

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI**

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVERENLİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Ahmet COŞTU

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Ankara – 2010

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI**

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVERENLİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Ahmet COŞTU

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Ankara – 2010

ONAY

Ahmet COŞTU tarafından hazırlanan "Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik" başlıklı bu çalışma, 28.12.2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/ oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

JÜRI ÜYELERİ

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (Danışman)

.....
Prof. Dr. Adnan TUĞ (Üye)

.....
Prof. Dr. Kadir ARICI (Üye)

ÖNSÖZ

Günümüzde iş hayatında yaşanan hızlı gelişmeler ve bunun getirdiği değişim, yapılan işlerde uzmanlaşmayı ve yardımlaşmayı da zorunlu hale getirmektedir. Bunun sonucunda iş hukukuna yeni kurum ve kavramlar girmiştir. Bu kurumlardan biri de “Alt İşverenlik” kurumudur. Alt işverenlik kurumu ile ilgili düzenlemeler, sınırlı bir şekilde iş hukukunun baş kaynağı İş Kanunu’nda yer almaktadır. Ne var ki bu düzenlemeler, alt işverenlik kurumunu tam açıklığı ile ortaya koyamamıştır. Bu nedenle uygulamada birçok sorunla karşılaşmıştır. Hatta alt işverenlik kavramı ile doktrinde tam bir kavram birliği dahi yakın zamana kadar sağlanamamıştır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile kavram birliği sağlanmış olsa da, alt işverenlik kurumu ile ilgili uygulamada birçok sorunla karşılaşmaya devam edilmektedir. Bunun en önemli nedenlerinden biri de bireysel ve toplu iş mevzuatındaki yasal düzenlemelerin yetersiz oluşudur.

İş Kanunu, alt işverenlik kurumunu değiştirmekten çok, asıl işveren alt işveren ilişkisini unsurları ile ortaya koyarak, asıl işveren alt işveren ilişkisine açıklık getirmiştir. İş Kanunu’ndaki bu düzenlemeler ile 1475 sayılı İş Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde, alt işveren uygulamasının kötüye kullanılmasının önüne geçmek istenmiştir.

Çalışmamız öncelikle alt işverenlik kavramını unsurları ile birlikte ortaya koyarak uygulamada çıkan sorunlara ve bu sorunların çözüm yollarına değinmek amacını taşımaktadır. Bu amacı taşıyan çalışmamızda, alt işverenlik kurumunu bütün yönleri ile incelemiş değiliz. Çalışmamızın 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki yeni düzenlemeler ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları da ele alması bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR CETVELİ	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVEREN KAVRAMI

1.1. TERMİNOLOJİ	5
1.1.1. Mevzuatta Kullanılan Kavramlar	6
1.1.2. Öğretide Kullanılan Kavramlar	9
1.1.3. Uygulamada Kullanılan Kavramlar	10
1.2. ALT İŞVEREN KAVRAMI İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER.....	11
1.2.1. İş Kanunu'ndaki Düzenlemeler.....	12
1.2.1.1. 4857 Sayılı İK.'dan Önceki Düzenlemeler	12
1.2.1.2. 4857 Sayılı İK.'daki Düzenlemeler.....	13
1.2.2. Türk Mevzuatındaki Diğer Düzenlemeler	14
1.3. ALT İŞVEREN KAVRAMI	16
1.3.1. Genel Olarak	16
1.3.2. Tanımı	18
1.3.3. Unsurları.....	20
1.3.1.1. Asıl İşverenden İş Alınması	21

1.3.3.2. Alınan İşin, Asıl İşverenin İşyerinde Yürütülen Mal Veya Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İşlerde Veya Asıl İşin Bir Bölümünde İşletmenin Ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerden Olması.....	24
1.3.3.2.1. Alınan İşin, Asıl İşverenin İşyerinde Yürütülen Mal Veya Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İşlerden Olması.....	24
1.3.3.2.2. Alınan İşin, Asıl İşin Bir Bölümünde İşletmenin Ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerden Olması.....	29
1.3.3.3. Alınan İşin Asıl İşverenin İşyerinde Yapılması	35
1.3.3.4. İşçilerin Sadece Asıl İşverenin İşyerinde Çalıştırılması	36

İKİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN KURULMASI VE ALT İŞVERENLİĞİN DİĞER ÜÇLÜ İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

2.1. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN KURULMASI	38
2.1.1. Asıl İşveren Alt İşveren Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği	38
2.1.2. Asıl İşveren Alt İşveren Arasındaki Sözleşmenin Şekli	40
2.2. ALT İŞVERENLİĞİN DİĞER ÜÇLÜ İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI	42
2.2.1. Geçici(Ödünç) İş İlişkisi	43
2.2.2. Takım Sözleşmesi İle Kurulan İş İlişkisi	48
2.2.3. İş Aracılığı.....	50
2.2.4. İşyeri Devri.....	52
2.2.5. İş Sözleşmesi Devri.....	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALT İŞVERENLİKTE MUVAZAA VE ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

3.1. ALT İŞVERENLİKTE MUVAZAA	63
3.1.1. Genel Olarak	63
3.1.2. İK.'da Düzenlenen Muvazaa Halleri.....	64
3.1.2.1. Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşveren Tarafından Çalıştırılamaması....	65
3.1.2.2. Daha Önce Asıl İşverenin İşyerinde Çalışan Kimse İle Alt İşveren İlişkisi Kurulamaması	71
3.1.2.3. Asıl İşin Bölünerek Alt İşverene Verilememesi	75
3.1.3. İK.'da Düzenlenmeyen Muvazaa Halleri.....	77
3.1.4. Muvazaanın Hukuki Yaptırımı	81
3.2. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR	83
3.2.1. Bireysel İş Hukuku Bakımından Doğan Uyuşmazlıklar	83
3.2.1.1. Alt İşverenin İşyeri Bağlamında Doğan Uyuşmazlıklar	83
3.2.1.2. Asıl İşverenin Sorumluluğu Bağlamında Doğan Uyuşmazlıklar	87
3.2.1.2.1. Sorumluluğun Hukuki Niteliği	88
3.2.1.2.2. Sorumluluğun Kapsamı	89
3.2.1.3. İşe İade Davası Bakımından Doğan Uyuşmazlıklar	90
3.2.1.3.1. Genel Olarak.....	90
3.2.1.3.2. İşçi Sayısının Hesabında Asıl İşveren Ve Alt İşveren İşçilerinin Durumu	93
3.2.1.3.3. İşçi Kıdeminin Hesabında Asıl İşveren Ve Alt İşveren İşçilerinin Durumu	95
3.2.1.3.4. Açılacak İşe İade Davasında Asıl İşverene Husumet Tescih Edilip Edilemeyeceği.....	95

3.2.1.3.5. İşe İade Halinde Asıl İşveren Ve Alt İşverenin Sorumluluğu ...	96
3.2.2. Toplu İş Hukuku Bakımından Doğan Uyuşmazlıklar.....	99
3.2.2.1. Alt İşveren Ve İşçilerinin Sendika Kurma Ve Sendikaya Üye Olmaları Bakımından	99
3.2.2.1.1. Genel Olarak.....	99
3.2.2.1.2. Alt İşveren Ve İşçilerinin Sendika Kurmaları	100
3.2.2.1.3 Alt İşveren Ve İşçilerinin Sendikaya Üye Olmaları.....	102
3.2.2.2. Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Sözleşmelerinden Yararlanmaları Bakımından	104
3.2.2.2.1. Yetki Tespiti	104
3.2.2.2.2. Alt İşveren İşçisi İçin Ayrı Bir Toplu İş Sözleşmesi Yapılıp Yapılamayacağı	106
3.2.2.2.3. Alt İşveren İşçisinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanıp Yararlanamayacağı	107
3.2.2.3. Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Uyuşmazlıklarındaki Durumu Bakımından	109
3.2.2.3.1. Grev Kararının Alınması Ve Uygulanması	109
3.2.2.3.2. Lokavt Kararının Alınması Ve Uygulanması	110
3.2.2.3.3. Grev Oylamasında Alt İşveren İşçilerinin Durumu.....	110
SONUÇ.....	111
EK.....	126
ÖZET.....	130
ABSTRACT	132

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AİY.	: Alt İşveren Yönetmeliği
Any.Mah.	: Anayasa Mahkemesi
aşa	: Aşağı
AY.	: Anayasa.
BİGŞ.	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BİK.	: Basın İş Kanunu
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
ÇSGB.	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
DİK.	: Deniz İş Kanunu
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İHU	: İş Hukuku Uygulamaları.
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization)
İK	: İş Kanunu
İMK.	: İş Mahkemeleri Kanunu.
Kamu – İş	: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
K.	: Karar

m./Md.	: madde
MESS	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
MK.	: Medeni Kanun
no.	: numara
para	: paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
Selüloz-İş	: Türkiye Selüloz Kağıt ve Mamulleri İşçileri Sendikası.
SK.	: Sendikalar Kanunu
SSK.	: Sosyal Sigortalar Kanunu
SSGSSK.	: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
T.	: Tarih
T.B.M.M.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİD.	: Tekstil İşveren Dergisi.
TİS.	: Toplu İş Sözleşmesi.
TİSGLK.	: Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
Türk – İş	: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk	: yukarı

GİRİŞ

Sanayide yaşanan gelişmeler, çalışma hayatında var olan işletmelerin üretim çeşitliliği artırarak, hem çeşitli ürünleri üretmek hem de bu ürünlerin üretiminin özel bir uzmanlık ve ayrı bir teknoloji gerektirmesi gibi nedenlerle işletmeleri zor durumda bırakmıştır¹. Bunun sonucunda ise belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçileri, teknolojileri ve organizasyonlarıyla mal veya hizmet üretimini gerçekleştiren geleneksel işletmeler, çok sınırlı bir biçimde özellikle temizlik, bakım ve onarım, yemek, servis, büro(veri hazırlama) hizmetleri ve güvenlik gibi uzmanlık gerektiren işleri veya asıl işe yardımcı işleri başka işverenlere yaptırmıştır². Ayrı bir teknoloji ve uzmanlık gerektiren işleri üstlenen ve kendisine asıl işin bir bölümü veya yardımcı işler bırakılan diğer işverenler, kendi işçileri, teknolojileri ve organizasyonları (araç gereçleri) ile üstlendikleri işleri yaptıktan sonra, yaptıkları işi, asıl işverene teslim etmiştir³.

¹ Talat Canbolat, Türk İş Hukuku'nda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s.VIII; Hatice Elmas İmer, "Bireysel ve Toplu İş İlişkileri Bakımından Yargı Kararları Çerçevesinde Hukukumuzda Alt İşveren Kurumu", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1994, s.1; Engin Ünsal, "4857 Sayılı Yasa'ya Göre Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Kurulması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.2, S.6, Nisan- Mayıs- Haziran 2005, s.536; Mehmet Anıl Arslanoğlu, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s.93.

² Ali Güzel, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları," Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik Metal-İş Yayını, 2004/1(Alt İşveren Kavramı), s.32; Savaş Taşkent, "Alt İşveren", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.1, S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.363; Özge Ayan, "Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi", LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.3, S.10, Yıl 2006, s.500; Ali Güzel, "İş Yasası'na Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, İş Hukuku'nda Asıl İşveren –Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri", 26 Kasım 2005 tarihli Seminer Notları, İstanbul, İş Müfettişleri Derneği Yayın No:8(Seminer Notları), s.20 vd.; Erdoğan Çubukçu, "Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.17, S.4-5, Mayıs-Ağustos 2002(Alt İşveren İlişkisi), s.19 vd.; Ercüment Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s.81-82.

³ Canbolat, a.g.e., s.VIII; Osman Marangozoğlu, "Türk İş Hukuku'nda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Yeni Bir Model Denemesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999, s.1; Münir Ekonomi, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, Legal Yayıncılık, Mart 2008, s.21-22; Ünal Narmanlıoğlu, "Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, Legal Yayıncılık, Mart 2008, s.53; Gülten Kutal, "Türkiye'de Çalışma Hayatında Esneklik Uygulamaları", TES-İş Dergisi, Mayıs 2008, s.89.

Ekonomi ve teknolojide yaşanan bu gelişmeler sonucunda işletmelerin mal üretimine veya hizmet sunumuna ilişkin organizasyonlarında bazı işlerini başka işverenlere bırakmaları, yeni bir kurumun doğmasına neden olmuştur. İşte bu kurum, burada inceleyeceğimiz alt işverenlik kurumudur.

İlk zamanlarda inşaat, taşıma ve tekstil sektöründe uygulama alanı bulan alt işverenlik, son zamanlarda tüm mal ve hizmet sektöründe kullanılır hale gelmiştir. Örneğin, ilk zamanlarda inşaat sektöründe iş sahibine tüm inşaatı yapmayı üstlenen müteahhitlerin, inşaatın sıva işlerini başka bir işverene, boya işlerini başka bir işverene, elektrik ve su tesisat işlerini başka bir işverene veya ahşap doğrama işlerini başka bir işverene vermesi ile uygulanmaya başlayan alt işverenlik kurumu; daha sonra yol yapımından baraj yapımına, tekstil fabrikalarından otomobil fabrikalarına ve nihayet günümüzde bakım onarım, yemek, temizlik, personel taşıma(servis), güvenlik, büro hizmetleri gibi tüm yardımcı işlerin de diğer işverenlere bırakılması ile mal üretimi ve hizmet sunumu ile ilgili tüm sektörlerde uygulanır hale gelmiştir.

İş hukukunda asıl olanın bir işverenin kendi işçi ve organizasyonu ile iş görmesi ve alt işverenlik uygulamasının istisnai bir uygulama olması nedenleri ile, kısa bir zaman içerisinde geniş bir uygulama alanı bulan alt işverenlik kurumunun mevzuatta düzenlenmesi gerekmiştir. Zira istisnaların asıl olanın önüne geçmemesi gerekmektedir⁴.

Bununla birlikte alt işverenlik kurumunun mevzuatta düzenlenmesinin gerekliliğinin en büyük nedeni ise, alt işverenlerin asıl işverenlere nazaran ekonomik bakımdan daha zayıf olmalarından dolayı alt işveren işçisinin korunmak istenmesidir⁵. Bu amaçla 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı İş Kanunu ile alt işverenlik kurumu kavram olarak mevzuatımıza girmiştir⁶. 3008

⁴ Oya Necla Kurtaran, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulamasında Muvazaa”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s.26; Aslıhan Özcan Kılıç, “Alt İşveren İlişkisinde Doğan Asıl İşverenin Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s.27.

⁵ KURTARAN, a.g.e., s.27.

⁶ Osman Güven Çankaya, Şahin Çil, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, S.3, Eylül 2006, s.54(Alt İşveren İlişkisi); KILIÇ, a.g.e., s.11.

sayılı İK.'nın 1. maddesinin 4. fıkrasında asıl işverenin işyerinde işçi çalıştıran kimselerden bahsedildiğini ve bu kimselerin de “üçüncü şahıs” olarak adlandırıldığını görmekteyiz⁷.

Önceleri uzmanlık ve teknoloji gerektiren işlerde iyi niyetle uygulanan alt işverenlik kurumu, daha sonraları işletmenin devamlı işçilerinin sayısını azaltmak, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun yükümlülüklerinden kaçınmak, sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme düzeninin dışına çıkmak, işçi ücretlerinin düşürülmesi veya ücretlerin yükselmesinin önlenmesi gibi amaçlarla da uygulanır hale gelmeye başlamıştır⁸.

Alt işverenlik kurumunun mevzuatta yeterince ve ayrıntılı olarak düzenlenmemesi nedeni ile kötüye kullanılması sonucunda, mevzuatta alt işverenlik kurumu ilgili düzenlemelerde birçok defa değişiklik yapılmıştır⁹. 1950 yılında çıkarılan 5518 sayılı İş Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanun, 1967 yılında çıkarılan 931 sayılı İK. ve 1475 sayılı İK. ile alt işverenlik kurumu bir çok kez değişikliğe uğramıştır. Ne var ki, yapılan bu düzenlemeler alt işverenlik kurumu ile ilgili yasal boşlukları dolduramamıştır. 1475 sayılı İK. döneminde yasal boşluklar daha çok Yargıtay içtihatları ile doldurulmaya çalışılmıştır¹⁰.

En son yürürlüğe giren 4857 sayılı İK.'da yapılan alt işverenlik ile ilgili düzenlemeler, 4857 sayılı İK.'dan önceki dönemde alt işverenlik kurumu ile ilgili Yargıtay içtihatları da dikkate alınarak yapılmış ve alt işverenlik kurumundaki yasal boşluklar doldurulmaya çalışılarak muvazaalı uygulamaların önüne geçilmek istenilmiştir¹¹.

⁷ Canbolat, a.g.e., s.7.

⁸ M.Polat Soyer, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, MESS Sicil Dergisi, Yıl 1, S.1, Mart 2006, s.16; Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.55; Öner Eyrenci, “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.1, S.1, Ocak, Subat, Mart- 2004, s.21.

⁹ Ünsal, a.g.m., s.537.

¹⁰ Soyer, a.g.m., s.16; Fevzi Demir, “4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, MESS Mercek Dergisi, Temmuz 2003, s.87; Kurtaran, a.g.e., s.38; Kılıç, a.g.e., s.7.

¹¹ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.55.

Diğer yandan alt işverenlik kurumu ile ilgili yapılan yeni düzenlemeler öğretideki tartışmaları da sona erdirmiş değildir. Alt işverenlik kurumu unsurları ve eksiklikleri ile öğretide tartışılmaya devam edilmektedir¹².

Ayrıca her ne kadar 4857 sayılı İK. ile uygulamadaki kötüye kullanmaları engelleyecek nitelikte yeni düzenleme yapılsa da; toplu iş mevzuatında alt işveren kurumundan bahsedilmediğini görmekteyiz. Alt işverenlik kurumunun Toplu İş Hukuku bakımından mevzuatta yer almaması, büyük bir yasal boşluğa neden olmaktadır. Toplu İş Hukuku'nda İK.'daki düzenlemelere paralel ve uygulamadaki boşlukları giderici yeni düzenlemeler yapılması ihtiyacı gün geçtikçe artmaktadır. Bu bakımdan alt işverenlik kurumu ile ilgili mevcut düzenlemelerdeki eksiklikler bir an önce giderilmeli ve toplu iş mevzuatında da İK.'daki düzenlemelere paralel ve buradaki düzenlemelerle uygun düzenlemeler yapılmalıdır.

Tez çalışması üç ana bölümden oluşmaktadır:

Birinci Bölüm'de "Alt İşveren Kavramı" inceleme konusu yapılmaktadır. Alt işveren kavramı öncelikle terminoloji bakımından inceleme konusu yapılacak ve bu kapsamda mevzuatta, öğretide ve uygulamada kullanılan terimler ayrı ayrı ele alınacak ve devamında ise alt işveren kavramı ile ilgili yasal düzenlemelere yer verilecektir. Birinci Bölümde alt işveren kavramının tanımı ve unsurları incelenerek son verilecektir.

İkinci Bölüm'de ise alt işverenlik ilişkisinin kurulması ve ayrıca alt işverenliğin diğer üçlü ilişkiler ile karşılaştırılması yapılacaktır.

Son Bölüm'de ise alt işverenlikte muvazaa ile alt işverenlik ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar bireysel ve toplu iş hukuku bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

Tez çalışmasının sonuç kısmında ise alt işverenlik kurumu ve alt işverenlik kurumu ile ilgili yaşanan sorunlar ve bunlara ilişkin çözüm önerileri sunularak değerlendirmeler yapılacaktır.

¹² Soyer, a.g.m., s.16.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVEREN KAVRAMI

1.1. TERMİNOLOJİ

Alt işverenlik kurumu, hukuka giriş tarihi dikkate alındığında yeni olmasına karşın, terminoloji bakımından oldukça zengin bir kurumdur. Alt işverenlik kurumunu ifade etmek için mevzuatta, öğretide ve uygulamada birçok terim kullanıla gelmiştir¹. Kullanılan terimlerin çokluğu, alt işverenlik kurumu bakımından ilk zamanlarda kavram karışıklığına neden olsa da, günümüzde bu tür karışıklıkların yaşandığını söylemek güçtür. Zira alt işverenlik kurumu, aradan geçen zaman boyunca hukuka yerleşmiş ve karışıklıklara neden olabilecek hususlar çoğunlukla açıklığa kavuşturulmuştur. Özellikle de 4857 sayılı İK.'nın öğretisi ve uygulamada kullanılan terimleri dikkate alarak alt işverenlik kurumu ile ilgili hükümlerde yaptığı düzenlemeler sayesinde ki; mevzuatta, öğretide ve uygulamada kullanılan terimler arasında kavram birliği sağlanarak kavram kargaşasına büyük ölçüde son verilmiştir.

Alt işverenlik kurumu, özellikle 1475 sayılı İK.'nın yürürlükte olduğu dönemde mevzuatta, öğretide ve uygulamada değişik kavramlarla ifade edilmeye çalışılmıştır. Kullanılan kavramların çokluğu, kullanılan bu kavramların öncelikle ortaya konmasını gerektirmektedir. Aşağıda sırasıyla mevzuatta, öğretide ve uygulamada kullanılan kavramlar ele alınacak ve böylece alt işverenlik kurumu ile ilgili terminoloji ortaya konmaya çalışılacaktır.

¹ Marangozoğlu, a.g.e., s.3; kullanılan deyimler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Talat Canbolat, “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs 1997, s.211-229.

1.1.1. Mevzuatta Kullanılan Kavramlar

Alt işverenlik kurumunun Türk İş Hukuku'na girişi, 1936 yılına kadar geriye gitmektedir. 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı İş Kanunu² ile alt işverenlik kurumu, kavram olarak mevzuata girmiştir. 3008 sayılı İK. m.1/f.4'te, asıl işverenin işyerinde işçi çalıştıran kimselerden bahsedilmekte ve bu kimseler de "üçüncü şahıs" olarak adlandırılmaktadır³.

3008 sayılı İK.'nın asıl işverenin sorumluluğuna ilişkin söz konusu bu hükmünün yeterince açık olmaması ve özellikle asıl işverenin ne tür bir sorumluluğunun olduğunun belirtilmemesi uygulamada sorunların çıkmasına neden olmuştur⁴. Bunun üzerine, 3008 sayılı İK.'nın m.1/f.4 hükmü, 1950 yılında çıkarılan 5518 sayılı İş Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanun⁵ ile değiştirilmiştir. 3008 sayılı İK.'nın değişik m.1/f.4. hükmü⁶ ile asıl işverenin işyerinde işçi çalıştıran ve daha önce "üçüncü şahıs" olarak adlandırılan kimseler "aracı" olarak nitelendirilmiştir⁷.

1967 yılında çıkarılan 931 sayılı İK.⁸da ise, alt işverenlik kurumu ile ilgili düzenlemeyi birinci maddenin son fıkrasında görmekteyiz. 931 sayılı İK.'nın birinci maddesinin son fıkrasında asıl işveren ile diğer işveren arası ilişkiden bahsedilmiş ve hangi hallerde kimlerin alt işveren sayılacağı hükme bağlanmıştır. 931 sayılı İK.'nın m.1/f. son hükmü⁹nde, asıl işverenin gördüğü

² R.G., T. 15.06.1936, S. 3330.

³ İbrahim Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.146; Canbolat, a.g.e., s.7; Sabahattin Şen, Taşeronluk(Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri, İstanbul, Selüloz-İş Sendikası Eğitim Yayınları : 14, 2. Baskı, 2002(Taşeronluk), 106; Kurtaran, a.g.e., s.36; Kılıç, a.g.e., s.8.

⁴ Canbolat, a.g.e., s.2; Kılıç, a.g.e., s.12; Kurtaran, a.g.e., s.36.

⁵ R.G., T. 31.01.1950, S. 7420.

⁶ "İşçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından dolmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş iseler, bu aracılar da asıl işverenle müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. (3008 sayılı İK. m.1/f.4.)"

⁷ Canbolat, a.g.e., s.2; Kılıç, a.g.e., s.12; Kurtaran, a.g.e., s.36.

⁸ R.G., T. 12.08.1967, S. 12672.

⁹ "Bir işverenden belirli bir işin bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeriyle ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden birlikte sorumludur(931 sayılı İK.m.1/f.son)"

işin belirli bir bölümü ve eklentisinde iş alan kimseler “diğer işveren” olarak adlandırılmıştır¹⁰.

Ne var ki 931 sayılı İK., Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden iptal edilmiştir¹¹. Bunun üzerine, 931 sayılı İK. ile birkaç hüküm dışında aynı hükümleri içeren 1475 sayılı İK. çıkarılmıştır. 1475 sayılı İK.’da daha önce Any. Mah. tarafından iptal edilen 931 sayılı İK.’da alt işverenlik kurumu ile ilgili olarak bahsedilen m.1/f. son hükmü kavramı aynen tekrarlanmıştır¹².

Ancak 1475 sayılı İK.’da 931 sayılı İK.’da olmayan yeni bir hüküm getirilmiştir. Bu hüküm alt işveren ilişkisi nedeni ile asıl işverene yükümlülük getiren 29. maddenin 1. fıkrasıdır. Buna göre kamu kurum ve kuruluşları dışında kalan işverenler de, isterler ise 29. madde hükmünü kullanabilmektedirler.

Any. Mah. tarafından iptal edilen 931 sayılı İK. ve iptal kararından sonra çıkarılan 1475 sayılı İK.’da, 3008 sayılı İK. ile mevzuatımıza giren “aracı” kavramının yerine “diğer işveren” kavramı kullanılmıştır¹³.

