan işe özgülenmiş olan işçilerden birinin geçici olarak başka işte çalışmaları halinde alt işverenlik ilişkisinin ortadan kalktığı ileri sürülemez. Bu işçilerin geçici olarak başka bir işte çalışmaları halinde asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun ortadan kalktığı belirtilmemelidir, ancak geçici görevlendirme sürekli hale gelmemelidir.⁸⁰

İş K. m.2/f.6'da yer alan alt işverenin işçilerini sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırması koşulu, alt işverenin başka yerde işçi çalıştıramayacağı anlamında düşünülmemelidir. Burada önemli olan husus, madde hükmünde de belirtildiği üzere alt işverenin bu iş için görevlendirmiş olduğu işçilerini asıl işverenin işine tahsis etmesi ve bu işçileri kural olarak sadece bu işyerinde istihdam etmesi, başka yerde çalıştırmamasıdır.⁸¹

⁷⁹ ARICI, s.494.

⁸⁰ KILIÇOĞLU&ŞENOCAK, s.69.

⁸¹ SÜZEK, s.151.

Gerçek bir alt işverenlikte, alt işveren asıl işverenden asıl işinin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alarak bunu kendi işçileriyle yerine getirmeyi üstlenmektedir. Çalıştırdığı işçi kendi işçisidir ve kendi işinde çalıştırmaktadır. Alt işverenin amacı kendi işçisiyle asıl işveren arasında bir hizmet akdi kurulması değildir. Asıl işverenin de düşüncesi bu yöndedir. Alt işverenliğe başvurulmasının günümüzde en büyük nedeni, işin asıl sahibi olan işverenin kendi işyerinde hizmet akdiyle işçi almadan işini yaptırmaktır.⁸²

2.5. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN DOĞMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

Asıl işverenin sorumluluğunun ortaya çıkması belli başlı iki şarta bağlıdır:

Bunlardan ön şart diyebileceğimiz birincisi İş Kanunu anlamında geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmuş olması; ikincisi ise, alt işverenden kaynaklanan ve onun sorumlu olduğu işçilik haklarının doğmuş fakat ödenmemiş olmasıdır.

2.5.1. İş Kanunu Anlamında Geçerli Bir Asıl-Alt İşveren İlişkisinin Kurulmuş ve Sürdürülmüş Olması

4857 sayılı İş Kanunumuzun 2.maddesinin 6.fikrasında öngörülen birlikte sorumluluğun gündeme gelebilmesi, alt işveren işçilerinin işçilik haklarından asıl işverenin sorumlu tutulabilmesi, her şeyden önce asıl işverenle alt işveren arasında geçerli olarak kurulmuş ve sürdürülmüş bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığına bağlı bulunmaktadır.⁸³

2.5.2. Alt İşverenden Kaynaklanan ve Onun Yükümlü Olduğu İşçilik Haklarının Doğmuş Fakat Ödenmemiş Olması

Alt işveren işçilerinin haklarının normal olarak borçlusu kendi işverenleri olup, sorumluluk ve doğal olarak aralarındaki iş sözleşmesinden ortaya çıkan borçların ödenmesi de alt işverene aittir. Bu sebeple konu alt işveren bakımından ayrıca

⁸² AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Ankara 2007,s.73.

⁸³ NARMANLIOĞLU, Ünal, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, Legal Vefa Toplantıları Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, s.64-65.

irdelenmeye değer değildir. Alt işveren işçileri kendi işverenlerinden kanunun öngördüğü çerçevede meydana gelen haklarını alamadıkları takdirde asıl işverene başvurmak hakkını elde ederler. Asıl işverenin ortaya çıkan bu olguya herhangi bir katkısı bulunmadığı gibi, alt işverenle birlikte hareket ettiği de söylenemeyecektir. Ortaya çıkan olgu, işçinin ödenmeyen işçilik hakları her iki işveren için de ortak sorumluluk sebebi olarak kanunen kabul edilmiştir.⁸⁴

İş Kanununun 1.maddesinin 5. fıkrasına göre, “bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde veya eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.”

Buna göre, işçi haklarında asıl sorumluluk işçi ile hizmet sözleşmesi yapmış olan alt işverendedir ve bununla birlikte asıl işveren de sorumlu bulunmaktadır. Asıl işveren alt işverenin birlikte sorumluluğu işçiler için teminat teşkil eder.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sonucu olarak İş Kanunu ile her iki işveren için getirilen birlikte sorumluluğun nedeni, alt işverenin çalıştırdığı işçilerin korunması düşüncesidir. Bu ilişkinin kurulduğu hallerde yasa koyucu, konuyu işçiler açısından ele almış ve özellikle az sermayeli müteahhitlerin ücret ödeyemeyecek duruma düşmelerinde, yanlarında çalışan işçilerin ücret ve diğer haklarını alamamaları şeklindeki tehlikeyi önlemek için, bu işin yapılmasında yararı olan asıl işvereni de sorumlu tutarak işçileri koruma amacı gütmektedir. Bu amaçla İş K. 1. m/son fıkrasında yer alan “birlikte sorumluluk” ifadesi,”müteselsil sorumluluk” olarak anlaşılmalıdır. Bu şekilde, alt işverenin yanında çalışma ilişkisi çerçevesinde bir haksızlığa uğramış olan işçi, alt işveren ya da asıl işverenden dilediğine başvurarak zararının giderilmesini talep edebilecektir. İşçi, asıl işverene başvurduğu zaman bu işverenin alt işverene rücu hakkı da doğmuş olacaktır.⁸⁵

⁸⁴ EKONOMİ, s.65.

⁸⁵ ÇELİK, Nuri, İşveren-İşveren Vekili-Alt İşveren ve Bunlarla İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukukunun Güncel Sorunları(Seminer), Bolu 1997, s.166.

Borçlar Kanununa göre teselsül, BK. 141 ve 142.maddelerde düzenlenmiştir. Borçlular arasında teselsül, borçlulardan her birinin, sözleşme ya da yasa uyarınca alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu, ancak borçlulardan birinin borcu ifası ile diğerinin de borçtan kurtulduğu bir birlikte borçluluk halidir. Borçlular arasında teselsülde, alacaklı borçlulardan her birine karşı birbirinden bağımsız alacak haklarına sahiptir. Fakat borç bir defa yerine getirilecek olduğundan borcun bir defa ifası ile alacaklar sona erecektir, bu nedenle alacaklının malvarlığında tek alacak olarak yer alır. Alacaklı, borcun tümünün ya da bir bölümünün ifasını, dilerse tüm borçluların hepsinden dilerse sadece birinden isteyebilir. Borcun tümü ödeninceye kadar bütün borçluların sorumluluğu devam edecektir. Müteselsil borçlulukta alacaklıya payından fazla ödeme yapan borçlu, payını aşan miktar için diğer borçlulara başvurabilir. Alacaklıya payından fazla ödeme yapan borçlu, alacaklının haklarına halef olacaktır.⁸⁶

Müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımı kesilince diğerleri için de kesilmiş olacaktır. Fakat zamanaşımının kesilmesi dışında müteselsil borçluların birinin kendi davranışı ile diğerlerinin durumunu ağırlaştırması söz konusu olamaz. Müteselsil borçlulukta borçluların her biri, hem alacaklı ile kendisi arasındaki şahsi ilişkiden doğan savunmaları hem de müteselsil borçluluğa neden olan ortak sebepten ya da müteselsil borcun konusundan kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri sürebilir. Buna karşılık diğer borçlulara ait şahsi savunmaları ileri süremeyecektir. Müteselsil borçlulardan her biri için ortak olan savunmayı ise her borçlu ileri sürmek zorundadır, aksi halde diğer borçlulara karşı sorumlu olur. Bu durumda diğer borçlulara rücu edecekse ortak savunmayı yapması halinde ne kadar ödemesi gerekiyorsa o oranda rücu edebilecektir.⁸⁷

2.5.2.1. Genel Olarak Sorumluluğun Kapsamı

Asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin sorumluluğunu doğuran yüklem kaynağı, yüklemden yararlanan kişiler ve onların çalıştıkları işyerlerine göre sınırlandırılmıştır. Asıl işverenin sorumluluğuyla ilgili olarak ilk önemli koşul, yükümlülüğün İş Kanunundan veya hizmet sözleşmesinden doğmuş olmasıdır. Asıl işveren, alt işverenin

⁸⁶ REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, İstanbul 2006, s.390.

⁸⁷ NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 2007, s.172.

çalıştırdığı işçilerin İş Kanunundan doğan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi haklarını ve/veya hizmet sözleşmesinden doğan ücreti karşılamak durumunda kalabilecektir. Hizmet sözleşmesi kapsamında asıl işverenin sorumluluğundan kuşku duyulmazken, toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden asıl işverenin sorumluluğu önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Çözüm olarak, alt işverenin toplu iş hukuku bakımından işveren kavramına girip girmediğini kontrol etmek, toplu iş sözleşmesini taraf yönünden incelemek ve toplu iş sözleşmesi-hizmet sözleşmesi ilişkisini ele almak gerekmektedir.⁸⁸

Kanun, asıl işverenin birlikte sorumluluğunu düzenlemiş fakat alt işverenin işçilerinin çalışma koşullarına ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında bir sözleşme bulunmaması nedeniyle asıl işverenin yönetim yetkisini kullanması da söz konusu değildir. Alt işverenin iş aldığı bölüm, ayrı bir işyeri niteliğindedir. Dolayısıyla asıl işyerine ait çalışma şartlarının alt işverene sirayeti söz konusu olmamaktadır. Kanuna göre, alt işverenin iş aldığı bölüm, ayrı bir işyeri olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla asıl işverenin kendi işçileri ile alt işveren işçileri arasında ücret, ücret ekleri, ayni ve sosyal yardımlar ve işin düzenlenmesi konusunda eşit işlem yapma veya yapılmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸⁹

Kısacası, önemine istinaden asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin ortaya çıkmış yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde gündeme geleceğini, bu sorumluluğun bağımsız değil aksine alt işverenin davranışına bağlı bir sonuç sorumluluğu olduğuna işaret edilebilir. Asıl işverenin sorumluluğunun sınırı alt işverenin sorumluluk sınırının ilerisine taşamaz. Başka bir deyişle işçiler kendi işverenlerinden talep edebileceklerinden fazlasını asıl işverenden talep edemezler, kendi işverenlerinden talep edeceklerinin tamamını asıl işverenden de talep edebilirler.

⁸⁸ **AYDEMİR**, Murteza, Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları(Yüksek Lisans Tezi),1993, s. 125-126.

⁸⁹ **ENGİN**, Murat, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı, İstanbul Barosu Yayınları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Genel Yayın Sıra no: 141, İstanbul 2009, s.20.

2.5.2.2. Sorumluluğa Yol Açan Yükümlülüklerinin Dayanaklarının Sınırlı Oluşu

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devamı süresince ve bu süre ile sınırlı olarak ilişki çerçevesinde meydana çıkan ve alt işverence karşılanmamış işçilik hakları kanunda sayılanlardan kaynaklanmalıdır. Asıl işverenin sorumluluğu yükümlülüklerin kaynağı bakımından da sınırlıdır. İş Kanunu, iş sözleşmesi ve alt işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinden kaynaklanan işçilik hakları birlikte sorumluluğa yol açabilecektir. Başka bir deyişle sorumluluğa yol açabilecek yükümlülüklerin İş Kanunundan, alt işverenin tarafı olduğu iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinden doğmuş olması şarttır.

Doktrinde EKONOMİ'ye göre, kanundaki durumların sınırlı olduğu kuşku dışı ise de alt işverence uygulanan işyeri iç yönetmelikleri ve iş yeri uygulaması dolayısıyla ortaya çıkacak işçilik haklarının da bu kapsamda düşünülmesi gerekir. Öte yandan alt işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinin art etkisinin burada da göz önüne alınması zorunludur. İş Kanunu bağlamında özel hukuka ilişkin kanuni yükümlülükler yanında kamu hukuku ile ilgili olan yükümlülükler de bu sorumluluğa yol açabilirler. Örneğin iş sağlığı ve güvenliği, iş kazası dolayısıyla ortaya çıkacak tazminatlardan asıl işveren de birlikte sorumlu tutulacaktır.⁹⁰

Kanun, asıl işverenin sadece alt işverenin yükümlülüklerinden sorumlu olacağından söz etmekte, bu konuda herhangi bir yetkiden ise söz etmemektedir. Bu durumda asıl işverenin, alt işverenin yükümlülüklerinin sorumluluğu altında kalmamak için, müteahhiti seçmekte titiz davranması gerekmektedir⁹¹.

Sorumluluğa ait Yargıtay kararlarından biri şu şekildedir:

“4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında, 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. Davalılar ve diğer davalı Botaş'ın

⁹⁰ NARMANLIOĞLU, s.65.

⁹¹ AYDEMİR, s. 131-132.

Ceyhan Bölge Müdürlüğü terminallerinde bulunan ve Botaş Genel Müdürlüğü envanterine kayıtlı bulunan deniz araçlarının işletmeciliği ile Dört Yol iskeleleri palamar hizmetlerini üstlendiği anlaşılmaktadır. Buna göre davalı şirketler ile davalı Botaş Genel Müdürlüğü arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi mevcuttur. Dolayısıyla asıl işveren olan davalı Botaş Genel Müdürlüğü mahiyeti itibarıyla iş sözleşmesinden kaynaklanan dava konusu işçilik alacaklarından sorumlu olmasına rağmen yazılı gerekçelerle sorumlu tutulmaması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”⁹²

2.5.2.3. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Alt İşverenin O İşyeri ve İlişkisinin Süresi İle Sınırlı Oluşu

Asıl işveren, alt işveren işçilerinin kendi işyerinde çalışan süre içinde doğan ve gerçekleşen işçilik haklarına bu oranda muhatap olacaktır. Kendi işyerinde çalışmanın başlamasından önce doğan ve gerçekleşen işçilik alacaklarından sorumluluğu söz konusu değildir. İşçinin asıl işverenin işyerinde çalışması sırasında doğan kıdem ve ihbar tazminatı gibi kıdeme bağlı haklarından asıl işverenin sorumluluğu, yasa da “o işyerinde” tabiriyle açıkça ifade edildiği gibi, kendi işyerinde çalıştığı süre ile sınırlıdır.⁹³

Asıl işverenin sorumluluğunun kapsamı kurulan alt-asıl işveren ilişkisinin sürdürüldüğü işyerindeki çalışılan süre ve işlerle sınırlıdır. Asıl işverenin sorumluluğunun kapsamına kurulan alt-asıl işveren ilişkisinin sürdürüldüğü işyerinde işçinin çalıştığı sürede gerçekleşen işçilik hakları girer. Daha önce alt işveren emrinde geçirilmiş çalışma süreleri içinde gerçekleşmiş veya gerçekleşecek işçilik haklarından ilgisi olmayan asıl işverenin sorumlu tutulmasının söz konusu olamayacağı kuşkusuzdur. Hatırlatalım ki asıl işverenin sorumluluğu için alt işverenin o işyerine ilişkin bir yükümlülüğünün ortaya çıkmış olması zorunludur. Önceki İş Kanunu döneminde verilmiş olmakla beraber yürürlükteki kanun karşısında da uygulama imkanı bulunan bir kararda Yargıtay bu yönü açıkça ortaya koymuştur. 1475 sayılı kanunun 1.maddesine göre

⁹² Y. 9HD. 15.09.2008 T., 2007/41312 E., 2008/23672 K.sayılı kararı. (www.kazanci.com,01.06.2010).

⁹³ **ENGİN**, Murat, Asıl işveren-Alt İşveren İlişkisi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası III. Yılında İş Yasası Seminer Notları, Bodrum 2005, s. 19-20.

böyle bir durumda, asıl işveren durumundaki davalın sorumluluğu alt işverenin işyeri ile ilgili sorumluluğu ile sınırlıdır.⁹⁴

Alt işverenin, işveren olması itibariyle farklı bir hukuksal durum bulunmamakla birlikte kendi işçileri karşısında hukuki sorumluluğu, genel olarak işverenin sorumluluğuna ilişkin kurallara tabidir. Buna karşılık, alt işverenlik halinde asıl işverenin sorumluluğuna ilişkin bir kural koymaktadır. 4857 sayılı yeni İş Hukuku genişletilerek, asıl işverenin iş sözleşmesinden doğan yükümlülükler yanında taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumlu olacağını öngörmüştür. Birlikte sorumluluk olan dayanışmalı sorumluluk gereğince asıl işveren kendi işyerinde ve eklentilerinde çalıştırılan alt işveren işçileri için yaptığı ödeme miktarında alt işverene rücu hakkına sahiptir. Kanuna göre bu işçiler “münhasıran çalıştırma” gibi yalnızca asıl işverenin işyerinde alınan işte çalıştırılacak olan “ayrılmış” ve “tahsis edilmiş” işçilerdir. Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğu, alt işverenin bu işçilere karşı sorumluluğuyla, kendi işyerinde ve buradaki çalışma süreleriyle sınırlıdır.⁹⁵

2.5.3. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluğun Özellikleri

Her şeyden önce şunu belirtelim ki, kanun koyucu alt işverenlerin maddi güçsüzlüklerini göz önüne alarak, onun emrinde çalışan işçilerin korunması amacıyla, asıl işvereni de işçilik hakları bakımından birlikte sorumlu tutmuş, alt işveren işçilerine bir güvence sağlamıştır. Bazı istisnai durumlarda, maddi güçsüzlüğü olmayan alt işverenlere rastlanması bu asıl amacı ve genelde işçilerin korunması amacını ortadan kaldırmamıştır. Kanun koyucunun bu çözümü alt işverenlerin maddi güçsüzlükleri dolayısıyla işçilerin korunması amacına yönelik bulunduğu gibi, hakkaniyet ve adaletli davranışları da göz önünde tutarak hareket ettiği, özellikle alt işverenin işçilerinin çalışmalarından yararlanma olgusunun yönlendirici olduğu söylenebilir. Diğer taraftan asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğunu düzenleyen İş Kanununun bu hükmü kamu düzeni ile ilgilidir. Bu sebeple işçiler aleyhine aksi kararlaştırılmayan, taraflar anlaşsalar da göz ardı edilemeyen, göz ardı edilmesi mümkün olmayan buyurucu bir

⁹⁴ NARMANLIOĞLU, s.66.

⁹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 143-144.

hükümdür. Sorumluların muhataplarına karşı sorumluluklarını sınırlayan ya da ortadan kaldıran anlaşmaları da işçileri bağlamayacaktır.

2.5.3.1. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Cezai, İdari Bir Sorumluluk Değil “Hukuki” Bir Sorumluluk Olması

Asıl işverenin sorumluluğu hukuki sorumlulukla sınırlıdır. Cezaların şahsiliği ilkesi gereği, alt işverenin muhatap olduğu cezai ve idari para cezası yaptırımlarına asıl işveren muhatap değildir. Genelde işverenler, kanuni ve akdi yükümlülüklerini yerine getirmedikleri zaman hukuki, cezai ve idari bir takım müeyyidelerle karşılaşılır. Bu esas, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bir tarafını teşkil eden alt işveren için istisnasız uygulanır. Fakat bu ilişkinin diğer yanını oluşturan asıl işveren, bu ilişkiden doğacak hukuki müeyyidelere muhatap olabilecektir. Bu itibarla asıl-alt işveren ilişkisi çerçevesinde, alt işverenin hukuki, cezai ve idari yaptırımlara muhatap olması mümkün olduğu halde, asıl işverenin bu ilişki çerçevesinde ortaya çıkacak hukuki yaptırımlara maruz kalması yani hukuki sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Kısaca ifade etmek istersek, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı alt işverenle birlikte sorumluluğu hukuki yaptırımlar sonucu hasıl olan işçilik haklarının ödetilmesi şeklinde ortaya çıkacaktır.⁹⁶

Asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin hukuki sorumluluğu ile sınırlıdır. Alt işveren işçileri iş sözleşmesinden veya İş Kanunundan doğan haklarını bu işverenlerin dilediğinden ya da her ikisinden birlikte talep edebilirler. Asıl işverenin alt işverene rücu hakkı mevcuttur. Alt işveren işçileri için ayrı bir toplu iş sözleşmesi yapılması halinde bu sözleşmeden kaynaklanan talepler de sorumluluğun kapsamına dahil olacaktır. Kanunda asıl işverenin, bu kanundan, iş sözleşmesinden ya da alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu durumda ihbar, kötüniyet, işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık

⁹⁶ EKONOMİ, s.68.

izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır.⁹⁷

Asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin sorumluluğu ile sınırlı olduğuna ilişkin Yargıtay kararı da şu şekildedir:

“ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞU (Alt İşverenlerin Münhasıran Asıl İşverene Ait İşyerinde Çalışan İşçilerin İşçilik Haklarından Doğan Sorumluluğu Asıl İşverenin Sorumluluğu İle Sınırlı Olduğu)

ÖZET : Asıl işverenin alt işverenlerin münhasıran asıl işverene ait işyerinde çalışan işçilerin işçilik haklarından doğan sorumluluğu, asıl işverenin sorumluluğu ile sınırlıdır. Son alt işveren davalı Ltd.Şti.nin kıdem tazminatından sorumlu olmadığı belirlenerek bu davalı hakkındaki kıdem tazminatı isteği reddedildiği ve davacı tarafından mahkemenin bu kararına karşı temyiz yoluna başvurulmadığı halde, asıl işveren Sağlık Bakanlığının kıdem tazminatından sorumlu tutulması hatalıdır.”⁹⁸

Ancak alt işverenin işçilerini kapsayan bir toplu iş sözleşmesi yoksa, alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu sözleşme hükümlerinden yararlanması düşünülemeyecektir. Bir işveren ,sadece kendi işçileri dolayısıyla toplu iş sözleşmesi ile bağlıdır ve bir işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden sadece iş sözleşmesine dayanan kendi işçileri yararlanabilirler. Bu açıdan alt işverenin işçisi ile asıl işveren arasında iş sözleşmesine dayalı olan bir iş ilişkisi bulunmamaktadır. Bu yüzden asıl işverenin kendi işçileri ile yapmış olduğu iş sözleşmelerine uygulanması gereken toplu iş sözleşmesinin alt işverenin kendi işçileri ile yaptığı iş sözleşmelerine uygulanması mümkün değildir. Alt işveren işçilerinin asıl işveren işçileriyle aynı yerde çalışması ve aynı sendikaya üye olması da bu anlamda farklılık yaratmaz.⁹⁹

⁹⁷ **ÇİL**, s.70.

⁹⁸ Y. 9.HD. 21.3.2007 T., 2006/22664 E. , 2007/7997 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr, 18.06.2010).

⁹⁹ **ERKUL İhsan & KARACA GÖKÇEK** Nuray, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması, Eskişehir 2004,s.98.

2.5.3.2. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Kusursuz Bir Sorumluluk Olması

Kusura dayanmayan sorumluluk, Borçlar Kanununda genelde olumsuz bir şekilde sorumlu olan kişinin sorumluluğunu gerektirmeyen sorumluluk olarak tanımlanmaktadır. Böyle sorumlu kişinin kişiliğine, irade zayıflığına yönelen subjektif bir kınama gerektirmeyen sorumluluk çeşidine objektif sorumluluk adı da verilmektedir. Kusura dayanmayan sorumluluğun ortaya çıkması için, kusura dayanan sorumlulukta olduğu şekilde hukuka aykırı ve kusurlu bir insan davranışı şart değildir. Sorumluluğu doğuran olay, zarar ve zarar ile söz konusu olay arasında illiyet bağı bulunması yeterlidir.¹⁰⁰

Asıl işverenin sorumluluğunun doğumu, alt işverenin işveren sıfatından kaynaklanan sorumluluğunun doğması koşuluna bağlı olan kusursuz sorumluluk halidir. Bir kişinin davranışlarından veya herhangi bir işleminden dolayı bu eylemin sonuçlarından başka birisinin, bu arada asıl işverenin alt işverenin tutumundan dolayı alt işverenin işçilerine karşı sorumlu tutulması, kuşkusuz “kusursuz” bir sorumluluk halini oluşturmaktadır. Kanun koyucu işçilerle hiçbir hukuki bağı bulunmayan asıl işvereni asıl-alt işveren ilişkisinin kurulmuş olması halinde sorumlu tutmuş, bu sorumluluğu bir kusur şartına bağlamamıştır.¹⁰¹

Tehlike sorumluluğu, özellikle ağır bir tehlike karşısında bazı faaliyetleri, işletmeleri veya tesisatı yürüten ya da işletenler için özel kanunlarla tanınan bir sorumluluktur. Tehlikenin özel ağırlığı, bu faaliyetlerin, işletmelerin ya da tesisatın zarara yol açma eğiliminden veya sahip oldukları kazaların nitelik ya da nicelik bakımından ağır sonuçlar doğurmasından kaynaklanmaktadır.¹⁰²

Türk Hukukunda alt işverenin sıfatı, konumu ve mali durumu bakımından herhangi bir ayırım yapılmaksızın alt işvereni istihdam eden, daha doğrusu asıl-alt işveren ilişkisi içine giren asıl işverenin mutlak olarak sorumluluğu kabul edilmiştir. Halbuki örneğin Fransız hukukunda belirli konumda bulunan özellikle siciline ya da esnaf ve sanatkarlar

¹⁰⁰ TANDOĞAN Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 1.Bası, Ankara 1981, s.7-8.

¹⁰¹ NARMANLIOĞLU, s.68.

¹⁰² TANDOĞAN, s.26-27.

siciline kayıtlı bulunan alt işverenlere karşı asıl işverenlerin sorumluluğu söz konusu değildir.¹⁰³

Yargıtay HGK'nun vermiş olduğu bir karar, işverenin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olduğunu ortaya koymaktadır:

“İşverenin sorumluluğu için yer ve zaman bakımından bağlantı yeterli olmayıp, tehlikenin işin yürütülmesi ile ilgili olarak ortaya çıkmış olması ve bu bağlantının işçinin ya da üçüncü kişinin ağır veya tam kusuru ile kesilmemiş bulunması gerekir.

Hukukumuzda asıl olan kusur şartına dayalı sorumluluktur. Ancak teknolojinin gelişmesi ve bu gelişen teknolojinin sanayimize uygulanması sonucu meydana gelen bazı tehlikelerin doğurduğu zararların tazmininde kusur şartının aranması her zaman adaleti ve toplumsal düşünceyi tatmin etmediğinden doğal hukuk görüşü ile Anayasalarda anlatımını bulan temel hak ve ilkelere yaklaşımı sağlayan tehlike sorumluluğu kuralı geliştirilmiştir.

Bu kuramın özü; işyerinde işin yürütülmesi ile ilgili olarak oluşan tehlikelerin meydana getirdiği zararlarda, işçinin ve işverenin kusurları bulunmaması halinde bile işçinin uğradığı zararın tamamının işçiye değil de, hakkaniyet ölçüsünde, bir kısmından, onun faaliyet ve iş görmesinden en önde yararlanan işverenin de sorumlu tutulmasıdır. Bu tanımlamaya göre işverenin sorumluluğu için yeri ve zaman bakımından bağlantı yeterli olmayıp tehlikenin işin yürütülmesi ile ilgili olarak ortaya çıkmış olması ve bu bağlantının işçinin ya da üçüncü kişinin ağır veya tam kusuru ile kesilmemiş bulunması şarttır.”¹⁰⁴

İşverenin tehlike sorumluluğu şeklindeki kusursuz sorumluluğunun ilk şartı, işçinin uğradığı zarara iş kazası ya da meslek hastalığının sebep olmasıdır. Tehlike sorumluluğunda mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru olması

¹⁰³ NARMANLIOĞLU, s.69.

¹⁰⁴ Y.HGK. 18.3.1987 T. , 1986/9-722 E., 1987/203 K. sayılı kararı (www.kazanci.com,18.06.2010).

hallerinde illiyet bağı kesilir. İşverenin işletmesi veya bundan doğan tehlikeler arasında illiyet bağı yoksa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez.¹⁰⁵

2.5.3.3. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Müteselsil Bir Sorumluluk Olması

Müteselsil borçluluk kavramı BK'da m.142/f.1'de düzenlenmiş olup, müteselsil borçlarda alacaklı, borcun ifasını borçluların hepsinden veya bir kısmından ya da yalnız birinden isteyebilir. Alacaklı, borçluların birinden veya bir kısmından alacağının belli bir payını isteyebileceği gibi tamamını da isteyebilir. Borç tamamen ödeninceye kadar borçluların hepsi (kısmen ifade bulunanlar dahil) ifa ile yükümlü olmaya devam ederler.¹⁰⁶

Müteselsil borçluluğun belli başlı özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz¹⁰⁷:

Her borçlu, borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür.

