

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	V
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	VI
ÖZET.....	XII
ABSTRACT.....	XIV
GİRİŞ.....	XVI

BİRİNCİ BÖLÜM

§ 1. TEMEL KAVRAMLARA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER.....	1
I. 4857 SAYILI KANUNA GÖRE İŞÇİ KAVRAMI.....	1
II. 4857 SAYILI YASAYA GÖRE İŞVEREN KAVRAMI.....	2
A) TANIMI.....	2
B) UNSURLARI.....	4
1) İşverenin Çalışanla Arasında ki İlişkisi İş Sözleşmesinden Kaynaklanmalıdır.....	4
2) Herhangi Bir İşte Çalıştırma Şartı	6
3) İşveren Gerçek veya Tüzel Kişi Olmalıdır.....	6
4) İşçi ve İşveren Arasındaki İlişki Özel Bağımlılık İlişkisine Dayanmalıdır.....	7
C) ÇEŞİTLİ, YASALARDA YER ALAN DÜZENLEMELERDE İŞVEREN KAVRAMI	8
1) Borçlar Kanunu Bakımından İşveren Kavramı	8
2) Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na Göre İşveren Kavramı.....	8
3) Sendikalar Kanununa Göre İşveren Kavramı.....	9
4) Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununa Göre İşveren Kavramı.....	10
D) GENEL OLARAK ALT İŞVEREN KAVRAMI.....	10
1) Tanımı.....	13
2) Alt İşverenlik Sözleşmesi	15
E) İŞYERİ VE İŞLETME KAVRAMI.....	16
1) Genel Olarak İşyeri ve İşletme Kavramı.....	16
2) İşyeri.....	17
3) İşyerinden Sayılan Yerler.....	19
4) Eklenti.....	20
5) İşletme.....	20

İKİNCİ BÖLÜM

§ 2. ALT İŞVERENLİK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN VE SÖZLEŞMELERDEN FARKI.....	21
I. ALT İŞVERENLİK KURUMUNUN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	21
A) İŞÇİ İLE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ FARKLAR.....	22
B) İŞVEREN VEKİLİ İLE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ FARKLAR.....	22

C) İŞ ARACISI İLE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ FARKLAR.....	23
II. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİNİN DİĞER SÖZLEŞME	
ÇEŞİTLERİNDEN FARKI.....	24
A)Alt İşveren Sözleşmesinin Takım Sözleşmesinden Farkı.....	24
B)Alt İşverenlik Sözleşmesinin Ödünç İş İlişkisinden Farkı.....	24

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§ 3. ALT İŞVEREN KURUMUNUN YARARLARI VE SAKINCALARI.....	26
I. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİNİN YARARLI YÖNLERİNİN	
İNCELENMESİ.....	26
A) ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ ALT İŞVEREN	
YÖNÜNDEN YARARLI YÖNLERİNİN İNCELENMESİ.....	26
B) ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ İŞ SAHİBİ AÇISINDAN	
YARARLI YÖNLERİNİN İNCELENMESİ.....	26
C) ALT İŞVERENLİK KAVRAMININ ASIL İŞVEREN	
BAKIMINDAN YARARLI YÖNLERİNİN İNCELENMESİ.....	27
II. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİNİN SAKINCALI YÖNLERİNİN	
İNCELENMESİ.....	27
A) ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ ASIL İŞVEREN	
BAKIMINDAN SAKINCALI GÖRÜLEN YÖNLERİNİN	
İNCELENMESİ.....	28
B) ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ ALT İŞVEREN	
BAKIMINDAN SAKINCALI GÖRÜLEN YÖNLERİNİN	
İNCELENMESİ.....	29
C) ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ ASIL İŞ SAHİBİ	
BAKIMINDAN SAKINCALI GÖRÜLEN YÖNLERİNİN	
İNCELENMESİ.....	29

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

§ 4. ALT İŞVERENLİK KURUMUNUN UNSURLARI.....	31
I. ASIL İŞVERENİN VARLIĞI.....	31
II. YARDIMCI İŞLERDE VEYA ASIL İŞİN BİR BÖLÜMÜNDE	
İŞLETMENİN VE İŞİN GEREĞİ İLE TEKNOLOJİK NEDENLERLE	
UZMANLIK GEREKTİREN İŞLERDE İŞ ALINMASI.....	32
A)YARDIMCI İŞLER BAKIMINDAN.....	32
B) ASIL İŞİN BİR BÖLÜMÜNDE İŞLETMENİN VE İŞİN GEREĞİ	
İLE TEKNOLOJİK NEDENLERLE UZMANLIK GEREKTİREN	
İŞLERDE İŞ ALINMASI.....	35
III. ASIL İŞVERENDEN, İŞYERİNDE YÜRÜTÜLEN BİR İŞİN	
ALINMASI.....	43
IV. ALT İŞVERENİN İŞÇİLERİNİN SADECE ASIL İŞVERENİN	
İŞYERİNDE ÇALIŞTIRILMASI.....	44

BEŞİNCİ BÖLÜM

§ 5. MUVAZAA SORUNUNUN ALT İŞVEREN AÇISINDAN İNCELENMESİ	
I. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA.....	46
A) GENEL OLARAK.....	46
B) YASADA YER ALAN SINIRLAMALAR.....	48
1) Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşverence Çalıştırılarak Haklarının Kısıtlanamaması.....	50
2) İşyerinde Çalıştırılan Kişilerle Alt İşveren İlişkinin Kurulamaması.....	50
3) Asıl İşin Bölünerek Alt İşverenlere Verilememesi.....	52
C) MUVAZAANIN TESPİTİ.....	53
D) İSPAT YÜKÜ.....	54
E) DİĞER MUVAZAA HALLERİ.....	55
F) MUVAZAALI ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN YAPTIRIMI VE SONUÇLARI.....	56
1) İşlemin Geçersizliği.....	56
2) Diğer Sonuçları.....	57
a) Toplu İş Hukuku Alanındaki Sonuçları.....	57
b) İşe İade Davalarında Sonuçları.....	58
c) Muvazaalı Alt İşveren İlişkinin Cezai Yaptırımı.....	58
ALTINCI BÖLÜM	
§ 6. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞU.....	59
I. ALT İŞVERENLE -ASIL İŞVERENİN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU	59
II. ASIL İŞVERENİN ALT İŞVERENİN İŞÇİLERİNE KARŞI SORUMLULUĞU VE SINIRLARI.....	59
III. YARGITAYIN BU KONUDAKİ BAKIŞ AÇISI.....	62
YEDİNCİ BÖLÜM	
§ 7. KANUN VE YÖNETMELİKLERDE ALT İŞVERENLİK KURUMU BAKIMINDAN YAPILAN SON DEĞİŞİKLİKLER.....	65
I. İŞ KANUNU, SOSYAL SİGORTALAR GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU VE ALT İŞVEREN YÖNETMELİĞİNİN ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN GETİRDİKLERİ	
A) 5763 SAYILI YASA İLE ALT İŞVERENLİK KURUMUNDAN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER.....	66
1) Denetim Yetkisi Açısından.....	66
2) Bildirim Yükümlülüğü Açısından.....	68
3) Değerlendirme.....	70
II. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİ VE BU KONUYA İLİŞKİN ELEŞTİRİLER.....	71
III. ALT İŞVERENLİK KURUMUNUN İŞLER HALE GELEBİLMESİ İÇİN UYGULANABİLECEK HUKUKİ YAPTIRIMLAR.....	80
A) YÖNETMELİĞİN İPTALİ İSTENEİLİR Mİ?.....	80

SEKİZİNCİ BÖLÜM

§ 8. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	
I. UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME	82
A) ALT İŞVERENİN İŞÇİSİNİN ALT İŞVERENLE ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME	82
B) ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN ARASINDA Kİ UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME.....	83
C) ASIL İŞVERENLE ALT İŞVERENİN İŞÇİSİ ARASINDA Kİ UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME.....	83
1)BORÇLAR KANUNU BAKIMINDAN İŞVEREN KAVRAMI.....	84
II. UYUŞMAZLIKLARDA YETKİLİ MAHKEME.....	85
DOKUZUNCU BÖLÜM	
§ 9. ALT İŞVERENLİK UYGULAMASINDA KAMU KURUM VE KURULUŞLARINA SAĞLANAN AYRICALIK.....	86
ONUNCU BÖLÜM	
§ 10. ALT İŞVERENLİK UYGULAMASINDA KAMU KURUM VE KURULUŞLARINA SAĞLANAN AYRICALIK.....	89
ONBİRİNCİ BÖLÜM	
§ 11. GENEL DEĞERLENDİRME SONUÇ.....	92

KISALTMALAR

Any	: Anayasa
Any. Mah	: Anayasa Mahkemesi
BK	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
E	: Esas
f	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
İş K	: İş Kanunu
krş	: Karşılaştırınız
MK	: Medeni Kanun
No	: Numara
S	: Sayı
s	: Sayfa
Sk	: Sayılı Kanun
SK	: Sendikalar Kanunu
SSK	: Sosyal Sigortalar Kanunu
Sy	: Sayılı
T	: Toplantı
TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
TİSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TÜHİS	: İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası yayın organı
Vd	: ve devamı
Yarg	: Yargıtay
Yarg ... HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi

HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YARARLANILAN KAYNAKLAR

KİTAPLAR :

- AKTAY, Nizamettin** : Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Bazı Sorunlar, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:3, Sayı 3, Ocak 1994.
- AKYİĞİT, Ercan** : İş Hukuku, 7.Baskı, Ankara 2008.(İş H.)
- AKYİĞİT, Ercan** : 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C:1,2.Baskı, Ankara 2006. (Şerh)
- ANDAÇ, Faruk** : İş Hukuku (Türk Çalışma Hukuku Uygulaması), Ankara 2006.
- ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl** : İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, 1.Baskı, İstanbul, 2005.
- AYDEMİR, Mürteza** : Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul 1993.
- AYDINLI, İbrahim** : Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008.
- BOZKURT, Argun** : İş Yargılaması Usul Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2003.
- CANBOLAT, Talat** : Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992.
- ÇANKAYA, Osman Güven** :
GÜNAY, Cevdet İlhan :
GÖKTAŞ, Seracettin : Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2.Baskı, Ankara, 2006
- ÇELİK, Nuri** : İş Hukuku Dersleri, 17.Baskı, İstanbul, 2000.

- DEMİRCİOĞLU, Murat**
CENTEL, Tankut : İş Hukuku, 7.Baskı, İstanbul, 1999.
- DEMİR, Fevzi** : Sorularla Toplu İş Hukuku, C:I-III, 1.Baskı,2006.
- EKMEKÇİ, Ömer** : 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, 1.Baskı ,İstanbul 2005.
- EKİN, Nusret** : Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren, İstanbul, 2002.
- ESENER, Turhan** : İş Hukuku,3. Baskı, Ankara,1978
- EYRENCİ, Öner**
TAŞKENT, Savaş
ULUCAN, Devrim : Bireysel İş Hukuku, 3.Baskı, İstanbul,2006.
- GÜNAY, İlhan Cevdet** : İş Kanunu Şerhi, C:I, 2.Baskı, Ankara 2006 (Şerh)
- GÜNAY, İlhan Cevdet** : İş Davaları, Ankara, 2008. (İş Davaları)
- GÜNAY, İlhan Cevdet** : Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt İlgili Mevzuat, Ankara, 1999. (Toplu İş)
- KARAHASAN,**
Reşit Mustafa :Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:4, İstanbul, 2002.
- KILIÇOĞLU, Mustafa** : İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005.
- KILIÇOĞLU, Mustafa**
ŞENOCAK, Kemal : İş Kanunu Şerhi, C:1, İstanbul, 2008.
- MOLLAMAHMUTOĞLU,**
Hamdi : İş Hukuku, 3.Baskı, Ankara, 2008.
- NARMANLIOĞLU, Ünal** : Asıl işveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorunlar, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2008.
- ÖZDEMİR, Sinan Cumhur** : İş Kanunu Uygulama Rehberi, Ankara, 2005.
- SÜZEK, Sarper** : İş Hukuku, 4.Baskı, İstanbul, 2008.
- TAŞKENT, Savaş** : Açıklamalı – İçtihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler, İstanbul, 2005.

TİSK : 4857 Sayılı İş Kanunu Ve Gerekçesi, 2. Baskı, Ankara, 2008.

YALÇINDURAN, Türker : Alt İstisna Taşeronluk Sözleşmesi, Ankara, 2000.

YELEKÇİ, Memduh
YELEKÇİ, İbrahim : İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2003.

MAKALELER :

ALPAGUT, Gülsevil : Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu ,S. 20, 2008.

AKIN, Levent : İş Sağlığı ve güvenliğine İlişkin Bazı Öneriler ,İşveren Dergisi, Mayıs 2008 www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=2057&id=99

AKTAY, Nizamettin : Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Bazı Sorunlar Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, , C:3, S. 3, 1994.

AKTAY, Nizamettin : İş Güvencesinde Otuz Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı ‘Bordro İşvereni’ Tabiri Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri ,Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, İstanbul Eylül/2008.

AKTEKİN, Şeyda : Alt İşveren Çalıştırma Tarihi Mi Karışıyor? <http://www.mess.org.tr/tc.asp?icid=1615>

CENTEL, Tankut : Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 12, İstanbul Aralık/2008.

CENTEL, Tankut : Alt İşveren Yönetmeliği, 03.02.2009, www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=2212&id=105

ÇANKAYA, Osman Güven : Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:6, Ankara 2002.

ÇİL, Şahin : 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, Eylül 2006.

ÇUBUKÇU, Erdoğan : Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi Tanımı Ve Kavramlar ,

- ÖZBEY, Nedim** : 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi,<http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/armaganlar/mecmua/>
- EKMEKÇİ, Ömer** :Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.12, 2006, İstanbul. (Legal)
- ENGİN, Murat** :Üçlü İş İlişkileri, III. Yılında İş Yasası Konulu Seminer, İstanbul, Eylül/2005
- ENGİN, Murat** : Alt İşverene Devirde Uzmanlık Koşulu, <http://www.intes.org.tr/06/dergi>
- ERGİN, Hediye** : İşverenlere Getirilen 5 Puanlık Prim İndirimi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 12, Aralık/2008.
- EYRENCİ, Öner** : 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler Genel Değerlendirme” , Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 1, 2004.
- FIRAT, Hüseyin İrfan** : Personel ve İnsan Kaynakları Yönetimi Danışmanı, http://www.dijimecmua.com/bilanco/155/index/215112_is-hayati-personel-ve-insan-kaynaklari-yonetimi-danismani-huseyin-irfan-firat-ekonomik-krizin-is-sozlesmelerine-etkisi/2008
- GEREK, Nüvit** : 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Yapılan Son Değişiklikler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, İstanbul Eylül/2008.
- GEREK, Nüvit** : Çalışma ve Toplum Dergisi,C:15, Nisan 2007
- GÖKTAŞ, Seracettin** : Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 12, Aralık/2008.
- GÜNAY, Mehmet** : İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, www.yayin.adalet.gov.tr/31_sayi%20icerik/Mehmet%20Günay.htm
- GÜZEL, Ali** : İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=443>.

- İŞIKLI, İbrahim** : Sosyal Güvenlik Ve İş Hukuku, İş Kanununda Alt İşverenlik Uygulaması
www.mevzuatbankasi.com/portal/konuk_yazarlar/mevzuat.asp?kategori=15&id=2302
- KAYA, Şivan** : Alt İşverenlik Yönetmeliği Çözüm mü ? Çözumsuzlük Mü? www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=20009
- KAZANCI Bilişim Yayınları**
İçtihat Bilgi Bankası : www.kazanci.com.
- KILIÇ, Aslıhan Özcan** : Alt İşveren İlişkisinden Doğan Asıl İşverenin Sorumluluğu, <http://tez2.yok.gov.tr/>.
- ÖZVERİ, Murat** : Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası , Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004.
- PİRLER, Bülent** : En İyi Yaptığın İşi Yap Gerisini İşletme Dışından Sağla, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=2193&id=105
- SOYER, M.Polat** : 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart/2006.
- SÜRAL, Nurhan** : 4857 Sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül/2007.
- ŞAFAK, Can** : 4857 Sayılı İş kanunu Bakımından İşveren Meselesi, www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/taseron_alt_isveren.pdf
- TARCAN, Nurseli** : Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006.
- TAŞKENT, Savaş** : Açıklamalı – İçtihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler, İstanbul 2005.
- TAŞKENT Savaş** : Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004 /2
- TAŞTAN, Z.Seçil** : İş Hukukunun Temel Kavramları, <http://www.humanresourcesfocus.com/proje4.asp>
- ÜRÇAN, Gülümnden** : Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2008/19
- ÜNSAL, Engin** : 4857 sayılı Kanuna Göre Alt İşverenlik İlişkisinin

Kurulması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/6

- YILMAZ**, Ejder : Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası, Çimento İşveren, C:23, Ocak/2009.
- BOZKURT**, Ebru : Asıl İşveren – Alt İşveren İliksisinde Sorumluluk ve Sınırları , Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 9, İstanbul Mart/2008.

ÖZET

Değişen dünya ekonomi sistemi içerisinde artık işverenler işçi istihdam ederken hem daha verimli ve eksiksiz iş yapmış olmak adına, hem de daha ekonomik olduğundan işin bir kısmını, devredilen iş açısından uzman bir başka işverene yaptırmaya başlamışlardır. İşte bu “bir başka işveren” artık günümüzde, dilimize alt işveren olarak yerleşmiş olan kurumdur. İşin alt işverene devrinde daha iyi iş çıkartmak ve bu işi ucuza mal etmek duygusunun yanı sıra daha az sorumluluk doğuran ve her alanda daha kolay ve nitelikli istihdam anlayışı da rol oynamaktadır.

Yine alt işverenlik kurumunun bu denli gelişmesindeki bizce en büyük etmenlerden bir diğeri ise işverenlerin, İş Hukukunun ve Sosyal Güvenlik Hukukunun işverenlere yüklediği sorumluluklardan kurtulmak istemeleridir. İşverenlerin işçiler arasındaki örgütlenme bilincini kırarak sendikasızmaya çalışma amacı da büyük bir rol oynamıştır.

Ülkemizde ilk uygulanma anından bugüne kadar sürekli problem yaratan asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanun koyucular tarafından defalarca düzenlenmiştir. 1475 sayılı Kanun döneminde sadece asıl işverenin, alt işverenle birlikte sorumluluğu dikkate alınmış ve bu husus düzenlemeye konu olmuştur. Bu düzenleme yeterli gelmemiş ve 4857 sayılı Kanun ile bu konu biraz daha kapsamlı incelenmiştir. 4857 sayılı Kanun ile alt işverenin tanımı, muvazaalı işçi çalıştırılması halinde uygulanacak müeyyideler düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemeyle birlikte, işçilerini sadece bir başka işverenin

yardımcı işlerinde ya da bir başka işverenin asıl işinin bir bölümünde istihdam eden işverenin alt işveren olduğu kabul edilmiştir. Alt işverenin varlığının kabulü için 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen bir diğer kıstas ise işletmenin ve işin gereği, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin varlığı halinde, bu alanların alt işverene devri mümkün olacaktır.

Yine 4857 sayılı Kanun ile alt işverenin yanında asıl işverenin işçilerinin çalışması, daha öncesinde asıl işverenin çalışanı olan bir işçi ile alt işveren ilişkisinin kurulması da yasaklanmıştır. Bu yasaklamanın yaptırımını olarak ise muvazaalı düzenlenmiş ve bu hallerde alt işveren ilişkisinin başından itibaren muvazaalı kabul edilmiştir. Muvazaanın asıl işveren yönünden en kötü sonucu ise, alt işveren işçileri muvazaanın kabulü ile birlikte başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmaktadır.

Muvazaanın, bu kadar kesin çizgilerle belirlenmesi doktrinde çok eleştirilmiştir. Sebep olarak da, kanunda sayılan bütün nedenler var olmasına rağmen aslında gerçek bir alt işveren - asıl işveren ilişkisinin kurulmuş olma ihtimalidir.

Ülkemizde alt işverenlik kurumunu daha çok, sermayesi daha az olan işverenler yürüttüğünden, uygulamada birçok defa alt işverenin iflası ya da kötü niyetli olması hallerinde, işçiler mağdur edilmiş ve emeklerinin karşılığını alamamışlardır. Bu nedenle de kanunlarda daha çok işçiyi koruyan düzenlemelere yer verilmiştir. İşçilerin alacaklarına kavuşamama ihtimalini ortadan kaldırmak için düzenlemeye giden kanun koyucular, asıl işvereni, alt işveren işçilerine karşı o işyeri ilgili olarak, İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile müteselsilen sorumlu tutmuşlardır. Böylece işçi, zarara uğraması halinde asıl işverene veya alt işverene yalnız başvurabileceği gibi her ikisine birden aynı anda başvurma hakkına da sahip olmuştur.

27.09.2008 tarihli ve 27010 Sayılı Alt İşverenlik Yönetmeliği ile birlikte ise asıl işveren-alt işveren uygulamasına yeni bir boyut kazandırılarak, işçiye tam güvence vermeye çalışılmıştır. Fakat hem işçi ve işçi hakları savunucuları, hem de işveren ve işveren hakları savunucuları tarafından çok eleştirilen iptal davasına konu edilen bu yönetmelik bizce de esaslı bir değişikliğe mahkumdur. Yönetmelik henüz çok yeni olup, ne işveren, ne de işçi cephesi açısından beklenen yararı taşımamaktadır. Özellikle bugüne kadar yargı yolu ile çözülmeye çalışılan, hizmet tespiti ve muvazaalı hallerinde işçinin kimin işçisi sayılacağına tespiti konusunda ilk yetki mahkemelerden alınarak, iş

müfettişlerine devredilmiştir. İş müfettişlerince düzenlenecek rapora karşı yargıya müracaat ederek dava ikame edebilme hakkı tanıyan kanun koyucu böylece bizce zaten uzun ve hantal olan yargılama sürecine birde müfettiş incelemesini eklemiştir. Düzenlenen raporun her halükarda işçi ya da işveren taraflarından birinin aleyhine olacağından mutlak bir yargı yolu görünmektedir. Bu nedenle usul ekonomisi açısından isabetli bir düzenleme olmamıştır. Yine yönetmelik ile, İş Kanunu ile düzenlenmemiş konularda düzenleme yapılmış ve sözleşme serbestisi ihlal edilmiştir.

ABSTRACT

Capitalistic manufacturing system have been developing since its establishment. During this period changes in politic economy and work organization occured Changing one area always affect other areas so work organization is getting different in politic economical means.

Our age is age of knowledge and there is a cutting edge between losers and winners. This edge is getting deeper every day and as its result its getting harder to bring an equity. Each society has its needs and its unreal to make general formula which is suitable for everyone. But there is a need to obtain new public contract to face expectations of workers, employers and public. The relationship between workers and employers have to be correctly revised and made applicable in our country.

The classic working style in the past had an understanding of small manufactories beside big ones. This understanding was left with globalization and this situation changed the style of employment. There was only one employer and one factory for workers in the past but now employers can make a contract with subemployers to employ their labours. This situation began to multiply and larger number of subemployers and workers took place in the same manufacture. The trend of subemployment brought problem for syndicates which were very powerful and masterful in old classic system. Because

subemployment system decrease number of workers in main manufacture and increase it in subemployment. It reduced the power of syndicates because generally workers of subemployment system don't belong to any workers organization. As time is passing by the mean of subemployer and main employer and their relationships is getting used more frequently in every area. According to new thoughts we started the large research to obtain decisions which will prevent practical problems. There is new formations and opinions every day. That's why a large research work has to be done on subemployment organization.

1)GİRİŞ

Kapitalist üretim sistemi, uygulanmaya başlandığından bu yana büyük bir ilerleme kaydetmiştir; halen de bu ilerleme devam etmektedir. Bu ilerleme süreci içinde ekonomik-politik nitelikli değişimler yaşandığı gibi, üretimdeki iş örgütlenmesiyle ilgili aşamalar da kaydedilmiştir. Bu değişim, diyalektiğin doğal sonucu olarak yaşamın herhangi bir alanındaki değişimin bir başka alanı etkilemesi ve o alanda da değişikliklere yol açması kaçınılmaz olduğundan, iş örgütlenmesine de farklı alanlarda, siyasal ve ekonomik boyutlar kazandırmıştır.

Çağımız bilgi çağıdır ve bu çağda toplumun ekonomik katmanları arasında derin bir uçurum oluşmuştur. Uçurum her geçen gün derinleşmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, toplumsal barışı korumak ve sınıflar arası adaleti sağlamak gittikçe zorlaşmaktadır. Her toplumun kendince farklı gereksinimi ve ilerlemeleri olduğundan, aslında bu konuda her toplumun bünyesine uygun bir formül bulmak imkansızdır. Fakat içinde bulunduğumuz yüzyılda işçilerin, işverenlerin ve toplumun beklentilerini karşılayan yeni bir toplumsal sözleşmeye ihtiyaç vardır. Bizce, yeni teknolojilerin ve küreselleşmenin giderek daha fazla etkisinde kalan ve bir çok dünya ülkesine göre gündemi geriden takip eden ülkemizde de, iş, işveren ve toplum ilişkilerinin yeniden, adilane ve uygulanırlığı olan bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Geçmişte, uygulanmış olan klasik çalışma şekilleri, küreselleşmeyle birlikte bir yana bırakılmış ve esnek üretim sistemleri olarak adlandırılan, büyük işletmelerin yanında hayat bulan küçük işletmeler ve küçük işletmecilik anlayışı benimsenmiştir. Bu durum doğal olarak işverenlerin işçi istihdamının şekillerini değiştirmelerine neden olmuştur. Daha öncesinde tek işletme, tek işveren ve tek işverene bağlı olarak çalışan işçiler var iken, esneklik temelli bazı yeni çalışma şekillerinin yanı sıra asıl işveren ve asıl işverenin işletmesinin içinde kendine ait işçiler ile asıl işverenin yaptığı işin sadece bir bölümünü yapması için anlaşan alt işverenler ve alt işverenin işçileri çalıştırılmaya başlanmıştır. Bu durum gittikçe artmış ve aynı işletme içerisinde birden fazla alt işveren ve işçileri birlikte çalışmaya başlamışlardır. Üretimde asıl işverenin yanı sıra, küçük işletmelerin de aynı işletme içerisinde işçileri ile var olmaya başlaması en çok, klasik çalışma siteminde çok güçlü ve hâkim durumda bulunan sendikalar açısından zorluk yaratmıştır. Çünkü artan alt işverenlik uygulamaları, ana işletmede çalışanların sayısının azalmasına ve alt işveren işçiliğinin artmasına neden olmuştur. Artan alt işveren işçilerinin genelde sendikasız oluşu ise sendikaların üretim sürecinde ki etkinliğini zayıflatmış ve siyasi anlamda da baskı güçlerini azaltmıştır. Zamanla yerine oturmaya başlayan alt işveren-asıl işveren kavramları ve ilişkileri giderek daha sık ve her alanda kullanılır olmuştur.

Alt işveren kavramının ülkemizde ki tarihi gelişimine bakacak olursak; ilk kez 1936 tarihli 3008 sayılı İş Kanunu ile hukukumuza girdiğini görürüz. ¹3008 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin dördüncü fıkrasında ki düzenleme,² 1967 tarihli ve 931 sayılı İş Kanununun, 1. maddesinin son fıkrasında ³ tekrardan düzenlenerek, alt işverenlik kavramına açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Daha sonra 931 sayılı İş Kanunu Anayasa Mahkemesi tarafından 1970 yılında iptal edilmiş ve 1971 yılında yürürlüğe konulan 1475 sayılı İş Kanununun 1. maddesinin son fıkrasında, 931 sayılı Kanunun hükmü aynen kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur.

¹ Dokuzlar/Özbey, s. 151 <http://auh.f.ankara.edu.tr/kitaplar/armaganlar/mecmua/>

² 3008 Sy. İş K.m. 1/4, “..işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahıs aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele akdetmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür..”hükümünü getirmiştir.

³ 931 Sy. İş K.m. 1/son “bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklerinde 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”

Alt işveren konusunda düzenleme yapma ihtiyacı işçilerin hakları bakımından duyulmuştur. Şöyle ki özellikle az sermayeye sahip olan alt işverenler yanlarında çalıştırdıkları işçilerin ücret ve diğer haklarını ödemekte güçlük çekmekte, çoğu zaman iflas eden alt işveren karşısında işçiler haklarını alamamaktadırlar. Bu nedenle kanun koyucu asıl işvereni de **“birlikte sorumlu”** tutarak işçilerin haklarının garanti altına alınması amaçlamıştır.

4857 sayılı İş K.’ndan önce alt işverenlik kavramı yeterince açık değildir. Bu durum işçilerin sendikasızlaşmasına ve patronlar tarafından ucuz emek sağlamak için kötüye kullanılmasına yol açmıştır. Alt işveren, önce asıl işlere yardımcı işlerde faaliyet göstermek üzere kullanılmaya başlanmış, zamanla, asıl işlerin yürütülmesi amacıyla kullanılmıştır. Bu uygulama biçimiyle alt işveren çalıştırma, başlı başına alternatif bir istihdam modeli haline gelmiştir.⁴

Ancak, 4857 sayılı yeni İş K.’nun 2. maddesinin 6. fıkrasında, alt işverenin tanımı, daha geniş ve net bir şekilde düzenlenmiştir. **“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve 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 bir işverendir”** denilmiştir.

Alt işverenlik kurumu ile ilgili yapılan değişikliklere aşağıda değineceğiz fakat burada belirtmek gerekir ki bu ilişkiyi yeniden düzenlemek amacıyla Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 27.09.2008 tarihinde 27010 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren bir yönetmelik hazırlanmıştır.

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişkinin hukuki boyutunun yanı sıra sonuçlarından işçilerin özellikle olumsuz etkilenmesi ile toplumsal ve ekonomik boyutları düşünüldüğünde ülkemizde bu konuda daha birçok değişiklik yapılması gerekmektedir. Tam da bu konuda ülkemizde bugünlerde epeyce eleştirilen Alt İşverenlik Yönetmeliği yukarıda belirtilen tarih ve sayı ile yayınlanmıştır. Yönetmelik aşağıda da değineceğimiz üzere birçok konuda eleştirilere ve sonunda iptal davasına konu olmuştur. Ülkemizde asıl ezilenin işçi olduğu kesin olmakla birlikte, işçiyi korumak adına çıkarılan işbu

⁴ Canpolat, s. 12 vd.

Yönetmelik tam olarak işçinin lehine olmamıştır. İşverenin ise tamamen aleyhine bir düzenlemedir.

Konuşma ve yazı dilinde özellikle teknik konularda terminolojinin büyük bir önemi vardır. Yeknesaklığın sağlanabilmesi ve yanlış yorumların oluşmasının önlenmesi için terminolojide aynı terimin kullanılması ve bu terime aynı anlamın yüklenmesi gerekmektedir.

İşte bu konuda, başka işverenlerden işlerinin belirli bir bölümünü ya da işyerine bağlı bölümlerde iş alan işverenleri ifade etmek için mevzuatımızda ve doktrinde konuyu inceleyen yazarlar tarafından çeşitli deyimler kullanılmaktadır. Aynı kavramı anlatmak için farklı deyimler kullanılması uygulamada önemli sorunlar yaratmaktadır. Bu nedenle, kullanacağımız deyim seçmeden önce, mevzuatımızda ve doktrinde, bu kavram için kullanılan deyimleri incelememiz uygun olacaktır. İş hukukunun yapısı ve amacı da göz önünde bulundurularak, kullanılan deyimler arasında kavramı en iyi şekilde anlatan ve diğer kavramlardan ayırt edici özelliği olanın seçilip kullanılması gerekmektedir.