1475 sayılı İK.’yı yürürlükten kaldıran 4857 sayılı İK.¹⁴, alt işverenlik kurumunu, alt işveren ile asıl işveren arasındaki müteselsil sorumluluk hariç, bütünü ile değiştirmiştir. Kanun koyucu, alt işverenlik kurumu ile ilgili yaptığı yeni düzenleme ile, 1475 sayılı İK.’dan farklı olarak Yargıtay kararları doğrultusunda işçi ve işveren açısından yeni bir durum ortaya çıkarmıştır. 4857 sayılı İK. kimi işlerde alt işveren uygulamasına açıkça müsaade ederken; kimi işlerde muvazaalı alt işveren uygulamasını tamamiyle ortadan kaldırmıştır. Diğer bir ifade ile 4857 sayılı İK., muvazaa hükmüne yer vererek önceki kanunlardan farkını ortaya koymuştur¹⁵.

¹⁰ Kurtaran, a.g.e., s.37; Erdoğan Çubukçu, “Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi Tanım ve Kavramlar”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.21, S. 2-3, Kasım 2007-Şubat 2008, s.1.

¹¹ Anayasa Mahkemesi’nin 14/05/1970 Tarih, 1970/40 Esas ve 1970/26 Karar sayılı kararı(Bkz. R.G., T. 11.05.1971, S. 13833).

¹² Canbolat, a.g.e., s.4; Kılıç, a.g.e., s.13; Kurtaran, a.g.e., s.37.

¹³ Kurtaran, a.g.e., s.37.

¹⁴ R.G., T. 10.06.2003, S. 25134.

¹⁵ Kurtaran, a.g.e., s.37.

Alt işverenlik kurumu ile ilgili olarak 4857 sayılı İK. m.2/f.6 hükmünde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımı yapılmış ve asıl işverenin alt işverenle olan sorumluluğuna yer verilmiştir. 7.fıkırdaki ise asıl işveren alt işveren ilişkisinin hangi durumlarda kurulamayacağı, yasa hükmüne aykırı olarak alt işveren ilişkisinin kurulması halinde ise bunun sonuçlarına yer verilmiştir. 4857 sayılı İK. m.3/f.2 hükmünde işyerini bildirme yükümlülüğü alt işverene de yüklenmiştir. 1475 sayılı İK.'da yer alan 29. madde hükmü 4857 sayılı İK.'da 36. maddede düzenlenerek muhafaza edilmiştir¹⁶. Asıl işveren alt işveren ilişkisini tanımlayan 2. ve işyerini bildirme yükümlülüğü ile ilgili 3. maddelerde “alt işveren” kavramı olarak geçmektedir¹⁷.

27 Eylül 2008 tarihinde yürürlüğe giren Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin¹⁸ “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının a) alt bendinde alt işveren; “Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlere veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek ve tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olamayan kurum ve kuruluşları” olarak tanımlanmak suretiyle “alt işveren” kavramı kullanılmıştır.

Ancak Türk İş Hukukunun bireysel iş ilişkilerini düzenleyen 4857 sayılı İK.'nın dışındaki diğer kaynaklardan 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda¹⁹, 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda²⁰ ve toplu iş ilişkilerini düzenleyen kaynaklarından olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu²¹ ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi,

¹⁶ 4857 Sayılı İK.'da hem alt işverenlik hem de taşeron terimlerinin kullanılması kavram kargaşalığına neden olmuştur[Sabahattin Şen, “Alt İşverenlik: İşçilerin ve Sendikaların Kabusu, İşverenlerin Truva Atı”, TES-İş Dergisi, Dosya, Taşeron İşçilik(Altışveren) ve Düzensiz İstihdam, Mayıs 2008(Alt İşverenlik – 2), s. 98].

¹⁷ Ancak kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hak edişlerinden ücret kesme yükümlülüğü ile ilgili 36. maddesinde ise alt işveren kavramı yerine “müteahhit” veya “taşeron” kavramı kullanılmıştır.

¹⁸ R.G., T. 27.09.2008, S. 27010.

¹⁹ R.G., T. 20.06.1952, S. 8140.

²⁰ R.G., T. 29.04.1967, S. 12586.

²¹ R.G., T. 07.05.1983, S. 18040.

Grev ve Lokavt Kanunu'nda²² alt işveren kavramı ile ilgili herhangi bir düzenlemeye rastlamamaktayız²³.

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu²⁴,nın 11. maddesinin 8. fıkrasında asıl işveren ve alt işveren kavramlarına, 12. maddesinin 6. fıkrasında ise alt işverenin tanımına ve asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu olduğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere mevzuatımıza ilk girdiği zamanlarda alt işverenlik kurumu ile ilgili düzenlemelerde alt işveren kavramı üçüncü şahıs, aracı, diğer işveren, müteahhit ve taşeron olarak ifade edilirken; 4857 sayılı İK.da ve bu yasaya dayanılarak çıkarılan AİY'de alt işveren olarak ifade edilmiştir. Ancak halen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İK.'nın 36. maddesindeki "müteahhit" ve "taşeron" kavramları hala varlığını korumaktadır.

1.1.2. Öğretide Kullanılan Kavramlar

Türk İş Mevzuatımızda üçüncü şahıs, aracı, diğer işveren, müteahhit, taşeron ve alt işveren kavramlarının kullanılmasına karşın; öğretide alt işverenlik kurumu, bu kavramlar yanında değişik birçok kavramla ifade edilmeye çalışılmıştır.

1475 sayılı İK.'nın yürürlükte olduğu dönemde aracı²⁵, müteahhit, alt ısmarlanan²⁶, alt müteahhit, alt yüklenici, taşeron²⁷, tali işveren²⁸ ve alt

²² R.G., T. 07.05.1983, S. 18040.

²³ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.63.

²⁴ R.G., T. 16.06.2006, S. 26200.

²⁵ Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul Beta Yayınları, Ekim 2003, s.129 vd.; Turhan Esener, İş Hukuku, Ankara 1978, s.102.

²⁶ Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, Beta Yayınları, 1989, s.65.

²⁷ Alpaslan Işıklı, İş Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Eylül 2005, s.51; Servet Akbulut, "Türk Endüstriyel İlişkiler Sisteminde Alt İşveren (Taşeron)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1994, s.1 vd; Memduh Yelekcı, İlhami Yelekcı, 4857 Sayılı Notlu İzahlı İçtihatlı Yeni İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s.20 vd.; Şen, Taşeronluk, s.106 vd.; Adil İzveren, İş Hukuku, İzmir 1999, s.85 vd.

²⁸ Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.84 vd.

işveren²⁹ kavramlarının öğretide birlikte ya da tek başına kullanılan kavramlar arasında yer aldığını görmekteyiz.

4857 sayılı İK.'ya kadar öğreti ve uygulama tarafından çoğunlukla "alt işveren" kavramı kullanılmıştır³⁰. 4857 sayılı İK. ile getirilen alt işverenlik kurumu ile ilgili madde hükmünde, terminoloji birliğini sağlamak amacı ile bu zaman kadar kullanılan kavramlar yerine, 1475 sayılı İK.'nın yürürlükte olduğu zaman öğreti ve uygulama tarafından da çoğunlukla kullanılmış olan "alt işveren" kavramını kullanmıştır³¹.

1.1.3. Uygulamada Kullanılan Kavramlar

Alt işveren kurumu ile ilgili olarak çalışma hayatında daha çok müteahhit, alt müteahhit, aracı, alt taşeron, taşeron³² veya tali işveren kavramları kullanılmaktadır³³.

Yargı kararlarında ise alt işveren kurumu ile ilgili olarak, taşeron³⁴, alt işveren ve aracı kavramlarının yer aldığı görülmektedir. Ancak "alt işverenlik kurumu" 4857 sayılı İK. m.2'de "alt işveren" kavramı ile ifade edildiğinden,

²⁹ Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Baskı, 2008, s.162 vd.; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, Konya, Mimoza Yayınları, 11. Baskı, 2005, s.17 vd.; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Bası, 2005, s.45 vd.; Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003(İş Hukuku), s.270 vd.; Murat Demircioğlu, Tankut Centel, İş Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 13. Bası, 2009, s.51 vd.; Ercan Akyiğit, İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2001(Şerh 1475), s.80 vd.; Ercan Akyiğit, Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 4. Baskı, 2005(İş Hukuku), s.71 vd.; Murteza Aydemir, Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, MESS Yayını, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Şubat 1993, 119 vd.; İmer, a.g.e., s.3 vd.; Marangozoğlu, a.g.e., s.3 vd.; Nusret Ekin, Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2002-34, 2002, s.147 vd.; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Legal Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, 2005, s.35 vd.; A.Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E.Tuncay Kaplan-Seylen, İş Hukuku, Genişletilmiş Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2007, s.66 vd.; Ercan Güven, Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, Nisan Kitabevi, 2. Baskı, 2007, s.43 vd.; Şen, Alt İşverenlik-2, s.95 vd.

³⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.162; Kılıç, a.g.e., s.10; Kurtaran, a.g.e., s.41.

³¹ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.39.

³² Kılıç, a.g.e., s.10.

³³ Aktay, Arıcı, Kaplan-Seylen, a.g.e., s.66.

³⁴ Kılıç, a.g.e., s.10.

4857 sayılı İK.'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra verilen Yargıtay kararlarında, daha önce de sıkça kullanılan alt işveren kavramının tercih edildiğini görmekteyiz³⁵.

Sonuç olarak 4857 sayılı İK. döneminde mevzuatın ve uygulamanın ve belli ölçüde³⁶ öğretinin kullandığı kavramlar arasında yeknesaklık sağlanmış olduğu görülmektedir. Alt işveren kurumu ile ilgili 4857 sayılı İK.'da yapılan yeni düzenlemede "alt işveren" kavramının seçilerek kullanılması kanımızca yerinde olmuştur.

1.2. ALT İŞVEREN KAVRAMI İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

Türk İş Mevzuatına baktığımızda alt işveren kavramı ile ilgili yasal düzenlemelere İK. ve SSGSSK.'da yer verildiğini görmekteyiz. Alt işveren kavramı ile ilgili olarak, her ne kadar doğrudan düzenlenmiş olmasa da, alt

³⁵ Bkz. Y. 9. HD., 2004/17098 E., 2004/17431 K., 08.07.2004 T. [Fevzi Şahlanan, "Alt İşveren İşçisinin İşe İade Davası", Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk, Sayı: 300, Aralık 2004(Karar İncelemesi-1), (Erişim)<http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/aralik/.html>.]; Y. 9. HD., 2003/23864 E., 2004/468 K., 20.01.2004 T. [Tankut Centel, "Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa", Hukuk, Karar incelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, S. 294, Haziran 2004(Karar İncelemesi), (Erişim) <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/haziran/hukuk.html>.].

³⁶ Önceki düzenlemelere ve öğretideki tartışmalara karşın 4857 sayılı İK. ile belli ölçüde öğretide yeknesaklık sağlandığı belirtilse de Şen'e göre "İş hukukunun 'işçiyi koruma' temel ilkesi terk edilerek esneklik ve iş güvencesi temelinde yapılandırılan 4857 sayılı İş Yasasında alt işverenlik açısından bazı yeni düzenlemeler getirilmekle birlikte alt işverenlik sorunu çözülmemiş, aksine kalıcılaştırılmış ve pekiştirilmiş, hatta 'işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler' gibi Türkçe yazım kurallarından oldukça uzak bir ifade getirilerek yeni tartışma alanları yaratılmıştır. Kimilerine göre 'devrim' niteliğindeki yeni İş Yasasının 2. maddesinde 'taşeron' yerine 'alt işveren' kavramı tercih edilmiş, ancak kamu makamlarının sorumluluğuna ilişkin 36.maddesinde yine 'taşeron' kavramı kullanılmış ve Yasada kavram birliği bile sağlanamamıştır. Aslında yeni İş Yasası TBMM'de görüşülürken yapılan değişikliklerin çoğunlukla özensiz; yasa tekniğine, yasanın bütünlüğüne ya da gerekçesine aykırı olduğu, değişikliklerin gerekçelerinin ya belirtilmediği ya da yeterli olmadığı söylenebilir. Bu nedenle yeni İş Yasası, yeni bir yasadan beklenilen aksine, endüstri ilişkilerinde ve iş hukukunda var olan sorunları çözmek yerine daha başlangıçta yeni belirsizliklere, yeni tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmaların kısa sürede sonuçlanacağı da sanılmamalıdır. Çünkü yeni İş Yasası birçok konuda açık ve kesin düzenlemeler getirmek yerine, yasa hükümlerinin nasıl yorumlanacağını ve uygulanacağını yargı organlarına bırakmıştır. Yargı kararlarında istikrar sağlanması ise, kuşkusuz uzun bir süre alacak ve bu süreçte çalışma yaşamında yeni bir kaos dönemi hüküm sürecektir." [Sabahattin Şen, "Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi", Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik Metal-İş Yayını, S.10, C.3, 2006(Alt İşverenlik), s.71-72]

işveren kavramının özelliklerini gösteren istisna(eser) sözleşmesinin düzenlendiği Borçlar Kanunu'na da bakmakta fayda vardır.

Aşağıda öncelikle İK.'daki düzenlemelere ve devamında ise SSGSSK.'daki düzenlemeye yer verilecektir. Diğer kanunlarda alt işverenlik kurumu ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilip verilmediği ayrı bir başlık altında incelenecektir.

1.2.1. İş Kanunu'ndaki Düzenlemeler

1.2.1.1. 4857 Sayılı İK.'dan Önceki Düzenlemeler

Türk İş Hukukunun temel yasası olan 4857 sayılı İK., alt işveren kavramına, “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında yer vermiştir. 4857 sayılı İK.'nın yürürlükten kaldırdığı 1475 sayılı İK.'nın ise, alt işverenlik kurumu ile ilgili olarak 1. maddesinin son fıkrasında “diğer işveren” kavramını kullanıldığını görüyoruz.

1475 sayılı İK. m.1 hükmünden anlaşılabacağı üzere alt işverenlik kurumu ile ilgili getirilen bu düzenlemede, alt işverenin tanımı yapılmamış; sadece asıl işveren alt işveren arası ilişkiler hükme bağlanmıştır. 1475 sayılı İK.'dan önce Any. Mah. tarafından iptal edilen 931 sayılı İK.'nın 1. maddesinin son fıkrasının 1475 sayılı İK.'da aynen yer aldığını görmekteyiz.

Ancak 1475 sayılı İK., 931 sayılı İK.'dan farklı olarak yukarıda açıklandığı üzere 29. madde hükmünü getirmiştir. Bu hüküm alt işveren ilişkisi nedeni ile asıl işverene yükümlülük getirmektedir. Ancak, 1. maddede alt işveren ile ilgili “diğer işveren” kavramı kullanılırken; 29. maddede “müteahhit” veya “taşeron” kavramı kullanılmıştır³⁷. Bu kavramlarla asıl işverene ait belirli bir işin bölümünde veya eklentilerinde iş alan alt işverenler

³⁷ 4857 sayılı İK.'nın 36. maddesi gerekçesinde “Kamu makamlarının ücreti istihkaklardan kesme yükümlülüğüne ilişkin 1475 sayılı Kanunun 29 uncu maddesi aynen korunmuştur.” denilerek alt işveren kavramı yerine “müteahhit” veya “taşeron” kavramı kullanılmıştır.

kastedilmektedir. İptal edilen 931 sayılı İK.'nın yürürlükten kaldırdığı 3008 sayılı İK.'nın ilk düzenlemesinde ise alt işveren ile ilgili yasal düzenlemenin m.1/4'te yer aldığını görmekteyiz. Söz konusu fıkra da asıl işverenin işyerinde işçi çalıştıran “üçüncü şahıs”tan bahsedilmiştir.

3008 sayılı İK.'nın m.1/f.4 hükmü 1950 yılında çıkarılan 5518 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile asıl işverenin işyerinde işçi çalıştıran ve daha önce “üçüncü şahıs” olarak adlandırılan kimseler “aracı” olarak nitelendirilmiştir.

1.2.1.2. 4857 Sayılı İK.'daki Düzenlemeler

Mülga İş Kanunlarında yer alan hükümler, alt işverenlik kurumunu ayrıntılı ve net bir şekilde düzenleyememiştir. Uygulamadaki sorunların bilincinde olan kanun koyucu, 4857 sayılı İK. m.2'de her ne kadar alt işveren kavramının tanımını vermese de, mülga İş Kanunlarından farklı olarak asıl işveren alt işveren arası ilişkinin tanımını yaparak uygulamadaki sorunların aşılmasına yardımcı olmaya çalışmıştır³⁸.

4857 sayılı İK.'nın 2. maddesinin altıncı 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

³⁸ 4857 sayılı İK.'nın 2. maddesindeki alt işveren kurumu ile ilgili madde gerekçesinde; “Asıl işveren-alt işverenin ilişkisinin tanımı unsurlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla beraber, görüş ayrılıklarına sebep olan bir konu da kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline getirilmiştir. ... konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür.” denilerek alt işverenin değil, asıl işveren- alt işveren ilişkisinin tanımının unsurları ile birlikte açıklandığı madde gerekçesinde de ifade edilmiştir [4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi (Kabul Edilen Değişiklik Önergeleri İle Birlikte) Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayın No: 234, Temmuz 2003].

doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” hükmü ve 7. fıkrasında “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.” hükmü getirilmiştir.

İK. 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkrasındaki hükümlerden başka; alt işveren ile ilgili yasal düzenlemelere, işyerini bildirme yükümlülüğü ile ilgili m.3/f.2’deki “Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür.” hükmünde³⁹ ve kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hak edişlerinden ücret kesme yükümlülüğü ile ilgili m.36’da rastlamaktayız.

1.2.2. Türk Mevzuatındaki Diğer Düzenlemeler

Alt işveren kavramı İK.’dan başka 506 sayılı SSK.’da düzenlenmiş idi. Ancak 506 sayılı Kanun alt işveren kavramı yerine “aracı” ifadesini kullanmış ve SSK. m.87/f.2’de alt işveren(aracı) kavramı, “Bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı” şeklinde tanımlanmış idi⁴⁰. SSK.’da yer alan bu tanıma bakıldığında İK.’dan farklı olarak alt işverenin işçi çalıştırmasının değil, sigortalı çalıştırmasının hükme bağlandığını görmekte idik.

³⁹ Madde gerekçesinde “Maddenin ikinci fıkrasında asıl işveren- alt işveren ilişkisinin oluşması halinde, alt işveren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarıyla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için gerekli bildirimleri yapması öngörülmüştür.” denilmektedir(4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi).

⁴⁰ M.Zafer Erdoğan, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik Kavramı”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.3, Yıl 2004, s.1; Güzel, Okur, a.g.e., s.126.

Ancak SSGSSK. m.11/f.8’de asıl işveren ve alt işveren kavramlarına, m.12/f.6’da ise alt işverenin tanımına ve asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu olduğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. SSGSSK.’nın m.12/f.6 hükmüne göre “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur.”

506 sayılı Kanun döneminde, 4857 sayılı İK.’da “alt işveren” kavramı ve 506 sayılı SSK.’da “aracı” kavramları kullanılması nedeniyle kimi yazarlarımızca ileri sürülen iki yasa arasında kavram birliği, SSGSSK.’nın yürürlüğe girmesi ile böylece sağlanmış bulunmaktadır⁴¹.

Ayrıca SSGSSK.ile 4857 sayılı İK. arasındaki kavram birliğinin sağlanması, SSGSSK.’nın diğer iş kanunlarına tabi olarak çalışanlara ve BK.’ya göre hizmet akdine dayanarak çalışanlara uygulanması bakımından da önemlidir. Zira yukarıda DİK. ve BİK.’de alt işveren kavramının düzenlenmediğini belirtsek de; en azından alt işverenlik uygulaması, SSGSSK.’nın DİK. kapsamında çalışan gemiadamları ile BİK. kapsamında çalışan gazetecilere de uygulanması nedeni ile bu yasalar bakımından da yasal bir zemine kavuşmuş olmaktadır⁴².

İK. ve SSGSSK.’da alt işveren kavramının açıkça düzenlenmiş olmasına karşın; Türk İş Hukukunun bireysel iş ilişkilerini düzenleyen 4857 sayılı İK.’nın dışındaki diğer kaynaklardan 854 sayılı DİK. ve 5953 sayılı BİK.’da alt işveren kavramına hiç yer verilmediğini görmekteyiz.

⁴¹ Gülsevil Alpagut, “4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma”, İNTES Türkiye İnşaat Sanayiciler İşveren Sendikası’nın “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunları Değerlendirilmesi ve Çözümleri” konulu 6 Mayıs 2004 Tarihli toplantı notları, Ankara, İnşaat Sanayi Yayınları No:10, 2004, s.31.

⁴² Osman Güven Çankaya, Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler(Üçlü İlişkiler), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.19.

Türk İş Hukukunun toplu iş ilişkilerini düzenleyen kaynaklarından olan 2821 sayılı SK. ile yine 2822 sayılı TİSGLK.'da da alt işveren kavramı ile ilgili herhangi bir düzenlemeye rastlamamaktayız. Oysa ki ileride görüleceği üzere, alt işverenlik kurumu ile ilgili bir çok sorun toplu iş ilişkilerinde karşımıza çıkmaktadır. Birçok sorunun yaşandığı toplu iş ilişkilerini düzenleyen kanunlarda alt işverenlik kurumu ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi kanımızca yerinde olmamıştır.

Toplu iş ilişkilerini düzenleyen kanunlarda alt işverenlik ile ilgili düzenlemelere yer verilmemesi, toplu iş ilişkilerinde alt işverenlik ile ilgili yaşanan sorunların çözülmesini yargı kararlarına bırakmıştır. Uzun yıllar sorunlara çözüm arayan yargı, yerleşmiş içtihatlar ile toplu iş ilişkilerini düzenleyen kanunlardaki söz konusu boşluğu doldurmuştur. Ancak her ne kadar toplu iş ilişkilerini düzenleyen mevzuattaki boşluk yargı kararları ile giderilmiş de olsa; en kısa zamanda SK. ve TİSGLK.'nda gerekli değişiklikler yapılarak alt işverenlik kurumu ile ilgili düzenlemelere yer verilmeli ve uygulamada yaşanan sorunlara yasa hükümleri ile çözüm getirilmelidir.

İş kanunlarına dayanılarak çıkarılan ve 27 Eylül 2008 tarihinde yürürlüğe giren AİY.'nin m.3/1-a) alt bendinde alt işverenin tanımına yer verildiğini ve 4857 sayılı İK.'da kullanılan "alt işveren" kavramının kullanıldığını görüyoruz.

1.3. ALT İŞVEREN KAVRAMI

1.3.1. Genel Olarak

Alt işveren kavramı, sanayileşme ile birlikte teknolojik gelişmenin getirdiği kaliteli ve seri üretim yapabilme, ürün çeşitliğini artırma ve daha fazla uzmanlık gereken yan hizmetlere yönelme sonucunda gelen iş bölümünün ortaya çıkardığı bir kavramdır. Sanayileşme ile birlikte büyüyen işletmeler, ürettikleri ürünlerin çeşidini artırarak daha fazla çeşit ürün üretmeye

başlamışlardır. Ne var ki; ürünlerinin çeşitliliğini artıran işletmeler için bu, ekonomik yönden oldukça külfetli olmuştur. Üretim çeşitliliğini artıran işverenler, daha ekonomik bir yol olarak kendi uzmanlık alanları dışındaki işleri başka işverenlere yaptırma yolunu seçmişlerdir⁴³. Bu tür bir yola başvurmak da alt işverenlik kurumunun yaygınlaşmasına ve iş hayatına girmesine neden olmuştur.

Alt işverenlik kurumu yakın zamanımıza kadar da geleneksel uygulama alanını muhafaza ederek inşaat, taşıma ve daha az nitelikli işlerle sınırlı kalmıştır. Ancak günümüzde alt işveren uygulaması, inşaat, taşıma ve daha az nitelik gerektiren işler dışında, tüm iş kollarına, imalat ve hizmet sektörünün tamamına yayılmaya başlamıştır⁴⁴. Özellikle inşaat iş kolunda, asıl işverenlerin birçok işi alt işverenlere yaptırdığı görülmektedir. Örneğin, bir bina inşaatı işi alan işveren, tuğla örme işlerini veya sıva işlerini yahut da elektrik, su ve kalorifer gibi tesisat işleri ile kapı, pencere gibi doğrama işlerini alt işverene yaptırmaktadır. Görüldüğü üzere günümüzde iş sahibinden iş alan işveren, asıl iş haricindeki birçok işi alt işverenlere bırakmaktadır. Kendisi ise en çok uzmanlaştığı alan olan bina inşaatının asıl işlerini yapmaktadır. Yine günümüzde yol yapımında köprü, tünel gibi sanat yapılarının, taş ve mıcır çıkarma işlerinin ya da asfaltlama gibi işlerin alt işverene bırakıldığı uygulamalara da sık rastlanılmaktadır. Ancak bu öyle bir hal almaktadır ki; inşaat sektöründe kullanılan alt işverenlik kurumu, asıl işvereni adeta organizatör haline getirmekte ve inşaatın birçok işi alt işverenlere devredilmektedir.

İmalat sektörünün yanı sıra hizmet sektöründe de alt işverenlik uygulamaları oldukça artmış gözükmektedir. Özellikle yemek, personel taşımacılığı, temizlik, veri hazırlama, büro hizmetleri ve güvenlik gibi hizmetlerin alt işverenlere yaptırılması uygulamalarına günümüzde sık rastlanılmaktadır.

