

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

ERCAN YEREBAKAN
1250Y77109

Danışman: Prof. Dr. Algun ÇİFTER

İstanbul, Ocak 2015

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ONAY SAYFASI

Yüksek lisans öğrencisi Erkan Yarebakan' in "Anlısıveren Anlısıveren ilişkisi"
konulu tez çalışması jürimiz tarafından Yüksek
Lisans tezi olarak (oybirliği / oyçokluğu) ile başarılı bulunmuştur.

Adı- Soyadı İmza

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Algun Çiftçi
Jüri Üyesi : Prof. Dr. Kaşhan İnel
Jüri Üyesi : Prof. Dr. Emin İnci

EK 3: Etik Kurallarına Uygunluk Yazısı

Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İTİCÜ Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamıyla uyduğumu; yararlandığım tüm kaynakları gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesinin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.

ÖZ

Konu : Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi

Hazırlayan : Ercan Yerebakan

Günümüzde işverenler, teknolojik ve ekonomik sebeplerle, mal veya hizmet üretimine ilişkin işlerinin bir bölümünü uzmanlaşmış başka işverenler, kanundaki tabiriyle diğer işverenlere yaptırmaktadırlar.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak adlandırılan bu iki işveren arasındaki sözleşmesel ilişki en başından beri İş Kanunlarında emredici nitelikli hükümlerle düzenlenmiştir ve en son 2008 yılında buna dair Alt İşverenlik Yönetmeliği çıkartılmıştır.

Amacımız, yasa hükümleri, yargı kararları ve doktrin görüşleri ışığında asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarının, sınırlarının ve bu hususta işverenlerin sorumluluğunun ortaya konulması olmuştur.

Anahtar Sözcükler : Asıl İşveren, Alt İşveren, Sorumluluk

ABSTRACT

Subject : Relationship Between Primary Employers And
Subcontractors

Prepared By : Ercan Yerebakan

In today's world, due to various technological and economic reasons, primary employers are required to have certain products and services produced from other parties specializing in such areas, referred to in various legal sources as subcontractors.

What is referred to a the relationship primary employers and subcontractors is a contractual arrangement that has been regulated under certain mandatory provisions contained in the relevant Labour Law Codes from the beginning and in 2008 a new Subcontractor Regulation was issued in relation to this very issue.

Our aim has been to highlight the legal provisions, judicial decisions and the conditions, limitations and the responsibilities of both primary employers and subcontractors in light of the various doctrines held on this subject.

Key Words : Primary Employers, Subcontractors, Responsibilities

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER -----	iv
KISALTMALAR LİSTESİ -----	vi
GİRİŞ -----	1
1. KAVRAM -----	5
2. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN UNSURLARI -----	9
2.1. Mal veya Hizmet Üretimi İçin Kurulu Bir İşyeri Bulunan İşveren (Asıl İşveren) -----	9
2.2. Asıl İşverene Ait İşyerinde İş Alan Diğer İşveren (Alt İşveren) -----	12
2.3. Asıl İşverenden Alınan İşin Yapılacağı Yer -----	15
2.4. Alt İşverenin İşçilerini Sadece Asıl İşverenden Aldığı İşte Çalıştırması -----	19
2.5. Alt İşverene Verilecek İşin Sadece Asıl İşin Bir Bölümü veya Yardımcı İşlerden Olması -----	21
2.6. Alt İşverene Verilen Asıl İşin Bir Bölümünün İşletme ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerden Olması -----	30
2.6.1. İşletme ve İşin Gereği -----	30
2.6.2. Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşler-----	34
2.7. İşin Geçici Veya Sürekli Olması -----	42
2.8. Alt İşverenlik Sözleşmesi -----	44
3. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA -----	47
3.1. Muvazaa Bağlamında Yasal Karine Sayılan Haller -----	50
3.1.1. Genel Olarak -----	50
3.1.2. Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşverence Çalıştırılması Halinde Haklarının Kısıtlanamayacağı -----	52
3.1.3. Alt İşveren Yanında Çalışmış Olanla Alt İşveren İlişkisinin Kurulamaması -----	57
3.1.4. İşletme ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşler Dışında Asıl İşin Bölünememesi-----	61
3.2. Genel Olarak Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Muvazaalı Olması -----	64

3.2.1. Alt İşverenin Değişmesine Rağmen İşçilerin Aynı İşini Yapmayı Sürdüremeleri	64
3.2.2. Alt İşverenin Aldığı İşte İşçi Çalıştırmadan işi Başka Bir İşverene Vermesi	65
3.2.3. İşçi Temini Sözleşmesinin Alt İşveren İlişkisi Olarak Gösterilmesi	66
3.2.4. Asıl İşveren Sifatının Bulunmaması	66
3.3. Muvazaanın İspatı ve Yaptırımı	67
4. ASIL İŞVERENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	69
4.1. Genel Olarak	69
4.2. Hukuki Niteliği	71
4.2.1. Sorumluluğun Hukuki olması	71
4.3. Sorumluluğun Müteselsil Sorumluluk Olduğu	72
4.4. Asıl İşveren ve Alt İşverenin Dava Arkadaşlığı	78
5. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN SINIRLARI	80
5.1. Birlikte Sorumluluğa Yol Açan Yükümlülükler	80
5.2. 5510 Sayılı Kanundan Doğan Birlikte Sorumluluk	84
6. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR VE GÖREVLİ-YETKİLİ MAHKEME	85
6.1. Asıl İşveren İle Alt İşveren Arasındaki Uyuşmazlık	86
6.2. Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Alt İşveren Arasındaki Uyuşmazlık	86
6.3. İdare İle Asıl İşveren Alt İşveren Arasındaki Uyuşmazlık	86
SONUÇ	88
KAYNAKÇA	92

KISALTMALAR

B. : Baskı

Bkz. :Bakınız

B.Y. : BorçlarYasası

C : Cilt

dn. :dipnot

E. : Esas

E.İş. Y. : Eski(1475 sayılı) İşYasası

HD. :Hukuk Dairesi

HGK. : Hukuk GenelKurulu

İntes : TürkiyeİnşaatSanayicileriİşveren Sendikası

İş. K. : 4857 sayılı İşYasası

K. : Karar

Kamu-İş :Kamu İşletmeleriİşverenleriSendikası

md. : madde

MESS : MetalSanayicileriSendikası

No :Numara

R.G. : ResmiGazete

s. : sayfa

S :Sayı

TBMM :TürkiyeBüyük MilletMeclisi

Tic. :Ticaret

TİS :Toplu İşSözleşmesi

TİSK. : Türkiyeİşveren SendikalarıKonfederasyonu

TÜHİS. : TürkiyeHaberİşSendikası

vd. : ve devamı

vs. :vesair

Y. : Yargıtay

YKD : Yargıtay KararlarıDergisi

GİRİŞ

Roma Hukukundan gelen ve tüm batı ülkeleri özel hukuklarının esinlendiği sözleşme kuramı, esas olarak ve sadece iki taraflı bir borç ilişkisi biçiminde somutlaşır ve pozitif düzenlemelerde de bu biçimiyle yansımaları bulur. Sözleşmelerin nispetliliği ilkesi de buradan kaynağını alır ve sözleşmenin sadece ve sadece tarafları açısından hüküm doğurmasını ifade eder. Belirtilen bu esaslar, hizmet akdi veya iş sözleşmesi açısından da aynı şekilde uzun süreli geçerli olmuştur. İş ilişkisi de bir işverenle işçi arasında bağtlanan iş sözleşmesi temeline dayanır. Ekonominin altın çağını geride bırakıp, 1970'li yılların ortalarından itibaren kriz sürecine girmesi, bu sürecin teknolojik gelişmeler ve 1980'li yıllardan itibaren de küreselleşme süreci ile örtüşmesi, işletmeleri bir yandan, yeni yöntemlerle üretim gerçekleştirmeye, öbür yandan da yeniden yapılanma gerekliliği ve zorunluluğu ile karşı karşıya bırakmıştır. Ekonomi Hukukunun önemli bir parçasını oluşturan İş Hukuku da bu durumdan doğrudan etkilenmiş, iki taraflı iş ilişkisine ek olarak, klasik sözleşme kuramından ayrılarak, üçlü iş ilişkisine yer vermek zorunda kalmıştır.¹

Böylece çalışma hayatında üretim çeşitliliğinin esnekliği doğurucu faktörlerin de etkisi ile artması ve bu üretimin işletmeler tarafından kaliteli ve en az maliyet yaratacak şekilde yapabilmek çabası ile birlikte işletmelerin yoğunlaştığı, yatırım yaptığı, istihdam yarattığı iş alanları dışında kalan işlerin bu konuda uzmanlaşmış başka işverenlere verilmesi sonucunu doğurmuş ve alt işveren dediğimiz yeni bir istihdam şeklinin ortaya çıkmasına vesile olmuştur.²

Alt işveren uygulaması zamanla kendine oldukça geniş bir yer bulmuş, işverenler, işyerlerinde başka işverenlerin işçilerinin de çalıştırılması ile üretimde bulunmakla

¹ Ali Güzel, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Kadir Has Üniversitesi Sempozyum, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009, s.1.

² Osman Güven Çankaya, Şahin Çil, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin, Ankara 2011, s.16., Ünal Narmanlıoğlu, **Ferdi İş İlişkileri**, 4. B. Beta, İstanbul 2012, s. 119.

kalmamışlar, üretimin bir kısmını yada üretim sürecinin bir bölümünü başka işverenin işyerinde gerçekleştirmek üzere dışta üretime de (fason üretim) geçmişlerdir.³

Dışarıya iş vermenin (Outsourcing) özel bir uygulama şekli olan (Inhouse-Outsourcing) asıl işveren alt işveren ilişkisini başlıca üç nedenin ortaya çıkardığı söylenebilir: Bunlardan birincisi, teknolojik gelişme ve ihtisaslaşmadır. İşyerlerinde artık bazı faaliyetlerin asıl işverenler tarafından değil; uzman kişilerce yerine getirilmesi, iş hayatının gerekleri arasında görülmektedir. İkinci olarak, işyerlerindeki yardımcı işlerin bu alanda hiçbir deneyimi olmayan asıl işverenler tarafından yürütülmesi, işletmecilik gerekleri açısından da mantıklı değildir. Bu gibi hallerde, işverenlerin, işyerlerindeki yardımcı işleri alt işverenlere vermeleri doğal karşılanmalıdır. Nihayet, alt işverenliğin, işgücünden tasarruf sağlama ve maliyetleri düşürme imkânı yaratan ekonomik bir işlevi de vardır.⁴

Tüm dünyada ortaya çıkan sendikasızlaşma hareketleri, toplu iş hukukunun işçi bakımından koruyucu olma özelliğini nicelik ve nitelik bakımından azaltmaktadır. Bu gelişmeler dolayısı ile işverenlerin, sendikasız ve toplu iş sözleşmesiz ortamlarda işçilere karşı kanuni yükümlüklerden kaçınmak için gerçeğe uymayan durumlar yaratmaları giderek çoğalmaktadır. İşverenlerin özellikle sözleşme özgürlüğü, kanuni yükümlerinden kaçınmak için gerçeğe aykırı durumları veya görünürde işlem yaratma hallerinden en önemlisi alt işveren ilişkisi içinde gerçekleşmektedir.⁵

İş yaşamında meydana gelen bu gelişmeler karşısında işçilerin yasal zeminde korunması amacı ile kanuni düzenlemelere gitmek gerekmiştir. Türk iş Hukukunda alt işverenlik olgusu temel hukuki nitelikleri ile ilk kez, 1936 yılında yürürlüğe giren 3008 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu kanunun 1. Maddesinin 4. Fıkrasına göre “ işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı

³ Münir EKONOMİ, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Prof. Nuri Çelik’e Saygı, Legal, 2008 İstanbul, s.22.

⁴ Polat Soyer, **4857 Sayılı İş Kanunu’nun 10. Yılında Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ile İlgili Genel Bir Değerlendirme**, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu

10. Yılında İş Kanunu Semineri, İstanbul 2013, S. 27.

⁵ İbrahim Aydın, **Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu**, Seçkin, 3. B., 2013 Ankara, s. 29.

ile işe girmiş ve bu üçüncü kişi ile mukavele etmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür.” Kanunun belirtilen bu düzenlemesinden asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı tek başına sorumlu olacağına dair bir anlam çıkması ve bunun sonucunda uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşılması neticesinde, 1950 yılında çıkartılan 5518 sayılı kanunla 3008 sayılı yasanın ilgili maddesi “ işçiler dorudan doğruya işveren veya vekili tarafından olamayıp da aynı iş veya teferruatından iş alan üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş iseler, bu araçlar da asıl işverenle müştereken müteselsilen sorumludurlar.” Şeklinde değişikliğe tabi tutulmuştur.⁶

Daha sonra 1971 yılında 1475 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. Otuz yıldan fazla bir süre yürürlükte kalan 1475 sayılı İş Kanunu'nun bazı hükümleri zaman içinde ekonomik ve sosyal gelişmeleri ve çağdaş bir iş hukukunun ihtiyaçlarını yeterince karşılayamaz hale gelmiştir.⁷ Alt işverenlik hususu da bu kanunda bir değişikliğe uğramamış daha açık düzenlemelerle önceki kanunlardaki hükümlerle tekrarlanmıştır. 1475 sayılı kanunda (1/son fıkra) alt işveren “diğer işveren” olarak dile getirilmişti ve fakat bu yasal düzenlemede hem birçok eleştiri noktalarının bulunduğu hem de çeşitli yönleriyle uygulamada işçilik haklarının dolanımı sonucunu doğuran, taşeron uygulamasının oldukça artmasına sebep olan bir takım kötüye kullanmalara imkan verdiği görülmektedir. Uygulamadaki sorunların yargısal engellemelerle düzenlenmeye çalışılması sürekli olamayacağından, alt işverenlikle ilgili sorunlara kanuni düzenleme ile çözüm getirmenin daha isabetli olacağı açıktı.⁸

1475 sayılı yasada alt işverenliğin (diğer işveren olarak ifade edilse de) tanımlandığı 1/5 fıkroda alt işverene verilebilecek işler bakımından herhangi bir kısıtlama olmaması nedeni ortaya çıkan ve bahsedilen sorunlar 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı kanunun 2. Maddesi ile kısmen de olsa çözümlenmeye ve düzenlenmeye çalışılmıştır.

⁶ Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s.16.

⁷ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 10. B. Beta, İstanbul 2014, s.13.

⁸ Ercan Akyiğit, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik**, Seçkin, 2. B., İstanbul 2013, s.22-23.

Alt işverenlik terimi ilk kez 4857 sayılı yasanın 2/6. fıkrasında kullanılmıştır ve alt işverene verilebilecek işler bakımından asıl ve yardımcı işler ayrımı yine ilk kez bu maddede ortaya çıkmıştır. Yine bu madde ile alt işverene verilecek işlerin genel itibari ile işin gereği ve teknolojik nedenlerin varlığı halinde alt işverene verilebileceği belirtilmiştir. Bu üçlü iş ilişkisinde asıl ve alt işverenin işçilere karşı olan sorumluluk durumları ise kanun, sözleşme ve toplu iş sözleşmesi bakımından birlikte sorumluluk olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızda asıl işveren ve alt işveren kavramlarının tanımları, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulma koşulları, asıl işverenin sorumluluğu ve bu ilişkinin sınırları açıklanmaya çalışılmıştır.

1. KAVRAM

Hukukumuzda, alt işveren kavramına ilişkin düzenleme 1475 sayılı İş Yasasının 1. maddesinin 5. fıkrasında yer almaktaydı. Ayrıca, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası da 87. maddesinde kendi kapsamı açısından bu kavramı tanımlamıştı. İş Yasası, alt işveren işçilerinin, İş Hukukundan doğan haklarını, Sosyal Sigortalar Yasası ise Kurumun prim alacaklarını güvenceye kavuşturmak amacıyla asıl işverenin alt işverenle müteselsil sorumluluğunu öngörmekteydi. 1475 sayılı İş Yasası, alt işverenin asıl işverenin işyerinde, yardımcı iş asıl iş ayrımı yapılmaksızın her türlü işi üstlenmesine engel herhangi bir kural içermemekteydi. Bunun sonucu olarak, alt işverene iş verme uygulaması yaygınlık kazanmış ve bu mekanizma ucuz işçi çalıştırmanın ve sendikasızlaştırmanın etkili bir aracına dönüşmüştür.⁹

Asıl işveren alt işveren deyimleri ilk kez 4857 sayılı İş Kanununda birlikte kullanılmıştır. Daha önce bu deyimler doktrinin tercihini oluşturmuş, ancak 3008 sayılı İş Kanununda ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 87. Maddesinde görüldüğü üzere “aracı” sözcüğüne veya “tali işveren”, “alt müteahhit”, “alt ısmarlanan” deyimlerine de yer verilmiştir. 1475 sayılı İş Kanununda “diğer işveren deyimini kullanılırken, bu kanunun 29. ve 4857 sayılı Kanunun 36. maddesinde alt işverenler belirtilmek üzere “müteahhit veya taşeron” sözcüklerinin de kullanıldığı da bilinmektedir. Uygulamada başlangıçta “taşeron” sözcüğü daha çok inşaat işlerinde çalışan kişileri ifade etmeye yönelik iken, daha sonra ve halen alt işverenler için müteahhit veya taşeron yönünden bir ayırım yapılmaksızın taşeron denildiği görülmektedir.¹⁰ 1475 sayılı İş Yasası, alt işveren kavramını açık bir biçimde tanımlanmamış, asıl işverenlerin hangi durumlarda alt işverenin işçilerine karşı sorumlu olacaklarını düzenlemiştir.¹¹ 1 Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı yasanın 12. maddesinde ise “ bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin bir işte veya işin bir bölüm veya

⁹ Ali Güzel, **İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları**, Çalışma Ve Toplum Dergisi, S.1, 2004, s.36., A. Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E. Tuncay Kaplan/Senyen, **İş Hukuku**, Seçkin, Ankara 2006, s. 66.

¹⁰ Ekonomi, a.g.e., s.25., Lütfi İnciroğlu, **Yeni İş Hukuku Uygulaması**, Legal, İstanbul 2005, 3. B., s. 41.

¹¹ Talat Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri**, İstanbul, 1992, s.12.

eklentilerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren” denileceği hükme bağlamıştır. Bu tanım 506 sayılı yasanın 87/2. maddesinde düzenlenen aracı tanımına yakındır.¹²

Alt işveren, teknolojik gelişmelerin uzmanlaşma esasında getirdiği iş bölümünün gereği olarak ortaya çıkan bir kavramdır. Bir işverenin, başka bir işverene ait işyerinde belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alıp kendi işçilerini çalıştırması olgusu ile kendisini gösterir. Doktrindeki genel görüşe göre, bu tür bir iş ilişkisi kural değil istisnadır; zira aslolan işverenin kendi işyerinde kendi işçileri ile iş yapmasıdır. Bu nedenle de kanunun alt işverenlik ilişkisine ilişkin düzenlemeleri dar bir yoruma tabi tutulmalıdır. İş Kanunu alt işvereni tanımlamamaktadır. Esasen alt işveren terimiyle kavramlaştırılacak bir hukuksal kategori olarak, işveren kavramından hukuki mahiyet itibari ile hiçbir farkı da yoktur.¹³

Kanunda ayrı ayrı asıl işveren alt işveren tanımları yapılmamış, aradaki ilişki tarif edilmiştir.¹⁴ 4857 sayılı İş Kanunu 2/6’ya göre “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” Şeklinde hüküm altına alınmıştır.

2008 yılında yürürlüğe giren Alt İşverenlik yönetmeliğinin 3/a maddesi de alt işvereni “Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı

¹² Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s.18.

¹³ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, 6. B., Ankara 2014, s. 206.

¹⁴ Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s.18.

işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” şeklinde tanımlamıştır.

Yönetmeliğin 4. Maddesinde de ilişkinin şartları açıklanmıştır. Buna göre

Bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için;

- a) Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır.
- b) Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır.
- c) Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır.
- ç) Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır.
- d) Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortakların hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez.

Yönetmeliğin bu hükümleri kanun maddesinin hükümleri ile de paralellik teşkil etmektedir.

Yargıtay verdiği bir kararda asıl işveren alt işveren ilişkisini kanun maddesinden yola çıkarak “4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin altıncı ve son fıkralarında asıl işveren alt işveren ilişkisi ele alınmıştır. Buna göre , “bir işverenden 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 işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisidir”¹⁵ şeklinde tanımlamıştır.

¹⁵ Y9. HD. 01.04.2005 gün, 18633/26052 , www.kazancihukuk.com

2. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN UNSURLARI

2.1. Mal Veya Hizmet Üretimi İçin Kurulu Bir İşyeri Bulunan İşveren (Asıl İşveren)

Kanunun 2. Maddesinin 6. Fıkrasına göre “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir”. Bu maddede asıl işveren alt işveren ilişkisi tanımlanmış olup, asıl işveren ve alt işverenin ayrı ayrı tanımına yer vermemiştir.

Yasada tanımlanan bu ilişkide hem alt işveren hem asıl işveren olmak üzere iki işveren bulunur. Her iki işveren de İşK. madde 2 gereğince birer işverendir. Dolayısı ile hem asıl işveren hem de alt işveren ayrı ayrı işçi çalıştırmaktadır.¹⁶ Örneğin küçük bir işletmenin işçilerini taşıma işini minibüs sahibi olan bir kişiye vermesi ve bu kişinin işini bizzat kendisinin yapması halinde işyerindeki bir yardımcı işin başka birine verilmesinin söz konusu olmasına rağmen ortada bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.¹⁷

Maddede asıl işveren ve alt işverene bu iki sıfatı kazandıran ve bu sıfatlara dayalı sonuçlar doğuran ilişkinin tanımı verilmiştir. Bu açıdan asıl işverenin ve alt işverenin ayrı ayrı tanımına gerek bulunmamaktadır. Dolayısı ile kanunda tanımı yapılan bu ilişkinin kurulabilmesi için her şeyden önce mal veya hizmet üretiminin yapıldığı işyeri olan bir işverenin varlığının şart olduğu bu ilişki tanımından anlaşılmaktadır.

¹⁶ Mustafa Kılıçoğlu, Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, Legal, 3. B., İstanbul 2013, s. 35., Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 27. B. İstanbul 2014, s. 51.

¹⁷ **a.g.e.**, s. 51.

Maddede işin yapıldığı işyerinin sahibi olan işverene “asıl işveren” denilmesi, onun işyerindeki mal ve hizmet üretiminin gerçekleştirilmesi amacıyla diğer işverenlerin “alt işveren” bu işyerinde kendi işçilerini çalıştıracakları bir iş almaları ve alt işverenin işçilerine karşı yükümlülüklerine kadar sorumluluğunun yayılmasından kaynaklanmaktadır. Asıl işveren ya da alt işveren, her ikisi de “işveren” olup İşK. M.2./1’de belirtildiği üzere “gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” olabilir. Bu nedenle örneğin tüzel kişiliği bulunmayan bir adi şirket, mal veya hizmet ürettiği bir işyerinde temizlik işini başka bir işverene verebilir; diğer unsurların da bulunması halinde adi şirket asıl işveren niteliğini kazanabilir.¹⁸

Asıl işverenin, alt işveren kavramı bakımından işverenlik sıfatı salt işçi çalıştırmasından kaynaklanmamalı; alt işverenle aralarındaki sözleşmeye göre kısmen devrettiği işin tamamında işçi çalıştırıyor olmasından kaynaklanmalıdır. Şu halde sözleşmeye göre işin tamamının bir başka işverene bırakıldığı halde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olmayacaktır. İş Kanunu m. 2 anlamında bir alt işveren ilişkisinden bahsedebilmek için, asıl işverenin bu Kanun bakımından işveren sıfatını taşıması ve devam ettirmesi gereklidir.¹⁹

Bu husus Alt işverenlik Yönetmeliği 4/a fıkrasında “Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır” şeklindeki hükümlerle dile getirilmiştir. 1475 Sayılı Kanun döneminde de Yargıtay uygulaması bu yöndedir. “...işin tamamının değil, bir kısmının ihale edildiği gerekçesi ile, İş Kanunu'nun 1/son maddesi uyarınca davalı TEK Genel Müdürlüğü sorumlu tutulmuştur. Oysa İş Kanunu'nun 1/son maddesi uyarınca sorumluluktan söz edilebilmesi için, o işte kendisi de işçi çalıştıran bu asıl işverenin varlığı şarttır. Diğer bir ifadeyle belirli işin bir bölümünü başkasına verip, diğer bölümünü kendi çalıştırdığı işçilerle bizzat yapan bir kişi asıl işveren durumundadır. Kendisi işin bir bölümünde bizzat işçi çalıştırmayıp işi

¹⁸ Ekonomi, **a.g.e.**, s.27

¹⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s.213

bölerek ihale suretiyle muhtelif kişilere veren iş sahibi "ihale makamı" İş Kanunu'nun 1/son maddesi anlamında bir asıl işveren değildir".²⁰

Asıl işveren işin gerçek sahibi olabileceği (buzdolabı fabrikası sahibi (B)'nin işin bir bölümünü başkasına vermesi örneği) gibi işin asıl sahibinden işin tümünü veya bir kısmını alan ve bunun bir bölümünü bir alt müteahhide veren kimse de asıl işveren kabul edilir.²¹ Asıl iş sahibinin asıl işveren olarak kabulü için bu kısım dışında kalan işler için ise kendi işçilerini çalıştırması gerektiği kanun ve yönetmelik hükümleri ile açıkça ortaya konulmuştur.

Bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için işyerini ve işçilerini ilgili mercilere gereğince bildirmiş olması zorunlu değildir. Zira o gerekli bildirimleri yapsa da yapmasa da, İş Kanununa tabi bir faaliyette bulunduğu takdirde İş Kanunu 1/son gereği bildirim gününe bakılmaksızın ilgili yasaya tabi olurlar. Bu bildirim yükümü kurucu değil açıklayıcı bir niteliğe sahiptir.²²

Asıl işveren alt işveren ilişkisi ile kendi işyerinde ve kendi işçileri ile gerçekleştireceği bir üretimi başka işveren ve onun işçileri vasıtası ile gerçekleştirmektedir. Üretim, asıl işverene ait bir işyerinde yerine getirilmekte, burası alt işverenin ayrı bir işyeri olmakta ve asıl işveren ile hukuki bir ilişki içinde olmayan diğer işverenin işçileri tarafından gerçekleştirilmektedir. Asıl işin sahibi dışarıdaki bir işveren aracılığı ile ürettiği bir mal ya da hizmetten kazanç elde etmekte olduğundan alt işveren aracılığı ile üretim yapma, İş Hukukunda bir istisna olarak kabul edilmektedir. Çünkü iş hukukunda asıl olan, işverenin kendi işyerinde ve kendi işçileri ile üretim yapmasıdır.²³

Asıl işverenin, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması öncesinde işçi çalıştırdığı bir işyerinin olması şart değildir. Asıl işverene ait mal veya hizmet üretilen bir yer olması

²⁰ HGK, 25.05.1995, 9-273/548, www.legalbank.net

²¹ Ercan Akyiğit, **Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı**, Tuhis, Cilt 22, 2009, Kasım- Şubat, 2010, sayı4- 5, s. 7

²² Ercan Akyiğit, **Alt İşverenlik, a.g.e.**, s.34

²³ Ali Güzel, İş Müfettişleri Derneği, **İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Sorunları ve Çözüm Önerileri**, İstanbul 2005, s.25

yeterli olup, bu yerde usulüne uygun olarak kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi geçerlidir.²⁴

Örneğin, (A) bakanlığına bağlı olarak memur ve sözleşmeli personel çalıştırılan ancak hiç işçi istihdamının olmadığı bir işyerinde, sözü edilen bakanlık, temizlik hizmetlerinin daha önce memurlar eliyle yerine gerildiği varsayıldığında, yardımcı iş niteliğinde bu işin alt işverene bırakılmasıyla ilk kez o birimde işçi çalıştırılmaya başlamış olabilir. Bu halde de asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Asıl işverenin aynı yerde daha önce işçi istihdam etmemiş olması bu sonucu değiştirmemelidir.²⁵

2.2. Bir İşverene (Asıl İşveren) Ait İşyerinde Diğer Bir İşverenin (Alt İşveren) İş Alması

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, asıl işverenden, başka bir kimsenin kendi adına yapmak üzere, belli nedenlerle iş alması gerekmektedir. İş K. 2/6 fıkrasının “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 ...” şeklinde değındiğı bu kişi “alt işveren” diye anılır. Aynı yönde bir tanıma da AİY’de yer verilmiştir. Yönetmeliğın 3/a fıkrasına göre alt işveren “Bir işverenden, işyerinde yürütölen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereğı ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiğı işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliğı olmayan kurum ve kuruluşları” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

O halde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin gerçekleşebilmesi için, alt işveren diye anılan bir kimsenin asıl işverenden yukarıda kısaca belirtilen özelliklere sahip iş alması

²⁴ Çankaya, Çil, **a.g.e.**,s. 21

²⁵ **a.g.e.**,s. 21

gerekmektedir.²⁶ Aslında belki de bu hükümlerle, sermayesi yeterli olmadığı için İş Kanunu kapsamına girecek nitelikte işyeri kuramayan küçük sermayeli işverenlere de bir imkan tanınmış olmaktadır.²⁷

Alt işveren ile asıl işveren arasında kurulan bu ilişkinin dayanağı bir sözleşmedir. Ancak bu sözleşme bir iş sözleşmesi değildir. Bu nedenle asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işveren gerçek kişi olsa dahi alt işverenin işçi niteliğinden söz edilemez. Bununla beraber bu ilişkiyi kuran sözleşmenin niteliğinin de bir önemi yoktur. Yeter ki, böyle bir ilişki kurmayı asıl işverenin iş yerindeki mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde bir iş olarak üretimde bulunmayı sağlayan türde bir sözleşme olsun.²⁸

Konuyla ilgili olarak Yargıtay bir kararında taraflar arasında imzalanan sözleşmenin niteliğinin asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğumu bakımından bir önemi olmadığına dair karar vermiştir. “Öncelikle belirtmek gerekir ki, yürürlükten kaldırılan 1475 sayılı İş Kanununun 1. maddesinde "diğer işveren", yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde "alt işveren", 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 87. maddesinde ise "aracı" olarak tanımlanan kişi ile asıl işveren arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumunda önemi bulunmamaktadır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi istisna akdine dayanabileceği gibi, kira veya taşıma sözleşmeleri gibi başka nitelikteki bir sözleşme aracılığı ile de kurulabilmesi mümkündür. Başka bir anlatımla, önemli olan asıl işverene ait olan bir işin alt işveren (aracı) tarafından yapılmasının sağlanması olup, ilişkinin ne şekilde veya hangi sözleşme sonucunda meydana geldiğinin sonuca etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle asıl işin ihale ile veya kira sözleşmesi ile başka bir işverene verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı yönündeki mahkeme gerekçesi doğru görülmüştür.”²⁹

²⁶ Ercan Akyiğit, **Alt İşverenlik ve Benzer.., a.g.e.,** s. 8

²⁷ Erdoğan Çubukçu, **Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi**, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.24, S 1-2, Şubat Mayıs 2012, s. 42.

²⁸ Ekonomi, **a.g.e.,** s.28.

²⁹ 21. HD., 21.6.2005, 791/6574, www.kazancihukuk.com

Her iki işverenin de gerçek veya tüzel kişi hatta tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluş olması imkan dahilindedir. Yasada sadece alt işverenin asıl işverenin önceki bir işçisi olamayacağı belirtilmiş, alt işveren yönünden başkaca bir sınırlandırma getirilmemiştir. Esasen, asıl işverenin bir ortağının hissesini devrederek alt işveren olarak asıl işverenden iş alması ve hatta asıl işverende hissedarlığı devam ederken alt işveren sıfatını kazanması yasada yasaklanmış değildir. Aynı şekilde asıl işverenin bir işçisinin tüzel kişi şirketin veya kurulacak adi ortaklığın hissedarı olması yönünden de yasada bir sınırlandırma getirilmemiştir.³⁰

Yargıtay bir kararında “1475 Sayılı İş Kanunu'nun 1/son ve 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 87/2. maddesindeki açıklamalar ışığında aracıdan (taşeron) söz edebilmek için öncelikle üst işveren ve bunun tarafından ortaya konulan bir iş olmalı ve görülmekte olan bu işin bölüm ve eklentilerden bir iş alt işverene devredilmelidir. Buna karşın, bir işin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda artık üst-alt işveren ilişkisi söz konusu olamaz. Sözleşmeden davalılardan H. Ö. S. Holding A.Ş'nin S. Center inşaatı işini tamamen davalılardan K. İnşaat Proje ve Yönetim A.Ş. (K. Yapı Endüstrisi ve Tic. A.Ş.)'ye devrettiği, böylece işin anahtar teslimi suretiyle devrinin söz konusu olduğu anlaşıldığından, aralarındaki hukuki ilişki işveren-aracı olarak nitelendirilemez. İşin bir bölümü yerine, tümüyle devir olunduğu durumda işi devreden kişinin işverenlik sıfatı ortadan kalkacağından sorumluluğuna gidilemez”³¹ şeklindeki içtihadı ile asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren işverenden alınacak iş bakımından ilişkinin geçerlilik ölçüsünü ortaya koymuştur.

İş Kanunu m. 2 anlamında bir alt işveren ilişkisinden bahsedebilmek için, asıl işverenin bu kanun bakımından işveren sıfatını taşıması gerekir; dolayısı ile diğer İş Kanununa veya Borçlar Kanunu'na tabi bir iş ilişkisi kapsamında işçi çalıştıran işverenin işi bir alt işverene devretmesi halinde İş Kanunu'na tabi bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden

³⁰ Osman Güven Çankaya, Şahin Çil, **Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İşverenlerin Değişmesi ve Bunun İlişkisine Etkileri**, Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s.188.

³¹ Y. 21. HD, 2004/5448 E, 2004/7222 K, www.kazanci.com

bahsedilemez.³² Bunun yanında sadece asıl işverenin değil Kanunu'nun 2/7 fıkrasına göre iş alan alt işverenin de işçi çalıştırması gerekir.³³

Asıl işverenin, İş Kanununa tabi bir işveren olması gerekirken, alt işverenin böyle bir zorunluluğu yoktur. Örneğin, İş Kanununa tabi asıl işveren, bir işi en fazla üç kişinin çalıştığı bir esnaf işletmesine verebilir. Bu durumda, kanunun 2/6 gereğince aranan diğer şartların varlığı halinde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olacaktır.³⁴ Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri itibarıyla kazanmış da olabilir.³⁵

2.3. Asıl İşverenden Alınan İşin Yapılacağı Yer

Asıl işverenden alınan işin alt işveren tarafından asıl işverenin iş yerinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Kanunun 2/6 fıkrasında işin yapılacağı yer için "... iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren" ifadesi kullanılmıştır. Buna göre bir işverenin alt işveren niteliğinin oluşması için bir diğer işverenden (asıl işveren) ve alt işveren olarak nitelendirilecek işverenin işçilerini bu işte çalıştırması zorunludur.³⁶ İşK. madde 2/1 ve devamında işyeri ve işyerinden sayılan yerler tanımlanmıştır. 2/1'ye göre;

"İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir".

2/2'ye göre;

"İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk

³² Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s.214.

³³ Sarper, **a.g.e.**, s. 143., Kılıçoğlu, Şenocak, **a.g.e.**, s. 35.

³⁴ **a.g.e.**, s. 36

³⁵ Murat Şen, Aslı Naneci, **Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi**, Sicil, Eylül 2009, s. 26.

³⁶ Nizamettin Aktay vd. **a.g.e.**, s. 67.

emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.”

2/3'e göre;

“İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür”. Bu hükümlerden anlaşılması gereken ana kural, alt işverence yapılacak iş olan, asıl işin bir bölümünün veya yardımcı işin asıl işverenin iş organizasyonu içinde gerçekleştirilmesidir.

Türk hukukunda işin alt işverenlere verilmesi uygulamaları ülkemizdeki alt işveren kavramına uygun olarak, asıl işverenin işyerinde gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla alt işverenlerin üretim süreci farklı işyerlerinde faaliyet gösteren taşeronlara bölüştürülmüş değildir.³⁷

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde işin yapılacağı yer olan asıl işverene ait “işyeri” kavramının yorumunda iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüş sahiplerine göre, kanun hükmünün sarıh olduğu ve bir işverenin diğer işverenden aldığı işleri kendi işyerinde yapması halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir.³⁸

Örneğin, asıl işverene ait işin, alt işverenin işçilerini kendi işyerinde çalıştırması suretiyle yerine getirmesi halinde alt işveren ilişkisi kurulmuş olmayacaktır, bu ilişki uygulamada işin fason imalat olduğu³⁹ ve işçilerini dönüşümlü olarak başka işyerlerinde çalıştıran kişi ile de asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olmayacağı kabul edilmektedir.⁴⁰

İkinci görüşe göre, özellikle teknolojik uzmanlık gereği asıl işverenin işyerinde yapılması mümkün olmayan ancak alt işverenin işyerindeki donanımı ile

³⁷ Gülten KUTAL, **Türk Çalışma Hayatında Esneklik Uygulamaları**, Tesis Dergisi, 2008 Mayıs, s. 89, www.tes_is.org.tr

³⁸ Aydın, **a.g.e.**, s. 213.

³⁹ Lütfi İnciroğlu, **Çalışma Hayatında Alt İşveren Uygulaması**, Legal, S.41, s. 77.

⁴⁰ Şen, Naneci, **a.g.e.**, s. 27.

gerçekleştirilebilecek bir iş, asıl işveren alt işveren ilişkisi içinde değerlendirilebilmelidir.⁴¹

Öğretide örnek olarak verilen kimi hallerde de görüldüğü gibi, alt işverene bırakılan bir takım işler işyeri dışında ifa edilebilmelidir, hatta bu şekilde ifa edilmesi gerekmektedir. Örneğin bir termik elektrik santraline kömür taşınması işi yada asıl işi meşrubat üretim ve dağıtım olan asıl işverenin dağıtım işini alt işverene vermesi halinde dağıtım işinin işyerinde yapılmasının mümkün olmaması da bu niteliktedir. Bu hükmün uygulamasında asıl işveren alt işveren ilişkisinde verilen işin niteliğine bakmadan işin yapılma yeri hakkında hüküm vermek doğru olmayacaktır.⁴²

Asıl işverenle alt işveren arasında birden çok işyerinde bazı işlerin gördürülmesi yönünde ayrı ayrı sözleşmeler düzenlenmesi de olanaklıdır. Örneğin asıl işverenin ülkenin birçok işyerinde temizlik işlerinin tek bir sözleşme ile aynı alt işverene bırakılması yoluyla veya ayrı ayrı birden fazla sözleşmelerle asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması mümkündür. Burada, alt işveren işçilerinin "... sadece bu işyerinde aldığı işte...." çalıştırılması zorunluluğuna İşK madde 2/6 hükmünün değerlendirilmesi gerekirse, her iki işverenle asıl işveren alt işveren ilişkisinin hüküm sürdüğü birden fazla işyeri bulunmakta olduğunda göre, alt işveren işçilerini bu işyerlerinde zaman zaman değiştirerek çalıştırabilecek midir. Bu husus asıl işveren alt işveren ilişkisini etkilemeyecektir. Ortada tek bir asıl işveren alt işveren ilişkisi vardır ve işçi bu ilişki dışındaki işlerde çalıştırılmamıştır.⁴³

Ancak örneğin bir dokuma fabrikasının desen oluşturma işinin bir başka kişiye ihale edilmesi durumunda, o kişi bunu götürüp kendisine ait olan ve başkalarına da hizmet sunan bir atölyede yapıyorsa burada asıl işveren alt işveren ilişkisinin oluştuğundan bahsedemeyiz. Burada TBK'ya tabi bir eser sözleşmesi olduğu gibi⁴⁴ aynı şekilde, bir

⁴¹ Aydınlı, a.g.e., s. 213.

⁴² Mollamahmutoğlu, Astarlı, a.g.e., s.220., Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, a.g.e., s. 53.

⁴³ Çankaya, Çil, a.g.e., s. 21

⁴⁴ Akyiğit, **Alt İşverenlik**, a.g.e., s.52.

franchise sözleşmesine göre üretimde bulunulması halinde de, franchise alan ve franchise veren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmayacaktır.⁴⁵

Söz konusu madde hükmünde geçen “işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren” ifadesindeki “sadece bu işyerinde” koşulunun kanunda yer bulmasının sebebi, münhasıran asıl işverenden alınan işlerde çalışan işçilerin kendi işverenlerinden olan alacakları, münhasıran bu işlerde çalışmayan işçilerin alacaklarına oranla tehlikede görülmüş olması ve bir teminat olarak bu işçilere karşı asıl işverenin de sorumlu tutulmak istenmesidir.⁴⁶

Dolayısı ile, Kanunun 2/7 fıkrasında işin yapılacağı yer için “... iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren” hükmünde geçen “bu işyeri” ifadesinin yorumlanmasında, asıl işverenden iş alan bir alt işverenin, asıl işverenin mal veya hizmet üretmek amacıyla oluşturduğu iş organizasyonuna dahil olduğunu, bu iş organizasyonun ve eklentilerinin iş yerinden sayılacağını, yani mal ve hizmet üretimiyle ilgili olarak yapılan faaliyetlerin de (örneğin personel taşıma) bu kapsamda olduğu, asıl işverenin alt işverene verilen işin yerine getirilmesi sırasındaki denetim ve gözetim yükümünü, alt işveren sözleşmesi ve teknik şartnamesindeki sınırları aşmadan (işçi alımı, işe son verme, işin yürütülmesine ilişkin talimat verme) yerine getirmesi gerektiği, alt işverenin bu organizasyon içindeki yarı bağımsızlık durumu, asıl işverenden alınan işin niteliği gibi hususların yoruma dahil edilerek kanaat oluşturulması gerektiği ve bu yorumda yasaklayıcı olmayan sonuçlar doğurmasını hedeflemek gerektiği kanaatindeyiz.

⁴⁵ Ekonomi, **a.g.e.**, s. 27.

⁴⁶ Canbolat, **a.g.e.**, s. 18.

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

İşyeri kavramının tanımı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde yapılmıştır. Maddeye göre;

“İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında 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. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” denmiştir.

Madde ifadesinden anlaşıldığı kadarıyla 1475 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi 4857 sayılı İşK'da da alt işverenin işçilerini sadece aldığı işte çalışma şartı getirilmiştir. Eski kanunda bu şart “münhasıran” kavramı ile karşılanırken yeni kanunda buna karşılık olarak 2/6 da “.....iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren alt işveren ilişkisi denir” hükmünde geçen “sadece” kavramı kullanılmaktadır. Burada bu düzenlemenin nasıl yorumlanacağı önem arz etmektedir.⁴⁷

Hükümden anlaşılması gereken, alt işverenin, “bu iş için görevlendirdiği işçilerini” başka bir deyişle belli bir işçi kadrosunu asıl işverenin işine tahsis etmesi ve bu işçileri kural olarak “sadece” bu işyerinde istihdam etmesi, aldığı başka işte veya asıl işverenin başka bir işinde çalıştırmamasıdır.⁴⁸ Örneğin asansör montajı işini alan alt işverenin işçisi, bu inşaat işyerinde dış sıva veya çatı yapımı gibi diğer işlerde çalıştırılırsa, bu işçi yönünden asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsedilemez. Oysa asansör montajında

⁴⁷ Aydın, **Alt İşverenlik**, a.g.e., s. 215.

⁴⁸ Sützek, a.g.e., s. 150., Çankaya, Çil, a.g.e., s. 31., Kılıçoğlu, Şenocak, a.g.e., s. 37., Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, a.g.e., s. 54.

çalışan işçiler için kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi geçerliğini koruyacaktır.⁴⁹ Yargıtay'ın 2006 tarihli bir kararında "... temizlik işinin verildiği alt işveren işçisinin asıl işveren tarafından hizmet içi eğitime tabi tutularak asıl işverenin asli ve sürekli işlerinde çalıştırılmış olması halinde bu işçinin asıl işverenin işçisi olduğu ve bu işverene ait işyerine iadesinin gerektiği sonucuna varılmıştır.⁵⁰ 2010 tarihli başka bir kararda Yargıtay, davacının üstlenilen temizlik işi dışında, belediyenin diğer asıl ve yardımcı başka işlerinde çalıştırıldığı gerekçesi ile olayda asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı" sonucuna ulaşmıştır.⁵¹

Madde metninde, alt işveren tarafından yerine getirilecek işlerin sadece asıl işverenin işyerinde yapılıp yapılmayacağı konusu açıkça ifade edilmemiştir. Ancak bundan, alt işverenin işçilerini asıl işverenin işyerinde yürüttüğü yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde, belirtilen sınırlamalar dahilinde asıl işverenin işyerinde çalıştırması gerektiği anlaşılmalıdır. Çünkü mal ve hizmet üretimi ile ilgili olarak asıl işin bir bölümünün yada yardımcı işin kanunda belirtilen sınırlamalar dahilinde yapılması, nitelik olarak işin asıl işverenin işyerinde yapılmasını da zorunlu kılmaktadır. İşK 3. maddenin gerekçesinde "maddenin ikinci fıkrasında, asıl işveren alt işveren ilişkisinin oluşması halinde, alt işveren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurları ile faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için, onun da kendi adına meydana getirdiği bu işyeri için gerekli bildirimleri yapması öngörülmüştür". Asıl işveren gibi alt işveren de bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek ya da tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlardır. Dolayısı ile kanundaki bu düzenlemeler asıl işverenin ve alt işverenin ekonomik ve hukuksal amaçlarını birbirine bağımlı kılacak şekilde yaklaştırması bu sonucun çıkarılmasını sağlamaktadır. ⁵²

⁴⁹ Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s. 31. (Y9.HD. 9.11.2005 gün 2005/30958E, 2005/35533 K)

⁵⁰ a.g.e., s. 32.

⁵¹ Murat Demircioğlu, **Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası**, 3. B., İstanbul 2014, s. 23. Y.9.HD. 20.09.2010 gün 30244/24328

⁵² Arslanoğlu, **a.g.e.**, s. 101,102., Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 129., Savaş Taşkent, **Alt İşveren**, Legal, 2004, Sayı 2, s. 364.

Netice olarak aslında asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında işin yapıldığı bu işyerini hukuken alt işverenin de işyeri olarak görmek yanlış olmayacaktır.⁵³

2.5. Alt İşverene Verilecek İşin Asıl İşin Bir Bölümü veya Yardımcı İşlerden Olması

4857 sayılı Kanunda alt işverene, asıl işin bir bölümünün verileceği öngörülmekle, özellikle önceki dönemde asıl işin bölümlerinde hem asıl işverenin ve hem de alt işverenin işçilerinin çalıştırılması ile ortaya çıkan sorunların önlenmesi amaçlanmıştır. 1475 sayılı Kanun madde 1/son fıkrada asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasında “bir işverenden belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan..... diğer işverenden” söz edilmesi, asıl işin bir bölümünün de bölünerek alt işverene verilebilmesi yolunu açık bırakmıştı. Öyle ki yasanın bu hükmü sayesinde, işveren, asıl işin bölümlerinde kendi işçileri ile yanlarında çalışan alt işveren işçileri arasında ücret, ek ödeme ve sosyal yardımlar açısından da adil görülmeyecek bir eşitsizlik yarattığı halde, aynı işi gören işçiler arasında işverenden eşit davranılmasının ileri sürülmesine engel olunuyordu.⁵⁴

Bir işyerinde yürütülen asıl iş, İşK. m.2/1 de belirtildiği ve İşK. m.2/6 da tekrar edildiği üzere, işyerinin teknik amacını oluşturan “mal veya hizmet” üretimidir. Yani amaçlanan mal veya hizmet üretimi ile doğrudan ilgili olan, o teknik amacın gerçekleşmesine yönelik prosese doğrudan dahil olan, olmazsa olmaz faaliyetlerdir.⁵⁵ Örneğin bir otomotiv veya tekstil üretiminin yapıldığı fabrikada yasanın gerekçesinde de belirtildiği

⁵³ Osman Güven Çankaya, **Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorunlar**, Kamu İş, C. 6, S. 4, 2002, s.4.

⁵⁴ Ekonomi, **a.g.e.**, s. 36.

⁵⁵ **a.g.e.**, s. 37., Mollamahmutoğlu, Astarlı, **a.g.e.**, s.216..

gibi yapılan işle ilgili olmayan bir ek inşaat yapımı veya bina onarımı işi, asıl işveren alt işveren ilişkisi bağlamında asıl işin bölümü veya yardımcı işlerden değildir.⁵⁶

Kanunda asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi düzenlenmiş olup, asıl işin tamamının alt işverene verilmesi halinde burada asıl işveren alt işveren ilişkisi değil işyeri devrinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir.⁵⁷

Asıl iş ve yardımcı iş bakımından örneğin, yoğurt, döşemelik kumaş, sertleştirilmiş bitkisel yağ, çay üretilmesi amaçlanan işyerinde, belirtilen malların piyasaya (müşteriye) sunulacak hale getirilmelerine kadar geçecek süreçteki üretim aşamaları bir bütün olarak asıl işi oluşturur. İşverenin üretim aşamalarına göre kurduğu iş organizasyonu ile belirlenen bu bölümler, asıl işin bölümleri olup bu bölümlerin alt işverene verilmesi yönünden kanunun aradığı şartların varlığı aranacaktır. Asıl işin bölümlere ayrılarak organizasyon kurulmasında üretim yöntemleri, lojistik işyeri-işletmenin büyüklüğü, mal veya hizmet çeşitlenmesi, pazar olanakları, ürünlerin depolanması ve dağıtımı gibi işletme esasları yanında kullanılan teknolojinin önemli etkisi bulunacaktır. Sertleştirilmiş bitkisel yağ üretiminde tanklarda toplanan yağın üretim sürecindeki aşamalardan geçip müşteriye sunulacak şekilde paketlenip veya uygun kaselere konulup 25-30 parça olacak şekilde ayırt edilmeleri ile üretim tamamlanmış olur. Faaliyetin bu aşamasından sonra büyük paketlerin paletlere konularak taşınması ve depolara yerleştirilmesi hemen ve daha sonra satışa sunmak üzere taşınmaları asıl iş değil yardımcı iş olur.⁵⁸

Üretilen malın piyasaya ve müşteriye arzı için paketlenmiş (belirli özellikte kağıda paketlenme, kutuya veya şişeye yada kaseye konulma) olması asıl üretimin bir parçasıdır.⁵⁹ Ancak Yargıtay 9. HD. 2006 tarihi bir kararında “davalılar arasında yapılmış olan tahmil tahliye işine ait sözleşmenin 2. maddesinde davalı G. Müteahhitlik AŞ.’ye ihale edilen işin konusu ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Buna göre, gemiden kuru

⁵⁶ Süzek, **a.g.e.**, s. 155,156.