Kanun koyucunun asıl işverenlerden, ikinci maddede tanımlanan şekliyle iş alan alt işverenler ile 36. madde uyarınca iş alan alt işveren ya da müteahhitleri farklı kavramlar kullanmak sureti ile birbirinden ayırması, hem terminolojik bir sıkıntının hem de uygulamada yarattığı tereddütlerin giderilmesi bakımından faydalı olmuştur.

Alt işveren ve müteahhit kavramlarının doktrinde pek çok yazar tarafından birbiri yerine kullanılan kavramlar oldukları görülmekle birlikte, bu iki kavramın birbirinden ayrılması gerektiği de yine doktrinde ki görüşlerdendir.⁵ B.K.'nin "İstisna Sözleşmesini" düzenleyen 355. maddesi uyarınca müteahhit, iş sahibine karşı ücret karşılığında bir iş (eser) yapmayı taahhüt eder.⁶ Yine B.K.'nin 356. maddesine göre de, işin niteliği açısından bir sakınca yoksa müteahhit üstlendiği işi bir başkasına devredebilir. İşin devredildiği bu kişi ya da kuruluş alt işverendir. Müteahhit iş sahibine karşı işin tümünden sorumludur, alt işverenin asıl iş sahibine karşı bir sorumluluğu yoktur.⁷ Alt işverenin temel özelliği, müteahhidin iş sahibinden aldığı asıl işin bir bölümünü üstlenmesidir. İş sahibinden işin tamamını üstlenen müteahhidin, işin bir kısmını bir başkasına devretmesi halinde, alt işverenlik kavramı anlamını bulmaktadır. Ancak alt işverenlikten söz

⁵ Aydın, s.148 vd.

⁶ Karahasan, s.799

⁷ Yalçınduran, s. 24 vd.

edebilmek için mutlaka müteahhitlik ilişkisinin de olması gerekmez. İşin bir bölümünü müteahhitten değil, asıl iş sahibinden alan kişi ya da kuruluş da alt işveren sayılır. Burada belirleyici nokta, asıl iş sahibinin işin tümünü ya da bir kısmını devir edip etmediğidir.

Müteahhit ve alt işveren kavramlarının çok sık karıştırıldığı bir durum da ihale ile iş yaptırılan işlerdir. Genelde ihale ile iş alan kişi ya da kuruluşlara “müteahhit” denilmektedir. Devlet İhale Kanunu’nun dördüncü maddesinde de müteahhit; ihale alan olarak tanımlanmıştır. Oldukça dar tutulan bu tanıma göre, ihale ile iş alan her kişi ya da kuruluş müteahhit sayılacaktır. Ancak ihale sisteminde önemli olan işin tamamının ya da bir kısmının ihale edilip edilmediğidir. İşin tamamı ihale ediyorsa sözleşmeye taraf olan kişi ya da kuruluş müteahhit, işin bir kısmı ihale ediyorsa sözleşmeye taraf olan kişi ya da kuruluş alt işveren kabul edilmelidir.

Ancak BK’nun 355. maddesinde bu ilişki, “ İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.” şeklinde tarif edilmiş olup, istisna sözleşmesini düzenleyen 355 ve devamı maddelerinde, müteahhidin bu sıfatı kazanması bakımından işin tamamını üstlenmesi noktasında bir ayrıma gidilmemiştir.⁸ Dolayısı ile yukarıda bahsedilen görüşlerin aksine, iş sahibinden işin yalnızca bir kısmını alan tarafın da müteahhit olarak kabulü önünde yasal bir engelden bahsetmeye imkan yoktur.

⁸ Akyiğit, Şerh s.86 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

§ 1. TEMEL KAVRAMLARA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Bir işyerinde en üst düzeyde yönetim hakkını kullanan kişilerden, en alt düzeyde görev alanlara kadar çok değişik unvan altında çalışan kişilerin varlığı gözlenir. Diğer konu başlıklarına geçmeden önce yapılması gereken; işyerlerinde zamanla gelişen bu kavramların, terminolojik ve hukuki anlamda ne ifade ettiklerinin açıklanmasıdır. Ancak bu incelemeyi yaptıktan sonra bu kişilerin haklarını, borçlarını, sorumluluklarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini saptayıp hukuki açıdan değerlendirebiliriz.

I. 4857 SAYILI KANUNA GÖRE İŞÇİ KAVRAMI

İş hukukunun temel kavramlarının başında işçi kavramı gelir. Türk Hukukunda işçi kavramından söz ederken işçilik sıfatının araştırılması aşamasında bir takım kıstaslar belirlenmiştir. Şimdi bunları inceleyelim:

İşçilik sıfatının iş sözleşmesinden doğmuş olması gerekir. İşçi, iş hukuku tarafından koruma altına alınan iş hukuku süjesidir. Hukukumuzda kural olarak iş sözleşmesi ile çalışanlar işçi sayılırlar. İş Kanununun md. 8/1 fıkrasında “iş sözleşmesi işçinin bağımlı olarak iş görmesi, işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” hükmü vardır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesi bağımlılık, ücret ve iş görme unsurlarından oluşmaktadır. İşçi sıfatından bahsedebilmek için öncelikle tarafların karşılıklı serbest iradeleri ile oluşturdukları bir iş sözleşmesinin varlığı aranır.⁹ Yani aile içindeki yardımlaşma çerçevesinde yapılan işler aile üyelerini işçi statüsüne sokmaz. Bir kimsenin işçi niteliği taşıyabilmesi için söz konusu işin türünün hiçbir önemi yoktur. Yani işin işçi açısından yorucu olması, bedensel veya

⁹ Akyığıt, Şerh, s.402

düşünsel güç kullanılarak icra edilmesi fark etmez.¹⁰ Yani kişi bir kamu kuruluşunda da çalışsa işveren ile yaptığı sözleşme iş sözleşmesi ise işçi sıfatını kazanır. İşçilik sıfatı, İş Kanununa göre iş sözleşmesinin varlığına dayanır. Bu nedenle diğer iş görme sözleşmelerine göre çalışanlar işçi sayılmamaktadırlar.¹¹

İş Kanununda yapılan işçi ve iş sözleşmesi tanımlarından yola çıkarak işçiyi şöyle tanımlayabiliriz:

İşçi, iş sözleşmesi uyarınca bir ücret karşılığında belirli ya da belirsiz bir süre için işverene bağımlı olarak iş görmeyi, yani; işgücünü diğer tarafın emrine vermeyi taahhüt eden taraftır.¹²

İşçi kavramının unsurlarını tek tek sayacak olursak:¹³

- Geçerli bir iş ilişkisi olmalıdır,
- Bu iş ilişkisinin amacı bir iş yapılması olmalıdır.
- Bir yarar elde etmek amacı ile çalışılmalıdır.
- Bir işverene bağımlı olarak çalışma olmalıdır.

İş hukuku, her şeyden önce “işçilerin özel hukuku” olduğundan işçi, iş hukukunun temel kavramlarının başında yer almaktadır. Bütün bu açıklamalardan çıkan sonuç ise; işçi, iş hukukunun korumayı amaçladığı asli süjedir.¹⁴

II. 4857 SAYILI YASAYA GÖRE İŞVEREN KAVRAMI

A) TANIMI

İş hukukunun işçi ve işveren arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı olduğunu biliyoruz. İş hukuku sadece iş sözleşmesi ile başkasına bağlı olarak iş yapan işçilerle ilgilidir.

Bir iş sözleşmesinde iki taraf bulunmaktadır. Bunlardan biri işçi diğeri ise işverendir. Buradan görülüyor ki işveren iş hukukunun işçiden sonraki en önemli

¹⁰ Centel, İş H., s.66

¹¹ Süzek, s.122

¹² Mollamahmutoğlu, s.140

¹³ Taştan, <http://www.humanresourcesfocus.com/proje4.asp>

¹⁴ Akyiğit, İş. H., s.42

süjesidir. İş hukukunun inceleme konusu olan işçi- işveren ilişkilerinde en önemli ve sorun yaratan husus kimlerin işveren statüsüne girdiğinin tespitidir. Çünkü işverenlerin kim olduğu en az işçilerin statüsü kadar iş hukukunun incelemesi gereken bir konudur.

“İşveren” kavramını terimsel olarak açıklayacak olursak ilk akla gelecek açıklama “işverenin” istihdam eden olduğunu söylemek olacaktır.¹⁵ İşveren bu sıfatı dolayısıyla işgücü sahiplerine karşı sorumlu kişi olarak tanınacaktır. İşveren en yüksek yönetim yetkisine ve dolayısıyla işçiyi işe alma, işçinin işine son verme, ücret ve tazminat ödeme gibi sorumlulukları yüklenen kişidir. İşveren bu sorumlulukları, sermayeyi başkalarından kiralamış olsa bile işyerinin veya işletmenin sahibi olmak sıfatıyla yüklenir.¹⁶ Yine belirtmek gerekirse, işverenin iş yerinin asıl sahibi olması veya işyerini durup yönetmesi de işveren sıfatının zorunlu bir unsuru değildir.¹⁷ İş Kanunu işverene bir takım yükümlülükler yüklemiştir. Bu yükümlülükleri sıralayacak olursak¹⁸;

—İşyerini bildirme yükümlülüğü

—Eşit davranma yükümlülüğü

—Çalışma koşullarını gösteren yazılı bir belge verme yükümlülüğü

—Çalışma belgesi verme yükümlülüğü

—Ücret ile ilgili bir takım yükümlülükler

—Kamu mallarının ve asıl işverenlerin hak edişlerinden ücreti kesme yükümlülüğü

—Asgari ücret ile ilgili yükümlülüğü

—Ücret hesap pusulası verme yükümlülüğü

İş hukuku doktrindeki neredeyse tüm yazarlar, işveren kavramının işçi orijinli olarak ortaya çıktığı görüşündedirler.¹⁹ Aslında en kısa tanımıyla işçi, başkasının hizmetinde çalışan kişidir. İşveren ise başkasını kendi hizmetinde çalıştıran kişidir. Diğer bir deyimle iş sözleşmesinin bir tarafı işçi diğer tarafı işverendir. Sonuç olarak diyebiliriz ki işçi kavramı, işveren kavramının varlığı ile var olan bir kavramdır.²⁰ Şimdi işveren kavramının unsurlarına değinelim.

¹⁵ Güzel, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=443>.

¹⁶ Süzek, s.132 vd.

¹⁷ Mollamahmutoğlu, s.156

¹⁸ Andaç, s.43 vd.

¹⁹ Demircioğlu/Centel, s.19; Mollamahmutoğlu, s.155; Akyiğit, İş H.s.42.

²⁰ Mollamahmutoğlu, s.155

B) UNSURLARI

“İşveren” kavramını net bir şekilde açıklayabilmek için ”işveren”in unsurlarını incelemek gerekmektedir. İş Kanunu anlamında işverenden bahsedebilmek için aranan hususları şöyle açıklayabiliriz.

1) İşverenin Çalışanla Arasındaki İlişkisi, İş Sözleşmesinden Kaynaklanmalıdır:

İş sözleşmesine dayalı olarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği bulunmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak nitelendirilmektedir. Kendisine bağlı işçi çalıştırmayan bir kimseye işveren demek mümkün değildir.²¹ İşverenin bu tanımı ile asıl işveren ve alt işveren kavramını tespit etmiş oluruz. İşveren diye açıkladığımız bir kimse, başkasına verdiği bir işte kendi işçi çalıştırmıyor ise bu kimseyi işveren olarak tanımlayamadığımız gibi işi verdiği kişiyi de doğal olarak alt işveren olarak tanımlayamayız. 1475 sayılı İş Kanunu’nda, Sendikalar Kanunu md. 2/4’ ün aksine tüzel kişiliği olmayan kamu kurum ve kuruluşları hakkında bir hüküm yer almaz iken, Sendika Kanunu tüzel kişiliği olmayan kamu kurum ve kuruluşlarını işveren saymıştır. 4857 sayılı İş Kanunu ise tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları da işveren saymıştır.²² Bunların yanında ayrıca işverenin tüzel kişi olarak özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olup olmaması arasında da bir fark yoktur. Bir Yargıtay Kararında da dile getirildiği üzere²³ işveren, iş hukukunun ilgilendiği birincil öge değildir. İş hukuku işçi merkezli bir hukuktur. İşveren, işçi çalıştırması nedeniyle bu hukukun kurallarına tabi olur²⁴. İşçi kavramından farklı olarak hem gerçek, hem tüzel kişiler

²¹ Akyiğit, İş H. s. 68; Özdemir, s.1

²² 4857 Sy. İş K.m.2 “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir”, www.kazanci.com, 08.02.2009

²³ Yarg.9.HD. 20.06.1996, E.3092, K.14111 sayılı karara göre “...işveren için bağımsız bir tanım getirilmeyerek işçiye bağlı olarak işçi çalıştıran tüzel ve gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre işverene vücut veren hukuki düzenlemenin önemi yoktur, işveren bir kamu kuruluşu, dernek, sendika, vakıf, şirket gibi tüzel kişi de olabilir.” www.kazanci.com

²⁴ Akyiğit, şerh, s.69 vd.

işveren olmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere işverene vücut veren düzenlemenin bir önemi yoktur. Tüzel kişilik durumunda organlar değil, tüzel kişiliğin kendisi doğrudan işveren sıfatını taşımaktadır. Organlar tüzel kişiliğin bir parçası olarak eylem ve tasarruflarda bulunarak, tüzel kişilik adına hareket etmiş olurlar.²⁵

İşveren ile işçi arasındaki ilişkiyi açıklamadan önce işverenin bazen birden çok kişi olarak karşımıza çıkması durumunun izah edilmesinde fayda vardır. İşveren çoğu zaman tek bir kişidir ancak bazen de birden çok kişi işveren sıfatına sahip olabilir. Birden çok gerçek veya tüzel kişinin oluşturduğu bir ortaklıkta işveren sıfatına birden çok kişinin oluşturduğu tüzel kişilik yani ortaklık sahip olmaktadır. Ortaklığın hukukta bir kişiliği bulunmadığından tüm ortakların birlikte işveren olarak sayılması gerekmektedir. Adi ortaklıkta ise her ortak işveren durumundadır. Çünkü adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur.²⁶

İşveren ile işçisi arasındaki ilişki iş sözleşmesine dayanmalıdır. Yani işveren ile işçi arasındaki ilişki başka bir özel hukuk ilişkisine değil, iş sözleşmesine dayanmalıdır. Bu yüzden istisna, vekalet, nakliye, neşir, adi şirket sözleşmeleri ve benzeri sözleşmeler gereğince bağımsız iş yaptıranlar İş Kanunu bakımından işveren sayılmazlar²⁷.

Örneğin bir müteahhit iş sahibinin ödemeyi kabul ettiği bir bedel karşılığında bir “edim ”yerine getirmeyi taahhüt ettiğinde aralarında bir istisna sözleşmesi kurulur. Diğer bir örnek verecek olursak, marangozun kitaplık yapması, bir terzinin pantolon dikmesi, eser sözleşmesi olduğundan, sözü edilen kimselerle, bunlara iş yaptıran kimseler arasında iş hukukuna özgü işçi-işveren ilişkilerine rastlamak mümkün olmayacaktır. Buna karşılık terzi elbise dikmek yerine, bu işleri yapan atölyede ücret karşılığında çalışıyorsa iş sözleşmesi söz konusudur ve işçi niteliği doğmuş olur. Aynı şekilde kendi terzi dükkânında ücret karşılığı başka birini çalıştıran terzi de iş sözleşmesine dayanarak ücret karşılığı işçi çalıştıran bir işveren niteliği kazanır.

2) Herhangi Bir İşte Çalıştırma Şartı

²⁵ Mollamahmutoglu, s.156

²⁶ Özdemir, s.1; Akyigit, şerh s.72

²⁷ Aydemir, s.8

4857 sayılı İş. K. m. 2’de belirttiği üzere işveren tanımı, işçi çalıştıran olarak başlamaktadır. Yani işveren bu sıfatını belirttiğimiz üzere işçi çalıştırmaktan almaktadır. Yalnız yer alan bu ifadeye göre işin türünün hiçbir önemi yoktur. Yapılan işin türü ve özelliği işveren kavramının doğal yapısı açısından bir farklılık yaratmaz. Bu yüzden bir işin karşı yan için değeri, onun maddi veya fikri bir ihtiyacının giderilmesine yarayan bir menfaatinin olmasıdır diyebiliriz.²⁸ Fakat bu iş işçinin fikri ya da bedeni çalışma göstermesi sonucu yapılan bir iş olabilir.

Bir işyerinde temizlik işinde çalışan kimse de, sekreter, mühendis, personel işlerini yürüten personel şefi veya müdürü de işçidir Bu kişileri çalıştıranlar ise işverendir. İşyerinde işverenin bazı sorumluluk ve yetkilerini devretmiş olması işverenlik niteliğini etkilemeyeceği gibi devralan şahısları da işveren mevkiine çıkarmayacaktır.²⁹

Önemli olan husus işçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesinin varlığıdır. Yoksa aralarındaki söz konusu işin kamu hizmeti olup olmaması da önemli değildir. İşverenlik kavramını, biraz daha dar yorumlamak gerekir. Aile hukukundan doğan yükümlülükleri bakımından düşündüğümüzde çocukların iş görmeleri anne-babayı işveren durumuna getirmez.³⁰

Fakat eşler, anne – baba ve çocuklar arasında iş sözleşmesi yapılmışsa karşılıklı konumları işçi işveren statüsünde olacaktır. Örneğin bir avukatlık bürosu açan kadının muhasebeci olan kocasını da bürosunda ücret karşılığında çalıştırması halinde aralarında iş sözleşmesinden doğan bir ilişkinin varlığı açıktır.

3) İşveren Gerçek veya Tüzel Kişi Olmalıdır:

Yine İş K.’da işveren tanımında belirtildiği üzere işveren gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Bu tüzel kişi kamu hukuku tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel kişisi olabilir. Yukarıda işveren ile işçi arasındaki ilişki iş sözleşmesinden kaynaklanmalıdır başlığı altında belirttiğimiz gibi tüzel kişiliği olmayan kişi toplulukları da İş K. yönünden işveren olabilirler. Bu gibi toplulukların adı adi ortaklık, donatma iştiraki gibi terimlerle

²⁸ Mollamahmutoğlu , s.154 vd.

²⁹ Aydemir, s. 9

³⁰ Aydemir, s.10

isimlendirilir. Böyle topluluklarda işverenin sorumluluğu ortaklığı oluşturan tüm kişiler işveren sayılacağından onlar arasında paylaşılır.

İşverenin tüzel kişi olması durumunda karşımıza bazı sorular çıkar. Bunlardan ilki tüzel kişinin mi yoksa onun bir organının mı işveren sayılacağı sorudur. Doktrinde bu konu tartışmalıdır. Bazı yazarlar tüzel kişinin bizzat kendisinin işveren sayılacağı görüşünü savunurlar.³¹ İşverenin tüzel kişi olduğu durumlarda tüm hukuki işlemler tüzel kişiliğin organları vasıtasıyla yapılmaktadır.³² Bu nedenle organ tüzel kişiliğin temsilcisi sayılmaz ve dolayısıyla tüzel kişiliğin bizzat kendisidir.³³ Bu gerekçe ile işveren sıfatını bizzat tüzel kişiliğin kendisine verirler. Bizim de katıldığımız görüş bu yöndedir. Yani emir verme yetkisinin yönetim kurulunda olması vs. gibi unsurlar tüzel kişiliği organlarda bağımsız yapmaya yetmeyeceği için işveren sıfatının da tüzel kişilikten ayrı düşünülmesi kabul edilemez.³⁴

Ayrıca işveren sıfatının kazanılabilmesi için işverenin işyerinin maliki olup olmadığı konusuna da değinmek gerekir. İşveren sıfatının doğumu için işyerinin maliki olma koşulu aranmaz. Önemli olan ve aranan unsur iş sözleşmesi dolayısıyla “çalıştıran kişi” olma özelliğinin bulunmasıdır.³⁵

4) İşçi ve İşveren Arasındaki İlişki Özel Bağımlılık İlişisine Dayanmalıdır:

Bağımlı olmadan kasıt, burada işçinin işveren otoritesi altında olmasıdır. Bu husus iş sözleşmesinin kendisine özgü bir unsurudur. Yargıtay da iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunu şu sözlerle açıklamıştır: “İşçinin iş gücü belirli veya belirli olmayan bir zaman için iş görme ediminin yerine getirilmesine ilişkin emirler, direktifler gözetim ve kontrol hatta cezalandırma yetkileriyle donatılmış işveren otoritesi altındadır.”³⁶

C) ÇEŞİTLİ YASALARDA YER ALAN DÜZENLEMELERDE İŞVEREN KAVRAMI

³¹ Eyrenci/ Taşkent/Ulucan s.41; Aydemir s.1

³² Çelik, s.41

³³ Süzek, s.134 vd.

³⁴ Demircioğlu/Centel, s.43-44

³⁵ Mollamahmutoğlu s.155

³⁶ Aydemir, s. 16, Yarg.10.HD. 14.12.1973,E. 1973/3154

İş yasalarında işveren kavramı belirlenirken işçi kavramı esas alınmıştır. İş Kanununun 2.maddesinin 1.fikrasına göre “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir.” İş sözleşmesinin kurulması ile işçi ile işveren nitelikleri de belirlenmiş olur.³⁷ Özel kanunlarda yer alan “işveren” deyimini karşılayan kavramları inceleyelim:

1) Borçlar Kanunu Bakımından İşveren Kavramı

Borçlar Kanununa göre işveren kavramını belirleyebilmek için öncelikle borçlar kanununda ki hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin incelenmesi gerekmektedir.

Uygulamada hizmet sözleşmesini düzenleyen yasal hükümler Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Kanunu ile bunlara ilişkin olarak çıkartılmış olan tüzük ve yönetmeliklerdir. Ancak bu düzenlemelerin varlığı Borçlar Kanunun hizmet sözleşmeleri hükümlerinin yürürlükte olmadığı anlamına gelmemektedir. Şöyle ki; Bu düzenlemelere tabi olmayan işlerin yürütüldüğü işyerlerinde ve burada çalışan işçiler ile bu işçilerin işverenleri hakkında BK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Borçlar Kanunu bakımından işveren, “Bir hizmet sözleşmesine dayanarak BK'nun uygulama alanına giren herhangi bir işte ücret karşılığı işçi çalıştıran tüzel veya gerçek kişi” olarak tanımlayabiliriz.³⁸

2) Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na Göre İşveren Kavramı

Deniz İş kanunu (m.1/1,2/B) ve Basın İş Kanununa göre. bir iş sözleşmesine dayanarak işçi (gemi adamı, gazeteci) çalıştıran kişiler işveren sayılırlar. Deniz İş Kanununun m.2/a hükmüne göre ”Gemi sahibine veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimseye” işveren denir. Bu hükümden de anlaşılıyor ki işveren niteliğini kazanmak için işyerinin sahibi olmak zorunlu değildir. Ayrıca işletme sahibinin

³⁷ Süzek, s.132.

³⁸ Aydemir, s.43.

söz konusu işyerinde kiracı olması veya işyerinde alt işveren olarak görev yapması onun niteliğini etkilemez.³⁹

Burada işveren niteliğinin ortaya çıkmasında önemli olan husus iş ilişkisinin karşı tarafını oluşturabilmektir. Gerçek işverenin belirlenmesi bazı işverenler tarafından yapılan muvazaalı işlerin önüne geçilmesini sağlayacaktır. Nitekim Y 9 HD. nin 7.4.2005, 10684/12394 sayılı kararında isabetle şu ifadelere yer verilmiştir: “...Ancak davacı işçi muvazaalı işlemlerle resmi kayıtlarda başka bir şirketin işveren olarak gösterildiğini gerçek işverenin davalı şirket olduğunu iddia etmiştir. Mahkemece bu hususta her hangi bir araştırma ve inceleme yapılmadan salt kayıtlarda dava dışı bir şirketin işveren olarak görüldüğü davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir. Bu konuda taraflardan deliller sorulmalı varsa tanıklar dinlenmeli gerekirse işyerinde keşif yapılarak davacının gerçek işverenin davalı şirket olup olmadığı belirlendikten sonra sonucuna göre karar verilmelidir.”⁴⁰

3) Sendikalar Kanununa Göre İşveren Kavramı

2821 sayılı Sendikalar Kanununda, İş Kanunundakinden daha geniş bir işveren tanımı getirilmiştir. Sendikalar Kanunu 2 maddesinin 4 fıkrasındaki tanıma göre gerçek veya tüzel kişilerden başka, tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarına da işveren denilmektedir. Sendikalar Kanununun 2 maddesinin 4 fıkrasındaki tanıma göre bir adi şirkete fiziki veya fikri emek vermek suretiyle ortak olanların dışındaki ortaklar işveren sayılırlar. Adi şirkete fiziki veya fikri emek vermek suretiyle ortak olanlar Sendikalar Kanunu anlamında işçi niteliğindedirler.(Sendikalar Kanunu m.2/2) Buna karşılık adi şirket işçi çalıştırdığı takdirde bu şirketin gerek sermaye, gerek emek arzı suretiyle katılan ortakları, işçilerinden işin görülmesini isteme hakkına birlikte sahiptirler. Bu ortaklar işçilere karşı birlikte işveren sıfatını taşırlar. Bu nedenle adi şirkete gerek sermaye gerekse emek getiren ortaklar işçilere karşı müteselsil olarak sorumludurlar⁴¹Örneğin, adi ortaklık şeklinde işletilen ekmek fırınında ortakların her ikisinin de fırın işleticiliğinde ortak olduklarını varsayalım. Bu ortaklar hem sermaye koyup, hem de bedenen

³⁹ Taştan, <http://www.humanresourcesfocus.com/proje4.asp>.

⁴⁰ Süzek, s.132

⁴¹ Demircioğlu/Centel, s.43 vd.

çalışmaları durumunda, her ne kadar işçi gibi çalışıyorlarsa da diğer çalışan işçilere karşı işveren sıfatını haizdirler.

4) Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununa Göre İşveren Kavramı

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda işveren tanımına yer verilmemiştir. Ancak, Sendikalar Kanunundaki tanımlama ile ortaya konulan işveren kavramı esas olarak bu Kanunun tamamlayıcısı niteliğinde olan TİSKGLK için de geçerlidir. Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen hüküm ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzel kişiliğe sahip olsalar dahi bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesinin yapılması öngörülmüştür. Böylece kamu kurum ve kuruluşlarında işletme toplu iş sözleşmesinin işvereni olan kişi belirlenmiş olmaktadır.

Ayrıca, bu Kanunda işveren kavramı ile ilgili olarak “İşyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kimse, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır” (m. 62/II). Fakat bu durumdaki kişi Sendikalar Kanunu bakımından işveren vekili sayılamaz. Düzenlemede geçen “işveren vekili” kavramı İş Kanunu ile ilgilidir Bu kanuna göre toplu iş sözleşmeleri iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili tüm unsurları düzenlediğinden bu kanun açısından iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran kişiler ancak işveren sayılırlar.

D) GENEL OLARAK ALT İŞVEREN KAVRAMI

Alt işveren terimi daha önce sadece öğreti tarafından kullanılmakta iken 4857 sayılı İş Kanunu’nda açıkça bu terim kullanılmış ve tanımı yapılmıştır. Bu yasadan önce 1475 sayılı eski İş Kanununda alt işveren terimi yerine “taşeron”, “müteahhit” gibi terimler kullanılmıştır. Sermayede yaşanan kriz, devletin küçülme çabaları, özellikle kamu kesiminde işin bir bölümü için daha düşük maliyetli, sendikasız, ucuz işgücüne rağbet edilmesi ile yaygınlaşmaya başlamış bir uygulamadır⁴². Bir işverenin işinin bir

⁴² Çubukçu, s. 2

bölümünde veya işyerinden sayılan yerlerdeki işlerin yapımını çeşitli nedenlerle başka bir işverene bırakması yani onun vasıtasıyla yapması mümkündür.⁴³ Önceleri asıl işlere yardımcı nitelikli bakım, temizlik yemek gibi işlerde başlayan uygulama zamanla bizzat asıl işin yürütülmesine kadar ulaşmıştır. Bu arada alt işveren uygulamasının ülkemizde sendikasılaştırma ve toplu iş sözleşmesi prosedürünün önünü tıkmak için kanuna karşı hile yolu aracı olarak kullanıldığı iddia edilmiştir.⁴⁴

Teknolojinin gelişmesi ve sanayileşmenin sonucu işverenler, kaliteli ve seri üretim yapabilmek için ilgi alanlarını belirli noktalarda yoğunlaştırmakta ve bu alanlarda uzmanlaşmaya gitmektedirler işletmelerin büyüyerek üretim tekniklerini arttırmaları işlerinin bir bölümünü başka işverenlere yaptırma zorunluluğunu doğurmuştur. Bu tür işleri yapan kimselere alt işveren denilir. Alt işverenler aldıkları işi asıl işveren ile aralarındaki sözleşmeye dayanarak yapmaktadırlar. Hatta bazen alt işverenler de kendilerinkinden daha uzman bilgiye ihtiyaç duyulması halinde başka işverenlere işi devredebilmektedirler.

4857 sayılı İş Kanunu alt işveren ile asıl işveren arasındaki ilişkiyi tanımlarken alt işveren kavramını aslında başka bir açıklamaya gerek kalmaksızın özetlemiş bulunmaktadır. İş K. Madde 2'ye 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 aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.” Bu tanımdan rahatça alt işveren kavramını anlayabilmekteyiz. Uygulamaya baktığımızda pek çok alanda ve daha çok inşaat işlerinde ve taşıma işlerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisine rastlanmaktadır. Alt işverenler aldıkları işi genel olarak asıl işverenin iş yerinde yapmak zorunda değildirler yani alt işveren sıfatını kazanmak için iş yeri sınırlarında çalışma zorunluluğu yoktur. Ancak alt işverenler kendi adlarına işçi çalıştırarak işveren sıfatını haiz oldukları gibi İş K. madde 2'de tanımlanan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkması için de alt işverenin kendi işçileri ile gördüğü işin mutlaka işverenin işyerinde görülmesi gerekir.

⁴³ Akyiğit, şerh, s. 86

⁴⁴ Özveri, s. 383 vd.

Asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği önemli değildir. Önemli olan unsur alt işverenin yaptığı işin asıl işverenin işi olması gerekliliğidir. Bu nedenle asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki uygulamada sık görülen istisna sözleşmesi çeşitleri olabileceği gibi, bu ilişkinin kira ya da taşıma sözleşmesine dayanması da mümkündür.⁴⁵ Her ne kadar işi başkasına vermenin temelinde genellikle eser sözleşmesi bulunsa da başka bir sözleşmeye (kira, taşıma gibi) dayanmasına da engel yoktur. Böyle bir ilişkinin değişik şekillerde karşımıza çıkması mümkündür.⁴⁶

Alt işverenle asıl işveren arasında ki ilişkiden kaynaklanan sorunları çözüme kavuşturmak için kanun koyucu İş K. madde 2’de bu düzenlemeyi yapmıştır. Bu madde ile “asıl işveren; alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumlu tutulacaktır.” Koruma altına alınan başka bir hükme göre ise “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.

“İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverene verilemez”. Bu hükmün amacı alt işvereni tanımlamaktan çok asıl işverenin sorumluluğunun sınırlarını belirlemektir. Bu düzenleme asıl işin de alt işverene verilmesini olanaklı kıldığı için eleştirilmiştir.⁴⁷ Alt işveren uygulamasının yarattığı sorunları çözmek için Yargıtay muvazaaya ilişkin kriterler oluşturmaya çalışmıştır.