⁴³ Canbolat, a.g.e., s.12.

⁴⁴ Ali Güzel, “Alt İşveren(Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri”, Çimento İşveren Dergisi, C.7, S.5, Eylül 1993(Alt İşveren), s.6.

1.3.2. Tanımı

Alt işverenlik kurumu, hukuka yeni giren bir kavram olarak, hukukumuzda tam olarak açıklığa kavuşturulmuş bir konu değildir ve alt işveren uygulaması ile ilgili tartışmalar da halen devam etmektedir.

İK.'nın "Tanımlar" başlıklı altıncı ve yedinci fıkralarında alt işverenlik ile ilgili düzenlemeler yapılmış olmasına karşın; asıl işverenin ve/veya alt işverenin tanımı yapılmamıştır⁴⁵. Zira asıl işveren ile alt işverenin her ikisi de hukuki nitelik olarak işverendir. Hukuki nitelik olarak aralarında farklı hiçbir unsurun bulunmaması⁴⁶, asıl işverenin de alt işverenin de işveren olması, her ikisinin de kendi işçilerini çalıştırıyor olması, "işveren" kavramının İK. m.2/f.1'de tanımlanmış olması karşısında; asıl işverenin ve/veya alt işverenin ayrıca tanımının yapılmasına da gerek bulunmamaktadır⁴⁷.

2. maddenin 6. fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımı yapıp asıl işverenin hangi durumlarda alt işveren işçilerine karşı sorumlu olacakları düzenlenirken; yedinci fıkrasında alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı haller ve kurulduğunda bunun sonuçlarına ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

Bir tanıma göre alt işveren "diğer bir işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretimine yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştıran işveren" şeklinde tanımlanmıştır⁴⁸.

⁴⁵ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.55; Kurtaran, a.g.e., s.41.

⁴⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu, "4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.4, 2004, s. 5; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.162; Kılıç, a.g.e., s.14.

⁴⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.m., s.5; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.162.

⁴⁸ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.165; Güzel "İş Yasasının 2. maddesinin altıncı fıkrasında alt işveren kavramı, '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' biçiminde tanımlanmış" diyerek ve Eyrenci, Taşkent, Ulucan da "Yeni yasada yapılan tanıma göre, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde, işletmenin veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işverene alt işveren denilir." diyerek alt işverenin İK. m.2/6'da tanımlandığını ifade etmişlerdir(Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.39; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e.,

Öğretideki kimi yazarlar asıl işveren veya alt işverenin kanunda tanımlanmadığını, sadece asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin tanımlandığını belirtmekle birlikte; buradan yola çıkarak alt işvereni “... bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren” olarak tanımlamaktadır⁴⁹.

4857 sayılı İK.’nın uygulanmasında ise Yargıtay’ın ilk zamanlarda alt işverenin tanımını yapmadığı, asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımını yaptığı görülmektedir⁵⁰. Ancak son zamanlarda Yargıtay alt işverenin tanımını da yapmaktadır.

Yargıtay 9. HD., İK. m.2/f.6 hükmünden hareketle “Bu maddeye göre, ‘bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar alt işveren olarak belirtilmektedir.” diyerek alt işverenin tanımını yapmıştır⁵¹.

Öğretide alt işverenin tanımı İK. m.2/f.6’daki asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımından hareketle yapılmakta ve yapılan tanımlar arasında ifadeler dışında herhangi bir fark bulunmamaktadır⁵². Yine de bu başlık altında alt işverenin tanımını vermek gerekirse, alt işvereni asıl işveren- alt işveren ilişkisinin kanunda yapılan tanımından hareketle ve kısaca, “Bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği veya teknolojik olarak

s.35.); ayrıca bkz. Kadir Arıcı, “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, Prof. Dr. Toker Dereli’ye Armağan, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, 55’inci Cilt, Sayı : 1, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 4589, 2006, s.488.

⁴⁹ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.55.

⁵⁰ Y.9.HD., 01.04.2005 gün 2005/18633 E., 2005/26052 K.(Çankaya, Çil, a.g.e., s.18.).

⁵¹ 14.09.2009 Tarih, 2008/40117 E. ve 2009/22684 K(İlamin tam metni için bkz. Ek.).

⁵² Sümer, a.g.e., s.17.

uzmanlık isteyen işlerde iş alan ve aldığı işler için görevlendirdiği işçilerini, sadece aldığı işte çalıştıran işveren” şeklinde tanımlayabiliriz.

1.3.3. Unsurları

İK.’nın alt işveren kurumunu düzenleyen m.2/f.6’daki asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımından hareketle alt işverenden bahsedebilmek için kanunun öngördüğü bazı unsurların birlikte var olması gerekmektedir.

İK. ile getirilen yeni düzenlemeye göre alt işveren kavramının unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

Asıl işverenden iş alınması,

Alınan işin, asıl işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerden veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması,

Alınan işin asıl işverenin işyerinde yapılması,

İşçilerini sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırılması.

Ancak 2008 tarihinde yürürlüğe giren AİY.⁵³’nin “Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartları” başlıklı 4. maddesine göre “(1) 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.

⁵³ R.G., T. 27.09.2008, S. 27010.

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.”

Yönetmelikte asıl işveren alt işverenlik ilişkisinin kurulma şartları başlığı altında sıralanan şartlar, bizim burada inceleyeceğimiz alt işverenlik kavramının unsurlarını oluşturmaktadır. Şimdi alt işveren kavramının unsurlarını sırası ve ayrıntıları ile incelemeye geçelim. Biz burada alt işverenlik kavramının unsurlarını, yönetmelikteki asıl işverenlik alt işverenlik ilişkisinin kurulma şartları olan beş başlık altında değil; yukarıda değinildiği üzere dört başlık altında inceleyeceğiz.

1.3.1.1. Asıl İşverenden İş Alınması

Alt işveren kavramının ilk unsuru, alt işverenin işi, aldığı iş nedeni ile işveren sıfatı taşıyan diğer bir işverenden almış olmasıdır⁵⁴. Bu unsur İK.’nın m.2/f.6 fıkrasında ve AlY.’nin m.3/1-a alt bendinde “Bir işverenden ... iş alan ...” şeklinde ifade edilmiştir.

Alt işverenden bahsedebilmek için asıl işverenin var olması ve bu asıl işverenden iş alınmış olması gerekmektedir⁵⁵. Bu husus bir Yargıtay kararında⁵⁶ “İş Kanunu’nun 1/son maddesi uyarınca sorumluluktan söz edilebilmesi için, o işte kendisi de işçi çalıştıran bir asıl işverenin varlığı

⁵⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.166, 167; Akyiğit, Şerh, s.82; Akyiğit, İş Hukuku, s.73; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e.,s. 35; Sümer, a.g.e., s.18; Kurtaran, a.g.e., s.43.

⁵⁵ Sarper Süzek, İş Hukuku(Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku), İstanbul, Beta Yayınları, 2. Bası, 2005, s.137; Özkara, a.g.e., s.83.

⁵⁶ Yargıtay 9. HD., 13.09.1994 T., 1995/3429 E., 1995/11465 K., YKD, Şubat 1995, s.224-225.

şarttır....” biçiminde ifade edilmiştir⁵⁷. Buna göre alt işveren kavramından söz edilebilmesi için, ortada iki ayrı işverenin⁵⁸ olması gerekir ve ayrıca alt işverenin işi, İK. anlamında işveren olarak tanımlanan kimselerden almış olması gerekmektedir⁵⁹.

Burada karşımıza iki sorun çıkmaktadır:

Birincisi, asıl işverenin işverenlik sıfatının devredilen iş dolayısıyla olması gerekip gerekmediğidir. Açıklıkla ifade edelim ki; devredilen iş ile ilgisi olmayan, başka işlerde işçi çalıştırmamasından dolayı işveren sıfatına sahip olan kimse asıl işveren sayılmayacaktır⁶⁰. Bu kimsenin asıl işveren sayılmaması nedeni ile bu kimseden iş alan işverenler de alt işveren sayılmayacaktır⁶¹.

İkinci sorun ise sözleşmeye göre işin tamamının bir başka işverene bırakılmış olması halidir. Bu durumda asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz etmek ve sözleşmeye göre işin tamamını devralan işverene alt işveren demek mümkün değildir⁶². Örneğin, bir binanın yapımının tamamının bir şirkete verilmesi durumunda bina sahibi ile binanın yapımını üstlenen şirket arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle de binanın yapımını üstlenen şirkete alt işveren demek mümkün değildir. Zira bu ilişkide işi alan şirket, asıl işveren durumundadır. Uygulamada anahtar teslimi

⁵⁷ Ayrıca aynı yönde karar için bkz. YHGK.,’nın 24.05.1995 T., 1995/9-273 E., 1995/548 K. sayılı ilamı(TİD., Eylül 1996, s.13-14).

⁵⁸ 4857 sayılı İK.’nın “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasına göre “ ... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, ...” denilmektedir. 5953 sayılı BİK.’de bir işveren tanımı yapılmamaktadır. DİK.’de da ise işveren m.2/A’da “Gemi sahibine veya kendisine ait olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimse ...” olarak tanımlanmaktadır. Sendikalar Kanunu’nda ise işveren tanımı İK.’daki işveren tanımına paralel olarak yapılmıştır. Sendikalar Kanunu’nun 2. maddesinin 4. fıkrasına göre işveren “İşveren: İşçi sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye veya tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarına denir.” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁹ Yelekçi, Yelekçi, a.g.e., s.21; Devrim Ulucan, “Karar İncelemesi”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik Metal-İş Yayını, 2004/3, s.147.

⁶⁰ YHGK.’nın 24.05.1995 T., 1995/9-273 E. – 195/548 K. sayılı kararına göre; “İş Kanunu’nun 1/son maddesi uyarınca sorumluluktan söz edilebilmesi için, o işte kendisi de işçi çalıştıran bir asıl işverenin varlığı şarttır. Diğer bir ifade ile belirli bir işin bir bölümünü başkasına verip, diğer bölümünü kendi çalıştırdığı işçilerle bizzat yapan kişi asıl işveren durumundadır. Kendisi işin bir bölümünde bizzat işçi çalıştırmayıp, işi bölerek, ihale suretiyle muhtelif kişilere veren iş sahibi ‘ihale makamı’ İş Kanununun 1/son maddesi anlamında bir asıl işveren değildir.” (bkz. Erdoğan, a.g.m., s.4.)

⁶¹ Canbolat, a.g.e., s.20; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.167; İmer, a.g.e., s.22; Akbulut, a.g.e., s.5.

⁶² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.167; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e.,s. 36; Marangozoğlu, a.g.e., s.12; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.55.

olarak adlandırılan işler böyledir ve bu tür işler asıl işveren alt işveren ilişkisine konu olmamaktadır⁶³. Yargıtay işin bir bölümünde hiç işçi çalıştırılmaması ve ihale suretiyle işi değişik kişilere veren iş sahibi ihale makamını, asıl işveren saymamıştır⁶⁴.

Alt işverenlikten söz edebilmek için üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, kendisinden iş alınan asıl işverenin bu sıfatlarını devam ettirmeleridir. Asıl işverenin varlığı ile kazanılan alt işverenlik sıfatı, doğal olarak kendisinden iş alınan asıl işverenin bu sıfatını kaybetmesi ile de kaybedilmiş olacaktır. Asıl işveren bu sıfatını, asıl işyerinde işçi çalıştırmamaları veya alt işverene verdikleri iş nedeni ile kaybetmesi ile alt işveren de alt işverenlik sıfatını kaybetmiş olacaktır⁶⁵. Örneğin, bir binanın yapımının tümü kendisine devredilen işveren, binanın ahşap işlerini diğer bir işverene, yani alt işverene bırakmış olsun. Binanın yapımının asıl işverenden alınmış olması halinde asıl işverenin bu sıfatını kaybetmiş olacağı ve bu durumda da alt işverenin de sıfatını kaybedeceği muhakkaktır. Yine asıl işveren alt işverene iş verdikten sonra işyerini bir başka işverene devredebilir ki, bu durumda asıl işveren bu sıfatını kaybeder.

Ne var ki, asıl işverenin işyerini devralan işverenin alt işverenin yaptığı işlere itiraz etmemesi veya açıkça alt işverenden yaptığı işlere devam etmesini istediği durumlarda ise alt işverenlik sıfatı kaybedilmiş olmaz. Zira bu durumda yeni bir asıl işveren vardır.

Asıl işverenin kendi işyerinde işçi çalıştırmaya son vermesi durumunda ise işveren sıfatını kaybedeceği ve dolayısıyla alt işverenin de alt işverenlik sıfatını kaybedeceğini söylemek yerinde olacaktır. Bu durumda daha önce işveren sıfatını taşıyan, ancak işçi çalıştırmaması nedeni ile artık işveren

⁶³ Kurtaran, a.g.e., s.43.

⁶⁴ Y.9.HD., 11.05.2004 T., 2004/11275 E. 2004/1126 K.[Cevdet İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi Cilt 1 (Açıklama- Yargı Kararları- İlgili Mevzuat), Ankara, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, 2006, s.160-162]; Y.10 HD. bir kararında, “(B)Motorlu Vasıtalar Tic. ve Sanayi A.Ş.’ye ait ilave inşaat işini anahtar teslimi alan kişi ile A.Ş. arasındaki ilişkiyi şirketin gördüğü asıl işin bir kısmının devri söz konusu olmadığından asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak kabul edilmeyeceği ve A.Ş.’nin inşaatla meydana gelen iş kazasından sorumlu tutulamayacağı” sonucuna varmıştır.(Bkz. Erdoğan, a.g.m., s.8).

⁶⁵ Canbolat, a.g.e., s.21, Marangozoğlu, a.g.e., s.13; Özkara, a.g.e., s.83; İmer, a.g.e., s.24; Akbulut, a.g.e., s.6.

sıfatını kaybeden asıl işverenden iş alan alt işverenin de alt işverenlik sıfatı kalmayacaktır.

1.3.3.2. Alınan İşin, Asıl İşverenin İşyerinde Yürütülen Mal Veya Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İşlerde Veya Asıl İşin Bir Bölümünde İşletmenin Ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerden Olması

Bu unsur İK. m.2/f.6'da ve AİY. m.3/f.1-a alt bendinde "... 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 ..." şeklinde ifade edilmiş ve yine aynı yasanın son fıkrasında "... işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." şeklinde getirilen hüküm ile asıl işin bölünmesi sınırlandırılmıştır⁶⁶.

Şimdi alt işveren kavramının ikinci unsurunu, işin yardımcı işlerde ve asıl işin bir bölümünde olmasına göre ikiye ayırarak ayrıntılı bir şekilde incelemeye geçelim.

1.3.3.2.1. Alınan İşin, Asıl İşverenin İşyerinde Yürütülen Mal Veya Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İşlerden Olması

4857 sayılı İK.'nın m.2/f.6 hükmüne göre alt işverenlikten bahsedebilmek için, alt işverenin asıl işverenin işyerinde yürütülmekte olan yardımcı işlerde iş alması gerekmektedir. Bu unsur İK.'nın 2. maddesinin altıncı fıkrasında ve AİY.'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının a) alt bendinde "... işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde ... iş alan ..." şeklinde ifade edilmiştir.

⁶⁶ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.167; Kurtaran, a.g.e., s.47.

Asıl işverenden alınan yardımcı iş, mal üretimine ilişkin olabileceği gibi, hizmet üretimine ilişkin de olabilecektir⁶⁷. Örneğin, asıl işverenin yürüttüğü gıda üretim işinin yapıldığı fabrikada temizlik, personel taşıma, yemek, yükleme veya boşaltma gibi yardımcı işlerde iş alan diğer işveren alt işveren olarak nitelendirilecektir. Ancak gıda üretimi yapan bu fabrikanın büyümek için fabrika kapalı alanını genişletmek gayesiyle ek inşaat işini diğer bir işverene vermiş olması durumunda, asıl işverenin ek inşaat işini alan diğer işverenin alt işveren olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira ek inşaat işi yardımcı bir iş değil, başlı başına yeni bir iştir. Burada gıda üreticisi işveren konumundadır ve ek inşaat işini alan işveren de ayrı bir asıl işverendir. Ancak gıda üreticisinin verdiği ek inşaat işinin ahşap işlerini ek inşaatı yapan işverenden alan diğer bir işveren ise alt işveren konumundadır.

Burada şu hususu ifade etmek gerekir ki; 4857 sayılı İK.'nın asıl iş-yardımcı iş ayrımı yaparak getirdiği bu düzenleme, 1475 sayılı İK.'da yer alan düzenlemeye göre olumlu bir düzenlemedir. Zira 1475 sayılı İK.'da getirilen düzenlemede asıl iş yardımcı iş ayrımı yapılmamıştır. Bu ise 1475 sayılı İK.'nın yürürlükte olduğu dönemde alt işverenlik kurumunun kötüye kullanılmasına yol açmıştır. 4857 sayılı İK. ile asıl iş yardımcı iş ayrımı yapılarak getirilen düzenleme, 1475 sayılı İK.'nın yürürlükte olduğu dönemdeki kötü kullanımları engelleyebilecek niteliktedir⁶⁸.

4857 sayılı İK.'daki düzenleme 1475 sayılı İK.'daki düzenlemeye göre daha olumlu ve iyi olmasına karşın; yardımcı iş kavramının anlamı konusunda kanımızca uygulamada belirsizlikler oluşabilecektir. Hangi işin yardımcı iş, hangi işin asıl iş olduğu konusunda belirsizlikler yaşanabilir. Bu belirsizlikleri aşmak ve uygulamada herhangi bir sorun yaşamamak için, maddenin değişiklik gerekçesine bakmak ve gerekçede yazılı olan alt

⁶⁷ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.44; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.170, 171; Günay, İş Hukuku, s.270, 271; Süzek, a.g.e., s.138; bkz. ayrıca Y.9.HD., 14.09.2009 T., 2008/40117 E.-2009/22684 K(İlâmın tam metni için bkz. Ek.).

⁶⁸ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.168; Günay, İş Hukuku, s.271; Şen, Alt İşverenlik, s.80-81.

işverene verilen işin, asıl işverenin doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alıp almadığı ölçütü, ayırıcı bir ölçüt olacaktır⁶⁹.

4857 sayılı İK.'nın Genel Kurul'da görüşülmesi sırasında, asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen m.2/f.6 hükmüne ilişkin verilen değişiklik önergesi kabul edilerek bugünkü hali ile yürürlüğe girmiştir. Kabul edilen bu değişiklik önergesinin gerekçesinde yardımcı iş kavramına açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Madde gerekçesinde "... 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. ...⁷⁰" Görüldüğü üzere madde gerekçesinde geçen "doğrudan üretim organizasyonu" içerisinde yer alıp almadığı hususu bir ölçüt olarak kullanılabilecek ve yardımcı işin anlamı hususundaki belirsizlikleri giderebilecektir.

Burada son olarak üzerinde durulması gereken bir husus da, alt işverene bırakabilecek yardımcı işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olmasının gerekip gerekmediğidir. Zira Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nda kabul edilen ve T.B.M.M.'ye sunulan 4857 sayılı İK.'nın asıl işveren alt işveren ilişkisini düzenleyen 2. maddesi şu şekilde idi: "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işin gereği ve teknolojik nedenlerle iş alan, ..."

Genel Kurula sunulan bu madde, görüşmeler sırasında verilen bir önergenin kabulü ile değişikliğe uğramış ve "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 ..." olarak yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklik ile Komisyonun sunduğu metindeki "işin gereği ve teknolojik nedenlerle iş alan"

⁶⁹ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.44; Günay, İş Hukuku, s.270, 271.

⁷⁰ T.B.M.M. Tutanak Dergisi, s.180.

ibaresi, kabul edilen metinde “asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan” biçiminde değiştirilmesi sonucunda, yardımcı işlerde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması şartının aranacağı gibi bir anlam çıkabilirse de, İK. m.2/f.6 ve f.7 birlikte değerlendirildiğinde bu tür bir anlamın çıkması mümkün gözükmemektedir⁷¹.

Alt işverene devredilen yardımcı işlerde “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olma şartının” aranmayacağı görüşünde olanlara göre “Her şeyden önce belirtelim ki, yardımcı işlerde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Her ne kadar, İK. m.2/f.6’dan yardımcı işlerde de yukarıda belirtilen ölçütün aranması gerektiği gibi bir anlam çıkarılması mümkünse de, bu hüküm İK. m.2/f.7’nin son cümlesi ile birlikte değerlendirildiğinde aksi yönde bir sonuca varılmalıdır. İK. m.2/f.7’ye göre ‘işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek işverenlere verilemez’. Bu hükmün karşıt kavramından yardımcı işlerin söz konusu sınırlama olmaksızın taşeronlara verilebileceği sonucuna varmak gerekir.” denilerek yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması sınırlamasının yasada öngörülmediğini ifade etmiştir⁷².

⁷¹ Şen “... 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 ayrım yapmak, kuşkusuz bu işlerde çalışan işçiler arasında da bir ayrım yapmak anlamına gelmektedir. Alt işverenlik amacı dışında kötüniyetle 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 aykırı değil mi?’ sorusunu akla getirmektedir. ...” diyerek, bu değişiklikten yardımcı işlerde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması şartının aranmayacağı anlamını çıkarmaktadır(Şen, Alt İşverenlik, s.81.); aynı yönde görüş için bkz. Özkaraca, a.g.e., s.86.

⁷² Süzek, a.g.e., s.139; aynı anlamı çıkaran yazarlarımızdan Güzel de “Yasama sürecinde belirtilen esaslar çerçevesinde maddede yapılan değişikliğe göre, yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde, herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Buna karşılık, asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilmesi, ancak ‘işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde’ söz konusu olabilecektir.” diyerek alt işverene devredilen

Tüm bu açıklamalardan sonra İK. m.2/f.7’de getirilen “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” hükmünün karşıt anlamından, yardımcı işlerin alt işverene devredilebilmesi için devredilecek yardımcı işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olma koşulunun aranmayacağını söylemek kanaatimizce yerinde olacaktır. Bunun aksini düşünmek, diğer bir ifade ile alt işverene devredilecek yardımcı işler için de işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olma koşulunun aranması durumunda, birçok yardımcı işin yasa kapsamının ve asıl işverenin sorumluluğu dışında kalmasına ve böylece alt işveren işçilerinin zarar görmesine sebebiyet verecektir⁷³.

Şunu da ifade eldim ki, elbette alt işverene devredilecek işler bakımından işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olma koşulunun aranmaması, alt işverene devredilecek yardımcı işlerin, hiçbir sınırlamaya tabi olmadığı anlamına gelmemektedir. İK.’nın 2. maddesinin son fıkrasındaki “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren

yardımcı işler bakımından işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olma sınırlamasının yasada öngörülmediğini ifade etmiştir(Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.47-48). Yazarlarımızdan Eyrenci, Taşkent, Ulucan “Yasa asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesi için, bunun(verilecek işin) ‘işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş’ olmasını aramaktadır. O halde, sadece asıl işin bir bölümü olmakla birlikte, işletmenin ve işin gereği gözönünde tutularak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş alt işverene gördürülebilecektir.” diyerek, alt işverene devredilecek işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olmasının gerekli olmadığı görüşündedirler(Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.37.). Diğer bir kısım yazarlarımızdan Tunçomağ, Centel de “Ayrıca, asıl/alt işveren ilişkisinin ortaya çıkması, asıl işverenin ‘işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işler’ ve ‘asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler’le sınırlıdır.” diyerek kanunda belirtilen diğer koşulları yerine getirerek yardımcı işlerin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığına bakılmaksızın alt işverene verilebileceği görüşündedirler(Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.57.). Mollamahmutoğlu da “... İş Kanununun bu düzenlemesine göre alt işverenlik, asıl işe yardımcı işlerde, yani Kanunun ifadesiyle, ‘mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde’ veya asıl işin bir bölümünde olabilir,” dedikten sonra “şu şartla ki diğer işverene, asıl işin bir bölümünde bırakılan iş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olsun.” diyerek; yardımcı işler için alt işverene bırakılan işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması şartının yasa tarafından aranmadığını ifade etmektedir(Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.167.)

⁷³ Kurtaran, a.g.e., s.63, 64.

ilişkisi kurulamaz. ...” sınırlayıcı hükümler yardımcı işlerin alt işverene devredilmesi sırasında da dikkate alınacaktır⁷⁴.

Alt işverene devredilecek olan yardımcı işler için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olma koşulunun aranmayacağı, Yargıtay kararlarında da belirtilmiştir. Bir Yargıtay kararında “Güvenlik ve itfaiye işlerinin yardımcı iş kapsamında olduğu, alt işverene verilmesi için teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir durumun varlığının aranması gerekmediği...”⁷⁵ belirtilerek, yardımcı işlerin alt işverene devredilmesi şartları arasında devredilecek yardımcı işin, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması şartının aranmayacağı ifade edilmiştir.

1.3.3.2.2. Alınan İşin, Asıl İşin Bir Bölümünde İşletmenin Ve İşin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerden Olması

Alt işverenin asıl işverenden aldığı işin, asıl işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin⁷⁶ bir bölümündeki işlerden olması halinde de alt işverenlikten bahsedilebilecektir. Ancak asıl işin alt işverene devredilebilmesi için devredilecek olan asıl işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması şarttır.

Bu unsur İK. m.2/f.6’da ve AİY. m.3/f.1-a) alt bendinde “... işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin ... asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ...” şeklinde ifade edilmiştir. Yine aynı yasanın son fıkrasında “... işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler

⁷⁴ Kurtaran, a.g.e., s.64.