Alacaklı, seçim hakkına sahiptir, dilediği borçluya müracaat edebilir.

Borçlulardan birinin ifası oranında borç sona erer.

Müteselsil borçluluk, sözleşmeden, tek taraflı hukuki işlemlerden (vasiyet -MK.517- ,ilan suretiyle vaad-BK.8.-vb.) ya da kanundan doğabilmektedir.¹⁰⁸

Müteselsil borçlulukta edimin ifası, borçlulardan birinin kendi kusuru yüzünden imkansızlaşmışsa bunun münhasıra imkansızlaşmaya bağlanmış sonuçlarından sadece o borçlu sorumlu olacaktır. Bizim sistemimizde alacaklının borçlulardan birini temerrüde düşürmesi halinde, bunun sonuçları sadece o mütemerrit borçluya etki edecektir. Bu sonuçtan diğerleri etkilemeyecektir. Bu durumda, ifanın gecikemesinden doğan zarardan ve temerrüt esnasında ortaya çıkabilecek zarardan (BK. M. 102/1) sadece mütemerrit borçlu sorumlu olur.¹⁰⁹

¹⁰⁵ OĞUZMAN Kemal & ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,7.Bası, İstanbul 2009, s.674.

¹⁰⁶ TEKİNAY Sulhi, Borçlar Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1985, s.378.

¹⁰⁷ TEKİNAY, s.378.

¹⁰⁸ CANYÜREK, Murat, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış ilişkiler,1.Bası,İstanbul 2003., s.16.22.

¹⁰⁹ CANYÜREK, s. 141.

Müteselsil borçlulardan birinin alacaklıya karşı kişisel bir savunma sebebine sahip olması, diğer borçluları etkilemez. Bu tür bir işlem sadece ilgili borçluyu etkiler ve diğer borçlular özel bir savunma olarak bundan yararlanmazlar.¹¹⁰

Müteselsil sorumlulardan her biri zararın tamamından sorumludur. Müteselsil sorumlulardan birinin yaptığı ödeme oranında diğerleri de sorumluluktan kurtulur. Müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımı kesilince diğerlerine karşı da kesilmiş olacaktır. Tazminatın tamamını ya da bir kısmını ödeyen bir müteselsil sorumlunun diğerlerine rücu edip edemeyeceği, edebileceksen ne oranda edebileceği hakimnin takdirine bırakılmıştır (BK.m. 50/f.1).¹¹¹

Asıl işveren ve alt işverenin müteselsil sorumluluğu İş Kanunu'nun m.2/f.6'da tanımlanmıştır. Buna göre "bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur."

Bu hüküm, mali bakımdan daha güçsüz olan alt işverenin işçilerini ücret ve diğer haklar yönünden korumaya yönelik bir hükümdür. Bu hükümde geçen birlikte sorumluluk "müteselsil sorumluluk" anlamındadır. Müteselsil sorumluluk sadece hukuki sorumlulukla sınırlı olup cezai sorumluluğu kapsamaz. Müteselsil sorumluluk gereği asıl işverenle alt işveren sorumluluğu aynı derece ve borcun tamamına ilişkindir. İşçi, söz konusu haklarının tamamını alt işveren veya asıl işverenden dilediğine başvurarak talep edebilir. Asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, alt işverenin işçisinin asıl işverenin işyerinde çalıştığı süreyle sınırlı olmaktadır. Asıl işverenle alt işveren aralarında sözleşme yaparak müteselsil sorumluluk kuralını bertaraf edemezler, asıl işverenin sorumlu tutulmayacağı kararını veremezler.¹¹²

Alt işveren ile asıl işveren arasındaki sözleşmesinin bitmesi ve işçilerin yeni alt işveren yanında çalışmalarına devam etmeleri gibi sorunların hukuki çözümü için işçinin iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakmak gerekmektedir. Fesih varsa alt işveren ve

¹¹⁰ CANYÜREK, s.43.

¹¹¹ OĞUZMAN, s. 709.

¹¹² KILIÇOĞLU & ŞENOCAK, s. 78-79.

asıl işveren müteselsilen sorumludur, yoksa açık ya da örtülü işyeri devrinden bahsedilebilir. İşyeri devrinde önceki alt işveren devir tarihinden önceki kıdem tazminatından sorumludur. Feshe bağlı bir sonuç olarak yıllık ücretli izin ve ihbar tazminatından ise son alt işveren sorumludur. Alt işverenlerden birinin işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, fesih sonrası ayrı bir iş sözleşmesinden söz edilir.¹¹³

Alt işverenin kendi işçilerine karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi olgusu, kendisi dışında, işyerini paylaştığı asıl işvereni de kanunen sorumlu kılacaktır. Bilindiği gibi, taraflar arasında kararlaştırılmış olması hali dışında, kanun buyruğu ile borç ilişkisinin konusunu teşkil eden borcun tamamından birden fazla kişinin sorumlu olduğu hallerde, müteselsil borçtan söz edilir. İşçiler, taleplerinin alt işveren tarafından karşılanmaması ödeme aczine düşmesi halinde asıl işverene yönelebileceklerdir.¹¹⁴

DEMİR'e göre, alt işverenle asıl işveren arasında yapılacak sözleşme türleri farklı olabilmekte ancak bu durum sorumluluk kavramını ortadan kaldırmamaktadır. Aralarında ihtiyaca göre istisna, vekâlet, kira, taşıma ve son zamanlarda sıklıkla karşılaşılan "işletme" veya "temizlik" sözleşmelerinden biri yapılmışsa, asıl işveren, alt işverenin işçileriyle yaptığı sözleşmelerden doğan ücret ve yıllık izin, ihbar ve kıdem tazminatı gibi borçlarından sorumlu tutulacak, kıdem sürelerine ilişkin bir sınırlama sözleşmelerde yer almayacaktır.¹¹⁵

Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. BK'ya göre, aralarındaki anlaşma bir istisna akdi olup asıl işveren, burada çalışacak işçileri belirleme ve ücretlerini takip etme hakkına sahip olmadığı gibi böyle bir zorunluluğu da bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay'ın son kararlarında da bu tür görüşler dikkat çekmektedir. Temizlik ve yemek gibi işleri alan diğer alt işverenlerin de alt işveren olmadıkları yorumu yapılarak alt işveren kavramıyla ilgili kısıtlayıcı bir yargıya varılmıştır.¹¹⁶

¹¹³ KILIÇOĞLU & ŞENOCAK, s. 78-79.

¹¹⁴ NARMANLIOĞLU, s.69.

¹¹⁵ DEMİR, s.14.

¹¹⁶ ERDİNER, s. 8-9.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde daraltıcı bir etkiye sahip olan hüküm uyarınca, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin “asıl işin bir bölümünde” veya “yardımcı işlerde” iş alan diğer işverenler, işçilerini yalnızca bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, ancak bu işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında bir iş alan işveren, alt işveren kapsamında nitelendirilmeyecektir. Buna ek olarak, asıl işverenin alt işverenden iş alabilmesi işyeri gereklerine ve teknolojik nedenlere bağlanmıştır. Diğer yandan bir işyerinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin bir bölümünde iş alınmasının anlamının aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünerek bir kısmının asıl işverence diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkân vermediği konusu da göz önünde bulundurulmalıdır. Her ne kadar kanunda “alt işverenin işçilerinin ücret ve diğer haklarından asıl işverenin birlikte sorumluluğu” hükmüne bağlanmışsa da, “asıl işverenin işçilerinin ücret ve diğer haklarından alt işveren birlikte sorumlu tutulmamıştır.” Bunun sonucunda, asıl işverenin kendi işçileriyle yaptığı hizmet sözleşmelerine uygulanması gereken toplu iş sözleşmesi, aynı işyerinde çalışsa ve aynı sendikaya üye olsa bile alt işverenin kendi işçileri ile yaptığı hizmet sözleşmelerine uygulanmayacaktır.¹¹⁷

Hukuki bir ilişki çerçevesinde bir işyerinde alt işverene iş verilmesi her ne kadar çalışma hayatının ihtiyaçlarından biri olsa da 1980’li yıllardan sonra ekonomik sıkıntılar nedeniyle alt işverenlere verilen iş sayısında artış olmuş bunun sonucunda da işçilerin bireysel ve kolektif haklarına sınırlandırma getirilmiştir. Bu nedenle yüksek mahkemenin de görüşleri dikkate alınarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat vermemek için konunun madde hükümleri arasına alınıp düzenlenmesi öngörülmüştür.¹¹⁸

Asıl işveren, örneğin alt işveren işçisinin ödenmeyen ücretinden veya uğradığı iş kazasından doğan tazminattan alt işveren ile birlikte sorumludur. Yargıtay’a göre;

”İş kazasının meydana geldiği fabrika binası inşaatı işini davalılardan (A) A.Ş. üstlenmiş ve binanın çatı inşaatını diğer davalı (B) Kollektif Şirketi’ne vermiştir. Kazalı

¹¹⁷ ERDİNER, s. 9.

¹¹⁸ ERDİNER, s. 10.

işçi taşeron firma (B) Kollektif Şirketi'nin taşeronu A.Ş.'nin işçisidir. Bu duruma göre (A) A.Ş. asıl işveren olup, olayda herhangi bir kusuru bulunmasa bile İş K. m2/6 uyarınca, alt işveren ile birlikte sorumludur.¹¹⁹

Asıl işveren ile alt işveren aralarında bir sözleşme yaparak işçiler için getirilen korumayı yani müteselsil sorumluluk kuralını bertaraf edemezler, asıl işverenin sorumlu tutulmayacağını kararlaştıramazlar. Yargıtay'ın bu yöndeki bir diğer kararına göre;

“L. A.Ş... asıl işveren durumunda olup işyerinde meydana gelen iş kazasından dolayı tali işveren Y.K. ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulması gerekir. Davalılar arasında imzalanmış olan teknik şartnamenin 6. Ve 7. Maddelerinde, her türlü sorumluluğun işi yapan firmaya ait olacağı kararlaştırılmış ise de bu hükümler davacıyı bağlamaz. Ancak, davalılar arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir. Esasen İş K...anılan hükmü kamu düzenine ilişkin olup işçi aleyhine değiştirilmesi de mümkün değildir.”¹²⁰

İşçi, alacağı için işverene başvurduğu takdirde, ödemeyi yapan işverenin alt işverene rücu hakkı saklıdır. Yargıtay'a göre, bu durumda işçilere haklarını ödeyen işverenin açacağı rücu davası taşeronla arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmelidir.¹²¹

Asıl işveren ile alt işverenin yaptıkları sözleşmede, alınan işlerin bizzat alt işveren tarafından yapılacağını kararlaştırmış olmalarına rağmen, alt işverenlerin üstlendikleri işlerin belirli bir bölümünü başka alt işverenlere yaptırmaları durumunda da asıl işverenlerin sorumlulukları, bu alt işverenin işçilerine karşı da devam etmektedir. Zira, tarafların üstlenilen işin başkalarına devredilemeyeceği konusunda anlaşmış olmaları bu zincirleme sorumluluğu engelleyecek nitelikte değildir. Bu anlaşma, taraflar arasındaki iç ilişkide etkili olacaktır. Asıl işverenlerin devrettikleri işlerde çalışan alt işveren işçilerine karşı sorumlulukları emredici niteliktedir. Bu yüzden, bu sorumluluğun taraf iradeleri ile ortadan kaldırılması mümkün değildir.¹²²

¹¹⁹ Y.9.HD.,04.11.1993 T.,1993/5757 Esas ve 1993/15708K. sayılı kararı (SÜZEK, s.153.)

¹²⁰ Y.9HD.,18.03.1988,1988/517 E., 1988/3080 K. sayılı kararı (CANBOLAT, s.166).

¹²¹ Y.HGK., 12.05.2004 T.,2004/11-254E., 2004/295 K.sayılı kararı,Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, (www.kazanci.com).

¹²² CANBOLAT, s.74-75.

İş Kazası halinde her iki işverenin sorumluluğuna ilişkin Yargıtay kararlarından biri de şu şekildedir:

“İş Kazası Sonucu Maluliyet Nedeniyle - İşyerinde Meydana Gelen Kazadan Dolayı Asıl İşverenin de Alt İşverenle Birlikte Sorumlu Olması ;

Dava, iş kazası sonucu maluliyet nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Dosya içeriğine göre, dava dışı Y. Kağıtçılık Tic. San. Ltd. Şti'nin, davalı M. Türk A.Ş.'den hurda atık sözleşmesi ile hurda atıkları toplayarak satın aldığı, davacının da dava dışı anılan firma işçisi olarak çalıştığı sabittir. Mahkemece, kazanın meydana geldiği yer ve oluşum şekli açıklığa kavuşturulduktan sonra, kaza, davacının iddia ettiği gibi davalıya ait depoda çalışırken meydana gelmiş ise, Hurda atık sözleşmesi uyarınca, davalı M. Türk A.Ş.'nin davalıya ait işyerlerinde çalışan işçilerin mesai saatlerini belirlediği, çalışmayı denetim ve kontrol yetkisinin bulunduğu ve davacının davalıya ait işyeri ve eklentilerinde münhasıran çalıştığı, böylece davalı M. Türk A.Ş.'nin 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrası anlamında üst işveren olduğu tartışmasız olduğundan yöntemince işin esasına girilip tüm deliller toplandıktan sonra bir karar verilmesinden ibarettir. Mahkemece, davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”¹²³

Yargıtay'ın sorumluluğa ilişkin kararlarından bir diğerine göre ise; İşyerinin bir bölümünün kiralama suretiyle alt işverene devri halinde asıl işveren de işçilik haklarından sorumludur.

Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davalı B. Motor Araçlar ve Nakliye Tic. Ltd. Şirketi'nin diğer davalı H. E. Otelcilik A.Ş.'nin otel işyerinin altında bulunan garaj ve oto yıkama işyerini işletmek üzere kira

¹²³ Y.9.HD.,19.04.2005 T.,2005/125 E.ve 2005/4081 K.sayılı kararı.Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası (www.kazanci.com).

sözleşmesi düzenlediği davacının ve davalılardan B. Motor Araçları ve Nakliyat Ticaret Ltd. Şirketinin işçisi olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. İşyerinin konumu, taraflar arasında sözleşmenin koşulları hep birlikte değerlendirildiğinde davalılar arasındaki sözleşmenin asıl işveren-alt işveren sözleşmesi olduğu bu nedenle alt işveren işçisi olan davacının zamanında hüküm altına alınan alacaklarından asıl işverenin alt işverenle birlikte 4857 sayılı yasanın 2. maddesi gereğince sorumlu tutulması gerektiği saptandığından davalı H. hakkındaki davanın husumet sebebiyle reddedilmesi yerinde görülmemiştir. Mahkemece hizmet akdinin işveren tarafından sona erdirildiği kabul edildiği halde 4857 sayılı Yasa'nın 17. maddesi gereğince ayrıca ihbar tazminatına karar verilmemesi de bozma nedenidir.¹²⁴

Tazminatlar yönünden asıl işveren –alt işverenin müteselsil sorumluluğuna ilişkin bir Yargıtay kararı da şu şekildedir:

“Davacı, feshin geçersizliğinin tesbitiyle işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davalılar arasında asıl işveren, alt işveren ilişkisi bulunduğu, iş akdinin yasada gösterilen geçerli bir nedene dayalı olarak feshedildiğine ilişkin yeterli delil olmadığı belirtilerek davacının işe iadesine ve buna bağlı tazminatlara karar verilmiştir. Mahkemece tazminatlar hakkında karar verilirken davalıların birlikte sorumluluğunun olduğu gözetilmeden ve hangi davalı hakkında hüküm kurulduğu açıklanmadan sonuca gidilmesi hatalı olduğu gibi, iade kararının hangi davalı hakkında kurulduğunun kararda açıklanmamış olması da doğru değildir.”¹²⁵

2.5.3.4. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Bağımsız Bir Sorumluluk Olmayıp Alt İşverenin Sorumluluğunun Kesinlikle Ortaya Çıkması Olgusuna Bağlı Olması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi dolayısıyla ortaya çıkacak sorumlulukta gözden kaçırılmaması gereken önemli hususu asıl işverenin sorumluluğunun doğrudan doğruya kendisinden, kendi davranışından kaynaklanmayan, fakat alt işverenin kendi işçilerine

¹²⁴ Y.9.HD. 19.12.2005 T., 2005/35194 E. ve 2005/39733 K.sayılı kararı (www.kazanci.com.tr, 20.06.2010).

¹²⁵ Y.9.HD. 12.10.2005 T., 2005/29740 E., 2005/33234 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com.tr,18.06.2010).

karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi olgusu ile ortaya çıkabilen dolaylı bir sorumluluk olduğudur. Gerçekten de, asıl işverenle alt işveren için kanunda öngörülen birlikte sorumluluğa yol açabilecek işçilik haklarına herkesten ve her şeyden önce alt işverenin muhatap olacağı tabidir. Ancak bu hakların ödenmemesi halinde birlikte sorumluluk devreye girecektir. Alt işverenin sorumluluğunun ortaya çıkmış olması halindedir ki, asıl işverende onun yanında müteselsil sorumlu olarak takip ve dava edilebilecektir.¹²⁶

2.5.3.5. Asıl İşverenin Sorumluluğunun Bir Sonuç Sorumluluğu Olması

Bu bağlamda hemen belirtelim ki henüz gerçekleşmemiş ya da gerçekleşmemiş bulunmasına rağmen ödeme ve tasfiye edilmiş işçilik haklarına asıl işverenin muhatap olması söz konusu olmayacaktır. Başka bir söyleyişle alt işveren tarafından ödenmiş olan işçilik hakları gibi, beklenen işçilik haklarından da asıl işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, çalıştırdığı işçilerin haklarını ödemeyen alt işverenin bu davranışı ile asıl işverenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Görülüyor ki asıl işverenin İş Kanununun 1.maddesi çerçevesindeki sorumluluğu bir “sonuç sorumluluğudur”örneğin alt işverenin işçisine ödemediği, hak edilmiş bulunan ücret ve ücret ekleri, miktarı belirli tazminat alacakları asıl işverenden de istenebilecektir. Fakat 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 asıl-alt işveren ilişkisinin devamı sırasında sözleşmesi fesh edilen ve iş güvencesi kapsamında olan bir alt işveren işçisinin işe iade davası açmış olması durumunda davanın asıl işverene yöneltilmesi mümkün olmasa gerektir. Başka bir söyleyişle alt işverence yapılan bir feshin”geçersiz” olduğu ve işe iade ile birlikte ücret ve tazminat taleplerini içeren bir davanın sadece alt işverene tercih edilmesi caiz olup müteselsil sorumlu olduğu öne sürülerek asıl işverene karşıda açılması doğru değildir. Böylece iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak alt işverenin ödemesi gereken işçilik haklarından asıl işverenin de sorumlu olacağı konusunda herhangi bir duraksama yoktur. Fakat iş sözleşmesinin örneğimizde olduğu gibi mahkeme kararıyla sona ermesinin belirginleşeceği

¹²⁶ NARMANLIOĞLU, s.70.

durumlarda, özellikle de iş güvencesi hükümleri çerçevesinde ortaya çıkacak bazı sonuçlardan alt işverenle birlikte asıl işveren de sorumlu olacaktır.¹²⁷

Fakat bu durum asıl işverenin de iade davasında hasım gösterilmesi, onun da davaya dahil edilmesi şartına bağlı olmadığı gibi gerekli de değildir. Alt işverene karşı açılacak bir işe iade davasının sonuçlanması halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar kesinleşince, bu aşamada asıl işverenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Başka bir deyişle mahkemede işe iade kararı verilmesine ve süresinde başvurmasına rağmen işverence işe başlatılmayan işçi 4-8 aylık(ya da 1 yıllık)ücreti tutarındaki tazminatı ve en çok dört aylık çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve eklerini alt işverenden isteyebileceği gibi, asıl işverenden de talep edebilecektir.¹²⁸

2.5.4. 5510 Sayılı Kanun Açısından Durum

Alt işverenlerin asıl işverenden aldıkları işyerini ne şekilde bildireceklerine yönelik olarak 506 sayılı kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. 5510 sayılı kanun ise uygulamadaki tereddütleri gidermeye yönelik olarak ortaya çıkmış ve bu durumu düzenlemiş, alt işverenin sigortalı olarak çalıştırmaya başlamadan önce asıl işveren ile yaptığı sözleşmenin kuruma ibrazı kaydıyla mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini, Kurum tarafından verilecek alt işveren numarası ile asıl işverenin işyeri dosyası üzerinden yerine getireceğini hükme bağlamıştır (5520 Sayılı Kanun madde11/VIII). Bu hükme göre, alt işveren için ayrı bir işyeri dosyası açılması mümkün değildir. Bunun yanısıra sigortalıyı devralan işveren de, devraldığı sigortalıyı çalıştırmaya başlamadan önce, sigortalısını devralmış olduğu işverenle yaptığı sözleşmeyi Kuruma ibraz ederek müşterek ve müteselsilen sorumlu olduğu yükümlülüklerini Kurum tarafından kendisine verilecek olan geçici iş ilişkisi kurulan işveren numarası ile sigortalıyı devraldığı işverene ait işyeri dosyası üzerinden yerine getirebilecektir. Sigortalıyı geçici iş ilişkisi çerçevesinde devralan işveren adına işyeri dosyası açılmaz(Yönetmelik madde33).¹²⁹

¹²⁷ NARMANLIOĞLU, s.71.

¹²⁸ NARMANLIOĞLU, s.72.

¹²⁹ TUNCAY A.Can & EKMEKÇİ Ömer, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları,2.Bası, İstanbul 2009, s.186-187.

5510 sayılı yasanın 12.maddesinde alt işverenlik tanımlanmıştır. Bu tanım, 506 sayılı yasanın 87/2.maddesinde bulunan aracı kavramına yakındır. 5510 sayılı yasada yardımcı iş ayrımı yapılmadığı gibi, asıl işin verilmesinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektirme ölçütü ve işçilerin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalıştırılma koşulları yer almamıştır. 5510 sayılı yasada eklentilerde de alt işverenlik oluşabileceği belirtilmiştir. Bu açıdan 5510 sayılı yasanın daha esnek düzenlemeler getirdiği söylenebilir. 5510 sayılı yasadaki tanım ile 4857 sayılı İş K. birlikte değerlendirildiğinde, 5510 sayılı yasaya göre alt işverenlik oluşturacak bir durum, İş Kanununa göre işlem yapıldığında baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmaya neden olabilecek niteliktedir. 5510 sayılı yasaya göre asıl işin bir bölümünün bırakılmasında ölçüt aranmazken, İş Kanununda işletme, işin gereği ve teknolojik nedenlerin bir arada olması zorunluluğu aranmaktadır.¹³⁰

2.6. ALT İŞVEREN KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

2.6.1. İşveren Vekili

XIX. yüzyılda Sanayi devriminin yol açtığı sermaye birikimine dayalı olarak iş hacminin ve işletmelerin büyümesi işveren vekilliği kavramını ortaya çıkarmıştır. İş hacminin ve işletmelerin büyümesi, işletmelerin yalnız bir kişi tarafından yönetilmesini imkansız hale getirmiş ve işverenler, kendi adlarına işyerinde sevk ve idare faaliyetlerini yürütmek üzere işveren vekili sıfatı bulunan kişileri çalıştırma ihtiyacı duymuşlardır¹³¹.

Günümüzde işverenlerin, işçi sayısının çokluğu, uzmanlaşma, işverenin tüzel kişi olması gibi nedenlerle işi, işyerini ya da işletmeyi kendi başlarına yönetmeleri çok mümkün olmamaktadır. Bu nedenle kendileri adına hareket edebilecek ve yönetim görevini üstlenecek yardımcılara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu işlevi yerine getiren kişilere de “işveren vekili” adı verilmektedir. İşveren vekili İş K. m. 2’de belirtildiği üzere, işyerinde işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin, işletmenin yönetiminde görev alan kişilerdir. İşveren vekilliği, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan

¹³⁰ ÇİL Şahin, Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, s.8.

¹³¹ ERKUL&KARACA, s.96.

kaldırmamaktadır.(İş K.madde 2/5) . Bu kişiler, müdür, şef, teknik amir, ustabaşı vb. unvanlara sahip ve işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçilerdir.¹³²

İşveren vekilinin, işveren adına hareket etmesi, onun doğrudan temsil yetkisini haiz mümessil olduğunu ifade eder ki bu husus İş K. m2./f4.'te ifade edilmektedir.

Doğrudan doğruya temsil(BK. madde32-39), bir kimsenin sahip olduğu yetkiye dayanarak başka bir kişinin adına ve hesabına hukuki işlem yapması anlamına gelmektedir.¹³³Bu kişi aynı zamanda temsil yetkisi çerçevesinde işin, işletmenin ve işyerinin yönetiminde de görev almalıdır. Temsil yetkisi; vekalet sözleşmesine dayalı olabileceği gibi, hizmet sözleşmesine de dayanabilir. İşveren vekili, işveren adına hareket eden kişi olduğu için İş K.'da işveren için öngörülmüş olan her türlü sorumluluk ve yükümlülükler işveren vekili hakkında da uygulanmalıdır. Bununla birlikte işveren vekili aynı zamanda çoğunlukla işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan bir kişi olduğundan işçilere tanınan hak ve yükümlülükler de ortadan kalkmaz.¹³⁴

İşveren vekillerini diğer işçilerden ayıran özellik, işveren adına hareket etmeleridir. İşveren ad ve hesabına hareket eden işveren vekillerinin yaptıkları hukuki işlemler, işverenlerin şahsında doğar ve onlar alacaklı ya da borçlu olurlar. İşveren vekilleri, temsil yetkileri dahilinde işyerinin bir bölümü ya da tamamında görev alabilmektedirler. İş K.'da buna ilişkin bir sınırlama getirilmediği için her kademedeki işveren adına, işin, işletmenin ve işyerinin yönetiminde görev alan işçilerin bu sıfatı kazanabilmesi mümkündür. Örneğin; genel müdür işletmenin tamamından sorumlu iken, muhasebe müdürü mali konulardan, teknik müdür üretime ilişkin konulardan, ustabaşı ise emrindekilerden sorumludur.¹³⁵

İşveren vekilinin sorumluluğu hukuki değil cezaidir. Bu yüzden İş Kanununda işveren vekili için öngörülmüş olan idari para cezalarından doğan sorumluluk işveren vekiline

¹³² EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.39.

¹³³ EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 6.Bası, İstanbul 1998, s.394.

¹³⁴ AKTAY Nizamettin & ARICI Kadir & KAPLAN/SENYEN E.Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2007, s.65.

¹³⁵ UŞAN , s.29.

aittir. Ancak işveren vekilinin işlemlerinden kaynaklanan hukuki sorumluluk ise İş K. madde2/f.4'te belirtildiği üzere işverene aittir¹³⁶.

İşveren vekilinin işveren adına hareket etme yetkisi işin, işyerinin ve işletmenin yönetimiyle sınırlıdır. Bu nedenle işyeri dışında işveren vekilliğinden bahsedilemez.¹³⁷

İş Hukukunda, işveren vekiline verilen temsil yetkisinin kaynağını genelde iş sözleşmesi oluşturmaktadır. Kanunda da bu durum göz önüne alınarak, işveren vekilliği sıfatının işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir. Fakat, uygulamada çok sık rastlanmamakla beraber, işveren vekili ile işveren arasındaki temel hukuki ilişkinin çalışmayı konu alan diğer sözleşmelerden biri, örneğin vekalet akdi, olabileceğini de göz ardı etmemek gerekmektedir. Bu durumda, işçilere tanınan hak ve yükümlülüklerin işveren için de saklı olması hükmünün, işveren ile işveren vekili arasındaki temel hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olması koşuluna bağlanarak uygulanacağı açıktır.¹³⁸

İşveren vekili ile işveren arasındaki temel ilişki iş sözleşmesine dayanırsa; işveren vekili, işçi ile olan ilişkilerinde işveren vekili olarak karşımıza çıkmakta, işveren ile olan ilişkilerinde ise işçilere tanınan hak ve yükümlülüklerle sahip işveren vekili sıfatına sahip bir çalışan olarak görünmektedir¹³⁹.

İşveren vekiline tanınan temsil yetkisi, yazılı olabileceği gibi işyerinden yürütülen faaliyetten anlaşılacak şekilde de olabilir¹⁴⁰.