Emeğini asıl işverenden alınan işe tahsis etmeyen, alt işverenin başka işyerlerinde çalışan başka işçilerine karşı asıl işverenlerin herhangi bir sorumlulukları yoktur. Bu işçilere karşı asıl işverenler üçüncü kişi konumundadırlar.⁴⁸

1) Tanımı

⁴⁵Canbolat, s.13

⁴⁶Akyiğit, Şerh, s.86

⁴⁷Çelik,s.47; Özveri s.390

⁴⁸Canbolat, s.15

Yukarıda alt işvereni genel olarak ele alırken de bahsettiğimiz gibi 4857 sayılı İş K. madde 2 de alt işverenin tanımını doğrudan belirtmemiş olsa da alt işveren asıl işveren ilişkisinin tanımında alt işverenin tanımını bir bakıma yapmış bulunmaktadır. Buna göre "bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve 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 işçileri sadece bu işyerinden aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir." biçiminde tanımlarken diğer işveren kelimesi ile alt işveren kavramından bahsetmektedir. İşte kendisi de işçi çalıştıran ve bir başkasına(alta işverene) kendi işyerinin bir bölümünde o işverenin kendi işçileriyle iş görmek üzere işi veren kimseye "asıl işveren",bundan iş alan ve kendi işçileriyle bunu yerine getirmeyi (eser vs gibi bir sözleşme ile) üstlenen kimseye ise alt işveren denir.

Aslında alt işveren ve asıl işveren kavramları hukuksal olarak farklı değildir. Yani her ikisinde de işveren kavramı ön plandadır. Bu söylediklerimize göre aralarındaki birinin "asıl", diğerinin "alt" olarak isimlendirilmesinden kaynaklanan terminolojik farklılık, işveren kavramının esası bakımından değil, iki işverenin karşılıklı konumlanmalarına kıyasla ortaya çıkmakta olup, işinin bir bölümünde veya eklentisinde bir işverene iş tevdi eden işverene "asıl işveren" buna mukabil ondan iş alan diğer işverene de konumunun doğal karşılığı olarak "alt işveren" denilmesi söz konusudur. Bunların bir diğerinden ayırt etmek için konumlarına ve aralarındaki hukuki ilişkiye uygun düşen terimler olmalarındandır. Her hangi bir işveren olmasına karşın "alt işveren" aralarındaki ilişkiden kaynaklanan konumu itibariyle bu şekilde adlandırılmaktadır.⁴⁹

Aslında hukukumuzda bu konu kavramsal olarak tam aydınlatılmış değildir. İş Kanunumuz tanımlara yer verse de tanımlar yeterli değildir. Ayrıca kanundaki düzenleme de alt işvereni tanımlamamakta daha çok görüldüğü üzere asıl işverenin hangi durumlarda alt işverenin işçilerine karşı sorumlu olduğunu açıklamaktadır.

Buna göre münhasıran asıl işverenden alınan işte çalışan alt işverenin işçilerine karşı, asıl işverenler de birlikte sorumlu tutulmuş,⁵⁰ münhasıran bu işlerde çalışmayan

⁴⁹ Mollamahmutoğlu, s.163

⁵⁰ Yarg.9.HD.,E.2007/32136,K.2007/37354,www.kazanci.com

işçilere karşı sorumlu tutulmamışlardır.⁵¹

Alt işveren işçilerine karşı hukuki anlamda işveren sıfatına sahip olan yalnızca alt işverenin kendisi olup iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların sahibi de kendisidir. Bu anlamda işçilere bizzat yönetim hakkı uygulayacak ve yine onlardan işin ifasını bizzat kendisi isteyebilecektir.⁵²

Bütün bu açıklamalardan sonra şunu söyleyebiliriz alt işveren sıfatının kazanılması ile bunun işçilerine karşı olan yükümlülüklerinden asıl işverenlerin de birlikte sorumlu tutulup tutulamayacakları konusu farklı konulardır.

Buna göre işçilerini sadece asıl işverenden aldığı işte çalıştırmayan kişiler iş kanunu yönünden alt işveren sıfatını kazanamayacaklardır.⁵³ Ayrıca alt işverenlerin üstlendikleri işin asıl işverene ait işlerin belirli bir bölümünü oluşturması ve bunun asıl işverene ait işyerinde yapılıyor olması gereklidir. Asıl işin belirli bir bölümünü oluşturmayan işlerin üstlenilmesinde veya asıl işin belirli bir bölümü olmakla beraber asıl işverene ait işyeri sınırları dışında yapılıyorsa alt işverenden söz edilmeyecektir.

İş K. md.2 hükmü iki konuyu birden düzenlemektedir. Bunlar, kimlerin alt işveren sayılacağı diğeri de hangi hallerde asıl işverenin de alt işverenin işçilerine karşı olan yükümlülüklerinden, birlikte sorumlu tutulacağı konusudur.⁵⁴

Alt işveren işçilerine işin görülmesi ile ilgili talimatları verme yetkisinin alt işverende olup olmadığı, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı araştırılırken göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü işin görülmesi ile ilgili emir ve talimat verme yetkisi asıl işverene bırakıldığında artık gerçek bir alt işverenin varlığından bahsetmek zorlaşır ve böyle bir durumda alt işveren olarak adlandırılan kişi gerçek anlamda bir girişimci olarak değil yapay bir işveren olarak anılacaktır. Fakat asıl işveren alt işverenin işçilerine işin görülmesine ilişkin “işyerinin düzeniyle ilgili” talimat verebilir ve bu talimatlara alt işverenin işçileri uymak zorundadır.

Aslında kabaca tanımıyla başka işverenlerden iş alan kişilere alt işveren adı verilir. Fakat bu tanım asıl işverenden alınan işte çalışan işçilerin alacakları ve hakları konusunda bir açıklama getirmemektedir. Bu sebeple sadece asıl işverenden alınan işlerde çalışan işçilerin kendi işverenlerine karşı olan alacakları sadece bu işlerde çalışmayan (zaman

⁵¹ Canbolat, s. 16; Aktay,Kamu,s.13.

⁵² Akyiğit,şerh s.71

⁵³ Mollamahmutoğlu, s.168; Canbolat s.18; Akyiğit, şerh s.91,

⁵⁴ Canbolat, s.17 vd.

zaman başka işlerde çalışan) işçilerin alacaklarına kıyasen daha tehlikede görülmüş ve bir teminat olarak bu işçilere karşı asıl işverenler de müteselsil olarak sorumlu tutulmuşlardır. Ancak 4857 sayılı Yasadaki alt işveren - asıl işveren ile ilgili kısımları anlatırken unutmamalıyız ki 4857 sayılı İş Kanunu asıl işveren-alt işveren ilişkisini önemli ölçüde sınırlandırmıştır.⁵⁵

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacak veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacaktır.⁵⁶

2) Alt İşverenlik Sözleşmesi

Bu başlık altında inceleme konusu olan “sözleşme” deyiminden alt işverenlik ilişkisini kuran asıl sözleşme kastedilmemektedir. Asıl sözleşme, alt işverenin asıl işverene karşı taahhüdünü, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ihtiva eden, hüküm ve sonuçları genel hükümlere tabi sözleşmedir. Bu sözleşme Kanunun md.2/f.6 da belirlediği koşullarda alt işverenlik ilişkisini kurarken, alt işverenlik sözleşmesi, bir alt işverenlik ilişkisinin varlığını kanıtlayan ve bu bağlamda da alt işverenin işyerinin tescili için gerekli belgelerden biridir.⁵⁷

Şimdi bunun ne anlama geldiğini açıklamaya çalışalım. Alt işverenlik sözleşmesinin esas sözleşmeden ayrı olarak düzenlenmesi sadece işyeri bildiriminden önemlidir. Alt işverenlik sözleşmesinin yapılmamasının yaptırımı idari para cezasıdır. Buna göre asıl sözleşme hukuka uygun yapılmak suretiyle alt işverenlik ilişkisi kurulmuş ise alt işverenlik sözleşmesinin yapılmamış olması sadece işyerinin bildiriminden yapılamaması konusunda hukuka aykırılık oluşturur.

Fakat asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında ise sözleşmeye dayanan bir ilişki yoktur.⁵⁸ Alt işverenin yanında çalışanlar asıl işverenin değil alt işverenin işçileridir. Ancak yasa, alt işverenlerin ekonomik olarak güçlü olmadığından yola çıkarak alt işverenin işçilerine karşı asıl işvereni de sorumlu tutmuştur. Aralarındaki ilişki müteselsil sorumluluk esasına dayanır.(İş K. madde 2/6)

⁵⁵ Mollamahmutoğlu, s.167 vd.

⁵⁶ Işıklı, www.muhasabetr.com.

⁵⁷ Mollamahmutoğlu, s.165

⁵⁸ Süzek,s.142

E) İŞYERİ – İŞLETME KAVRAMI

1) Genel Olarak İşyeri ve İşletme Kavramları

4857 sayılı 2.maddesinin üçüncü fıkrasında işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak tanımlanmıştır. Bu kanun ile İşyeri tanımında yapılan değişiklik; yeni yasa 1475 sayılı yasada yer alan, "İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerler" kavramını çıkarmış, bunun yerine daha teknik bir tanımlamaya gitmiştir. Ve işyeri kavramını genişletmiştir. Bu düzenlemeye göre, "işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan veya olmayan unsurları ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denilir" ve "işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler)" işyeri olarak kabul edilmiştir. Nerelerin işyerine bağlı yerler olarak kabul edileceği hususunda ise 1475 sayılı yasanın saydığı yerler ve eklentiler aynen kabul edilmiştir. Kanunda sayılmasa da işyerine bağlı olarak kabul edilecek yerler ise işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentilerdir⁵⁹.

Uygulamada, özellikle tek ve aynı işyerinde faaliyette bulunan küçük veya orta büyüklükteki bir sanayi veya ticarî işletmede, işyeri ve işletme kavramları kolaylıkla birbirine karışabilir.

Buna karşılık, büyük bir işletmenin faaliyeti, hukuk ve malî bağımsızlığı gerektirmeyen muhtelif işyerlerini kapsayabilir.⁶⁰ Başka bir ifade ile bir işletme birden çok işyerinden de oluşabilir. Buradan anlıyoruz ki işletme kavramı işyeri kavramından daha geniş algılanmalıdır. İşyeri kavramı daha dar ve teknik; işletme ise daha geniş ve iktisadi bir kavramdır. Aslında işletme ve işyeri kavramları bir arada düşünüldüğünde bir düzeneğin iki farklı görünüşü olduğundan işletme kavramını işyerlerinin bütünüdür diyerek de tanımlayamayız. Üzerinde durulması gereken nokta işyeri-işletme ayrımının

⁵⁹ Çelik, s.50

⁶⁰ Esener, s.78

esaslarının saptanmasıdır. Uygulamada karışıklığa sebep olmamak için bu iki kavramın arasındaki sınırın belirlenmesi gerekir.

2) İşyeri

İş Kanununun 2. maddesinin 3. fıkrasına göre “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” Aynı maddenin 2. fıkrasına göre “İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.” Kanun maddesi işyerinin nereleri kapsadığını tek tek belirtmiştir. İşçinin çalıştığı yerin işyeri olup olmadığının ayırımında, görülen işin ne olduğunun bir önemi yoktur. Bu nedenle işyerinde görülen iş konusunda kanunda bir sınırlama öngörülmemiş, serbest meslek faaliyeti görülen bir yer ya da sanayi kuruluşu vs. yerler işyeri kapsamında sayılır.

İşyerinin gerçek ya da tüzel kişiye ait olmasının ya da önemi yoktur. Yine kamu veya özel sektöre ait bir iş olmasının da belirleyiciliği yoktur. İşyeri sabit ya da mobil, açık-kapalı olmasının, mülkiyetinin işverene ait olup olmamasının önemi yoktur.⁶¹ İşverenin, işyeri ile ilgili yasal şartları sağlayamamış olması o yerin işyeri sayılmasına engel değildir.

İşyeri kavramının varlığından söz edebilmek için birkaç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Arsa, bina, makine ve tezgah, hammadde vs. maddi unsurunu, marka ve paten hakları, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, tecrübe buluş ve müşterilerle olan ilişkiler ile emek manevi işyerinin unsurunu oluşturur.⁶²Fakat salt bu unsurların bir arada olması işyeri kavramının oluşması için yeterli değildir. İşyerinden bahsedebilmek için belirli bir amaca özgülenmiş olma şartı da aranır. Bu amacın iktisadi olmasının yanında birde teknik amaç kısmı vardır. Buradaki teknik amaç deyimini ile anlatılmak istenen “mal üretimi”dir. O halde işyerini unsurlarından yola çıkarak tekrar tanımlayacak olursak; işyeri bir işverenin maddi olan ve olmayan amaçlarla belirli bir

⁶¹ Kılıçoğlu/Şenocak, Şerh, s.39.

⁶² Çelik,s.51

teknik amacı gerçekleşmesine yarayan ve süreklilik arz eden bir kurumdur. Maddi ve manevi unsurların yanı sıra bu unsurların bir organizasyon içerisinde devamlı olarak gerçekleşmesi gerekir. Örneğin, bir defaya mahsus taş ocağına mucur taşımak işyeri sayılmasına yeterli olmayacaktır. Bir defaya mahsus mucur taşıma işi kendi içinde bir organizasyonu içermeyen, devamlılığı olmayan bir iş olduğundan, işyeri sayılma şartlarını taşımamaktadır.

İşyerinin teknik amacı, kar elde etmenin dışında, iktisadi değeri olan mal veya hizmet değişimidir. Örneğin bir işletmeye bağlı fabrikanın amacı doğrudan doğruya kar sağlamak değil bunun için mal üretmektir. Fakat üretilen bu mal ve hizmetler işletmenin kar amacını gerçekleştirdiğinden işyerinin teknik amacının dışında kar sağlamak dolaylı bir amaç olmaktadır. Cam, araba parçası, kumaş bir mal üretimine, dersane, alışveriş merkezi, otel bir hizmet üretimine örnektir.⁶³

Genel olarak toparlayacak olur isek işyeri kavramının unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

a)Beşeri çalışma gücü, haklar, maddi olan ve olmayan araçlar

b)Aynı amaca yönelmiş faaliyet

c) Teknik amaç yani bir fabrikada malın üretimi, satışı, nakliyatı gibi konularda işyeri müdürünün takip ettiği amaçtır.

3) İşyerinden Sayılan Yerler

4857 sayılı Kanununa göre işyerinin eklentileri ve işyerinin bütünü içerisinde yer alan araçlarda çalışan işçiler, işyerinin işçisi sayılmaktadır. Bu nedenle bağlı yerler, eklentiler ve araçlar işyeri kapsamında değerlendirilen yerlerdir.⁶⁴

⁶³ Kılıçoğlu/Şenocak,Şerh,s.41.

⁶⁴ Yarg. HGK. E. 2005/10-496 K. 2005/565 "...Davacı, restoran olarak işletilen gemide işçi olarak çalışan eşinin denize düşerek öldüğünü belirterek meydana gelen olayın iş kazası sayılarak, hak sahiplerine gelir bağlanmasını ve davalı SSK'nın aksi yöndeki işleminin iptalini talep etmiştir. Ölüm olayının meydana geldiği yer Kabotaj Bayramlarında tören alanı olarak kullanılmakta olup diğer günlerde halka açık gezinti yeri olarak değerlendirilmektedir. İşyeri olarak kullanılan geminin bağlı bulunduğu bölgenin çok ilerisinde, işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı ve eklenti niteliğiyle işyerinden sayılan yerlerden değildir..."www.kazanci.com

İş K.'nun 2. maddesinin 2. fıkrasının de iş yerine bağlı yerler şu şekilde belirtilmiştir : "...Bu hükme göre bir yerin işyerine bağlı yerlerden olması için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak işyerinde üretilen mal ve hizmete nitelik olarak bağlılık bir diğer ise aynı yapı içerisinde örgütlenmedir. Bu iki şartın bir arada olması şarttır. Birinin olmaması halinde bu iş yeri ' iş yerine bağlı yer' olmayacak ayrı bir iş yeri olarak değerlendirilecektir⁶⁵. Örneğin iş yerinde ki teknik amaca uygun bir üretim gerçekleştiren bir iş yeri yönetim organizasyonu içerisinde bağımsız olarak hareket ediyorsa artık bu işyeri ayrı bir iş yeri olacaktır. Çünkü bu iki iş yeri arasında olması gereken hukuki bağlılık yoktur. Hukuki bağlılığın oluşması içinde bu iki işyeri aynı iş verene ait olmalıdır. Böylece bu iki işyeri ayrı iş verenlere ait ise, mal ve üretim sürecin de iş yerinin teknik amacına birebir uygun üretim yapılsa da ortada iki işyeri olacaktır. Örneğin cam fabrikasına kum getiren iş yerinin sahibi ile cam fabrikasının sahibi farklı ise taraflar arasında üretim sürecine ilişkin bağlantı oldu halde hukuki bağlantı olmadığı için bir tek iş yeri değil iki iş yeri olacaktır.⁶⁶ Bu durumun tersi ihtimalinde yani iki kum ocağının sahibi aynı olsa da bir birinden ayrı bir organizasyon olarak örgütlenilmiş ise iki ayrı iş yeri olacaktır.⁶⁷

İş K.'nun 2. maddesinin 2. fıkrası gereği işin niteliği yönünde bağlılık için iş yerin de üretilen mal ve hizmet üretiminin aşamaların da niyette birlik amaçta tamlık olmalıdır. Tüm bu işleyişin aynı idare yönetimi altında olması şarttır. Bir iş yerinin bölge müdürlüğüne kayıtlı olması ayrı bir organizasyon olarak örgütlenildiği anlamına gelmez. Ancak işe alma ve işten çıkartma, izin verme ve bordroların düzenlenmemiş işlemlerinin farklı yetkililer tarafından yapılması bu işyerlerinin farklı olduğunu gösterir. Ayrıca evlerde yapılan işlerde, işyerine ait organizasyon şemasında gösterilmiş ise yapılan iş, o işyerinde yapılmış sayılır.

4) Eklenti

İş Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasına göre "...dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer

⁶⁵ Kılıçoğlu/Şenocak, Şerh s.42.

⁶⁶ Süzek ,s.175

⁶⁷ Günay, Şerh, s.141.

eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır...” hükmüne göre eklentiler madde içerisinde sayılanlarla sınırlandırılmamıştır. “gibi” ibaresi ile sınırlandırılmanın yapılmadığı vurgulanmıştır.⁶⁸ Eklentilerin işyerinin coğrafi sınırları içerisinde bulunması zorunlu değildir.⁶⁹

5) İşletme

İşletmeyi ekonomik üretim ünitesi olarak tanımlayabiliriz. Yani işletme bir kurumdur.⁷⁰ İşletme genellikle işyerine göre daha geniş bir kavramdır. İşletme her şeyden önce ekonomik bir kavram olmasından dolayı İşletme İktisadı ile Ticaret Hukuku alanlarının inceleme konusu olur.⁷¹ Bazen işletme tek bir işyerinden oluşabilirken bazen de bir kaç işyerinden oluşur. Burada belirtmek gerekir ki işletme iktisadi bir amaç güder yani bir pastanenin birkaç tane şubesi varsa şubeleri işyeridir, kendisi ise işletmedir. Yani üretime yönelik yeri işyeri iktisadi amaç güden tarafı ise işletmedir. İşletmenin işyerine göre daha geniş bir kavram olduğunun bir diğer göstergesi ise kanun koyucu İş K. md.2 de işletme yerine işyerini esas almasıdır. Bu işletmenin işyerine göre daha soyut bir kavram olmasından dolayıdır. Bu açıklamalardan yola çıkarak tanım yapacak olur isek ekonomik bir amacı gerçekleştirmek için işverene ait bir veya birden fazla işyerinin bağlı olduğu ve aralarında iş hukuku bakımından organik bir bağ bulunan yapıdır⁷², diyebiliriz.

⁶⁸ Günay,Toplu İş,s.446.

⁶⁹ Süzek,s.178.

⁷⁰ Mollamahmutoğlu, s.179

⁷¹ Çelik,s.62

⁷² Süzek,s.179

İKİNCİ BÖLÜM

§ 2. ALT İŞVERENLİK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN VE SÖZLEŞMELERDEN FARKI

I. ALT İŞVERENLİK KURUMUNUN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

Çok güncel bir uygulama olan alt işverenlik sözleşmeleri ile ilgili olarak yasalarımızda yeterli düzenlemeler yapılmamıştır. Mahkeme kararları ve doktrindeki görüşlerle bu müessesenin uygulama koşulları geliştirilmiştir. Üçlü bir iş hukuku ilişkisi olan alt işveren ilişkisinin yine iş hukukuna ait kimi kurumlarla benzerlik arz ettiği görülür.

Alt işverenin tanımı ve unsurlarının belirlenmesinin ardından, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için benzer kavramlarla karşılaştırıp, farklı yönlerinin ortaya konulması gerekmektedir. Alt işverenin tanımını, bir işverenden iş yerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin veya işin gereği ile teknolojik edenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu iş yerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler olarak yapmıştı⁷³. Alt işverenler başka işverenlerden aldıkları işlerde işçi çalıştırmaları nedeniyle işveren sıfatına sahiptirler ve bu bakımdan özellik göstermektedirler.⁷⁴

Burada iş hukukunun diğer önemli kavramları olan işçi ve işveren vekili kavramları üzerinde durmaya çalışacağız. Bu yapılırken de bu kavramları açıklamaktan daha çok alt işverenden farklı olan yönleri üzerinde durulacaktır.

A) İŞÇİ İLE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ FARKLAR:

Alt işverenin asıl işveren karşısındaki konumu " işçi" veya "işveren vekili" değil, bağımsız bir işverenliktir. Alt işveren işi bağımsız hizmet sunan girişimci konumuyla

⁷³ Demir, s.29,

⁷⁴ Güzel, s. 32

yerine getirmektedir. Alt işveren, asıl işverenin emir ve talimatlarına göre değil, alt işverenlik sözleşmesinde belirtilen şartlara göre işini yürütür. Oysa işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi iş sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkiyi iş sözleşmesine dayandıramayız.

Bir diğer fark ise alt işveren aldığı işi fiilen çalışarak değil, kendisi ile iş sözleşmesi bağı olan işçilerine yaptırmasıdır. Fakat işçi edimini şahsen yapmak zorundadır.

Bir diğer fark ise ücret konusunda göze çarpmaktadır. İşçinin edimine karşılık ücret ödemek zorunluluğu olsa da alt işverene karşı böyle bir yükümlülük yoktur. Çünkü bu husus alt işveren ve asıl işveren arasındaki anlaşmaya bağlı olarak değişebilir. Örneğin alt işverene ücret değil de bir şeyin yapılması olarak karşılığı ödenir. Emir ve talimat verme konusunda da bir fark vardır. Alt işveren emirleri asıl işverenden almamakta fakat işçi işverenin emir ve talimatları doğrultusunda çalışma yapmaktadır. Bu yukarıda bahsettiğimiz bağımlılık ilişkisinin doğal bir sonucudur. Ayrıca işçinin gerçek kişi olması aranırken alt işveren için böyle bir şart yoktur.

B) İŞVEREN VEKİLİ İLE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ FARKLAR:

Alt işveren, işveren vekili kavramı ile kıyaslandığında alt işverenin işveren vekilinden çok farklı olduğu görünür. Öyle ki alt işveren asıl işverenden aldığı işi bağımsız olarak bizzat kendi adına yapar. O nedenle yanında çalıştırdığı işçilere karşı kendine ait bağımsız bir işveren yetkisini kullanması onu işveren vekilinden ayırt etmeye yeterlidir. Alt işverenin asıl işverene karşı bağımsız olup işi onun değil bizzat kendi adına yapması ve yanında çalıştırdığı işçilere karşı kendine ait bağımsız bir işveren yetkisi kullanması da onun asıl işverenin vekili olmadığını da ortaya koymaktadır.⁷⁵

C) İŞ ARACISI İLE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ FARKLAR:

Alt işverenlik kavramının uygulamada en çok karıştırıldığı kavram iş aracılığıdır. Oysaki bu iki müessese birbirinden çok farklıdır. İş aracısı, işçi arayana işçi, iş arayana iş

⁷⁵ Canbolat, s.35 vd

bulma hizmeti verir.⁷⁶ Oysaki alt işveren, asıl işverenin asıl işinin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işyerinde veya bağlı yerlerde bu işi kendi işçileri ile yerine getirmektedir.

İş aracılığı denilince, iş arayana iş, işçi arayana işçi bulmaya yönelmiş bir uğraş anlaşılması gerektiğini belirttikten sonra bunun uygulamadaki görünüşlerini açıklamakta yarar bulunmaktadır. İş aracılığı sürekli ve arızı aynı zamanda ücretli veya ücretsiz, devlet eliyle ya da özel kişi ve kuruluşlar tarafından yapılabilmektedir.⁷⁷ Aracının işlevi iş arayan ile işçiyi buluşturduktan sonra son bulur. Ayrıca iş aracılığı bir defalık bir faaliyettir. Yani aracının aracılığını yaptığı kişilerle sürekli bir ilişkisi yoktur. Aracı ile taraflardan hiç biri arasında iş ya da eser sözleşmesi yoktur. Ancak Borçlar Kanunundaki genel düzenlemeye uygun olarak bunun tellallık ilişkisi olduğu söylemek yanlış olmayacaktır. (BK. m.404–409) Aracının daha sonra aracılığını yaptığı gerek işçi, gerekse işverene karşı bir edim sunması, işverenin işinin veya işyerinin bir bölümünde iş alıp onu kendi personeli ile yapması söz konusu değildir. Buna karşın alt işveren, asıl işverenden işin bir bölümüne ilişkin, işyerine bağlı yerlerde veya yardımcı işlerde iş almakta bunu kendi işçileri ile yerine getirmeyi üstlenmektedir.⁷⁸

Alt işveren işçisine karşı işveren olarak sorumlu iken asıl işveren ise alt işveren ile birlikte müteselsil olarak sorumludur.⁷⁹ Fakat aracının aracılık yaparak bulduğu işçilere karşı her hangi bir sorumluluğu olmayıp sadece aracılık yaptığı işveren sorumludur.⁸⁰

II. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİNİN DİĞER SÖZLEŞME ÇEŞİTLERİNDEN FARKI

A) ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİNİN TAKIM SÖZLEŞMESİNDEN FARKI:

Takım sözleşmesi, takımı oluşturan bir grup işçiyi takım liderinin işverenle hem kendisi için iş sözleşmesi yaptığı, hem de takımdaki diğer işçiler adına imzaladığı karmaşık yapıları bir sözleşmedir. Takım sözleşmesinin iş sözleşmesi ve başkasının edimini

⁷⁶ Çankaya,(Kamu İş) s.6

⁷⁷ Çankaya, Kamu İş, s.6

⁷⁸ Kılıç, s. 55 vd.

⁷⁹ Aydın, s.188

⁸⁰ Canbolat, s.35 vd.

taahhüt sözleşmelerinin birleşmesinden oluşan “birleşik sözleşme” olduğunu söyleyebiliriz. Alt işverenin işveren niteliği vardır fakat takım liderinin işveren niteliği yoktur. Dolayısıyla takım liderinin takım mensuplarına ücret ödeme sorumluluğu da bulunmamaktadır. Ayrıca takım lideri üçüncü kişilere karşı da sorumlu değildir.

Alt işveren ilişkisinde alt işveren işçileri alt işverenin ifa yardımcısı sayılırlar. Gerektiğinde üçüncü kişilere karşı alt işverenin BK m. 55 ve m.100 uyarınca sorumluluğu bulunmaktadır. Fakat takım sözleşmesinde böyle bir durum yoktur. Takım elemanları takım liderinin ifa yardımcısı değildir.⁸¹

B) ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİNİN ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNDEN FARKI:

Ödünç iş ilişkisi uzmanlık gerektiren işlerde çalıştırılmak üzere başka işverenden geçici ve kısa süre için işçi istenmesini düzenleyen bir sözleşmedir.⁸² Bu durumda kendi işçisini geçici olarak başkasına veren işverene "ödünç veren" bu işçiyi alıp çalıştırana "ödünç alan", geçici olarak başkası yanında ve yönetimine tabi olarak çalışan işçiye "ödünç işçi" denilmektedir. Bu açıklama bile alt işverenlik sözleşmesi ile ödünç iş sözleşmesini birbirinden ayırt etmeye yarar.⁸³ Alt işveren ilişkisinde asıl işveren özellikle uzmanlık isteyen işlerde bunun için işyerine kendisine bağlı işçi almak yerine işin veya işyerinin ilgili kısmını başka bir işverene vermekte ve bu işi alan da, anılan işi kendi işçileri ile yerine getirmektedir.

İlgili işçinin de rızası alınarak bir başka işverenin yanında ve belli ölçüde onun yönetimine tabi biçimde çalışmaktadır. Fakat bu arada asıl işvereni ile söz konusu işçiler arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir. İşçi, bu sözleşme ile üstlendiği işi ödünç alan sıfatına sahip işverene karşı yerine getirmekle yükümlüdür. Bu durumun doğal sonucu olarak da ödünç alan işveren, ödünç işçi üzerinde bir kısım yönetim yetkisine sahip olmaktadır. Bu ilişki, ödünç alana, işçiye karşı kullanabileceği bir kısım yönetim yetkisi verir. Bunun yanında, işin ifasını isteme hakkını kullanma yetkisi veya hakkı da verilebilir.

⁸¹ Akyiğit, Şerh,,s.111 vd.

⁸² Kılıç, s.58 vd

⁸³ Günay, Mehmet, http://www.yayin.adalet.gov.tr/31_Sayi

Fakat ödünç işçi vermede ödünç veren ile ödünç alan arasındaki sözleşme bir işçi verme sözleşmesidir. Alt işverenlikte, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı yönetim hakkı uygulayıp onlardan işin ifasını istemesi mümkün değilken ödünç iş ilişkisinde, işçi, işin ifası ile ilgili hususlarda ödünç alanın yönetim yetkisi altındadır. Ödünç işçi, ödünç alanın ifa yardımcısı sayılır.⁸⁴Oysa asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı alt işveren ile birlikte sorumluluğu yasa gereğidir.

Görüldüğü gibi alt işverenle asıl işveren arasında istisna, taşıma veya kira gibi akdi bir ilişkiyle işin bağlı yerlerde veya yardımcı işlerinde iş alma hali ödünç iş ilişkisinde mevcut olmayıp, alt işveren asıl işverene yönetim hakkını ve işin ifasını isteme hakkını devretmemektedir.⁸⁵

⁸⁴ Günay Mehmet, http://www.yayin.adalet.gov.tr/31_Sayı

⁸⁵ Çankaya, s.31

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§ 3. ALT İŞVEREN KURUMUNUN YARARLARI VE SAKINCALARI

I. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİNİN YARARLI YÖNLERİNİN İNCELENMESİ

Alt işverenlikte alt işveren, iş sahibi, asıl işveren bakımından ekonomik açıdan daha kısa zamanda daha çabuk iş görme yönünden ve hukuki sorumluluklar bakımından yararlı yönleri bulunmaktadır. Şimdi bu durumları inceleyelim;

A) ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ ALT İŞVEREN YÖNÜNDEN YARARLI YÖNLERİ:

Alt işverenlik uygulaması alt işverene yeni işler elde etme fırsatı sunar. Normal koşullar altında yani alt işveren gibi bir kurum olmasaydı işin büyüklüğü nedeniyle tek başına kendisinin yürütemeyeceği işlere katılma olanağı sağlar. Onu üretimin bir parçası haline getirir.

Ayrıca işverenlik kurumunun yaygınlaşması ile piyasada tecrübe sahibi ve işi bilen kişilerin yetişmesini ve bu sayının gün geçtikçe artmasını sağlamaktadır.

B) ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ İŞ SAHİBİ AÇISINDAN YARARLI YÖNLERİ:

Alt işverenlik kurumunun yaygınlaşması ile uygulamada asıl iş sahibi tek bir kişi ile muhatap olmaya başlamıştır. Böylece iş sahibi tek tek bütün işçilerle muhatap olmak

yerine sadece bir muhatapla ilişkiye girerek ortaya çıkabilecek zorlukları izale etme imkânına kavuşmuş olur.

İş sahibinin özel isteklerinin tatmini bakımından da alt işverenlik kurumu yarar sağlar. Şöyle ki iş sahibi ek olarak bazı teknik hizmetlere ihtiyaç duyarsa işin belirli bir kısmını belirli bir alt işverene vermesi için muhatabını yetkili kılabilir.

Alt işveren kavramının kamu işverenleri bakımından yararını belirtecek olursak iktisadi politikalarını gerçekleştirmek için alt işverenlik kavramından yararlandıklarını söyleyebiliriz. Mesela kamu işverenleri kanuni düzenlemeler veya kararnameler aracılığıyla, küçük veya orta ölçekli işletmelerin korunması veyahut da ekonomik durumun zayıf olduğu bölgelerde ekonominin canlandırılması amacıyla, işin belirli bir bölümünün alt işverenler tarafından yapılmasını öngörebilirler.⁸⁶

C) ALT İŞVERENLİK KAVRAMININ ASIL İŞVEREN BAKIMINDAN YARARLI YÖNLERİ:

Genelde alt işveren–asil işveren ilişkisi söz konusu olduğunda büyük yararı asıl işverenin aldığı görüşü kabul görür. Asıl işveren ek yatırım ve masraf yapmadan kapasite artışını sağlayarak bir bakıma ekonomik anlamda en büyük yararı sağlamaktadır. Bu şekilde hareket alanını genişleten asıl işveren işlerde hızını arttırarak daha çok üretilen daha çok kazanabilmektedir. Bu durumda her işe ayrı ve eşit emek verileceğinden kalitedeki artış da gözlemlenebilecektir. Bütün bunlar asıl işverene ilave kazançlar getirecektir.

II. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİNİN SAKINCALI YÖNLERİNİN İNCELENMESİ

Alt işverenlik kurumunun yukarıda açıklamaya çalıştığımız yararları yanında uygulamada asıl sorunları meydana çıkararak sakıncalı yönleri de bulunmaktadır. Şimdi bu durumları kısaca inceleyelim;

⁸⁶ Ekin, s.169

A) ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ ASIL İŞVEREN BAKIMINDAN SAKINCALI GÖRÜLEN YÖNLERİNİN İNCELENMESİ

Asıl işveren her zaman iş sahibi olmadığından asıl işveren ile iş sahibi arasındaki sözleşme ile asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşme farklı iki ayrı sözleşmedir. Asıl işveren iş sahibi ile arasında yaptığı sözleşme ile iş kanunu dışındaki yasa hükümlerine göre bir sözleşme ile sorumluluk altına girer. Alt işveren ile yaptığı sözleşmede ise hem işin içeriğine göre borçlar kanunu, ticaret kanunu vs. yasalardan dolayı yükümlülük altına girer hem de alt işveren işçilerine karşı olan kusursuz sorumluluk ilkeleri nedeniyle iş kanunu anlamında yükümlülük altına girer. Asıl işveren alt işverenle yaptığı sözleşme sonucunda sadece işin nasıl yapıldığının değil alt işverenin işçilerinin sigorta primlerinin yatırılıp yatırılmadığı, maaşların ödenip ödenmediği, iş kazalarına karşı gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı vs. bir dizi konuyu gündemine almak ve bu sorumlulukları yerine getirmek yükümlülüğü altına girmektedir. Asıl işveren işi, daha ucuza mal etmek adına alt işverene ihale etmektedir. Fakat bazen meydana gelen talihsiz iş kazaları, alt işverenin iflası veya alt işverenin kendi işçilerine karşı edimlerini vaktinde yerine getirmemesi nedeniyle hem maddi kayba uğramakta hem de olayın yargıya intikal etmesi nedeniyle manevi yönden yıpratmaktadır.⁸⁷

Yine 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 81.maddesinin birinci fıkrası ile getirilen hüküm gereği malullük yaşlılık ve ölüm primlerinin işveren tarafından ödenmesi gereken payın yüzde beşi hazine tarafından karşılanmaya başlanmıştır. Buradaki sıkıntı ise şudur; alt işverenlerin yukarıda da değindiğimiz üzere kuruma olan borçlarından asıl işveren müteselsil olarak sorumludur. Bu demektir ki alt işverenin kuruma borçlu olduğu müddetçe asıl işveren de borçludur. Bu halde işte bu beş puanlık prim indiriminden yararlanamamaktadır. Alt işveren açısından ise öyle bir sorun yoktur. Çünkü alt işveren asıl işvereni, n kuruma borcundan sorumlu değil sadece kendi çalıştırmış olduğu sigortalılara ilişkin borçtan sorumludur. Yani alt

⁸⁷ Ekin,s.170

işverenin kuruma kendinden dolayı bir borcu olmadığı müddetçe yüzde beşlik prim indiriminden yararlanabilecektir.⁸⁸

B) ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ ALT İŞVEREN BAKIMINDAN SAKINCALI GÖRÜLEN YÖNLERİNİN İNCELENMESİ

Uygulamada alt işverenlik sözleşmesinin kurulduğu andan ve öncesinden itibaren alt işveren bakımından şiddetli bir rekabet ortamı yaratılmış olmaktadır. Çünkü genellikle alt işverenler küçük işletme sahipleri olmakta ve kendisi gibi küçük olan diğer işletmelerle rekabete girişmektedirler. Bu rekabet ortamı asıl iş sahibinden direkt iş almayıp asıl işverenlerden iş alan alt işverenlerin görüşme yapmaya başladıkları ve piyasa araştırmasına katıldıkları anlarda daha da çok hissedilmektedir.

Bu ilişki kurulurken bazı bağımlılıklara da yol açmaktadır. Şöyle ki alt işveren asıl işverenle iş yaparken büyük projelere katılma imkânı yakalarken diğer taraftan asıl işverene daha bağımlı olma tehlikesiyle karşı karşıya kalır.

Sözleşmenin yaratacağı rizikoların alt işverenin üzerine yüklenmesi ihtimali de büyüktür. Çünkü asıl işveren kendisi de iş sahibinden iş alan konumunda olduğundan, asıl iş sahibi ve alt işverenle ayrı ayrı yaptığı sözleşmelere, birbirine benzer kısıtlamalar koyarak kendini koruma altına alabilir. Bu durumda risklerin çoğunun alt işverenin üzerinde kalma ihtimali doğar. Yine bir başka riziko ise esneklik temelli çalışmanın ağırlık kazanması sonucunda hem ekonomik hem de zamansal boyutlarıyla asıl iş sahibi daha karlı olduğu için işi asıl işverene devrederken asıl iş veren işin bir bölümünü bir başka alt işverene, o alt işveren ise devraldığı işin bir kısmını başkaca bir alt işverene devredebilmektedir. Unutulmamalıdır ki bu silsile içerisindeki iş sahibi ve işverenlerin tamamı kar etmek amacıyla bu işi yapmaktadırlar. Hal böyle olunca ihale veya sözleşme yoluyla işi almaya çalışan en alttaki alt işveren işi alabilmek adına bazen kar –zarar denk olacak şekilde bazen ise zararına iş almak zorunda kalabilmektedir. Fakat bu durum bazen onun piyasadan tamamen çekilmesine de yol açabilmektedir.

⁸⁸ Ergin, Sicil , s.185

C) ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ ASIL İŞ SAHİBİ BAKIMINDAN SAKINCALI GÖRÜLEN YÖNLERİNİN İNCELENMESİ

İş sahibi uzmanlık gerektiren kendisince yapamayacağı veya bazen yapmak istemediği işini asıl işverene sözleşmeyle yaptırabilir. İş sahibi asıl işverenin iş yapılırken alt işveren çalıştırıp çalıştırmayacağını bilemeyeceği gibi, bilse dahi bu konuya teknolojik nedenler ve uzmanlık gerektiren sebeplerden dolayı müdahale edemez. Alt işverenin seçiminde iş sahibinin yapabileceği bir şey yoktur. Bu nedenle asıl işverene güvenerek sözleşme akdeden iş sahibi alt işverene güvenmek zorunda kalmaktadır. Asıl işverenler iş sahibi ile yaptıkları sözleşmelerde matbu olarak işi alt işverenlere devredebileceklerini yazdıklarından bu konuda doğan sorunlar yargı yoluyla ve çok uzun süreçler sonunda çözülebilmektedir.⁸⁹

⁸⁹ Ekin, s 170

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

§ 4. ALT İŞVERENLİK KURUMUNUN UNSURLARI

Bu konuda zamanla oturmuş bazı kriterler aranmakta olup, artık bir alt işverenin varlığından söz edebilmek ve hak kayıplarını önlemek, muvazaalı çalışmaları önlemek için, İş K.md. 2’de yer alan ve aşağıda ayrıntılı olarak anlatmaya çalıştığımız unsurların varlığı önem kazanmıştır.

I. ASIL İŞVERENİN VARLIĞI:

Bir işverenden asıl işinin bir bölümünde, işletmesinin ve işinin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alınması gerekir. Eğer kurulan ilişkide böyle bir özellik göze çarpmaz ise alt işverenlikten söz edemeyiz. Bu düzenleme ile alt işverenliğin önüne bir sınırlama getirilmiş olmaktadır. Alt işverenden söz edebilmek için aldığı işi bir işverenden almış olması gerekir. Fakat asıl işverenin bu sığata, devrettiğı iş dolayısıyla sahip olması aranır.⁹⁰ Devredilen işle ilgisi olmayan başka işlerde işçi çalıştırması nedeniyle işveren sıfatına sahip olan kimse asıl işveren sayılmayacağı için bundan iş alan kimseler de alt işveren sıfatını kazanamayacaktır.⁹¹ Buradan şu sonuca varabiliriz, eğer asıl işveren işin belirli bir bölümünü değil de tamamını devreder ise bu işi devralan kimse alt işveren sayılmayacaktır. Çünkü işin tamamını devreden işveren sıfatını

⁹⁰ Soyer, s.17

⁹¹ Canbolat, s.20

kaybetmektedir.⁹²

Örneğin bir kimsenin arsası üzerinde anahtar teslimi yazlık yaptırmak üzere bir müteahhitle anlaştığı durumda yazlık yapımını devralan kimse alt işveren olarak nitelenmeyecektir. Çünkü müteahhide işi veren kişi işveren sıfatına sahip olmadığı için bir asıl işverenden iş alınması artık burada söz konusu değildir.⁹³

Yukarıda da belirttiğimiz ve burada önemli olan husus devredilen iş nedeniyle işveren sıfatına sahip olunmasıdır. Yargıtay kararlarında, işin tamamının müteahhide verildiği durumlarda iş sahibinin asıl işveren olarak kabul ve sorumluluğundan söz edilemeyeceği, iş sahibinin kontrol ve denetim yetkisinin olmasının hukuki sonucu değiştirmeyeceği kabul edilmiştir.

Alt işverenlik sıfatının kazanılması, işin ve asıl işverenin varlığı kadar bu sıfatın devamlılığı da önemli bir konudur. Yani asıl işverenlik sıfatı ile alt işverenlik sıfatı birbirine bağlıdır. Bunu daha da açacak olursak alt işverenlik sıfatının kaderi asıl işverenlik sıfatına bağlıdır. Asıl işverenlerin bu sıfatlarını kaybetmeleri halinde alt işverenlik sıfatı da sona erecektir. Fakat işverenlik sıfatı sona eren asıl işverenin yerine başka bir işveren geçerse alt işverenlik sıfatı devam edecektir. Fakat bunun da bir şartı vardır o da yeni işveren ile alt işveren arasında açık ya da zımni bir anlaşmanın bulunmasıdır.

II. İŞYERİNDE MAL VE HİZMET ÜRETİMİNE İLİŞKİN YARDIMCI İŞLERDE VEYA ASIL İŞİN BİR BÖLÜMÜNDE İŞLETMENİN VE İŞİN GEREĞİ İLE TEKNOLOJİK NEDENLERLE UZMANLIK GEREKTİREN İŞLERDE İŞ ALINMASI

A)YARDIMCI İŞLER BAKIMINDAN :

İş Kanununun 2 maddesinin 6 fıkrasında "...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

⁹² Süzek,s.142

⁹³ Mollamahmutoğlu, s.166

iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur...” denilmiştir. Bu konu doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına neden olmuştur. Özellikle yardımcı iş kavramından ne anlaşılması gerektiği, hangi işlerin yardımcı iş olarak nitelendirileceği karmaşaya neden olmuştur.

Mollamahmutoğlu'na göre, “..Kanun, alt işverenliğe konu olabilecek yardımcı işi herhangi bir yardımcı iş olarak değil “mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş” olarak tavsif etmektedir...Bu durumda asıl faaliyetle, yani mal ve hizmet üretimi ile maddi anlamda ilgisi bulunmayan bir faaliyet, alt işverenlik bağlamında yardımcı iş olarak kabul edilmeyecek demektir...örnek verilecek olursa bir dişli fabrikasının temizlik ve yemek işi işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi ile maddi bir ilişkisi bulunmadığından, alt işverenlik bağlamında yardımcı iş kabul edilmeyecekken, bir hastanenin temizlik ve yemek işi bu bağlamda yardımcı iş kabul edilecektir....”⁹⁴

Aksi görüşte olan Süzek'e göre, “...yardımcı işlerde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Her ne kadar, İK 2/6'dan yardımcı işlerde de yukarıda belirtilen ölçütün aranması gerektiği gibi bir anlam çıkarılması mümkünse de bu hüküm İK 2/7'nin son cümlesi ile birlikte değerlendirildiğinde aksi yönde bir sonuca varılmalıdır...Bunun gibi, İş Kanununun 2 maddesinin 6 ve 7. fıkralarına ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesinde de yardımcı işlerin herhangi bir sınırlama olmaksızın alt işverenlere verilebileceği belirtilmiştir....”⁹⁵

Benzer görüşte olan Soyer'e göre ise “..Alınan iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir yardımcı iş ya da asıl işin bir bölümü olabilir. Bu nedenle, örneğin, bir ilaç fabrikasında (yardımcı iş olarak) yemek, koruma veya bahçe hizmetlerinin yerine getirilmesinde geçerli bir alt işverenlik ilişkisi kurulabileceği gibi bir

⁹⁴ Mollamahmutoğlu, s.164.

⁹⁵ Süzek, s.144-145

konserve fabrikasında (asıl işin bir bölümü olarak) ürünün kutulanması veya dokuma fabrikasında boyama işleri de alt işverenlik ilişkisine konu olabilir...”⁹⁶

Yargıtay, alt işverene devredilebilecek yardımcı işlerin neler olduğu konusunda son tarihli kararlarında bizimde katıldığımız, Süzek ve Soyer’in görüşüne paralel karar vermiştir.⁹⁷

Kanun maddesinde alt işverenliğe konu yardımcı işlerde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için herhangi bir sınırlama getirilmediği vurgulanmıştır. Maddenin devamında yer alan İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında “...İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez...” denilerek sınırlamanın olmadığı belirtilmek istenmiştir. Bu hükmün tersi düşünüldüğünde asıl işin dışında kalan yardımcı işlerin söz konusu sınırlamaya tabi tutulmaksızın alt işverenlere verilebileceği sonucuna varmak mümkündür. İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarına ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 22. Dönem 1. Yasama Yılı 83. Birleşim 22.05.2003 tarihli değişiklik önergesinde de sınırlamanın olmadığı belirtilmiştir.⁹⁸

Bizce de, hangi işin yardımcı iş, hangi işin asıl iş olduğunu belirlemek için her olayın kendine has durumunu irdelemek gerekir. Örneğin bir cam fabrikasında yemek,bahçe düzenlemesi işi veya güvenlik asıl olmayıp, geçerli bir alt işverenlik ilişkisi kurulabilecek yardımcı iş kollarıdır.Ancak bir kimya fabrikasında depo veya çatı onarımı

⁹⁶ Soyer,s.18

⁹⁷ Yarg.9. HD.E. 2008/17083 K. 2008/12164 Sy. karara göre “...Bir işyerinde yardımcı iş niteliğindeki temizlik ve yemekhane hizmetlerini üstlenen firma ile söz konusu işyerinin sahibi olan firma arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu dikkate alınmalı ve alt işverenin işçisinin işçilik haklarından asıl işverenin de sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır. ..”www.kazanci.com

⁹⁸TBMM 22.05.2003 GK tutanağına göre “... Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler gibi kriterler getirilmiştir.” <http://www.tbmm.gov.tr/develop>

işinde asıl işveren -alt işveren ilişkisi yoktur. Çünkü taahhüt edilen iş ne asıl işin bir bölümü, ne de yardımcı bir iş değildir.⁹⁹

Alt işverenin asıl işverenden aldığı işin işyerinde asıl işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümü olması alt işverenlik ilişkisinin ikinci temel unsurudur. Yargıtayın yerleşik içtihatlarına da bakılacak olursa yardımcı işlerin alt işverene verilmesi mümkündür.¹⁰⁰

4857 sayılı İş K.'da alt işverenin aldığı iş asıl işverenin esas işine ilişkin yardımcı işlerden olabileceği gibi işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümü de olabileceği şeklinde düzenleme getirilmiştir.¹⁰¹ Fakat asıl iş ve yardımcı işin neler olduğu net bir şekilde belirlenmemiştir. Bu konuda yargı kararları ve doktrin görüşlerinin büyük rol oynadığı görülmektedir.

Kanun koyucu getirdiği düzenleme ile özellikle yardımcı iş kavramını daraltarak her türlü yardımcı işi deyip “asıl işe ilişkin olma” anlamında sınırlandırmıştır. Alt işverenlerin üstlendikleri işler asıl işin belirli bir bölümü olabileceği gibi bu iş yardımcı iş ya da herhangi bir başka iş de olabilir.¹⁰² Kanundaki düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde yardımcı işlerin sınırlama olmaksızın alt işveren verilebileceği kabul edilebilir.¹⁰³

Bununla anlatılmak istenen alınan işin işyerine ait olmasıdır. Bir başka anlatımla asıl işe yabancı veya onunla ilgisi olmayan aynı işyerinde ki bir işin bir başka işverene verilmesi alt işverenlik ilişkisini doğurmaz.

⁹⁹ Soyer, s.18

¹⁰⁰Yarg. 9. HD. E. No. 2007/13123 K. No. 2008/5740 sayılı karara göre “...Davalılar arasında düzenlenen sözleşme ile davalı bankanın hizmet binalarının temizliği ve binalardaki kalorifer sisteminin işletilmesi işi davalı şirkete verilmiştir. Ve sözleşmeye göre çalışma koşulları, işçiler, işe alınmaları ve hizmet akitlerinin feshi, yapılacak işlerin niteliği ve niceliği konularında, işin denetiminde banka yetkili konumdadır. Yapılan iş de asıl işe yardımcı iş mahiyetinde olup taraflar arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-son maddesi uyarınca asıl-alt işveren ilişkisinin mevcut olduğu açık olup davalı banka da dava konusu kıdem tazminatından asıl işveren sıfatıyla davalı şirketle birlikte müşterek müteselsilen sorumludur. Mahkemece yazılı gerekçe ile hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”www.legalbank.net

¹⁰¹ Mollamahmutoglu, s. 167

¹⁰² Çelik, s.48-49.

¹⁰³ Süzek, s.144.

Buna göre bir cam fabrikasında yapılan bir çatı onarımı veya ek bina inşaatı işi yardımcı iş değil asıl iş yabancı ve ondan teknik anlamda bağımsız bir iştir.

B) ASIL İŞİN BİR BÖLÜMÜNDE İŞLETMENİN VE İŞİN GEREĞİ İLE TEKNOLOJİK NEDENLERLE UZMANLIK GEREKTİREN İŞLERDE İŞ ALINMASI

Kanun koyucu yardımcı işlerden farklı olarak asıl işin bir bölümünün bir başka işverene verilerek alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için bir kriter aramıştır. Burada aradığı kriterdeki en önemli özellik asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesidir.¹⁰⁴ Uygulamada “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” kriteri büyük sorunlar yaratmakta olup bu konuda Yargıtay kararları önemli bir rol oynamaktadır. Alt işverene devredilen işin asıl işe yabancı olup olmadığı teknolojik uzmanlık gerektirip gerektirmediği ülkemizde daha çok yargılama sonucunda açıklığa kavuşmaktadır. Yargıtay bir kararında tek görevi finansal hizmetler sunmak olan bankaların bile nakit taşıma işini alt işverene devretmesini asıl işe yabancı iş olarak nitelendirmiş ve bu konuda asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabileceğini belirtmiştir.¹⁰⁵ Asıl işe yabancı iş kavramı 1475 Sayılı Kanunda düzenlenmediği gibi,

¹⁰⁴, Yarg. 9H.D 2008/12851 E 8003 K sayılı karara göre “Bu itibarla iş müfettişi ve yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi raporundan davalı işverenin asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene yaptırmak suretiyle bölüdüğü, bunun yukarıda açıklanan 4857 sayılı yasanın 2. maddesinde belirtilen asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarını taşımadığı anlaşıldığından alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespitinin bu çerçevede yapılması gerekir. 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. www.kazanci.com

¹⁰⁵ Yarg. 9. HD. E. 2005/36991 K. 2006/486 sayılı karar göre “...Dosya içeriğine göre davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki nakit taşıma ve güvenlik hizmetlerini dışardan satın almak suretiyle temin yoluna gittiği, tahsildar/şoför olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu hususta belirtmek gerekir ki nakit taşıma işi asli iş olarak düşünülse bile, işin güvenlik yönü daha baskın olduğundan teknolojik ve uzmanlık gerektiği açıktır. Nakit taşıma sözleşmesi sonucu oluşan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı yönünde dosyada herhangi 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 fesihten önce davacının iş şartlarının veya işyerindeki biriminin değiştirilmesi, ücretinin azaltılması, mesaisinin yeniden düzenlenmesi gibi tedbirlere başvurulmadığı gerekçesi ile isteğin kabulüne karar verilmiş ise de, dava konusu işyerinin banka olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Öte yandan, davalı işveren davacının başka birimlerde değerlendirme olanağının bulunmadığını ileri sürmüştür. Bu durumda, davacının nitelikleri dikkate alınarak, davalı bankanın başka

4857 Sayılı İş K.'da da net bir şekilde düzenlenmemiştir. Kanunda net bir şekilde açıklanmadığından, doktrinde ve içtihatlarda farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Akyiğit'e göre, "... işin asıl işverene ait işyerinin coğrafi sınırları daha doğrusu asıl işverenin iş organizasyonu içinde yapılması gerektiği yönündedir. ...örneğin, bir dokuma fabrikasının desen oluşturma işinin bir başka kimseye ihale edilmesi halinde, o bunu götürüp kendisine ait olan ve başkalarına da hizmet sunan bir atölyede yapıyorsa alt işverenlik oluşmaz ..." ¹⁰⁶

Mollamahmutoğlu'na göre, "Alt işverenin aldığı iş asıl işverenin işyerinde yapılmalıdır. Kanunun bu konuda ki ifadesi açıktır;...örneğin, bir termik elektrik santraline kömür taşınması işi bu niteliktedir.Şu halde işin niteliğine bakmadan kati bir yargıya varmak doğru olmayacaktır..." ¹⁰⁷

Süzek'e göre "...asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkabilmesinin diğer koşulu alt işveren tarafından yerine getirilen işin asıl işverene ait işyerinde yapılmasıdır...örneğin fason imalat şeklinde bir işverenden iş alan ve bu işi kendi işyerinde yapan kişilerle işveren arasında bir asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmaz." ¹⁰⁸

Çankaya/Çil'e göre, "..Asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için alt işverence yerine getirilen işin asıl işverene ait işyerinde yerine getirilmesi gerekir. Bu nedenle fason imalat şeklinde bir işverenden iş alan ve bu işi kendi işyerine yapan kişilerle işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmaz..." ¹⁰⁹

Soyer, yukarıda ki düşüncelere katılmakla birlikte, coğrafi sınırlamanın dar yorumlanmaması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: ".. Ancak, "işyerinde yürütülen iş" ifadesi dar yorumlanmamalıdır. Bununla anlatılmak istenen, alınan "işin işyerine ait olması" dır. Yoksa bu ifade ile, işin,işyerinin coğrafi sınırları içinde yerine getirmesi şartı aranmamıştır.Bu bakımdan , örneğin işyerinde üretilen malların teslim yerine kadar nakledilmelerinin, termik santrale kömür taşınmasının, işçilerin işyerine getirilip

birimlerinde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığının, başka bir anlatımla, feshe son çare olarak başvurulup vurulmadığının işyerinde keşif icra edilerek; uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılmak suretiyle açıklığa kavuşturulması gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." www.kazanci.com

¹⁰⁶ Akyiğit,Şerh,s.99.

¹⁰⁷ Mollamahmutoğlu,s.170

¹⁰⁸ Süzek,s.143.

¹⁰⁹ Çankaya/Çil,s.57.

götürülmelerinin üstlenildiği hallerde de bir alt işverenlik ilişkisi vardır....”¹¹⁰

Asıl işin bir bölümünde bulunmakla birlikte alt işverenlere bırakılabilecek işler uzmanlık gerektiren yani işletmenin ve işin gereği olarak veya teknolojik olarak teknik bilgi ve donanım bakımından asıl işveren tarafından gerçekleştirilemeyecek mahiyette işlerdir.¹¹¹

Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde, kanunda yer alan, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ibaresinin nasıl yorumlanacağı konusu görüş farklılıklarına yol açmıştır.

Eyrenci/Taşkent/Ulucan’a göre “..Madde ile güdülen amaç dikkate alındığında bu ifadede yer alan “ile” sözcüğünü “olarak” biçiminde değerlendirmek yerinde görülmelidir. Dolayısı ile maddenin bu cümlesine göre asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesi için, bunun işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir...buradaki ölçüt bir bütündür; bu da bölünemez.... Buna karşılık mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde bu tür bir ilişkinin kurulması için yukarıda ki ölçüt aranmaz.”¹¹² Örneğin asıl işveren, daha ekonomik olduğu iddiası ile asıl işin bir bölümün alt işveren devredemez. Aksi halde madde metninde yer alan “ile” kavramını veya olarak algılayacak olursak, “işin ve işletmenin gereği” gibi geniş yorumlanacak bir ibareye dayanarak asıl işveren rahatlıkla bu durumu kötüye kullanıp, asıl işin tamamını dahi bölüştürüp alt işverenlere devredebilir.

Çankaya/Çil’e göre, “...işletmenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği kurala bağlanmıştır...Maddede geçen “ile” kavramı bizi, işletmenin ve işin gereği ve teknolojik ve uzmanlık gerektiren işlerin bir arada bulunması gerektiği sonucuna yaklaştırmaktadır...asıl işin bir bölümün alt işveren devredilmesi yönünden sınırlandırmanın asıl işin tek ve bir bütün olduğu işler yönünden geçerli olduğu...”¹¹³

Güzel’e göre “...Öngörülen ölçüt bir bütündür, bölünmesi olanaklı değildir. Bunun sonucu olarak, örneğin, sadece “işletmenin ve işin gereği” olarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesine, Yasa kuralı olanak tanımamaktadır. Bu açıdan, asıl işverenin, asıl işi ancak “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren

¹¹⁰ Soyer, s.18.

¹¹¹ Çankaya/Çil,s.57.

¹¹² Eyrenci /Taşkent/Ulucan,s.44.; Eyrenci,Legal,s.22.

¹¹³ Çankaya/Çil,s.57-58

işler”de bölüp alt işverene verebileceği, yönündeki görüşün de madde hükmü ile uyum içinde bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Açıkladığımız gerekçelere dayalı olarak, sadece işletmenin ve işin gereklerinin, örneğin maliyet, rekabet edebilirlik veya kalitenin asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için yeterli bir neden oluşturacağı yönündeki görüşe de katılamamaktayız. Gerçekten, bu görüşler kabul edildiği, yani hükümdeki “ile” bağlacı “veya” biçiminde yorumlandığı takdirde, düzenlemenin eskisinden bir farkı kalmayacaktır...”¹¹⁴

Özveri’ye göre, “...yasanın lafzından, TBMM’deki tartışmalardan gerekçeden hareketle asıl işin bir bölümünün bölünerek alt işveren verilebilmesi için “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” koşulunun tek bir koşul olduğu bu tek koşulun arada ki “ve”, “ile” bağlaçlarından anlaşılacağı gibi bir tanesinin gerçekleşmiş olmasının yetmeyeceği hepsinin birden gerçekleşmiş olmasının asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi için gerekli olduğu inancındayız.”¹¹⁵Yine Göktaş, Özveri ile aynı görüştedir. Yani bu yazarlarımıza göre, burada “ile” bağlacı “ ve “ anlamında kullanılmıştır .¹¹⁶

Bu görüşlerin tam aksi görüşte olan ve farklı bir açılım getiren Süzek’ e göre “...İş Kanununun 2.maddesinin alt işverene ilişkin hükümleri bazı sınırlamaları getirmek ve muvazaalı uygulamaları önlemek amacının taşımakla birlikte alt işverenlik ilişkisini kabul etmiş, onu reddetmemiş ve hukuki sonucunu düzenlemiştir. Söz konusu koşulu bir bütün olarak katı bir biçimde değerlendirilmesi, alt işveren ilişkisini yasanın amacını aşacak ölçüde sınırlandırmakta ve bu kurumu adeta uygulanmaz hale getirmektedir. Yasanın sözünden çıkan anlam, ruhundan çıkan anlamla bağdaşmıyorsa yasanın ruhuna uygun olan anlamın araştırılması gerekir.(MK 1/1) Yasanın sınırlı da olsa tanıdığı bir hakkın yine aynı hükmün yorumlanması yoluyla adeta hiç kullanılmaz hale getirilmesi amaçsal yorum ilkesi ile bağdaşmaz...”¹¹⁷

Engin’e göre, “...Üzerinde durmak istediğimiz bir görüşe göre, söz konusu kıstas bölünebilir nitelikte olup bir bütün olarak yorumlanmamalıdır. Buna göre, işveren salt işletmenin ve işin gereğine dayanarak alt işverene iş verebilir, verilen işin aynı zamanda

¹¹⁴ Güzel, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=443>.

¹¹⁵ Özveri,s.393

¹¹⁶ Göktaş, Sicil, s.97

¹¹⁷ Süzek,s.147

teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekmez. Her iki kavram arasında yer alan “ile” sözcüğü “veya” olarak anlaşılmalıdır. Söz konusu görüş, yasa koyucunun tek amacının, eski yasa öneminde görüldüğü üzere, sendikal faaliyetin önüne geçmek gibi amaçlarla yapılan muvazaalı uygulamaları engellemek olduğunu, böyle bir amaç yoksa muvazaadan da söz edilemeyeceğini savunmaktadır...”¹¹⁸

Bizce de, bu görüşler arasında asıl işin bir bölümünün uzmanlık gerektirmesi hali dışında alt işverene devri uygun olmamakla birlikte, yardımcı işler açısından böyle bir sınırlama yoktur. 4857 sayılı İş Kanununun 2 maddesinin 6 fıkrasında yasa koyucu muvazaalı alt işveren ilişkisini önlemeyi amaçlamıştır. Aksi halde yukarıda Eyrenci/Taşkent/Ulucan’ın da belirttiği üzere, kötü niyetli asıl işveren işin ve işletmenin gerekleri adı altında bütün asıl işi dahi alt işverene devredebilir. Bu durumda ise, maddenin ruhuna aykırı bir durum oluşur. Bu nedenle asıl işin bir bölümü işin ve işletmenin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği haller dışında alt işverene devredilmemeli, yardımcı işler ise bu sınırlamanın dışında tutularak alt işverene devredilebilmelidir.