⁷⁵ Bkz. Y.9.HD., 01.06.2005 T., 2005/12985 E., 2005/20130 K.(Çankaya, Çil, a.g.e., s.68-69.).

⁷⁶ “Md.2/f.6, 7 bağlamında ‘asıl iş’ kavramsal olarak, işyerinin teknik amacının gerçekleşmesi ile, yani; amaçlanan mal veya hizmet üretimi ile doğrudan ilgili olan, o teknik amacın gerçekleşmesine yönelik prosese doğrudan dahil olmazsa olmaz faaliyetleri ifade eder.”(Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.169.)

dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” şeklinde getirilen hüküm ile asıl işin alt işverene verilebilmesi sınırlandırılmıştır.

Asıl işverenden alınan asıl işin bir bölümü, mal üretimine ilişkin olabileceği gibi, hizmet üretimine ilişkin de olabilecektir. Ancak alt işverenin aldığı iş, asıl işverenden alınan mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümü olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, alt işverene asıl işe giren bir iş ancak bölüm halinde verilebilecektir. Asıl işin bütünü alt işverene devredilemeyecektir⁷⁷.

Asıl işverenin gördüğü asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakılabilmesi için 4857 sayılı İK.'nın ifadesi ile işin “işletme ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden” olması gerekmektedir. Burada karşımıza bir başka sorun çıkmaktadır. Acaba alt işverene bırakılan asıl işin bir bölümünün işletme ve işin gerekleri veya teknolojik nedenler uzmanlık gerektiren işlerden olmasının tek başına yeterli olacak mıdır? Ya da asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakılabilmesi için hem işletme ve işin gerekleri hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması şartının birlikte mi aranacaktır? Bu konuda dört farklı görüş vardır:

Bizim de katıldığımız birinci görüşe göre asıl işverenin alt işverene bırakabileceği asıl işin bir bölümü olan işlerin işletmenin ve işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile asıl işin alt işverene bırakılan bölümü, ya işletmenin ve işin gereği veyahut teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekmektedir. Bu hususu yazarlardan bir kısmı “... asıl işveren, asıl işi ancak ‘işletmenin ve işin gereği’nce veya ‘teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler’de bölüp alt işverene verebilecektir⁷⁸.” şeklinde ifade ederek, alt işverene devredilecek asıl işin bir bölümünün ya işletmenin ve işin gereğince ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerektiği görüşündedir.

⁷⁷ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e.,s. 36.

⁷⁸ Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.57.

Bu görüşe göre 4857 sayılı İK.'da geçen "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" ifadesinde geçen "ile" bağlacı "veya" biçiminde anlaşılmaktadır⁷⁹. Bu görüşe, "ile" bağlacının "veya" biçiminde anlaşılmasının dilbilgisi kurallarına aykırı olduğundan ve "ile" bağlacının "veya" biçiminde anlaşılması halinde 4857 sayılı İK. m.2/ f.6'daki bu düzenlemenin eski düzenlemeden herhangi bir farkının kalmayacağından bahisle karşı olan yazarlarımız⁸⁰ bulunsa da; kanımca şu açılardan bu görüş daha isabetlidir: Her şeyden önce 4857 sayılı İK. yürürlüğe girmeden önce, Bilim Kurulu tarafından yürütülen çalışmalar sonucunda oluşturulan kanun taslağında "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" şartı yer almamıştır.

Taslakta alt işveren tanımlanırken "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" ifadesi de bulunmamaktadır. Ancak Genel Kurul görüşmeleri sırasında verilen ve kabul edilen bir önerge ile "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" şartı madde metnine eklenmiştir. Ne var ki, bu şartın ifade edilmesindeki belirsizlik, öğretide açıklamaya çalıştığımız farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

4857 sayılı İK. m.2/f.6'daki "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" koşulu kanımızca bir bütün olarak değerlendirilmemelidir⁸¹. Yani, alt işverene bırakılan asıl işin bir bölümünün "işletmenin ve işin gereği olması" ya da "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi" mümkün olabilmelidir. Diğer bir ifade ile kanunda geçen "ile"

⁷⁹ Süzek, a.g.e., s.139; Sarper Süzek, "İNTES panel konuşmaları", İNTES Türkiye İnşaat Sanayiciler İşveren Sendikası'nın "Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunları Değerlendirilmesi ve Çözümleri" konulu 6 Mayıs 2004 Tarihli toplantı notları, İnşaat Sanayi Yayınları No:10(panel konuşmaları), s.43; Fevzi Şahlanan, "İNTES panel konuşmaları", İNTES Türkiye İnşaat Sanayiciler İşveren Sendikası'nın "Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunları Değerlendirilmesi ve Çözümleri" konulu 6 Mayıs 2004 Tarihli toplantı notları, İnşaat Sanayi Yayınları No:10(panel konuşmaları), s.48; Tankut Centel, "İNTES panel konuşmaları", İNTES Türkiye İnşaat Sanayiciler İşveren Sendikası'nın "Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunları Değerlendirilmesi ve Çözümleri" konulu 6 Mayıs 2004 Tarihli toplantı notları, İnşaat Sanayi Yayınları No:10(panel konuşmaları), s.53.

⁸⁰ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.49; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e.,s. 37.

⁸¹ "İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" koşulunu bir bütün olarak değerlendiren görüşler için bkz. Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.48; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.31; Kılıçoğlu, İş Kanunu Yorumu, s.9.

bağlacı “veya” biçiminde anlaşılmalı ve asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ve “teknolojik nedenlerle uzmanlık” ayrı gerekçeler oluşturabilmelidir⁸². Zira yukarıda anlattığımız üzere, her şeyden önce İK. taslak aşamasında iken böyle bir şart öngörülmemiştir.

Diğer yandan, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için, hem işletmenin ve işin gereği hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş şartlarının birlikte ve aynı anda gerçekleşmesi olasılığı oldukça azdır. Bu iki şartın aynı anda ve birlikte aranması aşırı bir kısıtlamadır ve alt işveren kurumunun uygulanmasını olanaksız hale getirmektedir.

Bu görüşe katılmayanlara göre bu iki şartın aranmaması durumunda maliyeti düşürmek, işçi maliyetini azaltmak amacı ile muvazaalı olarak asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakılabilmesi mümkündür. Ancak şunu ifade edelim ki, bu düşünce muvazaa düşünmeyen asıl ve alt işverenlere karşı oluşmuş bir önyargıdır. Bu görüşe karşı olanların ifade ettiği gibi muvazaalı ilişkilerin kurulması mümkündür. Ancak gerçekten ekonomik güçlükten kurtulmak, aşırı artan siparişleri yetiştirmek için alt işverene asıl işin bir bölümünü bırakan asıl işverenler olabileceği de gözden kaçmamalıdır. Bu muvazaalı ilişkilerin önüne alt işverenlik uygulamasını işletme gereğinin süresi ile sınırlayarak geçilebilir. İşletme gereğinin süresini aşan alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında iş ilişkisinin kurulduğu sonucuna varılarak bu muvazaalı uygulamaların önüne geçmek mümkündür⁸³.

⁸² Şahlanan bir karar incelemesinde konu ile ilgili şu tespitleri yapmaktadır: “Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin bu kararında dikkati çeken noktalardan birisi, kararda asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için ‘işletmenin ve işin gereği’ veya ‘teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren işler’ olması şeklinde ikili bir olasılıktan söz edilmesidir. Başka bir anlatımla Yüksek Mahkeme bu iki nedenle asıl işin bir bölümünü alt işverene verilebilmesine ilişkin kanunda yer alan ‘ile’ sözcüğünü bu kararında ‘ve’ değil ‘veya’ olarak ifade ederek her iki koşulun birlikte mi aranması, yoksa alternatifli bir imkan mı olduğu konusundaki öğretide de ciddi görüş ayrılıkları doğuran hükme verdiği anlamın alternatifli bir imkân olduğunu ortaya koymaktadır. Yüksek Mahkeme’nin bu kararındaki ifade 4857 Sayılı Kanun’un 2’nci maddesinde yer alan asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesinde, söz konusu işin işletme ve işin gereği de olsa ‘teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren bir iş olması’ yolundaki kanımca isabetsiz içtihatlarından bir dönüğe işaret etmekte ise; kanımca Yüksek Mahkeme çalışma hayatının gereklerine uygun bir sonuca varmış olacaktır.” [Bkz. Y.9.HD., 10.04.2008 T., 2008/12951 E.- 2008/8003 K., Fevzi Şahlanan, “Olumsuz Tespit ve Muvazaalı Alt İşveren İlişkisinin Toplu İş Sözleşmesi Yetkisine Etkisi”, Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk, Sayı: 347, Şubat 2009(Karar İncelemesi-4), s.4.]

⁸³ Süzek, a.g.e., s.139-141.

İkinci bir görüşe göre, asıl işin bir bölümünün alt işverene devredilebilmesi için hem işletme ve işin gereği hem de teknolojik nedenler uzmanlık gerektiren işlerden olması birlikte aranacaktır. Yani alt işverenlikten bahsedebilmek için, asıl işin bir bölümünün sadece işletme ve işin gereği alt işverene devredilmesi yeterli sayılmayacaktır. Sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması nedeni ile de asıl işin bir bölümü alt işverene bırakılamayacaktır. Diğer bir ifade ile alt işverene bırakılacak olan asıl işin bir bölümü hem işletme ve işin gereği hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekecektir⁸⁴.

Bu görüşe göre 4857 sayılı İK.'da geçen "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" ifadesinde geçen "ile" bağlacı "olarak" biçiminde anlaşılmaktadır⁸⁵. Bu durumda madde hükmüne göre, asıl işin bir bölümünün alt işverene devredilebilmesi için işin işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekmektedir⁸⁶.

Üçüncü bir görüşe göre de birinci görüş gibi "ile" sözcüğü "veya olarak" anlaşılması kanunun maksadına uygun düşmektedir. Ne var ki, uzmanlık gerektiren iş hem işletmenin ve işin gereğini, hem de teknolojik nedenleri kapsamaktadır. Birinci görüşe göre işletmenin ve işin gereği ayrı bir şart,

⁸⁴ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.48-50; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e.,s. 37; Kılıçoğlu, İş Kanunu Yorumu, s.9; Özkaraca, a.g.e., s.87.

⁸⁵ Özveri ise farklı bir gerekçe sınımlanmaktadır: "...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 istismarın önüne geçmektir. Maddenin kabul edildikten sonra yeniden görüşmeye alınıp 'teknolojik nedenlerle, 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." [Murat Özveri, "Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004(Alt İşveren Uygulaması), s.393-394.].

⁸⁶ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e.,s. 37.

teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olma şartı ayrı bir şart iken; bu görüşe göre uzmanlık gerektiren işlerden olma şartı hem işletmenin ve işin gereğini, hem de teknolojik nedenleri kapsamaktadır. Bu görüşe göre birinci görüşün belirttiği gibi işletmenin ve işin gereği için uzmanlık gerektiren işlerden olma şartının aranmaması halinde, işletmenin ve işin gereği tek başına asıl işin bir bölümünün diğer bir işverene keyfi olarak verilmesi sonucunu doğurur. Diğer bir ifadeyle işletmenin ve işin gereğinin uzmanlık gerektiren işlerden olması aranmaz ise, kanunun alt işverenlik hükümleri dolaylı olarak ve sübjektif ölçütlerle aşılabılır⁸⁷.

Dördüncü görüşe göre, işletmenin gereği, işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık kavramları farklı ölçütler olarak kabul edilmelidir⁸⁸. Her bir şartın tek başına var olması halinde asıl işin bir bölümünün diğer bir işverene devredilmesi, yani alt işverene verilebilmesi mümkündür. Bu görüş de birinci görüş gibi “ile” sözcüğünü “veya” olarak yorumlamaktadır. Aradaki fark ise bu görüş “işletmenin ve işin gereği” ölçütünü bir bütün olarak yorumlamamakta; “işletmenin gereği” ölçütünü tek başına, “işin gereği” ölçütünü tek başına ele almaktadır.

Yukarıda anlatılanlar ışığında; asıl işin bir bölümünün alt işverene devredilebilmesi için işin, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden” olması ifadesindeki “ile” bağlacının ne anlama geldiği konusunda tartışmalar süreceğe benzemektedir. Bu tartışmaların son bulabilmesi için en uygun yol, kanunda tartışmaya açıklık getiren bir düzenleme ile ifadenin değiştirilmesidir. Bu yapılamadığı takdirde en azından Yargıtay’ın tartışmaya son veren açıklayıcı ve net ifadeler içeren içtihat ortaya koymasıdır.

⁸⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.169-170; Ünsal’a göre de “...asıl işin bir bölümünün veya yardımcı işlerin bir diğer işverene verilebilmesi için üç koşul gereklidir: 1) İşletmenin veya işin gereği olması, 2) Teknolojik nedenler bulunması, 3) Yapılacak işin uzmanlık gerektirmesi zorunludur.” Ancak bu görüşe ilişkin olarak yazar başka bir açıklamada , uzmanlık gerektiren iş tabirinin Molamahmutoğlu’nun ifade ettiği gibi, “işletmenin ve işin gereği”ni de kapsayıp kapsamadığına ilişkin ayrıntılı açıklama yapmamıştır.(Ünsal, a.g.m., s.539.);

⁸⁸ Şen, Taşeronluk, s. 92; Şen, Alt İşverenlik-2, s.101.

1.3.3.3. Alınan İşin Asıl İşverenin İşyerinde Yapılması

Alt işverenin diğer bir unsuru da alt işverenin aldığı işi, asıl işverenin işyerinde yapmasıdır⁸⁹. Alt işveren kavramının bu unsuru, İK. m.2/f.6. fıkrasında “Bir işverenden, ... iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran ...” şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle, diğer bir işverenden iş alan, ancak işi kendi işyerinde yapan işveren alt işveren olarak nitelendirilemez⁹⁰. Örneğin; bir otomobil üretimi yapan işveren, başka bir işverene iş vererek otomobil kaportaları yaptırmakta olsun. Kaporta üreten işveren bu kaportaları kendi işyerinde ürettiyor olsun. Bu durumda kaporta üreten işveren alt işveren olarak nitelendirilmemektedir. Zira kaporta üreten işveren, kanunun ifadesi ile alt işveren sayılabilmesi için, üretimi asıl işverenin işyerinde değil, kendi işyerinde yapmaktadır⁹¹.

Ancak şunu ifade etmekte fayda vardır ki, her olayı kendi içerisinde değerlendirmek ve bu unsurun var olup olmadığı yönündeki değerlendirmelerde, yasa hükmün dar yorumlamamak gerekir⁹². Örneğin Karadeniz Sahil Yolunun yapım işini alan bir işveren, deniz doldurmada kullanacağı büyük kaya ve taş parçalarının getirilmesi işini başka bir işverene vermiş olabilir. Bu durumda yolun yapımını üstlenen işverenin işyeri sahil yolu iken, kaya ve taş getirme işini üstlenen alt işverenin iş gördüğü yer taş veya kayayı çıkardığı dağlar olmaktadır. Diğer bir ifade ile alt işverene devredilen işin görülme yeri, asıl işverenin işyeri dışında bir yer olmakta ve iş asıl işverenin işyeri dışında farklı bir yerde görülmektedir. Bu unsurun dar yorumlanması halinde kaya ve taş getirme işini alan maddi bakımdan yol yapımını üstlenen işverene göre daha zayıf işveren, alt işveren sayılmayacak ve bu işverenin yanında çalışan işçiler yol yapım işini üstlenen işveren

⁸⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.172; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e.,s. 36; Akyiğit, İş Hukuku, s.73; Sümer, a.g.e., s.18; Süzek, a.g.e., s.138; Ekin, a.g.e., s.152; Özkaraca, a.g.e., s.84.

⁹⁰ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e.,s. 36.

⁹¹ Akyiğit, Şerh 1475, s.84.

⁹² (Mollamahmutoğlu, 2008:172)’na göre “Fakat bu unsur dar yorumlanmamalıdır. ... alt işverene bırakılan bir takım işler, asıl işverenin işyeri dışında ifa edilebilir, hatta ifa edilmesi bu şekilde mümkün niteliktedirler; ... Şu halde işin niteliğine bakmadan kati bir yargıya varmak doğru olmayacaktır.”; Kurtaran, a.g.e., s.65.

yanında çalışan işçilere göre daha korumasız olacaktır. Bu nedenle bu unsuru dar yorumlamamak ve her somut olaya göre değerlendirme yapmak yerinde olacaktır.

1.3.3.4. İşçilerin Sadece Asıl İşverenin İşyerinde Çalıştırılması

Bu unsur İK. m.2/f.6. fıkrasında “Bir işverenden ... iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ...” ifade edilmektedir. Alt işveren asıl işverenden devraldığı yardımcı işte veya asıl işin bir bölümünde münhasıran kendi işçisini çalıştırmalı ki, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olsun⁹³.

Alt işveren birden çok asıl işverenden çeşitli zamanlarda veya aynı zamanda iş almış olabilir. Bu durum asıl işverenden iş alan diğer işverenin alt işveren olarak nitelendirilmesine engel değildir. Ancak, alt işveren, iş aldığı asıl işverenlerin işyerlerinden birinde çalıştırdığı işçiyi, aynı zamanda başka bir işverenin işyerinde çalıştırıyor ise, bu işverenden alt işveren olarak söz edilemeyecektir⁹⁴. Örneğin bir işveren iki farklı işverenden boya işi almış olsun. Eğer bu işveren aynı anda aldığı boya işlerinin her biri için işyerlerine tahsis ettiği işçisini bu işverenlerle arasındaki ilişki bitene kadar başka bir işverenin işyerinde çalıştırmıyorsa; iki işveren arasındaki ilişkin asıl işveren alt işveren ilişkisi olacaktır. Ancak bir işverenden boya işini alan işveren, bu iş için görevlendirdiği işçisini başka bir işverenden aldığı boya işinde de çalıştırıyorsa, asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsedilemeyecektir.

Bir işverenden aldığı işte herhangi bir işçi çalıştırmayan, sadece aldığı işte kendi çalışan bir kimse İK.’nın ifade ettiği anlamda acaba alt işveren sayılacak mıdır? Bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Zira aldığı

⁹³ Arıcı, a.g.m., s.493-494.

⁹⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.173; Çelik, a.g.e., s.49; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.36; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.55; Akyiğit, İş Hukuku, s.73; Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.51; Süzek, a.g.e., s.138; Ulucan, a.g.m., s.147; Özkaraca, a.g.e., s.85.

işte kendi çalışan kimsenin ikili ilişkide işçi çalıştırmaması nedeni ile işveren sıfatı bulunmayacak ve bu durumda ise alt işveren sayılmayacaktır⁹⁵.

Alt işveren kavramının bu unsuru ile ilgili akla gelen diğer bir soru da acaba alt işveren işçisinin asıl işverene bırakılan işte veya asıl işveren işçisinin alt işverene bırakılan işte çalıştırılması mümkün müdür? Diğer bir ifade ile işin aynı bölümünde hem asıl işveren işçileri hem de alt işveren işçileri çalışabilecek midir? Bu soruya da olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Asıl işverenden aldığı işte alt işverenin asıl işveren işçilerini çalıştırması veya asıl işverenin alt işverene bırakmadığı işin bölümünde kendi işçileri yanında alt işveren işçilerini de çalıştırması durumunda asıl işveren alt işveren ilişkisinden ve dolayısıyla alt işverenlikten bahsedilemez⁹⁶. Kaldı ki; maddenin gerekçesinde "... asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin 'bir bölümünde' iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkan vermediği ..." ifade edilerek işin aynı bölümünde hem alt işveren hem de alt işveren işçilerinin çalışmasının mümkün olmadığı vurgulanmıştır⁹⁷.

Asıl işveren- alt işveren ilişkisinin ve sorumluluğun doğabilmesi için veya alt işverenlik sıfatının kazanılabilmesi için asıl işverenden iş alan alt işveren, işçilerini asıl işverene ait bir işyerinde ve belirli bir işte çalıştırmalıdır. Diğer bir ifade ile alt işveren işçilerini münhasıran asıl işverenden aldığı işte, onun işyerinde ve eklentilerinde çalıştırması gerekmektedir⁹⁸.

⁹⁵ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.51.

⁹⁶ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.174; Çelik, a.g.e., s.50; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.37.

⁹⁷ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.50.

⁹⁸ İmer, a.g.e., s.21 vd.; Aydemir, a.g.e., s.121 vd.; Akbulut, a.g.e., s.5 vd.; Marangozoğlu, a.g.e., s.32 vd.; Özdemir, s.4 vd.; Şen, Taşeronluk, s.108 vd.; Ekin, a.g.e., s.152 vd.; Tunçomağ, a.g.e., s.65; Akyiğit, Şerh 1475, s.82 vd.; Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.44-45.

İKİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN KURULMASI VE ALT İŞVERENLİĞİN DİĞER ÜÇLÜ İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

2.1. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN KURULMASI

Asıl işveren, alt işverene yardımcı veya asıl işin bir bölümünü verirken; alt işverenle arasında bir sözleşme kurulmakta ve bu sözleşmenin konusu belirli bir işin alt işverence yapılmasına yönelik olmaktadır. İşte asıl işverenle alt işveren arasında kurulan sözleşme, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin dayanağını teşkil etmektedir¹.

Ancak şunu belirtmekte fayda vardır ki, asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında herhangi bir sözleşme veya iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Alt işveren işçileri sadece kendi işverenlerine(alt işverene) iş sözleşmesi ile bağlıdırlar. Alt işveren işçisinin tek işvereni, iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu kendi işvereni olan alt işverenidir². Bu nedenle bu başlık altında sadece asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ele alınacak ve asıl işveren alt işveren arasındaki sözleşmenin türü, kurulması ve şekli konularına değinilecektir. Daha sonra asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin hukuki nitelendirilmesi yapılacaktır.

2.1.1. Asıl İşveren Alt İşveren Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Alt işveren, bir sözleşmeye dayalı olarak asıl işverenden iş almaktadır. Ancak alt işverenin asıl işverenden aldığı iş, hiçbir şekilde iş sözleşmesi

¹ Canbolat, a.g.e., s.38.

² Kılıç, a.g.e., s.43-44.

olmamalıdır³. İK. m.2 bakımından asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin dayanağı olan sözleşmenin hukuki niteliği önemli değildir⁴. Alt işverenin asıl işverenden aldığı işin dayanağı, istisna, kira, taşıma veya başka nitelikte bir sözleşme olabileceği gibi, alınan işin dayanağı kamu hukuku kurallarına dayanan ihale de olabilecektir⁵. Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin dayanağı özel hukuk veya idari bir sözleşme olabilecektir⁶.

Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin dayanağı olan sözleşmenin hukuki niteliği hususunda iki farklı görüş bulunmaktadır:

Birinci görüşe göre, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin dayanağı olan sözleşmenin mutlaka “istisna sözleşmesi veya çeşitleri” olması gerekmektedir. Bu görüşe göre asıl işveren mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerini veya asıl işin bir bölümünü alt işverene gördürürken, alt işverenle istisna sözleşmesi imzalamaktadır⁷.

Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin dayanağı olan sözleşmenin hukuki niteliği hususundaki ikinci görüşe göre, asıl işveren alt işveren arasındaki sözleşmenin mutlaka istisna sözleşmesi olmasına gerek yoktur. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşme, istisna sözleşmesine dayanabileceği gibi, kira, hizmet alımı ya da taşıma sözleşmesine veyahut başka bir sözleşmeye de dayanabilecektir⁸. Bu görüşe göre asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin dayanağı olan sözleşme, istisna, kira, taşıma veya başka bir sözleşme olabilecektir.

Kanımızca asıl işveren alt işveren ilişkisinin dayanağının istisna sözleşmesi olması hususunda herhangi bir hüküm bulunmadığından, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin dayanağı olan sözleşmenin istisna

³ Ekonomi, a.g.m., s.28; Narmanlıoğlu, a.g.m., s.61; Erdoğan, a.g.m., s.2.

⁴ Kılıçoğlu, Şenocak, a.g.e., s.66.

⁵ Bkz. Y. 21. HD., 21.06.2005 T., 2005/791 E., 2005/6574 K.(LEGAL 2006, S. 10, s.733).

⁶ Kılıçoğlu, Şenocak, a.g.e., s.66,

⁷ Mustafa, Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.148.

⁸ Canbolat, a.g.e., s.40; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.35; 47; Çelik, a.g.e., s.47; Sümer, a.g.e., s.17; Akyiğit, Şerh, s.85; Akyiğit, İş Hukuku, s.71; İmer, a.g.e., s.38; Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.38; Ekonomi, a.g.m., s.28; Halil Akkanat, Taşeronluk(Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000, s.15 vd.; Arıcı, a.g.m., s.488.

sözleşmesi veya çeşitleri olabileceği gibi, kira veya taşıma sözleşmesi veya başka bir sözleşme de olabileceği görüşü daha isabetlidir.

İK. m.1/f.6.'da asıl işveren alt işveren ilişkisinin yapılırken, bu ilişkinin hangi sözleşmeye dayanacağı hususunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Yargıtay da yerleşik içtihatlarında, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin dayanağı olan sözleşmenin, istisna, kira, taşıma veya başka nitelikte bir sözleşme olabileceği veya işin alt işverene ihale ile de verilebileceği görüşündedir.