⁵⁷ Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s. 24.

⁵⁸ Ekonomi, **a.g.e.**, s. 37, 38.

⁵⁹ **a.g.e.**, s. 38.

dökme ürünün tahliyesi, i. iskelesine yanaşmış gemilerden torbalı ürünün tahliyesi ile kamyonlara ve/veya gösterilen yere taşınarak istiflenmesi, torbalı ürünün istiflenmesi ve/veya istiften müşteri kamyonlarına yüklenmesi, fabrika sahası içerisinde saha, iskele, kamyon yükleme, torbalama, paketleme, dökme ürünlerin depolardan fabrika sahası içinde gösterilen yere damperli kamyonlarla taşınması işleri ihale ile davalı G. Müteahhitlik A.Ş.'ye verilmiş bulunmaktadır.

Mahkemece emsal dosyalarda alınan bilirkişi raporuna göre paketleme-torbalama ünitesinde dikiş makinesiyle torbanın ağzının dikildiği yere kadar olan üretim hattının asıl işin bir parçası olduğu, bundan sonraki işlerin yardımcı iş niteliği taşıdığı, asli işlerin gördürülmesi nedeniyle davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak, davalılar arasındaki sözleşmede yapılması öngörülen işlerin ağırlıklı olarak tahmil ve tahliye işleri olduğu, davalı İ.'ye ait işyerinde üretilen ürünlerin önemli bir kısmının paketleme veya torbalama yapılmadan müşteriye ulaştırıldığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Buna göre, dava konusu işyerinde üretilen ürünlerin torbalanması veya paketlenmesi üretimin zorunlu bir unsuru değildir. Paketleme veya torbalama işinden önceki aşamaların doğrudan üretimle ilgili olması nedeniyle asli iş kabul edilmesi, bu aşamalardan sonraki işlerin tahmil ve tahliye işleri ile bağlantılı olması nedeniyle yardımcı iş olduklarının kabulü gerekir. Kaldı ki, davacının iş sözleşmesinde yapılacak işin konusunun tahmil ve tahliye işleri olduğu belirtilmiş olup, davacının münhasıran paketleme ve torbalama işinde çalıştığı da iddia ve ispat da edilmemiştir” şeklinde hüküm kurmuştur.⁶⁰

Mal veya hizmet üretimi sürecinde bir aşama olmamakla beraber işyerinde üretimi gerçekleştirmek üzere iş organizasyonunda işyeri için (ve işletmenin biri birimi olarak) önemli bir yere sahip olan yönetim bölümleri de asıl işin kapsamında değerlendirilecektir. İşK. m.2/6 hükmü, işverenden “asıl işin bir bölümünde” alt işverenin iş alması, asıl işin sadece bir bölümünün aynı alt işverene verilebileceği, diğer bölümleri için asıl işverenle ilişki kuramayacağı anlamına gelmez. Her bölüm için kanunun aradığı şartların varlığı halinde, aynı veya değişik alt işverenlere iş verilebilir.

⁶⁰ 9.HD. 26.06.2006, E. 2006/13231, K. 2006/18825, www.kazancihukuk.com, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, a.g.e., s. 58.

Ancak asıl işveren sıfatı ve buna dayalı alt işverenlerle ilişki kurup devamında, mal veya hizmet üretimine ilişkin organizasyonu oluşturan bölümlerde ağırlık asıl işverende bulunmalıdır.⁶¹

1475 sayılı İşK m.1/son fıkrasında asıl işveren alt işveren ilişkisi anlatılmıştır. Maddeye göre “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.” Hükme göre; asıl işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan diğer işveren, koşulların varlığı halinde alt işveren sıfatını kazanmaktaydı. Alt işveren olarak yükleneceği işin asıl işverenin yaptığı işe göre durumu bakımından herhangi bir ayırım söz konusu değildi.

4857 sayılı İşK. m.2/6’da ise “bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir” hükmü ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımı yapılarak 1475 sayılı kanunda bulunmayan “asıl işin bir bölümü ve yardımcı işler” olarak ifade edilen bir ayırım ortaya konmuştur.

Bu sayede 1475 sayılı kanun döneminde ortaya çıkan görüş ayrılığına son verilerek “bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulacağı kabul edilmiştir.⁶² Bu ayırım sonucunda işverenin işyerinde yardımcı işleri herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan alt işverene verebilmesi mümkün hale gelmiştir.⁶³

⁶¹ Ekonomi, **a.g.e.**, s. 38.

⁶² Ekonomi, **a.g.e.**, s. 33

⁶³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, a.g.e., s. 58.

Bu bakımdan asıl işveren alt işveren ilişkisinde “asıl işin bir bölümü” ile “yardımcı iş”in ne olduğunun bilinmesi önemlidir. Ancak yasa bunları tanımlamamıştır. Bununla birlikte gerek asıl işin ve bölümünün ve gerekse de yardımcı işin, her bir asıl işverenin faaliyet alanına göre değişebileceği gözden ırak tutulmadan hareket edilmelidir..⁶⁴

Kanunun hükmüne göre, bu ilişkinin geçerli olabilmesi için alt işverenin asıl işverenden aldığı iş, ancak asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde (yemek, temizlik, personel taşıma, yükleme boşaltma, güvenlik..) olabilir. Ancak bu işler yasaya göre asıl işverenin iş yerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimi ile ilgili olmalıdır.⁶⁵ Bu sayede işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl ve yardımcı işler dışında kalan işlerle ilgili olarak bir eser sözleşmesi ile veya diğer sözleşmelerle iş alınsa, iş alan kendi işçilerini o iş yerinde çalıştırsa dahi bu durumda İşK m.2/6 anlamında asıl işveren alt işveren ilişkisinin ve buna ilişkin hukuki sonuçların doğması söz konusu olmaz.

Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 3/1 c ve ğ fıkralarında bir faaliyetin ne zaman asıl iş ve ne zaman yardımcı iş sayılacağı düzenlenmiştir. 3/1 c’ye göre asıl iş “mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş” olarak, 3/1 ğ de ise yardımcı iş “İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş” olarak tanımlanmıştır. Bir işin yardımcı iş olarak kabulü o işin asıl işin yerine getirilmesinde tamamlayıcı nitelikte olmasına bağlıdır.⁶⁶ Kanun koyucu getirdiği düzenleme ile özellikle yardımcı iş kavramını daraltarak her türlü işi bu kapsamda görmeyerek kavramı asıl işe ilişkin olma anlamında sınırlandırmıştır.⁶⁷

1475 sayılı Kanunun 1/son fıkrasında yer alan “belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan diğer işveren” hükmü iki farklı görüşün ortaya çıkmasına

⁶⁴ Akyiğit, **Alt İşverenlik ve Benzer... a.g.e.**, s. 12

⁶⁵ Süzek, **a.g.e.**, s.146

⁶⁶ Fevzi Şahlanan, **Türk İş Hukuku’nda Alt İşveren, Mercek Dergisi**, Yıl:2, S:2, 1997, (MESS), s. 45 - 46.

⁶⁷ Aydın, **Alt İşverenlik, a.g.e.**, s.191.

sebepler olmuştur. CANBOLAT'a göre, asıl işverene ait işyerinin üretim ve faaliyeti kapsamında yer alan işlerin belirli bir bölümünün alt işverene verilebileceği, yani işyerinde üretim ile ilgili yada üretime yardımcı işler gibi, üretimle ilgili olmasa da "iş yerinin eklentilerinde" iş alınması (ek bina inşaatı gibi) böyle bir ilişki kurulabilmesi için yeterli idi. EKONOMİ'ye göre ise bir işverenin işyerindeki mal veya hizmet üretimi sürecinde ve bu işlerin bir kısmında ya da yardımcı işlerinde iş alınması gerekir. İşyerinden, o iş yerindeki üretim ile ilgili olmayan bir iş alındığında, örneğin bir tekstil fabrikasında bina yapımı işi alındığında, bina yapımı işyerindeki üretim işi ile ilgili bir faaliyet olmadığı için asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz.⁶⁸

1475 sayılı kanun döneminde verilen kararlardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay son görüşü benimsemiştir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin bir ilamında, otomobil fabrikasının onarım işini tamamen alan işverenin, işin asıl işten bağımsız olması sebebi ile işçisinin başına gelen iş kazasından müteselsil sorumlu sayılamayacağı hükme bağlanmıştır.⁶⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da verdiği bir kararında aynı görüşü desteklemiştir. "bir fabrikadaki tesisat onarımı işi diğer bir işverene verildiğinde, iki işveren arasındaki ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olamayacağı, bu sebeple iki işveren arasında müteselsil sorumluluk da doğamayacağına karar vermiştir."⁷⁰

1475 sayılı kanun döneminde asıl işin bir bölümü ve yardımcı iş ayrımı olmadığı için uyuşmazlıklar Yargıtay uygulamaları ile çözülmeye çalışılmış gözükmektedir. 4857 sayılı yasanın yürürlüğe girmesi ile asıl iş yardımcı iş noktasındaki görüş ayrılığı büyük ölçüde sona ermiş ve yasa 2/6 maddesinde "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 iş yerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren alt işveren ilişkisi denir" hükmü ile hem asıl işveren alt işveren ilişkisini tanımlamış hem de alt işverene verilebilecek işin,

⁶⁸ Canbolat, **a.g.e.**, s.23, Ekonomi, **a.g.e.**, s.33, 34.

⁶⁹ Yargıtay 21. H.D. 04.07.199, 1995/2660 E., 1995/3844 K., Çimento İşveren Dergisi, Mart, 1997, s. 23 v.d

⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.02.1996, 1996/9-901 E.,1996/44 K., Çimento İşveren Dergisi, Mayıs, 1996, s. 26-27.

işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl veya yardımcı işlerden olması gerektiği belirtilmiştir.

4857 yasa için Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan ilk tasarıda madde metni “Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan...” şeklinde idi. TBMM Başkanlığı’na sunulan tasarı metni ve TBMM Genel Kurulunda, 13.3.2003 günlü ve 45. Birleşim oturumunda oylanarak kabul edilen madde metni de Bilim Komisyonu’nun madde metni ile özdeşlik içinde bulunmaktaydı. Ancak daha sonra tasarının görüşülerek kabul edilen diğer bazı maddeleri ve 2. maddenin de yeniden görüşülmesi yönündeki önerge üzerine yapılan değişiklikle madde şu biçimi almıştır. "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle iş alan..." . bu değişikliğin gerekçesi “Bu önergeyle, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin kurulabileceği...” ifadesi yer almıştır. Bu önerge, 13.3.2003 günlü ve 45. Birleşim oturumunda oylanarak aynen kabul edilmiştir. Belirtilen bu değişiklikle, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde alt işverene iş verilmesi, “...işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlere” bağlı kılınmıştır.

Tasarının tüm maddeleri ve bu arada 2. maddesi görüşülüp kabul edildikten sonra TBMM Başkanlığı’na sunulan bir önergeyle, İş Kanunu Tasarısının daha önce görüşülerek kabul edilen 2, 4, 7, 11 ve 107. maddelerinin, Tasarının diğer maddelerinde yapılan değişiklikler nedeniyle, İçtüzüğü’nün 89. maddesi gereğince yeniden görüşülmesi talep edilmiştir. Yeniden müzakere görüşmeleri sırasında tasarının 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında değişiklik yapılması teklif edilmiştir. Değişiklik teklifinin konumuzla ilgili bölümü şöyle kaleme alınmıştır:

“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...”. Bu değişiklik önergesinin gerekçesi ise şöyledir:

“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. Bu düzenlemeyle, asıl işverenler, ihtiyaç duydukları teknolojileri kullanma olanağına kavuşmaktadırlar. Böylece, işyerlerinde mal ve hizmet üretiminin ihtiyaç duyabileceği şartların kolaylıkla oluşturularak rekabet güçlerinin artırılması amaçlanmıştır. Diğer yandan, alt işveren (taşeron) uygulamasının istismarının önlenmesine ilişkin sınırlamalar getirilmiştir”. Yapılan oylamada değişiklik önergesi aynen kabul edilmiştir.⁷¹

Bahsedilen madde gerekçesinde ise “asıl işveren - alt işveren ilişkisinin tanımını unsurlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla beraber, görüş ayrılıklarına sebep olan bir konu da kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline getirilmiştir. Buna göre, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asli işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, buna karşı işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır” şeklinde ifade yer almıştır.⁷²

Kanundaki “asıl işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimi” ibaresi ile o işyerinin özgülendiği amaç ve bu amacın gerçekleştirilmesi için yürütülen mal ve hizmet üretimi anlaşılmalıdır. Başka bir ifade ile, kanun maddesinde yer alan ilgili ibare ile kastedilen bir işyerinin işletme faaliyetleri kapsamında satışını yapmayı düşündüğü mallar veya sunmayı düşündüğü hizmetlerdir. Dolayısıyla mal ve hizmet üretimine

⁷¹ Güzel, **İş Yasasına Göre ...a.g.e.**, Çalışma Ve Toplum Dergisi, S.1, 2004, s. 47.

⁷² Müjdat Şakar, **İş Kanunu Yorumu**, Yaklaşım Yayıncılık, 5. B., Ankara 2010, s. 43.

girmeyen bir yardımcı işin diğer bir işverene verilmesi halinde asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmayacaktır.⁷³

Doktrinde asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde gözetilen kıstasların yardımcı iş bakımından göz önüne alınmaması eleştirilmiştir. Buna göre “İş Yasasındaki yeni düzenlemede bizim asıl üzerinde durmak istediğimiz, gerek madde metninde gerekse madde gerekçesinde yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde herhangi bir koşul aranmamasıdır. Türkiye’de 1980’lerden sonra neo-liberal ekonomi politikalarının uygulanmaya başlanmasıyla birlikte alt işverenliğin de ucuz ve sendikasız işgücü kullanmanın en önemli araçlarından biri olarak yaygınlaştığı bilinen bir gerçektir. Bu gerçek yasanın genel gerekçesinde de ifade edilmiştir. Bu bağlamda Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu’nda kabul edilen ve TBMM’ye gönderilen metinde, “...asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işin gereği ve teknolojik nedenlerle iş alan...” ifadesine yer verilerek, yardımcı işlerin de asıl işler gibi alt işverene verilmesinde “işin gereği ve teknolojik neden” koşulu getirilmiştir. Ancak TBMM’deki görüşmelerde bu ifade “...yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde...” şeklinde değiştirildi, böylece yardımcı işlerin sınırsız ve koşulsuz bir biçimde alt işverene verilmesi sağlanmış oldu. Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde bazı ölçütler aranırken yardımcı işlerin bu ölçütlerin dışında tutulmasını anlamak güçtür. Asıl işin bir bölümü ile yardımcı işler arasında böyle bir ayırım yapmak, kuşkusuz bu işlerde çalışan işçiler arasında da bir ayırım yapmak anlamına gelmektedir. Alt işverenlik amacı dışında kötü niyetle kullanılıyorsa, bu uygulama asıl işin bir bölümündeki alt işveren işçilerinden çok yardımcı işlerde çalışan alt işveren işçileri için geçerlidir.

Buna karşın, asıl işin bir bölümünde alt işveren işçisi olarak çalışanlar “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun aranmasıyla belirli bir güvenceye kavuşturulurken, yardımcı işlerde alt işveren işçisi olarak çalışanları bu güvenceden yoksun bırakmak, “başta Anayasa olmak üzere evrensel eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. TBMM’de ilk kabul edilen madde metninde olduğu gibi, asıl

⁷³ Gülsevil Alpagut, **4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı**, Ankara 2004, İNTES.

işin bir bölümünde çalışan alt işveren işçileri ile yardımcı işlerde çalışan alt işveren işçilerini aynı yasal güvenceye alacak bir düzenleme yapılması evrensel eşitlik anlayışının bir gereğidir.⁷⁴

Maddede yer alan asıl iş yardım iş ayrımı başka bir açıdan eleştirilmektedir. Bu görüşe göre asıl iş yardımcı iş ayrımı ile , bunların haricinde kalan işlerin asıl işveren alt işveren ilişkisi dışında tutularak bu şekilde çalıştırılan işçilerinin asıl işveren alt işveren ilişkisinden doğan güvenceden yoksun bırakılması eleştirilmektedir.”. Öte yandan, kapsam dışı bırakılan işler de, diğerleri gibi asıl işverene ait işlerdir ve her ikisinde de bu işverenin ortak yararı söz konusudur. Öğretide isabetle vurgulandığı gibi, alt işverenin, belirtilen işlerde, işin bitimine kadar işçilerini sadece bu işlerde çalıştırması, uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşçilerin, sadece asıl işverene ait ve onun yararına bir işi yaptıkları dönem için, asıl işverenin işyerinde yürütülen bir iş ile bağlantısı olmadığı gerekçesiyle, bu işçileri güvenceden yoksun bırakmanın mantığını kavramak olanaklı değildir. Ayrıca, örneğin bina veya çatı onarımı işinin, yardımcı iş sayılmak açısından, yemek veya temizlik işinden bir farkı da bulunmamaktadır. Gerçekten, örneğin üretim yapan bir fabrikanın yemek veya temizlik işi, hijyen, verim gibi sebeplerle asıl işi ne derece tamamlıyor, asıl işin yapım sürecine ne derece katkıda bulunuyor ve bunun sonucu olarak yardımcı iş sayılıyor ise, çatı onarımı işi de, çatısı akan bir binada üretim yapılamayacağına göre, o derece yardımcı iş sayılmalıdır. Bu konuda, sözü edilen işlerin yardımcı iş sayılıp sayılmayacağından ziyade, işin devamlılık arz edip etmediği, çok kısa süreli bir iş olup olmadığı bir ölçü olarak düşünülebilir.”⁷⁵

2.6. Asıl İşin Bir bölümünün Alt İşverene Verilmesinde İşletme ve

İşin Gereği İle Teknolojik nedenler

2.6.1. İşletme ve İşin gereği

⁷⁴ Sabahattin Şen, **Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi**, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004, sayı10, s. 80 vd.

⁷⁵ Ali Güzel, **İş Yasasına Göre... a.g.e.**, s. 44

Madde metninde geçen “işletme ve işin gereği” ifadesi kavram olarak 4857 sayılı kanuna ve yasama organına yabancı değildi. Zira Bilim Kurulunun hazırladığı tasarıda, daha önce ülkemizde ilk kez iş güvencesini getiren 4773 sayılı kanunla İşK.’ya dahil edilen madde 18/1 “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır” ve m 29/1 de “İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir” hükümleri ile “işletmenin veya işin gereği” kavramı tekrarlanmış, TBMM de tasarinın 2. maddesinde alt işveren ilişkisinin kurulmasına ilişkin değişiklik yapılırken, aynı deyim kullanılmış olması, sınırlama şartlarından biri olarak madde 18/1 ve 29/1 deki “işletmenin ve işin gereği” ölçütünün benimsendiğini açıkça göstermiştir.⁷⁶

Madde 2/6 ve 18/1 ile 29/1 deki konuların farklı olması nedeni ile maddeler arasında hiç bir bağlantı olmadığını söylemek doğru olamayacaktır. Çünkü kanun maddeleri birbirleri ile sistematik bir ilişki içindedirler⁷⁷ ve işletmenin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerin birbirinden tamamen ayrı şekilde düşünülmesine imkan yoktur.⁷⁸

İşletmenin ve işin gereği sayılabilecek sebeplerin, madde 2/6 dar, madde 18/1 ve 29/1 de geniş kapsamlı belirlenmiş olacağı şeklinde bir ayırım doğru olamamakla beraber, iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebepler ile asıl işveren alt işveren ilişkisi farklı kurumlar olsa da işletmenin ve işin gerekleri sayılan haller, bu iki durum için de uygulama olanağı bulabilmelidir.⁷⁹

⁷⁶ Ekonomi, **a.g.e.**, s. 43.

⁷⁷ Aydın, **a.g.e.**, s. 193.

⁷⁸ Arslanoğlu, **a.g.e.**, s. 111.

⁷⁹ Ekonomi, **a.g.e.**, s. 43,43.

Kanununun 18. maddesinin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplere ilişkin fıkrasının gerekçesine göre “işyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir. İşyerinin dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi, işyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir” şeklinde açıklanmıştır.⁸⁰ Buna göre ekonomik, teknolojik ve yapısal nedenler ortaya çıktığında geçerli nedenlerle işçi çıkartılabildiği gibi alt işverene de iş verilebilir. Ayrıca olayın özelliğine göre işletme verimliliğinin, rekabet gücünün ve kalitenin artırılması da alt işverene iş verilmesine imkan sağlayabilir.⁸¹

İşletme ve işin gereği kavramının aynı anlam ve etkiye sahip olmadığını savunan yazarlar da vardır. Buna göre, maliyet nedeniyle işin dışarıya verilmesi personel azaltılmasına yol açacak olsa bile bu bir işveren kararıdır. İşveren, işletme içindeki faaliyetin niteliği, kapsamı ve faaliyeti nasıl bir organizasyon çerçevesinde gerçekleştireceği konusunda karar verme özgürlüğüne sahiptir. Bu kararların uygunluk denetimine ancak bir fesih söz konusu olduğunda ve fesihle sınırlı olarak başvurulabilir. Bu denetim sonucunda ulaşılan durum ise alt işveren ilişkisinin geçerliliğinden tamamen bağımsız bir sonuçtur. Yani feshin geçersiz olduğu karara ulaşılabılır ise, alt işveren ilişkisinin geçerliliğini etkilemeyen, sadece fesihle sınırlı bir sonuca ulaşılmış olunacaktır⁸² denilmektedir.

İşveren işyerinin işleyişiyle ilgili işletmesel kararları almakta serbesttir. Nitekim bu yoldaki kararlara mahkemenin karışıp bunların yerinde olup olmadıklarını denetlemesi söz konusu değildir. Mahkeme sadece bu kararların objektif biçimde uygulanıp uygulanmadığını denetleme yetkisine sahiptir. Böylece işveren, işyerinin otomasyona

⁸⁰ Mehmet Uçum, Ramazan Çakmakçı, **İş Kanunu**, İstanbul, 2003, s. 51.

⁸¹ Aykaç, **a.g.e.**, s. 125.

⁸² **a.g.e.**, s. 123.

geçirilmesi, birtakım bölümlerin kapatılması veya “alt işveren” uygulamasının başlatılması yahut işyerinin küçültülmesi gibi işletmesel kararları alması hususunda serbesttir.⁸³

Yargıtay bir kararında “...alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır. Alt işverene devrin, işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. Muvazaa Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Burada üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir”..⁸⁴ şeklinde hüküm kurarak alt işverene iş devrinin işletmesel bir karar olduğunu vurgulamıştır.

Yargıtay başka bir kararında da “...davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işveren uygulaması ile temin ederek işletmesel kararı aldığı ve uyguladığı, güvenlik hizmetinde çalışan tüm işçilerin iş sözleşmelerini feshettiği anlaşılmaktadır. İşverenin yardımcı hizmet niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işverene vermesi bu hizmetlerde çalışan işçilerin işten çıkartılması kurucu bir işveren kararıdır. Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. Bu karar sonucu istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Bu durumda davalı işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığının somut olarak denetlenmesi gerekir”⁸⁵ şeklinde bir önceki karardakiyle aynı yönde hüküm kurmuştur.

⁸³ Tankut Centel, **İş Güvencesi**, Legal, İstanbul 2012, s. 109.

⁸⁴ Y.9. HD, 26.10.2009, 2005/29326, Levent Akın, **İşletmesel Kararın Alt İşverenliğe ve Geçerli Feshe Etkisi**, www.ceis.org.tr/dergi/2012. s. 39

⁸⁵ Kadriye Bakırcı, Y.9.HD., 06.07.2009 gün, 2009/17950 2009/19553, **Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin İşyeri Bölümünün Devriyle Bağlantısı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulurken İş Sözleşmelerinin Feshi**, Sicil Dergisi, Haziren 2010, Yıl 5, S. 18, s. 114.

Bu anlamda işletme gereklerinden kaynaklanan ve İşK. 18/1 de geçen “işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep” kavramı altında düzenlenen sebeplerle İşK. 2/6 da geçen “işletmenin ve işyerinin gereği” ifadesindeki kapsam içeriği birbiriyle örtüşmektedir.

Dolayısı ile bizim de katıldığımız görüşe göre; işyeri ve işin gerekleri işletme gereklerinden bağımsız düşünülmemeyeceği, yani bunlar işletme gereklerinden ayrı birer kavram oluşturmayacağı için anlatım olarak, bunların işletme gerekleri olarak toplanması uygun düşer. Nitekim söz konusu gerekler de, birim olarak işyerinin veya işletmenin ya da işin esas alınması yerine, işletmenin işleyişinin temel olmasına dayanır.⁸⁶

2.6.2. İşletme ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle

Uzmanlık Gerektiren İşler

4857 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra en çok tartışılan ve görüş ayrılıklarına neden olan hükümlerinden biri, madde 2/6 fıkrasında asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için öngörülen “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” olması şartıdır. Bu şart daha önceki bölümlerde anlatıldığı gibi tasarının 2. maddesinin TBMM de ikinci kez görüşmeye açılmasında son şeklini almış ve kanun hükmü haline getirilmiştir. Maddede görüş ayrılıklarına sebep olan kısım, “asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesinde “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” hükmünde “ile” bağlantı sözcüğünden kaynaklanmaktadır.⁸⁷

Bir görüşe göre hükümdeki “ile” sözcüğü “veya” anlamındadır, her iki şartın birlikte varlığı aranmaz, birinin bulunması asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için yeterlidir. Diğer bir görüş sahiplerine göre ise, “ile” sözcüğü “ve” anlamındadır, asıl işin

⁸⁶ Centel, **a.g.e.**, s. 105.