Asıl işverenin işyerinde asıl işe nispetle yardımcı bir işte veya asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektiren bir işte alt işverenlik söz konusu olabilir. Buna göre 4857 sayılı İş Kanununun bu düzenlemesi 1475 sayılı eski İş Kanununun düzenlemesine nazaran uygulamada alt işverenliğin istismarını önemli ölçüde engelleyecek niteliktedir. Gerçekten de eski düzenlemeye göre asıl iş –yardımcı iş ayrımı yapılmadığı; asıl işte de alt işverenliğin sadece uzmanlık gerektiren işlerle sınırlı bir uygulamaya konu olabileceği yönünde hüküm bulunmadığından bir işletme veya işyerinde ki asıl işin bölünerek birden fazla alt işverene bırakılmasının önünde hukuki bir engel bulunmuyordu¹¹⁹. Bu nedenle 1475 sayılı Kanun madde 1/son fıkrada ki “belirli bir işin bir bölümünde veya bağlı yerlerinde ki iş” ifadesinin asıl işin bir bölümü olarak dar bir anlamı mı yoksa yardımcı nitelikte işleri, hatta herhangi ¹²⁰bir işi de kapsar geniş bir anlamı mı içerdiği tartışılmalıydı. Yasa koyucunun amacı alt işverenlik müessesesini 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak sınırlandırmaktır. Ancak dikkat edilmelidir ki bu sınırlama

¹¹⁸ Engin, <http://www.intes.org.tr/06/dergi>.

¹¹⁹ Akyiğit, Şerh, s.91

¹²⁰ Çelik, s.47; Süzek, s.164; aksi yorum Canbolat, s.24

m.2/7 bütününden anlaşılacağı üzere, tamamen ve sadece alt işveren müessesesinin muvazaalı işlemlere dayanmasına ve bu yolla özellikle sendikal örgütlenmeyi engellemek ve toplu sözleşme düzeninden kaçmak için bir araç olarak kullanılmasını önlemek amacıyla dayanmaktadır.¹²¹

Yargıtay'ın da ılımlı olarak yaklaştığı görüş "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" ölçütü bir bütün ve tek bir kavram olduğundan bölünmesinin mümkün olmadığı ve bu nedenle asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için bunun hem işletmenin ve işin gereği olması, hem de işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş niteliği taşıması gerektiğidir.¹²²

Bütün bu tartışmalar yapılırken 27.10.2008 tarihinde çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği kanunda yer almamasına rağmen, alt işverene bir işin verilebilmesi için gereken şartlar olarak asıl işin, işletmenin ve işin gereği olması ve teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarını birlikte gerçekleşmesi şartını getirmiştir.

Alt işveren uygulamasının istismarını önlemek için işyerindeki teknik amacın gerçekleşmesi ile doğrudan doğruya ilgili olan o teknik amacın gerçekleşmesine yönelik üretime dahil olan faaliyetlerin alt işverenliğe konu olamaması yani asıl işin bölünerek alt işverene bırakılamaz. Bizce de hile ve muvazaanın daha az yaşanması için alt işverenliğin sınırlarının dar yorumlanması gerekmektedir.¹²³ Fakat pratikte hangi işin üretime yönelik iş, hangisinin alt işverene verilecek işler olduğunu ayırt etmek problem yaratmaktadır. Bu durumu şöyle bir örnekle açıklayabiliriz:

Örneğin yol kenarında kurulu bir işyerinin bahçesine işyerindeki üretimle alakalı olmadığı halde sadece diğer insanların alışveriş yapması için kurulacak olan market inşaatı söz konusu olduğunda durum böyledir. Market inşaatı işyeri ya da işyerinde

¹²¹Soyer, Sicil,s.17.

¹²² Yarg. 9. HD E. 2008/15486 K. 2008/12521Sy. karara göre "...Buna karşılık 6. 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 halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır..." www.kazanci.com

¹²³ Mollamohmutoğlu, s.168

yürütülmekte olan işle ilgili olmadığı için bunun yapımını üstlenen kişi İş Kanunu bakımından alt işveren sayılmayacaktır. Ancak söz konusu olan inşaat market değil de işyerinin güvenliği açısından ihtiyaç duyulan bir güvenlik kulübesi inşaatı ise durum değişir. Anılan güvenlik kulübesi inşaatı işyerinde yürütülen asıl işin belirli bir bölümü değilse de o işyeriyle ilgili bir iş olduğu için ve işyerinden sayılan bağlı yerde yapılıyor olması nedeniyle bu inşaatı üstlenen kimse alt işveren sıfatına sahip olacaktır.¹²⁴

Alt işverenin üstlendiği işin belirlenebilir nitelikte olması da çok önemlidir. İşyerinden sayılan yerlerde belirli bir işin üstlenilmiş olduğu durumlarda asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için bu yerlerde başka işverenleri iş görmeleri anılan yerlerin asıl işyerinden sayılmasına engel olmaması gerekmektedir. Kanunda belirtilen işin asıl işverene ait işyerinde yapılması koşulu dar yorumlanmamalıdır. Her işin kendine has özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Mollamahmutoğlu'nun da belirttiği üzere bazen işin asıl işverenin işyeri dışında ifa edilmesi gerekebilir. Örneğin bir soda fabrikasına kireçtaşı taşınması işi doğası gereği asıl işverenin işyeri dışında ifa edilmektedir. Zira asıl işin belirli bir bölümünü üstlenmesine rağmen bu işi asıl işyerinden sayılan yerlerde yapma olanağı bulunmadığı için başka yerlerde yapan alt işverenlerin işlerini gördükleri yerin asıl işyerinden sayılması gerekmektedir. Bu durumda alt işveren ilişkisi kurulmuş olacaktır.¹²⁵ Benzer düşüncede olan Süzek'e göre, "... "işyerinde yürütülen iş" ifadesinin dar yorumlanmaması gerekir. Bu ifade ile işin mutlaka işyerinin coğrafi sınırları içinde yerine getirilmesi koşulu aranmamıştır. Bu nedenle örneğin, işyerinde üretilen malların teslim yerine kadar nakledilmesi, termik santrale kömür taşınması, işçilerin işyerine götürülüp getirilmesi gibi işlerin alınması hallerinde de alt işverenlik ilişkisi vardır..."

Bir kimsenin alt işveren sayılabilmesi için üstlenilen işin asıl iş ya da işyeriyle ilgili bir iş olması gereklidir. İşyeriyle ilgili olmayan bir işi bu işyerinde yapan kimseyi İş K. yönünden alt işveren olarak saymaya olanak yoktur. Zira asıl işyeri ya da burada yürütülen işle hiçbir ilgisi olmayan bir işin işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde yapılması buranın asıl işyeriyle olan bağlantısını kesmiştir. Bu tür işlerin yapıldığı yer asıl işyerinden sayılmadığı için bu işlerin yapımını üstlenen kimseler de alt işveren olarak nitelenmeyecektir.

¹²⁴ Akyiğit,Şerh, s.92

¹²⁵ Mollamahmutoğlu,s.172.

Örneğin su sıkıntısı nedeni ile bir tekstil fabrikasında üretilen iplikleri boyamak için kullanılacak suyun sağlanması için fabrikanın bahçesinde kuyu açma işinin başkasına verildiğini varsayalım söz konusu işi üstlenen kimse diğer şartların da varlığı halinde alt işverenlik sıfatını kazanacaktır.¹²⁶Zira asıl işyerinin bağlı yeri niteliğindeki bahçede yapılan bu işin yürütülmesi oranın asıl işyerinden sayılan yer olma niteliğini ortadan kaldırmamıştır. Fakat unutmamamız gerekir ki açılacak kuyudan elde edilen su eğer çevredeki inşaatlara satılmak için çıkarılıyorsa bu işin yapıldığı bahçe artık asıl işyerinden sayılma niteliğini kaybeder. Zira asıl işyeriyle bu yer arasında ekonomik ve hukuki bağlılıktan söz edilemeyeceği gibi bu işin görüldüğü yerin bağlı yer olarak sayılması da mümkün değildir¹²⁷.Bu nedenlerle böyle bir işi üstlenen kişinin İş K. bakımından alt işverenlik sıfatına sahip olduğunu söyleyemeyiz.¹²⁸

III. ASIL İŞVERENDEN İŞYERİNDE YÜRÜTÜLEN BİR İŞİN ALINMASI

İş Kanunumuzun 2/6.maddesinde bu unsur açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre: Alt işverene verilecek iş asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde olabileceği gibi asıl işin bir bölümünde de olabilir. Bu hüküm düzenlenerek alt işverene verilen işin doğrudan veya yardımcı şekilde üretim ile ilişkisi olması hedeflenmiştir.¹²⁹ Ancak işyerinden yürütülen iş ifadesi dar yorumlanmamalıdır. Burada anlatılmak istenen alınan işin asıl işyerine bağlı bir iş olmasıdır. Yani burada işin, işyerinin coğrafi sınırları içerisinde yerine getirilmesi aranmamıştır. Örneğin bir ilaç fabrikasında yardımcı iş olarak yemek, koruma veya bahçe hizmetlerinin yerine getirilmesinde geçerli bir alt işverenlik ilişkisi kurulabileceği gibi bir konserve fabrikasında asıl işin bir bölümü olarak ürünün kutulanması işi bir başka işveren tarafından bir başka işyerinde yapılabilir. Bu durumda da alt işverenlik kurumu vardır.

Öte yandan belirtmemiz gereken bir husus var ki o da şudur; alt işveren yönetmeliğinin 11.maddesinin son fıkrasında hukuka aykırı olarak asıl işverenden iş alan alt işverenin, aldığı işi bölerek bir başka alt işverene veremeyeceği gibi, pratik hayat ve İş

¹²⁶ Mollamahmutoğlu,s.168–167

¹²⁷ Canbolat s 28

¹²⁸ Aydınlı, s.168

¹²⁹ Akyiğit, s. 75

K. ile ilgisiz ve yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bilindiği üzere günümüzde birçok alt işveren konumundaki firma, aldıkları işin bir bölümünü bir başka alt işverene devredebilmektedir. Örneğin; bir alışveriş merkezi inşaatı yapımı işini asıl iş sahibi, bir işverene vermiş, asıl işveren inşaatın yapımını bir alt işveren vermiş, inşaatın yapımını üstlenen alt işveren ise çelik konstrüksiyonların yapımı işini bir başka alt işveren vermiş olabilir. Kaldı ki bu örnekler daha çoğaltılabilir. Bu nedenle, ne İş Kanununun 2. ve 3. maddelerinde ne de başkaca bir kanun maddesi ile düzenlenmeyen bir hususun hiyerarşik olarak kanundan daha aşağıda olan yönetmelik ile düzenlenmesi mümkün değildir.¹³⁰

IV. ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN SADECE ASIL İŞVERENİN İŞYERİNDE ÇALIŞTIRILMASI:

Asıl işveren –alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin diğer bir şartı ise alt işverenin asıl işverenin işyerinde üstlendiği işte “görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırmasıdır(İş K. m.2/6)¹³¹. Bilindiği üzere bu şart 1475 sayılı Kanunda da yer almış ve” alt işverenin işçilerini münhasıran o işyerinde ve bağlı yerlerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı yükümlülüklerinden asıl işveren de birlikte sorumludur” şeklinde hükme bağlanmıştır.¹³² Koruma altına alınan düzenlemeye göre alt işverenler aldıkları işlerde kendi işçilerini çalıştıran ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olan kişiler olarak anılmaktadır. Zaten kendi nam ve hesabına işçi çalıştıran kişilere işveren denildiğini biliyoruz. Görüldüğü gibi İş Kanununun 2. maddesi alt işverenden diğer işveren olarak söz etmektedir. Alt işverenlerin bu sığata sahip olduklarını kanun koyucu bunlardan diğer bir işveren olarak söz etmekle açıkça belirlemiştir.¹³³ Örneğin çeşitli fabrikaların yemek işlerini üstlenen bir kimsenin kendi fabrikasında hazırlanan yemeği kendi fabrikasında kendi elemanlarıyla dağıtması halinde bir alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez.¹³⁴ Yine bir işyerinde temizlik işini yerine getiren alt işveren işçilerini sadece bu işyerinde değil, başka yerlerde de çalıştırıyorsa İş Kanunu anlamında bir asıl işveren alt işveren ilişkisi ortaya çıkmayacaktır.

¹³⁰ Soyer, Sicil, s.16

¹³¹ Süzek, s.151

¹³² Çankaya /Çil,s.54.

¹³³ Süzek, s.151

¹³⁴ Soyer, Sicil, s.21

Alt işverenlerin asıl işverenden aldıkları iş dolayısıyla işveren sıfatına sahip olmaları gereklidir. Bu da ancak aldıkları işlerde kendi işçilerini çalıştırmakla gerçekleşir.¹³⁵ Yasa alt işverenin bu işte görevlendirdiği işçilerini sırf bu işe özgülenmiş biçimde çalıştırmasını aramaktadır.¹³⁶ Asıl işverenden alınan işlerde işçi çalıştırmadığı halde başka işlerde işçi çalıştırması nedeniyle işveren sıfatına sahip olan kimselerin, asıl işverene bağımlı olmasını gerektirecek geçerli bir alt işveren-asıl işveren ilişkisi kurulmuş sayılmaz.. Bunun gibi aldığı işte işçi çalıştırmadan işi kendi yapan kimse de alt işveren sayılmaz. Zaten böyle bir kişi de işçi çalıştırmadığı için işveren sıfatına sahip değildir.¹³⁷ Bu koşul alt işveren sıfatına sahip olmanın doğurduğu bir sonuçtur.

Alt işverenin işçileri asıl işverene ait işyerinin fiziki alanı içinde hukuken kurulmuş olan kendi işverenlerine ait işyerinde iş görmekle beraber bu işyerinde yürütülen asıl işverenin asıl işinin bir bölümü veya yardımcı işlerinde çalışırlar ve alt işveren işçileri sadece bu işlerde çalıştırılmış olmak şartı ile İş. K.m.2/6 şartlarına uygun bir ilişki kurulmuş olur.¹³⁸

¹³⁵ Aydın, s.185

¹³⁶ Akyiğit, s.75

¹³⁷ Canbolat,s.28

¹³⁸ Bkz.aynı görüş; Ekonomi “ Mesleki faaliyet olarak alt işverenlik işini yürüten kimsenin aynı zamanda birden çok işverenin işyerlerinde iş alması mümkündür. Ancak her üstlendiği işin işyeri işvereni ile asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için işçilerini sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırması şarttır.” Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler s.87 vd.

BEŞİNCİ BÖLÜM

§ 5. MUVAZAA SORUNUNUN ALT İŞVEREN BAKIMINDAN İNCELENMESİ

I. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA

A) GENEL OLARAK

Alt işverenlik uygulaması özellikle ülkemizde 1980’li yıllar ve devamında daha fazla ve farklı sektörlerde kullanılmaya başlanmıştır. Artan alt işverenlik ilişkisi, işçinin bireysel ve toplu iş hukukundan doğan haklarını sınırlayan, ortadan kaldıran uygulamalar biçiminde ortaya çıkmıştır.¹³⁹

Alt işverenlik uygulamasının birçok yararlı yönü bulunmakla birlikte, asıl işveren açısından bir işi alt işveren devretmekteki öncelikli amaç işi daha ekonomik bir hale getirmektir. Asıl işveren bu amacını sağlamaya çalışırken, işin hileli yönlerini keşfetmiş ve uygulamada işçinin aleyhine olan birçok uygulama işe muhtaç durumda bulunan işçilerin bile bile bu hileye kurban gitmelerine yol açmıştır. Bu hileler, sadece işçilerin mağduriyetine değil, aynı zamanda aynı sektördeki kurallara uyan işverenler açısından da haksız rekabete yol açmış ve onları da mağdur etmiştir. Bu konuda Süzek’te “...sadece bu

¹³⁹ Süzek, s.144

uygulamalar sonucunda mağdur olan işçilerin korunması değil aynı zamanda muvazaalı taşeron kullanmak sureti ile düşük ücretle işçi çalıştıran, toplu iş sözleşmesinin yükleyeceği yüklerden kaçınan veya kayıt dışı çalışan işverenlerin, iyi niyetli ve yasalara saygılı işverenlere karşı yarattıkları haksız rekabetin önüne geçilmesidir...” şeklinde görüşünü belirtmiştir. Bu nedenle zamanla kanun koyucu bu konuda bir düzenleme yapma ihtiyacı duymuş, gerek işçilerin gerekse hukuka uygun davranan işverenlerin mağduriyetini bir nebze olsa önlemek için tedbirler almaya çalışmıştır.

Uygulamada borçlar hukuku ilişkisi olan alt işverenlik sözleşmesinin genel ilkeler uyarınca muvazaalı işlem¹⁴⁰ olduğu kabul edilerek geçersiz sayılmış ve işçi korunmuştur. Yargı kararlarında yaygın bir problem olarak ortaya çıkan bu durumun düzenlenmesi gereği ortaya çıkmış ve nihayet 4857 sayılı Kanununun 2. maddesinin 7.fikrası ile de özel olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucular 2. maddenin diğer fıkralarında net bir şekilde tanımlama yapmaktan kaçınmışken, 2 maddenin 7. fıkrasında yer alan muvazaa konusunu tek tek bentler halinde belirterek, sınırlamıştır. Dikkat edileceği üzere kanunda sayılan muvazaa halleri “aksi halde ve genel olarak” deyimi kullanıldığından bu hallerin dışında kanunda sayılmayan hallerde de muvazaanın olabileceğini belirterek, kanunda ki sınırlamanın aleyhe kullanılmasını da önlemiştir. Kanunda muvazaa hallerinin sıralanması özellikle ispat külfeti açısından önemlidir. Çünkü hukuken ispat külfeti iddiada bulunan üzerindedir. Bu halde muvazaa olduğunu iddia eden değil, olmadığını iddia eden ispatla mükelleftir.

Kanun maddesinin gerekçesinde “...İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukuki dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır. Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de

¹⁴⁰Kaplan’a göre “Muvazaa; tarafların üçüncü kişilerden durumu gizleyerek, onları aldatmak amacıyla, aralarında gerçek iradelerine uymayan bir sözleşme yapmaları, fakat görünürdeki bu işlem veya sözleşmenin kendi aralarında geçerli olmayacağı, bu işlemin arakasındaki işlemin geçerli olacağı konusunda anlaşmalarıdır” Aynı yazar s.221

dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür. Kanunun gerekçesinde görüleceği üzere birçok işin alt işverenlere verilmesi sonucu işçilerin haklarının ellerinden alındığı, bunların bir kısmının muvazaalı işleme dayandığı, yargı kararları ile işçilerin korunmaya çalışıldığı,¹⁴¹ bu nedenle Yargıtay kararlarını dikkate alarak alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi için sınırlamalar getirildiği belirtilmiştir.

Bu sınırlamaların işçileri koruma yanında diğer amacı da kanuna uygun davranan işverenle kanundaki boşlukları kullanarak istismar eden işveren arasındaki haksız rekabeti önlemektir.¹⁴²

27.10.2008 tarihinde çıkarılan alt işverenlik yönetmeliğinde ise muvazaa konusu 3. maddede ele alınmıştır. Alt işveren Yönetmeliğinin 3. maddesinin g bendinde muvazaa,

“1-İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işveren verilmesine,

2-Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisinin,

3- Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak sureti ile çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4-Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya çalımla mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşme.” olarak tanımlanmıştır.

Ancak muvazaa konusuna ilişkin bu düzenleme ile ilgili yönetmelik kapsamında söylenecek ilk söz bu maddenin anayasaya aykırı bir hüküm olduğudur. Çünkü alt işveren asıl işveren ilişkilerinin tabii olduğu İş K.’da muvazaa tanımlanmamıştır. Fikrimizce

¹⁴¹ Eyrenci, Legal, s. 21

¹⁴² Aydın, s.218

kanunda tanımı yapılmayan bir kavramın yönetmelikle açıklanması normlar hiyerarşisi bakımından düşünüldüğünde anayasaya aykırıdır.

B) YASADA YER ALAN SINIRLAMALAR

4857 sayılı Kanunun 2. maddede asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinin koşulları belirlenmiş ve belli durumların muvazaaya sayılacağı kabul edilmiştir. 2. maddenin 6. fıkrasında; asıl işverenin işçilerinin, alt işveren tarafından işe alınarak, çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı, aksi durumda muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi gibi işlem görecekları düzenlenmiştir.

Yasanın bu düzenlemesi alt işveren ilişkisini sınırlamakta olup, doktrinde sınırlamanın doğru olup olmadığı tartışılmaktadır. Süzek, yasanın getirdiği bu sınırlamadaki amacın, 1475 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, konuyu genel hükümlere bırakmayarak mağdur işçileri korumak yanında, muvazaalı alt işveren kullanarak toplu iş sözleşmesinin yükleyeceği yüklerden kaçınan ve kayıt dışına çıkan işverenlerin yarattığı haksız rekabetin önüne geçilmesi olduğu, muvazaanın yasada açıkça düzenlenmesinin, önleyici ve caydırıcı olduğu, ispat konusundaki güçlüklerin artık ortadan kalktığı gerekçeleriyle genel olarak isabetli bulunduğunu, ancak bu sınırlamaların mutlak olmadığı, aksinin kanıtlanabileceğini savunmuştur.¹⁴³ Yasal sınırlama yapılmasına karşı çıkan Mollamahmutoğlu; somut biçimde getirilen ölçütlerin çalışma hayatının dinamikliğine ve gelişmesine engel olacağı, bu düzenlemenin çalışma özgürlüğünü zedeleyeceği görüşündedir.¹⁴⁴ Sınırlamaların mutlak yasak olduğunu kabul eden Güzel; kanunun emredici olduğunu, kanunun yorumunda süre ve istisna sınırlamasının mümkün olmadığını kabul etmektedir.¹⁴⁵

¹⁴³ Süzek, s.145

¹⁴⁴ Mollamahmutoğlu, s. 181.

¹⁴⁵ Güzel, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=443>, Aydınli, s. 220

Alt işveren ilişkilerinde görülen en yaygın muvazaa biçimlerinin yasada yer alması işçinin korunması açısından birçok hukuki sorunu çözmüştür. Yasada yer alan düzenlemeler adi karine kabul edilmeli, iş yaşamının dinamikliği Anayasanın koruduğu sözleşme özgürlüğü gereğince bu yasak mutlak olarak anlaşılmalı ve işverene aksini ispat şansı da tanınmalıdır.

1) Asıl işveren İşçilerinin Alt İşverence Çalıştırılarak Haklarının Kısıtlanmaması

İş Kanununun 2.maddesinin 7.fikrasında “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmak suretiyle haklarının kısıtlanmayacağı” düzenlenmiştir. Yasadaki sınırlama asıl işverenin, işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmaması değil haklarının kısıtlanmamasıdır.¹⁴⁶ Bu hükümle işverenlerin ücretleri yükselmiş işçileri işten çıkartarak yeniden düşük ücret ve haklarla işe almaları önlenmek istenmiştir.¹⁴⁷ İşçinin kısıtlanmayacak haklarından bireysel iş hukuku yanında kolektif iş hukukundan doğan haklarını da anlamak gerekir. İşyerinde sendikal faaliyet olmasa da işyerini fesih güvencesi kapsamında çıkarmak, işyerinde hekim çalıştırma sorumluluğundan kurtulmak ya da sendika örgütlenmesini olanaksızlaştırmak da işçinin haklarının kısıtlanması anlamını taşıyacaktır.¹⁴⁸ Haklar, işçinin doğmuş ve doğacak tüm haklarını kapsamaktadır.

Örneğin 6772 sayılı Kanun uyarınca alacağı ilave tediyeinin alt işveren yanında çalışmaya başlaması ile ortadan kalkması, yılsonunda alınacak başarı priminin alınmaması da yasanın belirttiği hak kısıtlamaları kapsamındadır. Ancak sadece kısıtlama olması tek başına muvazaa olarak kabul edilemez. Muvazaa her somut olayda hal ve şartlara göre değerlendirilmelidir. İşten ayrılma ile alt işveren yanında işe başlama arasında önemli zaman ayrılığı bulunması durumunda sadece bu ölçüte bakılarak karar

¹⁴⁶ Süzek, s. 146

¹⁴⁷ Eyrenci/ Taşkent /Ulucan, s. 44

¹⁴⁸ Özveri, s. 397

verilemez. Yasada çalıştırılmaya devam etmek biçiminde düzenlemenin önemli zaman aralığı olmaması biçiminde anlaşılması gerektiği, işçinin iş sözleşmesinin feshinden altı ay sonra alt işveren yanında işe başlaması durumunda muvazaanın konusunda tüm koşullar değerlendirilerek karar verilmesi gerekir.¹⁴⁹

2) İşyerinde Çalıştırılan Kişilerle Alt İşveren İlişkinin Kurulamaması:

Yasada getirilen ikinci sınırlama işverenin daha önce yanında çalıştırdığı kişi ile alt işverenlik ilişkisi kuramamasıdır. Bu düzenleme ile alt işverenlik kurumunun kötüye kullanılarak sendikasız ve ucuz işçi çalıştırılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Fabrikada tezgâhların veya makinelerin işçiler arasında paylaşarak alt işverenlik kurulması, garsonlar arasında masaların paylaşılması gibi uygulamalar yasanın bu hükmüyle yasaklanmıştır. Başka bir örnek ise emekli olup henüz işyerinden ayrılmamış bulunan bir kimsenin yapay olarak alt işveren gibi gösterilerek asıl işverenin işçilerinin ona bağlanmalarını ve böylece asıl işverenin sorumluluktan kurtulmasını sağlıyordu. Fakat bu uygulama ile bunun önüne geçmek hedeflenmiştir.¹⁵⁰ Çünkü yeni düzenlemeye göre böyle kurulan bir ilişki muvazaalı kabul edilecektir ve alt işveren gibi görünen kişiye bağlanan işçiler başlangıçtan beri asıl işverenin işçisi sayılacaktır.

Öğretide bu hükmün mutlak olarak kabulünün iyi niyetli uygulamaları engelleyeceği ve Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğu dile getirilmiştir. Çelik, eski işçisiyle alt işveren ilişkisinin kurulmasının tek başına kötüye kullanma sonucunu doğurmayacağını, güvendiği işçisi ile böyle bir ilişki kurmanın muvazaalı sayılmasının girişim ve sözleşme özgürlüğünü önlediği, yasağın aksinin kanıt yükünün işverene bırakılmasının ise ispat zorluğu nedeniyle düzenlemenin isabetli olmadığı ve kaldırılması gerektiği kanaatindedir.¹⁵¹ Öğretideki yaygın görüş ise, bu hükmün anayasaya uygun biçimde de yorumlanması mümkün olup yasanın amacının daha önce o işyerinde çalışmış tüm işçilerin alt işveren olmasını yasaklamak değil muvazaalı uygulamaları önlemek olduğu, aksinin ispatı her zaman ispatlanabileceğinden her olaya özgü değerlendirme yapıldığında anayasaya aykırılık oluşmayacağı hükmün

¹⁴⁹ Kılıçoğlu/Şenocak Şerh, s.59

¹⁵⁰ Soyer, s.22

¹⁵¹ Çelik, s. 48.

korunması gerektiği yönündedir.¹⁵²

Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez¹⁵³

İş Kanununun 2/son f.sı “ Daha önce o işyerinde çalıştırılma” deyimi o işyerinin hukuken elemanı olarak çalıştırılmayı anlatır. Gerçek bir alt işveren ilişkisinin varlığı halinde alt işveren işçilerinin asıl işverenden alınan işte kazandıkları işçilik haklarından alt işverenle birlikte asıl işverenin de sorumlu olduğunu belirtmiştik. İşçi böyle bir hakkını herhangi birinden veya her ikisinden birlikte isteyebilir¹⁵⁴. Ancak alt işveren ilişkilerinin hukuka uygun olarak kurulduğu yani geçerli bir alt işverenlikteki işçilerin iş güvencesi taleplerinin tek muhatabı işin doğası gereği yalnızca alt işverendir.¹⁵⁵ Çünkü işçiyi işe başlatma konusunda yetkili olan alt işverenin kendisidir. Ancak işe başlatma dışında ki, önel verilerek iş akdinin sonlandırılması ile kıdem tazminatı, işsizlik ödeneği, toplu iş sözleşmesinden doğan hakları, sendikal haklar gibi iş güvencesi kapsamında bulunan haklardan alt işveren ve asıl işveren beraber sorumludur.¹⁵⁶ Buna karşın alt işverenliğin muvazaa vesaire gibi nedenlerle geçersiz olduğu hallerde iş güvencesinin tek muhatabı ilgili işçinin tek işvereni olması dolayısıyla asıl işveren olmalıdır.¹⁵⁷

Emekli olan işçisinin ciddi ticari faaliyete başlayıp eski işverenle alt işveren ilişkisi kurmasında, aradan çok uzun süre geçmesi durumlarında yasanın sınırlamasının daha ihtiyatla değerlendirilmesi gerekir. ¹⁵⁸İşverenin işyerinden önceden çalışan işçinin işyerinden ayrılması, şirketin ortağı olması ve eski işyerinden iş alması yasak değildir. Ancak şirketin kuruluş tarihi, faaliyet alanı, yaptığı diğere işlere bakılarak muvazaa olup olmadığı değerlendirilmelidir.

3) Asıl İşin Bölünerek Alt İşverenlere Verilememesi

¹⁵² Süzek, s.156 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, Şerh, s.60–61

¹⁵³ Tan, www.ytumed.org.tr/sunular

¹⁵⁴ Yarg.9. HD. 09.12.2004 2004/10658E-27191K. 09.12.2004 10657/27190,www.kazanci.com

¹⁵⁵ Yarg.9HD 23.12.2004 16644/29133, www.kazanci.com

¹⁵⁶ Çankaya/Günay/Göktaş, s.159

¹⁵⁷ Yarg.9H.D. 31.01.2005 31803/2440, www.kazanci.com

¹⁵⁸ Eyrenci, Legal, s.22

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasının son cümlesi uyarınca, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş, bölünerek alt işverenlere verilemez. Alt işveren uygulamasında en sık karşılaşılan problem asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi idi. Bu uygulamanın tipik örneğini üretim bantlarının birisinin alt işverene verilerek işçiler arasında eşitsizlik yapan uygulamalar oluşturmaktaydı. Daha önce Yargıtay kararlarında muvazaalı kabul edilen bu uygulama 4857 sayılı Kanunla da açıkça muvazaa durumu olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁹ Bu konu yukarıda daha ayrıntılı olarak anlattığımız üzere doktrinde tartışmalı bir konudur.¹⁶⁰ Yargıtay ise bir kararında bir otelin kat hizmetlerinin alt işverene verilmesini teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren bir iş olmadığından uygun görmemiş¹⁶¹, başka bir olayda ise para taşıma işinin bankanın asli işi olduğuna, ancak özel güvenlik önlemleri yönünden uzmanlık gerektirdiğinden alt işverene verilebileceğine¹⁶² karar vermiştir. Fakat en son 2008 tarihli yeni kararlarında her iki koşulun birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar tesis etmiştir.¹⁶³

C) MUVAZAAANIN TESPİTİ

Muvazaalı şekilde kurulan alt işverenlik ilişkisinin tespiti halinde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır.