2.1.2. Asıl İşveren Alt İşveren Arasındaki Sözleşmenin Şekli

Alt işverenlik sözleşmenin şekli hususunda İK.'da herhangi bir hüküm bulunmamakta idi. Ancak 5763 sayılı Kanun⁹ ile 4857 sayılı İK. m.3/f.2'de değişikliğe gidilmiş ve bu değişiklik ile yazılı şekil şartından bahsedilmiştir¹⁰.

İK. m.3/f.2'nin "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...." hükmü ile AİY.'nin m.9/f.1'in "Alt işverenlik sözleşmesi asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı şekilde yapılır." hükmü getirilerek yazılı şekil şartına yer verilmiştir.

Ancak AİY.'nin m.9/f.2.'ye göre "Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10 uncu maddede yer alan hususların bulunması hâlinde söz konusu sözleşme alt

⁹ R.G., T. 15/05/2008.

¹⁰ Bu değişikliğin, TBMM'deki gerekçesine göre: "Asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan ilişkinin yazılı yapılması şartı getirilmiştir. Alt işverenlik müessesesi yazılı kurulmadığı zaman çeşitli yorum ve problemlere yol açmaktadır. Yazılı hale getirildiğinde itiraz ve yoruma mahal kalmamaktadır. 4857 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde hangi işlerin alt işverene devredilebileceği yazılmış ancak bu devir işleminin bu maddeye uygun olup olmadığının kontrolü yapılamamaktadır. 4857 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde yapılan düzenleme ile, işi devralan alt işverenin Bölge Müdürlüğüne tescil için müracaat etmesi, Bölge Müdürlüğünce başvuru belgelerinin gerektiğinde iş müfettişine incelettirilmesi ve muvazaalı bir durumun tespiti halinde tescilin iptal edilmesi öngörülmektedir"(Ejder Yılmaz, "Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası", Çimento İşveren Dergisi, S.1, C.23, Ocak 2009, s.5.).

işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir.” Buna göre yönetmelik burada alt işverenlik sözleşmesi ve asıl işveren-alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşme olarak iki sözleşmeden bahsetmektedir.

AİY.’ye göre alt işverenlik sözleşmesinin yapılması yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Ancak esas sözleşmenin şekli hususunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Bu durumda asıl işveren alt işveren arasındaki asıl sözleşmenin şekli ile ilgili olarak Borçlar Hukuku’nun temel kuralı olan “Şekil Özgürlüğü (Şekil Serbestisi)¹¹” kuralı geçerlidir¹². Buna göre sözleşmenin tarafları, kanunda o sözleşme için herhangi bir şekil öngörülmedikçe, hiçbir şekil kuralına bağlı olmaksızın aralarında sözleşme yapabilmektedirler.

Alt işverenin üstlendiği, yani asıl işverenden aldığı işin dayanağının kira sözleşmesi, istisna sözleşmesi veya taşıma sözleşmesi olması durumunda, asıl işveren - alt işveren arasındaki işin üstlenilmesine ilişkin sözleşme herhangi bir şekil kuralına tabi değildir. Zira bu sözleşmeler yasalarda herhangi bir geçerlilik koşuluna bağlanmamıştır. Bu nedenle taraflar, herhangi bir şekil kuralına bağlı olmaksızın kira, istisna veya taşıma sözleşmesi yapabileceklerdir.

Ancak AİY. m.9/2’ye göre esas sözleşmenin alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için AİY. m.10’daki hususları bulundurması gerekir. Bu ise AİY. m.10’da belirtilen hususların ancak yazılı şekilde esas sözleşmede yer alması ile mümkün olabilecektir. Zira alt işverenlik sözleşmesinin en önemli özelliği asıl işveren ve alt işverenin imzalarını taşımasıdır.

Buna göre alt işverenlik sözleşmesi, esas sözleşme ile birlikte yapılacaksa esas sözleşmenin veya esas sözleşmeden ayrı yapılacaksa alt işverenlik sözleşmesinin yazılı olması gerekmektedir. Bu durumda ise

¹¹ BK.’da bu husus 11. maddenin ilk fıkrasında “Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir.” hükmü ile ifade edilmiştir.

¹² M.Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 5. Bası, 2005, s.73.

herhangi bir şekilde bağılı olmayan esas sözleşmenin(kira, istisna veya taşıma) de yazılı şekilde yapılmasını gerektirmektedir.

Burada akla şu soru gelebilir: Acaba alt işverenlik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşulu mudur? Yoksa ispat koşul mudur?

Bizim de katıldığımız görüşe göre, aranan yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu değil; ispat koşuludur¹³. Yazılı şekilde yapılmayan alt işverenlik sözleşmesi de kanımızca geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Yazılı yapılmayan alt işverenlik sözleşmesi, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Alt işverenlik sözleşmesinin yapılmaması veya yazılı şekilde yapılmaması sadece işyeri bildirimi bakımından hukuka aykırı olacaktır¹⁴.

2.2. ALT İŞVERENLİĞİN DİĞER ÜÇLÜ İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Asıl işveren ve alt işveren arasında kurulan ve alt işveren işçilerinin de ilişkinin içine girdiği asıl işveren alt işveren ilişkisinde, alt işverenlik ile benzer özellikler gösteren ilişkiler bulunmaktadır. Ne var ki, bu ilişkiler, aslında farklı özellikleri ve tarafları ile asıl işveren alt işveren ilişkisinden ayrılan özelliklere sahip ilişkilerdir.

Bu başlık altında alt işverenlik dışında diğer üçlü ilişkiler kapsamında yer alan geçici(ödünç) iş ilişkisi, takım sözleşmesi ile kurulan iş ilişkisi, iş aracılığı, işyeri devri ve iş sözleşmesi devrinin alt işverenlikle karşılaştırılması yapılacaktır. Diğer üçlü ilişkiler genel hatları ile anlatıldıktan sonra, bu ilişkilerin alt işverenlik ile olan karşılaştırması yapılarak benzer ve farklı yanları tespit edilmeye çalışılacaktır.

¹³ Çankaya, Çil, a.g.e., s.39; Tankut Centel, “Alt İşveren İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.10, Haziran 2008(Alt İşveren), s.6; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.166.

¹⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.165.

2.2.1. Geçici(Ödünç¹⁵) İş İlişkisi

4857 sayılı İK. m.7/f.1’de “İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içerisinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici(ödünç) iş ilişkisi gerçekleşmiş olur.” düzenlemesini getirilerek geçici(ödünç) iş ilişkisini hükme bağlamıştır. İK.’nın getirdiği bu düzenlemeye göre geçici(ödünç) iş ilişkisini, bir işverenin kendi emrindeki işçisini onun da rızasını almak koşulu ile bir başka işverenin emrine geçici ve belirli bir süre ile sınırlı olarak vermesi suretiyle kurulan iş ilişkisi olarak tanımlayabiliriz¹⁶.

Geçici(ödünç) iş ilişkisi, altı ayı geçmemek üzere ve yazılı yapılmalıdır. Ayrıca en fazla iki defa yenilebilmektedir. İşçinin rızası her yenileme için ayrı ayrı alınmalıdır. En fazla iki defa yenileme ve yazılı rıza ile geçici(ödünç) iş ilişkisinin kötüye kullanılması ve böylece geçici işçi yerine sürekli işçi çalıştırılması engellenmeye çalışılmıştır¹⁷.

Geçici(ödünç) iş ilişkisinin kurulabilmesi için öncelikle işçi ile işveren arasında geçerli bir iş sözleşmesi olmalıdır. Ayrıca işçinin rızası olmaksızın geçici(ödünç) iş ilişkisinin kurulması mümkün değildir. Geçici(ödünç) verilecek işçinin rızası devir sırasında olmalıdır ve işçinin rızasının yazılı olarak alınması yasa hükmü gereğidir¹⁸.

¹⁵ Öğreti tarafından 4857 sayılı İş Kanununun kabulünden önce, geçici iş ilişkisi, ödünç iş ilişkisi olarak isimlendirilmiştir[Bkz. 102; Ercan Akyiğit, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995(Ödünç İş İlişkisi), s.25 vd.; Aydın Başbuğ, “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.18, S.2-3, Mayıs- Ağustos 2003, s.13.]

¹⁶ Çankaya, Çil, a.g.e., s.305; Özkaraca, a.g.e., s.103; Fevzi Demir, İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanunun Başlıca Yenilikleri, Ankara, Tes-İş Eğitim Yayınları, 2003, s.123-124.

¹⁷ Özkaraca, a.g.e., s.109-110.

¹⁸ Çankaya, Çil, a.g.e., s.306-307; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.276 vd.; ayrıca bkz. Y.9.HD., 17.01.2006 T., 2005/38395 E.-2006/21 K.(Çankaya, Çil, a.g.e., s.363); Nurşen Caniklioğlu, Geçici(Ödünç) “İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı. Legal Yayınları, Birinci Baskı, Mart 2008, s.125 vd.; Ömer Ekmekçi, “Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı. Legal Yayınları, Birinci Baskı, Mart 2008, s.100 vd.; İlhan Serin, “4857 Sayılı İş Kanununda Geçici

Devir sırasında geçici(ödünç) iş ilişkisine konu olan işçinin rızası yoksa, geçici(ödünç) iş ilişkisi geçersiz mi sayılacaktır? Bir görüşe göre, işçinin sonradan yazılı izninin alınması halinde geçici(ödünç) iş ilişkisi baştan itibaren geçerli olduğu kabul edilmelidir¹⁹. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, kanunun lafzına göre işçinin yazılı rızası devir sırasında alınmalıdır ve devir sırasında aranan yazılı rıza geçerlilik koşuludur²⁰. Ayrıca kanun rızayı yazılı olarak ve devir anında aradığından sözlü rıza ve devir işleminden sonra alınan rıza geçerli değildir. Yazılı rıza devirden önce kanunun aradığı geçerlilik şekli olan yazılı şekilde verildi ise bu da yeterli sayılmalıdır. Kanunun aradığı geçerlilik şekline aykırı bir şekilde, devir sırasında işçinin yazılı rızası yoksa geçici(ödünç) iş ilişkisi geçersiz olacaktır. Ancak öğretide kimi yazarlara göre işçinin yazılı rızası devirden önce, iş sözleşmesi yapılırken de alınabilmelidir²¹.

Ancak Yargıtay bir kararında "... iş sözleşmesinde, işçinin başka işverenlere ait işyerlerinde görevlendirilmesini öngören hükmüne geçerlilik tanınması da doğru olmaz. ... işçinin ... geçici olarak gönderilmesi, ancak devir anında işçinin rızasının aranması ile mümkün olabilir. İşverence işçinin bir başka işverene ait işyerinde daimi olarak görevlendirme yönündeki irade açıklaması ise, hizmet akdi devrini sağlamaya yönelik bir girişim olarak ele alınmalıdır. Gerek geçici iş ilişkisinde, gerek hizmet akdi devrinde işçinin rızası olmaksızın belirtilen üçlü ilişkilerin kurulması mümkün olmaz." diyerek yazılı devirden önce verilen rızanın geçerli olmayacağına hükmetmiştir²².

Geçici(ödünç) iş ilişkisinde bir işveren kendine iş sözleşmesi ile bağlı işçi alıp çalıştırmaktansa, başka işverenden geçici olarak ve kısa bir süre için işçi talep etmektedir. Bunun sonucunda kısa süreli ve geçici(ödünç) işçi

(Ödünç) İş İlişkisi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, S.7, s.1069 vd.; Abdurrahman Benli, Yusuf Yiğit, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Gore Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.8, S.4, 2006, s.6 vd.; Şerafettin Güler, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Gore Ödünç İş İlişkisi", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.17, S.4-5, Mayıs-Ağustos 2002, s.92 vd.; Özkaraca, a.g.e., s.111.

¹⁹ Çankaya, Çil, a.g.e., s.306, 307.

²⁰ Ekmekçi, a.g.m., s.107; Özkaraca, a.g.e., s.111.

²¹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.277 vd.

²² Bkz. Y.9.HD., 26.11.2006 T., 2006/30168 E.-2006/34624 K.sayıli ilamı. Ayrıca bkz. aynı daire 05.07.2006 T., 2006/777 E.-2006/19958 K.(Çankaya, Çil, a.g.e., s.348-349).

çalıştırmak isteyen işveren, diğer işveren ile işçi ödünç sözleşmesi yaparak, diğer işverenin işçilerini alarak kendi işyerinde ve işinde çalıştırmaktadır. Bu ilişkide ödünç veren işveren işçilerini bir karşılık elde etmek için ödünç verebileceği gibi; herhangi bir karşılık elde etmek amacı olmaksızın, yani karşılıksız olarak da ödünç verebilmektedir²³.

Geçici(ödünç) iş ilişkisi üçlü bir ilişkidir ve bu ilişkide diğer işverenin işçilerini ödünç sözleşmesi ile karşılık ödeyerek veya herhangi bir karşılık ödemeksizin alan ve kendi işyerinde ve işinde çalıştıran işveren “ödünç alan”, karşılıklı veya karşılıksız işçilerini başka bir işverene veren işverene “ödünç veren” ve bu iki işveren arasındaki ödünç verme sözleşmesine konu olan işçilere de “ödünç işçi” denmektedir²⁴.

Geçici(ödünç) iş ilişkisinin koşullarını;

1- İşçinin yazılı rızası,

2- Geçici(ödünç) iş ilişkisinin yazılı olarak kurulması,

3- Geçici(ödünç) iş ilişkisinin belirli süre ile kurulabilmesi ve

4- İşçinin holding bünyesi içerisinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması sıralayabiliriz²⁵.

Geçici(ödünç) iş ilişkisinin koşullarını yukarıda kısaca gördükten sonra, geçici(ödünç) iş ilişkisinin asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan iş ilişkisi ile benzer yönleri olsa da; alt işveren kavramının tanımı ve unsurları hatırlandığında aslında asıl işveren alt işveren arasında kurulan ilişkiden çok farklı olduğu görülecektir.

Öncelikle asıl işveren alt işveren arasında kurulan iş ilişkisinde alt işveren, asıl işverenden aldığı işi kendi işçileri ile ve asıl işverenle aralarında akdedilen sözleşmeye göre yapmakta iken; geçici(ödünç) iş ilişkisinde ödünç

²³ Akyiğit, Şerh, s.88.

²⁴ Akyiğit, Şerh, s.88; Güler, a.g.m., s.91-92.

²⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.276 vd.; Çelik, a.g.e., s.93 vd.; Çankaya, Çil, a.g.e., s.306 vd.

veren ödünç alana karşı herhangi bir işi yapmak gibi bir sorumluluğu bulunmamaktadır²⁶.

İkinci olarak asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan ilişki, asıl işveren işçilerinin hiçbir şekilde alt işverene devredilen işte ve alt işverenin emrinde çalıştırılmasını konu almamaktadır. Geçici(ödünç) iş ilişkisi, bir işverenin emrindeki işçilerin geçici bir süreyle ve belirli koşullarla başka bir işverenin emrine vermeyi konu alırken; asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki, asıl işverenin yardımcı işlerinin veya asıl işinin bir bölümünün alt işverene devredilmesini konu almaktadır²⁷. Bu kurulan ilişkide asıl işverenin alt işverenin emrinde ve ona devredilen işte çalıştırılması kanunla yasaklanmıştır. Zira İK. m.2/f.6 hükmüne göre alt işveren görevlendirdiği kendi işçilerini sadece asıl işverenden aldığı işte çalıştırmak zorundadır.

Diğer taraftan asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin kurulması sırasında ne asıl işveren ne de alt işveren işçilerinin rızası aranmaktadır. Kaldı ki, bu tür bir rızaya gerek de yoktur. Zira asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan ilişki işçileri ilgilendirmemektedir ve işçilerde bu ilişkinin kurulması sırasında taraf değillerdir.

Ayrıca asıl işveren alt işveren arasında kurulan ilişkinin temelinde genellikle bir eser sözleşmesi varken, geçici(ödünç) iş ilişkisinde ise ödünç veren ile ödünç alan arasında işçi verme veya ödünç verme sözleşmesi bulunmakta ve işçinin yazılı rızasının da alınması suretiyle geçici(ödünç) işveren ile işçilerini geçici olarak devreden işveren arasında yazılı yapılan bu sözleşme ile geçici(ödünç) işveren ve işçi arasındaki geçici(ödünç) iş ilişkisi kurulmaktadır²⁸.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Ancak geçici(ödünç) iş ilişkisinde, ödünç veren ile işçiler arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir²⁹.

²⁶ Akyiğit, Şerh, s.89.

²⁷ Ekmekçi, a.g.m., s.103.

²⁸ Akyiğit, Şerh, s.89.

²⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.276 vd.

Nihayet alt işverenlikte asıl işverenin alt işveren işçilerine emir ve talimat vermek hakkı ve yetkisi yok iken; geçici(ödünç) iş ilişkisinde ödünç alan ödünç aldığı işçilere emir ve talimat verme hak ve yetkisini haizdir. Diğer bir ifade ile asıl işveren yönetim hakkını kullanarak alt işveren işçisinden işin yapılmasını isteyemez. Zira işçilerden işin yapılmasını istemek, münhasıran alt işverene aittir. Geçici(ödünç) iş ilişkisinde ise asıl işveren alt işveren ilişkisinden farklı olarak, ödünç alan yönetim hakkı çerçevesinde ödünç aldığı işçilerden işin yapılmasını talep etme hakkına sahiptir. Bunun yanında ödünç veren gerçek işverenin ödünce konu işçilerine karşı yönetim hakkı belli ölçüde devam etmektedir. Gerçek ve ödünç veren işveren bu yönetim hakkı çerçevesinde işçilerden işin yapılmasını isteyebilmektedir³⁰.

Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki ile geçici(ödünç) iş ilişkisi benzerliği, her iki ilişkinin de üçlü bir ilişki olmasından kaynaklandığı, ancak yukarıda anlatılanlar ışığında her iki ilişkinin birbirinden oldukça farklı ilişkiler olduğu anlaşılmaktadır.

Burada değinilmesi gerekli ve tartışma konusu olan, alt işveren işçilerinin geçici(ödünç) iş ilişkisine konu olup olamayacağıdır. Alt işveren İK.m.2 hükmü uyarınca işçilerini münhasıran asıl işverenden aldığı işte çalıştırmak zorunda olduğundan, alt işveren işçilerinin geçici(ödünç) iş ilişkisine konu olması mümkün gözükmemektedir³¹.

Bununla birlikte alt işveren işçisi geçici(ödünç) iş ilişkisine konu olmuşsa ne olacaktır? Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki sona mı erecektir? Alt işveren işçisinin geçici(ödünç) iş ilişkisine konu olması durumunda asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki devam edecek; sadece geçici(ödünç) iş ilişkisine konu olan alt işveren işçisi bakımından asıl işveren alt işveren ilişkisi son bulacaktır³².

Yine alt işveren işçisinin asıl işverene verilmesi halinde ise, asıl işveren ile ödünç verilen alt işveren işçisi arasındaki geçici(ödünç) iş ilişkisi

³⁰ Akyiğit, Şerh, s.89; Erdoğan, a.g.m., s.6; Taşkent, a.g.m., s.362; Güler, a.g.m., s.96.

³¹ Çankaya, Çil, a.g.e., s.316.

³² Çankaya, Çil, a.g.e., s.316.

devam ettiği sürece, asıl işverene verilen alt işveren işçisi bakımından asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunmadığı sonucuna varmak, kanımızca isabetlidir³³. Zira alt işveren münhasıran işçilerini asıl işverenden aldığı işte çalıştırmalıdır. Alt işveren işçisini asıl işverene ödünç verdiğinde ise işçisini münhasıran asıl işverenden aldığı işte çalıştırma koşulu mevcut olmayacaktır. Bu durumda da alt işveren işçisi geçici(ödünç) iş ilişkisine konu olduğu sürece, o işçi bakımından asıl işveren alt işveren ilişkisi son bulacaktır.

2.2.2. Takım Sözleşmesi İle Kurulan İş İlişkisi

Asıl işveren alt işveren arasında kurulan ilişkiye benzer diğ er bir benzer ilişki ise takım sözleşmesi ile kurulan iş ilişkisidir³⁴. Takım sözleşmesi İK. m.16'da hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre "Birden çok işçinin meydana getirdiğı bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi ..." denilmektedir. Takım sözleşmesinin yazılı yapılması ve her işçinin ne kadar ücret alacağını gösterilmesi zorunludur(m.16/f.2)³⁵.

Takım sözleşmesi ile takımı oluşturan işçi grubunu temsilen aynı takımdan olan bir işçinin(takım kılavuzu) işveren ile hem kendisi için hem de mensup olduğu takıma dahil diğ er işçiler için iş sözleşmesi imzaladığı karmaşık bir sözleşmedir. Takım kılavuzunun iş sözleşmesini işveren ile imzalaması ile kendisi ile işveren arasındaki iş ilişkisi hemen kurulur. Ancak takım kılavuzunun mensup olduğu takımdaki temsil ettiğı ve onlar adına da iş

³³ Çankaya, Çil, a.g.e., s.316.

³⁴ Y. 10.HD.'nin 24.12.1985 T., 1985/6406 E. Ve 1885/7244 K. sayılı ilamına göre "...Takım sözleşmesinin hukuki niteliğı ise, iki ayrı sözleşme tipinin birleşmesinden meydana gelmiş bir bileşik sözleşmedir ki, bunlar hizmet sözleşmesi ve başkasının fiilinin taahhütüdür ve bu iki sözleşme konusunda kendisine has hükümler uygulanır.Takıma dahil işçilerder her birinin işe başlamasıyla, kendileri ile işveren arasında hizmet sözleşmesi meydana gelir..."(Bkz. Şefik Çalık, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Birinci Baskı, İstanbul, Legal Yayınları, Mart 2005, s.55).

³⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.357 vd.; Çelik, a.g.e., s.93.

sözleşmesini imzaladığı diğer işçi arkadaşları için iş ilişkisi, takımdaki temsil edilen işçilerin fiilen gelip işveren emrinde işe başlamaları ile kurulur³⁶.

Takım sözleşmesi ile kurulan iş ilişkisi takım kılavuzunun alt işvereni ve takımdaki diğer işçilerin de alt işveren işçisini andırması nedeni ile alt işverenlik kurumuna benzetilebilir. Ancak her iki ilişki birbirinden oldukça farklı ilişkilerdir.

Öncelikle takım sözleşmesi ile kurulan iş ilişkisinde takım kılavuzunun işveren sıfatı bulunmamaktadır. Takım kılavuzu da takım sözleşmesi imzaladığı işverenin emri altındaki işçilerden biridir. Oysa alt işverenin işveren sıfatına sahip olduğu, asıl işverenin işçisi olmadığı yukarıda birçok defa anlatıldı.

İkinci olarak takım sözleşmesi mutlaka yazılı yapılması gerekirken, alt işverenle asıl işveren arasındaki sözleşmenin mutlaka yazılı olma şartı yoktur. Takım sözleşmesinde aranan yazıllık koşulu sözleşmenin geçerlilik koşulu iken³⁷, alt işveren ile asıl işveren arasında akdedilen sözleşmenin herhangi bir geçerlilik koşulu bulunmamaktadır.

Ayrıca takım sözleşmesi ile kurulan iş ilişkisinde, takım kılavuzunun işverenle takım sözleşmesini imzalamasının ardından takım kılavuzu dışındaki işçilerin işveren yanında işe başlamaları ile işverenle aralarında iş ilişkisi kurulmaktadır. Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide alt işveren işçilerinin asıl işveren ile aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide alt işveren işçisinin iş sözleşmesi imzaladığı sadece alt işverendir ve alt işveren işçisi ile asıl işveren arasında kesinlikle bir iş sözleşmesi kurulmamaktadır³⁸. Kaldı ki, asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında iş sözleşmesi kurulması da 4857 sayılı İK. m.2/f.7 hükmüne aykırıdır. Zira asıl işveren alt işverene bıraktığı işte kendi işçisini çalıştıramamaktadır.

³⁶ Akyiğit, Şerh, s.87.

³⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.359.

³⁸ Akyiğit, Şerh, s.87.

Nihayet takım sözleşmesini imzalayan takım kılavuzunun ücretlerin ödenmemesi durumunda takımdaki diğer işçilere karşı herhangi bir sorumluluğu yoktur. Bundan takım sözleşmesinin diğer tarafı işveren münhasıran sorumludur. Ancak asıl işveren alt işveren arasında kurulan ilişkide alt işveren işçilerine ücretlerinin ödenmemesi ve diğer haklarının verilmemesi gibi durumlarda, asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmasa da, İK. gereği asıl işveren müştereken ve müteselsilen alt işverenle birlikte sorumludur³⁹.

Görüldüğü üzere takım sözleşmesi ile kurulan iş ilişkisi ile asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki birbirinden oldukça farklıdır. Bu iki ilişki arasındaki tek benzer taraf, her iki ilişkide de üçlü bir ilişkinin olmasıdır. Her ne kadar birbirine benzer gibi gözükse de takım sözleşmesi ile kurulan iş ilişkisi ile asıl işveren alt işveren arasında kurulan ilişki keskin çizgilerle birbirinden ayrılmaktadır.

2.2.3. İş Aracılığı

4857 sayılı İK.'nın 90. maddesi hükmüne göre “İş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık görevi, Türkiye İş Kurumu ve bu hususta izin verilen özel istihdam bürolarınca yerine getirilir.” Buna göre iş aracılığında aracı, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olmayan işçileri herhangi bir karşılık elde etmeden herhangi bir işverenin yanında işe sokmakta veya işçi arayanlara işçi bulmaktadır. Diğer bir ifade ile ve kısaca iş aracılığı, iş arayana iş, işçi arayana işçi bulmaya yönelik bir faaliyettir⁴⁰.