⁸⁷ Ekonomi, **a.g.e.**, s. 40.

bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için işletme ve işi gereği yanında teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması birlikte bir bütün olarak ölçüt alınmalıdır.⁸⁸

Yüksek Mahkeme ise çoğunlukla, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren ölçütlerin bir arada olması gerektiğini kabul etmektedir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 2013 tarihli kararında, “Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümünün verilmesinde verilen bölümün teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur. 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 2’nci Maddesi’nde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “İşletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada bulunması şarttır.” ifadesini kullanmıştır.⁸⁹

Konunun önemi bakımından alıntıyı biraz uzun tutma gereğini açıklamak ihtiyacı hissedilmiştir. Kararın devamı şu şekildedir; “4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde ‘işletmenin ve işin gereği’ ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Alt İşveren Yönetmeliği’nin 11. maddesinde de, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir. İşverenler arasında muvazaalı biçimde, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla, İş Kanunu’nun 2. maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olup, tarafların 3. kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada taraflar arasında 3. kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kuralları ile ispat

⁸⁸ a.g.e., s. 40.

⁸⁹ Fevzi Şahlanan, **Karar İncelemesi**, Y.7. HD. 7.3.2013 gün, 2572/2349, <http://www.tekstilisveren.org/hukuk/karar-incelemeleri>, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, a.g.e. s. 56., Süzek, **İş Hukuku**, s. 149.,

edilebilir. Bundan başka, İş Kanunu'nun 2. Maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların aksi kanıtlanabilen adi kanuni karineler olduğu kabul edilmelidir.

Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamaz. Muvazaaya dayanan bir ilişkide, işçi gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen, işçinin toplu İş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin kararı da bu yöndedir .”⁹⁰

Maddenin kanunlaşma hikayesine değinecek olursak, bilim kurulunca hazırlanan tasarıda önce, asıl işin bir bölümünün bir bütün olarak alt işverene verilebileceğinin öngörülmüş, böylece alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işçileri ile birlikte aynı işi görmelerine rağmen alt işveren işçilerinin daha az yararına olan çalışma şartları ile istihdamının önüne geçilmiş oluyordu. Daha sonra TBMM de yapılan değişiklikle hem asıl iş hem de yardımcı iş bakımından bu sınırlamanın genişletilmiş, en son olarak da 2. maddenin yeniden müzakereye açılması sonucu, yardımcı işe getirilmek istenen sınırlama dışarıda tutularak, asıl işin alt işverene verilmesine ilişkin öneri kabul edilerek yürürlüğe giren “bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan” kişilerle hukuka uygun asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabileceği hükmü ve şartları benimsenmiştir.⁹¹

27.09.2008 tarihinde yürürlüğe giren Alt işverenlik Yönetmeliği'nin 11/1. maddesinde ise işletme ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş;

“İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir” şeklinde tanımlanmıştır.

⁹⁰ Nuri Çelik, **Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları**, Karar İncelemesi, Sicil 13, Mart 2009, s. 83-92

⁹¹ Ekonomi, **a.g.e.**, s. 42.

Yönetmeliğin 11/2 fıkrasına göre;

“İşverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile mal veya hizmet üretimi yapması esastır”. Madde 11/3 “Ancak asıl iş, a) işletmenin ve işin gereği, b) teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleştirilmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” ifadesinde yer alan ‘ile’ sözcüğünün “ve” olarak anlaşılması gerektiği görülmektedir. Bu halde yasa koyucunun uzmanlık gerektirmemekle birlikte, kalite çabukluk verimlilik gibi nedenlerle alt işveren ilişkisinin kurulmasını engelleme yönünde bir iradesinin varlığından söz etmek gerek hükmün lafzı, gerekse ruhu bakımından uygun değildir. Dolayısı ile İşK. madde 2/6 da getirilen sınırlama; ya işletmenin ve işin gereğinin bulunması veya işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesidir. Bu noktada yönetmelik hükmünün yasayı aşan bir sınırlama öngördüğünden hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür.⁹²

“İşletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerin” birbirinden ayrı ölçütleri işaret edebileceği öğretide EKONOMİ tarafından, “asıl işin bir bölümü yalnız “ işletmenin ve işin gereği” verilebileceği gibi, veya yine sadece “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” olarak alt işverene verilebilir. Örneğin süt üretiminde bulunan bir işveren, sütün piyasaya arzında kutu yerine diğer ülkelerde de yaygın hale gelen plastik şişe kullanılmasını karar vererek plastik şişe teknolojisine ve makinelerine sahip bulunan bir yabancı firmayı, kendi işyerinde gerekli üretimi yaparak plastik şişeleri üretim sürecine almak üzere bir sözleşme akdettiğinde, taraflar arasında İşK. m.2/6’da öngörülen teknolojik uzmanlığa dayalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Yasanın asıl vurgu yaptığı terim “uzmanlık”tır ve işletme gerekleri ile teknolojik nedenler uzmanlık kavramının açılımı olarak değerlendirilmelidir. İşK. m. 18/1 ve 29/1 de aynen

⁹² Gülsevil Alpagut, **Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu**, Legal, 2008/20, s. 1357., Polat Soyer, **10. Yılında İş Kanunu Semineri**, İstanbul 2013, s. 34., Münir Ekonomi, **4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde Sayısal Esneklik**, Sicil, 2008, S.12, s. 12.

kullanılan deyimleri göz önünde tutmadan, başka bir üst kavramda toplanması ve değerlendirilmesinin uygun olmayacağı” şeklinde savunulmuştur.⁹³

Aynı zamanda bu kümülatif yorum ile, anayasanın 48. maddesinde belirtilen “herkesin dilediği alanda çalışma, sözleşme ve girişim özgürlüğünü” güvence altına alan bu hükümle uyum içinde olmadığı görülecektir. Anılan hüküm, işverene kurduğu teşebbüsleri amacına uygun işletebilme, işyerlerine ilişkin kararlar alma, gerekirse işyerinde istihdam edeceği işgücünü başka işverenlerden sağlama yetkisini de verceği ileri sürülmüştür.⁹⁴

Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, 18/1 deki hükümde geçen “ile” sözcüğünün “veya” olarak anlaşılması kanun hükmünün maksadına uygun düştüğü ifade edilmiştir. Şu şartla ki; alt işverene bırakılabilmesi bakımından bir işin işletmenin ve işin gereği olması yetmez, işletmenin ve işin gereği olarak uzmanlık gerektiren bir iş olması icap eder. Buna göre uzmanlık gerektiren iş tabirinin “teknolojik nedenlerle” sınırlı tutulmaması, “işletmenin ve işin gereği” ifadesini de kapsadığı kabul edilmelidir. Aksi halde, salt işletmenin ve işin gereğinin yeterli görülmesi uygulamada kanunun alt işverenlik hükümlerini dolanma olanağı veren bir yorum olur. Zira, “işletmenin ve işin gereği” yalın olarak işverene asıl işin bir bölümünü keyfi olarak başka bir işverene bırakma olanağı verecek kadar sübjektif bir kavramdır. Şu halde asıl işin bölünerek bir alt işverene bırakılabilmesinin temel koşulu uzmanlık gerektiren bir iş olmasıdır. İşK. 2/son fıkrada “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işveren verilemez” hükmünün de buna göre değerlendirilerek bir uzmanlığı gerektirmediği halde asıl iş kapsamındaki bir işin başka bir işverene bırakılması halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmamış olacağı şeklinde anlaşılması icap eder.⁹⁵

Alt İşverenlik Yönetmeliği 11/1 de işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işin, mal ve hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan “işin

⁹³ Ekonomi, **Üçlü İlişkiler**, a.g.e., s. 45,46.

⁹⁴ a.g.e., s. 47

⁹⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e.,s. 217.

niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iş...” olduğu ifadesi ile uzmanlığın alt işverenliğin temel koşulu olarak değerlendirilmesi yerinde bir yaklaşım olmakla beraber, aynı maddede asıl işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte değerlendirilmesinin yerinde olmadığı ifade edilmektedir.⁹⁶

Yasa hükmünün dar yorumlanarak anlaşılması, en meşru görülebilecek hallerde dahi alt işveren ilişkisinin kurulmasını neredeyse imkânsızlaştırmıştır. Oysa, alt işverenlikle ilgili yasal düzenlemelere hâkim olan temel düşünce, bu müessesenin yasaklanması değil; sadece, muvazaalı işlemlere dayanmasının ve bu yoldan özellikle sendikal örgütlenmeyi engellemek ve toplu sözleşme düzeninden kaçmak için bir araç olarak kötüye kullanılmasının önlenmesidir. İşletmeyi iyileştirmek, rekabet gücünü yükseltmek, uluslararası pazarlara yönelmek veya bu pazarlardaki payı artırmak gibi projeler çerçevesinde maliyetleri de düşürmek için müstakil bir müteşebbis sıfatına sahip alt işverene iş verilmesini işletmenin ve işin gereği saymamak ve bu nedenlere dayanan alt işveren ilişkisini engellemek, hukukî ve pratik açıdan isabetli görünmemektedir.⁹⁷

Bu görüşlerin yanında asıl işin bir bölümünün işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle alt işverenliğe devredilmesi hükmünün bölünemez bir bütün olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır.

İşK. 2/6. maddede yapılan değişiklikle, yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde, herhangi bir sınırlama öngörülmemiş, asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilmesi ise, ancak “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” söz konusu olabileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme, anlatımındaki kimi belirsizliklere karşın, İş Hukukunda geçerli olan, bir işverenin işlerini kendi uzmanlığı ve organizasyonu ile kendi işçilerine gördürmesinin asıl olduğu alt işveren uygulamasının ise istisna olduğu biçimindeki temel anlayışa uygun bulunmaktadır ve bu

⁹⁶ a.g.e., s. 217.

⁹⁷ Soyer, a.g.e., s. 33, 34.

nedenle, sözü edilen hükmün bu anlayışa göre yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, bir işveren işyerinde yürüttüğü asıl işin bir bölümünü ancak bu işin ayrı bir uzmanlığı gerektirmesi halinde alt işverene verebilecektir. Ayrı bir uzmanlık gereksinimi doğuran nedenler ise Yasada, “işletme ve işin gerekleri ve teknolojik nedenler” olarak öngörülmüştür ve yukarıda belirtilen anlayışın sonucu olarak bu nedenler ilişkinin doğumu açısından birlikte aranacaktır. Öngörülen ölçüt bir bütündür, bölünmesi olanaklı değildir. Bu açıdan, asıl işverenin, asıl işi ancak “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren 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 katılmamaktayız. Gerçekten, bu görüşler kabul edildiği, yani hükümdeki “ile” bağlacı “veya” biçiminde yorumlandığı takdirde, düzenlemenin eskisinden bir farkı kalmayacaktır. Yasa maddesinin değişiklik gerekçesinde belirtilen ve burada açıkladığımız diğer nedenlerle, asıl işin bir bölümünde asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için sadece işletmenin ve işin gereği yeterli sayılmayacak, bunun yanında alt işverene verilen işin “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” bir iş olması da mutlaka aranması gereken bir ölçüt olacaktır.⁹⁸

Madde ile güdülen amaç dikkate alındığında, ölçütün bölünemez nitelikte olduğunu savunan diğer bir görüşe göre, bu ifadede yer alan ‘ile’ sözcüğünü ‘olarak’ biçiminde değerlendirmek yerinde görülmelidir. Yasanın lafzından, TBMM’deki tartışmalardan, gerekçeden hareketle asıl işin bir bölümünün bölünerek alt işverene verilebilmesi için ‘işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler’ koşulunun tek bir koşul olduğu, bu tek koşulun aradaki ‘ve’, ‘ile’ bağlaçlarından da anlaşılacağı gibi bir tanesinin gerçekleşmiş olmasının yetmeyeceği, hepsinin birden gerçekleşmiş olmasının asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi için gerekli olduğu inancındayız. Üzerinde ısrarla durmamız gerekir ki; 2. maddenin yeniden görüşülerek asıl işlerin alt işverene verilebilmesi için maddeye “uzmanlık gerektiren işler” ibaresinin eklenmesindeki amaç, asıl işin bölünerek alt işverenlere verilerek yapılan istismanın

⁹⁸ Güzel, a.g.e., s. 48, 49.

önüne geçmektir. Maddenin kabul edildikten sonra yeniden görüşmeye alınıp “teknolojik nedenlerle, (buradaki virgülün yanlışlıkla yazıldığı kanısındayız. Uzmanlık gerektiren işler” ibaresinin maddeye eklenmesi aşamasında TBMM’de İşletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlıkla bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama, taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir sözleriyle gerekçelendirilerek dile getirilmiştir... Meclis tutanaklarına geçen bu irade açıklaması karşısında yasa koyucunun asıl işin bölünerek bir bölümünün alt işverene verilmesine ilişkin kendi deyimiyle kıstaslarını belirlerken özellikle bu kıstaslar arasında ‘veya’ bağlacı yerine ‘ve’, ‘ile’ bağlaçlarının bilinçli seçilmediğini ileri sürmek de olanaklı değildir.”⁹⁹

Yasada açıkça “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverene verilemez” denilmektedir. Madde ile güdülen amaç dikkate alındığında, bu ifadede yer alan “ile” sözcüğünün “olarak” biçiminde değerlendirmek yerinde olacaktır. Buradaki ölçüt bir bütündür bölünemez. Sözelimi işveren sadece “işletmenin ve işin gereği” olarak (ekonomik neden ileri sürerek) asıl işi bölüp alt işverene veremez. Bunun tersi kabul edildiğinde “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sınırlamasının hiçbir anlamı kalmaz.¹⁰⁰

SÜZEK tarafından haha önceki dönemlerde, salt maliyeti düşürme amacı gütmekle koşuluyla işin bir bölümünde “işletmenin ve işin gereği” olarak alt işverene iş verilebileceği, gerçek bir işletme gereğinin /ekonomik, teknolojik, yapısal zorunlulukların varlığıyla, bu nitelikte olmayanların birbirinden ayrılmasının uygun olacağını temsil eden görüşü savunulmuştur. Ancak son zamanlarda yaşanan toplumsal ve hukuki gelişmeler, yasadışı ve muvazaalı uygulamalar sonucunda, İŞK. 2/6 fıkrasında yer alan “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün yeniden değerlendirilmesini zorunlu kıldığı ifade edilerek, bu anlamda içinde bulunduğumuz toplumsal koşullar, yorumun, alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını mümkün olduğu kadar güçleştirici, bu alanı daraltıcı, işverenin kendi işçileri ile

⁹⁹ Sabahattin Şen, **Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi**, Çalışma ve Toplum, 2006/3, s. 48-50, Murat Özveri, **Yeni İş Yasası ve Alt İşveren Uygulaması**, Legal, 2004, S.2, s.393 vd.

¹⁰⁰ Savaş Taşkent, **Alt İşveren**, Legal, 2004, S.2, s. 364, 365.

çalışmasının asıl olduğunu göz önünde tutan yönde yapılması gerekir. Yani bu ilişkinin kurulmasında “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütü bölünmeden uygulanmalı, taşeronla iş verilmesinde hem işletmenin ve işin gereği olma hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşullarının varlığı bir arada aranmalıdır, şeklinde görüş belirtilmiştir.¹⁰¹

Yine bu yöndeki başka bir görüşe göre de kanundaki bu ölçüt, alt işverenin üstlendiği iş, işin ve işletmenin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş değil ise bu ilişki kanuna uygun olarak kurulmuş sayılmayacaktır. Maddedeki bu ifadeler son derece soyuttur ve somut olaylara uygulanmasında sorunlarla karşılaşılacağı kuşkusuzdur. Ancak maddenin bu cümlesindeki ölçüt bir bütündür; bölünemez, kanunun ifadesindeki “ile” sözcüğü “ve” veya “olarak” şeklinde anlaşılmalıdır.¹⁰²

2.7. İşin Geçici veya Sürekli Olması

Yasada asıl işveren alt işveren ilişkisinde işin süresi bakımından devamlılık unsuru aranmamıştır.¹⁰³ Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasında alt işverenin üstlendiği iş, geçici veya sürekli olabilir. Üstlenilen işin geçici, kısa veya kısa sayılabilecek bir zaman dilimini kapsamaması, örneğin diğer işverene verilen işin niteliğine göre bir hafta veya onbeş gün devam etmesi; bir promosyon işinde iki aylık yahut bir bina inşaatında 3-4 dört ay süren bir işin üstlenilmesi veya uygulamada çok sık görüldüğü üzere temizlik veya taşıma işlerinin bir yıllık süre için üstlenilmesi asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasına engel olmaz. Yargıtay önceleri bu görüşün aksini temsil etmişse de daha sonra ve 4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra bu görüşünü değiştirmiştir.¹⁰⁴ Bunun yanında, belli bir süreyle sınırlı olan ek bina yapımı, yangın merdiveni montajı ve çatı onarımı gibi işler, eser sözleşmesi veya istisna akti kapsamında sayılmakta ve üretim sürecini ilgilendirmeyen bu işler asıl işveren alt

¹⁰¹ Süzek, **a.g.e.**, s. 145.

¹⁰² Nuri Çelik, Nurşen Canıklıoğlu, Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 27. B., İstanbul 2014, s. 57., Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 5. B., İstanbul 2014, s.33

¹⁰³ Süzek, **a.g.e.**, s. 146.

¹⁰⁴ Ekonomi, **a.g.e.**, s.31.

işveren ilişkisi dışında kalmaktadır. Gerçekten Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinde asıl iş, “mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş” olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁵

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işveren verilen iş bakımından sürekli ve süreksiz iş ayrımını, İşK. madde 10’a göre “Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir” hükmüne göre yapmak doğru olamayacaktır. Zira bir işverene ait işyerinde süreksiz (30 iş günden az) bir iş üstlenilse dahi, İşK. 2/6 daki aranan şartların varlığı halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı kabul edilecektir. Örneğin bir turizm şirketi bir hafta sürecek bir kongre organizasyonunda, kongreye katılacakların ulaşım hizmetlerini de üstlenmiş olduğu halde, bu ulaşım hizmetini bir hafta süre ile bir başka işverene verdiği takdirde de asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olmalıdır.¹⁰⁶

Alt işverene bırakılan iş süreklilik arz eden yani asıl iş sürdüğü müddetçe yapılan bir iş olmalıdır. Alt işveren verilecek işin asıl işin bir bölümü yada yardımcı işlerden birisi olması önemli değildir. Önemli olan devredilen işin asıl iş sürdüğü sürece devam etmesidir. Çok kısa olmamak üzere belirli bir süre sonra sona eren işlerde de alt işveren ilişkisinin kurulabileceği, bu sürenin ise, işin yapıldığı yerde alt işveren adına ve hesabına bir işyerinin varlığından ve işçilerin münhasıran bu işte çalıştıklarından söz etmek için yeterli bir süre olması ve olayın özelliğine göre yargı organınca değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.¹⁰⁷

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2001 tarihli bir kararında bu meyanda bir içtihatla bulunmuştur. “Alt işverene ihale ile verilen işin temizlik, tahmil, taşıma ve yemek işleri gibi yardımcı işler olması da zorunlu değildir. Çalışma hayatındaki ve teknolojideki hızlı değişim ve gelişmeler yeni çalışma türleri ve şartları yarattığı için bunun doğal sonucu olarak yardımcı işler dışındaki işlerinde alt işverenlere verilebileceği kabul edilmelidir. Özellikle gelişmiş ülkelerde bu uygulamalar yaygındır. Ülkemiz

¹⁰⁵ Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁰⁶ Ekonomi, **a.g.e.**, s. 32.

¹⁰⁷ Aykaç, **a.g.e.**, s. 155.

mevzuatına göre alt işverenin üstlenebileceği işler geçici nitelikte olabileceği gibi devamlılık gösteren işler de olabilir. Alt işverenin asıl işverene ait işyerinde asıl iş veya yardımcı iş niteliğinde her türlü işi üstlenmesini engelleyen yasal bir düzenleme yoktur. Bu nedenle alt işverene ihale ile verilen işin özelliğinden hareketle muvazaa değerlendirme yapılması doğru olmaz”.¹⁰⁸

Alt işveren yönetmeliğinin 4/ç hükmünde “Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş ” olası gerektiğinden söz edilmiştir. Yasada alt işverene verilecek işin devamlılığı ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamasına karşın yönetmelikte var olan bu düzenlemenin yasayı aştığı düşünülmektedir.¹⁰⁹

2.8. Alt İşverenlik Sözleşmesi

5763 sayılı yasa ile getirilen değişiklik öncesinde alt işverenlik sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği yönünde yasal bir düzenleme bulunmamaktaydı. 5763 sayılı yasa ile 4857 sayılı İşK’nın 3. Maddesine eklenen fıkrada yazılı şekil şartından bahsedilmiştir. Yasanın gerekçesinde de, alt işverenlik ilişkisinin kötüye kullanılmasının önüne geçmek için yazılı şekil şartı getirildiği açıklanmıştır.¹¹⁰ Bundan başka Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 9. maddesinde de alt işverenlik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılacağına değinilmiştir. İşK. 3/2’ye göre “..bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür.”

AIY 9/1. Maddesine göre “Alt işverenlik sözleşmesi asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı şekilde yapılır. 9/2 “Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin

¹⁰⁸ YHGK, 14.11.2001 gün, 9-711/820, www.legalbank.net

¹⁰⁹ Aykaç, **a.g.e.**, s. 155.

¹¹⁰ Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s. 45.

üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10 uncu maddede yer alan hususların bulunması hâlinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir” denmiştir.

Yasanın aradığı şartları taşıyan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması halinde, alt işveren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarıyla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için, onun da kendi adına kurduğu bu işyeri için ayrıca bir bildirim yapma zorunluluğu getirilmiştir.¹¹¹

Kanunda ve yönetmelikte yer alan yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olmayıp sadece ispat şartı olduğu öğretide kabul edilmektedir.¹¹² Kanun alt işverenlik sözleşmesi ile, alt işverenlik ilişkisini kuran esas sözleşmeyi kastetmemektedir. Esas sözleşme, alt işverenin asıl işverene karşı taahhüdünü, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ihtiva eden, hüküm sonuçları genel hükümlere tabi bir sözleşme olup, alt işverenlik sözleşmesi bu esas sözleşmeden hukuki mahiyet itibari ile farklı bir sözleşmedir. Alt işverenlik sözleşmesi alt işverenin işyerinin tescili bakımından önem taşır ve bu sözleşmenin yapılmamış olmasının yaptırımını da işyeri bildirimini bağlamında hukuka aykırı bir durum oluşturduğu için idari para cezasından ibarettir.¹¹³

Asıl işveren alt işveren ilişkilerinde, İş Kanunu ve iş sözleşmesi hükümlerine uygunluğunu denetlemede yardımcı olabilmesi için, yazılı alt işveren sözleşmesinin bir örneğinin de bölge müdürlüğüne verilmesi öngörülmektedir. Asıl işveren alt işveren ilişkisini kuran sözleşmelerin büyük çoğunluğu eser sözleşmesi (istisna akdi), taşıma sözleşmesi veya işletme amacıyla kira sözleşmeleri olup, bunlar hakkında Borçlar Kanunu’nda belirli bir şekil, ezcümle yazılı şekil öngörülmüş değildir. Bazı kira sözleşmelerinin geçerlilik şartı olarak hükme bağlanmış olmakla beraber, bunlar istisnai halleri oluşturur. Bu nedenle İşK.m.3/2 ve 4’de belirtilen yazılı şeklin, bu kanun

¹¹¹ Fevzi Şahlanan, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, 2003 Yılı Toplantısı:2

¹¹² Tankut Cantel, **Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik**, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2008, Sayı 10, s. 5-12.

¹¹³ Mollamahmutoğlu, Astarlı, **a.g.e.**, s. 211.

uygulaması açısından getirilmiş bir düzenleme olup, geçerlilik şartı değil, bir ispat şartı olduğundan kuşku duymamak gerekir.¹¹⁴

¹¹⁴ Münir Ekonomi, **4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik**, Sicil, S. 12, 2008, s. 11.

3. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA

Buraya kadar, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında yer alan asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için gereken yasal koşullar incelenmiş bulunmaktadır. Bundan sonraki bölümde Kanunun 2. maddesinin 7. fıkrasında ifade edilen alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanması hali ve kanuna aykırılığın yaptırımını inceleme konumuzu oluşturacaktır. Muvazaa, iki tarafın iradesi ile beyanları arasında istenerek meydana getirilen uygunsuzluk halidir ve Türk Borçlar Kanununun 19/1 maddesinde düzenlenmiştir.¹¹⁵ Maddedeki ifadeye göre “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”. Bu maddeden yola çıkarak muvazaa; “tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan görünüşte yaptıkları hukuki işlemin hiç hüküm doğurmaması ya da görünüşteki işlemin arkasına gizleyip gerçek iradelerine uygun olarak gerçekleştirdikleri işlemin hükümlerini doğurması yönünde anlaşmalarıdır” şeklinde tanımlanabilir.¹¹⁶ Asıl işveren alt işveren açısından ise muvazaa, tarafların gerçekte bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurmayı amaçlamamakla birlikte, salt alt işverenin iş ilişkisinden kaynaklanan bazı yükümlülüklerden kaçması amacıyla görünürde bir alt işveren ilişkisinin kurulmasıdır.¹¹⁷

Ülkemizde son yıllarda alt işveren uygulamaları çok yaygınlık kazanmış ve bunların önemli bir kısmı, işçilerin ücretlerini düşürmek, sosyal sigortalara ilişkin yükümlülüklerden kaçınmak, sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarının kullanılmasını engellemek, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaktan kurtulmak, iş mevzuatının bazı hükümlerinin uygulanmasını önlemek için belirli sayıda işçi çalıştırma limitinin (iş güvencesi, özürülü çalıştırma gibi) altında kalmayı sağlamak amacıyla yönelik muvazaalı işlemler biçiminde ortaya çıkmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7.