¹⁵⁹ Çelik s.48-49; Süzek s.147-148

¹⁶⁰ Bkz. yukarıda s.53-55

¹⁶¹ Yarg.9. HD 01.04.2005, 2005/18633 E, 2005/26052 K. Kılıçoğlu, s.62

¹⁶² Yarg.9. HD 02.05.2006, 2006/10516 E, 2006/12278 K. Kılıçoğlu, s.62

¹⁶³ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'da yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvaza olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık 6. 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 gözönünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olduğundan iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

İş Kanununun 3.maddesine 5763 sayılı Kanunla getirilen değişik 2. fıkra hükmü ile¹⁶⁴ alt işverenlerin sözleşmelerini bölge müdürlüğüne bildirmekle yükümlü oldukları, gerektiğinde iş müfettişlerince incelenip muvazaanın tespiti halinde işverenlere bildirileceği belirtilmiş ve bu bildirim karşısında işverenlere tebliğinden itibaren alt iş günü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz hakkı tanınarak muvazaa iddiasının bağımsız davada incelenmesi olanağı yaratılmıştır. Bu hüküm uyarınca asıl işveren- alt işveren ilişkisi iş müfettişlerince incelenebilecektir. İnceleme tespit işlemini durdurmayacaktır. Müfettiş raporuna altı iş günü içinde itiraz edilmemiş olması veya itirazın reddedilmiş olması durumunda alt işverenlik adına yapılan tescil iptal edilecektir. Bu durumda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır. Bu maddede düzenlenen muvazaalı işlemin tespiti 2.maddesinde yer alan düzenlemeler ve genel hükümler uyarınca yapılacaktır. Muvazaanın tespiti raporuna karşı açılacak dava bir tespit davası olup, şartları yasada belirlendiğinden ayrıca hukuki menfaat koşulu aranmayacaktır. Dava raporun tebliğinden itibaren altı iş günü içerisinde açılmalıdır. Bu süre hak düşürücü niteliktedir. İşçiler ve sendikalar davaya ferî müdahil olarak katılabilecektir.

Kanuna yeni giren bu kurumun nasıl uygulanacağı, yöntem ve sonuçları ancak içtihatlarla ortaya çıkacaktır. ¹⁶⁵ 5763 sayılı Yasanın 1. m.si¹⁶⁶ ile İş Kanununun 3. maddesine getirilen değişiklikteki, müfettişlere muvazaanın tespiti yetkisinin verilmesi hususu Anayasa'ya aykırı olduğundan, yönetmelik açısından da aynı sorun varlığını korumaktadır. Bu bağlamda Alt İşveren Yönetmeliğinin bazı hükümleri, Anayasa'ya ve İş Kanununa aykırılık oluşturmaktadır.

¹⁶⁴ Değişiklik metni için bkz. aşağıda dn.163

¹⁶⁵ Ürcan,Legal,s.959 vd.

¹⁶⁶ 5763 Sayılı Yasa m.1 “ 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş K. 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddenin sonuna aşağıdaki fıkra eklenmiştir."Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır."Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirim ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

D) İSPAT YÜKÜ

Alt işveren ilişkisinde yasada sayılan sınırlamalar dışında ispat yükünün kime ait olduğu konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasada sayılan muvazaa hallerinde aksini ispat yükü işverene ait olup diğer muvazaa hallerinin ispatı genel hükümlere tabidir. Yasada açık hüküm bulunmayan durumlarda iddia eden iddiasını ispatla yükümlü olup, yasal karineye dayanan kişi TMK'nun 7. m.si uyarınca ispat yükünden kurtulur.

4857 sayılı Kanunla yasal karine yaratılmış bulunduğu kanunda sayılan durumlarda ispat yükü işverene geçmiştir. Ancak 1475 sayılı Kanun döneminde kurulan iş ilişkilerinin ispatında yeni yasanın getirdiği karineden yararlanmak mümkün değildir. Eski yasa döneminde kurulmuş ilişkilerde o dönemde geçerli olan mevzuatın uygulanması gerekli olup ispat yükü işçiye düşecektir. Muvazaa iddiası hukuki işlemi temelinden sakatladığı için hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir. Muvazaa her türlü delille ispatlanabilir.¹⁶⁷ Eğer muvazaalı sözleşme yazılı biçimde yapılmışsa işlemin taraflarınca sadece yazılı delille ispatlanabilir. Ancak üçüncü kişiler için bu koşul aranmaz.

Burada incelenmesi gereken başka bir konu daha vardır. Asıl işverenden alınan iş ile ilgili işçi çalıştırılmadan bu işin başkasına verildiği durumlarda işi alan diğer kişi, kendi adına işçi çalıştırıyor ise alt işveren sayılacak mıdır? Bu sorunun yanıtını ararken ilk önce göze çarpan unsur asıl işverenden işi alan kimsenin bu işte işçi çalıştırmadığı için işverenlik sıfatına sahip olmadığıdır. Dolayısıyla bu kişiden iş alan kimse aldığı işte kendi işçilerini çalıştırıyor olsa bile işi asıl işverenden almadığı için alt işveren sayılmayacaktır.¹⁶⁸ Tabi ki bu durum söz konusu kişinin aldığı işte işçi çalıştırması nedeniyle işveren sayılmasını engellemez. Böyle bir durumda İş Kanunu anlamında alt işveren asıl işveren ilişkisi kurulmadığından söz konusu işlerde çalışan işçilere karşı asıl işverenin ya da bundan iş alıp işçi çalıştırmadan başkasına veren kimsenin herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.¹⁶⁹ Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu işlerde çalışan işçilere karşı asıl işverenlerin İş Kanununun 2. maddesinin 6.fikrasında öngörülen

¹⁶⁷ Aydın, s. 270–271

¹⁶⁸ Mollamahmutoğlu, s. 173

¹⁶⁹ Süzek, s.152

sorumluluklarının ortadan kaldırılması için bu yola gidilmiş olduğu durumlarda muvazaa var demektir.¹⁷⁰ Çünkü denilebilir ki kanunen geçerli olabilecek bu işlemler sırf, asıl işverenlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmak için yapılmıştır.¹⁷¹

E) DİĞER MUVAZAA HALLERİ

Alt işveren ilişkisinde ortaya çıkacak muvazaa biçimleri İş Kanununda sayılanlarla sınırlı değildir. Yasadaki sınırlamalar dışında genel olarak ibaresi ile diğer durumların da muvazaa olduğunu ispat olanağı sağlanmıştır. Yargıtay bir kararında taraflar arasında yapılan sözleşmenin iş aracılığı sözleşmesi izlenimi vermesine karşın muvazaalı ilişki söz konusu olabileceği bu nedenle alt işveren gösterilen kişinin değil, asıl işverenin sorumlu olduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁷² Fakat her somut olayda muvazaanın varlığının yeniden değerlendirilmesi gerekli olup Yargıtay'ın bir çok kararında görüleceği üzere bazı durumlarda alt işverenin işçisinin asıl işverenin işçilerinin yararlandığı olanaklardan yararlanması veya asıl işverenin alt işverenin işçilerine talimat vermesi işverenler arasında muvazaanın varlığının ispatı için yeterli değildir.¹⁷³ Bizce burada alt işverenin işçisi üzerinde asıl işverenin yönetme, işe alıp çıkartma, izin kullandırma, ücret ödeme vesaire konularda tek başına yetkili olması ve alt işverenin bu konularda inisiyatif kullanamaması ayırt edici bir unsurdur.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Canbolat, s. 29

¹⁷¹ Soyer, s. 23,24

¹⁷² Süzek, s. 148

¹⁷³ Yarg. 9. HD. E. 2008/4425 K. 2008/4344 sayılı karara göre “Davacı işçi davalı BOTAŞ ile Genel Temizlik Hizmetlerini ihale alan ile şirket arasındaki sözleşmesinin muvazaalı, bu nedenle asıl ve gerçek işverenin davalı olduğunu iddia etmiştir. Alt işverenlerin değişmesi, davacının BOTAŞ şirket yetkililerinden talimat alması, adı geçen şirketin yemek ve servisinden yararlanması, 2005 yılındaki fesihlerdeki emsal davalarda muvazaa kabul edilmesi, tek başına davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğunu göstermez. Bu olgunun açıklığa kavuşturulması için davalılar arasındaki sözleşme ve ekleri incelemeye tabi tutularak ve işyerinde uzman bilirkişi marifeti ile keşif yapılarak, ihalenin hizmet alımına mı, yoksa işçilik teminine mi yönelik olduğu, hizmet temini ise verilen işin asıl-yardımcı iş olup olmadığı, davacının ihaleye konu edilen hizmet dışında asıl işte çalıştırılıp çalıştırılmadığı 4857 sayılı İş Kanunu'nun yukarıda belirtilen maddesi kapsamında araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması hatalıdır.” www.legalbank.net

¹⁷⁴ Yarg. 9. HD. E. 2007/1358 K. 2007/3081 sayılı karar göre “...Oysa davalı sağlık Bakanlığı'na bağlı hastane yönetimi ile temizlik hizmetini alan taşeron şirketler arasındaki ihale sözleşmeleri, teknik şartnameler incelendiğinde, işçilerin işe alınmalarında ve işlerine son verilmesinde tek yetkilinin hastane idaresi olduğu, hastane idaresi tarafından kurulacak komisyonun bu görevi yapacağı, firmaların işçi alım ve çıkarılmasında kesinlikle tasarruf sahibi olmayacağı anlaşılmaktadır. Keza çalışacakların çalışma

F) MUVAZAALI ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN YAPTIRIMI VE SONUÇLARI

1) İşlemin geçersizliği

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde yasal sınırlamalara aykırılığı yaptırımı yine yasa tarafından belirlenmiştir. Yasada “aksi halde ve genel olarak asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” hükmü düzenlenmiştir. Bu hükme göre alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren kanundan, toplu iş sözleşmesinden ve asıl işverenin işçileri ile yaptığı anlaşmadan doğan tüm hakları talep hakkına sahip olur.¹⁷⁵

Bu durumda “genel olarak” ibaresini diğer muvazaa halleri ile ilgili olarak anlamak gerekir. Bu şekilde sınırlamalara aykırı hareket edilmesi durumunda işveren amaçladığı sonuca ulaşamayacak ve işçiler asıl işverenin işçisi sayılacaklardır.¹⁷⁶ Bazı yazarlar yaptırımın sadece 7.fikrası için değil, 6.fikrasındaki belirtilen ölçütleri de kapsadığı sonucuna ulaşmaktadır.¹⁷⁷ Öğretide “aksi halde” ifadesinin yasada sayılan sınırlamaların varlığı halinde başkaca araştırmaya gerek kalmadan yaptırım sonucu doğuracağı, “genel olarak” ifadesinin ise yasadaki iki sınırlama dışında gerçekleşecek hukuka aykırılık durumları için yaptırım öngördüğü kabul edilmektedir. Bazı yazarlar ise yaptırımın 3. f.yı da kapsadığı, asıl işin teknolojik uzmanlık gerektirmeyen bölümünün devri halinde de aynı sonucun doğacağı görüşündedir.¹⁷⁸

4857 Sayılı Kanunun yürürlüğünden önce doğan olaylarda ise zamanaşımı süresi içerisinde genel hükümlere dayanılarak muvazaa iddiasının ileri sürülmesi mümkündür. Yasanın eski yasa döneminde ortaya çıkan sorunlar için muvazaa iddiası yolunu

koşullarının da Hastane yönetimince belirleneceği açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, alt işverenlerin çalıştırdıkları işçilerin üzerindeki yönetim hakkı tamamen asıl işveren tarafından kullanılmaktadır. Burada gerçek anlamda bir alt işveren-asıl işveren ilişkinden söz edilemez. Sözleşmeye göre, işçiler hastanenin yönetimi altında çalışırken, fesih kararını yine hastane vermektedir. Alt işveren kendi işçileri üzerinde yönetim hakkı kullanmamaktadır. Davacı işçi başlangıçtan itibaren davalı Sağlık Bakanlığı işçisidir. Temizlik işi verilen firmaların işverenlik sıfatı bulunmamaktadır. Bu nedenle davalı Çağrı şirketi yönünden de davanın husumetten reddine karar verilmelidir.” www.legalbank.com

¹⁷⁵ Kılıçoğlu/Şenocak, Şerh, s.62

¹⁷⁶ Çelik, s.48.

¹⁷⁷ Ünsal, s. 541

¹⁷⁸ Çelik s.48; Güzel, s.151–152;Aydınlı, s.266–267

kapattığını düşünmek yasanın amacına ve ruhuna aykırıdır. Ancak ispat yükü bu davalarda işçiye düşer.¹⁷⁹

Yargıtay alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu kabul edildiğinde işçilerin asıl işverenin işçilerine yapılan tüm ödemeleri talep hakkı olduğu, alt işveren hakkındaki davanın reddi gerektiği, asıl işveren hakkında hüküm kurulması gerektiği kanaatine varmıştır.¹⁸⁰

2) Diğer Sonuçları

a) Toplu İş Hukuku Alanındaki Sonuçları

Alt işverenin işçisi, asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkına sahip değildir. İşçinin asıl işin bir bölümü ya da yardımcı işlerde çalışmasının bir etkisi yoktur. Ancak muvazaa halinde alt işveren işçisinin çalıştığı iş kolundaki sendikaya üye olarak ya da dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkündür. İşverenler genellikle muvazaalı alt işveren ilişkisi kurarak işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını önlenmektedir. Muvazaa ortaya çıktığında ortada tek bir işveren bulunacağından sendikaya üye olarak veya dayanışma aidatı ödeyerek asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları mümkün olacaktır.¹⁸¹

Toplu iş hukukunda diğer bir sorun da işin alt işverenlere verilerek sendikaların yetki alabilecek sayıya ulaşmalarının engellenmesidir. Yargıtay, yerleşmiş uygulamalarında her bir makineyi ayrı alt işverene vererek buradaki işçilerin farklı iş kollarına tabi olduğu iddiasını kabul etmektedir. Nitekim bir olayda bu durumda olan işçilerin, hepsinin kâğıt iş kolunda olduğunu kabul ederek yetkiyi belirlemiştir.¹⁸² İş Kanununun yaptırımını da doğal olarak aynı sonucu doğurmaktadır.

b) İşe İade Davalarındaki Sonuçları

¹⁷⁹ Süzek, s.149

¹⁸⁰ Yarg.9.HD 14.04.2005, 2005/8465E, 2005/13371 K, Eyrenci/Taşkent/Uucan, s. 45

¹⁸¹ Çankaya/Çil, s.34

¹⁸² Yarg. 9HD, 07.10.2003, 2003/17157 E. 2003/16401 K. , Özveri, s. 398

Bazı işverenler, işçilerin bir bölümünü alt işverene vererek iş güvencesinden yararlanmak için gerekli yasadaki 30 işçi sayısından kurtulmaya çalışmaktadırlar. Muvazaanın kabulü durumunda, sayı yönünden alt işveren işçilerinin de asıl işverenin işçileri olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda işe iade davasının da asıl işverene karşı açılması ve hükmün asıl işverene karşı kurulması gerekir.

c) Muvazaalı Alt İşveren İlişkisinin Cezai yaptırımı

5763 sayılı Kanunla değişik İş Kanununun 98/II madde hükmüne göre, Kanunun 3/II maddesindeki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin yeni Türk Lirası idari para cezası verilir.

ALTINCI BÖLÜM

Ş 6. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞU

I. ALT İŞVERENLE ASIL İŞVERENİN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

İş Kanununun 2. maddesinde; asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu sorumluluk sadece hukuki sorumluluğa ilişkin olup cezai sorumluluğu kapsamaz. Alt işverenle birlikte sorumluluk aynı derecede ve borcun tamamına ilişkindir. Asıl işveren alt işverene tüm borçlarını ödediğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Asıl işverenle alt işveren aralarında sözleşme yaparak bu sorumluluğu bertaraf edemezler.¹⁸³ Birlikte sorumluluk mutlak nitelikte olup, alt işverenin sıfatı, konumu, mali durumu açısından arada fark yoktur. Herhangi bir ayırım yapılmaksızın alt işveren kullanan sorumludur. Asıl

¹⁸³ Kılıçoğlu/Şenocak, s. 63–64

işverenin sorumluluğu bağlı bir sorumluluk olup, alt işverenin sorumluluğunun doğduğu durumlarda o da sorumludur.¹⁸⁴

II. ASIL İŞVERENİN ALT İŞVERENİN İŞÇİLERİNE KARŞI SORUMLULUĞU VE SINIRLARI

Asıl işverenin sorumluluğu için alt işverenlik sözleşmesi olmalıdır. İş Kanunundaki düzenlemenin bütün koşulları gerçekleştiği takdirde, ortaya çıkacak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerde, asıl işveren ve alt işveren birlikte sorumlu olacaklardır. Bu sorumluluğa ilişkin özellikler şu şekilde sıralanabilir.

1-) Asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında bir iş sözleşmesi ilişkisi olmamasına rağmen, asıl işveren alt işverenle birlikte sorumlu tutulmuştur.

2-) Bu sorumluluk sadece İş Kanunundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan sorumlulukla sınırlıdır.

3-) Öte yandan, bu sorumluluğun anlamı, alt işverenin işçilerinin, kendi işvereninden İş Kanununa dayalı haklarını, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını alamazlarsa, ona gitmeye gerek kalmaksızın doğrudan doğruya asıl işverene gitmek ve ondan talep etmek, ödemediği takdirde de dava açmak suretiyle asıl işverenden almak hakkına sahip olmalarıdır. Maddedeki düzenlemeye göre, burada birlikte sorumluluk söz konusudur.¹⁸⁵

4-) Bu sorumluluk ile ilgili düzenleme nedeniyle, asıl işveren ve alt işverenler arasında yapılan nakliye, kira ve istisna sözleşmesinde, uygulamada asıl işverene alt işverenin yükümlülüklerini de kontrol yetkisi veren hükümleri sözleşmelere koymakta oldukları görülmektedir. Örneğin, ücret ödeme belgelerinin, bordro örneklerinin, sigortaya yatan prim bordrolarının alt işveren tarafından asıl işverene verilmesi kabul edilmektedir.

5-) İş Kanununun 36. maddesindeki düzenlemede ise, bu sorumluluk sadece bina, köprü, yol yapımı gibi işlerle sınırlandırılmıştır.

¹⁸⁴ Narmanlıoğlu, , s.69-70

¹⁸⁵ Günay, İş Davaları, s.79.

6-) İş K. m.36 hükmüne göre “Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hak edişlerinden öderler.”

7-) Sosyal Güvenlik açısından bu yükümlülüğe bakacak olursak, yasanın asıl işvereni bu kanun açısından tam sorumlu tuttuğu görülecektir. Yani, alt işveren, işyerinde işçi sağlığı ve güvenliği ile ilgili görevlerini yerine getirmemişse ve gerekli tedbirleri almamışsa, Sosyal Güvenlik Kurumu, asıl işverene karşı rücu davası açabilir. 5510 sayılı Kanununun 11.maddesine göre, alt işveren, asıl işverenin işyerinde çalıştırdığı, kendi sigortalı işçilerini, işverenle aralarında yaptıkları sözleşmenin ibrazı kaydıyla, Sosyal Güvenlik Kurumundan alacağı özel bir numara ile asıl işverenin kayıtlı olduğu dosyadan bildirebilme hakkına sahip olmuştur. Ayrıca aynı yasanın 12. maddesinin son fıkrasında “... Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur.” denilerek asıl işverenin alt işverenin işçilerinden bu konuda doğan sorunlar nedeni ile müşterek sorumlu olduğu vurgulanmıştır.

İş Kanununun 2. maddesine göre asıl işveren, alt işverenin gözetme borcuna aykırı davranışlarından dolayı onun işçilerine karşı müteselsil sorumluluk taşımaktadır. Bu sebeple asıl işveren alt işverenin işçisinin kaza geçirmesi ya da hastalanması halinde, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanamayan zararlarından alt işverenle birlikte sorumlu olmaktadır. Bu nedenle asıl işverenler alt işverenlerin yasalara uygun davranmasını ve bu şekilde doğacak zararlara engel olmak için, özellikle iş sağlığı ve güvenliği alanında bir takım önlemler almaktadırlar. Örneğin bir inşaat alanında baret takmadan gezen alt işveren işçisini uyarmak, baret giymeye zorlamak, onu denetlemek, işyerindeki talimatlara uymasını istemek muvazaa anlamına gelmemektedir. Yargıtay’ın

yeni tarihli bir kararında,¹⁸⁶ asıl işverenin alt işveren işçisine talimat verebiliyor olmasının muvazaa sonucunu doğurmayacağı açıkça belirtilmiştir

8-) Hakim olan görüşe göre, asıl işverenin işyerindeki işçi sağlığı ve güvenliği açısından yapılmış talimatlara, alt işveren işçileri de uymak zorundadırlar.¹⁸⁷

Asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin hukuki sorumluluğu ile sınırlıdır. Burada öngörülen sorumluluk İş Kanunundan ve iş sözleşmesinden doğan işçi hakları ile ilgilidir. İş sözleşmesinden doğan yükümlülükler konusunda asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu olup olmadığı geçmişte çekişmeli iken, 4857 sayılı Kanun, 5510 sayılı Kanun ve Alt işveren Yönetmelikle yapılan değişiklikler sonucunda net bir şekilde alt işverenle birlikte asıl işverenin sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay'da son tarihli kararları ile bu durumu pekiştirmiştir.¹⁸⁸

Ayrıca İş Kanununun 2. maddesine göre asıl işveren, alt işverenin gözetme borcuna aykırı davranışlarından dolayı onun işçilerine karşı müteselsil sorumluluk taşımaktadır. Bu sebeple alt işveren işçisinin kaza geçirmesi ya da hastalanması halinde, sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanamayan zararlarından alt işverenle birlikte o işçiye karşı sorumlu olmaktadır. Bu yasal sonuç, iş sağlığı ve güvenliği alanında, asıl işverenin alt işveren üzerinde bir takım yetkilerle donatılması gereğini doğurmaktadır. Uygulamada daha ziyade alt işveren sözleşmelerine konulan hükümlerle asıl işverene sağlanan bu tür yetkiler, yasal düzenlemeye de konu olmalıdır. Asıl işverenin alt işverenin işyerindeki

¹⁸⁶ Yarg. 9. HD E. 2008/6589 K. 2008/2168 "...Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Alt işverenlerin değişmesi, davacının şirket yetkililerinden talimat alması, şirketin yemek ve servisinden yararlanması, 2005 yılındaki fesihlerdeki emsal davlarda muvazaa kabul edilmesi, tek başına davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğunu göstermez..."www.kazanci.com

¹⁸⁷ Ekin,s.158-159

¹⁸⁸ Yarg. 9. HD. E. 2007/24560 K. 2008/186 Sy. kararına göre "...Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatili, yıllık izin, ikramiye, pirim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir..."

sağlık ve güvenlik önlemlerini denetleyebilmesi, talimat verebilmesi ve hatta yaptırım uygulayabilmesi sağlanmalıdır. Böylelikle bu durumun alt işverenliğin muvazaalı olduğu yönündeki iddialarla karşılaşmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

III. YARGITAYIN BU KONUDAKİ BAKIŞ AÇISI

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa kavramına ilişkin Yargıtay kararlarından bir kısmı aşağıdaki şekildedir:

Yargıtay, bir olayında, asıl işverenin yetkili sendikanın işyerinde gerekli yeter sayıya ulaşmasının engellemek için asıl işin her bir bölümünü bölerek, farklı alt işverenlere vermesini muvazaa olarak kabul etmiş ve alt işveren işçilerinin tamamını asıl işverenin işçisi saymıştır.¹⁸⁹

Bir olayda işçinin davalının işçisi olmasına ve aralıksız çalışmasına rağmen, işverenin çıkış göstererek muvazaalı olarak alt işveren nezdinde işe başlamış gibi gösterdiği iddia edildiğine göre öncelikle bu hususun aydınlatılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁹⁰

¹⁸⁹ “... İtiraz eden sendika, davalı işverenin hurda hammaddeden çelik döküm işi yapılan tespite konu işyerinde, asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene verilmek suretiyle böldüğünü, bunun sendikanın işyerine çoğunluk sağlamlasını önlemeye yönelik muvazaa olduğunu, bu nedenle alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespiti yapılması gerektiğini, alt işverenlerin ayrı işyerlerinin bulundu ve işçilerinin de bu işyerlerinde çalıştırıldığından bahisle yapılan olumsuz çoğunluk tespiti iptaline ve tespite konu işyerinde çalışan işçilerin üye çoğunluğunun bulunduğu tespiti talep etmiştir....

... Bu itibarla iş müfettişi ve yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi raporundan davalı işverenin asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene yaptırmak suretiyle böldüğü, bunun yukarıda açıklanan 4857 sayılı yasanın 2. maddesinde belirtilen asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarını taşımadığı anlaşıldığından alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespiti bu çerçevede yapılması gerekir. 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...”www.kazanci.com

¹⁹⁰Yarg.9.H.D 13.01.2005 28992/612 sayılı karara göre “..davacı işçi, aynı işyerinde ve yaptığı işi değiştirmeden aralıksız çalıştığı halde, davalı işverenin 30.4.2003 tarihinde kâğıt üzerinde çıkış göstererek, 1.5.2003 tarihinde muvazaalı olarak taşeron nezdinde işe başlamış gibi gösterildiğini ve 31.3.2004 de bu işe iade davasını açmıştır. Davacı taşeronluk ilişkisinin muvazaaya dayandığını iddia ettiğine göre öncelikle

Alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun mahkemece tespit edildiği bir olayda, davacı işçinin, toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmasına karar verilmiştir.¹⁹¹

Alt işverenler değişmesine rağmen çalışmaya devam etmek tek başına muvazaanın varlığını kabul için yeterli görülmemiştir. Her alt işverenlik sözleşmesinin ayrı ayrı değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerektiğine karar verilmiştir.¹⁹²

Alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı sayılmasında işçiyle arasında alt işverenlik ilişkisi bulunan açısından muvazaanın kabulüne karar verilmesi gerekirken diğer alt işveren hakkında muvazaanın reddine karar verilmelidir.¹⁹³

4857 sayılı İş Yasasının 2/V-VI fıkrasına göre bu durum, tarafların tüm delilleri toplanarak açıklığa kavuşturulmalıdır. Taşeron devir işlemi belirtilen yasa maddelerine göre muvazaalı olduğunda 31.3.2004 tarihli fesih davalı işverence gerçekleştirilmiş olduğundan bu kez aynı yasanın 18 ve devamı maddeleri gereğince işe iadesin koşulları araştırılmalıdır.”www.kazanci.com

¹⁹¹ Yarg..9.H.D 27.05.2004 10215/12744 sayılı karara göre “...dosyada mevcut kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre davalı ile dava dışı müteahhit firma arasında yapılan sözleşmenin yürürlükte olduğu sırada davacı işçi tarafından taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olduğu ve asıl işverenin tarafı olduğu Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılması gerektiği iddiası ile açılan davaların kabul ile sonuçlandırıldığı ve davacının Toplu İş Sözleşmesinden doğan fark alacaklarının hüküm altına alındığı anlaşılmaktadır. Davalı işverence muvazaalı olduğu kesinleşen taşeronluk sözleşmesinin sona ermesinden sonra yeni bir ihale ve yeni bir sözleşme yapılmamış, önceki sözleşme aynı şartlarla, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihe kadar aralıksız devam ettirilmiştir. Esasen davacının işten çıkarıldığı tarihe kadar davalı işverenin tarafı olduğu Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılmış olması da davalının gerçek işveren olduğu olgusunun fesih tarihine kadar devam ettiğini göstermektedir. Mevcut delillere göre davacının gerçek işverenin davalı olduğu açık olmasına rağmen alt işveren işçisi olduğu gerekçesiyle davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş olması hatalıdır.”www.kazanci.com

¹⁹² Yarg..9.H.D 29.09.2005 26676/31642 sayılı karara göre “..dosyadaki bilgi ve belgeler ve sigorta kayıtlarından davacıyı işe alan, çalıştıran ve ücretini ödeyen dava dışı davalı Botaş AŞ. İle taşeronluk sözleşmesi yapan şahıstır. Alt işverenlik sözleşmesinde verilen iş yardımcı işidir. İhale şartnamesi usulüne uygun olarak düzenlenmiştir. Buna rağmen tanık ifadeleri ile yetinilerek alt işverenle davalı Botaş arasındaki sözleşmenin muvazaalı kabul edilerek sonuca gidilmesi hatalıdır. Dairemizce daha önce incelemesi yapılan bazı dosyalarda alt işverenlik sözleşmeleri muvazaalı kabul edilmiş ise de; bunlar farklı yerlerde ve farklı alt işverenlerce alınan işlerle ilgilidir. Her alt işverenlik sözleşmesi ayrı ayrı değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Taşeronlar değişmesine rağmen davacının çalışmaya devam etmesi muvazaanın kabulü için tek başına yeterli bir husus değildir. Yetersiz delillerle muvazaanın varlığı kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.” www.kazanci.com

¹⁹³Yarg..9. H.D 14.04.2005 8465/13371 sayılı karar göre “Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kabul etmiştir. Taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olduğunun kabul edilmesi yerinde olup ancak bu durumda davacı işçi başından beri B. B. AŞ. nin işçisi olduğuna göre taşeron olarak yer alan davalı Ltd.Şti. Hakkındaki davanın reddine karar verilmesi ve hükmün davalı AŞ. Hakkında kurulması gerekirken herhangi bir ayırım yapılmadan her iki davalı hakkında hüküm kurulması hatalıdır.”www.kazanci.com

YEDİNCİ BÖLÜM

§ 7. KANUN VE YÖNETMELİKLERDE ALT İŞVERENLİK KURUMU BAKIMINDAN YAPILAN SON DEĞİŞİKLİKLER

I. İŞ KANUNU, SOSYAL SİGORTALAR GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU VE ALT İŞVEREN YÖNETMELİĞİNİN ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN GETİRDİKLERİ

08 Mayıs 2008 tarih ve 26870 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5754 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 15 Mayıs 2008 tarih ve 5763 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5763 sayılı “İş

Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İş Yasasında ve Sosyal Sigortalar Genel Sağlık Sigortası yasasında bir dizi değişiklik yapılmıştır.

4857 sayılı İş K. kapsamında asıl işveren alt işveren ilişkisinde yapılan değişiklikler ve yasa maddesinin irdelenmesi konusunu yukarıda ayrıntılı olarak işlemiş bulunmaktayız. Bu nedenle bu konuya burada değinmeyeceğiz.

5763 sayılı Kanun ile sosyal güvenlik kurumlarına olan borçların ödenmesi konusunda önemli kolaylıklar sağlanmıştır. Ayrıca sosyal güvenlik primleri işveren payları belli koşulları taşıması halinde hazinece veya işsizlik sigortası fonundan karşılanacaktır. Yapılan değişiklikle asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşme ve bu sözleşmede bulunması gerekli hususlar konusunda da bir yönetmelik çıkarılmasına hükmedilmektedir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 12.maddesinde; bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya iş üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya bağlı yerlerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren deneceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar bile, asıl işverenin, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

27010 sayılı Alt İşveren Yönetmeliği ile asıl işverene alt işveren ilişkisi kanunda yapılan düzenlemeden daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca alt işveren, asıl işverenin işyerinde çalıştırdığı sigortalıları, işverenle aralarında yaptıkları sözleşmenin ibrazı kaydıyla, Kurumdan alacağı özel bir numara ile asıl işverenin kayıtlı olduğu dosyadan bildirebilecektir.