İş aracılığının alt işveren ile benzer kavram olarak ele alınmasının nedeni, alt işverenin de işçileri, asıl işverenin işyerinde asıl işverenin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde çalıştırması nedeni ile iş aracılığını

³⁹ Akyiğit, Şerh, s.87.

⁴⁰ Akyiğit, Şerh, s.85.

andırmasıdır. Ancak iş aracılığı ile alt işveren kavramları oldukça farklı kavramlardır.

Her şeyden önce alt işveren iş aracısı gibi, iş arayanlara iş bulmak veya kendi işçisi ile asıl işveren arasında bir iş sözleşmesinin kurulmasına aracılık etmek amacıyla değil, asıl işverenden aldığı işi bitirmek ve bu amaçla kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçileri bir ücret karşılığında çalıştırmak amacındadır. Alt işveren, asıl işverenden yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde iş almakta ve aldığı işi, kendi işçileri ile yapmaktadır. Oysa ki, iş aracısı aracılığını yaptığı işçi veya işverene daha sonra bir edim sunması, işverenden iş alması söz konusu değildir⁴¹.

İş aracısı kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olmayan işçilere iş ve işverenlere işçi bulmalarında aracılık ederken; alt işveren kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçileri kendi işinde çalıştırmaktadır. İş aracılığında aracı ile iş arayanlar arasında herhangi bir ücret söz konusu olmazken; alt işveren çalıştırdığı işçilere yaptıkları işin karşılığı ücret ödemektedir. İş aracılığında aracı, işe soktuğu işçiler karşılığında işe soktuğu işçiden değil; işçiyi işe alan işverenden bir ücret almaktadır. Bu özelliği nedeni ile alt işverenin de asıl işverenden yaptığı iş ve çalıştırdığı işçiler karşılığında ücret alıyor olması nedeni ile iş aracılığına benzer bir kavram olduğu düşünülebilir. Ancak yukarıda ifade edildiği gibi iş aracısı ile işçi arasında herhangi bir iş sözleşmesinin olmaması ve iş aracısının iş bulduğu işverenden iş almamış olamaması gibi özellikleri ile iş aracılığı ile alt işverene kavramları birbirinden farklı özellikler göstermektedir.

Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki sözleşmede öngörülen süre için devamlı bir ilişkidir. Oysa iş aracısı ile işçi veya işveren arasındaki ilişki arızı bir ilişkidir. İş aracısının iş veya işi bulması ile ilişki sona ermektedir⁴².

Diğer yandan iş aracılığında iş arayan işçiler ve işçi arayan işverenler aracıya bağımlılık ilişkisi ile bağlı değilken; alt işveren işçileri alt işverene iş sözleşmesi gereği bağımlıdırlar. İş aracılığında iş arayan işçiler aracıya değil,

⁴¹ Akyigit, Şerh, s.85-86.

⁴² Akyigit, Şerh, s.86.

yanında işe girdikleri işverene iş görmektedirler. Alt işverenlikte de işçiler, alt işverene iş görmektedirler.

Nihayet alt işveren işçisine karşı asıl işveren alt işverenle birlikte müteselsil olarak sorumlu iken; iş aracılığıyla iş aracısı bir işveren yanında iş bulduğu işçilere karşı herhangi bir şekilde sorumlu değildir. İş aracılığı ile iş bulan işçilere karşı tek sorumlu, yanında işe girdikleri işverendir⁴³.

Görüldüğü üzere alt işveren ile iş aracılığı kavramları birbirinden oldukça farklı kavramlardır. En belirgin fark olarak iş aracısı ile iş arayan işçi arasında sözleşme ilişkisinin olmaması ve iş arayan işçinin aracıya değil, yanında işe sokulduğu işverene iş görmesi gibi özellikleri ile iş aracılığı, alt işveren kavramından oldukça farklı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.2.4. İşyeri Devri

İşyerinin veya bir bölümünün devri 6. maddede hükme bağlanmıştır⁴⁴. Mülga 1475 sayılı İK. döneminde hiçbir düzenleme olmayan ve Yargıtay içtihatları ile düzenlenmeye çalışılan işyeri devri, 4857 sayılı İK. m.6'da ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Ancak 4857 sayılı İK.'dan önce yapılan işyeri devirlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, başta BK. m.320 olmak üzere, m.179 ve m.180 ile m.347 hükümleri çerçevesinde ve İş Hukukunun gereklerine uygun çözümler Yargıtay içtihatları ile getirilmeye çalışılmıştır⁴⁵.

⁴³ Akyiğit, Şerh, s.86.

⁴⁴ 1475 sayılı mülga İK.'da işyerinin devrine ilişkin özel bir düzenleme yoktu. Sadece Kıdem Tazminatını düzenleyen 14. madde hükmünde işyerinin devri halinde kıdemin hesaplanması ile ilgili bir düzenleme mevcut idi. İşyeri devrinin iş sözleşmelerine etkileri Yargıtay içtihatları ile çözümlenmekte idi(Y.9.HD., T. 17.03.1966, E. 1040, K. 2267(Çelik, 1475, dipnot 13, s.54; Y.9.HD., T. 30.05.1967, E. 5189, K. 5077, Çenberci, a.g.e., s.131).

⁴⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.206; Çankaya, Çil, a.g.e., s.375; Fevzi Şahlanan, "İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.16, S.4-5, Kasım 2000-Şubat 2001(İşyerinin Devri), s.14 vd.

İK. m. 6/f.1'deki düzenleme dikkate alındığında işyeri devri, işyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka bir işverene devredilmesi olarak tanımlanabilir⁴⁶.

İK. m.6/f.1 uyarınca, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birisine devredildiği takdirde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş akitleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçmektedir⁴⁷. İş akitlerinin devralana geçmesi, devreden veya devralan işverene ve de işçinin rızasına bağlı değildir. Ancak iş sözleşmesinin devralan işverene geçebilmesi için işçi ile devreden işçi arasında ve devir anında geçerli ve mevcut bir iş sözleşmesinin bulunması gerekir⁴⁸.

Devir ile iş sözleşmelerinden doğan bütün hak ve borçlar devralan işverene geçtiğinden; devralan yeni işverenin işçilere karşı ücret, işçileri koruma, eşit işlem yapma, dinlendirme, fazla çalışmalarının karşılığını ödeme borcu gibi borçları doğarken; buna bağlı olarak kendisi de işçiden işin görülmesini, talimatlara uyulmasını, sadakat borcuna ve yeri geldiğinde rekabet etmeme borcuna uygun davranılmasını talep etme hakkına sahip olmaktadır.

İK. m.6, devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçeceğini düzenlemiş olduğu gibi, işyerinin devri halinde, işçilerin devir tarihinden önce doğmuş alacaklarını da güvence altına almaktadır⁴⁹. İK. m.6/f.3 uyarınca devirden önce doğmuş olan

⁴⁶ Çankaya, Çil, a.g.e., s.375.

⁴⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.208, 209; Marangozoğlu, a.g.e., s.39 vd.; Çankaya, Çil, a.g.e., s.376; Şahlanan, İşyerinin Devri, s.14 vd.; Başbuğ, a.g.m., s.15 vd.; Ercüment Özkaraca, "İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk, Karar İncelemesi", Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik Metal-İş Yayını, 2009/1, s.142; İbrahim Aydın, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara, Demiryol-İş Eğitim Yayınları, 2001, s.111; Özkaraca, a.g.e., s.142 vd.

⁴⁸ Özkaraca, a.g.e., s.146.

⁴⁹ Y.9.HD., 17.01.1991 T., 1990/9163 E. ve 1991/195 K. sayılı ilamına göre "... devirle birlikte davacının hizmet akdi devralan işverene geçmiş olur. Böyle olunca ihbar ve kıdem tazminat hakkı doğmaz."(Bkz. Çalık, a.g.e., s.45.).

ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralan ve devreden işveren iki yıl⁵⁰ süreyle birlikte sorumlu olacaklardır⁵¹

İşyerinin devri ile asıl işverenin yardımcı veya asıl işin bir bölümünü alt işverene devretmesi aynı şey değildir. İşin bir bölümünün alt işverene verilmesi süreklilik arz etmemektedir. Alt işveren, kendisine verilen işi bitirdiğinde, asıl işveren alt işveren ilişkisi de sona ermektedir. İşyerinin devrinde işin tamamı veya işin belli bir bölümü bir başka işverene devredilmektedir. İşyerinin devrinde devralan işveren işi devreden işverene yapıp teslim etmek için değil, kendi için yapmaktadır⁵². Diğer bir ifade ile devralan işveren devraldığı işyerindeki veya işin bir bölümündeki mal veya hizmet üretimine ilişkin işi kendisi için yapmaktadır. Artık işyeri devralan işverene aittir. Devralan işveren mal veya hizmet üretilen bunu kendi pazarlamaktadır. Diğer yandan işyerinin devrinde işyerini devreden işverenin o işyerinde işveren sıfatı kalmadığı gibi, işin bir bölümünün devri halinde de işveren devredilen işin bölümü için işveren sıfatını yitirmektedir⁵³.

İK. m.2/f.6 hükmü uyarınca kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde ise işyerinin devri söz konusu değil; işin yapımının devri söz konusu olmaktadır. Alt işverene devredilen işin işyerinden devrinden farkı; burada asıl işverenin kendi işçilerini çalıştırarak işi yapmaya devam etmesidir. Diğer bir ifade ile alt işveren, işyerinin bir bölümünde aldığı işi kendi işçileri ile yürütmekte; yoksa işi ve işyerini bütünü ile devralmamaktadır⁵⁴. Zira İK. m.2/f.7 hükmü uyarınca alt işverenin, iş aldığı bölümde kendi işçilerini çalıştırması zaruridir. Eğer alt işveren, iş aldığı bölümde asıl işverenin işçilerini çalıştırıyorsa asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı olmaktadır.

İşyerinin devri ile işin bir bölümünün alt işverene devri arasındaki bir diğer fark da, işyeri devrinde devreden işverenin iki yıl boyunca devralan işverenle birlikte devir anında doğmuş bulunan borçlardan sorumlu

⁵⁰ İki yıllık süre bir zamanaşımı süresi olmayıp, hak düşürücü süre niteliğindedir.

⁵¹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 210-211; Çankaya, Çil, a.g.e., s.376 vd.; Özkaraca, a.g.m., s.148.

⁵² Çankaya, Çil, a.g.e., s.380; Fevzi Şahlanan, "İşyeri Devri ile Asıl İşveren- Alt İşveren", Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk, Karar incelemesi, S.333, Kasım 2007(Karar İncelemesi-2), s.3.

⁵³ İmer, a.g.e., s.88-89.

⁵⁴ Aydınli, a.g.e., s.122.

olmasıdır⁵⁵. Ancak işin bir bölümünün alt işverene devri halinde ise, işin bir bölümünü alt işverende devreden asıl işveren, sadece asıl işveren alt işveren ilişkisinin devam ettiği dönemle sınırlı kalmak koşuluyla alt işverenin işçilerine ödemekle yükümlü olduğu işçilik haklarından sorumlu olmasıdır⁵⁶.

İşyeri devri ile alt işverenlik kurumunda değinilmesi gereken diğer bir fark da, işyeri devrinde devreden işveren işçileri devralan işveren yanında çalışmaya devam etmektedir. Bunda hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Oysa alt işverene devredilen asıl işin bir bölümünde asıl işveren işçileri alt işverenin işçileri olarak çalıştırılamamaktadır.

Nihayet işyeri devri ile alt işverenlik kurumu arasındaki bir diğer fark ise, m.2/f.7-c. son hükmünde belirtildiği üzere, asıl işin bölünerek alt işverene devredilebilmesi için devredilecek işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olmasının gerekmesidir. İşin bir bölümünün m.6 anlamında devredilmesinde ise devredilecek işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gibi bir zorunluluk aranmamaktadır.

İşyeri devri ile alt işverenlik kurumu arasındaki benzerlik ve farklılıklara yukarıda genel hatları ile değindikten sonra, asıl konumuz olan işyeri devri ile alt işverenlik kurumunun birlikte uygulanması halinde karşımıza çıkan sorunlara geelim. İşyeri devri ile alt işverenlik kurumunun birlikte karşımıza çıktığı bazı durumlarda bir takım sorunlar ve tartışmalarla karşılaşmaktayız. Aşağıda bu sorunlara değinilerek ve öğretilerdeki görüşler değerlendirilerek çözüm önerileri sunulacaktır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin devam ettiği bir durumda asıl işveren, işyerini tamamen veya işin alt işvereni ilgilendiren bir bölümünü bir başka işverene devrederse asıl işveren alt işveren ilişkisi ne olacaktır? İşyerinin veya işin bir bölümünün devri durumunda İK.m.6 hükmü karşısında kanımızca asıl işveren alt işveren ilişkisinin devam ettiğini söylemek güçtür.

⁵⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.210; Çankaya, Çil, a.g.e., s.382; Şahlanan, İşyerinin Devri, 14 vd.; Özkaraca, a.g.m., s.148.

⁵⁶ Çankaya, Çil, a.g.e., s.382.

Zira asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin dayanağı iş sözleşmesi değil, alt işverenlik sözleşmesidir. Alt işverenlik sözleşmesi de esas olarak iş sözleşmesine değil; istisna sözleşmesi ve çeşitlerine, kira veya taşıma sözleşmesine dayanmaktadır. Bu durumda işyerini veya alt işvereni ilgilendiren işin bir bölümünü devralan işveren ile devreden asıl işveren ile ilişkisi olan alt işveren arasındaki ilişki sona erecektir⁵⁷. Zira alt işveren kavramının unsurlarını açıklarken de değindiğimiz üzere, alt işverenden bahsedebilmek için asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren olarak adlandırılan işverenin işveren sıfatının devam ediyor olması şarttır⁵⁸.

Ancak devralan işveren alt işverenin çalışmasına devam etmesini talep edebilir ki; bu durumda devralan işveren ile devreden işverenle ilişkisi olan alt işveren arasında yeni bir asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacaktır. Devralan işveren, alt işverenin çalışmasını devam ettirmesine karşı sessiz kalıyor ise bu durumda da devralan işveren ile işine devam etmekte olan alt işveren arasında yeni bir asıl işveren alt işveren ilişkisi ortaya çıkacaktır⁵⁹.

Bununla birlikte devralan işveren alt işveren ile iş yapmayacağını açıkça ifade etmiş de olabilir. Bu durumda devralan işveren bakımından bir sorun çıkmayacaktır. Zira işyerinin devri ile alt işverene işin devredildiği işyerinde asıl işverenin işveren sıfatını sona ermiş ve böylece asıl işveren alt işveren ilişkisi de artık sona ermiş olacaktır.

Bu konuda çıkabilecek olan diğer bir sorun ise asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması halidir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmamış olacağından ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl

⁵⁷ Cevdet İlhan Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.68.

⁵⁸ Canbolat, a.g.e., s.21, Marangozoğlu, a.g.e., s.13; İmer, a.g.e., s.24; Akbulut, a.g.e., s.6.

⁵⁹ “Sözleşmenin Şekli” başlıklı alt bölümde açıklandığı üzere, alt işverenlik sözleşmesinin AİY.’de belirtildiği üzere yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşulu değil, ispat koşuludur. Yazılı şekilde yapılmayan alt işverenlik sözleşmesi de hüküm ve sonuçlarını geçerli bir şekilde doğuracaktır.

işverenin işçisi sayılacağından, bu hallerde işyerinin bir bölümünün devri de söz konusu olmayacaktır⁶⁰.

İşyeri devri ile ilgili değinilmesi gereken diğer bir husus da alt işverenin işyeri devri niteliğinde asıl işverenden iş aldığı durumlardır. Diğer bir ifade ile asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsedebilmek için, alt işverenin işin bir bölümünü değil de, asıl işin tümünü aldığı durumlarda asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmayacağından; bu tür bir iş alımı işyeri devri niteliğinde sayılacaktır. Bu durumda ise devralınan işyerindeki iş sözleşmelerinin de devralan işveren geçmesi ve devreden işverenin işveren sıfatını yitirmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır⁶¹.

Bir diğer önemli sorun da asıl işverenin işin bir bölümünü alt işverene devretmesi ve bu alt işverenin işyerinden ayrılmasından sonra yeni bir alt işverenin gelmesi ve işçilerin birbiri ardına gelen bu alt işverenlerin yanında ara vermeksizin çalışmaya devam etmeleri halidir. Acaba bu durum işyeri devri niteliğinde midir? Burada karşımıza iki ihtimal çıkmaktadır.

Birinci ihtimalde işin bir bölümünde iş alan alt işveren, işin veya sürenin bitmesinden sonra kendi işçilerini de yanında alıp götürebilir ve yeni gelen alt işveren kendi işçileri ile birlikte gelebilir. Bu ihtimalde, yeni iş alan alt işverenle önceki alt işveren arasında hiçbir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleşmiştir. Bu nedenle işin daha sonra başka bir alt işverene verilmesi İK. m.6 anlamında işyeri devri niteliğinde değildir⁶².

Aynı sorunla ilgili olarak ikinci ihtimalde ise, işi biten alt işveren çalıştırdığı işçileri götürmemektedir. İşçiler iş alan yeni alt işverenin işçisi olarak aynı işte ve işyerinde çalışmaya devam etmektedirler. Burada eski alt işveren ile yeni alt işveren arasında hukuki veya fiili bir bağlantı veya ilişki

⁶⁰ Çankaya, Çil, a.g.e., s.382.

⁶¹ İmer, a.g.e., s.93.

⁶² Çankaya, Çil, a.g.e., s.382; Osman Güven Çankaya, Şahin Çil, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İşyeri Devri”, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2006, s.387 vd.; Şahlanan, Karar İncelemesi-2, s.4.

bulunmamaktadır⁶³. Kanaatimizce her olay kendi içerisinde değerlendirilerek sonuca varılmalıdır⁶⁴.

Eski alt işverenle yani alt işveren arasında işyeri devri hususunda anlaşmada yapılmış olabilir. Bu durumda iş akitleri de yeni alt işverene geçecektir. Bu durumu işyeri devri olarak kabul edersek, önceki alt işveren yeni alt işverenle birlikte iki yıl boyunca ve devir anında doğan tüm borçlardan sorumlu olmaya devam edecektir. Ancak bu durumu işyeri devri saymaz isek, her iki alt işveren aynı işyerinde ve aynı işi üstlenen işçilere karşı kendi dönemleri ile sınırlı olmak üzere sorumlu olacaktır. Burada ise önceki alt işverenin yanında bir yılın altında bir süre ile kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hakkı doğurmayacak şekilde çalışan işçilerin, yeni alt işverenin yanında da bir yılın altında bir süre ile kıdem tazminatı⁶⁵ ve yıllık ücretli izin hakkı doğurmayacak şekilde çalışmaları halinde alt işverenlerin kıdem tazminatı ve izin ücreti ödeme yükümlülüklerinin doğmaması; buna karşın asıl işverenin farklı işverenlerin yanında çalışan işçilerin işçilik haklarından sorumlu olması sonucunu doğurabilecektir⁶⁶. Nitekim Yargıtay da bir kararında "... İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. ... Süresi

⁶³ Öğretide alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında örtülü bir anlaşma olduğu ve bunun bir tür fiili işyeri devri olduğu ileri sürülmektedir (Çankaya, Çil, a.g.m., s.396-397; Çankaya, Çil, a.g.e., s.383).

⁶⁴ Özkaraca, a.g.m., s.141.

⁶⁵ Kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı İK. m.14/f.2 hükmü, işyeri devrinde kıdem tazminatından sorumluluk konusunda özel hüküm niteliğindedir ve bu hükmün uygulanması gerekir. Bu hükmeye göre, "İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak iş yerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel işyeri devrolunmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmiş devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur".

⁶⁶ Çankaya, Çil, a.g.e., s.383; Şahlanan, Karar İncelemesi-2, s.4; ayrıca konu ile ilgili bkz. "İhaleyi kaybeden davalı işveren şirket ile yapılan sözleşmede Ankara il sınırları içerisinde aynı şartlarda çalışmayı davacı kabul etmiştir. Davalı işveren TÜBİTAK Lalahan işyerinde aynı şartlarda davacıya iş teklifinde bulunmuş, davacı bu teklifi kabul etmeyerek yukarıda da belirtildiği gibi yeni ihaleyi alan şirket nezdinde ara vermeden çalışmasını sürdürmüştür. Bu durumda işyerinin devri söz konusudur. Davacı çalışmasını yeni şirket nezdinde devam ettirmekte olup ihbar ve kıdem tazminatı talep edemez."(Y.9.HD, 12.06.2006 T., 2005/37343 E.-2006/16607 K. sayılı ilamı, Şahlanan, Karar İncelemesi-2, s.2).

sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkan dahilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde, sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işverene geçtiği tartışmasıdır. ... Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz takdirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak kaybına neden olabilecektir. ... İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. ...⁶⁷” şeklinde vermiş olduğu kararla bu duruma açıklık getirmiştir.

Bu sorunun çözümünü bize Yargıtay göstermektedir. Buna göre “1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi hükmü⁶⁸, 4857 sayılı İK. m.6’da belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede, işyerlerinin devir veya intikalinden söz edildikten sonra ‘... yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli ...’ denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İK. m.6’ya göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki ya da fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir⁶⁹.”

⁶⁷ Y.9.HD., 08.10.2009 T., 2008/9391 E.- 2009/26150 K.(YKD., C.36, S.2, Şubat 2010, s.239-243)

⁶⁸ 1475 sayılı İK.’nın 14. maddesi halen yürürlüktedir.

⁶⁹ Y.9.HD., 25.09.2008 T., 2007/26304 E.-2008/24980 K.(Çankaya, Çil, a.g.e., s.412-416); ayrıca bkz. Y.9.HD., 2007/26306 E.-2008/23890 K.; 22.07.2008 T., 2007/25009 E.-2008/21740 K.(Çankaya,

2.2.5. İş Sözleşmesi Devri

İş sözleşmesi devri 4857 sayılı İK.'da düzenlenmemiştir. Ancak BK. m.320 iş sözleşmesi devrinin yasal dayanağını oluşturmaktadır. BK. m. 320'ye göre "Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devredemez. İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir." Bu hükme göre, sözleşmede kararlaştırılmışsa veya duruma göre işçinin bizzat ifa ile yükümlü olmadığı işin olmaması halinde, iş sözleşmesi bir başka işçiye devredilebilecektir ve böyle bir sözleşme geçerlidir⁷⁰.

BK. m.320 hükmü dışında iş sözleşmesi devrini düzenleyen başkaca hüküm bulunmadığından, iş sözleşmesi devrinin hüküm ve sonuçları ve yaşanan sorunlar daha çok öğreti görüşleri ve Yargıtay içtihatları ile ortaya konulmuştur⁷¹.

İş sözleşmesi devri, işçi, işveren ve iş sözleşmesini devralan işveren arasında gerçekleşen üçlü bir ilişkidir. İşyeri devrinde bir işveren başka bir işverenin işyerini ve bu işyerindeki işçileri devralırken, iş sözleşmesi devrinde bir işçi, bir işverene ait işyerinden başka bir işverenin işyerine devredilmektedir⁷².

Çil, a.g.e., s.417-421); fazla mesai ve genel tatil ücretinden sorumluk için bkz. Y.9.HD., 13.06.2008 T., 2007/19086 E.- 2008/15543 K. "Davalılardan son alt işveren Ayd... Limited Şirketinin diğer davalı alt taşeron şirketin sorumlu olduğu fazla çalışma ve genel tatil ücreti alacağından müştereken müteselsilen sorumlu tutulması da ayrı bir bozma sebebidir." (Özkaraca, a.g.m., s.135 vd.).

⁷⁰ Çankaya, Çil, a.g.e., s.519; Fevzi Şahlanan, "İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları", Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk, Sayı: 324, Ocak 2007(Karar İncelemesi-3), s.3; Başbuğ, a.g.m., s.5.

⁷¹ Y.9.HD., 14.3.2001 T., 2001/225 E. – 2001/3914 K. sayılı ilamı(Başbuğ, a.g.m., s.13.).

⁷² Çankaya, Çil, a.g.e., s.521-522; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.290; İşyeri devri ile iş akdini devri arasındaki farklar için bkz. "... iki şirket arasında davacının çalıştığı işyerinin devri gerçekleşmişse, işyeri devri davacıya başlı başına işyerini devralan yeni işverenin yanında çalışmama hakkı vermeyeceğinden şimdiki gibi ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmelidir. Ancak işyeri devri söz konusu değilse kanunlarımızda düzenlenmeyen ancak yargı kararları ile kabul edilen hizmet akdi devri söz konusu olacaktır ki, hizmet akdi devrinde üçlü bir ilişki mevcuttur. Başka bir anlatımla devreden ve devralan işveren ile devredilen işçinin hizmet akdinin devri konusunda üçlü olarak anlaşmaları gerekir. Somut olayda hizmet akdi devri söz konusu ise davacının bu devre muvafakat etmediği anlaşılmaktadır. Böyle olunca hizmet akdi devrinden söz edilemeyeceğinden davacının yeni işverenin yanında işe devam etmediğinden söz edilerek, akdinin haklı nedenlerle feshedilmesi mümkün değildir. Böyle bir sonucun oluşması halinde davacı ihbar ve kıdem tazminatları talebinde haklıdır..."(Şahlanan, Karar İncelemesi-3, s.2 vd.)