İşveren vekilliği açısından özel sektör-kamu sektörü ayrımı bulunmamaktadır. Kamu sektöründe çalışanlar için de işveren vekilliği söz konusu olabilmektedir. Fakat kamu sektöründekilerin işverenler ile ilişkileri, kendi özel statülerine göre düzenlenmektedir.¹⁴¹

¹³⁶ SÜMER, s.19.

¹³⁷ ERKUL&KARACA GÖKÇEK, s.97.

¹³⁸ ÇELİK, İş Hukuku, s.44.

¹³⁹ ERKUL&KARACA, s.96.

¹⁴⁰ DEMİRCİOĞLU Murat &CENTEL Tankut, İş Hukuku,13.Bası, İstanbul 2009, s.55.

¹⁴¹ ERKUL&KARACA, s.97.

İşveren vekilinin toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda ise; Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu madde62/f.2'ye göre; “İşyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatı ile toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kimse, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır.” Bu hükme istinaden, işverene hizmet akdiyle bağlı olan bir kimse Sendikalar Kanunu madde2 anlamında işveren vekili sayılmakta ise, hatta böyle bir sıfatı bulunmamasına rağmen toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işveren temsilcisi olarak katılmışsa sendika üyesi olsa bile artık 2822 sayılı kanun açısından işveren sayılacak ve toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır.¹⁴²

2.6.2. Geçici(Ödünç) İş İlişkisi

4857 sayılı İş Kanunu ile çalışma mevzuatımıza getirilen yeni bir kavram da “Geçici İş İlişkisi”dir. Geçici iş ilişkisi,4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir.

“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”.

Görüldüğü üzere, geçici iş ilişkisinde, ödünç veren işveren işin görülmesini isteme hakkını bir veya birden çok işçi yönünden bir başka işverene devretmektedir. Ödünç alan işveren ise, ödünç verilen işçi ile arasında herhangi bir sözleşme bulunmamasına rağmen, geçici olarak işçiden kendi işinin görülmesini talep etme hakkına kavuşmaktadır. İşçi, iş sözleşmesiyle bağlı bulunduğu işvereni tarafından farklı bir işverene ödünç verilmektedir. İşçinin, ödünç veren işverenle olan çalışma ilişkisi, aralarındaki iş sözleşmesine dayanmakta olup, ödünç alan işveren ile olan çalışma

¹⁴² TUNCAY A.Can, Toplu İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2010, s.227.

ilişkinin temelini ise ödünç veren ve ödünç alan işverenler arasındaki “ödünç işçi sözleşmesi” oluşturmaktadır.¹⁴³

Geçici iş ilişkisinin temeli üçlü bir ilişkiye dayanmaktadır. Bu üçlü ilişkinin temeli iş sözleşmesi olduğundan İş hukukunun alanındadır. Burada ödünç veren işverenle işçi arasındaki ilişki son bulmayacaktır, bunun yanısıra işçinin geçici olarak emrinde çalışacağı işveren ile arasında bir iş sözleşmesinin kurulması da söz konusu olmamaktadır. Bu durumda sadece ödünç veren işveren, işçiden işin görülmesini talep hakkını geçici süre ile ve işçinin rızası ile ödünç alan işverene devretmiş olmaktadır.¹⁴⁴

Kamu işyerlerinde geçici iş ilişkisinin kurulup kurulamayacağı da üzerinde durulması gereken bir konudur. Uygulamada bunu yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. İş kanununda ödünç işçi kavramı için belirli kıstaslar konulmuştur. Bu kıstaslarda kamu kurumunda geçici olarak görevlendirilen işçiden söz edilmemiştir. Bu konuda, işçi diğer kamu kurumunda da aynı amaçla çalışmakta yani “kamu hizmeti” ortak paydasında buluşulmaktadır. İşçinin gönderildiği diğer kamu kurumunu bu kurumdan tamamen bağımsız düşünmek mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin bir kamu kurumundan diğer bir kamu kurumuna geçici devri sırasında işçinin yazılı rızasının devir anında alınması gerekmektedir birlikte, “benzer işlerde çalışma” koşulunun zorunlu olmadığı söylenebilir.¹⁴⁵

Geçici iş ilişkisinin basit(yalın) geçici iş ilişkisi ve mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisi olmak üzere temelde iki türü vardır. Basit ödünç ilişkisinde, işçi aslen kendi işverenin yanında çalışmak için işe alınıp istisnai olarak geçici bir süre için başka bir işverenin emrinde çalışırken, mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisi durumunda, işçi kural olarak yalnızca başkasının yanında çalışmak üzere işe alınır. Alman Hukukunda ise bu fark, gerçek olan ve gerçek olmayan geçici iş ilişkisi olarak geçmektedir.¹⁴⁶

¹⁴³ ODAMAN Serkan, Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007,s.16.

¹⁴⁴ ODAMAN, s.17.

¹⁴⁵ ODAMAN, s.21-22.

¹⁴⁶ EKMEKÇİ Ömer, “Geçici İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, İstanbul 2008, s.101-102.

Geçici iş ilişkisini oluşturan unsurları şu şekilde sıralamamız mümkündür¹⁴⁷:

Geçici iş ilişkisi üçlü bir ilişkidir.

İşçinin ödünç veren işveren ile iş sözleşmesi devam etmektedir.

İşçi, ödünç alan işverenin yönetimine bağlı şekilde çalışmaya devam etmektedir.

Geçici iş ilişkisi, geçici süreli bir ilişkidir.

Ödünç veren işverenin ücret ödeme borcu devam etmektedir.

İki işveren arasında ekonomik bir çıkar yoktur, işçi karşılıksız olarak verilmektedir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile karşılaştığımızda,

Tarafların amacı asıl işverene işçi temin etmek değildir, tam tersine alt işverenin amacı, asıl işverenden iş alabilmektir.¹⁴⁸

Geçici iş ilişkisinde ödünç alan işveren, işçiye talimat verme hakkına sahip ve gözetme borcu vardır. Asıl işverenin ise alt işverenin işçilerinden işin görülmesini talep etme hakkı bulunmamaktadır. İşçi asıl işverenin işini yapıyor gibi görünse de aslında kendi işvereni olan alt işverenin işini yapmaktadır. Eğer, işçi asıl işveren-alt işveren ilişkisi içinde çalıştırılıyor olmasına rağmen asıl işverenin talimatları doğrultusunda çalıştırılıyor ise bu durumda bir muvazaanın varlığından söz edilebilir. Çünkü asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçinin talimatları asıl işverenden alması mümkün değildir, mevcut durum ancak geçici iş ilişkisi olarak nitelendirilebilir. Bu durumda işçinin, alt işverene bağlı olarak çalıştığı söylenemez. Bu yüzden, görünürdeki sözleşmenin geçersiz sayılarak bir ödünç işçi sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir. Ödünç işçi sözleşmesinin süresinin aşılmış olup olmadığına göre iş sözleşmesinin kiminle devam ettiği belirlenebilir. Eğer çalışma ödünç işçi sözleşmesinin süresi dahilindeyse, iş sözleşmesi ödünç verenle devam etmektedir fakat süre aşılmışsa ödünç alan ile işçi arasında bir iş sözleşmesinin oluştuğu söylenebilecektir.¹⁴⁹

¹⁴⁷ ODAMAN, s.24.

¹⁴⁸ ODAMAN, s.39.

¹⁴⁹ ODAMAN, s.40.

Geçici iş ilişkisi geçici ve belirli bir süre için kurulmuş bir ilişki olduğu halde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçici nitelikteki işlerde olabileceği gibi süreklilik gösteren işlerde de olabilir. Örneğin; kendisi de inşaat müteahhidi olan bir asıl işverenin bir arsa sahibinde aldığı bina yapım işinde kaba inşaatı kendi işçileriyle yapması, boya ve marangozluk işlerini ise başka bir işverene vermesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçici olduğu halde, yardımcı iş kavramı içinde düşünülebilecek olan bir fabrikadaki yemek işinde ilişkinin devamlılığı sözkonusudur.¹⁵⁰

Alt işveren ilişkisi, İş Kanunu madde2/6'da belirtildiği üzere, “sadece işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” kurulabilir, dolayısıyla 4857 sayılı kanunda bu ilişki teorik olarak sınırlandırılmıştır. Geçici iş ilişkisi nin kurulmasında ise bu şekilde sınırlayıcı ayrımlara gidilmemiştir, asli ya da tali işlerde geçici iş ilişkisi nin kurulması mümkündür.¹⁵¹

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, bu sözleşmesinin niteliği itibariyle alt işveren, bir ifa borcu altına girmektedir. Oysa geçici iş ilişkisinde böyle bir borç bulunmamaktadır, sadece ödünç veren işverenin verdiği işçinin geçici ve belirli bir süre ile ödünç alan işveren için emek sarf ederek iş görmesi söz konusudur. Bunun yanı sıra müteahhit, yaptığı işte ortaya çıkabilecek bozukluk ve eksiklikleri üstlenmek (ayıba karşı tekeffül) zorundadır. Oysa ödünç veren işverenin bu şekilde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁵²

Kanuna göre, hukuken geçerli bir geçici iş ilişkisi kurulması, işçinin geçici olarak çalışacağı iş, işçinin yazılı rızası, geçici iş ilişkisinin süresi gibi bir takım koşulların varlığına bağlı olmaktadır. Esasen bireysel olan geçici iş ilişkisine yasal koşulları gerçekleştiği takdirde çok sayıda işçinin konu olmasına ise hukuken bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durum istisnai olarak gerçekleşmektedir.¹⁵³

¹⁵⁰ ODAMAN, s.40.

¹⁵¹ ODAMAN, s.41.

¹⁵² ODAMAN, s.41.

¹⁵³ EKMEKÇİ, s.104-105.

Geçici iş ilişkisinin alt işveren yönünden kurulması olanaklı gibi görünse de, alt işverenin işçilerinin münhasıran asıl işverenden aldığı işte çalıştırılması yönündeki yasal yükümlülük nedeniyle işçinin başka işverene ödünç verilmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda asıl işveren-alt işveren ilişkisi, bu işçi açısından sona erer ve daha önceki alt işveren ile ödünç alan yeni işveren arasında ödünç iş ilişkisi kurulmuş olur.¹⁵⁴

İşçinin alt işveren tarafından asıl işverene ödünç verilmesi halinde de geçici iş ilişkisinin hüküm sürdüğü dönemde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Çünkü bu durumda da alt işverenin asıl işverenden aldığı işte işçi çalıştırma ölçütü bu işçi açısından söz konusu değildir. Alt işveren başka bir işverenden ödünç iş aldığı anda ise, işçi gerçekte sürekli işverenin işçisi olmakla birlikte önce alt işverenin, dolayısıyla asıl işverenin işçisi olarak değerlendirilemeyecektir.¹⁵⁵

2.6.3. İşyerinin Devri

Artan rekabet, küreselleşen ekonomiler ve ekonomik krizle birlikte, işyerinin ya da işyerinin bir bölümünün devrine bağlanacak hukuki sonuçlar giderek daha büyük oranlara ulaşmıştır. 1475 sayılı yasa döneminde buna ilişkin pozitif bir hukuk normu bulunmasa da işyeri devredildiğinde iş sözleşmelerinin bir bütün olarak varlığını koruyacağı kabul edilmiştir. 4857 sayılı kanunda ise 6.maddede konuya yeni bir boyut kazandırılmıştır.¹⁵⁶

Alt işveren kavramı, işyerinin devri ve işverenin değişmesi hali ile ilgili bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Genelde, asıl işverene ait olan ve alt işverenin çalıştığı işyeri bölümünün alt işverenin işyeri olduğu düşünülmektedir. Burada alt işveren, araçlar kullanarak ve işgücünü düzenleyerek faaliyette bulunur ve bu açıdan bakıldığında, işin bir bölümünün alt işverene verilmesinin bir “işyeri devri” olduğu düşünülmektedir. Burada önemli olan bir nokta da işyerini devralan yeni işverenle alt işverenin işçilere karşı sorumluluklarının farklı olmasıdır. İşyerini devralan yeni işveren, eski işverenin işçilere karşı olan borçlarının tamamından eski işverenle birlikte

¹⁵⁴ ÇANKAYA & ÇİL, s.316.

¹⁵⁵ ÇANKAYA & ÇİL, s.317.

¹⁵⁶ YENİSEY Kübra Doğan, İşyerinin Devri Çerçevesinde “İşyeri” ve “İşyeri Bölümü” Kavramları, İş Hukukunda Toplu İş İlişkileri Sempozyum, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul 2009, s.128.

sorumlu iken, alt işveren asıl işverenin işçilere karşı olan borçlarından sorumlu değildir. Eski işverenin sorumluluğu kendi dönemindeki borçlarla sınırlı iken, asıl işveren alt işverenin işçilerine karşı borçlarının tamamından sorumlu olacaktır.¹⁵⁷

İşyerinin bir bölümünün devri ile işin bir bölümünün alt işverene bırakılması birbirinden farklıdır. Alt işverene verilmede geçici bir durum söz konusudur. Alt işveren asıl işverene ait işyerinden belli bir işi almışken devralan işveren işyerini elde etmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde işyerinin bir bölümünün devri öngörülmüş olmakla bazı uygulamaların işyeri devri mi yoksa asıl işveren-alt işveren ilişkisi mi olduğunu belirlemek gerekmektedir. Asıl işverenin alt işveren ile devamlı bir sorumluluğu söz konusu iken, işyeri devrinde devreden işverenin devirden sonraki işçilik alacaklarından sorumluluğu düşünülemez.¹⁵⁸

İşyerinin bir bölümünün uzun süre kira ilişkisi ile başkasına devri halinde bu konuyla ilgili bir sorun oluşmaktadır. Belediyeye ait bir sosyal tesisin işletmeciliğinin ihale yoluyla kira ilişkisine dayatılarak uzun bir süreliğine bir şirkete verildiği bir örnekte, işyeri devrinin mi yoksa asıl işveren alt işveren ilişkisinin mi geçerli olduğu üzerinde durulabilir. Bu konu iki şekilde ele alınmaktadır. İlk olarak, kira ilişkisinde işyerinde bulunan her türlü donanım kiracıya devredildiğinde işyerinin o bölümüyle ilgili işverenin kira ilişkisi boyunca hiçbir tasarruf hakkı kalmamıştır. Mülkiyet hakkı kiraya veren işverende olduğundan kira ilişkisi içinde işyerinin kiraya verilen bölümünün farklı bir işlemle başka birine devri her zaman mümkün olsa dahi, bu üstün mülkiyet kullanma hakkının kullanımı dışında, kiraya veren işverenin kira ilişkisi devamında kiraya verdiği bölümde işin yürütümü ile ilgili bir tasarruf hakkının olmadığı durumlarda kiralama işleminin, işyeri devri olarak değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, belediyenin kiraya verdiği sosyal tesiste hizmetin yürütümüyle ilgili her türlü donanım kiracıya devredilmiş, kiraya verenin işin yürütümüyle ilgili bir tasarruf hakkının olmadığı, ancak koşulların oluşması halinde kira ilişkisini sonlandırabileceği düşünülmeli ve bu ilişkinin işyeri devri niteliğinde olduğu sonucuna varılmalıdır. Uzun süreli kira ilişkisinin kurulması da bizi, kiraya veren işverenin tasarruf yetkisini

¹⁵⁷ EKİN Nusret, Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No:34,2002, s.159-160.

¹⁵⁸ ÇİL, İş Kanunu Şerhi, s.66.

devrettiğine ve işlemin işyerinin bir bölümünün devri niteliğinde olduğuna yaklaştırılmalıdır.¹⁵⁹

Bu durumda kiraya verilen bölümde sadece kiracı konumundaki işverenin kiraya veren işverenden devraldığı ya da kendisinin işyerine getirdiği işçilerin çalışması gerekmektedir. Kiraya veren işverenin işçilerinin de bu bölümde çalışmaları halinde bu işçiler ile işverenler arasındaki ilişkinin, geçici iş ilişkisi veya hizmet akdi devri niteliğini taşıması mümkündür. Aksi halde kiraya veren işverenin kiralanan bölümde işçi çalıştırması, bu yerde tasarruf yetkisini haiz olduğu anlamına gelir.

İkinci olarak, işyerinin bir bölümünün kiralınmasına rağmen kiraya verilen bölümde her iki işverenin işçilerinin birlikte çalışması ve işyerinde mal veya hizmet üretimine yardımcı donanım üzerine tasarruf yetkisinin kiraya veren işverende kalması durumunda her iki işveren arasındaki ilişkinin, asıl işveren alt işveren ilişkisi niteliğinde olduğu düşünülmelidir.¹⁶⁰

İşverenler arasındaki ilişkinin tespiti önemlidir, bunun sebebi işyeri devri ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonuçları birbirinden farklıdır. İşyeri devrinde devreden işverenin devir anında doğmuş bulunan borçlardan sorumluluğu iki yıllık süre ile sınırlı ve iken asıl işveren ilişkisinin sürdüğü dönemde alt işverenin ödemekle yükümlü olduğu işçilik alacaklarından sorumludur. Devreden işverenin devirden sonraki dönemle ilgili bir sorumluluğu bulunmamaktadır.¹⁶¹

İşçilerin alt işverenin işyerinden ayrılarak aynı şekilde asıl işveren işyerinde çalışmaya devam etmeleri durumunda işçiler artık asıl işverenin gerçek işçisi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda alt işveren, işyerini asıl işveren devretmiş sayılır. İleriki dönemlerde doğacak olan kıdem tazminatından devreden alt işverenin devir tarihindeki ücret seviyesi ve kendi çalıştırdığı süre ile sınırlı sorumluluğu esastır, aynı dönem için ise önceki asıl işveren de alt işverenle birlikte sorumludur.¹⁶²

¹⁵⁹ ÇİL, İş Kanunu Şerhi, s.66.

¹⁶⁰ ÇİL, İş Kanunu Şerhi, s.67.

¹⁶¹ ÇİL, s.66-67.

¹⁶² ÇANKAYA&ÇİL, s.382.

Çözüm bekleyen diğer bir sorun da, alt işverenlerin işyerinden ayrılmasının ardından kesinti olmaksızın yeni bir alt işverenin gelmesi ve işçilerin işyerinde aralıksız çalışması halinde alt işverenler açısından bir işyeri devrinin olup olmadığıdır. 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesine göre, çoğunlukla asıl işverene ait olan işyerinden birbiri ardına iş alan alt işverenler arasında hukuki bir işlem bulunmamaktadır, hatta alt işverenler birbirlerini tanımamış dahi olabilirler. Bu durum iki şekilde ele alınmaktadır.

İlk olarak, alt işverenin ihale sonunda işçilerini de birlikte götürerek işyerinden tamamen ayrılması mümkündür. İşyerinde daha sonra aynı işi alan bir başka alt işveren olsa dahi, her iki alt işveren arasında iş yeri devrinden pek bahsedilemez. 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesine göre, işverenler arasında hukuki bir işleme dayalı olarak işyeri devri durumunda devam eden hizmet akitlerinin devralan işverene geçeceği ve devir anında doğmuş olan borçlardan her iki işverenin birlikte sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Alt işverenin süresinden önce veya sonra asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi durumunda, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesi uyarınca, işin daha sonra bir başka alt işverene verilmesi işyeri devri niteliği taşımamaktadır. Sonuç olarak, hukuki ilişki de alt işverenle asıl işveren arasında gerçekleşmiştir.¹⁶³

İkinci olarak, alt işverenin süresi dolduktan sonra işçilerini başka bir işyerine götürmemesi ve aynı işçilerin yeni alt işveren işyerinde ara vermeksizin çalışması ihtimali üzerinde durulmalıdır. Asıl olan süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerine götürmesidir ancak işçilerinin yeni alt işverenin yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri alt işverenler arasında örtülü bir hukuki işlem niteliğindedir. Alt işverenin işçilerinin yeni alt işverenin yanında çalışmalarını örtülü biçimde istemesi bir tür işyeri devri olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁴

Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak görmediğimiz takdirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili

¹⁶³ ÇİL, s.67-68.

¹⁶⁴ ÇİL, s.68.

olarak işçilik haklarından sorumluluğu esas alınmalıdır. Bu ihtimal çerçevesinde, asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumlu olduğu miktarı aşmayacağından bazı uygulama sorunları ortaya çıkar.

1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de kapsayan daha geniş bir düzenleme olarak düşünülebilir. MADDEde, işyerinin devri veya intikalinden bahsedilmesinin ardından “...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli...” denilmek üzere uygulama alanı daha kapsamlı olduğu söylenebilir. Buna göre, alt işverenler arasında belli bir hukuki işleme dayanan ya da dayanmayan her türlü el değiştirmeler, 1475 sayılı yasanın söz konusu maddesinin uygulanmasını gerektirecektir. Böylece asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işverenle daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki ya da fiili bir bağlantı olsun veya olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm süreden sorumluluğu düşünülecek ve kıdem tazminatı açısından sorun çözmek kolaylaşacaktır.¹⁶⁵

Bu konudaki bir diğer sorun ise, işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği düzenlemesi ile asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmaması yolundaki düzenlemelerle ilgilidir. İşyerinin bir bölümünün alt işverene devri çoğunlukla işyerinin kısmen devri niteliğindedir ve yasa buna bağlı olarak hem sözleşmelerin feshini yasaklamakta hem de bu kısımda çalışan işçilerin alt işveren işçisi olarak çalışmalarına izin vermemektedir. Bu soruna çözüm olarak, işyerinin kısmi devri ile birlikte kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmayacağı biçimindeki 2. madde kuralının uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Teknik hukuk anlamında, bölüm devri ve devre temel teşkil eden işlem kira sözleşmesi gibi geçici süreli bir ilişki kuran işlem benzeri bir işyeri devri halinde asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olmayacaktır. İşyerinin devredilen kısmı artık yeni işverene geçmiştir ve bu yer açısından başkasına

¹⁶⁵ ÇİL, s.68.

işveren devreden işverenin işverenlik sıfatı bulunmamaktadır. İşyerinin devredilen bölümünde işçiler sadece devralan işveren yararına çalışmaktadır.¹⁶⁶

Yargıtay'a göre de asıl işveren- alt işveren ilişkisi ve işyeri devri bir arada bulunabilir.

“İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Buna göre, alt İşverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekir. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. Bir fesih bildiri yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz.”¹⁶⁷

2.6.4. Borçlar Kanununda Yer Alan Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri

BK.355-371.maddeler arasında “istisna akdi” düzenlenmiş olup, BK. 355.maddede yer alan müteahhidin bir ücret karşılığında iş sahibine eser imal edeceği, BK. Madde 356/f.2.'de ise eserin niteliğine göre müteahhidin kişisel niteliklerinin olmaması halinde, üstlenmiş olduğu işi başkalarına yaptırabileceği düzenlenmiştir.

Bu durumda, müteahhidin üstlendiği işi istisna sözleşmesi ile başkalarına yaptırması hali söz konusu olup, alt istisna sözleşmesinden söz edilecektir. BK'da istisna sözleşmesi düzenlenmiş olup alt istisnaya ilişkin ayrı hüküm yoktur. İstisna sözleşmesi, işin sahibi ile müteahhit arasında bir eserin yapılmasına ilişkin olup, alt istisnada ise

¹⁶⁶ GÜZEL, s. 47-48.

¹⁶⁷ Y.9. HD., 05.05.2008 T.,2008/13627 E. ve 2008/11315 K.sayılı kararı (www.kazanci.com).

müteahhidin üstlenmiş olduğu işi kişisel yeteneklerinin bulunmaması halinde başka birisine istisna sözleşmesi ile yaptırması söz konusudur.¹⁶⁸

İş K. açısından bir kimsenin alt işveren sayılabilmesi için, işin başka işverenden alınması, alınan işin o işyerinde yürütülen işin bir bölümü veya eklentilerinde alınması, işçilerin münhasıran o işyeri ya da eklentilerinde çalışması şeklindeki koşulların mevcudiyeti zorunlu iken, BK açısından bu şekilde bir zorunluluk bulunmayıp sadece işin başka bir işverenden alınıp üstlenilmesi şartı yeterlidir.¹⁶⁹

3. ASIL İŞVEREN- ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN SINIRLARI

3.1. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİ

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, sözleşme olması niteliği itibariyle öncelikle BK genel prensiplerine tabidir. Borçlar hukukuna temel özelliğini kazandıran ilke ise “irade özerkliğidir. İrade özerkliğinin borç ilişkilerindeki görüntüsü de sözleşme özgürlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. İrade özerkliği, fertlerin özel hukuk ilişkilerini kendi özgür iradelerine göre bizzat düzenleme yetkisidir. İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü genelde aynı anlamada kullanılmaktadır. Bunun nedeni ise kişilerin, özel borç ilişkilerini düzenlerken, hukuki araç olarak borç sözleşmelerini kullanmalarındır.¹⁷⁰

Sözleşme özgürlüğü mevcut olmakla birlikte bazı sınırlandırılmalara tabidir. BK. 19. ve 20. madde hükümleri, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirtmektedir. Bu madde hükümlerine göre, sözleşmenin geçerliğini etkileyen unsurların;

Sözleşmenin içeriğinin kanunun emredici hükümlerine aykırı olması,

Kanun koyucunun iradesine aykırı olması,

Genel ahlaka ve adaba aykırı olması,

Kamu düzenine aykırı olması ve

Şahsiyet haklarına aykırı olması

¹⁶⁸ YALÇINDURAN, s.24.

¹⁶⁹ YALÇINDURAN, s.29.

¹⁷⁰ EREN, s.275-278.

Sözleşmenin içeriği yani edimlerden birinin başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız olması hallerinden oluştuğu görülmektedir.¹⁷¹

Genel sınırlandırmalardan biri de, tarafların 3.kişileri aldatmak amacıyla yaptıkları sözleşmenin aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmalarıdır. Böyle bir halde yapılan sözleşme, muvazaalı olması nedeniyle geçersizlik hallerinden biri olan butlan hükmünde olduğu kabul edilir. BK madde 18'de düzenlenmiş olan muvazaada dışa yansıyan iradeler, gerçeğe uygun olmadıkları için geçersizlik yaptırımına bağlanmıştır. Aynı şekilde, tarafların hukuki işlem ehliyetinin olmaması halinde de muvazaada olduğu gibi sözleşme batıl veya geçersiz olmaktadır. Gerek muvazaada gerekse ehliyetsizlikte dış dünyaya yansıyan iradeler, geçersiz sayılarak irade özerkliği sınırlanmaktadır.¹⁷²

Tüm sözleşmeler için geçerli olan bu sınırlandırmaların yanında ilgili sözleşmenin ayrıca düzenlendiği kanunlarda birtakım özel sınırlamalar öngörülmüştür. Özel sınırlamalarda daha çok, ilişkinin bir tarafı çeşitli nedenler ile korunmaktadır. İş hukuku düzenlemelerinde genelde ekonomik ve sosyal statü olarak işverene karşı daha zayıf konumda bulunan işçilerin korunması ilkesi ışığında hareket edilmektedir. İşçiyi koruma ilkesi ışığında sözleşme özgürlüğü değişik yönlerden sınırlandırılmıştır. Bu sınıflandırmalar İş Hukukunda, iş sözleşmesi yapma zorunluluğu(istihdam mecburiyeti içinde olan kişiler) ve iş sözleşmesi yapma yasakları(yaş küçüklüğü, cinsiyet, sağlık durumu, yabancılık gibi) şeklinde ortaya çıkmakta ve genellikle sözleşmede taraf seçme özgürlüğünü kısıtlayıcı niteliktedir.¹⁷³

Taraf seçme özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda, alt işveren ilişkisinde asıl işverenin kendi işçisi ile ya da kendi işçisini çalıştıran işveren ile alt işveren ilişkisi kurması genel olarak yasaklanmış görünmektedir(İş K.m7). Sözleşme içeriğinin belirlenmesinde de, özellikle asıl işin bir bölümünün alt işverene nasıl verilebileceğinin kanunda belirlenmesi ve buna ilişkin yasak getirilmesi de bir başka sınırlamadır.¹⁷⁴

¹⁷¹ OĞUZMAN Kemal&ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,7.Bası, İstanbul 2009, s.70.

¹⁷² REİSOĞLU, s.86.

¹⁷³ AYDINLI, s.217.

¹⁷⁴ AYDINLI, s.217.