¹¹⁵ Eren, Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2013, s. 349-350.

¹¹⁶ Oğuzman, M.Kemal, Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş 9. Bası**, İstanbul 2011., s.136.

¹¹⁷ Aykaç, **İş Hukukunda a.g.e.**, s. 371.

fikrasında çalışma yaşamında şikayetlere konu olan ve bu şekillerde ortaya çıkan muvazaalı alt işveren uygulamalarını önlemeye yönelik sınırlamalar getirilmiştir.¹¹⁸ Kanunun maddesine göre “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverene verilemez.” Maddedeki düzenleme dikkate alındığında, hükümde, bu güne kadar oluşmuş yargı kararlarının da göz önünde tutulmak sureti alt işveren uygulamasında en çok ortaya çıkan muvazaa hallerine yer verildiği söylenebilir. Ayrıca bu bu fıkra sadece bu haller belirtilmekle yetinilmemiş, “genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayanması” ifadesine yer verilerek bunların dışında kalan hallerde de muvazaa iddiasının ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Bunun yanında maddede yer alan sınırlamalar ile muvazaa konusunda yasal karineler getirilmek sureti ile ispat konusundaki güçlükler belirli ölçüde giderilmiş ve yargı organına muvazaalı halleri saptama konusunda kolaylık sağlanmıştır.¹¹⁹

Asıl işveren alt işveren arasındaki muvazaa hali Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinin g bendinde de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

Muvazaa:

“1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşmeyi,” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

¹¹⁸ Süzek, Sarper, **Muvazaalı a.g.e.**, s. 934.

¹¹⁹ Süzek, Sarper, **Muvazaalı a.g.e.**, s. 935.

Yönetmeliğin ifadesine bakıldığında, kanunun ifade biçiminden farklı olarak, kanunda sayılan karine hallerinin yönetmeliğin içinde muvazaanın tanımı haline dönüştüğü görülmektedir. Bu durumda kanaatimize göre yönetmelik hükümünün kanunun önüne geçtiği söylenebilecektir.

Alt İşverenlik Yönetmeliği sadece muvazaanın tanımını verekle kalmamış 12. maddesinde ise iş müfettişi tarafından yapılacak incelemede muvazaa bulunup bulunup bulunmadığına götürmeye yarayacak emarelerden söz edilmiştir.¹²⁰ Madde 12/1'e göre, 7 nci madde uyarınca tescilli yapılan işyeri için 6 ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir.

12/2'ye göre Muvazaanın incelenmesinde özellikle;

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

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

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

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

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

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

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

g) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılıp yapılmadığı, hususları göz önünde bulundurulur.

¹²⁰ Akyiğit, **Alt İşverenlik, a.g.e.**, s. 109.

3.1. Muvazaa Bağlamında Yasal Karine Sayılan Haller

3.1.1. Genel Olarak

İşverenin, yürütmekte olduğu asıl işi yahut da asıl işe yardımcı işlerini kısmen veya tamamen bir başka işverene devrederek yaptırması, yani asıl işveren alt işveren ilişkisi, çağdaş işletmecilik ve teknolojik gelişmelerin bir sonucu ve gereği olarak ortaya çıkmıştır. Sözleşme serbestisi ilkesi gereği bu ilişkinin kurulması günümüzde engellenemeyeceğinden, işçinin haklarının korunarak bu müessesinin kurulmasına ve sürdürülmesine olanak tanımak gerektiği ortadadır.¹²¹ Alt işveren ilişkisinin en temelde bir borç ilişkisi olduğu düşünülürse, burada borçlar hukuku genel prensiplerinin hakim olduğu düşünülebilir. Borçlar hukukunun en karakteristik özelliği borç ilişkisine yansımaları açısından irade özerkliği, dolayısıyla sözleşme serbestisidir. Ancak çağdaş hukuk düzenlerinde hiç bir özgürlük sınırsız değildir ve¹²² iş hukuku alanına giren bu konuda ise işçi ve işverenin zıt menfaatleri açısından akit serbestisi sınırlandırılmıştır.¹²³

1475 sayılı kanun döneminde asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması ve sürdürülmesini engelleyecek herhangi bir hüküm mevcut değildi. Ancak kanun koyucu 4857 sayılı yasa döneminde yargı ve doktrinin üzerinde görüş birliğine vardığı bu suistimal yollarının önüne geçebilmek amacıyla asıl işveren alt işveren ilişkisine bir takım sınırlamalar getirmiştir.¹²⁴

4857 sayılı İşK madde 2/6 fıkrasındaki “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş

¹²¹ Kadir Arıcı, **Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu**, İktisat Fakültesi Mecmuası. 2005. C. 55. S.1, s. 495.

¹²² Aydın, **a.g.e.**, s. 255.

¹²³ Münir, Ekonomi, **Çalışma Hayatında Esneklik**, Kasım 1994, s. 61.

¹²⁴ Arıcı, **a.g.e.**, s. 495.

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” hükmüyle yasa koyucu; geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurucu unsurları olan, asıl işveren alt işveren ilişkisini tanımlamış, hangi işlerde ve hangi koşullarda alt işverene iş verilebileceğinden bahsetmiş, son olarak asıl işverenin ve alt işverenin bu kapsamda çalışan işçilerin alacaklarına karşı sorumluluklarının kapsam ve niteliğini açıklamıştır.

İşK madde 2/7 deki “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” hükmüyle ise, asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin kimlerle kurulamayacağını ve yasada sayılan işler dışında alt işverene iş verilemeyeceği ifade edilmiştir.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 4. maddesinde de asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması için gereken şartlardan bahsedilmiştir. Yönetmeliğin 4. maddesinin d bendinde “Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez” hükmü de bu ilişkinin kurulmasına dair yasa ile paralellik arz eden bir hususa değinmiştir.

Ancak ilk bakışta yönetmeliğin bu hükmünün yasada yer alan hüküm ile paralellik arz düşünülse de, yönetmelik hükmünün yasadaki sınırlamayı dolanmaya elverişli bir niteliği olduğu söylenebilir. Örneğin, daha önce o işyerinde çalışmış bir kişi, yanına bir başkasını alarak bir adi şirket kurarak alt işveren olarak iş alabilecektir.¹²⁵ Alt işveren

¹²⁵ Sarper Süzek, **Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi**, Legal, 2010, S. 27, s. 938.

ilişkisi, iş yaşamında her zaman kanunda bahsedilen ölçülere uygun bir şekilde uygulanmamış, bazen belki de çoğu zaman işçi hakları aleyhine kullanılabilmiştir. Kanun koyucu işçilerin korunması ve bu alandaki muvazaalı işlemlerin önlenmesi amacı ile bu ilişkinin kurulmasına sınırlamalar getirmiştir. Düzenlemenin yasal düzeyde yapılmasında, yargı içtihatları ile sağlanmaya çalışılan korumanın, kanunla gerçekleştirilmesi isteği de rol oynamıştır.¹²⁶

3.1.2. Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşverence Çalıştırılması Halinde Haklarının Kısıtlanamayacağı

Kanunun 2/7 fıkrasında “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz..” hükmüne yer verilmiştir. Kanundaki ifade dikkate alındığında daha önce asıl işveren işçisi olan bir işçinin alt işveren tarafından işe alınarak asıl işverenin işyerinde çalıştırılmasının yasaklanmadığı, ancak haklarının kısıtlanmasının yasaklandığı anlaşılmaktadır.¹²⁷ Başka deyişle burada, alt işverenin asıl işverenin işçilerini işe alması değil, işe alınan işçilerin haklarının kısıtlanması yasaklanmıştır. Alt işveren asıl işverenin işçilerini işe alabilir fakat bu şekilde işçilerin haklarını kısıtlayamaz. Örneğin asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak ücretlerinin düşürülmesi, çalışma saatlerinin artırılması, çalışma koşullarının işçinin aleyhine olacak şekilde ve işçinin rızasının alınmadan değiştirilmesi gibi durumlarda muvazaanın varlığı kabul edilebilir¹²⁸ dolayısı ile yasa hükmü mümkün olduğu ölçüde Anayasaya uygun sonuç doğuracak şekilde yorumlanmalı ve burada yasanın amacının muvazaalı uygulamaları önlemek olduğu düşünülmelidir.¹²⁹

¹²⁶ Kadir Arıcı, **a.g.e.**, s. 494.

¹²⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s. 70., Mollamahmutoğlu, Astrarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 233.

¹²⁸ Şen, Naneci, **a.g.e.**, s. 36.

¹²⁹ Süzek, **a.g.e.**, s. 158.

Yasa koyucu uygulamada en çok karşılaşılan hallere yasada yer vermek sureti ile bunları aksi kanıtlanabilen adi karine olarak kabul etmiştir. Dolayısı bizim de katıldığımız görüşe göre ile bu hükümden muvazaaya dayanmayan, iyi niyetli alt işveren uygulamalarının önüne geçerek bunların da yasaklanmış olacağı yorumlarına ulaşılmaması gerekmektedir.¹³⁰

Madde hükmünün ilk kısmındaki “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz” ifadesinden, işçinin, asıl işveren işçisi olarak çalışmasına devam ederken, işten çıkartılarak alt işveren tarafından işe alınmak sureti ile çalıştırılmaya devam edilmesi halinde, işçi haklarının kısıtlanmasının aracı olamayacağı, işçinin asıl işveren nezdinde çalışırken sahip olduğu ücret, toplu iş sözleşmesi hakkı, kıdem ve benzeri haklarının korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.¹³¹ Daha önce asıl işverenin işçisi konumundaki kişilerin alt işveren tarafından işe alınıp çalıştırılmaya devam ettirilmesinin her durumda hak kısıtlamasına neden olduğu ve yasal düzenleme ile bunun önlenmesi amaçlanmıştır.¹³²

Yargıtay verdiği bir kararda, işçinin alt işverene devredilen iş kapsamında asıl işverene ait işyerinde düşük maaşla çalıştırılmaya devam ettirilmesinin muvazaa olduğuna hükmetmiştir. “...davacının, davalı işyerinde çalışırken temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği ve ertesi gün taşeron şirket tarafından düşük maaşla çalıştırılmaya başlandığı anlaşılmaktadır. Asıl işveren tarafından iş akdi feshedilen işçinin alt işveren tarafından çalıştırılmaya devam edilmesi halinde işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılır. Taşeron nezdinde çalışma feshin geçersizliğinin tespiti davası açmaya engel teşkil etmez. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VII. maddesi uyarınca, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek.....”¹³³

¹³⁰ Süzek, **Muvazaalı Alt İşveren**, a.g.e., s. 938.

¹³¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s. 233., Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s. 34., Süzek, a.g.e., s.157. Taşkent, **Alt İşveren**, Legal, S. 2, s. 365.

¹³² Çelik, a.g.e., s. 53.

¹³³ 9.HD.,11.7.2005 gün, 18822 /24469, www.kazancihukuk.com

Kanunun bu hükmü ile uygulamada sıklık ile rastlanılan işverenin bir işçisine işin bir bölümünü ihale etmiş gibi göstererek diğer işçileri de alt işveren işçisi gibi bildirmek sureti ile kurulan alt işveren ilişkilerinin önüne geçilmiştir.¹³⁴ 1475 sayılı yasa döneminde bu tür uygulamalar, Yargıtay tarafından muvazaa ya da kanuna karşı hile kabul edilerek işçiler, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmaktaydı. 4857 sayılı iş yasasında ise madde 2/7 fıkra hükmü ile bu şekilde gerçekleştirilmek istenen asıl işveren alt işveren ilişkilerini yasal zeminde bir sınırlamaya bağlamıştır. Bu kuralın temel amacı incelendiğinde ise, hak kısıtlaması olmaması koşuluyla, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılabileceği yönünde bir yorum elverişli görünmektedir.¹³⁵

Kanun maddesinde geçen “hakları kısıtlanamaz” ifadesinin içeriğinin ortaya konulması ve işçinin hakların kısıtlanmasından ne anlaşılacağı önem taşımakta ve irdelenmesi gerekmektedir. İşçinin ücretinde azalma ya da iş şartlarının farklılaştırılması vb. somut bir kısıtlama halinin varlığı mı aranmalıdır yoksa işçinin ileride doğabilecek tazminat haklarında bazı azalmalar da bu kapsamda değerlendirilebilir mi? Kanunun amacının işçinin asıl işveren nezdindeki haklarının korunmak istenmesi olduğuna göre doğmuş ya da doğacak her türlü kısıtlama bu kapsamda değerlendirilmelidir. Doğabilecek hak kavramı geniş tutulmalı ve belirsiz bir sonuç taşımamalıdır. İşçinin asıl işverene ait işyerinde çalışması durumunda yıl sonunda kazanacağı başarı primi, buna örnek olarak verilebilir. Bu hak alt işverene devir halinde de gerçekleşebilecek bir unsurdur. Yine asıl işverene ait işyerinde sendikanın yetki aldığı bir süreç içinde, işçilerin ileride imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının önüne geçilmesi de, kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonucunda ortaya çıkabilir.¹³⁶ Dolayısı yasada geçen “hakları kısıtlanamaz” ifadesi, işçinin alt işverene devri anında doğmamış olmakla birlikte asıl işverene ait işyerinde çalışmış olsaydı gerçekleşebilecek olan haklarıyla sınırlı olarak anlaşılmalıdır.¹³⁷

¹³⁴ Çil, **a.g.e.**, s. 61.

¹³⁵ Güzel, **İşveren Müfettişleri... a.g.e.**, s. 47.

¹³⁶ Çil, **a.g.e.**, s. 19.

¹³⁷ Şen, Naneci, **a.g.e.**, s. 36.

İşçinin iş güvencesinden yararlanma hakkını ortadan kaldırmak yada işyerinde iş hekimi çalıştırma zorunluluğundan kurtulabilmek için işyerinin alt işverenlere bölünmesi gibi, sosyal haklar ve yıllık izin ücretinin düşürülmesi uygulamaları da hak kısıtlaması olarak değerlendirilmelidir.¹³⁸ Yargıtay bir kararında, kamu kurumunda çalışan ve 6772 sayılı yasadan yararlanarak ilave tediye alan bir işçinin alt işverene verilen bir işte çalıştırılmaya başlanmasını, ilave tediye alacağından mahrum kalması sebebi ile haklarda kısıtlama olarak değerlendirmiştir.¹³⁹

Başka bir kararda Yargıtay, “Mahkemece davacının yardımcı işte çalıştırılması nedeni ile davacı açısından davalılar arasındaki asıl-alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca kabul edilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Ancak taraf davacı alt işveren olan diğer davalının kayıt üzerinde görüldüğünü, işe asıl işveren tarafından alt işveren işçilerinin alındığını, davalılar arasındaki sözleşmenin genel muvazaâ kriterlerine göre muvazaalı olduğunu iddia etmiştir. Davacı tarafın bu iddiası üzerinde durulmamıştır. Bu nedenle mahkemece yapılan alt işverenlik sözleşmelerinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılıp yapılmadığı, alt işverenin işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olup olmadığı, kısaca alt işveren uygulamasının işçilik teminine yönelik olup olmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmeliydi.” hükmüne varmıştır.¹⁴⁰

Bununla beraber asıl işverenin işçisi olma sıfatını herhangi bir şekilde kaybetmiş olan işçinin hiçbir şekilde alt işverenin işçisi olamayacağı yönünde bir yorum yapılmamalıdır. Kanun koyucunun amacının, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasından sonra asıl işverenin işçisi olma sıfatı devam eden işçinin alt işveren tarafından işe alınması yoluyla haklarının kısıtlanmasını engellemektir. Yani daha

¹³⁸ Aykaç, **a.g.e.**, s. 125., Ekonomi, **a.g.e.**, s. 36.

¹³⁹ Şahin, Çil, **a.g.e.**, s. 32-33, 9. HD., 2.4.2006 gün 2006/35368 E, 2007/8918 K

¹⁴⁰ 9.HD., 14.4.2014 gün, 5804/12363, (<http://www.toprakisveren.org.tr/2014-103-purenkunt.pdf>)

önce asıl işveren işçisi olmaktan çıkmış bir işçinin alt işveren tarafından işe alınmasında bir sakınca bulunmamalıdır. Ancak alt işverenliğin kurulmasından çok kısa bir süre önce asıl işverenin işçisi olmaktan çıkmışsa bu durumda muvazaa hali göz önüne alınmalı ve mevcut olayın özelliklerine göre hüküm kurulmalıdır.¹⁴¹

Öğretide İş Kanununun 2/7 fıkrasının bu hükmünün girişim ve sözleşme özgürlüğünü engeller mahiyette olduğu kabul edilmektedir bu nedenle yasanın bu katı düzenlemesinin yine yasa hükümleri çerçevesinde esnetilebileceği kabul edilmelidir. Örneğin, asıl işverenin işçilerinin “haklarının kısıtlanması” kavramı dar yorumlanarak işlem anında ve doğrudan bir hak sınırlandırması olarak anlaşılabilir. Bu şekilde daha çok asıl işveren alt işveren ilişkisine geçerlik tanımak şeklinde sonuca gidilebilir. Yine ilgili fıkarda yer alan “..çalışmaya devam ettirilmesi..” kavramı arada kesinti olmaksızın asıl işverenin işçilerinin alt işveren nezdinde çalışmaya başlaması şeklinde değerlendirilebilir ve yıllar önce asıl işveren işçisi olarak çalışmış bir işçinin daha sonra alt işveren işçisi olarak çalışmasının yasaklanmadığı kabul edilebilir.¹⁴²

Madde hükmünün katı uygulaması neticesinde, yüzlerce işçi çalıştıran bir alt işverenin, usulüne uygun olarak bu ilişkinin kurulmasından sonra asıl işverenin önceki bir işçisini iş aldığı anda, kurulan bu asıl işveren alt işveren ilişkisinin baştan itibaren bundan etkilenebileceği söylenebilir. Bu halde alt işverenin işe alacağı tüm işçiler yönünden ciddi bir araştırma yapması ve bunu tespit ederek asıl işverenin önceki bir işçisi ile iş ilişkisine girmemek gibi bir yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Bu ve benzeri durumlarda yasanın amacı olan işçinin haklarının kısıtlanmama ölçüsü devreye sokularak işçi lehine yorum yapılmak sureti ile sonuca gidilmelidir.¹⁴³

Yargıtay’a göre “büyük çoğunluğu kendi işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumu alt işveren ilişkisini

¹⁴¹ Arslanoğlu, **a.g.e.**, s. 124-125.

¹⁴² Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁴³ **a.g.e.**, s. 35.

muvazaalı hale getirmemelidir. Hatta işe alınan az sayıdaki asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanmış olması da sonuca etkili değildir”¹⁴⁴

Öğretide, Yasanın 6. maddesinde yer alan, işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği düzenlemesi ile asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmaması yolundaki düzenlemenin çelişki yarattığı ileri sürülmüştür. Başka bir deyişle işyerinin bir bölümünün alt işverene devri, çoğunlukla işyerinin kısmen devri niteliğindedir ve Yasa bir yandan işyerinin kısmen devrine bağlı olarak iş sözleşmelerinin feshini yasaklamakta, diğer yandan bu kısımda çalışan işçilerin alt işveren işçisi olarak çalışmasına izin vermemektedir görüşü ileri sürülmüştür. Ancak, İşK.m.2 anlamında alt işverene iş verilmesi olgusu ile madde 6 anlamında bir bölümünün de olsa işyerinin başka bir işverene devri, birbirinden bağımsız hukuki işletmelerdir. İşyerinin devri halinde devreden ve devralan arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olmayacaktır. Çünkü işyerinin devredilen kısmı artık yeni işverene geçmiştir ve bu yer açısından başkasına iş verdiği söylenen devreden işverenin işverenlik sıfatı bulunmamaktadır. İşyerinin devredilen bölümünde çalışan işçiler, asıl işveren alt işveren ilişkisinden farklı olarak, işyerinin devri halinde iş ilişkisinin işveren tarafı kanunen değişmekte olduğundan sadece tek bir işveren olan devralan işveren yararına çalışmaktadırlar. Dolayısı ile Yasanın anılan maddeleri arasında bir çatışma bulunmamaktadır.¹⁴⁵

3.1.3. Asıl İşveren Yanında Çalışmış Olanla Alt İşveren İlişkisinin

Kurulamaması

4857 sayılı kanunla asıl işveren alt işveren ilişkisine getirilen diğer bir sınırlama kanununun 2/7 fıkrasında yer alan “...veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz” ifadesidir. Bu ifadeye göre anlaşılması gereken, daha önce o

¹⁴⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı, **a.g.e.**, s. 201., Y.9.HD. 15.5.2006 gün, 11741/14066

¹⁴⁵ Güzel, **a.g.e.**, s. 57-58., Mollamahmutoğlu, Astarlı, **a.g.e.**, s. 204, 210.

işyerinde çalıştırılan gerçek kişi¹⁴⁶ işçi ile alt işverenlik ilişkisinin kurulamamasıdır. Bu hüküm, uygulamada çok sık rastlanan asıl işveren işçisinin muvazaa ile alt işveren olarak gösterilmesini engellemeye matuftur. Bu bağlamda, işyerinde çalıştırılan kimsenin işten ayrılıp daha sonra sağladığı işçilerle işi yürütmesi ve bu yolla işyerinde sendikası ve ucuz işçi çalıştırılmasının önüne set çekilmek istenmektedir. Bu gerekçe ile madde hükmünün, emredici nitelikte yasak olarak değil, aksi ispatlanabilen bir yasal karine olarak görülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁴⁷

İşverenlerin eskiden bu yola gitmelerinin sebebi, birlikte sorumluluk dolayısı ile alt işverenin işlemlerini yasalara uygunluk yönüyle denetlemek zorunda olmaları nedeniyle işyerinde çalışan ve kendisi için güvenilir bulduğu kişiyi alt işveren olarak seçmeleriydi. 4857 sayılı kanundaki düzenleme ile sadece iyi niyetli böyle bir uygulama değil, Anayasanın 48. maddesinde geçen girişim, çalışma ve sözleşme özgürlüğü de engellenmiş olmaktadır. İşverenin buna aykırı davrandığı durumlarda olayın aksi kanıtlanabilen kanuni karine olduğu kabul edilirse, bunun işverence kanıtlanabilmesindeki zorluk nedeniyle ağır kayıplar verilmesi sonucu ortaya çıkabilir. Bu durum karşısında kapalı ve mutlak emredici nitelikte gözükken bu isabetsiz yasal düzenlemenin kaldırılması gerektiği¹⁴⁸ ve yine aynı endişelerle madde metninde geçen “..veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz” ifadesinin mutlak yasak olarak uygulanmaması, uyuşmazlığa konu her olayda mevcut koşulların değerlendirilmesi ile muvazaa var veya yok şeklinde hüküm vermek gerektiği ileri sürülmüştür. Bunun aksi düşünüldüğünde örnek olarak, asıl işverenin bir işçisi emekli olduktan sonra ya da işyerinden ayrıldıktan sonra ustalığı alanında firma kurarak bağımsız çalışmaya başlayan işçinin eski işverenin işyerinde yapmış olduğu iş ile ilgili olarak asıl işverenden alt işveren sıfatıyla iş alamayacaktır. Bu durumun da sözleşme ve çalışma özgürlüğüne açıkça aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur.¹⁴⁹

Bu görüşlerin yanında madde hükmünün mutlak ve emredici olduğu da savunulmuştur. GÜZEL’e göre “anılan hüküm herhangi bir süre veya istisna sınırlaması

¹⁴⁶ Akyiğit, **a.g.e.**, s. 55.

¹⁴⁷ Şen, Naneci, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁴⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**,s.71.

¹⁴⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 234.

içermemektedir. Zira söz konusu hükmün kanuna konuluş gerekçesi düzenlemenin isabetliliğini ortaya koymada yeterlidir. Belirtildiği gibi bu gerekçe işverenlerin daha önce kendi işçileri olarak çalışan birisini görünürde alt işveren tayin ederek alt işverenliği ucuz işçilik ve sendikasızlaştırmanın bir aracı olarak çok yaygın bir biçimde kullanmalarındır”. Ancak yazarın maddenin uygulanması yönündeki görüşleri bu olsa da olması gereken açısından yaptığı yorum ise, “alt işverenin asıl işverenin işyerinde iki üç yıl önce çalışmış bir işçi olmasının alt işverenliğe engel olmaması gerektiği” yönündedir. Fakat belirtildiği gibi yasanın mutlak emrediciliğinin bu tür bir yorumu izin vermediği görüşü ileri sürülmektedir.¹⁵⁰

Yasadaki ifade ile alt işverenin daha önce “... o işyerinde çalışan..” kimse olamayacağı düzenlenmiştir. İfadede geçen “işyeri” kavramı ile işçinin, işverenin alt işverene iş verilen yerinde çalışması şartı vurgulanmak istenmiştir. Yoksa işçinin daha önce işverenin başka işyerinde çalışmış olması halinde yasadaki şart gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Aynı yerde geçen “çalışan” kavramı da iş sözleşmesi kapsamında çalışanları kapsamalıdır. Öğretide işyerinde yönetici olarak veya şirket ortağı olarak çalışanlar ile geçici iş ilişkisi kapsamında çalışanlar, kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışanların yasadaki “çalışan” kapsamı dışında tutulması ileri sürülmüşse de işverenle iş ilişkisi bulunmayan şirket ortağı ile memur veya sözleşmeli personel olarak çalışanlar dışındaki tüm çalışanlar bu kapsamda düşünülmelidir.¹⁵¹ Çırakların yasada işçi sayısına dahil edilmeyeceği açıkça belirtildiğinden, bunların “çalışan” kavramı dışında olduğu kabul edilmelidir.¹⁵²

Bunun karşısında “çalışan” ifadesinin sadece işçilikle sınırlı olmadığı, yasada bu tür bir sınırlamaya dair bir ifade olmadığı, dolayısı ile asıl işverenin işyerinde olduğu gibi kamu işyerlerinde memur veya sözleşmeli personel gibi idare hukukuna ait bir sıfatla oranın personeli olarak çalışmış olmanın da alt işverenliğe engel oluşturacağı savunulmuştur.¹⁵³

¹⁵⁰ Aykaç, **a.g.e.**, s. 378-379.