A) 5763 Sayılı Yasa İle Alt İşverenlik Kurumunda Yapılan Değişiklikler

4857 sayılı İş K.'da önce 5763 sayılı Kanunla daha sonra 5754 sayılı Kanunla bazı değişiklikler yapılmıştır. 5763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler genellikle iş sağlığı ve güvenliği konusundadır. Bunun yanında işyerini bildirme ve işyeri işletme belgesi alınması gibi konularda işveren yükümlülükleri ile ilgili olduğu söylenebilir. 5754 sayılı Kanunla öngörülen değişiklikler ise işverenlerin ücret ile ilgili yükümlülükleri

konusundadır.¹⁹⁴5763 sayılı Kanunun getirdiği yenilikler alt işveren asıl işveren ilişkilerinde önemli rol oynamaktadır.. Şimdi bu değişikliklere bir göz atalım:

1) Denetim Yetkisi Açısından

Yukarıda açıkladığımız kavramlardan sonra belirtmemiz gerekir ki çalışma yaşamımızda asıl işveren ve alt işveren ilişkisi bakımından birçok sorun yaşanmaktadır. Yukarıda alt işverenlik kurumunu yasadaki düzenlemeler ve doktrindeki görüşler ışığında açıklamaya çalıştık. 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 3. üncü maddesinde değişiklik yapılarak denetim yetkisi bakımından farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu değişiklikte istihdamı teşvik amacıyla çıkartıldığı iddia edilen 5763 sayılı Kanun ile Çalışma Bakanlığına bağlı bölge müdürlüklerine bu konuda önemli bir denetim görevi getirilmiştir.

Yukarıda da açıkladığımız gibi asıl işveren alt işveren arasındaki uyumsuzluklarda, aralarındaki ilişkinin muvazaalı olup olmadığı konusu bu değişiklik¹⁹⁵ öncesinde yargı denetimine tabi idi. Yani bir alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu iddia edildiğinde bunun tespiti iş mahkemelerinde görülen davalar ve Yargıtay incelemesi sonucunda netlik kazanmaktaydı.¹⁹⁶ Şimdi 5763 sayılı Kanunla, İş Kanunumuzun 3. maddesinin 2.fikrasında yapılan değişiklik ve bir ekleme ile bu konuda çalışma bölge müdürlükleri de yetkilendirilmiştir.

Yasanın gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda kanuna karşı hile ile muvazaalı olarak asıl işveren- alt işveren ilişkisinin amacına aykırı olarak kullanılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Bunun için alt işverenlik sözleşmesinin yazılı olması zorunluluğu getirilmiş ve bölge müdürlüklerine de alt işverenliğin tescilinden sonraki süreçte inceleme yetkisi verilmiştir. Böylece yürürlükte olan 4857 sayılı yeni İş Kanunundaki düzenlemelerin yetersiz olduğuna vurgu yapılmıştır.

Bu açıklamalar üzerine aydınlatılması gereken konu da mevcut alt işverenlerin durumudur. Olası bir şikâyet üzerine veya resen inceleme yetkisi verilen bölge müdürlükleri mevcut alt işveren ilişkilerini denetlerken bunların muvazaalı olduğuna kanaat getirirse bunların iptalini isteyebilecektir. Bu durumda işverenlerin itiraz hakları

¹⁹⁴ Gerek, Sicil, s.11

¹⁹⁵ Değişiklik metni için bkz.dn.163.

¹⁹⁶ Fırat, <https://www.dijimecmua.com/>

söz konusudur. Böyle bir durumda iptal kararı kendilerine tebliğ edildikten itibaren altı iş günü içinde itirazın yapılması gerekmektedir. İtirazları inceleyecek olan kurum ise iş mahkemeleridir. İtiraz üzerine iş mahkemesinin kararı kesindir.

Yapılan değişiklik öncesinde iş müfettişinin raporu olsun ya da olmasın muvazaa iddialı iş mahkemesi kararları temyize tabidir. Değişiklik sonrasında ise iş müfettişince tutulan bir rapor olmaksızın açılan muvazaaya ilişkin yerel mahkeme kararları halen temyize tabidir. Yani şuanda bile iş müfettişince tutulmuş bir rapor olmaksızın ikame edilen muvazaa iddialı davalarda yerel mahkemenin verdiği karar temyiz edilebilmektedir. Bu demektir ki, aynı zamanda aynı konulu aynı işyerinde çalışan iki işçinin açtığı davalardan biri müfettiş raporu sonucunda, diğeryise salt iddialara dayanarak dava ikame ettiğinde yerel mahkemenin kararı müfettiş raporu sonucunda ikame edilen davada kesin hüküm, diğesinde ise temyize tabi bir hüküm olacaktır. Görüleceği üzere düzenleme hem karmaşaya hem de haksızlığa yol açmıştır. Müfettiş raporunun düzenlenmesi uzun bir süreç olacağından, devamında itiraz sonucunda yapılacak yargıyla süreci de göz önünde bulundurulursa hem süreç uzayacak, hem de iki iş yapmaktan başka bir işe yaramayacaktır. Ayrıca gerçekten incelemesi uzmanlık gerektiren davaların, temyiz kabiliyetinin bulunmaması da birçok hak kaybına neden olabilecektir.

Ayrıca özellikle taşralarda özel olarak kurulmuş iş mahkemeleri bulunmamaktadır. Bu nedenle asliye hukuk mahkemeleri iş mahkemesi sıfatı ile bu görevi de yürütmektedir. Fakat bu mahkemelerin hakimleri iş hukuku konusunda uzman olmadığından bu hakimlerce verilecek kararların kesin olması bir çok sakıncayı beraberinde getirecektir.¹⁹⁷ Özellikle muvazaa davası gibi ispatı oldukça zor, ayrıntılı bir yargılamaya muhtaç olan, her türlü delille ispatlanması gereken bir yargı sürecinin Yargıtay incelemesinden geçmeksizin kesin olarak hükme bağlanması iş barışını zedeleyecek ve çalışma yaşamında da kaosa neden olacaktır. Usul Hukukumuz açısından da müfettiş raporları sonucunda yapılan yargılamanın kesin hüküm teşkil etmesi sakıncalıdır. Çünkü, Türk medeni usul hukukunda “itiraz” diye bir dava bulunmamaktadır. Yargı sistemiğimizde davalar ya çekişmeli ya da çekişmesiz olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanun koyucunun

¹⁹⁷ Kaya, http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no

işverenlerin yapacakları başvuruyu sadece “itiraz” olarak nitelendirmesi doğru olmayıp, “itiraz davası” olarak nitelendirmesi kanunun koyuluş amacına daha uygun olacaktır.¹⁹⁸

Bu konuda ki bir diğer sakıncalı durumda muvazaalı işveren ilişkisi olduğunu belirten işveren aleyhine düzenlenen müfettiş raporuna işverence itiraz edilerek iş mahkemesince verilen kararda işçiler taraf değildir. Fakat bu karar işveren açısından kesindir. İşçi açısından ise taraf olmadığı bir davada kesin hüküm kurulması mümkün değildir. Yani iş mahkemesince muvazaanın olmadığına dair verilen kesin hükme rağmen, alt işveren işçisi sonradan asıl işveren ve alt işveren arasında muvazaalı işlem olduğundan bahisle her ikisi aleyhine dava ikame edebilecektir. Böylece, işçinin taraf olarak yer almadığı mahkemece verilmiş kesin hükümde bir anlamda boşa çıkmış olacaktır.¹⁹⁹

Önemli olan bir diğer etken ise muvazaalı işlemin tespiti hukuki bir süreci gerektirir. Fakat müfettişlerin her hangi bir hukuki yeterliği bulunmamaktadır. Bu uygulamanın sakıncalar doğuracağı aşıkardır.²⁰⁰

2) Bildirim Yükümlülüğü Açısından:

4857 sayılı İş K.’nın işyerini bildirme başlıklı 3.maddesinin 2.fıkrası, 5763 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. 5763 sayılı Kanunla değişiklik yapılmazdan evvel, İş K.’nin 3. maddesine göre yeni iş kuran, işyerini değiştiren veya kapatan işveren ve alt işveren bütün değişiklikleri bir ay içinde bölge müdürlüklerine bildirmek zorundaydılar. 5763 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında ise bu bildirim yükümlülüğünün yanı sıra, alt işverene, asıl işverenle arasında imzalanan sözleşmeyi bölge müdürlüklerine sunma zorunluluğu getirilmiştir. Alt işverenler asıl işverenlerden aldıkları yazılı alt işverenlik sözleşmesini ve gerekli diğer belgeleri aynen 3.maddenin 1.fıkrasında²⁰¹ asıl işverenler için öngörülen şekilde bir ay içinde bölge müdürlüklerine bildireceklerdir.

¹⁹⁸ Yılmaz, Çimento İşveren, s.12

¹⁹⁹ Gökteş, Sicil,s.103

²⁰⁰ “TİSK Alt İşveren Yönetmeliğine Karşı”, 16 Şubat 2009, haber, www.denizhaber.com.tr

²⁰¹ 4857 Sy. İş K.m. 3 hükmünün ilgili bölümü şu şekildedir: “ Bu kanunun kapsamına giren nitelikte bir işyerini kuran, her ne suretle olursa olsun devralan, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştiren veya herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren, işyerinin unvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama veya bitme gününü, kendi adını ve soyadını yahut unvanını, adresini, varsa. İşveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır.

Kanunun 3.maddesinin 2.fikrasındaki değişiklik, Kanunun 3.m.sinin 4.fikrasındaki ile birlikte değerlendirildiğinde alt işverenlerin de asıl işverenler gibi işyerini bildirme konusunda aynı yükümlerle karşı karşıya olacakları görölmektedir. Ayrıca yönetmelikle asıl işverenlerle alt işverenler arasındaki sözleşmede gerçek bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunup bulunmadığını sağlam bir şekilde ortaya koyacak esaslar belirlenmiştir. Kanunun bu düzenlemesi birkaç yönü ile eleştirilebilir. Öncelikle alt işveren tarafından bildirim yükümlülüğüne yerine getirip getirmediğinin tespiti çok zordur. Çalışma bölge müdürlüklerinin mutad denetimleri dışında yapılacak şikayetler neticesinde bir inceleme yaptığında bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediğini fark edecektir. Bir diğer hususta bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi Gökteş'a göre, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması için bildirim yükümlülüğü şat deęildir²⁰². Yine bu konuda Yılmaz'a göre "...Bölge müdürlüğünce talebin uygun görülmesi halinde bildirimde bulunan alt işverenin işyeri tescil edilir ve işyeri için bir sicil numarası verilir..."²⁰³

Doktrinde eleştirilen bir diğer konu ise, müfettişlerin ancak somut durumu tespit edebileceği, bunun hukuki yorumunu yapabilecek yeterliği haiz olmadıkları yönündedir. Yani alt işverenin sunduğu sözleşme ve diğer belgeleri inceleyen iş müfettişlerine muvazaa konusunda bir rapor tanzim etme yetkisi verilmesi, uygulamada büyük sorunlara ve haksızlıklara yol açabilecektir.²⁰⁴

Bu arada bildirimde bulunma yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekillerine idari para cezası yükümlülükleri getirilmiştir. İş yeri bildirme yükümlülüğüne uymayan işverene çalıştırdıkları her bir işçi için 100 TL Ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan ve bildirilmeyen her işçi için 1000TL iş yerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ve alt işveren ve vekillerine ayrı ayrı 10.000.- YTL idari para cezası getirilmiştir.

3) Değerlendirme:

Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür"

²⁰² Gökteş, Sicil,s.102.

²⁰³ Yılmaz, Çimento İşveren s.4.

²⁰⁴ Alpagut, Legal, s.1353

Uygulamada birçok sorunla karşılaşılan bir alan olan alt işveren-asıl işveren arasındaki hukuki ilişki 5763 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemeler ile de netlik kazanamamıştır.

Bu alandaki sorunun çözümü yönünden iki temel tercihin kesin biçimde ortaya konabilmesi zorunludur²⁰⁵:

1. Alt işveren ilişkisi, asıl işveren açısından işi daha ucuza mal etmek amaçlı kullanılan bir yol olmaktan çıkarılıp, gerçektende amacına uygun olarak hem ekonomik, hem de teknik anlamda daha verimli bir iş ilişkisi kurulma amaçlı kullanılan bir yöntem olmalıdır.

2. İşçilerin sendikalı olma talepleri, işveren tarafından sakıncalı bir konu olarak düşünülmemeli ve sendikalaşmanın önüne bir set olarak asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesinin önüne geçilmelidir.²⁰⁶

5763 sayılı yasa ile yaşana en büyük sıkıntılar asıl işveren –alt işveren arasındaki sözleşmenin geçerliğinin ve asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde muvazaanın tespitinin Bakanlıkça çıkarılan bir yönetmelikle saptanacak olmasıdır. Ardından, anılan yasal değişikliğin öngördüğü alt düzenleme olan ilgili yönetmelik çıkartılınca, ne 5763 sayılı Kanunun ve ne de bu yönetmeliğin uygun düzenlemeler içermediği artık açıklıkla görülmüş bulunuyor. Bu anlamda, hem özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki alt işverenlik sözleşmesinin içeriğini belirleme, hem de yargıca ait olması gereken muvazaayı tespit etme yetkileri 5763 sayılı Kanunla İdareye tanınmıştır. Bu durumun Anayasa’ya aykırılığı ve de Alt işverenlik Yönetmeliği’ndeki yasaya aykırı hükümlerin varlığı, önümüzdeki günlerde bu düzenlemelerin hukuka aykırı yanlarının saptanıp yeniden düzenlenmesini gerektirecektir.²⁰⁷ Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi 5763 sayılı yasa uygulamadaki alt işveren-asıl işveren ilişkisindeki sorunları çözmediği gibi devamında yeni soru işaretleri ve uygulamada aksaklıklar doğurmuştur.

²⁰⁵ Şafak, www.kristalis.org.

²⁰⁶ Şafak, www.kristalis.org.

²⁰⁷ Centel, Sicil, s.39-40.

II. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİ VE BU KONUYA İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

Yukarıda değindiğimiz, değişiklikler dışında, 2008 yılı yaz aylarında Tuzla tersanelerinde arka arkaya meydana gelen kazalar ve devamında ki ölümler, Alt İşverenlik Yönetmeliğinin hızlı bir şekilde çıkarılmasında lokomotif görevi görmüştür. Meydana gelen iş kazaları sonucunda kamuoyunda büyük tepki ile karşıladığı çalışma koşullarının ilkelliği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığını bu konuda bir düzenleme yapmaya zorlamıştır. Bakanlık, Tuzla Tersaneler Bölgesi'nde yaşanan iş kazalarıyla ilgili "Tersaneler ve Tuzla Gerçeği" konulu bir çalışma hazırlamış ve akabinde dayanağını İş Kanununun 3. maddesinin 2.fikrası hükmü oluşturan Alt İşverenlik Yönetmeliği hazırlanmıştır. Bu yönetmelik, alt işverenlik ilişkisinin kötüye kullanılmasını engellemek amacı ile hazırlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunundan evvel asıl işveren ve alt işveren uygulaması nedeniyle doğan sorunlar yargının verdiği kararlar doğrultusunda çözümlenmeye çalışılmıştır. 4857 sayılı İş K. ile alt işverenin tanımı, asıl- alt işverenin sorumlulukları ve hangi hallerde muvazaanın söz konusu olduğu düzenlenmiştir. Fakat bu düzenleme uygulamadaki sorunların önlenmesine ve çözümlenmesine yeterli olmamıştır. Bu nedenle gerek 5763 sayılı Kanunda, gerekse 5754 sayılı Kanun ile gerek ise Ekim 2008 'de çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği ile bir dizi değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler, özellikle Alt İşveren Yönetmeliği, birçok kesim tarafından eleştirilmiştir. Alt işveren kurumunun düzenlenmeye çalışıldığı maddelere bakacak olursak; birbirleri ile çelişir ifadelerin varlığı hemen göze çarpacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 5763 sayılı yasanın getirdiği değişiklikler sebebiyle asıl işveren- alt işveren arasındaki ilişkinin kurulma şartlarını, alt işverene ait işyerinin bildirimini, tescilini alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususları, yeniden düzenlemek amacıyla Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 27.09.2008 tarihinde 27010 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren bir yönetmelik hazırlanmıştır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirim ve işyerinin tescili ile yapılacak alt işveren sözleşmesinde bulunması gereken diğer hususlara ilişkin tüm

usul ve esaslar bu yönetmelikte belirleneceğinden beraberinde birçok tartışmaya neden olmuştur.²⁰⁸

Bu bağlamda söz konusu düzenleme; taraflar arasında ki “alt işverenlik sözleşmesi”nin, “yazılı” yapılmasını ve alt işverenin “asıl işverenden aldığı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte” bildirim yapmak üzere bölge müdürlüğüne başvurmasını öngörmektedir.

Bu yönetmeliğe göre her ne suretle olursa olsun bir işyerinde alt işveren-asıl işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması anlamına gelecektir. Yönetmelikle belirlenen bu düzenleme ayrıca alt işverene kendi iş yeri için bir ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğüne bildirimde bulunma zorunluluğu getirmiştir. Alt işverenin bildirim yükümlülüğünün şekli şartları da yönetmelikle belirlenmiştir. Buna göre alt işveren ile asıl işveren arasındaki alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması gerekmektedir. Yine yazılı olan bu sözleşme ile birlikte, alt işverene işyerinin tescili için Bakanlıkça belirlenen işyeri bildirgesi ile birlikte, tüzel kişiler için gerekli olan Ticaret Sicil Gazetesi sureti, İmza sirküleri, alt işverenlik sözleşmesi ve eklerini de Bölge Müdürlüklerine verme yükümlülüğü getirilmiştir. Yani alt işverene işbu yönetmelikle bildirim yükümlülüğü getirilmiştir Bu yükümlülük yönetmeliğin 6.maddesinde düzenlenmiştir.

İşbu yönetmeliğin getirdiği bir diğer düzenleme ise, asıl işveren ile alt işveren arasındaki muvazaayı tespit etme yetkisinin müfettişlere tanınmasıdır. Müfettişlere verilen bu yetkinin kapsamı ve yerindeligi yönetmelik yayınlandığından bu güne kadar büyük eleştirilere ve yönetmeliğin iptali için iptal davasına konu olmuştur. Yılmaz’a göre “...hukukumuzda genel olarak muvazaa ilişkisinin belirlenmesi esas olarak mahkemeye ait bulunan ve yargılamayı gerektiren bir iştir...Kişisel kanımca mahkemeye ait bir iş olan ve uygulamada mahkemelerin genellikle uzman bilirkişi görüşünü de alma ihtiyacı duydukları alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının tespiti konusunda iş müfettişine yetki verilmiş olması yerinde değildir...” Bizce de müfettişlere tanınan muvazaanın tespiti yasal olarak yerinde değildir. Ayrıca uygulanabilirliği de tartışmalıdır.

²⁰⁸ Centel,Sicil, s. 39

Alt İşveren Yönetmeliği her ne kadar 5763 sayılı Kanunla uyumlu olarak düzenlenmişse de, bu durum hem yasanın hem de yönetmeliğin Anayasaya aykırılığını ortadan kaldırmamıştır. Bunun nedenini şöyle açıklayabiliriz:

Bilindiği üzere normlar hiyerarşisi içinde, yönetmeliğin, kanuna, kanunun ise Anayasa'ya aykırı olmaması gerekir. İş Kanununun 3. maddesinin son fıkrasına göre Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesini madde metni ile öngörmüş; Bakanlıkta bu duruma uygun olarak hareket etmiş ve tartışma konusu yönetmeliği düzenlemiştir. Kanun maddesi ile tarafların sözleşme özgürlüğü kısıtlanmış ve böylece Anayasanın 48. maddesine aykırı hareket edilmiştir. Çünkü asıl işveren ile alt işveren arasında düzenlenecek sözleşmede olması gereken konuları düzenleme yetkisi, 5763 sayılı Kanun ile yönetmelikle düzenlenecek diye belirtilmiş ve nihayetinde yönetmelik hükümleri ile bu sorun aşılmaya çalışılmıştır.²⁰⁹ Fakat değindiğimiz üzere, 5763 sayılı Kanunun bizzat kendisinde özellikle bu konunun yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin hüküm Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğundan, 5763 sayılı Kanun metni ile uyumlu olmasına rağmen Alt İşverenlik Yönetmeliği, Anayasa'ya aykırıdır Şöyle ki;

Yönetmeliğin 10'ncu maddesinde, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususlar belirlenmiştir. Bu düzenleme ilk bakışta alt işverenlik sözleşmesi ile ilgili kargaşayı giderecekmiş gibi görünebilir. Fakat teknik ve hukuki açıdan daha büyük bir sorun yaratmaktadır. Çünkü bu düzenleme her şeyden önce sözleşme serbestisi ilkesine ve dolayısıyla da Anayasa'ya aykırı bir durum olarak dikkat çekmektedir.²¹⁰ Sözleşme

²⁰⁹ Centel bu konuda aynen şu ifadeyi kullanmaktadır: “Gerçekten, sosyal piyasa ekonomisini benimsemiş bir hukuk sisteminin özel hukuk nitelikli sözleşme ilişkilerine müdahale etmesi söz konusu olmaz. İş Kanununun madde 3/ son ise özel hukuk sözleşmesi nitelikli bir ilişkinin içeriğinin, idare tarafından belirlenmesini tanımak suretiyle asıl işveren ile alt işveren arasındaki özel hukuk ilişkisine idarenin müdahale etmesine olanak yaratmıştır ki, bunu hukuken Anayasanın 48. maddesi ile güvence altına alınmış bulunan sözleşme özgürlüğüyle bağdaştırma olanağı yoktur”, Sicil İş H.Der. s.40

²¹⁰ Pirlar, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp

serbestisi Anayasa'nın 48'inci maddesinde düzenlenmiş temel bir haktır. Temel bir hakkın nasıl sınırlanacağı ise Anayasa'nın 13'üncü maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Anayasa ile korunma altına alınmış “sözleşme serbestisi” gibi temel bir hakkın Yönetmelikle sınırlandırılmaya çalışılmasının Anayasa'ya aykırılık taşıyacağı açıktır.

Yönetmelik yukarıda da belirttiğimiz gibi alt işveren asıl işveren arasında yapılacak olan sözleşmenin, barındırması gereken hususları düzenlemiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre; sözleşmede bulunması gereken hususların yönetmelikle belirlenmesi Anayasaya aykırıdır.²¹¹ Yönetmeliğe ilişkin başka eleştirilerde bulunmaktadır.²¹²

Bu eleştirilerin gittikçe artacağı ve yönetmeliğin iptali ile çalışma barışının tam anlamı ile sağlanacağı, hem işçi, hem işverenin bu tür düzenlemelerin yapılma aşamasında rol aldığı ve haklarının korunduğu yeni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.²¹³ Şimdi yönetmelikle sınırları çizilen sözleşmede bulunması gereken hususları sıralayalım

a)Asıl işveren ile alt işverenin işyeri unvanı ve adresi.

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

c)İşyerinde yürütülen asıl işin ne olduğu hususu

²¹¹ Centel, Sicil,s.39 vd.

²¹² Centel, “...Diğer yandan “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” (İş K. Md. 2/VI-VII) hakkında öğreti ve uygulamada bile bir görüş birliğine ulaşamamışken Alt İY'nin tartışmalı görüşlerden biri konusunda taraf tutması hukuken doğru ve yerinde olmamıştır. Üstelik Alt İY'nin kabul ettiği görüş muvazaadan uzak alt işveren uygulamalarına dahi olanak tanımama tehlikesini içinde bulunduran bir görüştür. Oysa bakanlığın yasal görevi muvazaadan uzak alt işveren uygulamalarını önlemek değil muvazaaya açık alt işvereni ilişkilerini denetlemektir.”Sicil, s.40

²¹³ Alpagut, Legal, s.1356.

- ç) Alt işverene verilen işin ne olduğu hususu.
- d) Alt işverene asıl işin bir bölümü veriliyor ise; verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme koşuluna ilişkin teknik açıklama.
- e) Taraflarca öngörülmüş ise işin başlama ve bitiş tarihleri.
- f) Alt işverenin faaliyetlerini işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceği.
- g) Kanunun 2'nci maddesinde yer alan; asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı.
- ğ) Alt işverenlik sözleşmesinin yapılmasından önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işveren tarafından işe alınması hâlinde, bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı,
- h) Alt işverene verilen işin taraflar açısından yürütülme esasları,
- ı) Asıl işveren veya vekili ile alt işveren veya vekilinin imzası, yapılacak olan sözleşmede yer almalıdır.

Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve halen devam eden asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, “alt işveren sözleşmesinde” yer alması gerektiği vurgulanarak tek tek düzenleme altına alınmış bulunan unsurların aranmayacağı, yönetmeliğin geçici 1.madde hükmünde açıkça belirtilmiştir. Diğer taraftan, Yönetmeliğin hangi tarihteki alt işveren ilişkilerini kapsamına aldığı konu ile ilgili Geçici 1. Maddeden anlaşılamamaktadır.²¹⁴ Yönetmeliğin geçici 1. maddesi ile yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve halen devam eden asıl işveren-alt işveren ilişkisinde 10.maddede belirtilen belgelerin aranmayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece, müfettişlerin daha önceden kurulmuş alt işverenlik ilişkilerine de inceleme hatta müdahale edebilme yetkisi vermektedir. Yönetmeliğin bu maddesi ile idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi çiğnenmiştir. Ayrıca yönetmelik yürürlüğe girmeden evvel kurulmuş alt işverenlik ilişkileri içinde bildirim yükümlülüğü ve asıl işverenle imzaladığı sözleşmeyi bölge müdürlüğüne vermesi gerektiği hükmü getirilmiş ve bu konuda bir geçiş süresi öngörülmemiştir. Birçok alt işveren bu nedenle idari para cezası

²¹⁴ Pirler, http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp

ödemek zorunda kalabilecektir. Yönetmeliğin bu konularda hiçbir önel vermeyişi işverenlerin aleyhinedir.²¹⁵

Bu şartları sıraladıktan sonra bu hususlara yer vermeyen asıl işveren- alt işveren arasındaki sözleşmesinin akibetinin ne olacağından bahsetmek gerekirse; bu şartları taşımayan sözleşme ile kurulan alt işverenlik ilişkisi muvazaalı sayılacaktır. Yani, bildirimde bulunan alt işverenin işyeri tescili yapılmaz ve alt işverenin işçileri baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilir. Ayrıca işyerini muvazaalı bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin TL. idari para cezası verilir. Bu para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanacaktır.

Asıl tartışma bu durumun tespiti aşamasında çıkmaktadır. Muvazaanın tespitinin iş müfettişlerine bırakılması uygulamada birçok aksaklığa neden olacaktır. Çünkü muvazaalı sözleşmenin tespiti bir hukuki süreci gerektirir.²¹⁶ Bu tespitin hukuki olarak yetkisi olmayan iş müfettişleri tarafından yapılması hukuka aykırı bir hal yaratmaktadır.

Söz konusu yönetmeliğin asıl amacının, uygulamada sık sık ortaya çıkan muvazaa iddialarını en kısa yoldan çözüme kavuşturmak olduğu anlaşılmakta ise de şimdiden söz konusu yönetmeliğin sorunları çözemeyeceği ve daha da güçleştireceği doktrinde ortak olan görüştür.²¹⁷

Olası ihtimallerden bahsedecek olursak; taraflar yönetmelikte belirtilen belgeleri sözleşmeleri ile birlikte Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bölge Müdürlüklerine ilettikten sonra, Bölge Müdürü eğer muvazaa veya kanuna aykırılık kanaatini oluşturacak unsurlar tespit ederse söz konusu belgeleri gerekçesi ile birlikte incelemek üzere İş Teftiş Grup

²¹⁵ Aktekin, www.mess.org.tr.

²¹⁶ www.kazanci.com, Yarg.9.H.D.2006/15573E.2006/19347 K.3.7.2006 T.:”Dosya içeriğine göre davalı işverenin her yıl yaptığı ihale ile, meydan işlerinde 15 işçi çalıştırmak üzere alt taşeronlarla sözleşme imzaladığı ve davacının alt taşeronlar değiştiği halde davalıya ait işyerinde alt taşeron işçisi olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır.Davacı tanıkları taşeron işçilerinin davalı işverenin talimatı ve denetimi altında çalıştırıldıklarını belirtmektedir..Alt-asıl işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının tespiti için bu beyan yeterli değildir.Dava ihbar edilen alt işverenlerle ilgili Ticaret ve SSK Sicilli Vergi Kayıtları getirmeli,şirketlerin davalı işyeri dışında ihale ile iş alıp almadıklarına, ticari faaliyetlerinin kayıt üzerinde kalıp kalmadıkları belirlenmeli, işyerinde keşif yapılmalı işyeri kayıtları ve davalı ile ihbar edilen şirketler arasındaki sözleşme 4857 sayılı İş Kanununun 2/6-son maddesi kapsamında incelenmeli,bilirkişilerden bu konuları açıklayan ve denetime elverişli olan raporlar alınmalıdır.Sonucuna göre karar verilmelidir.”

²¹⁷ Centel,Sicil, s.39-40; Yılmaz, s.5-6;Kaya, makale; Aktekin, makale.

Başkanlığına iletcek, iş müfettişleri de inceleme neticesinde muvazaa var ya da muvazaa yok diye bir rapor hazırlayacaklardır. Fakat iş müfettişlerinin yapacakları inceleme her hangi bir süreye bağlanmamıştır. Bu da alt işverenlik sözleşmesinin taraflarını sürekli bir muvazaa tehdidinde bırakacak ve işleri sürüncemede kalacaktır.²¹⁸ Bunun devamında sözleşmelerinin muvazaalı olduğunu öğrenen işverenler altı gün içinde iş mahkemelerinde bu karara itiraz edebileceklerdir. Altı iş günlük süre işverenlerin iş müfettişlerinin muvazaa iddiasının doğru olmadığını ispat etmek amacıyla yapacakları bu itiraz göz önüne alınırsa çok kısa bir süredir. Çünkü işverenler bu kadar kısa süre içinde müfettişlerin raporlarını inceleyip, raporun haksızlığını ispatlamak için gerekli belgeleri toparlayıp, dilekçe hazırlayıp dava ikame edeceklerdir.²¹⁹ Bu hayatın olağan akışı gereği mantıklı ve yeter süre değildir.

Eğer rapora yetkili iş mahkemesinde süresi içerisinde itiraz edilmemiş veya itiraz edilip de söz konusu talep reddedilmişse, karar kesinleşmiş olacaktır. Burada söz konusu olan iş, uzmanlık gerektiren bir araştırmaya maruz kalacak olan bir iştir. Bu durumda bu kararın temyiz kabiliyetinin olmaması da sıkıntı yaratacaktır. Ancak, gerekçesiz bir tespit raporuna karşı iş mahkemesine süresi içerisinde itiraz edilmemesi işlemde zarar görenin idare mahkemesinde iptal davası açmasına engel değildir. Çünkü; idare mahkemesinde ki davanın konusu muvazaanın varlığı değil davaya konu idari işlemin geçerli olup olmamasıdır.

Bir diğer ihtimal ise işe iade davalarında alt işverenin bölge müdürlüğüne başvuru sonrasında müdürlükçe muvazaa olup olmadığına dair rapor tanzim edilmeden veya yetkili iş mahkemesinde rapora karşı dava açılmış ise bu durumda iş mahkemesi bölge müdürlüğünün tanzim edeceği rapor sonucunu beklemesi halinde seri yargılama usulüne tabi olan işe iade davaları sürüncemede kalacak ve yargılamanın amacının ve beklenen yararın dışına çıkmış olacaktır.²²⁰

Yönetmeliğin bir diğer olumsuz tarafı ise alt işverenlik sözleşmelerinin bölge müdürlüklerine bildirim zorunluluğudur. Bu zorunluluk taraflar arasındaki sözleşmenin

²¹⁸ Kaya, http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no

²¹⁹ Yılmaz, Çimento İşveren, s.12-13; Mollamahmutoğlu, s.178

²²⁰ Kaya, http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no

gizliliği prensibine aykırıdır. Böyle bir durum sözleşmenin tarafı olan tacirlerin ticari faaliyetlerini güven ve istikrar içinde yürütmelerini engelleyecektir. İşverenler tarafından bölge müdürlüklerine sözleşmelerin bildirilmemesi halinde, yönetmeliğin 8. maddesi gereğince ancak diğer kurumlar, şirketler üzerinde yapılan inceleme neticesinde sözleşmelerin bölge müdürlüklerine bildirilmediğini tespit ederlerse, 15 gün içinde bunu bölge müdürlüklerine bildirmekle yükümlü kılınmışlardır. Bunun dışında bir yaptırım mekanizması öngörülmemiştir. Buradan anlıyoruz ki işverenler ile ilgili muvazaa incelemeleri ancak söz konusu bildirimler yapıldıktan sonra başlayabilecektir.