3.2. KANUN İLE GETİRİLEN SINIRLANDIRMALAR

Ülkemizde son yıllarda alt işveren uygulamaları çok yaygınlık kazanmış ve bunların bir bölümü işçilerin bireysel ya da toplu iş hukukundan doğan haklarını sınırlandırmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik muvazaalı işlemler şeklinde ortaya çıkmıştır. İş Kanunu 2.madde/7. fıkrasında o güne kadar yerleşen Yargıtay kararları da göz önünde bulundurulmak suretiyle en çok ortaya çıkan muvazaalı alt işveren uygulamalarına yer verilmiştir. Ayrıca anılan fıkrada sadece bu hallerin belirtilmesi yeterli görülmemiş, aynı zamanda “genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme” dayanmasından söz edilerek bunların dışındaki hallerde de muvazaa iddiasının ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Sorunların çözümününün 1475 sayılı yasa zamanında olduğu şekilde muvazaaya ilişkin genel hükümlere bırakılmadan İş Kanunu m2/f.7’de düzenlenmesinin nedeni, bu uygulamalar neticesinde mağdur hale gelen işçilerin korunmasının yanı sıra aynı zamanda muvazaalı taşeron kullanılması yolu ile düşük ücretle işçi çalıştıran, toplu iş sözleşmesinin yükleyeceği yüklerden kaçınan ya da kayıt dışı çalışan işverenlerin, iyi niyetli ve yasalara saygılı işverenlere karşı ortaya koydukları haksız rekabetin engellenmesidir.¹⁷⁵ Süzek’e göre, alt işveren sözleşmesine sınırlamalar getirilmesi ve genel hükümlerde yer alan muvazaa kurumunun İş Kanunu metnine alınarak özel örnekler verilmesi suretiyle düzenlenmesi isabetlidir. Çünkü öncelikle hangi hallerin muvazaa oluşturacağına yasada açıkça belirtilmesi caydırıcı bir nitelik taşımaktadır. Bunun yanı sıra genel hükümlere göre açılan davalarla, çok yaygın olan muvazaalı alt işveren sözleşmelerinin, özellikle ispat yükü işçide olduğu için, büyük ölçüde önüne geçilememektedir. Kanunda buna ilişkin açık yasal karine niteliğinde olan sınırlandırmalar getirilmek suretiyle ispat hususundaki zorluklar önemli ölçüde giderilmiş ve yargı organına muvazaalı hallerin saptanması konusunda kolaylık sağlanmıştır.¹⁷⁶

Kanun koyucu, 4857 sayılı kanunu yasalaştırırken 1475 sayılı kanun zamanında yargıya ulaşan ya da yargıya ulaşmamakla beraber işletme ve iş hukuku doktrininde tartışılan, işçiyi korumasız bırakan, birtakım haklarını kullanılamayacak hale getiren fiili alt

¹⁷⁵ SÜZEK, s.154.

¹⁷⁶ SÜZEK, s.155.

işveren uygulamalarının önüne geçmek amacıyla bazı alt işveren ilişkilerini yasaklamak yolu ile bu ilişkiye özel sınırlamalar getirme yoluna gitmiştir.¹⁷⁷

3.2.1. Asıl İşverenin İşçilerinin Alt İşveren Tarafından Çalıştırılmaması

1475 sayılı Yasa döneminde, gerçekte asıl işverenin işçileri olmakla beraber, görünürde alt işverenin işçileri gibi gösterilerek asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulması yaygınlık kazanmıştı. Bu tür uygulamalar, Yargıtay tarafından muvazaa ya da kanuna karşı hile kabul edilerek işçiler, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmaktaydı. Yeni iş yasasında ise, belirtilen uygulamalara tepki amaçlı olarak “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı”(madde2/son) hükme bağlanmıştır. Böylece alt işverenin asıl işverenin eski işçilerini değil de dışarıdan istihdam edilecek olan işçileri çalıştırması söz konusu olacaktır. Bu kuralın temel amacı incelendiğinde ise, hak kısıtlaması olmaması koşuluyla, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılabileceği yönünde bir yorum elverişli görünmektedir.¹⁷⁸

Öğretide EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN'a göre, "...Burada önem taşıyan husus, bu yolla işçinin mevcut haklarında bir kısıtlama meydana getirilmemesidir. Yasa, bununla asıl işverenin ücretleri belirli bir düzeye yükselmiş işçileri işten çıkarmalarını; bu işçilerin daha düşük bir ücretle işe alınıp o yerde çalıştırılmak suretiyle hak kaybına uğratılmalarını önlemek istemiştir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde bir kötüye kullanma (muvazaa) örneği olan bu uygulama biçimi yasada açıkça belirtilmiş ve yaptırıma bağlanmıştır."¹⁷⁹

ÇİL'E göre ise, öncelikle hakların kısıtlanmasından ne anlaşılabilceği önem taşımakta ve irdelenmesi gerekmektedir. İşçinin ücretinde azalma ya da iş şartlarının farklılaştırılması vb. somut bir kısıtlama halinin varlığı mı aranmalıdır yoksa işçinin ileride doğabilecek tazminat haklarında bazı azalmalar da bu kapsamda değerlendirilebilir mi? Doğmuş ya da doğacak her türlü kısıtlama bu kapsamda

¹⁷⁷ KILIÇOĞLU&ŞENOC AK,s.73.

¹⁷⁸ GÜZEL,s.47.

¹⁷⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN,s.37.

değerlendirilmelidir. Doğabilecek hak kavramı geniş tutulmalı ve belirsiz bir sonuç taşımamalıdır. Örneğin; işçinin asıl işverene ait işyerinde çalışması durumunda yılsonunda kazanacağı başarı primi, alt işverene devir halinde de gerçekleşebilecek bir unsurdur. Doğabilecek hakların kısıtlanmasına yönelik bir başka örnek ise, asıl işverene ait işyerinde sendikanın yetki aldığı bir süreç içinde, işçilerin ileride imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının önüne geçilmesi için alt işverene devri şeklinde ortaya çıkabilir. Bununla birlikte alt işverenin, asıl işverenin işçisine sağladığı tüm hakları aynı şekilde sağlaması halinde bir kısıtlamadan söz edilemez.¹⁸⁰

ÇELİK'E göre, daha önce asıl işverenin işçisi konumundaki kişilerin alt işveren tarafından işe alınıp çalıştırılmaya devam ettirilmesinin her durumda hak kısıtlamasına neden olduğu ve yasal düzenleme ile bunun önlenmesinin amaçlandığı da söylenebilir.¹⁸¹

ALPAGUT'a göre ise, kanundaki sınırlama mutlak bir yasak olarak değil muvazaa karinesi olarak algılanmalıdır. Bu yüzden asıl işverenin yükümlülüklerden kaçınma şeklindeki davranışı tek başına böyle bir çalışma ilişkisinin varlığını göstermeye yeterli değildir.¹⁸²

ARSLANOĞLU'na göre , asıl işverenin işçisi olarak çalışan işçinin işçilik haklarında herhangi bir değişiklik olmaksızın alt işveren yanında çalışabilmesinin mümkün olup olmadığı konusunu irdelemektedir. Asıl işverenin işçisinin alt işverence işe alınmasında işçi hakları yönünden yapılacak olan değerlendirme önem taşımaktadır. Bununla beraber asıl işverenin işçisi olma sıfatını herhangi bir şekilde kaybetmiş olan işçinin hiçbir şekilde alt işverenin işçisi olamayacağı yönünde bir yorum yapılmamalıdır. Kanun koyucunun amacının, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasından sonra asıl işverenin işçisi olma sıfatı devam eden işçinin işveren tarafından işe alınması yoluyla haklarının kısıtlanmasını engellemektir. Ancak alt işverenliğin kurulmasından çok kısa

¹⁸⁰ ÇİL, İş Kanunu Şerhi, s.60.

¹⁸¹ ÇELİK, s.50.

¹⁸² ALPAGUT, s.20.

bir süre önce asıl işverenin işçisi olmaktan çıkmışsa bu durumda muvazaa hali göz önüne alınmalıdır. Mevcut olayın özelliklerine göre hüküm kurulması gerekmektedir.¹⁸³

MOLLAMAHMUTOĞLU'na göre ise, sınırlandırmanın çalışma yasağı niteliğinde olmadığı farklı yönleri ile ortaya konulmaktadır.

Buna göre; sınırlandırmanın amacı, alt işverenin asıl işverenin işçilerini hiçbir şekilde işe almaması olarak yorumlanmamalıdır. Kanun koyucunun asıl amacı, asıl işverenin yanında çalışan işçilerin haklarının alt işveren yanındaki çalışmasında ihlal edilmemesidir. Asıl işverenin alt işverenin yanında çalışırken elde ettiği işçilik haklarını aynı şekilde veya daha üst seviyede alt işveren yanında da kazanması olarak düşünülmelidir. Kanun koyucu, bu hükmü getirmek suretiyle, ücret düzeyleri ya da diğer işçilik hakları belirli bir seviyeye ulaşmış olan işçilerini aynı işyerinde alt işverene bağlamak suretiyle işçilik haklarının kötüleşmesi yoluyla yükümlülüklerden kaçınılmasını engellemek istemiştir.¹⁸⁴

Kanundaki sınırlandırma için, işçinin işçilik hakları açısından değerlendirilerek onu koruyacak şekilde olan uygulamalar ele alınmalı, kanundaki sınırlandırmalar her olayın özelliğine göre ayrıca değerlendirme konusu yapılmalı ve işçiyi koruyucu nitelikte sonuca varılmasına özen gösterilmelidir. Bu uygulama benimsendiği takdirde işçinin aleyhine olabilecek sonuçlar engellenmiş olabilecektir. Çünkü sınırlandırma mutlak şekilde uygulandığında belki işçi için alt işveren yanında çalışıldığında eskisine oranla daha lehe olabilecek sonuçlar da baştan kabul edilmemiş olacaktır ki bu durum iş hukukunun asıl amacı ile bağdaşmayacaktır.

Yargıtay, 2005 yılında verdiği bir kararında,

Kanunda getirilen hükmün asıl işverenin yanında çalışmış olan bir işçinin hiçbir zaman alt işverenin yanında çalıştırılmayacağı şeklinde yorumlanmaması gerektiğine karar vermiştir:

¹⁸³ ARSLANOĞLU, s. 124-125.

¹⁸⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.181.

“Dosya kapsamından davacının, davalı işyerinde çalışırken temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği ve ertesi gün taşeron şirket tarafından düşük maaşla çalıştırılmaya başlandığı anlaşılmaktadır. Asıl işveren tarafından iş akdi feshedilen işçinin alt işveren tarafından çalıştırılmaya devam edilmesi halinde işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılır. Taşeron nezdinde çalışma feshin geçersizliğinin tespiti davası açmaya engel teşkil etmez.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VII. maddesi uyarınca, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır.”¹⁸⁵

Yargıtay’ın konuya ilişkin muhtelif kararlarından bir diğeri ise şu şekildedir:

“Asıl işverenin işçisinin aynı işte bu defa alt işverenin işçisi olarak çalışmaya devam etmesi halini muvazaa kabul etmiş ve yasağın bu şekilde uygulanmasının doğru olduğuna karar vermiştir:

“İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından kurulan davalı İstanbul Ulaşım Sanayi Anonim Şirketi işyerinde onun işçisi olarak işe başladığını, daha sonra alt işveren uygulaması ile diğer davalı şirket üzerinde gösterildiğini, davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğunu, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini iddia eden davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacının başlangıçta bilet satış, dağıtım, tahsilat, peron kontrol hizmetlerini yürüten davalı İstanbul Ulaşım Sanayi Anonim Şirket işçisi olarak işe başladığı, davalının bu hizmetleri daha sonra ihale ile alt işverene verdiği ve davacının bu kez alt işveren işçisi olarak aynı işyerinde çalışmasına devam ettiği anlaşılmaktadır. Mahkemece davanın asıl işveren işçisi iken, asıl işin alt işverene verilmesi ve alt işveren

¹⁸⁵ Y.9. HD.11.07.2005 T., 2005/18822 E/24469 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, 02.06.2010).

işçisi olarak çalıştırılmaya devam etmesi nedeni ile davalılar arasındaki sözleşmenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesine aykırı olduğu ve davacının başlangıçtan beri İstanbul Ulaşım Sanayi Anonim Şirket işçisi sayılması gerektiği yönündeki tespiti yerindedir. Keza davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, iş güvencesi kapsamında kaldığı ve iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesindeki koşullara uygun yapılmaması nedeni ile feshin geçerli nedene dayanmadığı, sendikal nedeninin kanıtlanmadığı yönündeki değerlendirme de dosya içeriğine uygundur.¹⁸⁶

3.2.2. Daha Önce Asıl İşverenin İşyerinde Çalışan Kimse İle Alt İşveren İlişkisi Kurulamaması

İş Kanununda “... daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz...” şeklindeki 2.madde/son f. hükmü ile uygulamada sıklıkla rastlanan, işverenin önceden kendi işçisi konumundaki kişi ile alt işveren ilişkisi kurmak suretiyle daha düşük ücretle işçi çalıştırmak yönündeki kötüye kullanımlara engel olunmak istendiği söylenebilir.

Öğretide bu hükmün muvazaaya dayanmayan iyi niyetli alt işveren uygulamalarını engelleyebileceği ve Anayasanın 48.maddesinde yer alan girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olabileceği ileri sürülmekte olup hükmün katı şekilde uygulanması halinde alt işverenlerin hiçbir şekilde eskiden çalıştıkları işyerinde iş alamayacakları neticesine varılması anayasaya aykırılık sorununu ortaya çıkarabilir. Bir hükmün anayasaya aykırı olup olmadığının belirlenmesi konusunda yorum yolu ile sonuca varılmaya çalışılmalıdır. Bir yasa hükmü mümkün olduğu kadar anayasaya uygun sonuç doğuracak şekilde yorumlanmalıdır. Anayasaya aykırılık ancak o kuralın anayasaya uygun yorumunun mümkün olmadığı hallerde söz konusu olabilir. Söz konusu madde hükmünün amacı gözönünde bulundurulursa anayasaya uygun şekilde yorumlanabileceği sonucuna varılabilecektir. Bu hükmün amacı, daha önce o işyerinde çalışmış olanların alt işveren olmasını mutlak olarak engellemek değil muvazaalı uygulamaların önüne geçmektir.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Y.9. HD.25.06.2007 T., 2007/20641 E. ve 2007/20075 K.sayılı kararı (www.kazanci.com,02.06.2010).

¹⁸⁷ SÜZEK, s.157.

Yasa koyucu İş K. m.2/7’de yer alan halleri uygulamada sıklıkla rastlanan muvazaalı işlemler olarak saptamış ve bunların muvazaalı işlem olduğunu aksi ispat edilebilen (adi) yasal karine olarak kabul etmiştir. Kanunda yer alan “ aksi halde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek...” ibaresi ile bu haller ve genel olarak muvazaa arasında ilişki kurulmuştur. Cümledeki “aksi halde ve genel olarak” ibareleri birbirinden bağımsız olarak değil birlikte ele alınması suretiyle daha önce o işyerinde çalışmış olan kişi ile kurulan alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayanmadığının yani işverence yasal karinenin aksinin iddia ve ispat edilmesi mümkündür.¹⁸⁸

Bu hükmün amacı doğrultusunda, anayasaya aykırılık iddiası bertaraf edilebilir. Hakim, hükmü değerlendirirken anayasa ilkesini, yasanın amacını,dürüstlük kuralını ve olayın özelliğini birlikte göz önüne alarak bir sonuca ulaşmalıdır. Örneğin; işçi işyerinden ayrıldıktan sonra, aradan uzunca bir süre geçmiş ve artık bir girişimci olarak faaliyet göstermeye başlamışsa, olayın özelliği nedeniyle ortada bir muvaza halinin bulunmadığı ve bu kişinin eski işyerinde alt işveren olarak çalışmasına bir engel olmadığı yani yasal karinenin aksi alt işverence ispat edilebilir.¹⁸⁹

Bu hüküm, uygulamada sıklıkla rastlanılan işverenin bir işçisine işin bir bölümünü ihale etmiş gibi göstererek diğer işçileri de alt işveren işçisi gibi bildirmek suretiyle kurulan bazı muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkilerini engellemek amacıyla konulmuştur. Buna göre, asıl işveren, eski bir işçisi ile asıl işveren-alt işveren ilişkisine girerse, bu durumun başlangıçtan itibaren muvazaalı işlem olduğu kabul edilir.¹⁹⁰

Alt işveren ilişkisine getirilen kanuni sınırlandırmada çalışan kavramına değinirken ARSLANOĞLU’na göre, bu ifade ile iş sözleşmesi kapsamında çalışanlar anlaşılmalıdır. Buna göre asıl işverenin yanında yönetici, şirket ortağı olarak veya geçici işçi, kısmi çalışan veya çağrı üzerine çalışanlar kapsam dışında tutulmalıdırlar. Sınırlamanın daha önce o işyerinde bir iş sözleşmesi kapsamında münhasıran ve sürekli

¹⁸⁸ SÜZEK, s.157.

¹⁸⁹ SÜZEK, s.157.

¹⁹⁰ ÇİL, s.61.

olarak çalışılmamış olması nedenine bağlı olarak daraltılması gerekmektedir. İş sözleşmesi kapsamında çalışmış olmasına rağmen eleman niteliğinde olmayan kişilerin de alt işveren olmasına engel yoktur. Çünkü işyerinin amacına ulaşması için herhangi bir sığata sahip herkesin alt işveren olamayacağı yönündeki düşüncenin temeli anayasada var olan temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına kadar gidebilir.¹⁹¹

ÇANKAYA&ÇİL'e göre ise, işverenle iş ilişkisi içinde olmayan şirket ortağı ile memur ve sözleşmeli personel dışındaki iş sözleşmesinin türü ne olursa olsun tüm işçiler çalışan kavramı içinde değerlendirilmelidir.¹⁹² Bu görüş çalışan kavramını geniş yorumlamakta ve geçici iş ilişkisi ile asıl işveren yanında çalışan konusunda ayrıma gitmektedir. Buna göre "ödünç veren işverenin işçisi ile aynı işveren arasında da asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulamaz. Ancak ödünç alan işveren ile işçi arasında geçici iş ilişkisi dışında bir ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle geçici iş ilişkisi dahilinde ödünç alan işverene iş görme edimini tamamlamış olan işçi ile ödünç alan işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşturulabilir."¹⁹³

Doktrinde bir kısım yazarlar, sınırlandırmanın mutlak yasak getirdiği görüşünde birleşmektedirler.

ÇELİK ve ARSLANOĞLU, kanuni düzenlemelerin mutlak yasak içerdiğini ancak bu düzenlemeyi benimsemediklerini belirterek kanun koyucunun getirmiş olduğu hükmü eleştirmektedirler. Yasağın mutlak olarak anlaşılması halinde sadece alt işverenin daha önce asıl işverenin yanında çalışmış olmasının ayrıca muvazaa araştırması yapılmaksızın mı görüşteki yazarlar "aksi halde" ifadesini esas alarak bu ifade konulmuş olsa da sadece kanuni sınırlandırmaların dışındaki muvazaa halleri için geçerlidir. Kanuni düzenleme ile varılan sonucun ise doğrudan anayasada yer alan sözleşme ve teşebbüs özgürlüğünün ihlali anlamındadır.¹⁹⁴

¹⁹¹ ARSLANOĞLU, s.116.

¹⁹² ÇANKAYA & ÇİL,s.27.

¹⁹³ ÇİL, s.63.

¹⁹⁴ ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 22. Bası.İstanbul 2009, s.54., ARSLANOĞLU, s.117.

Mutlak yasak konusundaki bir diğerk görüşte olan yazarlardan GÜZEL ise, kanundaki sınırlamanın mutlak emredici olduğunu, bu yasağın süre ve istisna getirilmesi suretiyle aşılamayacağını ifade etmektedirler. Bu yazarlar, alt işverenin işçisinin asıl işverenin yanında çalışmasının ne kadar önce ya da sonra olduğu yönünde getirilmiş olan alt işveren ilişkisi kurma yasaklarının adi karine olarak kabul edilmesinin, emredici hüküm şeklinde düzenlenmiş olan mutlak yasak karşısında geçerli olmadığını belirtmektedirler.¹⁹⁵

Nisbi yasak olduğu görüşünü savunan yazarların bir kısmı ise, özellikle kanunda yer alan müteselsil sorumluluk nedeniyle asıl işverenlerin güvendikleri kişiler ile alt işveren ilişkisi kurmasının doğal olması gerektiğini düşünmektedirler.¹⁹⁶

Kanuni sınırlandırmanın mutlak yasak olmadığı görüşündeki MOLLAMAHMUTOĞLU'na göre ise, kanun metni bir bütün olarak değerlendirilmeli ve yasak hükmünü takip eden “ aksi halde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı...” ibaresinin yasak hükmü ile birlikte ele alınması gerekmektedir. Bu yazar, yasağın mutlak olmayıp sadece kanuni muvazaaya ilişkin olarak kanuni karineler getirdiğini belirtmektedir. Buna göre asıl işverenin daha önceki işçisi ile alt işveren ilişkisi kurulduğunda bunun kanuni karine gereği olarak muvazaa olduğu kabul edilmekle birlikte aksinin de ispatlanabilmesi gerekir. Çünkü aksi düşünülürse hiçbir zaman asıl işverenin bir işçisi emekli olduktan sonra ya da işyerinden ayrıldıktan sonra işyerinde yapmış olduğu iş ile ilgili olarak asıl işverenden alt işveren sıfatıyla iş alamayacaktır. Bu durum da sözleşme ve çalışma özgürlüğüne açıkça aykırılık teşkil edecektir. Yazara göre, ilişkinin şekli ne olursa olsun mutlaka muvazaa araştırması yapılması gerektiğini bildirmektedir.¹⁹⁷

Asıl işverenin birden fazla işyerinin bulunması durumunda bu işyerlerinin birinde çalışan işçinin işten ayrılmasından sonra alt işveren olarak aynı işverenin kendisinin çalışmadığı işyerinde iş alması hali kanuni sınırlandırma kapsamı içinde düşünülüp düşünülemediği konusundaki görüşler de ikiye ayrılmaktadır.

¹⁹⁵ GÜZEL, s.49-50.

¹⁹⁶ ÇELİK, s.50.

¹⁹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.181.

ÇANKAYA&ÇİL'e göre ; böyle bir durumda işyerleri ayrı olduğu için işveren aynı olsa bile kanuni sınırlandırma içine girmemektedir. Fakat buna rağmen diğer muvazaahalleri bulunuyorsa değerlendirilmelidir.¹⁹⁸

Alt işveren ilişkisinin sınırlandırılmasına ilişkin hüküm hakkındaki görüşüm, İş Kanunu m.2'nin değerlendirilmesinden çıkacak sonuca göre belirlenmekte olup maddede geçen, ” 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...” şeklindeki ibareler birlikte değerlendirildiğinde açık şekilde alt işverenin işçilerinin hakları kısıtlandığında emredici nitelik taşıdığı görülmektedir. Böylelikle kanunda getirilen sınırlandırmaların amacının alt işveren ilişkilerinin tamamıyla yasaklanması değil ancak kanuna uygun olmasının sağlanmasını amaçlamak esastır. MADDE hükmünü adi karine olarak kabul edilmesi halinde, aksini ispatlamak işçiye değil işverene düşen bir görev haline almıştır. Sonuç olarak, kanun hükmünün sistematik ve her olayda farklı şekilde yorumlanması suretiyle mutlak emredici olup olmadığı tespit edileceğinden, kanun metninde kullanılan her tür ibare olduğu gibi algılanmamalı, olayın özelliklerine uygun olarak biçimlendirilmeli ve sonuca bağlanmalıdır. Dolayısıyla söz konusu madde hükmünün mutlak emredici nitelikte olmadığını, olayın özelliklerine bağlı olarak değerlendirilebilecek özellikte olduğunu söyleyebiliriz.

3.2.3. Asıl İşin Bölünerek Alt İşverene Verilememesi

İş Kanunu madde2/f.7 son cümlesi “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” şeklinde olup bu hükümlerle işletmenin veya işin gereği ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmediği sürece, asıl işin bir bölümünde çalışan işçilerin bir kısmının asıl işverenin, diğer kısmının ise muvazaalı olarak alt işverenin işçisi olarak gösterilmesi ve asıl işverenin işçilerinin daha iyi ücret ve çalışma koşullarında çalışmalarını ya da toplu iş

¹⁹⁸ ÇANKAYA&ÇİL, s.26.

sözleşmelerinden yararlanmaları ancak bununla birlikte taşeron işçisi olarak gösterilenlerin ise bu haklardan yoksun olmaları mümkün değildir.

Yargıtay'a göre de, "Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. 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. Somut olayda davacı dahili davalı A. U. Anonim Şirketi işçisi olarak çalışırken, iş sözleşmesi feshedilmiş ve adı geçen şirket, asıl işi olan taşıma işini bölerek alt işveren diğer davalı K. N. şirketine vermiş bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen hükmün ihlal edildiği açıktır. Davacı baştan beri A. U. Şirketinin işçisidir. O halde davalı K. N. Şirketi hakkında dava açılması ve mahkemece sözkonusu şirket hakkında kabul hükmü kurulması hatalıdır. Diğer davalı hakkında usulüne uygun ve süresinde açılan bir dava da bulunmamaktadır. Böyle olunca davanın reddine karar verilmesi gerekir."¹⁹⁹

Mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin dışında aynı amaca yönelik olarak asıl işin bir bölümünde iş alınması durumunda da asıl işveren-alt işveren ilişkisinin oluşması mümkündür. Fakat bu halde mal ve hizmet üretimine ilişkin olan asıl işin bir bölümünde herhangi bir nedenle iş alınması yeterli değildir, ayrıca işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlere bağlı uzmanlığa dayalı işlerin yapılması gerekmektedir. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinde "işletme ve işin gereği sebebinin teknolojik uzmanlık gerektiren ifadesiyle bir bütün olarak değerlendirilmesi yönünde görüşler olduğu gibi her ikisinin farklı olarak değerlendirilmesi yönünde görüşler de mevcuttur. Öncelikle, işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi konusunda asıl işverenlerin, bu sebeplerin oluşması durumunda serbestçe hareket edip edemeyecekleri hususunun irdelenmesi gerekmektedir. Kanunda asıl işin bir bölümü ifadesi bulunmasına rağmen bu ifade açık şekilde belirtilmemiştir. Asıl işin bir bölümünden sadece işin bağımsız bölümler şeklinde yapılması sonucu ya da tek bir aşamada değil de farklı aşamalar halinde

¹⁹⁹ Y.9. HD, 12.12.2005 T., 2005/36137 E., 2005/39139 K.sayılı kararı (www.kazanci.com,02.06.2010).

tamamlanması halinde işlerin alt işverene verilebileceği sonucunu mutlak şekilde çıkarmak mümkün olmayacaktır. Çünkü bu halde işi bağımsız bölümler halinde yapmayan işverenlerin işlerini hiçbir şekilde alt işverenlere veremeyecekleri şeklinde bir sonuç çıkar ancak böyle bir sonuç ta kanunda yer alan sınırlamalar dahilinde değildir. Dolayısıyla işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde bu sebeplerin oluşumu halinde alt işverene iş verilebileceği konusunda kanun koyucunun asıl amacı, asıl işverenin işverenlik sıfatının devam edeceği biçimde asıl işin bölünebilmesidir. Sadece bağımsız olarak üretim yapabilecek üretim birimlerince işin alt işverene verilebileceği konusu objektif şekilde bir bakış açısı olmaz. Ayrıca mal üretimi yönünden böyle bir uygulama söz konusu olabilecekten hizmet üretimi konusunda asıl işin, bağımsız bölüm veya süreçler şeklinde bölünmesi kolay değildir.²⁰⁰

Bununla birlikte asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine nitelik açısından bağlılığı bulunan ve aynı yönetimde örgütlenmiş olan işyerine bağlı yerlerde yapılacak işin niteliği değerlendirilerek alt işverenlik meydana getirilmelidir. İşin değişik şekilde bölümlere ayrılması ve bölümlerin ayrı ayrı yerlerde bulunması nedeniyle tek işyeri mi yoksa birbirinden farklı birden fazla işyeri mi olduğu konusunda iki kriter (aynı teknik amaç ile bağlantılı olarak üretim yapma olarak belirtilen nitelik yönünden bağlılık ve aynı yönetimde birleşme olarak nitelenen yönetimde birlik şartlarının ikisi birlikte var olursa tek işyerinden bahsedilecektir.²⁰¹

Bu maddede kullanılmış olan işletme ve işin gereği kavramı, İş K. madde18'deki süreli fesih ve İş K. madde29'da yer alan toplu işçi çıkarma kavramı ile aynı anlamdadır. Alt işveren ilişkisi ve fesih kavramlarının birbirlerinden farklı olması nedeniyle uygulamada farklılıklar meydana gelmektedir. Ancak bu durum, her halde belirli kriterlerin esas alınarak olaya uygulanmasına engel değildir. İşveren, ekonomik nedenler, yapısal nedenler(yeniden yapılanma gibi), teknolojik nedenler ile alt işverene iş verebilmektedir. Yapısal nedenler de işletmenin verimliliği, rekabet gücü, kalitenin artırılması gibi kavramlardan oluşmaktadır.²⁰²

²⁰⁰ ARSLANOĞLU, s.109-110.