¹⁵¹ Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁵² Akyigit, **a.g.e.**, s. 55.

¹⁵³ **a.g.e.**, s. 55.

İşyerinde daha önce çalışan bir işçinin işyerinden ayrılmasının ardından bir şirketin ortağı olması ve bu tüzel kişinin alt işveren sıfatıyla işyerinden iş alması, maddeden anlaşıldığı kadarıyla yasaklanmış olmamalıdır. Ancak öğretilerde belirtildiği üzere, burada şirketin faaliyet alanı, kuruluş tarihi gibi hususlar dikkate alınarak muvazaanın olgusunun irdelenmesi gerekecektir.¹⁵⁴

Yargıtay bir kararında, işverenin işçisine alt işveren olarak iş verdiği bir olayda “Davacı, dilekçesinde davalılardan TKS AŞ. işyerinde adı geçen işverenin işçisi olarak çalıştığını, işyerinde daha önce işçi olarak çalışan ÖO isimli şahsın muvazaalı şekilde alt işveren olarak gösterildiğini, ÖO'nun işveren olmadığını, 5.11.2003 tarihinde ÖO tarafından yapılan önel vermek suretiyle hizmet akdinin feshi ile ilgili tebligatın geçerli olmadığını, işveren olarak TKS A.Ş. tarafından fesih ile ilgili bir tebligat olmadığını, 31-12.2003 tarihinde işyerine alınmamak sureti ile fiilen hizmet akdinin işveren anonim şirket tarafından sona erdirildiğini iddia ederek feshin geçersizliğini ve işe iadesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, muvazaanın konusundaki deliller toplanmadan yazılı şekilde ret kararı verilmesi hatalıdır. T. Holding AŞ Hukuk Müşavirliğince Ö.O'ya yazılan .11.2003 tarihli ve 29500 sayılı noter ihtarnamesindeki açıklamalardan aralarındaki alt işverenlik sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanununun getirdiği hükümler nedeniyle yenilenmeyeceği bildirilmiştir. Gerek bu açıklamalardan ve gerekse taraflar arasında yapılan sözleşmelerden işin bir bölümünün verilmesi niteliğinde olmayıp işçi temin etmek mahiyetinde olduğu izlenimini vermektedir. Ö.O'nun, AŞ'nin eski bir işçisi olması da dikkat çekicidir. Öncelikle bu deliller hep birlikte değerlendirilmeli, davalılar arasında muvazaanın mevcut olup olmadığı kesin olarak saptanmalıdır” şeklinde hüküm kurmuştur.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Arslanoğlu, **a.g.e.**, s. 116

¹⁵⁵ Fevzi Şahlanan, **Alt İşveren İşçisinin İşe İade Davası Karar İncelemesi**, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenler Sendikası Aylık Dergisi, 2004, S. 300, <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/aralik/hukuk.html>

3.1.4. İşletme ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşler Dışında Asıl İşin Bölünememesi

Asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında en çok ihlal yaratan uygulamalardan birisi de asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi olmuştur. Yargıtay bu konuda henüz yasal düzenleme olmadığı dönemlerde muvazaaya dayanarak uyumsuzluklara olumlu yönde çözümlenmişse de¹⁵⁶ yasa koyucu 4857 sayılı yasanın 2/7 fıkrasının son cümlesinde “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” hükmü ile bu kapsamda getirilen sınırlamayı maddeleştirmiştir. Böylece asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi halinde o işin aynı bölümünde bir kısım asıl işverenin işçilerinin, bir kısım da alt işveren işçilerinin muvazaalı olarak çalıştırılmasına olanak kalmamıştır.¹⁵⁷

Bu konuda asıl iş kavramı ile ilgili olarak, işyerinde yürütülen asıl iş bir bütün oluşturuyorsa diğer bir deyişle hizmet üretimi bölümlere ayrılacak nitelikte olmayıp tek bir süreçten ibaretse ve üretim bütünlüğü bozulmadan bölünemiyorsa bu halde asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceğini söylemek gerekir. Ancak asıl işi oluşturan mal veya hizmet üretimi birbirini izleyen veya tamamlayan süreçlerden, örneğin ipliğin üretimi, boyanması, kumaş olarak dokunması gibi bölümlerden oluşuyorsa, işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle de uzmanlık gerektiriyorsa İşK. madde 2/7 son cümleye göre asıl işin bir bölümü veya bazı bölümleri alt işveren verilebilir.¹⁵⁸

Böyle bir durumda işveren, işin her bir bölümünü kapsayacak şekilde olmak üzere alt işverene veremez. Örneğin işveren, sendikanın toplu iş sözleşmesi için gerekli çoğunluğu sağlamasını engellemek amacıyla, işyerinin her bir bölümünü görünüşte farklı işverenlere verebilir. Bu durum alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için işyerinde

¹⁵⁶ Çelik, **a.g.e.**, s. 55.

¹⁵⁷ Çelik, **a.g.e.**, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s. 71,72., Aykaç, **a.g.e.**, s. 399.

¹⁵⁸ Süzek, **a.g.e.**, s. 158.

asıl işverenin de işçi çalıştırması koşuluna ve asıl işin bölünerek alt işverene verilmesini yasaklayan İşK. madde 2/7 son cümleye aykırıdır.¹⁵⁹

Asıl işin bölünmemesi, madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, aynı işin içerisinde hem alt işveren hem de asıl işveren işçilerinin çalıştırılmamasını, aynı bölümde artık asıl işverenin işçi çalıştıramamasını ifade eder. Bununla beraber bazı istisnai durumlarda ise yasaya aykırılık iddia edilmemelidir. Örneğin, teknolojik uzmanlık gereği işi alt işverene iş veren bir asıl işveren, bu uzmanlığın öğrenilmesi bakımından kendi işçilerinden belli sayıdaki kısmını belli bir süre ile bu işte çalıştırabilmelidir.¹⁶⁰

Yargıtay bu konuyla ilgili olarak önüne gelen bir dosyada “İş Kanununun 2. maddesinde getirilen kural asıl işin bölünerek alt işverene verilmemesidir. Ancak asıl işin bir bölümünün “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” olması halinde alt işverene verilmesi olasıdır. Bu koşullar asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlarını oluşturmakta olup bu sınırların aşılması durumunda diğer bir deyişle alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçileri olarak işlem görecekları hükme bağlanmıştır.....

.....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 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” şeklinde hüküm kurmuştur.¹⁶¹

¹⁵⁹ a.g.e., s. 159.

¹⁶⁰ Aykaç, a.g.e., s. 402, 407., İnciroğlu, **Yeni İş Hukuku ...a.g.e.**, s. 42, Şakar, **İş Kanunu Yorumu, a.g.e.**, s. 44.

¹⁶¹ Y.9.HD. 10.4.2008 gün, 12851/8003, Çalışma ve Toplum, 2008, S. 3, s. 212, 213.

Yasanın gerekçesindeki “aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştıramayacağı, işçilerin bölünme sureti ile bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesinde madde düzenlemelerinin imkan vermediği” ifadesinden, işin ancak bir bütün olarak alt işverene verilebileceği anlaşılmaktadır. 4857 sayılı yasaya böyle bir hüküm konulmasının amacı önceki yasa döneminde asıl işin bölümlerinde hem asıl işveren hem de alt işveren işçilerinin bir arada çalıştırılması ile ortaya çıkan ücret, ek ödeme ve sosyal yardımlar bakımından ortaya çıkan adaletsiz uygulamaların önüne geçilmek istenmesidir.¹⁶² Bu nedenle işyerinde yapılan mal veya hizmet üretiminin bölünerek alt işverene veya alt işverenlere verilebilmesi yoluna ancak istisnai durumlarda başvurulmalıdır. Bu istisnai durum da işin bölünmesinde teknolojik nedenlerle uzmanlık gereğinin varlığıdır.¹⁶³

Yargıtay asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi ile ilgili verdiği bir kararında “Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümünün teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Yasanın 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 11 inci maddesinde de yukarıdaki anlatımlara paralel biçimde, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi” şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiğini” belirtmiştir.”¹⁶⁴ Kanunda öngörülen bu sınırlamaların sadece asıl işin alt işverene verilmesi bakımından geçerli olduğu, yardımcı işin alt işverene verilmesi açısından herhangi bir sınırlama olmadığı daha önceki bölümlerde anlatılmıştır.

¹⁶² Süzek, **a.g.e.**,s. 159.

¹⁶³ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **a.g.e.**, s. 33, 34.

¹⁶⁴ Y.9.HD., 10.2.2014 gün, 2011/54312, 2014/3884, Legal, 2014, C. 11/S. 41, s. 175,176

3.2. Genel Olarak Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Muvazaalı Olması

Asıl işveren alt işveren arasında ortaya çıkabilecek muvazaalı halleri İş Kanunu 2/7 de sayılan hallerle sınırlı değildir. Bu husus maddede geçen “aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek” ifadesi ile dile getirilmiştir ve bu maddede geçen hallerin dışında genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının iddia ve ispat edilmesi mümkündür. Bu halde görünürde bir ilişki kurulmakla beraber gerçekte tarafların amacı alt işverenin işçilerine karşı asıl işverenin işveren sıfatını devam ettirmesidir. Bu nedenle her ne kadar alt işveren işçilerin işvereni gibi görünüyorsa da, asıl işveren, yönetim hakkını kullanıyor, ücret ve çalışma koşullarını belirliyor, iş sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getiriyor, söz konusu işçileri işe alıp işten çıkartıyorsa olayda muvazaalı alt işveren ilişkisinin ölçütlerinin varlığı kabul edilir.¹⁶⁵

3.2.1. Alt İşverenin Değişmesine Rağmen İşçilerin Aynı İş Yapmayı Sürdüremeleri

Uygulamada bazı işverenler işyerini devretmeden, işyerinde kendi işçi sayısını en aza indirmek veya tamamen kendine bağlı işçi çalıştırmadan işyerini bölümlere ayırarak işleri alt işverene vermektedirler. Bu şekilde işyerlerinde alt işveren tarafından yerine getirilen işe ait sözleşmenin süresinin bitmesinden dolayı alt işverenler değişmesine rağmen işyerinde çalışan işçiler çalışmalarına aralıksız olarak devam etmekte, yeni alt işveren geldiğinde işçiler bu yeni alt işverene iş sözleşmesi ile hukuken bağlanmaktadır. Bu yolla işyerinin sahibi olan asıl işveren, gerçekte alt işverene iş vermek istememekte sadece çalışan işçilerin işçilik haklarını asgari ücrete endeksli olarak ödemeye devam edebilmektedir. Bunun yanında asıl işveren toplu iş sözleşmesinin yapılmasının da önüne geçmek yahut kendisinin taraf olduğu iş sözleşmesinin kapsamını daraltmak istemektedir.¹⁶⁶ Doktrinde isabetli olarak kabul edildiği üzere bu gibi hallerde gerçek bir işveren değişikliğinden bahsedilemeyecek ve

¹⁶⁵ Süzek, **İş Hukuku, a.g.e.**, s.160-161.

¹⁶⁶ Aydınli, **Alt İşveren .. a.g.e.**, s. 296.

alt işveren uygulaması kapsamında çalışan işçiler asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecektir. Ancak bu durum tek başına bir muvazaalı ölçüsü olarak kabul edilmemeli olaydaki diğer olgularla beraber, örneğin sözleşmelerin feshi, ücretlerin tespiti vb gibi konulardaki yetkiler işyerinin sahibi durumundaki işverende toplanıyorsa, her türlü araç ve gereç onun tarafından sağlanıyorsa bu durumların varlığı halinde muvazaadan bahsetmek gerekecektir.¹⁶⁷

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

Uygulamada asıl işverenden iş alan bir başka işverenin, aldığı işte işçi çalıştırmayıp alınan işi bir başka işverene verdiği durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu durumda ilk defa işi alan işveren aldığı işte işçi çalıştırmadığı için alt işveren olmamakta, buna bağlı olarak verilen iş bakımından işin sahibi olan işverende asıl işveren olmamaktadır. Bunun yanında işi alan kişi ilk ilişkide işçi çalıştırmadığı için alt işveren olmadığı gibi, aynı özellik gereği işi başkasına devrettiğinde de asıl işveren sıfatını kazanmamaktadır. Böylece işi alan ilk işveren asıl işveren olmaktan doğan müteselsil sorumluluktan kurtulmuş olabilmektedirler. Doktrinde bu durum muvazaalı sayılmıştır. İlk alt işveren sözleşmesi görünürdeki işlem olup muvazaalı olduğu için geçersizdir. Görünürdeki işlemin altında yatan gizli işlem ise işi alan ikinci işverenle işin sahibi arasındaki alt işveren ilişkisidir. İlk işi veren ise işçi çalıştıran işverenin asıl işverenidir. İlk alt işveren ise işi başkasına vermesi ile hem alt işverenlik sıfatını yitirecek hemde asıl işveren statüsünde olmadığından hiçbir türlü müteselsil sorumluluk ile bağlanamayacaktır. Böylece işte çalışan işçilerin haklarından kanun gereği ilk işverenin asıl işveren sayılıp bu işverenle işçi çalıştıran işverenin müteselsil sorumlu oldukları sonucuna varılmalıdır.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Aykaç, **İş Hukukunda.. a.g.e.**, s. 409,410.

¹⁶⁸ Aydınli, **a.g.e.**, s. 289, Canbolat, **a.g.e.**, s. 28, 29.

3.2.3. İşçi Temini Sözleşmesinin Alt İşveren İlişkisi Olarak Gösterilmesi

İşverenlerin, gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak gösterme, böylece alt işveren işçisi olarak gösterilen işçilerin daha düşük ücretle ve daha ağır çalışma koşullarında çalıştırılma yoluna gittikleri görülebilmektedir. Bu gibi hallerde alt işveren sözleşmesinin muvazaalı olduğu ve işçilerin asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilmelidir.¹⁶⁹

3.2.4. Asıl İşveren Sifatının Bulunmaması

İşK. 2/1 de işverenin tanımı yapılmıştır. Buna göre “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren” denir. Dolayısı ile bu kapsamda asıl işverenin işveren sıfatı, alt işveren ilişkisinin unsurlarında da belirtildiği gibi, mal veya hizmet üretimi yapılan bir işyeri olan kişinin, bu işyerinde sadece işçi çalıştırıyor olmasından değil, alt işverenle aralarındaki sözleşmeye göre kısmen devrettiği işin tamamında işçi çalıştırıyor olmasından kaynaklanmalıdır. Bu halde işin tamamının bir başka işverene bırakılması halinde alt işveren ilişkisi kurulmuş olmayacaktır.¹⁷⁰ Alt işverenler ise asıl işverenden aldıkları bu iş dolayısı ile işveren sıfatına sahip olacaklardır.¹⁷¹ Asıl işverenin kendine bağlı işçi çalıştırmadan kendini sadece başkalarına ihale sureti ile veya kira, eser, yap işlet devret, anahtar teslimi gibi sözleşmelerle diğer bir işverene iş veren olarak göstermesi durumlarında asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecek, bu hal işin niteliğine aykırılık oluşturuyorsa ilişkinin muvazaalı olabileceği düşünülebilecektir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinde, asıl işveren işçileri ile alt işveren işçilerinin aynı işyerinde çalışmalarının salt muvazaa ölçütü olarak ele alınmaması gerekir. Burada önemli olan asıl işverenin alt işverene verilen işte değil, verilen işe ilişkin iş organizasyonunda halen işçi çalıştırıp çalıştırmadığıdır.¹⁷²

¹⁶⁹ Süzek, **İş Hukuku**, s.,162.

¹⁷⁰ Mollamahmutoğlu, Asrarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 213.

¹⁷¹ Canbolat, **Alt İşveren a.g.e.**, s. 29.

¹⁷² Aydınli, **Alt İşveren...**, **ag.e.**, s. 290.

3.3. Muvazaanın İspatı ve Yaptırımı

Taraflardan biri muvazaalı sözleşmenin yokluğunu, açılmış olan bir davada itiraz sureti ile veya bağımsız bir muvazaa iddiası ile ileri sürdüğü takdirde bunun varlığını ispat etmek zorundadır. HMK madde 200-201'e göre taraflar yazılı veya resmi şekilde yapmış oldukları bir sözleşmedeki muvazaayı ispat etmek için, yazılı delil getirmek zorundadır. Bu gibi işlemlerde tanık dinlenemez. Ancak muvazaalı sözleşme resmi şekilde yapılmış ise getirilecek senedin resmi senet olması şart olmayıp yazılı belge getirilmesi de yeterlidir.¹⁷³

Asıl işveren alt ilişkisinde muvazaanın kim tarafından ve ne şekilde ispat edileceğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İspat hukukuna göre kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Ancak iddiasını bir karineye dayandıran kimse, ispat yükünden kurtulur. Bu genel kurala göre muvazaa iddiasında bulunan kişi genelde işçi olmasına rağmen ispat yükü yani bunun aksini ispat yükü iş hukuku doktrinine göre işverene düşmektedir. Çünkü alt işveren ilişkisine kanunla getirilen sınırlamar adı yasal karine olarak kabul edilmektedir, bu nedenle asıl işveren burada alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığını ispat etmek zorunda kalmaktadır. 1475 sayılı İşK döneminde kurulan ve 4857 sayılı İş K döneminde de devam eden alt işveren ilişkilerinde ileri süren muvazaa iddialarının söz konusu olması halinde, yeni kanun öncesinde herhangi bir kanuni karine olmadığından burada muvazaayı ispat yükü işçide kalacaktır. Alt İşveren Yönetmeliğinin Geçici 1. maddesinde “Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve hâlen devam eden asıl işveren-alt işveren ilişkisinde 10 uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen belgeler aranmaz” hükmü konuya doğrudan bir çözüm getirmesede bu düşünceye paralel bir anlam taşıdığı söylenebilir.¹⁷⁴ Ancak İş K 2/7 de sayılmayan muvazaa sebeplerine dayanılarak gerçekleştirilen muvazaa iddialarında yasal bir karine söz konusu olmadığından burada ispat yükü yine işçide bulunmaktadır ve bu iddialarını her türlü delille ispat etmeleri mümkündür.¹⁷⁵ Üçüncü

¹⁷³ Eren, **6098 sayılı...**, a.g.e., s. 363, 364.

¹⁷⁴ Aydın, **Alt İşveren**, a.g.e., s. 323, 324.

¹⁷⁵ Aykaç, **İş Hukukunda ...**, a.g.e., s. 457., Şen Naneci, s. 37.

kişiler muvazaayı tanık dahil her türlü delille ispat edebilirler. Bu kişiler muvazaalı işlemin tarafı olmadıklarından ve bu işlemin dışında kaldıklarından buna dair yazılı delil temin etmelerini beklemek mümkün olmamaktadır.¹⁷⁶ Alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı hakim tarafından resen araştırılmalıdır.¹⁷⁷

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde belirtilen yasal sınırlamalar aykırılığın yaptırımını İş 2/8 de “Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” şeklinde hükme bağlanmıştır. Muvazaanın idare tarafından incelenmesi konusu önceki bölümlerde incelenmiştir. Bunu yanında muvazaalı işlem dolayısı ile menfaati haleldar olan kimse veya üçüncü kişi olayda muvazaa olup olmadığının tespiti için bir dava açabilecektir. Aynı zamanda mahkeme bu denetimi resen yapmak zorundadır. Yargıtay bir kararında bu açıklamalara paralel olarak “...davalı belediye ile davalı firma arasında asıl olarak “işçi temini ilişkisi” kurulmuş olup; böylesi bir ilişkiye ise yasal düzenlemelerimizce izin verilmediği, bu durumda, davalılar arasında muvazaalı bir “asıl işveren – alt işveren ilişkisi” oluşturulduğu hususunun açığa çıktığı, buna göre, davalılar arasında muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin kurulmuş olunması karşısında; davacı işçinin de, başlangıçtan itibaren asıl işveren konumunda bulunan davalı belediyenin işçisi olarak kabulü gerekeceği”¹⁷⁸ şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay başka bir kararında “4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re'sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi haklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır” şeklinde kurduğu hüküm ile muvazaa incelemesinin resen yapılması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Eren, **6098...**, a.g.e., s. 364.

¹⁷⁷ Süzek, **İş Hukuku**, a.g.e., s. 155.

¹⁷⁸ Y.9.H.D. 2014/13199 E, 2014/16663 K, 26.05.2014 tarihli kararı, www.kazancihukuk.com

¹⁷⁹ Y.22. H.D., 2012/28980 E, 2013/435 K, 23.01.2013 tarihli kararı, www.kazancihukuk.com

4. ASIL İŞVERENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

4.1. Genel Olarak

İşyerinde mal veya hizmet üretiminin işverenin kendi işçileri ile yerine getirilmesinin kural, alt işveren işçileri ile gerçekleştirilmesinin ise istisna olduğunu ve gerekçelerini, ancak çalışma hayatındaki teknolojik ve ekonomik gelişmeler nedeniyle işyerinde yürütülen faaliyetlerin işveren işçileri dışında bu işte uzmanlaşmış başka işveren işçileri ile yerine getirilerek, maliyetin düşürülmesi, üretimin ve verimin artırılması, çeşitliliğin artırılması gibi sebeplerle asıl işveren alt işveren ilişkilerinin kurulmaya başladığını açıklamaya çalıştık.

Gelişen süreç içerisinde günümüzde yaygın uygulama alanına kavuşmuş olan alt işveren kurumunun yasal olarak düzenlemesine ihtiyaç duyulmuştur. Kanun koyucuyu bu düzenlemeye iten asıl sebebin de alt işverenin en temelde ekonomik güçsüzlüğü nedeniyle, işçilerinin korunması olduğu kabul edilmektedir.

Konu ilk olarak 1936 yılında kabul edilip bir yıl sonra yürürlüğe giren 3008 sayılı İş Kanununun 1/4 maddesindeki şu yolda bir hükümlerle düzenlenmişti. “İşçiler, doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıpta üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele aktetmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür.” Hükümden anlaşıldığı gibi, üçüncü kişiler aracılığı ile işyerine dahil edilen işçilerin üstlendikleri iş için kanunda herhangi bir kayıt konulmamış, alt işveren işçilerinin sözleşmelerinden doğan haklarının sorumlusu asıl işveren olarak kabul edilmiş, alt işverenin sorumluluğundan bahsedilmemiştir. Fakat asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin işçileri ile yaptığı sözleşme şartları ile sınırlandırılmıştır.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Ünal Narmanlıoğlu, **Vefa Toplantıları, Nuri ÇELİK'e saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Legal, İstanbul 2008, s. 54.

Kanunun, uygulamada sorunların çözümünde anlaşmazlık çıkaran ve asıl işveren alt işveren bakımından sorumluluk noktasında ayırım yapmayan bu hükmü 1950 yılında 5518 sayılı yasa ile değiştirilmiş ve “İşçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş iseler bu aracılardan da asıl işverenle müştereken ve müteselsilen sorumludurlar” şeklini almıştır.

Bu değişiklik ile, alt işveren işçilerinin faaliyet gösterebileceği yerler tasrih edilmiş ve asıl işveren işçilerinin alacakları bakımından asıl işverenle beraber alt işveren de sorumlu tutulmuştur. Hükmün gerekçesi ise “alt işveren işçilerinin ücretlerinin teminatı kuvvetlendirilmiş böylece asıl sorumluluğun yine asıl işverende olduğu kabul edilmiştir” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁸¹

3008 sayılı kanun yerine 931 sayılı İş Kanunu kabul edilmiş ancak bu kanun Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş daha sonra 1971 yılında 1475 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir. 1475 sayılı yasada alt işveren işçilerinin alacakları bakımından 1/son fıkrada “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu Kanun'dan veya hizmet aktinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur” hükmü ile birlikte sorumluluk kabul edilmiştir.

En son olarak 2003 yılında kabul edilen ve yayınlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı yasanın 2/6 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 iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur” şeklinde bu ilişkinin tanımı yapılmış, asıl işveren ve alt işveren

¹⁸¹ a.g.e., s. 54.

açısından birlikte sorumluluk esası, özellikle alt işverenlerin ekonomik olarak zayıf olmaları işçilerin sosyal ve ekonomik haklarını ödeyememelerine yol açtığı için, hem kanun hem de iş sözleşmesi ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi şartları da dahil edilerek benimsenmiştir.