Sözleşmelerin teknik yorumu bir hukuk bilgisini gerektireceğinden bölge müfettişlerinin yapacağı incelemenin hukuka uygun olmama olasılığı daha yüksektir. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki; muvazaanın tespiti halinde alt işverenin işçilerinin, asıl işverenin işçileri sayılacağı, günümüzde bilgisizlikleri ve çaresizlikleri nedeni ile çoğu zaman hak kaybına maruz kalan işçiler açısından lehe bir durumdur. Ancak geriye dönük ücret ve diğer sosyal haklarıyla ilgili olarak iş sözleşmeleri devam eden işçilerin asıl işverenlere karşı bu taleplerinin karşılanması için dava ikame etmeleri uygulamada pek de mümkün değildir. Bu nedenle çoğu işçi iş sözleşmelerinin sona ermesini bekleyeceğinden yönetmeliğin işçilerin haklarını güvence altına alma amacı gerçekleşmeyecektir.

Diğer bir yandan alt işveren işçileri ve özellikle sendikaların söz konusu alt işveren sözleşmelerinden haberdar olmaları durumunda bölge müdürlüklerine müracaat ederek bu sözleşmeleri denetime tabi tutabileceklerdir. Bu da müfettişlerin baskı altında olmalarını sağlayacaktır. Bu durumda bölge müdürlüklerine her hangi bir bildirim yapılmadı ise bölge müdürlüğü işverenden alt işveren sözleşmesini talep edebilecek ve muvazaa incelemesini yapacaktır. Bu nedenle sendikaların söz konusu uygulamanın bire bir takipçisi olması halinde yönetmelik alt işveren işçileri lehine sonuç doğurabilecektir.

Genel bir değerlendirme yapıldığında; İş Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile yönetmelik hükümleri bir arada değerlendirildiğinde getirilen yeni uygulamanın aşamaları şu şekilde olacaktır:²²¹

²²¹ Yılmaz, Çimento İşveren s.5

—Alt İşveren kendi işyerini ve alt işveren²²² ilişkisini bölge müdürlüklerine on beş gün içinde bildirecektir.

—Alt işverenin işyerine ilişkin belgeleri bölge müdürünün talimatı ile iş müfettişleri tarafından incelenecektir.

—İşlemin muvazaalı olduğu tespit edilirse iş müfettişlerinin bu konuya ilişkin hazırlayacakları gerekçeli rapor işverenlere tebliğ edilecektir.

—İşverenler kendilerine tebliğ edilen bu rapora karşı yetkili iş mahkemesinde altı iş gününde itiraz etmelidirler. Kanunda belirtilen bu sürenin hak düşürücü süre olduğu anlaşılmaktadır.²²³ Yani altı iş gününün geçirilmesinden sonra genel idari dava açma süresi içinde idari yargıda dava açmak mümkün olmayacaktır. Ancak bizim de katıldığımız bir yoruma göre iş müfettişlerinin hazırlayacakları rapor gerekçeli olarak hazırlanmaz ise idarenin yaptığı bu idari işlemin geçerli olması için gerekli unsurun bulunmadığından bahisle idari yargıda idari işlemin iptali davası açılabilir.²²⁴

—Söz konusu rapora itiraz edilememesi halinde veya itiraz üzerine mahkeme muvazaa tespitini onar ise işyeri tescil işlemi bölge müdürlükleri tarafından iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri gibi muamele görür. Ayrıca asıl işveren ve alt işverenlere veya vekillerine idari para cezası uygulanır.

III. ALT İŞVERENLİK KURUMUNUN İŞLER HALE GELEBİLMESİ İÇİN UYGULANABİLECEK HUKUKİ YAPTIRIMLAR

A) YÖNETMELİĞİN İPTALİ İSTENEBİLİR Mİ?

Yukarıda açıkladığımız gerekçeler doğrultusunda idari yargıda söz konusu yönetmeliğin iptalini talep etmek gerekmektedir.

Her dava da olduğu gibi bu davanın da açılabilmesinin ana şartı, dava açanın hukuki yararının olup olmadığıdır. Burada kimlerin hukuki yararının olduğu aslında bellidir. Yönetmelik dolayısı ile mağdur olabilecek taraf her ne kadar şuanda doktrinde işverenler olarak nitelendirilmektedir. Zaten bu nedenle de TİSK yönetmeliğin iptali için

²²² Yön.m.3/a'ya göre alt işveren bir işverenden iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu iş yerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişi veyahut tüzel kişiliği olmayan kuruluşlardır.

²²³ Yılmaz, Çimento İşveren, s.12

²²⁴ Mollamahmutoğlu,s.178

yürütmenin durdurulması talepli dava ikame etmiştir.²²⁵ Ancak yürütmenin durdurulmasına ilişkin talep, mahkemece reddedilmiş olup, dava esastan görülmektedir.

Aslında işçilerinde mağduriyeti söz konusudur. Ancak işçilerin yargılama masraflarını karşılamaları zor olacağından, işçilerin yanı sıra bağlı buldukları sendikaların onlar adına dava açabilme hakkı olmalıdır. Yani, hukuki menfaati zarar görenler arasında her bir işveren veya başkaca işveren sendikaları ve yine, her bir işçi ve işçi sendikaları da yer almalıdır.

Bu davada yönetmeliğin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek, yukarıda değindiğimiz İş Kanunu maddeleri ile Alt İşverenlik Yönetmeliğinin ilgili maddeleri arasındaki çelişki dayanak gösterilmelidir.

Centel'e göre, "Alt İY. 5763 sayılı yasa ile getirilen İş K. m. 3/son hükmüne dayanılarak çıkarılmış bir düzenlemedir. 5763 sayılı Yasa hakkında ise bilindiği kadarı ile herhangi bir doğrudan iptal davası açılmış değildir. Ancak 5763 sayılı Yasanın alt işveren düzenlemesine ilişkin 1. maddesi ve giderek dolayısıyla söz konusu değişiklik çerçevesinde çıkarılan Alt İY... Anayasaya aykırı hükümleri içermektedir. Bu bağlamda Anayasaya aykırılık itirazı açılacak Alt İY'nin iptaline ilişkin davada def'i yolu ile AY.152/I. fıkrası gereği ileri sürülebilmektedir..."²²⁶ Ancak sadece yönetmeliğin iptali bu konuda ki sorunları ortadan kaldırmayacağından, aslında bu konuda yeni bir düzenlemenin yapılabilmesinin önünü açmak için 5763 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talep edilmelidir.

²²⁵ Centel, s. 42 vd.

²²⁶ Centel, aynı yer.

SEKİZİNCİ BÖLÜM

§ 8. GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME

I. UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

İş Hukukunun kendine özgü ilke ve kurallarına sahip olması dolayısıyla genel yargı dışında özel iş mahkemelerine de ihtiyaç duyulmuştur. Ayrı bir uzmanlık alanı isteyen bu mahkemeler ve yargılama kuralları 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda tek tek düzenlenmiştir. Bu kurallara göre işçi ile işveren veya işveren vekilleri arasındaki iş sözleşmesinden doğan veya İş Kanununa dayanan her türlü hak ile ilgili uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde çözülür.²²⁷ Alt işverenle işçisi ve bu işçilerle, bunlara karşı sorumlu olan asıl işveren arasında çıkan veya alt işverenle, asıl işveren arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda hangi mahkemelerin görevli olacağını belirlemek gerekir. Bu kişiler arasında çıkacak uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin görevli olacağını tek tek inceleyelim:

A) ALT İŞVERENİN İŞÇİSİNİN, ALT İŞVERENLE ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

İşçi ile işverenler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde iş mahkemeleri görevlidir. Bu sebeple alt işveren ile işçileri arasında çıkacak uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemeleridir.²²⁸ Bu işçilerin davalarını iş mahkemelerinde açabilmeleri için sadece asıl işverenden alınan işte çalışıp çalışmadıklarının bir önemi yoktur.²²⁹ İşçi ile alt işveren arasındaki iş hukukundan doğan bütün uyuşmazlıklara iş mahkemelerinde bakılacaktır.²³⁰

Alt işverenin sadece asıl işverenden alınan işte çalışan işçilerine karşı asıl işverenler de müteselsil olarak sorumlu tutulduğundan, bu işçiler, kendi işverenleri olan

²²⁷ Aydemir, s.132

²²⁸ Canbolat, s.77 vd.

²²⁹ Yüksel, s.52

²³⁰ Aydemir, s.132

alt işverenlere karşı da ileri sürebilecekleri taleplerini asıl işverenlere karşı da ileri sürebileceklerdir. Bu düzenlemenin amacına değinecek olur isek işçilerin haklarına rahat kolay ve hızlı bir şekilde ulaşmalarının hedeflenmiş olmasıdır. Yani kanun koyucunun amacı bu işçilerin işverenlerden olan hak ve alacaklarını güvence altına almaktır. Zaten özel iş mahkemelerinin kurulmasının amacı, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümünün ayrı bir uzmanlığı gerektirmesidir.

B) ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişki belirli bir sözleşmeye, genellikle de istisna sözleşmesi çeşitleri olmak üzere taşıma veya kira sözleşmesine dayanmaktadır.²³¹ Bu sözleşme ile asıl işveren ve alt işveren birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülüklerini belirlemektedir. Taraflardan birinin buna uymaması da akde aykırılık teşkil eder ve diğer taraf da bundan doğan zararlarını genel hükümler uyarınca talep edebilir.²³²

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki, sözleşmesel nitelikte olduğu için, bunlar arasında İş Kanununa dayanan bir hak iddiası da söz konusu olmayacağından ve her ikisi de işveren olduğu için aradaki ilişkinin de iş sözleşmesine dayanması söz konusu olmayacaktır.²³³ İş Mahkemeleri Kanununa göre ancak iş sözleşmesi veya İş Kanununa dayanan hak iddialarının çözüm yeri iş mahkemeleridir. Diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadığından, asıl işveren ile alt işveren arasındaki uyuşmazlıklara İş Mahkemelerinde bakılmayacaktır. Bu uyuşmazlıklar genel mahkemelerden birinin görev alanına girecektir. Bunu da uyuşmazlığın niteliği ve miktarı belirleyecektir.²³⁴

²³¹ Süzek, s.142; Tan, s.1

²³² Canbolat. s.61

²³³ Yüksel, s.52

²³⁴ Akyiğit, (Şerh), s.123.

C) ASIL İŞVERENLE, ALT İŞVERENİN İŞÇİSİ ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

Alt işverenin asıl işverenden aldığı işte çalışan işçilerine karşı asıl işverenler de müteselsil olarak sorumlu tutulmuşlardır.²³⁵ Bu işçiler, kendi işverenleri olan alt işverenlere karşı ileri sürebilecekleri iş sözleşmesi, İş Kanunu ya da alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi ile ilgili olan taleplerini asıl işverenlere karşı da ileri sürebileceklerdir. Bu işçilerin açacakları bu davalarda da iş mahkemeleri görevlidir. Bununla kanun koyucu bu işçilerin işverenlerinden olan alacaklarını güvence altına alarak, işçilerin haklarına ulaşmalarını hızlandırmak istemiştir. Bütün bunların gerçekleşmesi, işçilerin asıl işverenlere karşı açacakları davaların da iş mahkemelerinde görülmesi ile mümkündür.

1) Borçlar Kanunu Bakımından İşveren Kavramı

Hizmet sözleşmesinin konusu hem İş Kanunumuzda hem de Borçlar Kanunda düzenlenmiş olup, hangi durumlarda İş Mahkemelerinin ya da harca esas değere göre Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğu uygulamada karışıklığa yol açmaktadır. Çünkü işçi ile kurulan her türlü fiili çalışma hizmet sözleşmesinin var olduğunu kanıtlamaz. Bu nedenle hukuki olayın iyi irdelenmesi ve ona göre görevli mahkemede dava ikame edilmesi gerekmektedir.

Borçlar Kanununun 313. maddesi ile 353. maddesi arasında hizmet akdi düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 319. maddesindeki düzenlemeye göre ahlaka aykırı bir durum olmadıkça hizmet akdinin şartları taraflar arasında serbestçe tayin olunabilir. Ahlaka aykırı bir hizmet sözleşmesinin varlığı halinde ise sözleşmesinin iptali konusunda iş mahkemeleri görevlidir.²³⁶ Fakat taraflar arasında hizmet akdinin olmadığı hallerde iş mahkemesi görevli olmayacaktır. Hukuk Genel Kurulu'nun 19.03.1986 tarih ve 1984/9-555E.19981/251K. nokta sayılı kararında²³⁷ benzer bir olayda işe almaya yetkili olmayan

²³⁵ Mollamahmutoğlu, s.174

²³⁶ Bozkurt, s.185.

²³⁷ Yarg.H.D., 1984/9-555E.19981/251K. Sy. kararına göre "... 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddeleri hükmünce, İş Mahkemeleri, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk

işveren veya vekili tarafından işe alınarak çalıştırılan banka görevlisinin hukuki durumunu Borçlar Kanunu kapsamında değerlendirerek somut olaya bakmakla görevli mahkemenin iş mahkemesi olmadığına karar vermiştir.

II. UYUŞMAZLIKLARDA YETKİLİ MAHKEME

Hukuk davalarında yetki konusu Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu ‘nun dokuzuncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre genel yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Özel durumlar için ise HUMK md.10 uygulanmaktadır. İş Kanununun 3.maddesinde yetkili iş mahkemesinin neresi olacağı konusunda bir açıklama yoktur. Ancak İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesinde iş mahkemelerinin yetkisi hakkında özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre iş mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri sayılan yer mahkemesinde açılabilir. Bunlara aykırı olarak düzenlenen yetki sözleşmeleri geçersizdir. Buradan anlaşılan o ki; iş mahkemelerinin bu konudaki yetkisi kamu düzenine ilişkindir.

Müfettişlerin muvazaanın varlığına ilişkin hazırladıkları gerekçeli rapora, işverenlerin yapacakları itiraz da iş mahkemesine yapılacağından burada öncelikle İş Mahkemeleri Kanunu uygulanmalıdır.²³⁸ Yani yapılacak olan itiraz işçinin işini yaptığı yer mahkemesi yetkili olamayacağından davalının yerleşim yeri mahkemesine yapılması gerekir.²³⁹

uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevlidir. Hizmet ilişkisinin kurulması İş Kanunu'na göre yazılı şekle tabi tutulmamıştır. Ancak bu durum her türlü fiili çalışmanın hizmet akdi olarak nitelendirilmesi sonucunu da doğuramaz. Olayda davacının bir anonim şirket olan işyerinde işe almaya yetkili işveren veya vekili tarafından işe alınarak çalıştırıldığı gerçekleşmemiştir; belirtilen yetkiye haiz bulunmayan banka şube müdürünün davacıyı bir süre çalıştırması taraflar arasında hizmet sözleşmesinin gerçekleştiğinin kabulünü gerektirmez. O halde davaya bakmakla İş Mahkemesi görevli değildir...."www.kazanci.com

²³⁸ Yılmaz, s.12

²³⁹ İş Mahkemeleri Kanunu m. 5: “ İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz.”

DOKUZUNCU BÖLÜM

Ş. 9 ALT İŞVERENLİK UYGULAMASINDA KAMU KURUM VE KURULUŞLARINA SAĞLANAN AYRICALIK

5538 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun Ve Kanun Hükmünde Karamamelere Eklenmesi Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Karamamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununla, 4857 sayılı İ Kanununun 2. maddesine, 6. ve 7. fıkralarına aykırı olarak kamu kurum ve kuruluşlarına ayrıcalık tanınarak 8. ve 9. fıkralar eklenmiştir.

5538 Sayılı Kanununun 18. maddesi: “...Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,

b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, hak kazanamazlar.

Sekizinci fıkroda belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tabidir. Sekizinci fıkroda belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,

yönünde hükümler konulamaz...."

Yeni getirilen düzenlemeyle, muvazaanın işverenlere yüklediği sorumluluktan, kamu kurum ve kuruluşlarının ve onlara bağlı ortaklıkların muaf tutuldukları görülmektedir. Böylece, kamu kurum ve kuruluşlarında ve bunların bağlı ortaklıklarında alt işveren bünyesinde çalışan işçiler asıl işverene karşı muvazaa iddiasında bulunamayacaklardır.

Yeni getirilen bu düzenleme çeşitli yönleri ile sakıncalı, hukuk prensiplerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Adil Yargılanma İlkesi’ne”, Anayasa’ya aykırıdır. Bu fıkralar ile özel sektörde alt işverenlik sözleşmesine konu olan uygulama, kamu söz konusu olunca, işçi temini sözleşmesiymiş gibi sonuç doğurması sağlanmıştır.²⁴⁰ Öncelikle bu düzenleme tüm kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarında çalışan işçilerin muvazaa iddiasını ileri sürmesini engellemiş, buna karşın muvazaalı işlemin taraflarına da kanunla ayrıcalık tanınmıştır. Yine bir başka sakıncası, ülkemiz bir sosyal hukuk devletidir. Bu nedenle her bireyin kanun önünde eşit olma hakkı vardır. Bu hak Anayasa ile korunmuştur. Sosyal hukuk devleti, bireyi, sadece bir başka bireyden gelecek hukuka aykırı saldırılardan değil, her türlü eşitliğe ve adalet duygusuna aykırı durumlardan korumayı amaç edinmiştir. Fakat 5538 sayılı Kanun ile İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8. ve 9. fıkralar işçiyi devlet kurumları karşısında çaresiz bırakmıştır. Bu fıkralar ile kamu kurumundan ihale alan alt işverenlerin, alt işveren işçilerinin ve kamu kurumu olmayan asıl işverenlerin hakları çiğnenmiştir. Bu durum Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarına karşı muvazaa iddiasını alt işveren işçilerinin ileri sürememesi Anayasa’da güvence altına alınmış olan hak arama özgürlüğüne de aykırılık teşkil ettiği açıktır.

²⁴⁰ Tarcan, Sicil, s. 90.

Aydınlı' ya göre bu düzenleme aynı zamanda iç hukuk kuralı olarak kabul edilen 94 sayılı İLO Sözleşmesine de aykırıdır. Sözleşmenin 2. maddesine göre kamu kurumunda çalışan alt işveren işçilerinin hakları, o bölgede veya yakın bölgede çalışan ve aynı işi yapan işçilerin haklarından farklı, daha az olamaz.²⁴¹

Süzek'e göre, İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8. ve 9. fıkralar sonucunda artık, kamu kurumundan ihale alan alt işveren yanında çalışan işçiler bakımından 2. maddenin 6. ve 7. fıkralarını uygulama imkanı kalmamıştır ve bu durum Anayasa da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı bir düzenlemedir.

Ekmekçi' ye göre de bu durum hem eşitlik ilkesine aykırıdır, hem de alt işverenlik kurumunun en sıkıntılı konusu olan ve kanunla, yönetmelikle düzenlenmeye çalışılan muvazaa sorununu kamu kurumları açısından görmezden gelmiştir.²⁴²

Mollamahmutoğlu'na göre, doktrinde ki diğer görüşlerden farklı olarak "...bu hükümlerin kamu işverenlerinin İş K. md. 2/f.6 hükümlerine göre "asıl işveren" sıfatıyla sorumluluklarını ve f. 7 hükümlerine göre veya bunların dışında muvazaanın sabit olması halinde alt işveren işçilerinin "asıl işverenin işçisi sayılarak işlem gör(melerini)..." ortadan kaldırmadığı kanaatindeyiz." diyerek yapılan bu düzenlemenin muvazaanın sabit olması halinde kamu kurum ve kuruluşları da konu olsa asıl işveren olarak sorumlulukları devam edeceğini belirtmiştir.

Bizce, 5538 sayılı Kanunla İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8. ve 9. madde Anayasa'ya, İş Kanununun 2. maddesinin gerekçesine aykırı ve adil olmayan bir düzenlemedir. Kamu kurum ve kuruluşlarından ihale alan alt işveren işçileri bakımından bu fıkralar yeniden düzenlenerek, eşitlik ilkesi gözetilmeli ve bu kurum ve kuruluşlardan iş alan alt işveren işçilerine karşı asıl işveren sıfatı ile kamu kurum ve kuruluşları da sorumlu tutulmalıdır.

Uygulamada kamu kurum ve kuruluşlarında hizmet alım ihaleleri kapsamında çalıştırılan alt işveren işçileri muhatap bulma sorunu yaşamaktadırlar. Kamu kurum ve kuruluşlarında iş alan alt işveren işçileri çalıştıkları kamu kurum ve kuruluşunda kendi işverenleri ile değil, çalıştıkları kamu kurumunun işveren vekili ile muhatap olmakta, fakat onların işçisi değil, hiç görmedikleri ihale alan alt işverenin işçisi olmaktadır. Primleri yatırılmadığında, maaşları ödenmediğinde işverenleri alt işveren, giriş-çıkış

²⁴¹ Aydınlı,s.297-298.

²⁴² Ekmekçi, Legal,s.1176.

saatleri, yapacakları iş, görev yapacakları yer konusunda ve diğer bütün konularda talimat verme yetkisi kamu kurum ve kuruluşunda ki işveren vekilindedir.²⁴³ Fiili anlamda bu tür sorunlar yaşayan alt işveren işçisinin, 5538 sayılı Kanun ile İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8. ve 9. fıkraları sonucunda kamu gibi toplumda daha çok güvenilerek çalışılan bir yerin alt işvereni yanında çalışıp, özelde çalışanlardan daha az haklarının korunması da eşitlik ilkesine aykırı bir durumdur.

²⁴³ Gerek, Çalışma ve Toplum, s.90.

ONUNCU BÖLÜM

§. 10 ALT İŞVERENLİK UYGULAMASINDA KAMU KURUM VE KURULUŞLARINA SAĞLANAN AYRICALIK

Bir kamu kurumu olan belediyeler, Anayasanın 127.maddesinde düzenlenmiş olup, 127.maddenin 1. fıkrasında halkın mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri şeklinde tanımlanmıştır. İnsan ihtiyaçlarının sınırsızlaşması ve nüfusunun artması neticesinde belediyelerin sunması gereken hizmetlerde ve gelirlerinde de oransal olarak artış olmuştur.

Bu artışlar neticesinde belediyeler bazı hizmetlerin alt işverence yapılması noktasında irade koymaktadırlar. Belediye hizmetlerinden olan çöp toplama ve temizlik işinin alt işverene devri uygulamada en çok görünen devir halidir.

Belediyeler çöp toplama işlerini 1580 sayılı Belediye Kanununun 15. maddesinin 2. fıkrasına göre hem de 5272 sayılı Yeni Belediye Kanununun 14. maddesinin a fıkrası ve 15. maddesinin g fıkrasına göre yürütmektedirler. Anılan yasalar bu işin belediyelerin asli görevleri içerisinde olduğunu belirtmektedir. Yine 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 20. maddesinde de çöp toplama işinin belediyelere ait olacağı ifade edilmiştir.

Belediyelerin çöp toplama işlerini alt işverene vermeleri çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Birinci halde belediyeler alt işverenin işçileriyle kendi işçilerini ortak çalıştırmaktadırlar. İkinci halde belediyeler kendi araç gereçlerini kullanarak işi alt işverene devretmektedirler. Bu halde alt işveren iş gücünü ortaya koymaktadır. Üçüncü halde alt işverenler değişmekte ancak işçiler asgari ücretle işlerine devam etmektedirler. Tamda bu noktada işçilerin iş akdinden kaynaklanan haklarının sağlanmasında işçilerle belediyeler arasında sorunlar çıkmaktadır. Belediyelerde işçilerin örgütlü olduğu ve sendikalı oldukları da göz önünde bulundurulduğunda bu sorunlar yargı yerlerine intikal etmektedir. Yargı yerleri muhtelif kararlarında bu uyuşmazlıkların çözümünde belediyelerin çöp toplama ve nakli işlerini alt işverene devredemeyeceğini benimsemiştir.

Şahlanan, yukarıda anılan Yargıtay kararlarının aksine görüş bildirmektedir. Şahlanan dipnot yap Şahlanan Yarg. 9. HD. E 2005/14421 K. 2005/13804 sayılı kararı incelemesinde işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için ciddi bir sınırlama olmadığını belirtmiştir.. Bu noktada diğer koşulların da bulunması kaydıyla belki 4857 sayılı yasanın 2. maddesinin son fıkrasındaki "asıl işverenin işlerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz." şeklindeki sınırlamanın yardımcı işlerin alt işveren verilmesinde de bir sınır oluşturacağı söylenebileceğini, buna karşılık asıl işlere ilişkin olarak 4857 sayılı Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında yer alan koşulun nasıl yorumlanması gerektiği konusunda iş hukuku öğretisinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Belediyeler ise kendilerini, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 1. maddesinin kendilerine bu yetkiyi verdiğini ve alt işveren ilişkisini bu yasaya göre kurdukları gerekçesiyle savunmaktadırlar. Anılan maddeye göre belediyeler alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini ihale edebilmektedirler. Fakat bu demek değildir ki; belediyeler çöp toplama, temizlik vs. konuları ihale ile verdiğinde alt işverenlik ilişkisi kurulmaz. Çünkü, Yargıtay’ında bir çok kararında belirttiği üzere belediyelerin asli işlerinden olana çöp toplama ve temizlik işlerini ihale etmeleri, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğmasına engel değildir.²⁴⁴

4857 sayılı yasanın 2. maddesi daha ucuz iş gücünün sağlanması amacıyla alt işveren ilişkisinin kullanılmasını engellemeye çalışan bir düzenleme getirmiştir. İşveren olarak belediyeleri ve belediyelerin çalıştırdığı işçileri de bu düzenlemenin kapsamı dışında bırakma olanağı yoktur.

Çalışma yaşamında özellikle inşaat sektöründe sıkça görülen ve belediyeler özelinde diğer sektörlerde de yayılma eğilimi gösteren alt işverenliğin, kimi iş yerlerinde hileli muvazaalı şekilde uygulandığına ve işçilerin sömürüldüğüne tanık olunmaktadır.

²⁴⁴ Yarg.9. HD.E. 2007/2254K. 2007/2962 sayılı kararına göre "...alt işveren işçilerinin devam cetveli ve devamsızlıklarının davalı Belediye Başkanlığı tarafından tutulduğu, asıl işverenin talimatı ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiği, alt işveren işçilerinin kullandığı araçların Belediye Başkanlığı tarafından temin edildiği anlaşılmaktadır. Bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacı başlangıçtan itibaren Belediye Başkanlığı işçisidir. Muvazaa olgusunun bu gerekçe ile kabul edilmesi gerekirken aksi yönde karar verilmesi yasal değildir...."www.kazancı.com

Belediyelerin çöp toplama ve benzeri işlerini alt işverene devretmeleri iş hukukunda ki düzenlemelerin sağladığı hakları ortadan kaldırıncı nitelikte değilse uygulanmalıdır. Yani maliyetin düşürülmesi, iş gücünün ucuzlatılması yoluyla sağlanacaksa işin alt işverene devrinin uygun görülmemesi gereklidir. Soruna sadece ekonomik rahatlık sağlamak açısından yaklaşmak kamu görevi gören belediyelerin sigortasız ve düşük ücretle işçi çalıştırması sonucunu doğuracaktır. Bu hem kamu düzeninin hem de hukukun korumayacağı bir durum yaratacaktır. Yargıtay'da mersin Akdeniz Belediyesine ilişkin vermiş olduğu kararında çöp toplama işinin belediyelerin asli işlerinde olduğu gerekçesi ile işçilerin muvazaa iddiasını kabul ederek, işe iadelerine karar vermiştir.²⁴⁵ Belediyelerin çöp toplama gibi işlerini ucuz iş gücü sağlamak amacıyla alt işverene devretmeleri, yani muvazaa iradeli bu işlemleri yapmamaları durumunda maliyetin azaltılması, işin daha hızlı yapılması gibi noktalarda rahatlık sağlıyorsa alt işverenlerle işi yürütmelerinde sakınca görmemek gerekir. Aksi düşünce kamu yararının aleyhine olacaktır. Yine ekonomik anlamda sıkıntı yaşayan belediyelerin gelir gider dengesini sağlayıncaya kadar işi alt işverene gördürmeleri de makul sayılmalıdır. Bu durumda da kamu yararı belirleyici olmaktadır.

²⁴⁵ Yarg. 9. HD.E. 2005/14383 K. 2005/19766 sayılı kararına göre“...Davalı Belediye, temizlik ve çöp nakil işini ihale ile davalı C.A.Ş. 'ye vermiştir. Temizlik ve çöp nakil işi belediyelerin asıl işlerindedir. 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.A.Ş. Aleyhine açılan davanın kabulü de hatalıdır....”

ON BİRİNCİ BÖLÜM

§ 11. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Dünyada değişen ekonomi politikaları hızla gelişen teknoloji ve bilgi çağı, beraberinde bitmek bilmeyen aralıklı ekonomik krizleri getirmiştir. Bu durum ayakta durmaya çalışan büyük iş sahiplerinin işi daha ekonomik bir şekilde yapabilmeleri için esneklik temelli çalışma sistemini ortaya çıkarmıştır. Özellikle İş Kanunumuzda belirtildiği üzere uzmanlık gerektiren konularda artık alt işverenlerin varlığı kaçınılmaz bir hal almıştır.

Yine asıl işveren açısından sendikasılaştırma daha ucuz iş gücü ve daha kalabalık işçi grubunun sevk ve idaresinin meydana getireceği sorumluluk duygusu ve yoğunluğundan kurtulmak için de alt işverenlik kurumu özendirici hale gelmiştir

Asıl işveren alt işveren ilişkisi ve uygulanması yasa koyucu tarafından yıllarca düzenlenmeye çalışılmaktadır. Sırasıyla 1475 sayılı Kanun, şu an yürürlükte bulunan 4857 sayılı yasa, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla ve 27.09.2008 tarihli ve 27010 sayılı Alt İşverenlik Yönetmeliği ile bu konuda işçi ve işveren cephesi açısından toplumsal barış sağlanmaya çalışılmışsa da özellikle alt işveren yönetmeliği ile işçi korunmaya çalışılmış işverenin hakları ise hiçbir şekilde göz önünde bulundurulmamıştır. Gerek İş Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında, gerekse Yönetmelik'te, Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce kurulmuş alt işverenlik ilişkilerinin bildiri ve yazılı alt işverenlik sözleşmesinin bölge müdürlüğüne verilmesi için bir geçiş süresi öngörülmediğinden bu durumdaki alt işverenlik ilişkileri nedeniyle idari para cezaları artacaktır.²⁴⁶

Kaldı ki tam anlamıyla işçinin haklarının korunduğu bir yönetmelikten de bahsetmek mümkün değildir. Bizce yapılması gereken ek kanunlarla veya alelacele çıkarılmış yönetmeliklerle değil; özellikle 4857 sayılı İş Kanunundaki bu konudaki düzenlemenin en başından itibaren değiştirilerek daha ayrıntılı yoruma yer bırakmayacak şekilde düzenlemeler yapmaktır.

²⁴⁶ Aytekin.