²⁰¹ ARSLANOĞLU, s.114.

²⁰² SÜZEK, s.149.

Bunun sonucu olarak; ekonomik güçlük içerisinde olmayan, verimli şekilde çalışan ve yeniden yapılanmaya ihtiyaç duyulmayan bir organizasyon yapısı içindeki işyerinde alt işverene iş verilmesi ihtiyacı doğmayacaktır, işletme ve işin gerekleri kavramları bu tür uygulamaları kapsamamaktadır. İşletme ve işin gereğinde uygun olmayan husus, sadece maliyeti düşürmek amacıyla alt işveren ilişkisi içine girilmesidir. Bunun yanı sıra işletme, işin gerekleri ve teknolojik nedenlerle yeni bir yapılanma içine girilmesi, maliyeti düşürme sonucunu da doğuruyorsa bu durum, işletme ve işin gereklerine aykırı olmayacaktır. Bazı işverenler, işletme gerekleri bulunmadan sadece maliyeti düşürmek için alt işveren kullanmaktadırlar. Maliyetleri düşürmek, sadece ücret konusunda değil sosyal sigortalara ilişkin sorumluluklardan kaçınmak, sendikal ve toplu iş sözleşmesi haklarının kullanılmasına engel olmak, işçi sağlığı ve güvenliğini sağlamaktan kaçınmak, iş mevzuatındaki yükümlülüklerin doğumu için belirli sayıda işçi çalıştırmaktan kaçınmak ve benzeri uygulamaları kapsamına almaktadır.²⁰³

Alt işverene bu madde hükmü kapsamında iş verilmesi sürekli hale gelmemeli, işletme gereğinin süresi ile sınırlandırılmalıdır. Neden ortadan kalktığında örneğin; ekonomik güçlük giderildiğinde ya da rekabet gücü sağlandığında alt işveren uygulaması da sona ermelidir. Bu durumda alt işveren ilişkisi kurulmasını sağlayan şartlar ortadan kalkmış ve asıl işverenin işçileri ile çalışılması yeteri olacaktır. Teknolojik nedenler konusunda ise ölçüt, işverenin, işi kendi teknolojiyle ya da kendi uzmanlığıyla gerçekleştirmeyecek olmasıdır. İş K. 2.m/6. fıkrada yer alan işletme, işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık kavramı, sadece maliyetleri düşürmek amacı taşımamak koşuluyla işletme ve işin gereği olarak alt işveren ilişkisi kurulmasına olanak tanımaktadır. Bunun sonucu olarak da özellikle tersanelerde son dönemlerde alt işverenlere verilen işlerde ölümlü iş kazaları ortaya çıkmakta, alt işverenler tarafından yeterli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin sağlanmadığı görülmektedir. Bu nedenle işletme gereği kavramı daha açık hale getirilmeli ve yapısal ve ekonomik nedenler gerektirmediği müddetçe sadece maliyetin düşürülmesi amaçlı olarak taşeronlara iş verilmesinin önüne geçilmelidir.²⁰⁴

²⁰³ SÜZEK, s.149.

²⁰⁴ SÜZEK, s.151.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay kararlarından birine göre, İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

KARAR : Davalı K. işyerinde sondaj operatörü olarak alt taşeronlar değiştiği halde asıl işte çalıştığını ve en son diğer davalı alt işveren işçisi olarak çalışırken, hiçbir neden gösterilmeden iş sözleşmesinin 18.11.2005 tarihinde feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

Somut uyuşmazlıkta, davacının davalı K. işyerinde asıl işte davalının diğer işçileri ile çalıştığı ve davacının başlangıçtan beri davalı K. işçisi sayılması gerektiği sözleşme ve tanık anlatımları ile anlaşılmaktadır. Kaldı ki davalılar arasındaki sözleşme bir işin verilmesinden çok, işçi teminine yöneliktir. Davalılar arasında muvazaalı işlem olduğu sabittir. O halde davanın, davalı K. işveren yönünden esastan incelenmesi gerekir. Diğer davalının işveren sıfatı bulunmamaktadır.

Diğer taraftan davalı taraf, davacının işverene zarar verdiğini belirterek tutanak ibraz etmiş, tanık dinletmiştir. İş sözleşmesinin haklı yada geçerli nedenle feshedildiğinin ispat yükü davalı işverene aittir. Zarar verme olgusunda tek taraflı düzenlenen tutanaklar ve tanık anlatımları yeterli değildir. Davacı işçinin verdiği zarar konusunda, zarar verilen araçlar üzerinde ve olayın meydana geldiği işyerinde uzman bilirkişiler marifeti ile inceleme yapılmalı, davacının verdiği zarar miktarı ve olaydaki kusuru belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.²⁰⁵

Yargıtay'ın bir başka kararında belirtildiği üzere; Davalı işverenin muvazaalı bir şekilde asıl işin her bir bölümünü ayrı işverene yaptırması 2.maddedeki asıl işveren-alt işveren ilişkisi niteliğine uymadığından alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin

²⁰⁵ Y. 9.HD., 26.06.2006 T., 2006/15117 E. ve 2006/18653 K.sayılı kararı (www.kazanci.com, 02.06.2010).

işçileri olarak kabulü ve toplu iş sözleşmesi yetkisinin kazanılmasında çoğunluk tespitinin buna göre yapılması gerekir. Davacı sendikanın daha önce muvazaayı öne sürmeden birbirinin aynı toplu iş sözleşmelerini her bir şirketle imzalamış ve yürürlükte tutmuş olması yasaya aykırılığı ortadan kaldırmaz.

Gerçekten; 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde getirilen kural asıl işin bölünerek alt işverene verilmemesidir. Ancak asıl işindir bölümünün "işletmenin ve işin gereği" veya "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" olması halinde alt işverene verilmesi olasıdır.

Bu koşullar asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlarını oluşturmakta olup bu sınırların aşılması durumunda diğer bir deyişle alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde alt işveren fecilerinin baştan itibaren asıl işveren işçileri olarak işlem görecekları hükme bağlanmıştır... Alt işverenler tarafından görülmekte olan işlerin yukarıda belirtilen unsurları taşımadığı, asıl işveren alt işveren ilişkisinde davalı işverenin asıl işin bölümlerini muvazaalı olarak alt işverenlere verdiği dikkate alınmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

Bu aşamada mahkemece yapılacak iş, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınıp usulünce çoğunluk incelemesinin yapılarak ortaya çıkacak sonuca göre karar vermektir. ibarettir.²⁰⁶

Konuya ilişkin bir diğer Yargıtay kararı ise şu şekildedir:

Belediyelerin asli işlerinden olan temizlik işini taşeronlara devretmesi mümkün olmadığından bu tür taşeronluk sözleşmeleri geçerli olmadığından davalı Belediye işe iade ve sonuçları yönünden sorumluluktan kurtulamaz. Bu nedenle mahkemenin işe iade yönünden Belediye aleyhine açılan davayı reddetmesi doğru olmadığı gibi taşeron C. AŞ. Aleyhine açılan davanın kabulü de hatalıdır.

²⁰⁶ Y.9.HD. 10.04.2008 T., 2008/12851 E. ve 2008/8003 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, 02.06.2010).

BELEDİYE TEMİZLİK İŞİ (Taşeronlara Devredilmesinin Mümkün Olmadığından Bu Tür Taşeronluk Sözleşmelerinin Geçerli Olmadığı - Davalı Belediyenin İşe İade Ve Sonuçları Yönünden Sorumlu Olduğu)

GEÇERSİZ TAŞERONLUK SÖZLEŞMESİ (Belediyelerin Asli İşlerinden Olan Temizlik İşini Taşeronlara Devretmesinin Mümkün Olmadığı - Davalı Belediyenin İşe İade Ve Sonuçları Yönünden Sorumlu Olduğu)²⁰⁷

Konuya ilişkin bir diğer Yargıtay kararına göre ise, Kural olarak asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi mümkün değildir. Asıl işin bir bölümü olan posta dağıtım işinin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yönü de bulunmamaktadır.

Davacı işçi, asıl işvereni davalı PTT Genel Müdürlüğü, alt işvereni ise diğer davalı Yavuz Şen olan işyerinde posta dağıtım işinde çalışmakta iken ,iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı kurum tekel niteliğindeki posta dağıtım işi için yasa ile kurulmuştur. Kurum, gönderilen kıymetli evrak, mektup, havale gibi adrese gitmesi gereken belgeleri kabul etmekte ve gönderilen yerde bulunan işyerindeki elemanları ile de gönderilen adrese dağıtmaktadır. Davalı kurum posta tekeli dışında kalan dağıtım işinde de, aynı prosedürü uygulamaktadır. Posta tekeli dışında kalan gönderilerin kabulü, nakli ve dağıtım işi, yardımcı iş olarak kabul edilemez. Davalı kurumun verdiği asıl işin bir bölümü olan posta dağıtım işinin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yönü de bulunmamaktadır...Somut bu maddi ve hukuki_olgulara göre, davalı PTT Genel Müdürlüğü gerçek işverendir. Davacının iş sözleşmesinin haklı ve geçerli nedenle feshi kanıtlanmış değildir. Bu nedenle davalı PTT Genel Müdürlüğü yönünden davanın kabulüne karar verilmeidir. Dağıtım işi ihale ile verilen ve iş sözleşmesini fesheden

²⁰⁷ Y.9. HD. 30.05.2005 T., 2005/14383 E. ve 2005/19766 K. sayılı kararı (www.kazanci.com,02.06.2010).

davalı şirketin işverenlik sıfatı bulunmadığından, hakkında açılan davanın husumet nedeni ile reddi gerekir.²⁰⁸

3.2.4. Kamu Kurumlarındaki Özel Durum

Kamu kuruluşlarınca yaptırılacak işlerde, Çalışma Şartlarına dair 94 sayılı Uluslar arası Çalışma Sözleşmesi'nin uygulamasını sağlamak için Bakanlar Kurulu Kararıyla bazı esaslar tespit edilmiştir. Bu esaslara göre, asıl işveren, kendi işçileri için önemli sorumluluklar yüklediği gibi çalıştırdığı alt işverenin işçilerine karşı da o işkolu veya meslekte(veya işçilerin çalıştıkları işyerinde) uygulanan toplu iş sözleşmesi veya mevzuat hükümlerinden yararlanmalarını sağlayacak tedbirlerini almakla yükümlüdür. Alt işveren işçileri, taraf sendikaya üye olmadan veya dayanışma aidatı ödemediği işyerinde asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinde yararlanabilecektir. Aksi halde kamu kuruluşu bu hükme riayet edilmesi için “gerekli tedbirleri” alacaktır. Hatta ilgili işçiler şikayette bulunurlarsa müteahhidin istihkakından uygun bir kısmını alıkoyarak bu meblağı müteahhit adına işçilere ödeyecektir.²⁰⁹

Bu konuya ilişkin olarak Görevli Mahkeme, taraflara ve uyuşmazlığın türüne göre belirlenir. İş Kanununun 1. maddesinin 5.fikrasına göre, alt işverenin işçisi tarafından, alt işveren ve asıl işverene karşı açılacak davalar İş Mahkemesinde görülür. Uyuşmazlığın İş mahkemesi'ne götürülmesi için doğrudan doğruya asıl işveren hasım gösterilebileceği gibi istenirse alt işverenle birlikte hasım gösterilebilecektir. Hizmet sözleşmesine ve İş Kanununa dayanan konularda, alt işveren işçisi, İş Kanununun 5. maddesinde sayılan kişilerden olmamak ve söz konusu maddede sayılan işlerde bulunmamak koşuluyla İş Mahkemesine başvurabilecekler.

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri ise, dava olunana göre, sulh mahkemeleri ya da asliye(ticaret) mahkemeleridir. Asıl işveren alt işveren ilişkisi hizmet sözleşmesine dayanmadığından ve her ikisi de işveren konumunda olduğundan 5521 sayılı İş Mahkemesi Kanununun 1. maddesi gereğince İş

²⁰⁸ Y. 9.HD. 25.02.2008 T., 2007/23286 E. ve 2008/2222 K. sayılı kararı (ÇANKAYA&ÇİL,s.161).

²⁰⁹ AYDEMİR, s. 130-131.

Mahkemeleri bu konuda görevli değildir ve görevli mahkemenin tespitinde aradaki akdin niteliğine ve uyumsuzluk miktarına bakılmalıdır.²¹⁰

Alt işverenin ücret ödeme sorumluluğu açısından İş K. m.36'ya göre, genel ve katma bütçeli daireler ile mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri ya da özel kanuna veya özel kanun ile verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlara da birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre bu tür kuruluşlar, müteahhit aracılığı ile yapmış oldukları bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerine ait hak edişleri ödemediği önce çalışan işçilerine ait ücretlerin müteahhitlerce ya da taşeronlarca ödenip ödenmediğini kontrol etmeli ve ödemeyenin ücretini başvuru üzerine, müteahhit ya da taşeronlardan istenecek bordroya göre hak edişlerinden ödemelidir (İş K. madde 36/f.1) Fakat söz konusu kuruluşlar, işçilerin ücretlerinin üç aylık tutarından fazlasına ilişkin olarak sorumlu tutulamayacaklardır. Kamu tüzel kişileri ve bazı kuruluşlara tanınmış bu yetkiyi, dilerlerse özel sektör işverenleri de aynı şekilde kullanabileceklerdir.²¹¹

01.07.2006 tarihli ve 5538 sayılı Kanununun 18.maddesi ile, İş K. 2.maddesine asıl işveren-alt işveren ilişkisinde kamu kurum ve kuruluşları lehine ayrıcalıklar getiren, bu kurum ve kuruluşlar için alt işveren uygulamasını kolaylaştıran 8. ve 9. Fıkralar eklenmiştir.

Buna göre, kamu kurum ve kuruluşları ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlasının bu kuruluşlara ait olduğu ortaklıklarda yüklenici ya da alt işveren işçilerinin kamu kadrolarına atanmasının mümkün olmadığı ve kamu işçileri ile aynı hakları talep edemeyecekleri, kamu işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacakları açıklanmıştır.

SÜZEK'e göre, Bu hükümlerle İş K. m.7 ve 8'de öngörülen koşul ve sınırlamalar kamu kesimi işverenleri için söz konusu olmayacak, unlar sadece özel kesim işverenleri için söz konusu olacaktır. Bunu ise anayasanın eşitlik ilkesi(m.10) ile bağdaştırmak mümkün değildir. Bir muvazaalı işlem kamu işvereni tarafından yapıldığında yasa

²¹⁰ AYDEMİR, s. 132.

²¹¹ ERKUL&GÖKÇEK&KARACA, s.99.

gereği geçerli olacak, herhangi bir yaptırım olmayacak ancak özel kesim işvereni tarafından gerçekleştirildiğinde yasa dışı kabul edilecek ve yaptırım uygulanacaktır. Bu hükümler anayasaya aykırı olup iptali gerekmektedir.²¹²

AYDINLIYA göre, böyle bir düzenleme kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarında muvazaalı alt işveren uygulamalarında muvazaalı ilişki içinde çalıştırılan işçilerin muvazaa iddialarını engelleme yanında muvazaalı işlemin taraflarına haklı olmayan bir kanuni dayanak sağlamaktadır.²¹³

ÇİL'e göre ise, bu hükümlerin anlamlı olmadığını, çünkü kamuda iş alan bir yüklenici ya da alt işveren işçisinin çalıştırıldığı kurum, kuruluş ya da ortaklıktan kadro talebinde bulunması, bu kurum, kuruluş ya da ortaklığın taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yaralanması hukuken mümkün değildir, muvazaalı yüklenicilik ya da alt işverenliğin söz konusu olduğu hallerde işçinin anayasa ve kanunlarla temin edilmiş olan haklarının yine kanun hükümleri ile engellenmesi düşünülemeyeceğinden 5538 sayılı kanun ile getirilen düzenlemenin muvazaa dışında hüküm ifade edeceği kabul edilmelidir.²¹⁴

4. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA

Borçlar Kanununda akdin geçerliliği için aranan şartlar içerisinde yer alan muvazaa kavramı doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır.

OĞUZMAN'a göre, bir sözleşmede tarafların aralarında yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğuracağı konusunda anlaşmalarıdır.²¹⁵ Böylece taraflar, harice(üçüncü şahıslara) karşı aslında istemedikleri beyanlarıyla meydana gelen akitle görünmeyi, fakat gerçekte, yaptıkları akdin ya hiçbir sonuç doğurmamasını veya başka bir akdin hükümlerini meydana getirmesini istemekte ve bu konuda anlaşmaktadırlar.²¹⁶ Muvazaalı akit hiç sonuç doğurmayacaksa “adi muvazaa”dan söz edilmekte, eğer muvazalı akdin arkasında

²¹² SÜZEK, s.164.

²¹³ AYDINLI, s.297.

²¹⁴ ÇİL, s.74.

²¹⁵ OĞUZMAN & ÖZ, s.106.

²¹⁶ OĞUZMAN&ÖZ, s.108.

farklı bir akit gizelenmekte ise, yani taraflar böyle bir gizli akdin hükümlerinin meydana gelmesi konusunda anlaşmışlarsa bu durumda nisbi muvazaa sözkonusu olmaktadır. Muvazaa, akdin tamamını kapsamakta ise tam muvazaadan, aksin sadece belirli bölümlerine ilişkin ise kısmi muvazaadan söz edilir.²¹⁷

ERDEM'e göre²¹⁸, muvazaa irade ile beyan arasında istenilerek oluşturulan uygunsuzluktur.

KILIÇOĞLU'na göre ise²¹⁹, iki kişinin gerçek iradelerini gizlemek suretiyle görünürde beyanda bulunmalarıdır.

Yargıtay'ın muhtelif kararlarından birine göre muvazaanın açık tanımı şu şekildedir:

“... muvazaa, kısaca irade ile beyan arasında bilerek yaratılmış olan uyumsuzluk olarak tanımlanabilir. Muvazaada taraflar, üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek iradelerine uygun olmayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacak bir görünüş yaratmak amacıyla anlaşmak suretiyle bazen aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımamalarına rağmen görünüşte bir sözleşme düzenlemektedirler(mutlak muvazaa) ya da gerçek iradelerine uygun şekilde yapmış oldukları sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlemektedirler(nisbi muvazaa).²²⁰

“Dava, tapu iptal ve tescil isteklerine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden toplanan delillerden davacının kayden maliki bulunduğu 29 parsel sayılı taşınmazdaki mesken nitelikli 1 nolu bağımsız bölümün yarı payını 30.5.2000 tarihli akitle satış yoluyla davalı eşine temlik ettiği görülmektedir.

²¹⁷ OĞUZMAN&ÖZ, s.109.

²¹⁸ ERDEM, Nazif, Borçlar kanunu Şerhi ve Davaları, Ankara 1987, s.79.

²¹⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 5.Bası, Ankara 2005,s.115.

²²⁰Y. 1. HD. 26.05.2005 T., 2005/6029 E. ve 2005/6521 K. sayılı kararı www.yargitay.gov.tr (02.06.2010).

Davacı, anılan işlemi evlilik birliği ilişkisinin sürdürülmesi amacıyla gerçekleştirildiğini ileri sürmüştür. İddianın belirtilen bu niteliği itibariyle temlikin iradi olarak gerçekleştirildiği açıktır. Davacı, bu işlemi yaparken tapuda satış göstermesine karşın temlikin bağış olduğunu belirtmiştir. Bu şekliyle kendi muvazaalı isteminden kaynaklanan olgu nedeniyle iptal isteğinde bulunmaktadır.

Bilindiği üzere; muvazaa kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir. Muvazaada taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak için anlaşarak bazen aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımadıkları halde görünüşte bir sözleşme yapmaktadırlar (mutlak muvazaa). Veya gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlemektedirler (nisbi muvazaa) Yanlar, ister salt bir görünüş yaratmak için, ister başka bir sözleşmeyi gizlemek amacıyla, sözleşme yapsınlar görünüşteki sözleşme gerçek iradelerine uymadığından, tabandaki sözleşmede tapulu taşınmazlarda şekil koşullarını taşımadığından geçersizdir.

Hernekadar muvazaayı düzenleyen B.K.nun 18. maddesinde ve öteki kanun hükümlerinde muvazaalı sözleşmelerin hüküm ve sonuçları hakkında bir açıklık bulunmamakta ise de; taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğurmayacağı, muvazaanın varlığının hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde bulundurulması gerektiği, belirli bir sürenin geçmesi, sebebin ortadan kalkması veya ilgililerin olur (icazet) vermesi ile geçerli hale gelmeyeceği, uygulamada ve bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmektedir.

Somut olaya gelince; davacı yukarıda açıklandığı anlamda iddiasını kanıtlar nitelikte bir belge ibraz etmiş değildir

Hal böyle olunca; davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru değildir.”²²¹

²²¹ Y. 1.HD. 11.04.2005 T., 2005/3715 E., 2005/4338 K. sayılı kararı (www.kazanci.com, 02.06.2010).

4.1. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN MUVAZAALI SAYILMASININ ŞARTLARI

Alt işveren konusunda ortaya çıkabilecek olan muvazaalı durumlar, İş K. madde2/7’de yer alan haller ile sınırlı değildir. İlgili madde hükmünde belirtildiği üzere, muvazaalı hallerin dışında da genel olarak ilişkisinin muvazaaya dayandığının iddia ve ispatı mümkündür. Fakat bu durumda yasal bir karine mevcut olmadığından muvazaanın ispatı işçiye düşmektedir.²²²

Doktrinde alt işveren ilişkisinde hangi hallerde muvazaa olduğuna ilişkin ölçütler, sadece kanunda belirtilen haller ile sınırlı değildir. Kanunda sayılmış olan muvazaa halleri, “aksi halde ve genel olarak” deyimini kullanılmış olduğundan bunlar dışındaki muvazaa hallerinin de mevcut olduğu kabul edilmektedir. Kanunda düzenlenmiş olan muvazaa hallerinin düzenlenmemiş olan muvazaa hallerine göre üstünlüğü ispat konusunda kendisini göstermektedir. Hukukta genel kural, herkesin kendi iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu şeklindedir. Ancak kişi iddiasını karine oluşturan bir olay ya da olguya dayandırıyor ise bu durumda ispat yükünden kurtulacaktır. Böyle bir halde ispat külfeti, karinenin aksini iddia edene düşmektedir.²²³

Uygulamada özellikle emek yoğun sektörlerde üretim yapılan işverenlerin, üretimin yapıldığı tesisin mülkiyeti, kullanım hakkı, üretim araçları ve teknolojisi ayrıca sigortalıların idare yetkisi kendilerinde kalmakla birlikte, işyerindeki çeşitli üretim aşamalarını bölerek alt işverenlere verdikleri görülmektedir. Bu uygulamada asıl işveren ve alt işveren arasında kurulan hukuki ilişkinin zemini,818 sayılı Borçlar Yasası’nın 355-371 maddelerinde düzenlenen “istisna akdi” hükmüne göre yapılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelere uygulamada, ”işçilik sözleşmesi”, ”Sosyal ve İdari Hizmetler Sözleşmesi”, Müteahhitlik Sözleşmesi”, Hizmet Taahhüt Sözleşmesi gibi isimler verilmektedir. Sözleşmelerde, alt işveren tarafından çalıştırılacak işçilerin sevk ve idaresinin asıl işverence sağlanacağı, sigortalıların işyerinde kullanacakları iş güvenliği

²²² SÜZEK, s.158-159.

²²³ AYDINLI, s.240.

araç ve gereçleri dahil her türlü malzemenin asıl işverence temin edileceği, yemek ihtiyacı yanında işyerine ulaşım hizmetlerinin de asıl işverence karşılıksız olarak yerine getirileceği yönünde açık düzenlemeler yapıldığı dikkat çekmektedir. Açıklanan türden sözleşmelerin yapılması sonrasında alt işverenler, Sosyal Güvenlik Kurumu ilgili ünitelerine başvurulara, asıl işverene ait işyerinde sözleşmede belirtilen konularda iş yüklendiklerini belirterek kendi adlarına ayrı işyeri dosyası tescil edilmesi talebinde bulunmaktadır. Sosyal Sigorta Kurumunda kendi adlarına ayrı işyeri dosyası tescil ettiren alt işverenlerin, işe aldıkları sigortalıları, sözleşmede belirtildiği gibi yemek, temizlik, güvenlik, ikram hizmetleri ve bahçe bakımı işlerinde değil doğrudan yapım veya imalat işlerinde asıl işverenin işçilere aynı yaka kartlarını verdikleri görülmektedir. O kadar ki bir ucunda asıl işverenin işçileri çalışan makinelerin diğer ucunda da işverenin işçilerinin çalıştırıldığı durumlarla sıkça karşılaşılmaktadır.²²⁴

4857 sayılı İş yasasının 2.maddesi son fıkrasında “ ... İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan... İşveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Yasal düzenlemeden anlaşılacağı üzere, alt işverenlik sıfatı, üstlenilen işin niteliği bakımından sınırlandırıldığı ve alt işverenin asıl işverenden aldığı işlerin, işletme ve işin gereği ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması şartı getirildiği görülmektedir. Diğer taraftan 4857 sayılı yeni iş yasasında,1475 sayılı eski yasadaki farklı olarak, işyerinde yürütülen asıl nitelikteki işlerin bazı istisnalar dışında bölünerek alt işverenlere verilmesinin de yasaklandığı görülmektedir. Muvazaalı alt işverenlik uygulamalarında,4857 sayılı İş Yasası'nın 2.maddesinde yer alan hükümlere aykırılık bulunmaktadır. Bu aykırılıklar, alt işverenin asıl işverene karşı üstlendiği işlerin, işletme ve işin gereği yada teknolojik nedenlerle uzmanlaşmayı gerektirecek işlerden olmamasından veya işyerindeki asıl işin, işletmenin, işin, teknoloji yada uzmanlaşmanın gereği olmaksızın bölünerek alt işverenlere verilmesinden ileri gelmektedir.4857 sayılı İş Yasası,1475 sayılı eski İş Yasası'nda yer almayan alt işveren-asıl işveren ilişkisinde birtakım kısıtlama ve yasaklamalar getirmiş, ayrıca bunlara aykırı hareket edilmesi halinde uygulanacak yaptırıma da yer vermiştir.Bu yaptırım 4857 sayılı İş Yasası'nın 2/7 maddesinde “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren

²²⁴ GEÇER Bekir, İş Hukuku İşveren Rehberi, Ankara 2005, s.52.

tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o iş yerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.” şeklinde ifade edilmiştir.

Anılan yasal düzenleme yapılmadan önce, yürürlükte bulunan 1475 sayılı eski İş Yasası'nın konu hakkında herhangi bir hüküm getirmemiş olması, o dönemde ortaya çıkan uyuşmazlıklara yargı kararları doğrultusunda çözüm bulunmasını zorunlu hale getirmiştir. 4857 sayılı İş Yasası'nın 5/3. maddesi “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bir işçiye doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz.” hükmünü getirmiş olup, aynı veya benzer işlerde çalışan, aynı veya benzer niteliklere sahip işçilerin farklı ücret ve sosyal haklara tabi tutulamayacağı vurgulanmıştır.