1980'li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işveren uygulamasında sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılmaz hale getirilmesi yaygınlaşmış ve durum yargıya intikal eden olaylarla belirgin hale gelmiştir. Bu yaşanan olaylar neticesinde toplu iş sözleşmesine dair ifade madde metninde yer almıştır.¹⁸²

Asıl işverenin, alt işveren işçilerinin alacaklarıyla ilgili sorumluluğunun yasal dayanağının ülkemizdeki gelişimine kısaca değindikten sonra bu sorumluluğun hukuki mahiyeti ve şartlarını açıklamaya çalışacağız.

4.2. Hukuki Niteliği

4.2.1. Sorumluluğun Hukuki olması

İşverenler, kanuni ve akdi yükümlülüklerini yerine getirmedikleri zaman hukuki cezai ve idari bir takım müeyyidelerle karşılaşır. Bu esas, asıl veren alt işveren ilişkisinde alt işveren tarafı için istisnasız uygulanır. Fakat ilişkinin diğer tarafını teşkil eden asıl işveren, bu ilişkiden dolayı ancak hukuki müeyyidelerle muhatap olabilecektir. Zira cezai sorumluluk Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen cezaların kişiselliği ilkesi gereği, idari sorumlulukta ise örneğin süresi içerisinde SGK'ya bildirim yapılmamış olmasından kaynaklanan para cezası, alt işverenin şahsına yönelik bulunduğu göre asıl işverenin karşılaşılabileceği sorumluluk ancak hukuki sorumluluk olabilecektir.¹⁸³

¹⁸² Şakar, **Yeni İş...a.g.e.**, s. 44.

¹⁸³ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 68.

Kanunda belirtildiği gibi, asıl işveren ve alt işverenin birlikte sorumluluğunun olup olmadığı öncelikle işverenler arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesine bağlıdır. İki işveren arasındaki hukuki ilişki, devir yada ihale sözleşmesi veya eser sözleşmesi ile düzenlenen anahtar teslimi mi veya yap işlet devret modeli olabilir.¹⁸⁴ Bu anlamda önemli olan, bu ilişkilerin sözleşme türünün niteliğinden çok, asıl işveren alt işveren kurumuna hukuki çerçeve oluşturup oluşturmayacağıdır.¹⁸⁵ Dolayısı ile birlikte sorumluluk ilkesinin uygulanabilmesi için hukuki ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarını taşıyan bir hukuksal durum özelliği taşınmalıdır. Yani işverenler arasında geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olmalıdır. Aksi halde iş anahtar teslimi yada ihale ile yüklenilen bir işten kaynaklanıyorsa o halde TBK’da düzenlenen eser sözleşmesi hükümleri veya ihale kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir.¹⁸⁶ Yargıtay 2010 tarihli bir kararında asıl işveren alt işveren ilişkisinde, sözleşme türlerinin farklı olabileceğinde dair “ Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki niteliğine göre eser, taşıma, kira gibi sözleşmelere dayanır. Alt işveren üstlendiği işi iş sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Çalıştırdığı işçilerle kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder, ücret bordrolarını düzenler” şeklinde karar vermiştir.¹⁸⁷

4.2.2. Sorumluluğun Müteselsil Sorumluluk Olduğu

“...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. Kanunun bu hükmünde geçen “birlikte” kavramının, sorumluluk hukukunda düzenlenen, kanundan doğan “müteselsil sorumluluk” olduğu doktrinde kabul edilmektedir.¹⁸⁸

Bu sorumluluğun konusu elbette bir borçtan kaynaklanmaktadır ve müteselsil borç, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 61. ve 62. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre

¹⁸⁴ Aydın, **a.g.e.**, s. 219.

¹⁸⁵ Aykaç, **a.g.e.**, s. 34, 35, 36.

¹⁸⁶ Aydın, **a.g.e.**, s. 221.

¹⁸⁷ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 25., Y.9.HD., 7.6.2010 gün, 18207/16763

¹⁸⁸ Aydın, **a.g.e.**, s. 221.

madde 61'e göre "Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır."

Bu hükme göre müteselsil sorumluluk; bir alacaklının birden çok borçlusunu bulunan alacağının tümünü, bu borçluların her birinden bütünüyle isteyebilmesine imkân veren bir yapıyı ifade eder. Bu yapı içinde müteselsil borçluların her biri, borcun tamamı ödeninceye kadar sorumlu kalmaya devam eder. Bu tür borç ilişkilerinde müteselsil borçluların tümünün sorumluluğu şahsi niteliktedir ve borcun tümünü kapsar. Ayrıca müteselsil borçluların borcu, kefilin borcundan farklı olarak tali nitelikte değil asli borçtur. Dolayısıyla kefalette olduğu gibi alacaklının önce gerçek borçluya gitmesi ve sonrasında kefile müracaatı gibi bir sıralamaya burada rastlanmaz. Alacaklı tüm alacağı için doğrudan müteselsil borçlulardan dilediğine gidebilir ve borç bir defa ifa edildiğinde sona erer.¹⁸⁹

Müteselsil sorumluluğun biri kanundan diğeri sözleşmeden olmak üzere iki kaynağı bulunmaktadır. Kanundan doğan müteselsil borçluluk halinin kabul edilebilmesi için ilgili düzenlemede bu yönde bir açıklığa ihtiyaç duyulur. Zira müteselsil sorumluluk sınırlı sayı (numerus clausus) kuralına tabidir. Birden çok kişinin sebepleri aynı olsun olmasın aynı zarardan sorumluluğu, örneğin adi ortaklıktan kaynaklanan sorumluluk ve asıl işverenin sorumluluğu bu niteliktedir. Bu nedenle kanun gereği alt işveren işçilerine karşı müteselsil sorumluluğu olan asıl işveren ile onun alt işvereni arasındaki iç ilişkide sorumluluk, doğrudan alt işverende kalmayacaktır. Asıl işverenin sorumluluğunun kanundan, alt işverenin sorumluluğunun ise sözleşmeden kaynaklanmış olması da bu son durumu değiştirmeyecektir.¹⁹⁰

818 sayılı eski Borçlar Kanununda, öğretide de kabul edildiği gibi teselsül, tam ve eksik teselsül olarak ikiye ayrılarak ele alınmaktaydı. Buna göre, müteselsil borçluların borçlarının aynı sebepten doğması halinde buna tam teselsül adı verilmiştir (BK.50).

¹⁸⁹ Fikret Eren, **Türk Borçlar Hukuku**, İstanbul 2010, s. 1157.

¹⁹⁰ AKIN, Levent, **Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğu**, AUHFD, 2011, 60 (4), s. 739, s.770.

Müteselsil borçluların borçlarının farklı sebeplerden doğması halinde ise eksik teselsülden söz edilir (BK.51). Söz konusu sebepler ise kanun, sözleşme ve haksız fiil olarak sıralanmaktaydı. Eksik teselsül durumunda bir ortak kusurun varlığı aranmaz, dahası, müteselsil borçluların birbirlerinin davranışından haberdar olması veya davranışlarından birinin diğerine bağımlı olması dahi şart değildi. Tam ve eksik teselsül arasındaki bu farka rağmen her iki teselsül halinde de borçlular borcun tümünden sorumlu olurdu. Bu ayırmda ise en önemli husus, zamanaşımı konusuydu. Eski Borçlar Kanununun 134. maddesinin ilk fıkrasına göre, “Müruruzaman, müteselsilen borçlu olanlardan veya taksimi kabil olmayan bir borcun müşterek borçlularından birine karşı katedilmiş olunca diğerlerine karşıda katedilmiş olur.” Düzenlemede de belirtildiği gibi, tam teselsül halinde, borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı, diğer borçlulara karşıda kesilmekteydi. Buna karşılık eksik teselsül halinde, zamanaşımının bir borçlu için kesilmesi diğer borçluları etkilememekte ve o borçlular için zamanaşımı süresi işlemeye devam etmekteydi.¹⁹¹

Yargıtay da verdiği kararlarda asıl işveren alt işveren arasındaki sorumluluk çeşidinin tam teselsül olduğuna hükmetmiştir. “..davalıdan yemek işini alan alt işveren A... Ltş. işçisi olarak çalışan davacının, alt işveren aleyhine açtığı davada, işçilik alacakları hüküm altına alınıp kesinleşmiştir. Fakat söz konusu işçi, alacaklarının alt işverenden tahsil imkânı bulunmadığını ileri sürerek, bu alacakların asıl işveren olan davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Ancak davada zamanaşımı itirazında bulunulmuştur. Özel dairenin asıl işveren ile alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluğun kaynağı olarak 141.maddeyi gösterdiği ve durumu kendine özgü teselsül olarak açıkladığı kararında yer verdiği görüşler şunlardır: “ Davacı işçi ile davalı asıl işveren ve dava dışı alt işveren arasındaki hukuki ilişkide, davacı ilk olarak alt işveren aleyhine işçilik alacağı nedeniyle dava açmıştır. Dava, işçi lehine sonuçlanmıştır. Ancak, hükmolunan alacaklar işçi tarafından tahsil edilemeyince bu defa asıl işveren aleyhine dava yöneltilmiştir. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki borçluluk ilişkisi teselsül esaslarına tabidir. 4857 sayılı kanunun ikinci maddesindeki sözü edilen hukuki ilişki işçiyi koruyucu amacıyla ortaya konduğu için normun amacını (ratio legis) göz önünde tutan klasik teselsül anlayışından farklı kendine özgü (sui generis) bir teselsül söz konusudur.

¹⁹¹ a.g.e., s. 740,741, Çankaya, Çil, a.g.e., 54.

Normatif dayanağı Borçlar Kanunu madde 141 dir. Böyle hallerde müteselsil borçlulardan biri aleyhine açılan dava BK. madde 134'e göre zamanaşımını keser. Yeni açılacak dava yeniden başlayan zamanaşımı süresi içinde açılabilir. Yasanın bu açık hükmü karşısında mahkemece davanın kabulü isabetlidir...¹⁹²

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda tam ve eksik teselsül ayrımı terk edilmiş olup her iki teselsül durumu bir bütün olarak değerlendirilip aynı hükümlere tabi tutulmuştur. Kanunun 61. ve 62. maddelerinde düzenlenen sorumlulukta, kanunun 155/1 fıkrasında belirtilen “Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur” hüküm gereği zamanaşımının kesilmesi bakımından önceki yasada var olan ayırım ortadan kalkmış bulunmaktadır.¹⁹³ Payından fazla ödemede bulunan borçlu bu fazlalık oranında diğerlerine rücu etme hakkına sahiptir. Burada Kanun, müteselsil borçlular arasında kanundan doğan bir rücu hakkı öngörmüştür. Borçlulardan birinin diğer borçlulara karşı rücu hakkının doğması için, borcun tamamını veya en azından payından fazlasını ödemiş, alacaklıyı tatmin etmiş olmalıdır.¹⁹⁴

Yargıtay 2012 tarihli bir kararında “Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. İşçiler sadece asıl işverene ait işyerinde değil de, farklı işverenlere ait çeşitli işyerlerinde çalışıyorlarsa, o işçilere açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Alt-asıl işveren arasındaki ilişki, niteliğine göre, eser, taşıma, kira gibi sözleşmelere dayanır. Alt işveren üstlendiği işi sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür.... Davalı S... şirketi yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işverene vermiştir. Güvenlik hizmeti yardımcı iş niteliğinde olduğundan alt işverene verilmesi yasaya uygundur. ...Davalı S.... şirketi asıl işveren olarak sorumlu olduğundan vekalet ücreti ve yargılama giderlerinden müştereken sorumludur.” Birlikte sorumluluğa dair hüküm kurmuştur.¹⁹⁵

¹⁹² Akın, **a.g.e.**, s. 750,751. (Y. 9.HD., 15.6.2010 gün, 5634/18763)

¹⁹³ Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s. 54.

¹⁹⁴ Canbolat, **a.g.e.**, s. 72

¹⁹⁵ Yargıtay Kararları, Çalışma ve Toplum, 2012/3, s. 401,402. (Y. 9. H. D. 16.1.2012 gün 2011/3496 E. 2012/48 K.)

Kanun koyucu, işçilerle hiçbir hukuki bağı bulunmayan asıl işvereni, alt işverenle beraber sorumlu tutmuştur. Nitekim müteselsil sorumluluk nedeniyle, asıl işveren ve alt işveren, alt işveren işçilerinin ücret alacaklarından, kıdem ve ihbar tazminatları ile diğer ücret sayılan ödemeler ve tazminatlardan, şartlar mevcutsa meslek hastalığı veya iş kazasından doğan destekten yoksun kalma tazminatı ile maddi manevi tazminatlardan ve varsa sosyal yardımlardan, kanundan ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar için birlikte sorumlu tutulabilecektir.¹⁹⁶ Asıl işveren, hiçbir kayıt şart koşulmadan sorumlu tutulduğuna göre burada kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü kabul edilmelidir.¹⁹⁷ Yargıtay'ın 1993 tarihli bir kararına göre “ İş kazasının meydana geldiği fabrika binası inşaatı işini davalılardan (A) A.Ş. üstelenmiş ve davalı (A) binanın çatı inşaatını diğer davalı (B) Kolektif Şirketine vermiştir. Kazalı işçi taşeron firma (B) Kolektif Şirketinin işçisidir. Şu duruma göre (A) asıl işveren olup, olayda herhangi bir kusuru bulunmasa dahi İşK 1/son (şimdi 2/6) uyarınca alt işverenle müteselsilen sorumludur.¹⁹⁸ Burada asıl işverenin sorumluluğunun diğer bir niteliği, alt işverenin kendi işçilerine karşı yükümlerini yerine getirmemesi şartına bağlı olarak ortaya çıkan bir sonuç sorumluluğudur.¹⁹⁹

Henüz gerçekleşmemiş yada gerçekleşmiş ve tediye edilmiş, beklenen işçilik haklarına asıl işveren muhatap olamaz. Çalıştırdığı işçilerin haklarını ödemeyen alt işverenin bu davranışı ile asıl işverenin sorumluluğu gündeme gelebileceğinden, gerçekleşmiş ve bütün sonuçları ile doğmuş işçilik alacakları alt işverence ödenmemiş olması halinde asıl işverenin sorumluluğuna başvurulabilecektir.²⁰⁰ Burada işçi bu alacaklarını kendi işvereninden isteyebileceği gibi sadece asıl işverene karşı açacağı bir alacak davası ile de isteyebilir. Asıl işverenin buradaki sorumluluğu, işin alt işverene verildiği tarihten itibaren başlar.²⁰¹ Bu halde ödemeyi yapan işverenin alt işverene rücu hakkı saklıdır.

¹⁹⁶ Can Tuncay, **Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi**, Türkiye Kimya Petrol Lastik ve Plastik Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 1991.

¹⁹⁷ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁹⁸ Süzek, **a.g.e.**, s. 151. (Y9.HD., 4.11.1993 gün, 5757/15708)

¹⁹⁹ Aykaç, **a.g.e.**, s. 291.

²⁰⁰ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 71

²⁰¹ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 28.

Yargıtay'a göre "1475 sayılı iş Kanununun 1/son maddesine göre, "Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlülüklerinden asıl işveren de birlikte sorumludur. Anılan Yasa maddesinde yazılı asıl işveren sorumluluğu, işçilere karşı olan bir sorumluluktur. Taşeron ile asıl işveren arasındaki bir düzenlemeyi içermeyen 1475 sayılı Yasanın 1/son maddesinin dava konusu olaya uygulanması mümkün değildir. Uyuşmazlığın, davacı ile davalı arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir".²⁰²

Asıl işverenle alt işveren aralarında bir sözleşme yaparak işçiler için getirilen korumayı yani müteselsil sorumluluk kuralını bertaraf edemezler, asıl işverenin sorumlu tutulamayacağını kararlaştıramazlar. "L. A.Ş... asıl işveren durumunda olup işyerinde meydana gelen iş kazasından dolayı tali işveren Y.K. ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmalıdır. Davalılar arasında imzalanmış bulunan teknik şartnamenin 6. ve 7. maddelerinde, her türlü sorumluluğun işi yapan firmaya ait olacağı kararlaştırılmış ise de bu hükümler davacıyı bağlamaz. Ancak davalılar arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir. Esasen bu durum kamu düzeni ile ilgili olup işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir. (Y.9HD, 18.3.1988, 517/3080)".²⁰³ Buradaki emredicilik nispi emredicilik olup, bu hüküm işçi aleyhine değiştirilemezken işçi lehine genişletilebilir.²⁰⁴

Alt işveren işçisinin ölümü durumunda mirasçıları, açacakları bir dava ile, işçi miras bırakanlarından doğan alacaklarını asıl işverenden ve alt işverenden müteselsil borçluluk esaslarına göre talep edebilirler.²⁰⁵

²⁰² Sarper Süzek, **Alt İşveren İlişkisinin .. a.g.e.**, Legal, 2010, S. 25, s. 27. (YHGK, 12.5.2004 gün, 11- 254/295)

²⁰³ Süzek, **a.g.e.**, s. 152.

²⁰⁴ Aykaç, **a.g.e.**, s. 289.

²⁰⁵ **a.g.e.**, s. 291.

4.3.3. Asıl İşveren ve Alt İşverenin Dava Arkadaşlığı

Asıl işveren ve alt işveren, işçilerin alacaklarından dolayı müteselsil sorumlu olmaları nedeniyle, aralarında mecburi dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Dolayısı ile dava asıl işveren veya alt işverenden birine yahut her ikisine birden de açılabilir. Yargıtay “Yerel mahkemece, sadece asıl işverene açılan bir davada davaya alt işverenin de dahil edilmesi gerektiği ve alt işverenin davaya dahil edilmesi için verilen kesin süreye rağmen gereği yerine getirilmediği için davayı reddedilmiştir. Yargıtay ise alt işverenin davaya dahil edilmesinin zorunlu olmadığını, açılan davaya devam edilerek delillerin değerlendirilerek buna göre karar verilmesi gerektiğine” hükmetmiştir.²⁰⁶

Yine Yargıtay 2014 tarihli bir kararında, “Davacı tarafın dava dilekçesi incelendiğinde, hükmü temyiz eden T. Ve D. Şirketlerinin davalı olarak gösterilmedikleri açıktır. Mahkemece 15.08.2012 tarihli duruşmada davacı tarafa çalışmasının geçtiği alt işverenleri davaya dahil etmesi için kesin süre vermiş, bunun üzerine davacı vekili hükmü temyiz eden T. Ve D. Şirketleri ile diğer şirketlerin davaya dahil edilmeleri için dilekçe sunmuştur. Davalı belediye ile dahili davalı T. ve D. şirketleri arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Zira davanın asıl işverene karşı açılması halinde alt işverenin davaya dahil edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır” şeklinde hüküm kurmuştur.²⁰⁷

Ancak bazen sadece asıl işverenin dava edilmesi hallerinde, alt işverenin davadan haberdar olmaması nedeniyle işçinin alacaklarının tespiti, buna hak kazanıp kazanmadığı, istifa edip etmediği yönünde iş sözleşmesinin sona erme biçiminin ortaya konulması veya işçinin alacaklarının daha önceden alt işveren tarafından ödenip ödenmediği hususunda ispat sorunu yaşanabilir. Ancak bu hallerde de davanın her iki işverene de beraber açılmasını gerektirmemelidir.²⁰⁸

²⁰⁶ Aykaç, **a.g.e.**, s. 297., Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, 72., (Y.9.HD, 23.2.1998 gün, 408/2275)

²⁰⁷ Y. 7.HD. 11.2.2014 gün, 2013/19904 E., 2014/3599 K. , Legal, 2014, S. 43, s. 166.

²⁰⁸ Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s. 58.

İş sözleşmesinin mahkeme kararı ile sona ermesi durumlarında ise özellikle iş güvencesi hükümleri çerçevesinde ortaya çıkacak bazı sonuçlardan yine alt işverenle asıl işveren birlikte sorumlu olacaklardır. Alt işverene karşı açılacak bir işe iade davasının sonuçlanması halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar kesinleşince, yani mahkemece işe iade kararı verilip de süresinde başvurmasına rağmen işe başlatılmayan işçi için 4-8 aylık ücret tutarındaki tazminatı ve en çok 4 aylık çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve ekleri bakımından asıl işverenin de sorumluluğu gündeme gelecektir.²⁰⁹

²⁰⁹ Narmanhoğlu, **a.g.e.**, s.71,72.

5. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN SINIRLARI

5.1. Birlikte Sorumluluğa Yol Açan Yükümlülükler

Kanunun aradığı şartları taşıyan ve böylece geçerli bir şekilde ortaya çıkan asıl işveren alt işveren ilişkisinde, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, kanunun 2/6 fıkrasındaki “.....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” hükmüne dayanmaktadır ve asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin işçilerinin o işyerinde çalıştığı süreyle ve alt işverenin bu işçiler karşısındaki sorumluluğuyla sınırlıdır. Yani asıl işveren alt işveren ilişkisinin devamı süresince ve bu süre ile sınırlı olarak, bu ilişki çerçevesinde ortaya çıkan ve alt işverence karşılanmamış işçilik alacakları, asıl işverenin sorumluluğunun sınırlarını oluşturmaktadır. Böylece, asıl işverenle alt işveren işçileri arasında bir iş akdi bulunmamasına karşın, asıl işveren söz konusu işçilere karşı bu alacaklardan dolayı müteselsilen sorumlu tutulmaktadır.²¹⁰ Bu sayılanların dışında alt işverenin başka kanunlardan veya başka sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini ihlalinden asıl işverenin müteselsil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.²¹¹

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2011 tarihli bir kararında, “ Sözleşmenin açıklanan niteliğine göre, davalı...Ticaret Odasının diğer davalı temizlik firmasına işin tamamını devretmediği, yapılacak her türlü temizlik, personel durumları ve benzeri işlerin takip ve kontrolünün Oda İdari İşler Müdürlüğü’nce yerine getirileceği ve dolayısı ile Oda’nın üst işverenlik sıfatının devam ettiği anlaşılmalı; Yerel Mahkemece, davalılardan Ticaret Odası Başkanlığı’nın asıl işveren olduğunun kabulü ile davacı sigortalı işçinin manevi zararından alt işveren şirket ile birlikte davalı... Ticaret Odası Başkanlığı’nın da müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuş olması yerinde olup,

²¹⁰ Süzek, **a.g.e.**, s. 151., Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 65., İnciroğlu, **Yeni İş Hukuku ... a.g.e.**, s. 42.

²¹¹ Akyiğit, **a.g.e.**, s. 304.

karar usul ve yasaya uygun olmakla onanması gerekir” şeklinde hüküm kurmuştur.²¹² Asıl işveren alt işveren ilişkisinde müteselsil sorumluluktan söz edilebilmesi için, işçilik alacağının bu ilişkinin devam ettiği dönemler içerisinde doğmuş olması gerekir. Bu ilişkinin kurulmasından önce işçinin alt işverenin bir başka işyerinde yapmış olduğu çalışmalarından dolayı asıl işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bunun gibi örneğin SGK’ya göre bildirim yapılmamasından dolayı asıl işveren kanun hükmüne göre sorumlu tutulamaz.²¹³

Asıl işverenin alt işverenle beraber işçilik haklarından sorumlu olduğu kişiler, alt işverenin, asıl işverenin işyerinde çalıştırdığı işçilerle sınırlıdır. Bu işçiler münhasıran çalıştırma gibi yalnızca asıl işverenin işyerinde alınan işte çalıştırılacak olan ayrılmış ve tahsis edilmiş işçilerdir. Bu açıdan, asıl işverenin kendi işyerinde çalışmayan alt işverenin diğer işçilerine karşı sorumluluğu yoktur.²¹⁴

Ancak asıl işveren ve alt işverenin, yapılacak işin bizzat alt işveren tarafından yerine getirileceğini kararlaştırmış olsalar dahi, alt işverenlerin üstlendikleri işlerin belli bir bölümünü başka alt işverenlere yaptırmaları durumunda da asıl işverenin sorumlulukları bu alt işverenin işçilerine karşı da devam edecektir. İşverenlerin aralarında, yapılacak işin devredilemeyeceğini kararlaştırmış olması zincirleme sorumluluğu ortadan kaldırma gücüne sahip değildir. Bu anlaşma taraflar arasındaki iç ilişkide etkili olacaktır. Asıl işverenin buradaki sorumluluğu emredici niteliktedir, bu yüzden bu sorumluluk taraf iradeleri ile ortadan kaldırılamaz.²¹⁵

Yargıtay, iş kazası sonucu maluliyet nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi istemiyle açılan davada, “dava dışı Y. Kağıtçılık şirketinin, davalı M. A.Ş.’den hurda atık sözleşmesi ile hurda atıkları toplayarak satın aldığı, davacının da dava dışı anılan firma işçisi olduğu sabittir. Mahkemece, kazanın meydana geldiği yer ve oluşum şekli açıklığa kavuşturulduktan sonra, kaza, davacının iddia ettiği gibi depoda çalışırken

²¹² Türkiye İşveren Sendikası Federasyonu, 2012, **Soru, Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren**, s. 57., (YHGK, 2.2.2011 gün 2010/21-739 E., K. 2011/5)

²¹³ Şen, Naneci, **a.g.e.**, s. 43.

²¹⁴ **a.g.e.**, s. 43., Mollamahutoğlu, Atarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 225.