İşverenlerin işyerinde benzer işi yapan aynı nitelikteki işçileri belirgin biçimde farklı ücretle çalıştırmaları durumunda 4857 sayılı İş Yasası'nın 5/6 maddesinin “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki f. hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı hakları da talep edebilir.” hükmü gündeme gelmektedir. Bu bağlamda, yasal düzenlemelere aykırılık oluşturan muvazaalı alt işverenlik uygulamalarının yetkili denetim elemanlarınca saptanması durumunda, alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılan işçiler, işe başladıkları tarihten itibaren asıl işverenin işçisi sayıldığından asıl işveren, alt işverenin işçisine karşı başından itibaren eşit davranma ilkesini de ihlal etmiş olmaktadır. Böylelikle asıl işverenin, işçilerin talepleri halinde onlara tazminat ödeme ve yoksun bıraktığı hakları yerine getirme sorumluluğu doğmaktadır.²²⁵

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şu şekildedir:

“Temizlik işi, belediyenin asli işlerindedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6.maddesine göre asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık

²²⁵ GEÇER, s.53,54.

gerektiren işlerin alt işverene verilebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 7. fıkrasında ise "asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz. 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" kuralına yer verilmiştir. Buna göre, 24.12.2004 tarihinden önce davalı belediyenin asıl işlerinden olan temizlik işini alt işverene vermesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun anılan hükmü uyarınca mümkün olmadığından anılan tarihten önceki alt işverenlik ilişkisinin geçerli olmadığı ve bu işte çalıştırılan işçilerin davalı belediye işçileri olduğunun kabulü gerekir. 5272 ve 5393 sayılı Belediye Kanunlarının yürürlüğe girmesi ile birlikte temizlik işinin alt işveren e verilmesi mümkün hale gelmiş ise de, alt işverence asıl işveren işçilerinin işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmeleri suretiyle haklarının kısıtlanması söz konusu olduğundan 4857 sayılı İş Kanununun 2.maddesinin 7.fıkrası gereğince sonra kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin de muvazaalı olduğunun kabulü gerekmektedir".²²⁶

Belli başlı hangi hallerde muvazaanın söz konusu olacağına ekte yer verilmiştir:

4.1.1. Alt İşverenin Aldığı İşte İşçi Çalıştırmadan İş Bir Başka İşverene Vermesi

Asıl işverenden iş alan bir alt işveren, bu işte çalıştırmayıp işçilerini bir başka işverene vermektedir. Böylelikle ilk defa işi alan işveren aldığı işte işçi çalıştırmadığı için aslında alt işveren olmamakta, buna bağlı olarak da verilen iş açısından işin sahibi olan işveren de asıl işveren olmamaktadır. Ayrıca işi alan kişi, ilk işte işçi çalıştırmadığı için alt işveren olmamaktadır, aynı zamanda işi bir başkasına devrettiği için de asıl işveren sıfatına da haiz değildir. Böylelikle işi veren ve işi alan ilk işverenler asıl işveren olmakta ortaya çıkan müteselsil sorumluluktan kurtulmaktadırlar. Bu durum doktrinde muvazaalı sayılmıştır.²²⁷

Ancak bu tür işlerde çalışan işçilere karşı asıl işverenlerin İş K. 1.madde/son f.da öngörülen sorumluluklarının ortadan kalkması için bu yola gidildiği durumlarda kanuna

²²⁶ Y.9.HD. 19.06.2006 T., 2006/15067 E. ve 2006/17766 K.sayılı kararı (www.kazanci.com,02.06.2010).

²²⁷ CANBOLAT, s.28-29.

karşı hile olduğundan söz edilebilir. Çünkü kanunen geçerli olabilecek bu tür işlemler, kanuna aykırı amaç olan asıl işverenlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yönelik olarak yapılmaktadır. Bu durumda BK. 19. ve 20. maddeleri gereğince, asıl işveren ile bundan iş alan kimse arasındaki sözleşme ve aldığı işte işçi çalıştırmaksızın başkasına veren kimse ile bundan iş alan kişilerin arasındaki sözleşme geçersiz olacaktır. Bu yüzden asıl işverenlerin çalışan işçilere karşı İş K. 1.m/son f.da yer alan sorumluluklarının olduğu veya bu işçilerin doğrudan asıl işverenin işçisi oldukları kabul edilmelidir.²²⁸

4.1.2. Asıl İşveren Sifatının Bulunmaması

Asıl işverenin işveren sıfatı, alt işverene verdiği iş düzenlemesi açısından devam etmelidir. İşverenlik sıfatının devamı için bağlantılı olduğu iş organizasyonu içinde işçi çalıştırılması gerekmektedir. İş veren tarafın ya da ihale makamının verilen işi kontrolü ya da denetimi amacıyla birkaç elemanı işçi olarak bulundurması, asıl işverenlik sıfatının varlığı için yeterli değildir, böylece alt işveren ilişkisi kurulmuş olmayacaktır. Yani asıl işveren, kendisine bağlı işçi çalıştırmadan bazı kişilere iş veriyorsa bu ilişkide asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmaz. Fakat asıl işveren durumunda olması gereken tarafın kendini sadece başkalarına ihale yoluyla veya farklı hukuki ilişkiler içerisinde (kira, istisna, anahtar teslimi, yap-işlet-devret gibi) işi veren şeklinde görmesi işin niteliğine aykırı bir özellik taşıyorsa bu ilişkinin muvazaalı alt işveren ilişkisi olduğundan söz edilebilir.²²⁹

Buna karşılık birçok Yargıtay kararında, alt işverenin asıl işverenin işyerinde iş görmesi zorunlu bir unsur sayılırken, aynı alt işverenin işçilerinin asıl işveren işçileri ile aynı işyerinde çalışmalarının muvazaalı sayılması önemli bir çelişkidir. Hem asıl işverenin işveren sıfatının alt işverene verdiği iş bakımından devam etmesi hem de alt işverenin asıl işverenin işyerinde iş görmesi gibi şartların alt işveren ilişkilerinin zorunlu unsurları olarak aranırken, aynı zamanda asıl işverenin işçileri ile alt işverenin işçilerinin aynı işyerinde iş yapmalarının muvazaa ölçütü olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

²²⁸ CANBOLAT, s.30.

²²⁹ AYDINLI, s.242.

Bu konuda doktrinde 2 görüş bulunmaktadır.

EYRENCİ&TAŞKENT&ULUCAN ve MOLLAMAHMUTOĞLU'na göre, asıl işveren alt işverene verdiği işte işçi çalıştırmaya devam ediyorsa alt işverenlik ilişkisi oluşmayacaktır. Bu görüş, kanun gerekçesinde bulunan "... 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 ise alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkan vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır" ifadesi ile bağdaştırılmaktadır.²³⁰

AKYİĞİT'e göre ise, kanunun gerekçesindeki ifadeler mutlak bir yasak getirmemektedir. Bunun yanı sıra kanunda sadece asıl işin bir bölümü verildiğinde, iki işverenin aynı anda verilen işte işçi çalıştırılmayacağı belirlenmiştir. Bu durum ise asıl işin bir bölümü için doğaldır. Çünkü asıl işin bir bölümü asıl işverenin uzmanlık alanının dışına çıktığı için alt işverenin uzmanlığına gerek duyulmaktadır. Kanunda bu yüzden asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde birtakım koşullar getirilmiştir. Yardımcı işlerde ise böyle bir koşul aranmamakta olup asıl işverenin işçileri yardımcı işlerde alt işverenin işçileri ile birlikte çalışabilirler. Bunu yasaklayan bir kanun hükmü veya kanun gerekçesi bulunmamaktadır.²³¹

AYDINLI'ya göre ise, bu çelişkinin çözümü asıl işverenin verdiği işte değil, verdiği işe ilişkin iş organizasyonunda hala işçi çalıştırıyor olmasının yeterli görülmesinde yatmaktadır. Bu görüşe göre, eğer asıl işverenin işveren sıfatının verdiği iş açısından devam etmesi dar yorumlanacak olursa buna uygun alt işverenlik ilişkisinin uygulamada gerçekleşmesi neredeyse imkansız olacaktır. Örneğin; asıl işin bir bölümü olan overlok işinin kanundaki koşullara uygun şekilde alt işverene verildiği bir tekstil fabrikasında, asıl işverenin verdiği işte işçi çalıştırmaması doğal karşılanacaktır. Önemli olan, asıl işverenin iş yapılanması içindeki diğer işlerde işçi çalıştırmaya devam etmesi yeterli ve gerekli görülmelidir.²³²

²³⁰ EYRENCİ&TAŞKENT&ULUCAN,s.36., MOLLAMAHMUTOĞLU, s.180.

²³¹ AKYİĞİT, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2008, s.97.

²³² AYDINLI, s.243.

4.1.3. Alt İşverenin Asıl İşverenden Aldığı İşte Sadece Görevlendirdiği İşçilerini Çalıştırmaması

Alt işverenin asıl işverenden aldığı işte sadece görevlendirdiği işçilerini çalıştırması şartı, doktrine alt işveren ilişkisinin kurucu unsurları arasında sayılmıştır. Bu kurucu unsur aynı zamanda asıl işverenin alt işverenin haklarından müteselsil sorumluluğunun da kaynağını oluşturmaktadır. Asıl işveren bu sorumluluktan kurtulmak amacıyla alt işveren için görevlendirdiği işçilerini aynı zamanda dönüşümlü şekilde başka yerlerde de kullanmasına ilişkin olarak talimat vermekte ise bu durumun muvazaalı olup olmadığı araştırılması gerekir. Asıl işverenin bu şekilde çalıştırmak için özellikle alt işverene talimat vermesi işin niteliğinden kaynaklanmadığı sürece kanunda bulunan yaptırım uygulanmalıdır.²³³

Örneğin; asansör montajı işini alan bir alt işverenin işçisi, bu inşaat işyerinde asıl işverenin dış sıva ya da çatı yapımı gibi diğer işlerinde de çalıştırılırsa, bu işçi açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Oysa asansör montajında çalışan işçiler yönünden böyle bir ilişki mevcuttur.²³⁴

Yargıtay'ın bir kararında, alt işveren işçisinin asıl işverenin işçileri ile birlikte çalışmasının muvazaayı gösterdiği ifade edilmiştir.

Kararda "...Alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçileri ile birlikte üretim işinde yan yana çalışmalarını halinde, ortada muvazaalı bir durumun mevcut olduğu ve gerçek işverenin sorumlu tutulması gerektiği" belirtilmiştir.²³⁵

²³³ AYDINLI, s.243.

²³⁴ ÇANKAYA&ÇİL, s.28.

²³⁵ Y. 9.HD. 17.01.2006 T.,2005/37074 E. ve 2005/348 K.sayılı kararı (ÇANKAYA&ÇİL,s.222).

4.1.4. Asıl İşverenin Alt İşveren İşçileri Üzerinde Yönetim Hakkını Doğrudan Kullanması

Doktrinde asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde yönetim hakkına dayanarak emir ve talimat vermesi, alt işveren ilişkisinin muvazaalı sayılmasını gerektiren hallerden biri olarak değerlendirilmektedir. Kural olarak alt işverenin işçileri üzerindeki yönetim yetkisini alt işverenden asıl işveren alamaz. Çünkü alt işveren asıl işverenden bağımsız işverendir. Bu nedenle asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde yönetim hakkından kaynaklanan yetkilerden istediğini kullanması alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun en önemli kanıtları arasında yer almaktadır. Bir işverenin işçileri üzerinde yönetim hakkına sahip olması iş sözleşmesinin işverene verdiği en tabi yetkidir. Bu nedenle aralarında iş sözleşmesi bulunmamasına rağmen bir başka işverenin yönetim yetkisini kullanarak işçilere işe ilişkin ve her konuda emir ve talimat vermesi veya her türlü işçilik haklarının belirlemesi veya işçi alımı ve çıkarılması gibi iş sözleşmesi kuran ve sonlandıran işlemleri yapması olağan karşılanmamalıdır. Ayrıca asıl işverenin hukuka uygun olarak kurulan alt işveren ilişkisi içinde çalışan alt işveren işçilerinden müteselsilen sorumlu olması, ister istemez asıl işverenin alt işverenin işçileri üzerinde yönetim hakkını gerektiği kadar kullanmasını doğurur. Örneğin, tüm işyerine ilişkin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması veya alt işverenin yaptığı işin özellikle teknik anlamda bağımlılığından dolayı işin yönetiminde bütünlük gerektiğinden, asıl işverence kendi işçilerine olduğu gibi alt işveren işçilerine de üretim süreci boyunca talimat verilmesi veya işyerinin genel düzenini ilgilendiren disiplin kurallarının tüm işçilere uygulanmak zorunda olması bunlara verilecek örneklerdendir. Ancak bunun dışında alt işverenin işçilerine karşı doğrudan edim yükümlülüğüne bağlı işçilik haklarına ilişkin olarak asıl işverenin işlemler yapması veya iş sözleşmelerini feshetmesi ya da alt işveren yerine geçip onun adına işyerine işçi alması gibi haller işin gereğinden çok asıl işverenin alt işveren yerine yönetim hakkını doğrudan kullandığını gösterir. Bu gibi yaptırımları asıl işveren alt işveren adına yapma yetkisine sahip değildir. Asıl işverenin alt işveren üzerindeki yönetim yetkisi sınırlıdır. Bu sınır ise alt işverene verilen işin yapılmasına ilişkindir. Bunun dışında asıl işveren yapılan işin detaylarına yönelik emir ve talimat veremez. Yapılan işin detayına ilişkin emir ve talimat verme yetkisi alt işverene aittir. Asıl işveren sadece alt işverenin işin süresi, temposu ve işin yürütümüne yönelik emir ve talimat verip vermediğine ilişkin denetim yapabilir. Sonuç olarak sırf

yönetim hakkının kullanılmasını doğrudan muvazaaya saymak hatalıdır. Yönetim hakkının içeriğine bakarak konuyu ikili bir yaklaşım içinde çözüme kavuşturmak hem asıl işverenin müteselsil sorumluluğuna, hem iş ilişkisi kavramına, hem de işyerlerindeki üretim sürecinin gerektirdiği şartların zorlanmasına uyum sağlamaktır. Aksi düşünülürse her türlü yönetim hakkının kullanılmasının muvazaaya sayılması uygulamada hukuka uygun davranan asıl işverenleri sonu gelmez bir hukuki sıkıntı içine düşmesine neden olacaktır.²³⁶

4.1.5. Asıl İşverenin İşçilerinin Sayısını Düşürmek İçin Alt İşverene İş Vermesi

İşçilik haklarının kısıtlanması veya ortadan kaldırılması amacıyla başvuru alan, işçi sayısının azaltılmasına yönelik alt işveren uygulamalarının doğrudan muvazaalı olduğu kabul edilmektedir. Örneğin; iş güvencesi hükmünün sayısal şartının uygulama alanını daraltmak veya yok etmek ya da sendikal örgütlenmeyi zorlaştırmak veya işçi sayısına bağlanmış olan işyeri hekimi, teknik eleman istihdam etme veya toplu işçi çıkarmadan doğan yükümlülükleri ortadan kaldırmak için alt işveren kurumuna başvurularak, asıl işverene bağlı işçi sayısını düşürmek doğrudan muvazaaya sonucu doğuran uygulamalardır.²³⁷

4.1.6. İşyerinde Çalışan İşçilerin Görünürde Alt İşverenlere Bağlanmış Olması

İşverenlerin muvazaalı alt işveren ilişkisini önlemeye yönelik olarak İş K. 2.maddesinin son fıkrasında işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Aslında alt işveren asıl işverenin işçilerini işe alabilecek fakat aynı ya da daha iyi ücret ve çalışma şartlarıyla çalışmaya devam edebilecektir. Bu hükümlerle beraber çalışma koşulları, ücretleri belirli düzeye çıkmış olan işçilerin alt işverene verilmesi görüntüsünün altında, daha düşük çalışma şartları altında çalıştırılarak hak kaybına uğramaları önlenmek istenmiştir.²³⁸

Uygulamada bazı işverenler işyerini devretmeden, işyerinde kendi işçi sayısını en aza indirmek veya tamamen kendine bağlı işçi çalıştırmadan işyerini bölümlere ayırarak

²³⁶ AYDINLI, s.243-244.

²³⁷ AYDINLI, s.243-246.

²³⁸ SÜZEK, s.157.

işleri alt işverene vermektedir. Özellikle böyle durumlarda işveren güvendiği kendi işçilerine alt işveren olarak işleri bölerek vermektedir. Çünkü işverenin buradaki amacı işi bırakmak değil kendine bağlı işçilerin haklarını asgari seviyeden ödemek ve toplu iş hukukundan kaynaklanan bir takım yükümlülüklerin önüne geçmektir. Böylece işyerindeki işlerin her bir alt işverene verilmesi sonucunda işyerinde birden fazla işveren ortaya çıktığı için sendikal örgütlenme ve toplu iş sözleşmesi yapmak pratikte neredeyse mümkün olmaktan çıkmaktadır. Yine işyerlerinde sözleşme süreleri bitmesinden dolayı alt işverenler değişmesine rağmen yanlarında işçilerini götürmeleri gerekirken işçiler işyerinde kalmakta ve çalışmaları aralıksız olarak devam etmektedirler. Yeni alt işveren geldiğinde işçiler bu alt işverene iş sözleşmesi ile hukuken bağlanmaktadır. Bunun sonucunda işyerinin sahibi olan işverenin asıl amacı alt işverene iş vermek değil, çalışan işçilerin işçilik haklarını asgari ücrete endeksli olarak ödemektir. İkinci amacı ise alt işverenlerle pek yapılanmayan toplu iş sözleşmesinin yapılmasının önüne geçmektir. Veya kendinin taraf olduğu iş sözleşmesinin kapsamını daraltmaktır. Tüm bu alt işveren ilişkileri belirtilen durumlar için başvurulduğundan muvazaalı olarak ortaya çıkmaktadır.²³⁹

Konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir:

“Davacının davalı belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi günü taşeron şirket tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VII. maddesi uyarınca, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır.

Öte yandan işletmenin mevsim gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğinden ve temizlik işinin

²³⁹ AYDINLI, s.247.

belediyelerin asli işi olduğundan işin taşeron şirkete devri geçerli kabul edilemez. İşin taşerona devri nedeniyle yapılan fesih geçerli sayılamaz. Davacının feshi takip eden gün davalı belediyenin taşeron ile yaptığı sözleşme uyarınca olsa da taşeron nezdinde çalışmaya başlatılması feshin geçersizliğinin istenilmesinde hukuki yarar bulunmadığını göstermez.²⁴⁰

Uygulamada sıkça görüldüğü gibi asıl işveren tarafından muvazaalı ihaleler yoluyla arka arkaya iş verilen alt işverenlerin değişmesine rağmen, alt işveren işçisi olarak gösterilen işçiler hep aynı kalmakta, iş akitleri sona erdirilmemekte, işyerinde çalışmaya devam etmektedirler. Bu gibi muvazaalı durumlarda, işçilerin aynı kalarak, görünüşte alt işverenlerin şahsında meydana gelen değişiklikler gerçek bir işveren değişikliği sayılmaz, İş K. m.2/f.7 uyarınca işçiler asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.

4.1.7. İşçi Temini Sözleşmesini Alt İşveren İlişkisi Olarak Göstermek

Uygulamada tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermek, böylece alt işveren işçisi olarak gösterdikleri işçileri daha düşük ücret ve çalışma koşullarında çalıştırmak yolunu gittikleri gözlenmektedir. Belirli işlerde çalıştırmak üzere işçi teminine yönelik bir sözleşme, asıl işveren alt işveren ilişkisine esas oluşturmaz.²⁴¹

Nitekim Yargıtay da kararlarında bu gibi uygulamaları muvazaalı işlem olarak kabul etmekte ve söz konusu işçilerin asıl işverenin işçisi olduğunu isabetli olarak hükme bağlamaktadır:

-“Davacı, feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 90.maddesi uyarınca Türkiye İş Kurumundan 16.8.2004 - 16.8.2007 tarihleri arasında çalışmak üzere özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunmak üzere izin alan dava dışı A. İstihdam Hizmetleri Ltd.Şti.nden ve yasanın yürürlük başlangıç tarihinden önce davalı A. Hizmet ve Danışmanlık A.Ş.nin davacıyı istihdam edecek bir işyeri olmaksızın yaptığı sözleşme iş bulmaya aracılık sözleşmesinde olup, davacı ile

²⁴⁰ Y.9.HD.,11.07.2005 T., 2005/18822 E.ve 2005/24469 K.sayılı kararı. (www. kazanci.com.tr,04.06.2010).

²⁴¹ SÜZEK, s.159.

aralarında iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlı olarak iş görme söz konusu değildir.

Böyle olunca belirli süreli olarak düzenlenen iş sözleşmesine itibar edilemez. Öte yandan diğer davalı İ. T. Ltd.Şirketi ile davacının arasında fiili iş sözleşmesi geçerli bir neden bulunmaksızın feshedilmiş bulunmaktadır. Bu durumda davanın kabulü yerine reddedilmesi hatalıdır.”²⁴²

-“Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim yada hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok, işçi temini söz konusu olur. Özellikle aynı nedenle dava açan işçilerin açmış olduğu davada verilen çelişkili karar da dikkate alınarak, daha önceki yıllarda bu yönde verilen karar bulunup bulunmadığı araştırılmalı, alt işveren işçilerinin tümünün ve davacının somut olarak işe girdiği tarihten fesih tarihine kadar hangi işte çalıştırıldığı, yaptığı işin sözleşme ile üstlenilen, değilse yardımcı veya asıl iş olup olmadığı, bu işte çalıştırılmasının geçici veya süreklilik gösterip göstermediği somut olarak belirlenmeli, davalılar arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisi, muvazaa, işçi temini kavramları yönünden yukarıdaki açıklamalara göre yeniden değerlendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.”²⁴³

Yargıtay’ın işçi teminine yönelik sözleşmelerle asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulamayacağına dair kararlarından biri de şu şekildedir:

MUVAZAALI İŞ AKDİ (İşletmenin ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşler Dışında Asıl İş Bölünerek Alt İşverenlere Verilemeyeceği - Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebi)

²⁴² Y.9.HD.,04.04.2005 T.,2005/7774E. ve 2005/11838 K.sayılı kararı (www.kazanci.com,02.02.2010).

²⁴³ Y.9.HD.22.12.2008 T., 2008/41355 E.ve 2008/34683K.sayılı kararı (www.kazanci.com,04,06.2010).

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı şirket, davacının dava dışı İlke Personel Yönetimi Ve Taşeronluk Hizm.Ltd.Şti.nin elemanı olduğunu, iş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışları nedeni ile son verildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece sigorta kayıtlarına göre davacının dava dışı İlke Personel Yönetimi ve Taşeronluk Hizm.Ltd.Şti.nde çalıştığı, davanın anılan şirkete karşı açılması gerekirken aralarında hizmet ilişkisi bulunmayan davalı şirket hakkında açıldığı, bu durumun ıslah sureti ile düzeltilemeyeceği, temsilde yanılma olarak da değerlendirilemeyeceği gerekçesi ile davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmiştir.

Buna göre işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi mümkün olmadığı gibi, işçi temini amacıyla yapılan sözleşmeler de söz konusu hükümler kapsamında değerlendirilemez. Sözü edilen sözleşme ile dava dışı şirkete yaptırılan işin davalı şirketin asli işi olduğu açıktır. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olduğu da ispatlanmış değildir. İş sözleşmesinin davalı şirket tarafından feshedilmiş olduğu da dikkate alındığında davalı şirket ile dava dışı İlke Personel Yönetimi ve Taşeronluk Hizm.Ltd.Şti. arasında yapılan sözleşmenin geçersiz olduğu ve aralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığı kabul edilmelidir. Böyle olunca, davacının tek ve gerçek işvereni davalı şirket olup, davacının sigorta kayıtlarında dava dışı firmanın işçisi gibi gösterilmesinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilmelidir. Muvazaa olgusu, re'sen dikkate alınmalıdır. Mahkemece işin esasına girilerek; tarafların tanıkları dinlendikten ve varsa diğer delilleri toplandıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi yerine, yazılı gerekçe ile davanın husumet yönünden reddi hatalıdır.²⁴⁴

²⁴⁴ Y. 9.HD. 12.2.2007 T., 2006/32217 E. ve 2007/3258 K.sayılı kararı(www.kazanci.com, 04.06.2010).

4.1.8. Muvazaanın Tespitinde Yardımcı Kriterler

Doktrinde bazı durumların tek başına alt işveren ilişkisinin muvazaalı sayılmasına yetmediği halde bunların muvazaanın tespitinde ön bulgular olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Örneğin alt işverenin sermaye azlığı veya çokluğu ihale ile verilen işin alt işveren üzerinde kalması, işin yapılmasında kullanılan araç ve gereçlerin asıl işverence sağlanmış olması ve alt işverenin aldığı işe göre uzmanlık alanının uygunsuzluğu veya alt işverenin hukuki bağımsızlığının görünüşte olması, kendisine ait bağımsız bir işyerinin veya işletme anlamında organizasyonunun olmaması, gibi haller muvazaanın tespitinde yardımcı kriterlerdir.²⁴⁵

4.2. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA İDDİASININ İSPATI

4.2.1. İspat Yükü

Muvazaada genel kurallara göre, muvazaa iddiasında bulunan şahıs iddiasını ispat etmek zorundadır. Muvazaa iddiası, ister açılmış olan bir davada itiraz yolu ile ister dava açmak suretiyle ileri sürülmüş olsun, ispata ilişkin genel kural değişmeyecektir. Fakat kanunun aksini emrettiği ya da HUMK 239. Maddesinde belirtilen hallerde ispat külfeti yer değiştirebilir. Yapılan sözleşmenin geçerliliği ve ispatı bir şekilde bağlı değilse, muvazaa iddiasının ispatı da bir şekilde tabi olamaz. Sözleşmede muvazaa olduğu her türlü delil ile ispatlanabilir. Adi senede bağlı bir sözleşmeye karşı aynı sözleşmenin tarafları ya da haleflerinin ileri sürecekleri muvazaa iddiası yazılı delil ile ispatlanmalıdır. Sözleşme dışında kalan üçüncü kişilerin ise senede karşı yazılı delil getirme imkanları olmayacağından her türlü delil ile ispatlayabilirler.²⁴⁶

Bir yazılı delilin aksinin aynı kuvvette bir delil ile ispatlanması yönünde yaygın görüş mevcuttur. Ancak muvazaada amaç gizliliklidir. Taraflar değişik bir görünüş ortaya çıkarmak, üçüncü kişileri aldatmak için aralarında bazı şeyleri gizlemeye karar verirler. Bu durumda resmi senede karşı muvazaa iddiasının resmi senetle ispatı gerekeceği görüşü kabul edilirse, resmi senede karşı muvazaa iddiasının ispatı oldukça zorlaşır ve

²⁴⁵ AYDINLI, s.247,248.

²⁴⁶ ÖZKAYA Eraslan, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 3.Bası, Ankara 2004,s.200.

hatta imkansız hale gelir. Bu yüzden öğreti ve uygulamada, resmi sözleşmeye karşı muvazaa iddiasının sadece yazılı delil ile ispatı yeterli görülmektedir.²⁴⁷

Alt işveren ilişkisinde doktrinde²⁴⁸ kanuni karine olarak kabul edilen hallerin dışında muvazaanın kim tarafından ve nasıl ispat edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yüzden alt işveren ilişkisinde ispat yükü ve şeklinin genel hükümlere göre belirleneceği söylenebilir. İspat hukukuna göre kanunda aksine bir karine bulunmadığı sürece, taraflardan her biri, hakkını dayandırmış olduğu olguların varlığını ispat etmekle yükümlüdür. Fakat iddiasını bir karineye dayandıran kişi, ispat yükünden kurtulmaktadır (MK.madde7).

Bu yüzden asıl kural, muvazaa iddiasında bulunan tarafın iddiasını ispatla yükümlü olduğu şeklindedir. Fakat işçiye yüklenen bu ispat yükü, yer değiştirerek işverene de geçebilir. Çünkü iş hukuku doktrininde mevcut, alt işveren ilişkisine getirilmiş olan sınırlamaların adi yasal karine olduğu kabul edildiğinden alt işveren ilişkileri gerçekleştiğinde ispat yükü muvazaa iddiasında bulunanda değil de işverene yüklenmektedir. Bu durumda işverenin, alt işveren ilişkisinde muvazaanın olmadığını ispatlaması gerekmektedir.²⁴⁹

İspat ile ilgili olarak doktrinde, 4857 sayılı yasa öncesinde kurulmuş alt işveren ilişkilerinde, yeni kanunla getirilen kanuni karinenin ispat yükünü etkileyip etkilemeyeceği hususu tartışmalıdır.

SÜZEK'e göre, Yeni İş Kanunu öncesinde kurulmuş olan alt işveren ilişkilerinde kanuni karine mevcut olmadığından, muvazaalı işlemi her zaman işçi ispatlamalıdır. Yeni kanun döneminde ise muvazaa iddiasında bulunan işçiler için kanuni karine getirilmiş olduğundan ispat yükü yer değiştirmekte ve işveren tarafına yüklenmektedir. Bu görüşe göre, 4857 sayılı kanun hem mevcut iş ilişkilerini hem de bundan sonra oluşacak olanları etkilemelidir. Fakat yasal karineyi ispatlama yükümlülüğünün yer değiştirmesi yönündeki etki, eski yasa dönemindeki ilişkileri etkilemeyecektir.²⁵⁰

²⁴⁷ ÖZKAYA, s.200.

²⁴⁸ ALPAGUT, s.21,SÜZEK, s.149.

²⁴⁹ AYDINLI, s.270.

²⁵⁰ SÜZEK, s.149.

AKYİĞİT ise, eski kanun zamanında kurulmuş olan alt işveren ilişkilerinin yapıları, yeni kanun düzenlemesine uygun değilse muvazaalı sayılmakta bu durumda sonraki kusursuz imkansızlık sebebiyle ilişkinin geçersiz sayılması gerektiğini bildirmektedir. Bu görüşe göre, alt işveren ilişkisi kurulduktan sonraki kanun değişikliğinin tarafların kusuru olmaksızın gerçekleşmiş olan bir sonraki kusursuz imkansızlık olduğu ve ilişkinin kendiliğinden geçersizlik sebebiyle sona ereceğini, tarafların da kusursuzlukları nedeniyle hukuki sorumluluklarının olmadığını bildirmektedir. Yazar, bu sorunun 4857 sayılı yasa dönemi öncesinde kurulmuş ve yeni yasada devam eden alt işveren ilişkilerinde, yeni kanunda aranacak olan koşulların aranmayacağını belirten bir geçiş düzenlemesi yapılarak sona erdirilebileceğini belirtmektedir.²⁵¹

4.2.2. İspat Şekli

Muvazaa, iki tarafın iradesiyle beyanları arasında istenerek oluşturulan bir durumdur. BK.madde18/I'e göre, bir sözleşmenin şekil ve şartlarının belirlenmesinde, iki tarafın sözleşmenin gerçek niteliğini gizlemek için kullandıkları isim ve deyimlere bakılmaksızın tarafların birbirlerine uygun gerçek iradelerinin aranması gerekmektedir. Muvazaa, tarafların gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapmalarıdır.²⁵²

Muvazaa iki çeşit olup; birinci hal olan mutlak muvazaada tarafların, gerçekte herhangi bir işlemi yapmayı düşünmelerine karşılık, sadece üçüncü kişileri aldatma amacıyla bir işlem yapmış gibi görünmek için görünüşte işlem yapmaları söz konusudur. Burada taraflar, gerçekte hiçbir sözleşme yapmak istememekte ve görünürdeki sözleşme ile üçüncü kişileri aldatmaktadırlar. Bir diğer muvazaa çeşidi olan nisbi muvazaada ise, taraflar görünürdeki işlemin arkasında görünürdeki işlemin arkasındaki işleme gizli işlem denilmektedir. Muvazaalı işleme bağlanan hukuki sonuç ise butlandır. Muvazaalı işlem, gerçekte hukuk bir işlem olarak kabul edilmez. Bu nedenlerle, muvazaalı işlem sonucunda taraflar arasında herhangi bir alacak ve borç doğmayacaktır, işlemin geçersizliği nedeniyle taraflar zarara uğramış olsalar dahi, zararı birbirlerinden talep edemezler. Çünkü zarara uğrayan taraf, bu durumu kendi iradesiyle kabul etmiş

²⁵¹ AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 122.

²⁵² EREN,s.324.

bulunmaktadır. Muvazaa işlemi batıl olduğu için, her zaman ileri sürülebilir. Hakim re'sen nazara alır. Muvazaayı ileri sürme bir defa değil itirazdır.²⁵³

Taraflar, muvazaalı işlemi şekle uygun bir hukuki işlem olarak gerçekleştirilmemişlerse bu durumda her türlü delil ile ispatlanabilir. Fakat eğer muvazaalı sözleşme, kanuni veya iradi olarak yazılı ya da resmi şekilde yapılan bir işlem ise bu durumda senede karşı senet kuralı (HUMK m.290) gereğince muvazaalı işlem taraflarınca en azından yazılı olarak ispatlanmalıdır. Hukuki işleme taraf olup, işlemin muvazaa nedeniyle geçersizliğini iddia eden kimse, iddiasının adi ya da resmi bir senetle (kesin bir delil ile) ispat etmek zorundadır. Hukuki işlem, resmi şekilde yapılmış olsa dahi, tarafların muvazaa iddiasını adi senetle ispatı mümkündür.²⁵⁴

Muvazaalı işlemi 3.kişiler, her türlü delil ve şahitle ispat edebilirler. 3.kişiler muvazaalı işlemin tarafı olmadıklarından, bu kişilerden yazılı delil istenmesi mümkün değildir. Bu kişiler, işlemin yapılmasına tanık olmamış, işlemin dışında kalmışlardır. Muvazaa iddiaları işlemin geçerlilik şartı ile bağlı olunmaksızın her türlü delille ispatlanabilecektir. Taraflardan biri, muvazaalı sözleşmenin geçersiz olduğunu, açılmış bir davada itiraz olarak veya bağımsız bir muvazaa iddiası olarak ileri sürerse bu durumun varlığını ispatlamak zorundadır. HUMK 290. maddesine göre, taraflar yazılı veya resmi olarak yaptıkları bir sözleşmedeki muvazaayı ispat etmek amacıyla yazılı ya da resmi delil getirmek zorundadırlar. Bu tür işlemlerde tanık dinlenemez.²⁵⁵

5763 sayılı yasa ile getirilen değişiklik öncesinde alt işverenlik sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği yönünde bir düzenleme yasalarda bulunmuyordu. 5763 sayılı yasa ile değişik 4857 sayılı İş Kanununun 3.maddesine eklenen fıkrada yazılı şekil şartından söz edilmiştir. Yasanın gerekçesinde de, alt işverenlik ilişkisinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmek için yazılı şekil şartının getirildiği açıklanmıştır. Konuyla ilgili çıkarılan Alt İşveren Yönetmeliğinde de yazılı şekil şartı yer almaktadır.²⁵⁶

²⁵³ EREN, s.331.

²⁵⁴ REİSOĞLU, s.93.

²⁵⁵ EREN, s.338.

²⁵⁶ SÜZEK, s.41.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarından biri şu şekildedir:

ÖZET : Dava, taraf muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali, tescil, birleşen dava ise elatmanın önlenilmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir. Muvazaanın varlığını iddia eden taraf veya bunların ardılı (halefi) sıfatı ile hareket eden, başka bir anlatımla sözleşmenin yanlarından birine teb'an dava açan kişi Medeni Kanunun 6. maddesi gereğince bu iddiasını isbat etmek zorundadır. Senede bağlı bir sözleşmeye karşı muvazaa iddiası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288 ve 290. maddelerinde belirtildiği üzere ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme aynı kanunun 293. maddesinde sözü edilen yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi muvazaanın yazılı delille isbat edilmesi gerekir. Böyle bir sözleşmenin resmi şekilde yapılması halinde dahi olayın özelliği itibariyle adi yazılı delilin yeterli olacağı öğretide ve kararlılık kazanmış içtihatlarda ortaklaşa kabul edilmiştir.

...Öte yandan, muvazaanın varlığını iddia eden taraf veya bunların ardılı (halefi) sıfatı ile hareket eden, başka bir anlatımla sözleşmenin yanlarından birine teb'an dava açan kişi Medeni Kanunun 6. maddesi gereğince bu iddiasını isbat etmek zorundadır. Senede bağlı bir sözleşmeye karşı muvazaa iddiası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288 ve 290. maddelerinde belirtildiği üzere ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme aynı kanunun 293. maddesinde sözü edilen yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi muvazaanın yazılı delille isbat edilmesi gerekir. Böyle bir sözleşmenin resmi şekilde yapılması halinde dahi olayın özelliği itibariyle adi yazılı delilin yeterli olacağı öğretide ve kararlılık kazanmış içtihatlarda ortaklaşa kabul edilmiştir. İşte bu görüşten hareketle 5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında taraf muvazaası ve takma ad (namı-müstear)davalarında iddianın ancak yazılı delille kanıtlanabileceği kabul edilmiştir.

Somut olaya gelince; davacı tarafından dosyaya ibraz edilen 29.6.1996 tarihli belgede temlik sebebi belirtilmediği gibi 25.10.1996 tarihinde yapılan satış işleminden sonra düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Aktin bozulması sebebi olarak düzenlenen belgenin akte mukaddem en geç akit tarihinde düzenlenmiş olması halinde, yukarıda açıklanan ilkelerde öngörülen muvazaaa belgesi olarak kabulü olanaklıdır. Oysa, belgenin satış tarihinden sonra düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, tapu iptali ve tescil davasının reddine, birleştirilen dava yönünde ise gerekli araştırmanın yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanlış gerekçe ve yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. Davalı (k.davacı) vekilinin bu yönlere değinen temyiz itirazları yerindedir.”²⁵⁷

4.2.3. Muvazaanın İş Müfettişleri Tarafından Denetlenmesi

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaaa iddiası halinde yargıç, mevcut delillere göre muvazaanın var olduğu kanaatine varırsa muvazaaa mahkeme hükmüyle hukuen sabit olur.

Bunun yanı sıra 4857 sayılı İş Kanununun 3. maddesinin 5763 sayılı kanunla değişik 2. fıkrası, muvazaanın iş müfettişlerince tespitini olanaklı kılmaktadır.²⁵⁸

İş K. 3.madde/2.f.sı 15.05.2008 T. ve 5763 sayılı yasa ile değişikliğe uğratılmıştır. Bunun nedeni de, yasanın gerekçesine göre şöyle açıklanmaktadır: “Uygulamada asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin amacına aykırı kullanımını engellemek amacıyla alt işverenlik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiş ve Bölge müdürlüklerine, alt işverenliğin tescilinden sonra inceleme yapma yetkisi verilmiştir”.

İş K.3.m/değişik 2.f. hükmüne göre, “Bu kanunun 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren, kendi işyeri tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgeleri ile beraber, birinci fıkraya göre bildirim yapmak zorundadır. Bölge müdürlüklerince tescili yapılan bu işyerine ilişkin belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenebilir. İnceleme neticesinde muvazaalı bir işlem tespit edilirse, bu tespite ait gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilecektir. Bu

²⁵⁷ Y.1.HD. 29.09.2004 T., 2004/5930 E. ve 2004/10052 K. sayılı kararı (www.kazanci.com,02.06.2010).

²⁵⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.177.

rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı iş gününün içinde işverenler tarafından yetkili iş mahkemesine itirazda bulunulabilir. Rapora karşı altı iş günü içinde itiraz edilmediyse veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamışsa tescil işlemi iptal edilecektir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri olarak kabul edilecektir”.

Kanun koyucu, bu hükümlerle birlikte muvazaalı alt işveren ilişkisinin önlenmesini amaçlamakta ve bölge müdürlükleri (iş müfettişlerine) denetim yetkisi tanımaktadır. Bölge müdürlüğü, tescili yapılmış olan alt işverenin işyerine ait olan yazılı alt işverenlik sözleşmesini ve ilgili belgeleri gerektiği takdirde iş müfettişlerine inceleyecek ve muvazaalı işlemin tespiti halinde gerekçeli rapora karşı altı iş günü içerisinde iş mahkemesine itirazda bulunulabilecektir. İtiraz edilmezse ya da mahkeme tarafından kesin nitelikte verilmiş olan K. ile muvazaalı işlem yapılmış olduğu hüküm altına alınır, tescil işlemi iptal edilir. Ayrıca 5763 sayılı yasa ile İş K. 98. madde/1. f. değiştirilmiş ve bu yasanın 3. maddesinin 2.fikrasındaki işyerinin muvazaalı şekilde bildiren asıl işveren ile alt işverene veya vekillerine ayrı ayrı idari para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu tür hükümler, muvazaalı alt işveren ilişkilerinin engellenmesi yönünden büyük önem taşımaya rağmen, idare tarafından yapılması gereken denetimin uygulanmasında güçlükler yaşanabilir. Muvazaalı bir işlemin yapıp yapılmadığının tespiti teknik, hukuki bir sorundur. İşin denetimini yapacak olan iş müfettişleri sosyal bilimler konusunda eğitim görmüş fakülte mezunu uzman kişilerden oluşsa da, bugün itibarıyla Çalışma Bakanlığında iş denetimi bölümünde hukukçu müfettiş bulunmamaktadır. Nihai kesin karar iş mahkemesi tarafından verilecek olup, belirtilen bu tür nedenler ile denetleme ve inceleme kısmında çok sağlıklı ve net sonuçlara ulaşamayabilir.²⁵⁹

²⁵⁹ SÜZEK, s.161.

4.3. MUVAZAA YA UYGULANAN YAPTIRIM

4.3.1. Genel Olarak

Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları ancak görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli sayılmayacağı konusunda anlaşmalarıdır. Bunun sonucu olarak muvazaalı işlemde; üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapılmış olan bir görünürdeki işlem, görünürdeki işlemin taraflar arasında sonuç doğurmayacağını belirten muvazaa anlaşması ve tarafların gerçek iradelerine uyan gizli işlem olmak üzere üç ayrı işlem bulunmaktadır. Ancak gizli işlem, her türlü muvazaalı işlemde mevcut değildir.²⁶⁰

Tarafların gerçek iradelerine uymayan görünürdeki işlem, mutlak muvazaa olsa da nisbi muvazaa şeklinde olsa da geçersizdir. Muvazaalı işlem, taraflar arasında hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Görünürdeki muvazaalı işlemin arkasına gizlenmiş olan ve tarafların gerçek iradelerine uygun bir sözleşme bulunuyorsa, bu sözleşme, şekil şartı, ahlak, şahsiyet haklarına aykırılık taşımamak şartı ile) geçerlidir.²⁶¹

Muvazaalı akit, muvazaa nedeniyle hüküm doğurmaz. BK. 18 uyarınca tarafların gerçek iradeleri dikkate alınır. Muvazaayı iddia eden, ispatla yükümlüdür. Muvazaalı akit, taraflar için olduğu gibi 3. şahıslara da etkilidir.²⁶²

Muvazaada taraflar ister sadece bir görünüş yaratmayı, ister görünüşteki sözleşmeden farklı bir sözleşme yapmayı arzu etsinler, görünüşteki sözleşme tarafların iradelerine uymadığı için geçersizdir. Taraflar bu sözleşmenin geçerli olmasını istememektedirler. BK. 18. maddesinden, hukukumuzda irade teorisinin kabul edildiği anlamı çıkmaktadır. Muvazaanın geçersizliği sonucunda taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğmaz, muvazaanın varlığı her zaman iddia ve ispat edilebilir. Muvazaa, kendiliğinden(resen) göz önüne alınır. Belirli bir zamanın geçmesi, muvazaa sebebinin ortadan kalkması veya tarafların icazeti ile muvazaalı sözleşme geçerli hale gelmez.²⁶³

²⁶⁰ REİSOĞLU, s.86.

²⁶¹ REİSOĞLU, s.89.

²⁶² OĞUZMAN&ÖZ, s.110.

²⁶³ ÖZKAYA, s.185.

Akdiñ muvazaalı olmasına bağlanan geçersizlik hali butlandır. Butlan(kesin hükümsüzlük) herkes tarafından ileri sürülebilir. Akdi hükümsüz kılmak için bir dava açmaya gerek olmadığı gibi bir beyana da ihtiyaç yoktur, akit kendiliğinden hükümsüzdür. Açılmış herhangibir davada akdiñ butlanı anlaşılırsa, hiç kimse butlanı ileri sürmemiş olsa bile hakim akdiñ hkmszliğn resen nazara almak zorundadır. Bir sürenin geçmesi veya sakat unusun düzeltilmesi ile batıl akit muteber hale gelmez. Ancak geçerli şekilde tekrar yapılması gerekir. Batıl akde dayanan borcun ifası da akdi muteber hale getirmez. Fakat butlanı ileri sürme hakkının kötüye kullanılması hallerinde butlanı ileri süren korunmaz. Batıl akit kesin olarak hükümsüz ise de, eğer bu batıl akit yakın amaç güden bir hukuki muamelenin şartlarını taşıyorsa ve tarafların yaptıkları akdiñ butlanını bilmiş olsalardı diğer geçerli olan muameleyi yapacakları kabul ediliyorsa batıl akdiñ muteberlik şartları tam olan muameleye tahvili ve bu şekilde hüküm doğurması kabul edilebilir.²⁶⁴

BK.'ya göre, hukuki işlem normal sonuçlarını meydana getirmeye kesin şekilde elverişsizse batıldır. Butlan, yapılan işlemlerin canlandırılmasındaki imkansızlığı ifade etmektedir. Butlan, kısmi tam butlan şeklinde ikiye ayrılır. Sözleşmenin bir kısmının çıkarılması halinde geriye bir sözleşmeyi meydana getirmeye yeterli unsular yer alıyorsa kısmi butlandan söz edilecektir. Aksi takdirde sözleşmenin bir kısmının değil tümünün batıl olduğu kabul edilecektir. Kısmi butlan halinde, batıl kısım taraflar için bağlayıcı olmaz ancak sözleşmenin geriye kalan kısımları geçerli olarak kalır. Sözleşmenin batıl kısmı olmadan tarafların sözleşmeyi yapmayacakları kabul edilebiliyorsa bu durumda butlan işlemin tümüne yayılacaktır.²⁶⁵

İş K. m.2./f.7'de hukuka aykırı olan alt işveren ilişkileri için, "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 hukuki bir yaptırım öngörülmüştür. Buna göre, bir alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu ispatlandığında ya da taraflar ileri srmese de hakim, alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu dosyadaki belge ve deliller ile ispat ettiğinde, uygulanacak yaptırım, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi

²⁶⁴ OĞUZMAN&OĞZ, s.138.

²⁶⁵ TEKİNAY, s.503-508.

sayılmasına karar verilmesi yönündedir. Bunun sonucunda da, alt işverenin işçilerinin, İş Kanunundan, iş sözleşmesinden ve toplu iş sözleşmesinden doğan bütün işçilik haklarının çalışmaya başlama süresinden itibaren (geriye dönük olarak) asıl işverenin işçisi gibi değerlendirilmesine yol açar.²⁶⁶

Aydınli'ya göre, doktrin ve uygulamada hakim görüşe göre, iş sözleşmesinin butlanında geçersizliğin geçmişe yönelik değil, ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurması alt işverende tersine uygulanmaktadır. Kanun koyucu, alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması durumunda “baştan itibaren” ibaresini kullanmak suretiyle butlanın yapısında var olan geçmişe etkili özelliğin burada uygulanması zorunluluğunu ayrıca bildirmektedir.²⁶⁷

İş. K.m.2/f.7’de öngörülen hukuki yaptırımının doğal sonucu olarak, alt işverenin işçileri, çalışmaya başladıkları andan itibaren asıl işyerinin işçisi kabul edilerek, bu işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilecekler ve asıl işverenin yasal yükümlülükleri, bu işçiler de kabul edilerek belirlenecektir. Bu işçiler, daha önce asıl işverenin kendi işçilerine sağlamış olduğu fakat alt işveren tarafından kendilerine verilmeyen bütün işçilik haklarını da asıl işverenden isteyebilirler. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı ve geçersiz sayılması gerektiğine yönelik bir iddia, iş güvencesi kapsamında da ileri sürülebilir. Bu iddianın kesin olması, davalı işverenin tespiti, işçinin kazanacağı tazminatın miktarı açısından önemli olduğu gibi bir işçinin işyerinde çalıştırılmakta olan işçi sayısı yönünden iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacağını tespiti açısından da önem taşımaktadır.²⁶⁸

Kanunda getirilmiş olan yaptırımlardan birincisi, asıl işverenin işçi sayısında artış oluşturmaktadır. İşçi sayısının belirlenebilmesi bazı durumlarda, İş K.’nun içeriğini etkilediği gibi, İş K.’nun kapsamında olan işverenler içinse yükümlülüklerin belirlenmesinde bir kiter olduğu da gözlenmektedir. İş K.’nun içeriğine ilişkin olarak 4.madde incelendiğinde, iki halde işçi sayısının dikkate alındığı görülmektedir.²⁶⁹

²⁶⁶ SÜZEK, s.162.

²⁶⁷ AYDINLI, s.272.

²⁶⁸ GÜZEL, s.52.

²⁶⁹ DEMİRCİOĞLU Murat & CENTEL, Tankut, İş Hukuku,11. Bası, İstanbul,2006,s.53.

İş K.4. madde incelendiğinde, aksi halde işçi sayısının dikkate alındığı görülmektedir. Birincisi, tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların, İş K.kapsamında değerlendirilmeleri için asgari 51 işçi sayısının esas alınmasıdır (İş K. madde4/1-b). İkinci kriter ise, esnaf ve sanatkarlar işyerlerinde çalışanların, İş K. kapsamında olması için sayılarının asgari 4 kişi olmasına yönelik zorunluluktur (İş K.madde4/1-ı).

İş K.'nun kapsamına giren işverenlerin, bazı yükümlülüklerle ilişkin olarak iş hukuku mevzuatında getirilmiş düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin; iş güvencesinde aranmakta olan asgari 30 işçi sayısı(İş K. madde18), özürhünerin istihdamında aranan asgari 50 işçi(İş K. madde30), toplu işçi çıkarılması usulüne tabi olan asgari 20-30 işçi sayısı(İş K.madde29) ile iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulmasında ve işyeri hekimi, iş güvenliği ile görevli mühendis ya da teknik eleman istihdamında aranmakta olan asgari 50 işçi sayısı(İş K.madde 8,81,82 gibi).²⁷⁰Sonuçta, alt işveren ilişkisi içinde bulunan asıl işverenin bu tür düzenlemelerden dolayı ortaya çıkan yükümlülüklerinin belirlenmesi için öncelikle alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

İş Kanunumuz alt işveren ilişkisinde iki hususu müeyyideye bağlamıştır:

Bunlar alt işveren ilişkisine getirilen özel sınırlamalara aykırılık ve bu ilişkinin muvazaalı olarak kurulması durumudur. Kanun koyucu, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulmasını yasaklamıştır. Bu konudaki düzenleme, alt işveren ilişkisinin asıl işveren tarafından çalıştırılan işçileri bir takım haklardan mahrum etmek maksadı ile kullanmasını önlemek bakımından önemli bir rol oynayacaktır. Böylece aykırı çalışan alt işveren işçileri tespit edilecek ve işçilik hakları bakımından asıl işveren işçileri ile; alt işveren işçisi olarak aradaki ücret vs. farkları talep etme hakkı kazanacaktır. Kanun koyucu, asıl işverenin alt işveren ilişkisini; bu ilişkinin işletme gereği, işin gereği, teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerle sınırlı tutulmasını ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırılmasını gerekli kılan bir sınırlılık içerisinde kurulmasını öngörmüştür. Alt işveren ilişkisi

²⁷⁰ AYDINLI, s.272-273.

muvaazalı olarak da kurulabilir. Kanun bir karine olarak muvazaanın varlığını düzenlemektedir. Bu karineden kurtulabilmek için asıl işveren ya kanunda öngörülen şartların varlığını ispat edecek ya da devir için haklı bir nedene dayandığı ispat edecektir. Aksi takdirde alt işverenin işçileri asıl işverenin işçileriymiş gibi hak iddiasında bulunabilecek ve kanunun getirdiği korumadan yararlanabilecekler. Kanun koyucunun amacı, işçilerin haklarını korumak ve alt işveren ilişkisinin muvaazalı işlemlerle amacı dışında kullanılmasını engellemektir. Buna göre, kanuna aykırı işveren ilişkileri halinde, sözleşmenin kısmi butlan ve işçi haklarına dair hükümlerin başlangıçtan bu yana geçersiz sayılacağı ve asıl işverenin işçilerinin tabi olduğu çalışma şartlarının bu ilişkide başlangıçtan bu yana geçerli olacağı şeklinde görüş bulunmaktadır. Ancak, kanun koyucunun asıl işin, belirli şartlar dışında, bölünerek alt işverene verilmesini açıkça yasakladığı dikkate alındığında, yapılan alt işverene devir anlaşmasının kanuna aykırı bir anlaşma sayılması ve kanuna aykırı sözleşmenin hukuki sonuçlarına tabi tutulması daha doğru olacaktır. Kanunun amacı muvaazalı şekilde alt işveren ilişkisi kurulmasını önlemek olduğunu göre, muvaazalı alt işveren ilişkisini kuran sözleşmenin bütün olarak mutlak butlan hükümlerine tabi olması kanunun amacına daha uygun düşecektir. Öte yandan, kanuna aykırı ve muvaazalı bir alt işveren ilişkisinde muvazaanın bütün sonuçlarını asıl işverene yüklemek de doğru değildir. Alt işveren olarak asıl işverenden iş alanın da muvaazalı işlemde bir çıkarı olmalıdır.²⁷¹

Kanun koyucu alt işveren ilişkisini yardımcı işler ile sınırlı olarak düzenlemiştir. Kanuna göre, asıl işin bir kısmının alt işverene verilmesi ise nitelikli bir alt işveren ilişkisidir. Asıl işin bölünerek bir kısmının alt işverene devri, alt işveren uygulamalarında muvaazalı işlem riski en fazla olan bir alt işveren uygulamasıdır. Yeni İş Kanunu, asıl işin bölünerek bir kısmının alt işverene devredilmesinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerle ilgili bir sınırlama getirmiştir. Asıl işin bölünmek suretiyle alt işveren ilişkisi kurulmasında öncelikle alt işverenin kendi işçileri bakımından asıl işveren niteliğinin doğmuş olup olmadığı aranmalıdır. Asıl işin bölünmesinde işin niteliğinden kaynaklanan bir gereklilik dışında yalnızca ekonomiklik sağlaması da muvaazalı alt işveren ilişkisi olarak değerlendirilmektedir. Bu konudaki başka bir nokta ise, aynı mekân içerisinde aynı

²⁷¹ ARICI, s. 502–503–504.

nitelikte işin bir kısmının bölünerek alt işverene devrinde işin bir kısmında alt işverenin işçileri ile asıl işverenin işçileri arasında paylaşılırak sürdürülmesidir. Alt işveren devredilen kısımda asıl işverenin işçilerinin, asıl işin bölünerek devredilmesi şartına uygun düşmediğinden çalıştırılmaması gerekir. Artmakta olan rekabet ortamı içerisinde işverenler alt işveren uygulamaları ile işçilik maliyetini düşürmek, sendikal hakların kullanılmasını engellemek ve sendikasız işyeri politikasını uygulamak amacıyla olabilir. Ancak işveren asıl gayesini mesela işletme gereği adı altında örtterek alt işveren ilişkisini muvazaaya konu yapabilir. Kanuna göre, asıl işin bir kısmının devrinde iş, teknolojik gerekçeler, vs. sebeple devredilmiş olsa dahi, bu bölümde artık asıl işverenin işçi çalıştırması mümkün değildir. Bu durumda alt işveren ilişkilerinin muvazaalı işlemlere konu edilmemesi, kötüye kullanılmaması ve amacından saptırılmaması anlamında Yeni İş Kanunu ile getirilen düzenlemelerin alt işveren ilişkileri üzerinde büyük önemi olacaktır.²⁷²

4.3.2. Ferdi ve Toplu İş Hukukundan Doğan Haklar İle Sosyal Güvenlik ve Vergi Hukukundan Doğan Alacaklar

Asıl işveren, alt işverene genellikle ücret maliyetlerini azaltmak amacıyla başvurmaktadır. Fakat buna rağmen muvazaalı sonucun meydana gelebilmesinin kabulü için, alt işverenin işçilerine asıl işverenin aynı durumda bulunan (yapılan iş ve çalıştırılan işçinin kalifiye durumu açısından) işçilerine göre işçilik haklarını daha az ödemesi gerekmektedir.²⁷³

4.3.2.1. Ferdi İşçi Alacakları

Alt işveren ilişkisinin geçersizliğinin ikinci etkisi, söz konusu ilişkiye dayanarak çalışmakta olan işçilerin haklarının geriye dönük asıl işverenin işçisi gibi değerlendirilerek işlem yapılmasıdır. Buna göre, gerek İş K.madde2/7'de sayılmış olan hallere aykırı hareket halinde gerekse muvazaalı alt işveren ilişkisinin kurulmuş olduğu hallerde, işverenler yapmış oldukları bu işlemler ile amaçladıkları sonuçlara ulaşmayacaklar ve bu işlemlerin muhatabı olan işçiler, başlangıçtan itibaren taşeronun

²⁷² ARICI, s. 506-507-508.