²¹⁵ Canbolat, **a.g.e.**, 74,75.

meydana gelmiş ise, hurda atık sözleşmesi uyarınca, davalı M. A.Ş.'nin diğer davalıya ait işyerlerinde çalışan işçilerin mesai saatlerini belirlediği, çalışmayı denetim ve kontrol yetkisinin bulunduğu ve davacının davalıya ait işyeri ve eklentilerinde münhasıran çalıştığı, böylece M. A.Ş.'nin 4857 sayılı İşK madde 2/6 fıkrası gereğince üst işveren olduğu tartışmasız olduğundan, yerel mahkemece husumetten ret kararı verilmesi isabetsizdir” hükmüyle bozmuştur.²¹⁶

Kanunda sayılanlardan başka, alt işverence uygulanan işyeri yönetmelikleri ve işyeri uygulaması dolayısı ile ortaya çıkacak işçilik haklarının da bu kapsamda düşünülmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Bununla beraber alt işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinin de art etkisinin burada da göz önüne alınması zorunludur. İş Kanunu bağlamında özel hukuka ilişkin kanuni yükümlülükler yanında kamu hukuku ile ilgili yükümlülükler de bu sorumluluğa yol açabilecektir. Örneğin iş sağlığı ve güvenliği, iş kazası dolayısı ile ortaya çıkacak tazminatlardan asıl işveren birlikte sorumlu tutulacaktır. Bu çerçevede asıl işverenin birlikte sorumluluğuna yol açacak yükümlülükler tüm işçilik hakları olarak ifade edilebilir.²¹⁷

İşK. madde 2/6 da alt işverenin işçilerine karşı eşit davranma yükümünü yerine getirmemesinden kaynaklanan talep hakkının asıl işverenden de istenebileceği yer almasa da, İşK madde 5’ te düzenlenen ayrımcılık tazminatı talep hakkının kanuna dayanan bir hak olması nedeniyle asıl işverenden de müteselsilen talep edilebilmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca ve maddede geçen “bu kanundan” ibaresi nedeni ile İş Kanunu kastetmiş olsa da normlar hiyerarşisi anlamında İş Kanuna dayanarak çıkartılmış alt düzenlemeler olan tüzük, yönetmelik, kanun hükmünde kararname, tebliğ gibi düzenlemeleri de sorumluluk kapsamında değerlendirmek gerekir.²¹⁸

İtiraz ve defiler açısından, asıl işveren alt işverenle aynı haklara sahiptir. Dolayısıyla, alt işverenin işçilerine karşı ileri sürebileceği borçtan doğan itiraz ve defileri, bu işçilere karşı asıl işveren de ileri sürebilir. Örneğin, işçinin, asıl işverenden alınan işte

²¹⁶ Y.9.HD. 19.05.2005 gün, 125/4081, www.kazancihukuk.com

²¹⁷ Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s. 66.

²¹⁸ Akyiğit, **a.g.e.**, s. 305.

çalışmasından kaynaklanan zamanaşımına uğramış bir alacağını, asıl işverenden talep etmesi halinde asıl işveren de zamanaşımı defini ileri sürebilir. Fakat eğer bu alacak hem asıl işverene hem de alt işverene karşı yöneltilmişse birinin defii ileri sürmesi diğeri için geçerli olmayacaktır.²¹⁹

Asıl işverenin sorumluluğunu gerektiren ihbar öneli veya ihbar tazminatı hesabında işçinin alt işverenin başka bir işyerinde geçirdiği süreler gözetilmez. İzin hakkı bakımından da asıl işverenin sorumluluğunun belirlenmesi için işçinin asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında çalışmaya başladığı tarih gözetilmelidir. Örneğin, iş sözleşmesinin feshi durumunda ortaya çıkan kullandırılmayan izin ücretinden sorumluluğun asıl işveren yönünden doğması için asıl işverenden alınan işte en az bir yıl süreyle çalışılmış olması gerekir. Yargıtay, işçinin, aralıksız olarak değişen alt işverenlerin işyerinde çalışması halinde (işyeri devrinin bulunduğunu kabul ederek) ihbar tazminatının tüm süreye göre hesaplanması ve son alt işverenle birlikte asıl işverenin sorumlu tutulması gerektiğini karara bağlamıştır.²²⁰

Müteselsil sorumluluğun düzenlendiği İşK. m. 2/6'da açıkça alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haklardan söz edilerek bu hususa da kısmen işaret edilmiştir. Alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haklardan da asıl işveren ve alt işveren birlikte sorumludurlar. Örneğin toplu iş sözleşmesinden doğan fazla çalışma ücretini işçi her iki işverenden de talep edebilir.²²¹

Alt işveren işçisinin asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir. İşçinin yaptığı işin, asıl işin bir bölümü veya yardımcı iş olmasının bir önemi yoktur. YHGK 1987 yılında verdiği bir kararla alt işveren işçisinin asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiğini kabul etmiş ve bu görüş doktrinde yoğun biçimde eleştirilmiş bunun üzerine Yargıtay bugün için de

²¹⁹ Şen, Naneci, **a.g.e.**, s. 43.

²²⁰ **a.g.e.**, s. 44 (Y9HD., 18.3.2004 gün 2003/15922, 2004/5455)

²²¹ Akyiğit, **a.g.e.**, s. 307.

istikrar kazanan, alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı görüşüne dönmüştür.²²²

5.2. 5510 Sayılı Kanundan Doğan Birlikte Sorumluluk

Asıl işveren alt işveren ilişkisi Sosyal güvenlik hukuku bakımından da birlikte sorumluluk doğuran sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Ancak İş Kanunu'nun ikinci maddesinde bu konuyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 12/son fıkrasının ikinci cümlesi "Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanun'un işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur" demek suretiyle yükümlülükler açısından asıl işvereni alt işverenle beraber sorumlu tutmuştur.²²³

Bu hükümlerle izlenen amaç, kurumun prim alacağı ile sigortalıların haklarını güvence altına almaktır. Birlikte sorumluluğu gerektiren ödevler ise, örneğin işçilerin ücretlerinden primlerin kesilmesi ve kuruma vaktinde yatırılması, aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi, gerekli kayıt ve defterin tutulması, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemlerin alınması gibi ödevlerdir.²²⁴

²²² Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s. 62, 63.

²²³ Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 12. B., İstanbul 2009, s. 185.

²²⁴ Şen, Naneci **a.g.e.**, s. 45., Akyiğit, **a.g.e.**, s. 179

6. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE

UYUŞMAZLIKLAR VE GÖREVLİ-YETKİLİ MAHKEME

6.1. Asıl İşveren İle Alt İşveren Arasındaki Uyuşmazlıklarda

Asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan ilişki iş sözleşmesi dışında bir sözleşmeye dayandığından tarafların arasında işçi işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Bu iki işverenin aralarında kurdukları sözleşmeler eser, istisna, kira, gibi çeşitli şekillerde yapılabilir. Taraflar, aralarında yaptıkları sözleşmelere aykırı hareket ettiklerinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda çözüm için başvuracakları görevli mahkeme İş Mahkemeleri değil genel mahkemelerdir. Dolayısı ile uyuşmazlığın niteliğine veya miktarına göre, Sulh Hukuk, Asliye Hukuk Mahkemeleri ya da Asliye Ticaret Mahkemeleri görevli olabilecektir.

6.2. Alt İşverenin İşçisi İle İlgili Olan Uyuşmazlıklarda

Alt işveren işçilerinin kendi işverenlerine karşı açacakları davalarda görevli mahkeme iş mahkemeleridir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde hangi uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi" iş mahkemelerinin görevine girmektedir.

Yine alt işveren işçilerinin asıl işverene karşı açacakları davada, İşK 2/6 gereği asıl işveren de bu kapsamdaki işçi alacaklarından sorumlu tutulduğuna ve bu sorumluluğun müteselsil sorumluluk olduğu belirtildiğine göre görevli mahkeme iş mahkemeleridir.

Kanunun 5. maddesinde ise yetki kuralından bahsedilmiştir. “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.” Bu maddeye göre işçi işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede her iki işveren için dava açabileceği gibi, HMK 7/1’e göre “Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir”.²²⁵ Bunun için alt işveren işçisinin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalışıyor olması da gerekmez.²²⁶

6.3. İdare ile Asıl-Alt İşveren Arasında Muvazaa

Bağlamındaki Uyuşmazlıklarda

2008 yılında 5763 sayılı kanunla İŞK madde 3 de yapılan değişiklik sonucu, “Bu Kanunun 2. 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 otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir.” Hükmü yasada yer almıştır. Buna göre alt işverenliğin taraflarca Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirim üzerine gerekli görülürse müfettiş incelemesi yapılmakta ve iş müfettişi alt işverenliğin muvazaalı olduğuna dair gerekçeli bir rapor hazırlarsa, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü bu raporu asıl işverene ve alt işverene tebliğ etmekte ve buna 30 iş günü içerisinde itiraz edilmezse rapor kesinleşmiş sayılarak alt işveren işyerinin tescili silinmektedir. Süresinde yapılan itiraz sonucunda uyuşmazlıkta görevli mahkemenin iş mahkemeleri olduğu yasada açıkça belirtilmiştir. bu uyuşmazlıkta yetkili mahkeme ise,

²²⁵ Aykaç, **a.g.e.**, s. 303.

²²⁶ Akyiğit, **a.g.e.**, s. 142.

dava idare aleyhine açılacağından işlemi yapan idarenin ikametgahının bulunduğu yer mahkemesidir.²²⁷

Asıl işveren alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğu tespit edilirse hem asıl işverene hem de alt işverene ilgili İl Müdürlüğü tarafından para cezası kesilecektir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 27/1’de yer alan “İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir” bu hükümlerle görevli mahkemenin açıkça sulh ceza mahkemeleri olduğu belirtilmiştir.²²⁸

²²⁷ Akyiğit, **a.g.e.**, s.144.

²²⁸ **a.g.e.**, s. 147.

SONUÇ

İşverenlerin mal veya hizmet üretimi sırasında bu işlerini yürütürken başka işverenler eliyle üretimde bulunmaları diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de oldukça yaygın bir uygulama halini almıştır. Burada alt işveren olarak anılan bu ikinci işveren uzmanlık ve verimlilik esasına dayalı bir amaçla asıl işveren olan ilk işverenden belli şartlar dahilinde iş almakta ve bu işleri kendi işçileri vasıtası ile yerine getirmektedirler. Genel olarak bahsedilen bu iş ilişkisine asıl işveren alt işveren ilişkisi denilmektedir.

Bu kapsamda, yasalar ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları, geçerlilik şartları ve buna aykırılığın yaptırımları düzenlenmiş, alt işverene verilebilecek işler bakımından da bir takım sınırlamalar öngörülmüştür. Bu sınırlamalar asıl işverene, alt işverene ve asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında yapılacak işe, alt işveren işçilerine dair ön şartlar taşımaktadır.

Türk iş hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisi ilk kez 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı İş Kanunu'nun 1. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca “İşçiler, doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıpta üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele aktetmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür.”

Bu hüküm 1950 yılında 5518 sayılı yasa ile değiştirilmiş ve “İşçiler dorudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan ikinci bir şahsın aracılığı ile sözleşme akdetmiş iseler bu aracılar da asıl işverenle müştereken ve müteselsilen sorumludur” şeklini almıştır.

Daha sonra 1971 yılında yürürlüğe giren 1475 sayılı İşK'da ise asıl işveren alt işveren ilişkisine ait hükümler kanunun 1. maddesinin son fıkrasında yer almıştır. Maddeye göre “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi

işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.”

Asıl işveren alt işveren ilişkisi son olarak 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İşK. 2. maddesinin 6. fıkrasında şöyle düzenlenmiştir:

“bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.”

İlk iş yasası ile son iş yasası arasında aynı kurumu düzenleyen bu hükümler zamanın ihtiyaçları, gelişen teknolojik imkanlar ve üretim biçimindeki yeniliklerin doğurduğu sonuçların neticesinde değişikliklere uğramıştır. Örneğin, asıl işveren ve alt işverenin müteselsil sorumluluğu, daha sonra işin yapılma yerine ve sorumluluğun genişletilmesine ilişkin hükümler ve asıl iş ve yardımcı iş ayrımı ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımının son yasa madde metninde yer alması gibi.

Bu değişikliklerin özüne bakıldığında tamamen işçi lehine düzenlemeler olduğu ve işçi haklarının korunma alanının genişletilmek istendiği anlaşılmaktadır. Bunun sebebinin de pratikte işverenlerin kötü niyetli uygulamalarının olduğunu söylemek yanlış olmasa gerekir. Kanunların ortaya çıkış sebebinin de en temel de kişisel hak ve özgürlüklerin korunması amacını taşıdığı düşünüldüğünde İş Kanunları da kanunun baş aktörleri olan ve menfaatleri çatışan işveren ile işçi arasında, zayıfı güçlünün karşısında koruma amacıyla işçi işveren ilişkilerini tanzim etmiştir.

Ancak bazen yasalarda yer alan hükümlerde uyumsuzluğun hallini sağlayamaya yetecek derecede hüküm bulunmaması yahut mevcut hükmün buna yetersiz kalması durumunda Yargıtay içtihatları ve doktrin görüşleri ile çözüm oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu uğraşlarda yasanın bazı hükümlerinde uygulayıcılar arasında veya doktrin sahipleri arasında görüş ayrılıkları meydana gelmiştir. Kimi görüş sahipleri işçinin korunması amacıyla tamamen işçi lehine daraltıcı yorum yaparak beyanda bulunmuş kimi görüş

sahipleri ise muvazaa niyeti taşıyan bir kısım uygulamalar yüzünden iyi niyetli alt işveren girişimlerinin engellenebileceği endişesi ile temkinli davranarak yine işçi lehine ancak asıl işveren alt işveren uygulamasının ayakta kalmasını sağlamaya yönelik daha genişletici yorumda bulunmuşlardır.

Bu anlamda asıl işveren alt işveren ilişkisinde en çok tartışma yaratan hususlardan biri; yasanın 2/6. fıkrasında yer alan “...yardımcı işler ve asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan” ifadesindeki “ile” sözcüğünün “ve” mi “veya” mı olarak yorumlanması gerektiği olmuştur. Yargıtay’ın, verdiği kararlarda “ile” kelimesinin “ve” olarak yorumladığı anlaşılmaktadır. Buna paralel olarak bu iki koşulun yani işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulunun bölünemez bir bütün olduğu doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüş olmuştur. Buna karşı “ile” sözcüğünün “veya” olarak anlaşılması gerektiği bu iki koşulun ikisinden birinin varlığı halinde yasanın aradığı şartın gerçekleşmiş olduğu da savunulmuştur.

Yine, asıl iş yardımcı iş ayrımında asıl iş için geçerli olan sınırlamaların yardımcı iş için öngörülmemiş olması nedeniyle yardımcı işlerin hiç bir sınırlamaya tabi olmadan alt işverene devrinin mümkün olması, asıl iş yardımcı iş ayrımı ile, bu kategoriye girmeyen işlerin asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamı dışında tutulması, hususları da tartışılan diğer noktalar olmuştur. Hatta Alt İşveren Yönetmeliğinin bu hususlara isabet eden maddelerinde yasanın amacını aşan yada yasanın önüne geçen hükümlerinin bulunduğu görüşleri de dile getirilmiştir.

Netice olarak 4857 sayılı yasanın 2. maddesinin 6, 7 ve 8. fıkralarında asıl işveren alt işveren ilişkisi ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış, koşulları, sınırları ve buna aykırılığın yaptırımları düzenlenmiş ve asıl işveren ve asıl işverenin, alt işveren işçilerinin alacaklarından beraber sorumlu oldukları hüküm altına alınarak işçilerin alacakları teminat altına alınmak istenmiştir. Bu çalışmamızda gerek Yargıtay içtihatlarına gerekse doktrin görüşlerine yer verilmek sureti ile asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında, bu ilişkinin unsurlarına, asıl işveren alt işveren ilişkisine kanun tarafından getirilen sınırlamalara ve bu anlamda asıl işverenin hukuki sorumluluğuna dair açıklamalar yapılmaya çalışılmıştır.

İş hayatının birbirine varlık koşulu gibi bağlı iki unsuru olan işçi ve işveren sujeleri, hergeçen gün meydana gelen yeniliklerden ve gelişmelerden doğrudan etkilenmektedir. Bu etkilişimin sonuçları ve hatta koşulları da yasalar, yönetmelikler, mahkemeler ve doktrin tarafından sürekli devam eden bir tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Burada bizde, aşırı korumacı bir duyguyla kazuistik bir düşünce tarzı ile, işçi işveren arasında sürekli işçi lehine dokunulmaz bir alan yaratılmasının zaman içinde olumlu bir sonuç doğurmasının zor olduğu kanaati oluşmaktadır. Zira bu ilişkide borçlu ve yükümlü olan taraf sadece işveren değildir, işçinin de işverene ve işyerine karşı yükümlülükleri olduğu unutulmamalıdır.

Anayasa ile güvence altına alınmış olan teşebbüs hürriyetinin ve çalışma özgürlüğünün, bu özgürlüklerin İş Kanununa yansıyan kısımlarının, zamanımızda yaşanan teknolojik ve ekonomik gelişimlerden bağımsız katı bir biçimde yorumlanmaması, işçi haklarının korunma çabası ile yasanın amacının paralel yönde ilerlemesi düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan. Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı. Tuhis.

<http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1349444406.pdf>

AKYİĞİT, Ercan. İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik. Seçkin.

2. B. İstanbul 2013

AKIN, Levent. İşletmesel Kararın Alt İşverenliğe ve Geçerli Feshe

Etkisi. www.ceis.org.tr/dergi/2012 Temmuz

AKIN, Levent. Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl

İşverenin Müteselsil Sorumluluğu. AUHFD. 2011. 60. 4

AKTAY, Nizamettin, İş Hukuku, Seçkin, Ankara 2006

ALPAGUT, Gülsevil. 4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki

Yeni Yapılanma. Ankara 2004. İNTES

ALPAGUT, Gülsevil. Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk

Sorunu. Legal. 2008. S. 20

ALPAGUT, Gülsevil. İş Yerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı.

Beta. İstanbul 2010

ALPAGUT, Gülsevil. Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku

Kararlarının Değerlendirilmesi. Ankara 2012

ARICI, Kadir. Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması

Sorunu. İktisat Fakültesi Mecmuası. 2005. C. 55. S.1

ARICI, Kadir. İş Hukuku. Seçkin. Ankara 2006

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

ASTARLI, Muhittin. İş Hukuku. 6. Bası. Turhan Kitabevi. Ankara 2014

AYDINLI, İbrahim. Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu. 2013 Ankara.

AYKAÇ, Hande Bahar. İş Hukukunda Alt İşveren. Beta. İstanbul 2011

BAKIRCI, Kadriye. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin İşyeri Bölümünün Devriyle Bağlantısı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulurken İş Sözleşmelerinin Feshi, Sicil Dergisi, Haziren 2010, Yıl .5, S. 18.

BAYSAL, Ulaş. İş Hukuku. 6. Bası. Turhan Kitabevi. Ankara 2014

ÇAKMAKÇI, Ramazan. İş Kanunu. Legal. İstanbul. 2003

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

CANBOLAT, Talat. İş Hukuku Dersleri. Beta. 27. Bası. İstanbul 2014

CANIKLIOĞLU, Nurşen. İş Hukuku Dersleri. Beta. 27. Bası. İstanbul 2014. s. 57

CANIKLIOĞLU, Nurşen. Sosyal Güvenlik Hukuku, 12. B., İstanbul 2009

CENTEL, Tankut. İş Güvencesi. İstanbul 2012

CENTEL, Tankut. Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik. Sicil. 2008. S. 10

ÇANKAYA, Osman Güven. İş Hukukunda Üçlü İlişkiler. Ankara 2011

ÇANKAYA, Osman Güven. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İşverenlerin Değişmesi ve Bunun İlişkisine Etkileri. Ulucan'a Armağan. İstanbul 2008

ÇANKAYA, Osman, Güven. Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı. Uygulamada Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorunlar. Kamu İş. C. 6, S. 4. 2002

ÇELİK, Nuri. Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları, Karar İncelemesi. Sicil 13. Mart 2009

ÇELİK, Nuri. İş Hukuku Dersleri. 27. Bası, İstanbul 2014. s. 57.

ÇİL, Şahin. İş Hukukunda Üçlü İlişkiler. Ankara 2011

ÇİL, Şahin. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İşverenlerin Değişmesi ve Bunun İlişkisine Etkileri. Ulucan'a Armağan. İstanbul 2008

DEMİRCİOĞLU, Murat. Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası. 3. Baskı. İstanbul 2014

EKONOMİ, Münir. Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler. Prof. Nuri Çelik'e Saygı. Legal. 2008 İstanbul

EKONOMİ, Münir, 4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Sicil, 2008, S. 12

EKONOMİ, Münir, Çalışma Hayatında Esneklik, Kasım 1994, İzmir

ENGİN, Murat. Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Derneği. III. Yılında İş Yasası. 21-25 Eylül Bodrum 2005

EREN, Fikret. Türk Borçlar Hukuku. İstanbul 2010

EYRENCİ, Öner. Bireysel İş Hukuku. 5. Baskı. İstanbul 2014

GÜNAY, Cevdet İlhan. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması.
Yetkin. Ankara 2007

GÜNAY, Cevdet İlhan. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. Yetkin.
Ankara 2008

GÜZEL, Ali. İş Hukukunda Üçlü İlişkiler. Kadir Has Üniversitesi
Sempozyum. İstanbul 2009

GÜZEL Ali. İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt
İşveren İlişkisinin Sınırları. Çalışma Ve Toplum. S.1. 2004

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

GÜZEL, Ali. Sosyal Güvenlik Hukuku. 12. B. İstanbul 2009

İNCİROĞLU, Lütfi. Çalışma Hayatında Alt İşveren Uygulaması. Legal,
S.41

İNCİROĞLU, Lütfi, Yeni İş Hukuku Uygulaması, Legal, 3. B. 2005
İstanbul

KILIÇOĞLU, Mustafa. İş Kanunu Şerhi. İstanbul 2013

KILIÇOĞLU, Mustafa. İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel
Kavramlar. Turhan Kitabevi. Ankara 2009

KUNT, Püren. <http://www.toprakisveren.org.tr/2014-103>

- KUTAL, Gülten. Türk Çalışma Hayatında Esneklik Uygulamaları. Tesis Dergisi. 2008 Mayıs, www.tes_is.org.tr
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi. İş Hukuku. 6. Bası. Turhan Kitabevi. Ankara 2014
- NANECİ, Aslı. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi. Sicil. Eylül 2009
- NARMANLIOĞLU, Ünal. Vefa Toplantıları. Nuri ÇELİK'e Saygı. Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler. Legal. İstanbul 2008
- OKUR, Ali Rıza. Sosyal Güvenlik Hukuku. 12. B. İstanbul 2009
- ÖZKARACA, Ercüment. İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu. Beta. İstanbul 2008
- ÖZVERİ, Murat. Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası ve Alt İşveren Uygulaması. Legal. 2004. S.2
- SENYEN, E. Tuncay. İş Hukuku. Seçkin. Ankara 2006
- SOYER, Polat. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 10. Yılında Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ile İlgili Genel Bir Değerlendirme. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu 10. Yılında İş Kanunu Semineri. İstanbul. 2013
- SÜZEK, Sarper. İş Hukuku. İstanbul, 2014
- SÜZEK, Sarper. Alt İşveren İlişkisinin Kurulması. Legal. 2010. S. 25
- ŞAHLANAN, Fevzi. Türk İş Hukuku'nda Alt İşveren. Mercek Dergisi. Yıl. 2. S. 2. 1997. (MESS)

- ŞAHLANAN, Fevzi. Alt İşveren İşçisinin İşe İade Davası Karar İncelemesi. Türkiye Tekstil Sanayi İşverenler Sendikası Aylık Dergisi. 2004. S. 300. <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/aralik/hukuk.html>
- ŞAHLANAN, Fevzi, Karar İncelemesi, Y.7. HD. 7.3.2013 gün, 2572/2349, <http://www.tekstilisveren.org/hukuk/karar-incelemeleri>
- ŞAHLANAN, Fevzi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, 2003 Yılı Toplantısı:2
- ŞAKAR, Müjdat. İş Kanunu Yorumu. 5. B. Ankara 2010
- ŞAKAR, Müjdat. Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu. 6. B. Yaklaşım Yayıncılık. Ankara 2011.
- ŞEN, Murat. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi. Sicil. Eylül 2009
- ŞENOCAK, Kemal. İş Kanunu Şerhi. İstanbul 2013
- ŞEN, Sabahattin. Çalışma ve Toplum. 2006/3.
- ŞEN, Sabahattin. Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi. Çalışma ve Toplum. 2004. S. 10
- TANDOĞAN, Haluk. Türk Mes'uliyet Hukuku.1961 Yılı Aynı Basım. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- TAŞKENT, Savaş. Alt İşveren. Legal. 2004. Sayı. 2
- TAŞKENT, Savaş. Bireysel İş Hukuku. 5. Baskı. İstanbul 2014

TUNCAY, Can. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi. Türkiye Kimya Petrol Lastik ve Plastik Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 1991.

ULUCAN, Devrim. Bireysel İş Hukuku. 5. Baskı. İstanbul 2014

UÇUM, Mehmet. Yeni İş Kanunu Seminer Notları. İstanbul 2003 Çalışma ve Toplum. 2008. S. 3

Çalışma ve Toplum. 2012/3

Çimento İşveren Dergisi. Mart. 1997 Çimento İşveren Dergisi. Mayıs. 1996

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi. 2014, C. 11

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi. 2014. S.43

Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası. Aralık 2004

Türkiye İşveren Sendikası Federasyonu. Soru Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren. 2012

www.kazancihukuk.com

www.legalbank.net