²⁷³ AYDINLI, s.273.

değil asıl işverenin işçisi olarak kabul edilecek ,yasadan, toplu iş sözleşmesinden,iş akdinden doğan haklarını asıl işverenden talep etme imkanına kavuşacaklardır.İş K.madde2/f.6’da alt işveren ilişkisinin kurulmasının koşullarına aykırılık nedeniyle yasaya aykırı olan bir işlem,İş K. madde2/f.7’de ise muvazaalı bir işlemin varlığı söz konusudur. İşin yasada öngörülen sınırlamalara uyulmadan alt işverene verilmesinin sonucu olarak işçiler başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Alt işveren ilişkisine bazı koşullar ve sınırlamalar getiren kanun koyucunun, bunlara uyulmaması halinde çeşitli yaptırımlar öngörmüş olması da kaçınılmazdır. ²⁷⁴

Geçersiz alt işveren ilişkisine dayalı olarak çalışan işçiler, işçilik haklarını asıl işverenden talep edebileceklerdir. Bunlar; ücret ve eklerine ilişkin haklar, ücrete bağlı tüm işçilik tazminatları (ihbar, kıdem, kötüniyet, sendikal tazminatlar ve iş güvencesine ilişkin olarak boşta geçen süre ve iş güvencesi tazminatı gibi) ve kararlaştırılmış ise şartları oluşan cezai şartı da kapsamaktadır. İşçilik hakları asıl işverenin kendi işçisine uygulamış olduğu haklar ele alınarak değerlendirilir. Alt işverenin işçileri, asıl işverenin ast işveren işçilerinin çalıştığı sürece tabi olduğu toplu iş sözleşmesi bulunmakta ise bundan doğan hakları da isteyebileceklerdir. ²⁷⁵

Muvazaaya dayanarak asıl işverenden işçilik haklarını talep edecek olan işçilerin isteyebilecekleri miktar, kıdem, eğitim ve yapmış oldukları işe göre belirlenmelidir. Asıl işverenin çalıştırdığı işçiler ile emsal düzeyde işçi ve iş yoksa bu durumda “o iş kolunda şartlara uyan bir işyerinde aynı ya da benzer işi üstlenen”(İş K.madde12/f.3,madde13/f.3) tam ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi örnek alınarak işlem yapılması kanuni düzenlemelere uygun bir sonuç ve çözüm oluşturacaktır. ²⁷⁶

İşçilik haklarının baştan itibaren düzenlenmesi halinde, asıl işveren, sosyal güvenlik primleri ve vergi hukukundan doğan gelir vergisine yönelik borçlarını faizi ile beraber ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. AYDINLI’ya göre, alt işveren tarafından

²⁷⁴ KAPLAN, A.Can Tuncay’a Armağan, s.162.

²⁷⁵ AYDINLI, s. 274.

²⁷⁶ AYDINLI, s.276.

verilen düşük ücretler üstünden sosyal güvenlik primi ve vergi ödenmişse ,asıl işveren yeni ücretler üzerinden eksik kısmı tamamlamak zorunluluğuna tabidir.²⁷⁷

4.3.2.2. Toplu İş Hukukundan Doğan Alacaklar

Muvazaa iddiası, herkes tarafından ileri sürülebildiği için, alt işverenlik ilişkisi kurulmuş olan işyerinde faaliyet gösteren işçi sendikası ya da işyerindeki asıl işveren ile toplu iş sözleşmesi yapan işçi sendikası; tespit davasında, eda davasında ya da tespite itiraz davasında işyerindeki alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun belirlenmesini talep edebilecektir. Bu dava neticesinde ilişkinin muvazaalı olduğu tespit edilirse, yetki işlemlerini etkilemekle birlikte mevcut toplu iş sözleşmesinden alt işverenin işçileri de asıl işverenin işçisi sayıldıkların için yararlanacaklardır. Dolayısıyla taraf işçi sendikası üyelik aidatı ya da dayanışma aidatını, asıl işverenden gerçek ücretler üstünden talep edebilecektir.²⁷⁸

Alt işveren işçileri, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkına sahip değildir. İşçinin, asıl işin bir bölümünde ya da yardımcı işlerde çalışmakta olmasının sonuca bir etkisi bulunmamaktadır.²⁷⁹

Bir işverenin işyerinde çalışmakta olan işçi çalıştıran diğer işverenin işçilerinin, çalıştıkları işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanamamaları hiçbir şekilde toplu iş sözleşmesinin düzeni içinde yer alamayacakları anlamına gelmemektedir. Diğer işverene bağlı olan işçiler, işverenlerinin iş aldığı ve bu yüzden fiilen iş görme borcunu yerine getirmiş oldukları işyerinin dışında bir işyerine bağlı olduklarından, bu işyeri için yapılmış olan toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler.²⁸⁰

Alt işveren işçisinin, çalıştığı iş kolunda kurulu olan sendikaya üye olması ya da dayanışma aidatı ödemesi şartıyla alt işveren ile sendika arasında yapılmış bir toplu iş sözleşmesinin varlığı halinde bu toplu iş sözleşmesinden de yararlanabilir.²⁸¹

²⁷⁷ AYDINLI, s.276.

²⁷⁸ AKYİĞİT, s.121.

²⁷⁹ ÇİL, s.76.

²⁸⁰ ŞAHLANAN Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, s.132.

²⁸¹ ÇİL, s.77.

Alt işveren işçilerinin çalıştıkları yer, asıl işverenden bağımsız bir işyeri olarak kabul edildiğinden, “bir işyerinde aynı dönem içinde birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz”(2822 sayılı kanun madde2) kuralına aykırılık da söz konusu olmayacaktır.²⁸²

4.3.2.3. Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Alacaklar

İşçilik haklarının baştan itibaren yeniden değerlendirilmesi halinde, asıl işverenin sosyal güvenlik primlerine ilişkin yükümlülükleri ile vergi hukukundan doğan gelir vergisine ilişkin hükümler tekrar canlanmaktadır. Her iki yükümlülükten doğan alacaklar, kamu alacağı niteliğinde olup, işçilik haklarının talebinde olduğu gibi kendine özgü zamanaşımı süresine tabidirler. Böylece asıl işveren, kendine muvazaa sonucunda baştan itibaren bağlanan alt işveren işçileri ile ilgili sosyal güvenlik ve vergi borçlarını, faizi ile beraber ödemek zorundadır.²⁸³

4.3.3. Usul Hukuku Açısından Husumet (Davaya Taraf Olma)

Usul hukuku yönünden bir davanın görülebilmesi için dava ehliyetinin yanı sıra taraf ehliyeti de önem taşımaktadır. Dava ehliyeti, kişinin kendisini ya da yetkili kılacağı bir temsilci (vekil) aracılığı ile bir davayı (davacı ya da davalı olarak) takip etme ve usuli işlemlerini yapabilme ehliyetidir. Taraf ehliyeti ise, davada taraf olabilme ehliyetini bildirmektedir. Taraf ehliyeti ise dava taraf olabilme ehliyetini ifade etmektedir.²⁸⁴

Usul hukukunda bir davanın görülebilmesi için dava ehliyetinin yanında taraf ehliyeti de önem taşımaktadır. Dava ehliyeti, fiil ehliyeti kapsamındadır, davayı takip ve ilgili işlemleri yapabilmeyi ifade ederken, husumet ya da taraf sıfatı ile taraf ehliyeti ise dava konusu subjektif hak ile davacı ve davalının ilişkili olması anlamındadır. Bir davada tara olarak gösterilen kişilerin dava ve taraf ehliyeti ve davayı takip yetkileri bulunsa bile, bu kişilerden birinin o davada gerçekten davacı ya da davalı olma sıfatı

²⁸² SAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.132.

²⁸³ AYDINLI, s.276.

²⁸⁴ KURU Baki & ARSLAN Ramazan & YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2005, s.260-269.

bulunmuyorsa, dava konusu hakkın esasına ilişkin bir karar verilemez. Dava, sıfat yokluğundan reddedilecektir. Bir subjektif hakkı dava etme yetkisi ve dolayısıyla davacı sıfatı da o hakkın sahibine aittir. Bir subjektif hak kendisinden istenebilecek olan kişi, o hakka uymakla yükümlü olan kişi yani davalıdır.

Dolayısıyla bir subjektif hakkın sahibinin ve o hakka uymakla yükümlü olan kişilerin(davacı ve davalının) kimler olduğu maddi hukuka göre belirlenir. Bir davanın tarafları gerçekten davalı veya davacı sıfatına sahip değilse bu durumda mahkeme, davanın esası hakkında inceleme yaparak karar vermeden davanın sıfat yokluğundan reddine karar verir ve hüküm sadece o davada taraf gösterilmiş kişiler için kesin hüküm teşkil eder.²⁸⁵

Taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak görünen kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için def'i değil bir itirazdır ve diğer bütün itirazlarda olduğu gibi, sıfat yokluğu da ancak dava dosyasından anlaşılabilirdiği oranda hakim tarafından resen göz önüne alınır. Sıfat yokluğu, bir davada dava şartlarından sonra incelenir. Ancak diğer itiraz ve def'ilerden önce incelenmesi gerekmektedir. Çünkü taraflardan birinin taraf sıfatı bulunmaması halinde, diğer itiraz ve def'ilerin incelenmesine gerek olmaksızın davanın reddine karar verilecektir.²⁸⁶

4.3.4. Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkisinde İşe İade Sorunu

İşe iade davalarında, davanın sadece asıl işverene yöneltilmesi doğru olmayacaktır. Çünkü işçi, alt işverenin işçisidir ve dava açmak için aranan 30 kişi sayısının değerlendirilmesinde alt işverenin işçilerine dahildir. Davanın alt işverene ya da alt işverenle beraber asıl işverene açılması karşı açılması gerekmektedir. Fakat her iki işverene karşı dava açılabilmesi için asıl işveren-alt işveren ilişkisinin fesih anında var olması gerekmektedir. Çünkü söz konusu ilişkinin ortadan kalkmasından sonra sadece bir işyerinden söz edilebileceğinden davanın da o işverene karşı açılması gerekmektedir. İşe iade davasının her iki işverene birden açılması halinde işe iade yükümlülüğü alt işverene aittir. Asıl işveren de işe iade kararı sonrasında işçinin işe başlamak için

²⁸⁵ KURU&ARSLAN&YILMAZ, s.278-279.

²⁸⁶ KURU&ARSLAN&YILMAZ, s.281.

başvurusu ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden alt işveren ile beraber sorumlu olacaktır. Muvazaalı biçimde işçi çalıştıran iki işveren bulunmaktadır. Bir tanesi görünüşte işveren olup sigorta primlerini yatırmakta ve ücretleri ödemektedir. Asıl işveren olarak görünen ise emir ve talimatları veren, işe alan ve çıkaran gerçek işverendir. Bu ilişkinin muvazaaya dayalı olduğunun ispatı her zaman çok da kolay olmayabilir ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı sonucuna ulaşıldığında ise hak düşürücü sürenin alt işveren açısından geçirilmiş olması riski söz konusudur. Dava, her iki işverene de açılabilir olup bu durum, davanın süresi ile ilgili sorunu çözüme kavuşturmaktadır. Başta muvazaalı olup olmadığına yönelik tahminde bulunularak işverenlerden birine yönelik açılmış olan davada, muvazaaya ilişkin olarak düşünülenin aksi bir karar verilmesi halinde işe iade davasının asıl davalısı olacak işverene karşı dava açma süresinin dolması söz konusu olabilecektir. Bu durumda davanın temsilde hata sonucu yanlış hasma açılmış olması ve davanın gerçek hasma yöneltilmesi için davacı tarafa süre verilmesi yönünde uygulama hakimdir.²⁸⁷

İşçinin, alt işverene bırakılan işi dışında kalan asıl işverene ait diğer işyeri veya işyerlerinde ve çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik gerektirmeyecek biçimde çalıştırılması esastır. Fakat çalışma şartlarında değişiklik olacak biçimde bir istihdam söz konusu olacaksa buna ilişkin olarak işçiye teklifte bulunulmalıdır. Aksi halde feshin son çare olması ilkesine uyulmamış olacaktır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işe iade kararı üzerine işçi, alt işverene süresi içinde başvurmalıdır. İşe iade konusundaki yükümlülük asıl işverene değil alt işverene aittir. Asıl işverenin sorumluluğu ise sadece alt işverenin ödemek zorunda olacağı işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücreti yönünden alt işveren ile birlikte olan sorumluluğudur. İşe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin işe iadesi için alt işverene başvurması sonucunda işe başlatılmasıdır. Ancak bu başvuruya rağmen, işçinin işe alınmamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatından asıl işveren ile alt işveren birlikte sorumludurlar.²⁸⁸

²⁸⁷ ÇİL, s.79- 80.

²⁸⁸ ÇİL, s.83.

İşe iade kararı üzerine işçinin, ihaleyi yeni kazanmış olan alt işverenin işçisi olarak işe başlatılmasının işe iade anlamına gelemeyeceği konusu iki açıdan değerlendirilebilir:

Birincisi, alt işveren, süre sonunda işinden ayrılırsa, işçiyi işe başlatma aşamasında işyerinden ayrılmış ve asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona ermiş olacaktır. Bu durumda işçi, iş sözleşmesini fesheden önceki alt işverene, işe başlamak için başvurmalı ve işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreden doğan ücretinden asıl işveren ile alt işveren birlikte sorumlu olmalıdırlar.

Bir başka durum ise alt işverenin işçilerini başka yere götürmemesi ve aynı işçilerin alt işverenin işyerinde ara vermeksizin çalışmaları halidir. Bu durumda işyeri devrinden söz edilecek olup, işçinin başvurusu, devirden sonra gerçekleşmişse yeni alt işverene başvurulmalıdır. İşçinin işe başlatılmaması ile ilgili sorumluluk ise yeni alt işveren ile asıl işverene ait olacaktır.²⁸⁹

4.3.5. Alt İşveren İlişkisinde Geçersizliğin Etkisine İlişkin Görüşler

İşverenler arasında kurulan alt işverenlik ilişkisinde meydana gelen geçersizliğin, alt işveren ile işçileri arasındaki iş sözleşmelerini nasıl etkileyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Buna göre, işverenler arasında genelde kira, istisna gibi sözleşmeler olarak yapılan alt işveren sözleşmelerine “üst sözleşme” , alt işverenin asıl işverenin işinde çalıştırdığı işçiler ile yapılan sözleşmelere ise “alt sözleşme” olarak nitelendirilerek görüşler değerlendirilecektir

Bu konuda AKYİĞİT’e göre, alt işveren ilişkisinde geçersiz kılan kanundaki yasakların gerçekleşmesi halinde veya muvazaalı hallerin ortaya çıkması durumunda, hem asıl işveren ile alt işveren arasındaki “ üst sözleşme” hem de alt işveren ile asıl işverenin işinde çalışanlara arasındaki alt sözleşmeler geçersiz hale gelecektir. Böylece alt işverenin işçileri asıl işverenin işçisi sayılacaklardır. Örneğin; alt işverenin daha önce asıl işverenin işçisi olması ve diğer muvazaalı haller. Bunun yanı sıra alt işverenin

²⁸⁹ ÇİL, s.84.

çalıştırdığı işçilerin asıl işverenin işçileri olması ve daha düşük ücret ile çalıştırılması şartı gerçekleşirse buradaki geçersizlik ise sadece işçiler açısından değerlendirilmelidir. Yani sadece bu işçilere baştan itibaren asıl işverenin işçisiymiş gibi sonuç bağlanır. Bu görüşe göre, alt işverenin şahsında ortaya çıkan kanuni sınırlandırma, alt işveren ilişkisi ile birlikte tüm iş sözleşmelerinin geçersiz hale gelmesi sonucunu doğururken, ikinci halde yani işçilerin şahsında getirilen sınırlamada ise sadece ilgili iş sözleşmesi ya da sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır. Üst ilişkinin geçersizliği alt ilişkilerin tümünü etkiler ancak alt ilişkilerin geçersizliği ise sadece kendisini etkiler.²⁹⁰

Bir başka görüş ise, işverenler arasında eser, kira ya da taşıma sözleşmesi adı ile yapılmış olan alt işveren ilişkilerinin geçerli olup olmadığının BK'ya göre değerlendirilmesi gerekmektedir. İş K'daki muvazaaya ilişkin geçersizliğin, alt işveren işçilerinin "alt sözleşme" denilen iş sözleşmeleri için uygulanması gereken bir hüküm olduğu ve bunun dışındaki "üst ilişki" olarak adlandırdığımız alt işveren ilişkisinin ise tamamen etkilenmeyeceği ancak şartları bulunuyorsa etkileneceğini savunmaktadır. İş K.'da düzenlenen sınırlar ya da muvazaalı durumlar ortaya çıktığında, üst ilişkinin yalnızca işçilerin aleyhine olan işçilik hakları ile ilgili olan hükümlerinin nisbi butlan ile batıl olacağı fakat bunun dışında kalan, işçilik hakları ile ilgili olamayan istisna, taşıma ya da kira sözleşmesine ilişkin ya da işçilerin lehine olan hükümlerin geçerliliğinin etkilenmeyeceğini bildirmektedir. Yazar, bu görüşünde dayanak olarak kanundaki sınırlandırma ve muvazaa değerlendirmesi yapılırken, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte engellemenin konu özgürlüğün "özüne, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacağını" (Anayasa madde13) göstermektedir. Üst ilişkinin tüm hükümlerinin muvazaalı sayılarak mutlak butlan ile batıl olmasını ve iki işveren arasındaki sorunun ve ortaya çıkan hak ihlallerinin bu sözleşmeye dayanılarak çözülmesinin gerekliliğini savunmuştur.²⁹¹

Konuya ilişkin bir diğer görüş ise, GÜZEL'e ait olup, GÜZEL'e göre, yasada araştırmaya yer olmaksızın muvazaalı sayılacağı belirtilen haller ile ilgili olarak, bu tür alt işveren ilişkilerine temel olan (eser,kira ,taşıma gibi) sözleşmelerin Borçlar K'na göre doğuracağı hüküm ve sonuçlar yönünden "hukuken geçerli olduğu" ancak geçersizliğin İş K.'na göre sonuçlar açısından söz konusu olacağı bildirilmekte ve işçi

²⁹⁰ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.120.

²⁹¹ DEMİR, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir,2003.s.14.

lehine-işçi aleyhine şeklinde ayırım yapılmaktadır. Buna göre, örneğin; daha önce işyerinde işçilik yapan kişiler ile hiçbir şekilde alt işverenlik ilişkisi kurulamayacağını iddia edilmesi, Anayasada yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne engel teşkil edecektir. GÜZEL'e göre; yasada muvazaalı sayılan alt işveren-asıl işveren ilişkisinin İş K.'na göre geçersiz sayılacak hükümleri arasında işçi lehine- aleyhine doğuracağı sonuçlar açısından herhangi bir ayırım yapılmamış olup "...asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler" (madde2/f.VII) hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla muvazaalı sayılan bir işlemi geriye dönük incelemek ve lehe-aleyhe sonuçları irdelemenin yerinde olmadığını belirtmektedir. Muvazaa, kesin hükümsüzlük hallerinden olup İş K. madde 2/f.VII'de de ilişkin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu duruma muvazaa niteliğini verenin ise, alt işverenin asıl işverenin eski işçisi olması ya da asıl işverenin eski işçilerinin işe alınması olduğunu belirtmektedir. Muvazaadan bahsedilmesi halinde de ilişkinin hem BK hem de İş K. açısından geçersiz olacağını ve alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işçileri sayılması gerektiğini, işverenin görünürde alt işverene verdiği işi artık muvazaa nedeniyle kendisinin kabul edilen işçiler ile yapmasının zorunluluğunu ifade etmektedir.²⁹²

AYDINLI'ya göre, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki muvazaalı sayıldığında bundan ilk etkilenecek olan işverenler olmalıdır. Çünkü muvazaalı işlemin tarafları işverenler olduğundan, geçersiz işleme dayalı şekilde edimlerini yerine getirirlerse olayın özelliğine göre sebepsiz zenginleşme ya da mülkiyet davası açmaları gerekir. Fakat kanunda bu ilişkinin geçersizliğinin asıl etkisi, alt işveren işçilerinin iş sözleşmeleri üzerinde gerçekleşmektedir. Sonuçta kanunda düzenlenen yaptırım sebebinin, geçersizliğin neticesinin muvazaa olmasına "yapı uyumsuzluğu" gibi nedenlerle katılmadığını ve yaptırımın sonuçlarının doğrudan muvazaalı işlemin dışındaki diğer ilişkiler üzerinde de etkili olmasının Borçlar Hukukunun "illilik prensibi" ile uyumsuzluk taşıdığını savunmaktadır.²⁹³

²⁹² GÜZEL, s.52-53.

²⁹³ AYDINLI, s.282.

SONUÇ

Çalışmamızda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırları, yasada yer alan sınırlamalara uyulmaması halinde ortaya çıkacak sonuçlar, bu sonuçlara uygulanacak yaptırımlar ele alınarak özetlenmeye çalışılmıştır.

Ülkemizde son yıllarda alt işverenlik uygulamaları oldukça artmış ve bunların bir bölümü işçilerin bireysel ya da toplu iş hukukundan doğan haklarını sınırlandırmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik muvazaalı işlemler şeklinde ortaya çıkmaya başlamıştır.

Çalışmamızda belirtildiği üzere, 4857 sayılı İş Kanununun 2.m./7. fıkrasında ,” asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanmayacağı ya da daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işverenlik ilişkisi kurulamayacağı” şeklinde, alt işverenlik uygulamasında en sık rastlanan muvazaalı hallerde yer verilmiş ve uyulmamasının yaptırımını da belirtilmiştir.

Aynı maddede “genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayanması” ibaresi de kullanılmıştır. Böylelikle yasada yer alan sınırlandırma halleri dışında muvazaanın ispatı halinde diğer muvazaalı durumların da göz önüne alınacağı ifade edilmiştir.

Bilgili madde hükmü ile getirilen düzenlemede muvazaanın tespiti halinde alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği ve işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği belirtilmiştir.

1475 sayılı yasada muvazaaya ilişkin sorunların çözümü genel kurallara bırakılmıştı, 4857 sayılı yasada ise ayrıca bir düzenleme getirilmesinin nedeni, muvazaalı uygulamalar sonucunda mağdur hale gelen işçilerin korunmasının yanı sıra muvazaalı taşeron kullanılması suretiyle düşük ücretli işçi çalıştıran ve toplu iş sözleşmesinin yüklerinden kaçınan işverenlerin yasalara göre hareket eden diğer işverenler ile arasındaki haksız rekabetin de engellenmesidir.

Yasa ile yeni düzenleme getirilmesi ve sınırlama hallerinin yasada açıkça belirtilmiş olmasının yerinde bir uygulama olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü böylelikle hangi hallerin muvazaa oluşturduğunun bilinmesi daha caydırıcı sonuç verebilir. Ayrıca genel hükümlere göre dava açıldığında ispat yükü işçiye düştüğü için muvazaalı alt işveren ilişkilerinin önüne geçilmesi çok yaygın hale gelmemiştir. 4857 sayılı yasada ise ispat kriterleri bazı hallerde değişmiş olduğundan bu konudaki zorluklar büyük oranda giderilmiş ve yargı organları tarafından muvazaalı hallerin tespiti daha kolay hale gelmiştir.

Çalışmamızda Yargıtay kararları da yer verilmek suretiyle öncelikle asıl işveren-alt ilişkisinin tanımı, unsurları, sorumluluk kavramlarına değinilmiştir. Daha sonra asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki sınırlamalar ve bu sınırlamalara uyulmamasının sonuçları, uygulanacak yaptırımlar doktrinde mevcut görüşler ile birlikte anlatılmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

AKTAY Nizamettin & **ARICI** Kadir & **KAPLAN/SENYEN** E.Tuncay , İş Hukuku, Ankara 2007.

AKYİĞİT, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2008.

AKYİĞİT Ercan, İş Hukuku, Ankara 2007.

ALPAGUT, Gülsevil, 4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Ankara 2004.

ARICI Kadir, Prof.Dr. Toker Dereli'ye Armağan, 55.Cilt, Sayı:1, İstanbul 2006

ARSLANOĞLU Mehmet Emin, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul 2005.

AYDEMİR, Murteza, Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları(Yüksek Lisans Tezi),1993.

AYDINLI, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş ilişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2008.

CANBOLAT Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992.

CANYÜREK, Murat, Mütessesil Borçlulukta İç ve Dış ilişkiler,1.Bası,İstanbul 2003

ÇANKAYA, Osman Güven/ **ÇİL**, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, ,2.Bası, Ankara 2009.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku, 22.Bası, İstanbul 2009.

ÇELİK, Nuri, İşveren-İşveren Vekili , Alt İşveren ve Bunlarla ilgili Hukuki Sorunlar,Türkiye Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, İş Hukuku Güncel Konuları Semineri, Yayın No:26,Bolu 1997.

ÇİL Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi,1.cilt,2. Bası, Ankara 2007.

ÇİL Şahin, Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Sempozyum,İstanbul 2009.

DEMİR, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir,2003.

DEMİRCİOĞLU, Murat; **CENTEL**, Tankut, İş Hukuku,13. Bası, İstanbul,2009.

ERDİNER Ercan, Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

EKMEKÇİ, Ömer, “Geçici İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, İstanbul 2008.

EKONOMİ Münir, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Legal Vefa Toplantıları Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008.

ENGİN Murat, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı, İstanbul Barosu Yayınları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Genel Yayın Sıra no: 141, İstanbul 2009,

ENGİN, Murat, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası III. Yılında İş Yasası Seminer Notları, Bodrum 2005.

EKİN Nusret, Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No:34, 2002.

ERDEM, Nazif, Borçlar kanunu Şerhi ve Davaları, Ankara 1987

ERDİNER Ercan, Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

ERDOĞAN Gürbüz, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2.Bası, Ankara 2006.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 6.Bası, İstanbul 1998.

ERKUL İhsan & **KARACA GÖKÇEK** Nuray, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması, Eskişehir 2004.

EYRENCİ Öner/**TAŞKENT** Savaş/**ULUCAN** Devrim, Bireysel İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2006.

GEÇER Bekir, İş Hukuku İşveren Rehberi, Ankara 2005.

GÖKTAŞ Seracettin&**ÇİL** Şahin, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara 2003.

GÜZEL, Ali, İş Müfettişleri Derneği, İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2005.

İNCİROĞLU Lütfi, Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu, Legal, Mayıs 2006.

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

KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 5.Bası, Ankara 2005.

KILIÇOĞLU Mustafa & **ŞENOCAK** Kemal, İş Kanunu Şerhi Cilt 1, 2.Bası, İstanbul 2008.

KURU Baki & **ARSLAN** Ramazan & **YILMAZ**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2005

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2009.

NARMANLIOĞLU, Ünal, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, Legal Vefa Toplantıları Nuri Çelik’e Saygı,Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008.

NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5.Bası, İstanbul 2007.

ODAMAN Serkan, Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007.

OĞUZMAN Kemal & **ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,7.Bası, İstanbul 2009.

OKTAR Kemal & **AKINBİNGÖL** Kemal, Gerekçeli-Karşılaştırmalı ve Açıklamalı İş Kanunu, Ankara 2003.

ÖZKAYA Eraslan, İnançlı İşlem ve Muvazaa, 3.Bası, Ankara 2004.

REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya 2007.

SÜZEK Sarper, İş Hukuku,5.Bası, İstanbul 2009.

ŞAHLANAN Fevzi, 4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Notları, Ankara 2003.

ŞAHLANAN Fevzi, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri(Panel), Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası (İNTES), Ankara 2004

ŞAKAR Müjdat, İş Hukuku Uygulaması-Bireysel ve Toplu İş Hukuku-Deniz İş Hukuku-Basın İş Hukuku, 7.Bası, İstanbul 2006.

TANDOĞAN Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 1.Bası, Ankara 1981.

TAŞKENT Savaş, Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi S:2 C:3 Nisan-Mayıs-Haziran 2004.

TEKİNAY Sulhi, Borçlar Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1985.

TEZEL Şevket, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku El Kitabı, 2.Bası, Ankara 2007.

TUNCAY A.Can, Toplu İş Hukuku,2.Bası , İstanbul 2010

TUNCAY A.Can & **EKMEKÇİ**, Ömer, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2.Bası, İstanbul 2009.

UÇUM Mehmet, Gerekçeli-Atıflı-Karşılaştırma Tablolulu Eski ve Yeni Kanun Metinleri İle Birlikte İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat, 2003.

UŞAN Fatih, İş Hukuku, Ankara 2006.

UYGUR Turgut, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 1980.

YALÇINDURAN Türker, Alt İstisna(Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.

YENİSEY Kübra Doğan, İşyerinin Devri Çerçevesinde “İşyeri” ve “İşyeri Bölümü” Kavramları, İş Hukukunda Toplu İş İlişkileri Sempozyum, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul 2009.

KAZANCI İÇTİHAT-BİLGİ BANKASI (www.kazanci.com)