İş sözleşmesinin devri, devir sözleşmesi ile olmaktadır⁷³. Bu devir sözleşmesi iş sözleşmesini devreden ve devralan işveren arasında olabileceği gibi, devralan ve devreden işçi ile birlikte devre konu işçinin katılacağı bir sözleşme ile de olabilir. Ancak işçi sözleşmeye katılmadı ise iş sözleşmesi devrine işçinin rızası alınmalıdır^{74 75}.

Bazı yazarlara göre, iş sözleşmesi devri, devreden ve devralan işverenler ile işçinin devir anındaki iradeleriyle gerçekleşebilir. İşçiden önceden izninin alınması veya iş sözleşmesine konulan bir hükümle iş sözleşmesi devri mümkün değildir. Nitekim bu husus Yargıtay'ın bir kararında "... Geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Hizmet akdi devrinde bu rızanın devir anına olması gerekir. Başlangıçta sözleşmede diğer grup şirketine nakil yetkisi verilmiş olması bu olguyu ortadan kaldırmaz. Davacı, hizmet akdi devri uygulaması yaratan davalı işverenin bu uygulamasına, rıza göstermiş değildir...." şeklinde açıklanarak, iş sözleşmesi devrinde işçinin rızasının devir anında bulunması gerektiği vurgulanmıştır.⁷⁶ İş sözleşmesi devrine en yakın yasal düzenleme olan 4857 sayılı İK. m.7'de öngörülen geçici iş ilişkisi dahi sınırlamalara tabi iken, ilişkinin geçici olmadığı iş sözleşmesi devrinin de en azından geçici iş ilişkisindeki sınırlamalara ve ölçütlere tabi olması gerekir⁷⁷.

Alt işveren işçisi bir başka asıl işverene ait işyerinde çalıştırılması halinde ne olacaktır? Devam eden asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında çalışan alt işveren işçisi, bir başka işyerinde çalışmaya başlamışsa, diğer bir ifade ile iş sözleşmesi devri ile bir başka işverene ait işyerinde çalışmaya başlamışsa, kanımızca bu işçi bakımından asıl işveren alt işveren ilişkisi son

⁷³ İşçinin bir işverenin işyerinden başka bir işverenin işyerine gitmesi nasıl devir sözleşmesi ile oluyorsa; işçinin eski(devreden) işverenin işyerine dönmesi de yine üçlü anlaşma(devir sözleşmesi) ile mümkündür. Nitekim Y.9.HD. 14.11.2005 T., 2005/7767 E.-2005/35771 K. sayılı ilamında "... önceki nakil sonucu davacı M.AŞ.'nin işçisi olmuştur. Yeniden İ.AŞ. işyerine nakli ancak üçlü(önceki işveren devralan işveren ve işçi) mutabakat ile mümkündür." Çankaya, Çil, a.g.e., s.555).

⁷⁴ Çankaya, Çil, a.g.e., s.522; Mollamamutoğlu, a.g.e., s.291; Özkaraca, a.g.e., s.123.

⁷⁵ Y.9.HD.'nin 12.03.2007 T., 2006/35805 E.-2007/6303 K. sayılı ilamına göre "... İşçinin başsa bir işveren yanında çalıştırılmasını öngören, 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesi uyarınca geçici iş ilişkisinde, keza hizmet akdi devrinde işçinin rızası aranmaktadır." Ayrıca bkz. 26.12.2006 T., 2006/30168 E.-2006/34624 K.(Çankaya, Çil, a.g.e., s.550).

⁷⁶ Y.9.HD., 16.06.2008 T., 2007/41042 E.- 2008/15622 K.(YKD., C. 35, S.3, Mart 2009, s.460-464.)

⁷⁷ Çankaya, Çil, a.g.e., s.523.

bulacaktır. Zira işçinin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalıştırılması alt işverenliğin unsurları arasındadır⁷⁸. Ayrıca iş sözleşmesinin devri ile birlikte devreden işveren ile iş sözleşmesi devredilen işçi arasındaki hukuki ilişki son bulmaktadır.

⁷⁸ Y.9.HD., 15.02.2005 T., 2004/10569 E.-2005/4336 K.(Çankaya, Çil, a.g.e., s.567).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALT İŞVERENLİKTE MUVAZAA VE ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

3.1. ALT İŞVERENLİKTE MUVAZAA

3.1.1. Genel Olarak

Muvazaa, tarafların gerçek iradeleri ile açıkladıkları iradeleri arasında bilerek ve isteyerek meydana gelen uygunsuzluktur. Bir hukuki ilişkinin tarafları dışarıya karşı bir işlem yapmış gözükmeyle birlikte gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmamak veya gösterdiklerinden başka bir işlem yapmak hususlarında anlaşmaları muvazaa olarak tanımlanabilir¹.

İş hayatımızda da alt işverenlik uygulamalarında muvazaalı ilişkilere rastlanılmaktadır. 4857 sayılı İK. alt işverenlik uygulamasında muvazaayı engellemek için yeni hükümler getirmiştir. Bu hükümler daha çok asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlamalarını oluşturmaktadır ve bu sınırlamalara aykırılığı hukuki yaptırımları İK.'da açıkça düzenlenmiştir

Özellikle 1475 sayılı İK. döneminde yasal boşluklar nedeni ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin sıkça kötüye kullanılması karşısında, bu tür kötüye kullanmaların önüne geçmek için daha çok Yargıtay kararları ile yasal boşluklar doldurularak uygulamadaki muvazaanın önüne geçilmek istenmiştir. Bu kararlarda muvazaa ile ilgili birçok ölçüt getirilmiştir. 4857 sayılı İK.'daki asıl işveren alt işveren ilişkine ilişkin sınırlamalar ve bu sınırlamalara aykırılığın hukuki yaptırımları, 1475 sayılı İK. döneminde yaşanan yasal boşlukların Yargıtay kararları ile giderilmesi sırasında getirilen

¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s.115 vd.; Y.1.HD., 29.09.2004 T., 2004/5930 E.-2004/10052 K.; Y.1.HD., 11.04.2005 T., 2005/3715 E.-2005/4338 K.; Y.1.HD., 26.05.2005 T., 2005/6029 E.-2005/6521 K. (bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/>).

muvaazaaya ilişkin ölçütlerin ürünüdür². Bu nedenle 1475 sayılı İK. döneminde Yargıtay kararları ile getirilen ölçütler, 4857 sayılı İK. döneminde de değerini ve geçerliliğini muvazaaların benzerliği ölçüsünde muhafaza etmektedir.

3.1.2. İK.'da Düzenlenen Muvazaa Halleri

Sanayileşme ile birlikte teknolojik gelişmenin getirdiği kaliteli ve seri üretim yapabilme, ürün çeşitliliğini artırma ve daha fazla uzmanlık gereken yan hizmetlere yönelme sonucunda gelen iş bölümünün ortaya çıkardığı alt işverenlik, ilk zamanlarda ve uygulamada toplu sözleşmeden kaçmak, sendikal örgütlenmeyi engellemek veya işçilerin diğer haklarını kısıtlamak amacıyla kötüye kullanılmıştır³. Bu tür kötüye kullanmalar, daha çok Yargıtay'ın ortaya koyduğu içtihatlarla engellenmeye çalışılmıştır. Yasa koyucu ise Yargıtay'ın ortaya koyduğu bu içtihatlardaki çözümleri, 4847 sayılı İK.'ya düzenleme olarak alarak yasalaşmasını sağlamıştır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırları 4857 sayılı İK. m.2/f.7'de hükme bağlanmıştır. Bu hükmün birinci ve üçüncü cümlesine 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. ... İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.”

Aynı hüküm fıkrasının ikinci cümlesinde ise sınırlamalara aykırı hareketin yaptırımının ne olduğu düzenlenmiştir. Buna göre “... asıl işveren

² Maddenin gerekçesinde de “Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılmaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır. Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçülerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren- alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere kanun hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür.” denilerek bu husus ifade edilmiştir(4847 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi).

³ Soyer, a.g.m., s.22.

alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.”

4847 sayılı İK.'da açıkça düzenlenen muvazaa hallerini(Asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlamalarını) şu başlıklar altında toplayabiliriz:

1. Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmaması,
2. Daha önce asıl işverenin işyerinde çalışan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaması ve
3. Asıl işin bölünerek alt işverene verilememesi.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlamaları ayrı ayrı başlıklar altında incelendikten sonra, İK.'da açıkça düzenlenmeyen muvazaa halleri inceleme konusu yapılacaktır.

3.1.2.1. Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşveren Tarafından Çalıştırılmaması

1475 sayılı İK.'nın yürürlükte olduğu dönemde, alt işverenlik uygulamasının kötüye kullanıldığına ilişkin uygulamalarla sıkça karşılaşılması nedeniyle Yargıtay, kötüniyetli uygulamalar karşısında verdiği kararlarda buna benzer uygulamaları, muvazaa ya da kanuna karşı hile biçiminde kabul etmekte idi⁴. Bu tür uygulamaları muvazaalı veya kanuna karşı hile kabul eden Yargıtay, aslında asıl işverenin ama görünüşte alt işverenin işçilerini başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri saymaktaydı⁵.

1475 sayılı İK.'nın yürürlükte olduğu dönemdeki kötüye kullanmalar ve buna karşı Yargıtay'ın getirdiği çözümler, 4857 sayılı İK.'nın muvazaalı ve kanuna karşı hile teşkil eden asıl işveren alt işveren ilişkisine sınırlamalar

⁴ Bkz. örnek kararlar için; Y. 9.HD., 18.06.1997 - 8568/12193(Akyiğit, Şerh, s.106-107.); Y.9.HD., 18.11.1997 -16673/19164 (Akyiğit, Şerh, s.103-105.); Y.9.HD., 19.10.1998- 12301/14511 (Akyiğit, Şerh 1475, s.109.); Y.9.HD., 09.02.1999-17926/1750 (Akyiğit, Şerh, s.111.); Y.9.HD., 23.09.1996, 16162/17617(TİD., Şubat 1997, s.14.); Y. 9.HD., 21.02.2005 T., 2004/32666 E., 2005/5738 K.(Aktay, Arıcı, Kaplan-Seylen, a.g.e., s.69).

⁵ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.56.

getirmesine neden olmuştur⁶. Bu sınırlamaların ilki 2. maddenin son fıkrasında “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanmaz” hükmüdür.

Getirilen bu hükümle asıl işverene ait işçilerin haklarının kaybolmaması ve işin alt işverene verilmesi nedeniyle kısıtlanmaması amaçlanmıştır⁷. Bu sınırlama hükmü, işçilerin asıl işverene bağlı olarak çalıştıkları sürece uygulanacaktır. Asıl işveren ile işçisi arasında iş ilişkisi sona ermişse ve iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren muvazaa sayılmayacak kadar bir süre geçtikten sonra, asıl işverenin eski işçisinin alt işveren tarafından çalıştırılmasına herhangi bir kısıtlama getirilmediği görüşündeyiz⁸. Bu yasa koyucunun ifadesine ve hükmün konuluş amacına daha uygundur.

İK., getirdiği m.2/f-c.1 hükmü ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin, muvazaalı ya da kanuna karşı hileli uygulamaların çok sık karşılaşıldığı bu konuda, muvazaalı ve hileli uygulamaların önüne geçerek asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin gerçek anlamı ile kurulması amaçlanmıştır⁹. İK. ile getirilen muvazaayı önleme amacına yönelik bu hükümle, artık alt işverenin asıl işverenin işçilerinin değil de, dışarıdan alınan işçilerin çalıştırıldığı asıl işveren alt işveren ilişkilerine, diğer bir ifade ile gerçek anlamda alt işverenlik uygulamalarına rastlanılmaya başlanmıştır¹⁰.

Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmaması sınırlamasının temel amacı dikkate alındığında, asıl işverenin alt işverene ve alt işverenin de bir başkasına iş vermesi durumunda bu sınırlama, hem işi verenle işi alan arasında geçerlidir, hem de aynı iş ilişkisinde yer alan diğer

⁶ Ayan, a.g.m., s.523; Şen, Alt İşverenlik-2, s.102.

⁷ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.37; Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.60; Soyer, a.g.m., s.22; Aktay, Arıcı, Kaplan-Seylen, a.g.e., s.69; Özveri, Alt İşveren Uygulaması, s.397; Güzel, Seminer Notları, s.46; Arıcı, a.g.m., s.497-498.

⁸ Soyer, a.g.m., s.22.

⁹ Soyer, a.g.m., s.22.

¹⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.176; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.57; Güzel, Alt İşveren Kavramı, s. 56.

işverenler arasında geçerli olacaktır. Diğer bir ifade ile aynı ilişkide yer alan tüm işverenler hakkında bu sınırlama geçerli olacaktır¹¹.

Ancak aksi görüşü savunanlara göre, asıl işverenin alt işverene, alt işverenin de bir başka işverene iş vermesi hallerinde, yasadaki sınırlama sadece işi verenle alan arasında geçerli olacak; bir sonraki ilişkiyi ise etkilemeyecektir¹². Kanımızca bu görüşün kabulü halinde yasanın bu sınırlama hükmünü koyma amacından sapılmış olacak ve işçilerin hakları kısıtlanacaktır. Bu nedenle ve kanımızca bu sınırlama aynı ilişki zincirinde yer alan tüm işverenler için geçerli olmalıdır¹³.

Asıl işveren alt işveren ilişkisine çalıştırılacak işçiler bakımından sınırlama getiren bu hükmün ifade tarzından, hak kısıtlaması olmaması kaydıyla, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılabilecekleri gibi bir yorum getirilmesi mümkündür.

Nitekim bu tür bir yorumlama getiren (Güzel, 2004:56)'e göre "Asıl işveren, alt işveren ilişkisini çalıştırılacak işçiler yönünden sınırlayan bu hükmün anlatım biçimi, hak kısıtlamaması olmaması koşuluyla, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılabilecekleri yönünde bir yoruma elverişli gözükmemektedir."¹⁴ diyerek, böyle bir yorum yapılabileceğini ifade etmiştir¹⁵.

¹¹ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.56; Soyer, a.g.m., s.22.

¹² Ömer Ekmekçi, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", MESS Mercek Dergisi, Temmuz 2003, s.132-134.

¹³ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s. 56; Soyer, a.g.m., s.22.

¹⁴ Ayrıca bkz. Güzel, Seminer Notları, s.46.

¹⁵ Eyrenci, Taşkent, Ulucan ise "Burada önem taşıyan husus, bu yolla işçinin mevcut haklarında bir kısıtlama meydana getirilmemesidir. Yasa bununla, asıl işverenin ücretleri belirli bir düzeye yükselmiş işçileri işten çıkarmalarını; bu işçilerin daha düşük bir ücretle işe alınıp o yerde çalıştırılmak suretiyle hak kaybına uğratılmalarını önlemek istemiştir." görüşü ile kısıtlama getirmemesi koşulu ile asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından çalıştırılabileceklerini ifade etmişlerdir(Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.37; Taşkent, a.g.m., s.365.). Süzek, "Bu hükümle getirilen sınırlama asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmaması değil, işe alınan bu işçilerin haklarının kısıtlanmamasıdır. Başka bir deyişle, alt işveren asıl işverenin işçilerini işe alabilecek, ancak aynı veya daha iyi ücret ve çalışma koşullarıyla çalıştırmaya devam edebilecektir." görüşü ile işçi haklarında kısıtlama yapmadığı takdirde, alt işveren asıl işveren işçilerini işe alıp çalıştırabileceği görüşündedir(Süzek, a.g.e., s.146.); bu yazarlar ile aynı görüşte olan yazarlar için bkz. Ünsal, a.g.m. s.540; Ayan, a.g.m., s.524.

Yine aynı görüşte olan (Mollamahmutoğlu, 2008: 181) “Kanunun ifadesinden anlaşılan, asıl işverenin işçisi iken, alt işveren tarafından çalıştırılmaya devam edilen işçi ile alt işveren arasındaki iş sözleşmesi, işçinin haklarının kısıtlanmaması kaydıyla geçerlidir.” diyerek, işçinin haklarının kısıtlanmaması koşulu ile asıl işveren işçisinin alt işverenin yanında çalıştırılabileceğine işaret etmektedir. Diğer bir ifade ile bu hükmün tek başına muvazaanın olduğu anlamına gelmediği, işçi ile asıl işveren arasındaki iş akdi sona erdikten sonra, asıl işverenin eski işçisi alt işverenin yanında işe başlarsa bu kısıtlama hükmünün uygulanamayacağı, hakların kısıtlanıp kısıtlanmadığının her olayda ayrı ayrı incelenmesi gerektiği görüşündedir¹⁶.

Kısıtlama hükmünün aksi ispatlanabilen yasal bir karine olarak kabul edilmesinin amaca uygun görüldüğü, ancak uygulanabilirliğinin tartışmaya açık olduğu ve uygulamada karinenin aksini ispatlamanın güç olacağı ve tek başına ölçüt olarak kabulünün yerinde olmayacağı görüşünde olan¹⁷ ve bu kısıtlama hükmünün muvazaa kaygılarını gidermek için getirildiği ve bu nedenle muvazaanın saptanması bakımından alt işverenin işçilerini sadece işi aldığı işyerinde çalıştırması ve bağımsız bir girişimci sıfatını taşıyıp taşımadığının araştırılması gerektiği görüşünde olan¹⁸ yazarlar da vardır.

Ne var ki, (Çelik, 2008: 51) “... esasen açıklanan görüşlere kapalı ve mutlak emredici nitelikte gözüken bu isabetsiz yasal düzenlemenin kaldırılması uygun olur.” şeklindeki açıklamaları ile yukarıda izah edilen görüşlerin uygun olmadığını ve daha önce asıl işverenin işçisi konumundaki kimselerin alt işverence işe alınıp çalıştırılmaya devam ettirilmesinin her hal ve koşulda hak kısıtlamasına yol açtığı ve yasal düzenlemeyle bunun önlenmesinin amaçlandığını ifade etmektedir¹⁹.

¹⁶ Mollamahmutoğlu, a.g.m., s.6.

¹⁷ Alpagut, a.g.m., s.20-21.

¹⁸ Güven, Aydın, a.g.e., s.45.

¹⁹ Ekmekçi de kısıtlama hükmünün mutlak olarak uygulanacağı görüşündedir. Ancak bu hükmün kaldırılması yerine “asıl işveren- alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığının belirlenmesi durumunda, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem göreceğinin düzenlenmesinin yeterli” olacağı görüşündedir[Ekmekçi, Uygulama Sorunları, s.134].

Yine karşı görüşte olan (Soyer, 2006: 22) ise “... hükmün kaleme alınış tarzı, asıl işveren işçilerinin hak kısıtlaması olmaması koşuluyla alt işveren tarafından çalıştırılmaya devam ettirebilecekleri yönünde bir yoruma elverişli ise de, hükümdeki amacın toplu sözleşme düzeninin parçalanmasını da önlemek olduğu dikkate alındığında, bireysel hak kayıplarının ortaya çıkmadığı hallerde dahi bu tür bir ilişkinin(somut olayın özelliğine göre) muvazaalı sayılabileceği sonucuna varmak daha isabetli görünmektedir” diyerek, alt işverenin asıl işveren işçileri alıp çalıştırmasının her halükarda hak kısıtlamasına sebep olacağı ve bu nedenle alt işverenin asıl işveren işçisini hiçbir şekilde çalıştıramayacağı görüşündedir²⁰.

Yasada getirilen sınırlamada, öncelikle hakların kısıtlanmasından ne anlaşılacağı üzerinde durulması gerektiğini ve doğmuş ya da doğabilecek haklarda her türlü azalmanın hak kısıtlanması sayılması gerektiği ve böyle durumlarda asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından çalıştırılmayacağı görüşünde olanlara göre, doğabilecek hak kavramı geniş tutulmalı ve belirsiz bir sonuca bağlı olmamalıdır. Ancak alt işverenin asıl işverenin işçisine asıl işveren yanında çalışırken elde ettiği hakların verilmesi durumunda hak kısıtlamasından söz edilemeyecektir²¹. Bu yazarlar da, hak kısıtlamasını doğmuş ve doğabilecek haklar olarak geniş tutmakla; alt işverenin asıl işveren işçileri alıp çalıştırmasının her halükarda hak kısıtlamasına sebep olacağı ve bu nedenle alt işverenin asıl işveren işçisini hiçbir şekilde çalıştıramayacağı görüşünü savunan yazarlarla benzer bir görüşü paylaşmaktadır. Ancak alt işverenin asıl işverenin işçisine asıl işveren yanında çalışırken elde ettiği hakların verilmesi durumunda hak kısıtlamasından söz edilemeyeceğini belirterek orta bir yol izlemektedirler.

Elbette asıl işveren işçisini alt işverenin çalıştıramayacağına ilişkin görüş öğretildeki kimi yazarlarca eleştirilmiştir. Eleştiren yazarlar öncelikle söz

²⁰ Şen’e göre “... asıl işverenin istihdam ettiği işçiler, iş sözleşmelerinin herhangi bir şekilde sona ermesinden sonra alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmayacaktır. Daha açık bir deyişle, uygulamada sıkça karşılaşılan, asıl işverenin işçileri yasal hakları ödenerek iş sözleşmeleri sona erdirildikten sonra aynı işyerinde alt işveren tarafından daha düşük haklarla işe alınarak çalıştırılmayacak, aksi takdirde bu işlem muvazaa kabul edilecek ...”(Şen, Alt İşverenlik -2, s.102.).

²¹ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.60.

konusu düzenlemenin, belirtilen anlamı ile anlaşılıp uygulanmasının uygulamada sakıncalı sonuçlar doğuracağı gibi, iyi niyetli uygulamaları da engelleyeceği ve işçinin çalışma özgürlüğünü zedeleyeceği gerekçelerini ileri sürmüşlerdir²². Örneğin iş güvencesi kurallarının uygulandığı bir işyerinde geçerli bir sebeple işten çıkarılan asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından işe alınmasının engellenmesi durumunda işçinin çalışma özgürlüğü zedelenebilecektir.

Kanımızca asıl işverenin işçisi konumundaki kimselerin alt işverence işe alınıp çalıştırılmaya devam ettirilmesinin her hal ve koşulda hak kısıtlamasına yol açtığı ve yasal düzenlemeyle bunun önlenmesinin amaçlandığı görüşünü taşıyan ve asıl işveren işçisinin her hal ve koşulda alt işveren işçisi olarak çalışamayacağı görüşlerine katılmak mümkün değildir. Zira bu tür bir görüş kanımızca yasa koyucunun maksadını aşmaktadır. Asıl işverenin işçisi olup da, daha sonra alt işveren tarafından çalıştırılan işçi ile alt işveren arasındaki iş sözleşmesi geçerli olacaktır. Meğer ki, işçinin hakları kısıtlanmamış olsun. Diğer bir ifade ile asıl işveren işçisi gerek ücret ve diğer hakları, gerekse de kıdemine ilişkin haklarında herhangi bir kayba uğramaması koşulu ile alt işveren tarafından çalıştırılabilecektir. Ancak alt işveren yanında çalışırken bu tür haklarda azalma veya kayıp söz konusu ise, asıl işveren işçisi iken alt işveren işçisi olarak çalışan işçi ile kurulan iş ilişkisi muvazaalı sayılacak ve alt işveren işçisi başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacaktır²³.

Her halde ve koşulda asıl işveren işçisinin alt işveren yanında çalıştırılamayacağı görüşüne sahip yazarlarca ifade edilen, İK. m.2/f.7 hükmünün asıl işveren işçisi iken, alt işveren yanında çalışmaya engel olduğu görüşüne katılmak şu yönü itibari ile de mümkün değildir: Zira bu tür bir çalışmaya her hal ve koşulda engel olunması halinde, asıl işveren işçisi

²² Ömer Ekmekçi, “26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine”, Türkiye, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, “Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem” konulu Seminer Yayını, İstanbul 2002, s.67; Fevzi Şahlanan, “Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri”, Türkiye, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, “Yeni İş Yasası” konulu Seminer Yayını, İstanbul 2003, s.27-28.

²³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.181; Süzek, a.g.e., s.146.

iken sahip olunan haklardan daha fazla haklara sahip olunabilecek alt işveren işçisi olmaya engel olmanın işçinin haklarını koruduğu asla ve asla söylenemez.

Diğer yandan daha önce asıl işveren işçisi iken, daha sonra geçerli bir sebeple işten çıkan işçinin alt işveren yanında çalışmasına engel olmanın da bir anlamı yoktur. Bu tür bir görüş kanunun maksadını aşmaktadır. Bu nedenle hak kısıtlanması söz konusu değilse, asıl işveren işçisi, alt işveren yanında çalışabilecektir. Ancak işçinin haklarının korunması ve çalışma özgürlüğünün sağlanmasının önünde engel olabilecek muğlak hükümleri açık hale getirmek ve m.2/f.7-c.1 hükmü üzerindeki tartışmalara son vermek yerinde olacaktır.

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

4857 sayılı İK.'nın en çok tartışılan ve "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi"nin sınırlamalarından biri olan "... daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. ...(m.2/f.7-c.1)" hükmüdür. Bu hüküm ile uygulamada oldukça sık görülen, asıl işverenin daha önce arasında iş ilişkisi olan bir işçisiyle alt işveren ilişkisi kurarak, daha düşük ücretle işçi çalıştırma veya sendikasız işçi çalıştırma yönündeki kötüye kullanımlara engel olmak amaçlanmıştır²⁴.

Yargıtay da asıl işverenin işçisi olarak çalışan işçi ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı; bir işverenin eski işçisi ile alt işveren ilişkisi kurmasının ise muvazaa olacağına dair birçok karar vermiştir²⁵.

²⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.180; Çelik, a.g.e., s.50; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.38; Sümer, a.g.e., s.18; Süzek, a.g.e., s.146; Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.58; Soyer, a.g.m., s.22; Alpagut, a.g.m., s.21.

²⁵ Bkz. Y.9.HD, 08.07.2004 T., 2004/ 17098 E.-2004/17431 K. "T. Holding AŞ (?) Hukuk Müşavirliğince Ö.O.'ya yazılan 4.11.2003 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

Ancak yukarıda belirttiğimiz amaçla konulan bu hükmün isabetsiz bir düzenleme olduğunu belirten yazarlarımız da yok değildir. Bu yazarlara göre, bu hüküm ile bazı iyi niyetli uygulamalara da engel olunmakta²⁶ veya zaman zaman adaletsiz neticelere de sebep olabilmektedir²⁷.

Söz konusu hükmün mutlak emredici niteliğe sahip olduğu görüşündeki yazarlardan (Güzel, 2004: 59)'e göre "Bu hüküm, mutlak emredici bir niteliğe sahip olup, herhangi bir istisna ve süre sınırlaması içermemektedir. Asıl işveren – alt işveren ilişkisi kurulmak istendiği tarihte asıl işverenin işyerinde çalışmakta olan bir işçi ile alt işveren ilişkisi kurulmasını engellediği gibi; o tarihte bu işyerinde çalışmayan ancak daha önce çalışmış olan örneğin, emekli olan bir işçi ile de alt işveren ilişkisi

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."(Ulucan, a.g.m., s.145 vd.); Y.9.HD., 10.04.2007 T., 2007/6094 E.-2007/10224 K. "Davacının çalıştırıldığı ve ihale ile alt işverenlere verilen temizlik ve çöp toplama işinde çalıştıkları uyuşmazlık dışıdır. Davacının çalıştırıldığı ve ihale ile alt işverenlere verilen temizlik ve çöp toplama işinin çöp toplama işinin davalı Belediyenin asıl işlerinden olduğu ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7 maddeleri uyarınca bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği sabittir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, 5393 sayılı yasa, davalı Belediye'ye asıl işi olan temizlik ve çöp toplama hizmetini, alt işverene verme olanağı tanımıştır. Davalı Belediye Başkanlığı'nın bu yasa kapsamında temizlik ve çöp toplama hizmetini üçüncü kişilere gördürmesi kural olarak geçerlidir. Bu nedenle mahkemenin davalı Belediye'nin asıl işlerinden olan temizlik işini alt işverene devretmesinin mümkün olmadığı, işçilerin ve işyerinin aynı kalması nedeni ile davalı Belediye ile taşeron şirketler arasındaki sözleşmelerin muvazaaya dayandığı gerekçesi yerinde görülmemiştir. Ne var ki, davacı ve diğer işçilerin Belediye Yasasından önce davalı Belediye'nin asıl işinde çalışması ve ayrıca yasa çıktıktan sonra davalı ile dava dışı alt taşeron arasındaki temizlik işi ihalesinin uzatılmış hali ile 28.02.2006 tarihine sona ermesi ve davacının bu tarihten sonra yeni ihalenin yapıldığı 01.05.2006 tarihine kadar ihale yapılmadan davalı Belediye işyerinde çalıştırılması ve bu süre zarfında davalı Belediye Başkanlığı işçisi olması karşısında, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi nedeni ile davacının Belediye Başkanlığı işçisi olarak çalıştığının kabulü gerekir. Ayrıca 5393 sayılı Belediye Kanunu 67. maddesindeki düzenleme ile, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesindeki sınırlamalara bakılmaksızın asıl işin(hizmetin) alt işverenlere verileceği kuralına yer vermiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, asıl işin hizmet alımı yolu ile ihale edilmesidir. Yapılan ihalede, ihale yapan Belediye tarafından araç temini sağlanır, asıl işte alt taşeron işçileri ile Belediye işçileri birlikte çalışıyorlar, yönetim hakkı Belediye de, kısaca ihale işçi teminine yönelik ise, Belediye ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir. Somut uyuşmazlıkta, alt işveren işçilerinin devam; cetveli ve devamsızlıklarının davalı Belediye Başkanlığı tarafından tutulduğu, asıl işverenin talimatı ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiği, alt işveren işçilerinin kullandığı araçların Belediye Başkanlığı tarafından temin edildiği anlaşılmaktadır. Bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacı başlangıçtan itibaren Belediye Başkanlığı işçisidir. Muvazaa olgusunun bu gerekçe ile kabul edilmesi gerekirdi."[Murat Özveri, "Alt İşveren: İş Hukukunun Altının Oyulması", TES-İş Dergisi, Dosya, Taşeron İşçilik(Altışveren) ve Düzensiz İstihdam, S. 2008-2, Mayıs 2008(Alt İşveren), s.114.].

²⁶ Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısı, s.67; Şahlanan, Yeni İş Kanunu, s.28; Çelik, a.g.e., s.50-51; Aktay, Arıcı, Kaplan-Seylen, a.g.e., s.69.

²⁷ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.60.

kurulmasını engellemektedir. Bu nedenle, kötüye kullanılmanın olmadığı, örneğin alt işverenin asıl işverene ait işyerinde 2-3 yıl önce çalışmış olması halinde hükmün uygulanma alanı bulamayacağı yönündeki görüşün, olması gereken hukuk açısından isabet derecesi bulunsa bile, hükmün belirtilen mutlak emredici niteliği ile uyum sağladığı söylenemeyecektir²⁸.”

Ancak öğretilde söz konusu hükmün mutlak anlamda uygulanmayacağı görüşünü taşıyan yazarlardan(Mollamahmutoğlu, 2008: 182)’na göre bu hüküm “...mutlak anlamda uygulanamaz; uyuşmazlığa konu her ilişkide muvazaa, mevcut koşulların değerlendirilmesine göre ancak var veya yok sayılabilir. Bu fıkra hükmündeki ‘ve genel olarak’ ifadesi de, her ilişkide muvazaa düşünülmemesinin, ayrık durumların olabileceğinin ve bunun incelenmesinin gerekeceği şeklinde uygun bir yoruma tabi tutulmalıdır.”²⁹ Bu yazarlar, daha önce asıl işveren işçisi olan bir kimse ile kurulan asıl işveren alt işveren arası ilişkide, söz konusu kanun hükmü ile bu ilişkide muvazaanın varlığının doğrudan doğruya kabul edilemeyeceğini, ilişkinin içinde taşıdığı koşullara göre değerlendirme yapılması gerektiği ve bu değerlendirme sonucunda muvazaanın varlığından ya da yokluğundan bahsedilebileceğini, bu durumun her olay için ayrı ayrı ve ayrıntılı olarak incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁰.

Yine bu hükmün mutlak anlamda uygulanamayacağı görüşünü taşımayan yazarlardan (Eyrenci, Taşkent, Ulucan, 2005: 38)a göre “... Burada amaç, asıl işveren- alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasını, bu ilişki dolayısıyla çalışanların hak kaybına uğramalarını önlemektir. Böyle bir durum yoksa, sözgelimi alt işveren o işyerinde 2-3 yıl önce çalışmışsa ya da işten ayrıldıktan sonra kurduğu bir şirket ile belli bir alanda ciddi faaliyetlere girişmiş, birçok işveren ile alt işveren olarak bağlantı kurmuş ve bu arada

²⁸ Ayrıca bkz. Güzel, Seminer Notları, s.50; bu görüşte olan yazarlardan Çelik ise “... esasen açıklanan görüşlere kapalı ve mutlak emredici nitelikte gözükken bu isabetsiz yasal düzenlemenin kaldırılması uygun olur. Kaldı ki, alt işverenin üstleneceği işe ve işçilere ilişkin diğer yasal sınırlamalar düşünüldüğünde, alt işverenin asıl işverenin eski işçisi olup olmadığını önemsemek de gereksizdir.” diyerek, söz konusu hükmün mutlak emredici nitelikte olduğu görüşünü taşımaktadır(Çelik, a.g.e., s.51.).

²⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.182.

³⁰ Bkz. Mollamahmutoğlu, a.g.m., s.11.

ayrıldığı işyerinde de iş almış ise, daha önce o işyerinde çalıştığı öne sürülerek, salt bu nedenle alt işveren sıfatı ortadan kaldırılamaz. Çünkü bu örnekte asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı söylenemez.³¹»

Yine yasadaki hükmün çok açık ve emredici nitelikte olduğunu ifade eden, ancak bu katı yasal düzenlemenin yine yasa hükümleri çerçevesinde esnetilebileceği³², bu düzenlemenin daha önce işyerinde çalışan bir işçi ile hiçbir şekilde alt işveren ilişkisi kurulamayacağı anlamına gelmediği ve yasanın amacına ve ifadenin anlamına göre muvazaa oluşturmeyen hallerde daha önce çalışan işçi ile alt işveren ilişkisi kurulmasına izin verdiği³³, getirilen düzenlemenin mutlak emredici nitelikte gözüktüğü, ancak bazı istisnalar getirilerek kötü niyetli uygulamaların engellenebileceği³⁴, hükmün mutlak anlamda yasak anlamı taşımadığı, bu hükmün bir karine olduğu ve asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığına ispatlanabileceği³⁵, bu kısıtlama hükmünün muvazaa kaygılarını gidermek için getirildiği ve bu nedenle muvazaanın saptanması bakımından alt işverenin işçilerini sadece işi aldığı işyerinde çalıştırması ve bağımsız bir girişimci sıfatını taşıyıp taşımadığının araştırılması gerektiği³⁶, kanuni düzenlemenin amacına göre yorumlanarak ve diğer unsurlar da dikkate alınarak yorumlanmasının uygun olacağı³⁷ ve kanun koyucunun amacına bu kısıtlama hükmünün kanuni karine olarak kabulüne uygun olduğu ve kısıtlama hükmünün ihlal edilip edilmediğinin her somut olayın özelliklerinin dikkate alınarak incelenmesi gerektiği³⁸ görüşünde olan yazarlar da vardır.

³¹ Ayrıca bkz. Taşkent, a.g.m., s.365; Yine bu görüşte olan yazarlardan Tunçomağ, Centel ise “Buradaki ‘daha önce’nin, kısa bir zaman aralığı olarak anlaşılmasında yarar vardır. Aksi takdirde, taşeronların, hiçbir şekilde eski işyerinden iş alamamaları tehlikesi ortaya çıkar.” diyerek, “... veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. ...” hükmündeki “daha önce” ifadesinin çok uzun zaman önce çalışan asıl işveren işçilerini kapsamayacağını ifade etmiştir(Tunçomağ, Centel, İş Hukuku, s.57.).

³² Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.60-62.

³³ Soyer, a.g.m., s.23.

³⁴ Aktay, Arıcı, Kaplan-Seylen, a.g.e., s.69.

³⁵ Alpagut, a.g.m., s.21.

³⁶ Güven, Aydın, a.g.e., s.45.

³⁷ Arıcı, a.g.m., s.497.

³⁸ Ayan, a.g.m., s.525.

Kanımızca hükmün mutlak anlamda uygulanmayacağı görüşü daha isabetlidir. Birinci görüşteki yazarlar, her ne kadar ikinci görüşün olması gereken hukuk bakımından isabetli olduğunu ve söz konusu hükmün mutlak emredici niteliği ile uyumlu olmadığını ileri sürseler de, ikinci görüş yasanın amacına uygun, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü sınırlamayan yorumu ve iyi niyetli uygulamalara engel olmayışı ile kanımızca daha isabetlidir.

3.1.2.3. Asıl İşin Bölünerek Alt İşverene Verilememesi

Bu kısıtlama 4857 sayılı İK.'nın 2. maddesinin son fıkrasında “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” biçiminde ifade edilmiştir. Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi gerekçe³⁹ belirtildiği üzere, asıl işverenin işçisinin alt işverene verilen bölümde çalışmaması anlamına gelmektedir⁴⁰.

Bu kısıtlamaya ilişkin m.2/7 hükmüne göre, asıl iş bölünerek alt işverene verilemeyecektir. Acaba yardımcı iş bölünerek alt işverene verilebilecek midir? Madde lafzına baktığımızda bölünerek verilemeyecek işin asıl iş olduğu, kanımızca yardımcı işler bakımından ise bu tür bir kısıtlama hükmünün uygulanmayacağını söylemek mümkündür⁴¹.

4857 sayılı İK.m.2/f.7 hükmüne göre asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi için “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” bir iş olması şarttır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinde hem işletmenin ve işin gereği hem de işin teknolojik nedenlerle uzmanlık

³⁹ Maddenin gerekçesi “Diğer yandan bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin ‘bir bölümünde’ iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkan vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır.” olarak ifade edilmiştir(4847 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi).

⁴⁰ Alpagut, a.g.m., s.21; Taşkent, a.g.m., s.365; Ünsal, a.g.m., s.540.

⁴¹ Alpagut, a.g.m., s.18.

gerektirmesi şartını birlikte aranması gerektiğini ifade eden yazarlarımız⁴² olduğu gibi, bu şartların ayrı ayrı aranması gerektiğini, yani asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesi için sadece işletmenin ve işin gereği veya sadece işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşullarından birinin gerçekleşmiş olmasının yeterli olacağını ifade eden yazarlar⁴³ da vardır.

Madde hükmünün bir bütün olarak anlayan yazarlara göre 4857 sayılı İK.'da geçen "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" ifadesinde geçen "ile" bağlacı, "olarak" biçiminde anlaşılmaktadır. Bu durumda madde hükmüne göre, asıl işin bir bölümünün alt işverene devredilebilmesi için işin işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekmektedir⁴⁴. Uzmanlık gerektiren işler 4857 sayılı İK.'da işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenler olarak belirtilmiştir. Bu nedenle uzmanlık gerektiren işlerde hem işletme ve işin gereği hem de teknolojik nedenler birlikte aranacaktır. Yani asıl işin alt işverene bölünerek verilebilmesi için, asıl işin bir bölümünün sadece işletme ve işin gereği alt işverene devredilmesi yeterli sayılmayacak veya sadece teknolojik nedenlerden dolayı asıl işin bir bölümü alt işverene bırakılamayacaktır. Diğer bir ifade ile alt işverene bırakılacak olan asıl işin bir bölümü hem işletme ve işin gereği hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekecektir⁴⁵.

Madde hükmünü bir bütün olarak değil de ayrı ayrı anlayan yazarlara göre ise asıl işverenin alt işverene bırakabileceği asıl işin bir bölümü olan işlerin, işletmenin ve işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile asıl işin alt

⁴² Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.48-50; Güzel, Seminer Notları, s.51; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.37; Taşkent, a.g.m., s.364; Ünsal, a.g.m., s.540; Şen, Alt İşverenlik, s.82.

⁴³ Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.57; Süzek, a.g.e., s.139; Güven, Aydın, a.g.e., s.44; Alpagut, a.g.m., s.18; Ayan, a.g.m., s.523; Şahlanan, Yeni İş Kanunu, s.90; Ekmekçi, Uygulama Sorunları, s.134; Cevdet İlhan Günay, "Yargıtay Kararları Açısından Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi", İNTES Türkiye İnşaat Sanayiciler İşveren Sendikası'nın "Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunları Değerlendirilmesi ve Çözümleri" konulu 6 Mayıs 2004 Tarihli toplantı notları, İnşaat Sanayi Yayınları No:10(Alt İşveren Sorunları), s.64-65; Günay, İş Hukuku, s.272; Soyer, a.g.m., s.19.

⁴⁴ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.37; Taşkent, a.g.m., s.364; Şen, Taşeronluk, s.82.

⁴⁵ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s. 48-50; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.37; Kılıçoğlu, İş Kanunu Yorumu, s.9.

işverene bırakılan bölümü, ya işletmenin ve işin gereği veyahut teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekmektedir⁴⁶. Bu görüşte olan yazarlara göre 4857 sayılı İK.'da geçen "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" ifadesinde geçen "ile" bağlacı "veya" biçiminde anlaşılmaktadır⁴⁷. Bu görüşte olan (Mollamahmutoğlu, 2008:169-170)'na göre "... 'ile' sözcüğünün 'veya' olarak anlaşılması Kanun hükmünün maksadına uygun düşer; 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."

3.1.3. İK.'da Düzenlenmeyen Muvazaa Halleri

4847 sayılı İK. m.2/6-7. fıkralarında muvazaalı durumlara ilişkin olarak bir takım ölçütler getirilmiştir. Ancak muvazaa halleri bunlarla sınırlı değildir. Zira 7. fıkroda "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. (m.2/f.7- c.2)" ifadesi kullanılmıştır. Maddenin bu ifadesinden anlaşılan, muvazaa halleri sadece İK.'da sayılan hallerle sınırlı değildir. Kanunda sayılan muvazaa hallerinden başka muvazaa halleri ile de uygulamada karşılaşılacaktır.

Maddede sayılan muvazaa halleri çalışma hayatında ve alt işverenlik uygulamasında en çok rastlanılan muvazaalı ilişkilerdir. Maddenin saydığı muvazaalı halleri ile maddede sayılmayan muvazaalı haller arasındaki fark, ispat yükü ile ilgilidir. Maddede sayılan muvazaalı halin bulunmadığının ispatı, muvazaa bulunmadığını iddia eden taraf aittir. Maddede sayılmayan muvazaalı halin ispatı ise, muvazaalı halin bulunduğunu iddia eden tarafa

⁴⁶ Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.57.

⁴⁷ Süzek, a.g.e., s.139.

aittir. Maddede sayılan muvazaalı haller ile sayılmayan muvazaalı haller arasındaki fark anlaşılacağı üzere ispat yükünün değişmesidir⁴⁸.

Maddede sayılmayan muvazaalı haller, uygulamada karşımıza farklı farklı çıkabilmektedir. Örneğin asıl işveren İK.'nın asıl işverene yüklediği sorumluluklardan kurtulmak için alt işverenlik ilişkisi kurmakta, ancak alt işverenlik ilişkisi kurduğu işte değil de, farklı bir işte kendi işçisini çalıştırmaktadır. Bu şekilde İK.'nın asıl işverene yüklediği sorumlulukları ortadan kaldırmak için kurulan alt işverenlik muvazaalı bir ilişki olacaktır. Bu durumda devredilen iş ile ilgisi olmayan, başka işlerde işçi çalıştırmamasından dolayı işveren sıfatına sahip olan kimse asıl işveren sayılmayacaktır. Bu kimsenin asıl işveren sayılmaması nedeni ile bu kimseden iş alan işveren arasında, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmayacak ve dolayısıyla diğerinden iş aşan işveren de alt işveren sayılmayacaktır⁴⁹. Bu durum maddede sayılmayan muvazaalı hallerden sayılabilecek ve alt işveren işçisi olarak çalışan işçiler aşağıda açıklanacağı üzere başlangıçtan itibaren muvazaalı alt işverenlikteki asıl işverenin işçisi sayılacaktır.

Yine uygulamada İK.'nın asıl işverene yüklediği sorumlulukları ortadan kaldırmak için sözleşmeye göre işin tamamının bir başka işverene bırakıldığı hallerle de karşılaşılabilir. Bu durumda asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz etmek ve sözleşmeye göre işin tamamını devralan işverene alt işveren demek mümkün değildir⁵⁰. Yargıtay işin bir bölümünde hiç işçi çalıştırılmaması ve ihale suretiyle işi değişik kişilere veren iş sahibi ihale makamını, asıl işveren saymamıştır⁵¹.

Uygulamada ihale ile mal veya hizmet üretim işi bir işverene verilmesi halinde, işçiler aynı kalmakta ve aynı işyerinde ve sabit işlerinde çalışmaya devam etmektedirler. Diğer bir ifade ile işçiler ve işyerleri aynı kalmakta

⁴⁸ Kurtaran, a.g.e., s.106; Süzek, a.g.e., s.148.

⁴⁹ Canbolat, a.g.e., s.20; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.167; İmer, a.g.e., s.22; Akbulut, a.g.e., s.5; Kurtaran, a.g.e., s.106-107.

⁵⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.167; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.36; Marangozoğlu, a.g.e., s.12; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.55.

⁵¹ YHGK. 24.05.1995 T., 1995/9-273 E., 1995/548 K. (TİD. Eylül 1996, s.13-14); Y.9.HD., 11.05.2004 T., 2004/11275 E. 2004/1126 K.(Günay, Şerh, s.160-162).

sadece ihale ile iş alan alt işverenler değişmektedir. Bu hallerde esas itibariyle ortada ihale bulunmamaktadır. Burada muvazaalı bir durum vardır. Aslında alt işverenlik ilişkisi bulunmamaktadır. Bu durum ise İK.'da sayılmayan muvazaalı haller arasında olup, asıl işveren ihale ile iş alan alt işveren işçilerine karşı sorumlu olacaktır. Bu tür ilişkilere daha çok kamu kuruluşlarının ihalelerinde karşımıza çıkmaktadır. Kamu kuruluşları ihale mevzuatına uygun olarak hizmet işini işverene ihale ile vermektedirler. Uygulamada daha çok işçi ve işyeri aynı kalmakta, sadece ihale ile iş alan işverenler değişmektedirler. Ancak kamu kuruluşu işçilere talimat vermekte, dilediği işçiyi işten çıkarmaktadır. Kamu kuruluşu her ne kadar hizmet işini ihale ile işverene verdiğini, ortada muvazaa bulunmadığını iddia etse de, işçilere talimat vermede, işe almada ve işten çıkarmada söz sahibi olduğundan ortada muvazaanın bulunduğu kabul edilmeli ve ihale ile iş alan işverenin işçilerinden ihale makamı, yani asıl işveren sorumlu tutulmalıdır⁵².

Ayrıca bir başka işverene bırakılan iş, İK. m.2/6 fıkrasındaki koşulları taşııyorsa asıl işveren alt işveren ilişkisi oluşmamaktadır. Bu halde iki ayrı işveren vardır ve bu ilişki muvazaalı bir ilişkidir. Örneğin asıl işverenden iş alan alt işveren işçilerini münhasıran aldığı işte çalıştırmıyorsa, İK. m.2/6 fıkrasındaki koşulları taşımadığından asıl işveren alt işveren ilişkisi oluşmamakta ve bu halde koşullara uymayan alt işverenlik ilişkisindeki alt işveren işçileri baştan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmaktadır. Bir işverenin başka bir işverenden iş alması, ancak münhasıran işçilerini o işyerinde çalıştırmaması hallerinde de, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir⁵³. İK.'nın sorumluluklarından kaçmak için kurulan bu tür bir alt işverenlik ilişkisinin geçerli bir şekilde doğduğu söylenemez. Bu durum da maddede sayılmayan muvazaalı hallere örnek olarak gösterilebilir.

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı her somut olayda kendi koşulları içerisinde değerlendirilmelidir. İK.'da sayılmayan muvazaalı

⁵² Mollamahmutoğlu, a.g.m., s.5-6.

⁵³ Mollamahmutoğlu, a.g.m., s.5.

hallerden olduğu iddia edilen durumların tespitinde bir takım ölçütler getirilmiş; ancak bu haller tek başına muvazaa nedeni sayılmamıştır. Her somut olay kendi içerisinde değerlendirilecektir. Örneğin aynı işverenin üst üste sürekli ihale kazanması, alt işverenin aldığı işteki uzmanlığı, işin yapımında kullandığı araç ve gereçlerin asıl işverenden sağlanması gibi ölçütler, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı sayılıp sayılmamasında dikkate alınacaktır⁵⁴.

Nitekim Yargıtay 9. HD. bir içtihadında "... Bir alt işven, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, asıl işveren başlangıçtan beri gerçek işveren olduğundan, feshin geçersizliği ve işe iade davasının tarafı asıl işveren olmalıdır. Alt işverenin bu anlamda işverenlik sıfatı bulunmadığından, taraf sıfatı bulunmayacaktır.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinin bulunduğu bir davada, her iki işverene birlikte açılması ve işverenler arasındaki ilişkide muvazaa bulunması halinde ise, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir⁵⁵ ." diyerek, alt işverenin belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olmasını, üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmesini muvazaanın tespitinde birer ölçüt olarak sıralamıştır.

⁵⁴ Kurtaran, a.g.e., s.110.

⁵⁵ Y. 9.HD., 14.09.2009 T., 2008/40117 E.-2009/22684 K(İlamin tam metni için bkz. Ek.).

3.1.4. Muvazaanın Hukuki Yaptırımı

4847 sayılı İK. m.2/f.7’de, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlamaları ve bu sınırlamalara aykırılığın hukuki yaptırımı hükme bağlanmıştır. Buna göre “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. (m.2/f.7-c.2)”

Madde hükmünden anlaşılan, kanundaki sınırlamalara aykırı olarak asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş ise, alt işverenin işçileri başından itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaklar ve asıl işverenin işçisi gibi işlem göreceklidir⁵⁶.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlamalarına aykırılığın hukuki yaptırımının düzenleniş sistemi biraz karışıktır⁵⁷. Sınırlamalara aykırılığın yaptırımının düzenlendiği f.7-c.2, aynı fıkranın birinci cümlesinde hükme bağlanan “Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşveren Tarafından Çalıştırılmaması” ve “Daha Önce Asıl İşverenin İşyerinde Çalışan Kimse İle Alt İşveren İlişkisi Kurulamaması” sınırlamalarından sonra gelerek ve “Aksi halde” sözcüğü kullanılarak başlaması karşısında, sanki ikinci cümlede düzenlenen yaptırımın sadece birinci cümlede özel olarak hükme bağlanan iki sınırlamanın hukuki yaptırımı gibi düşünülebilir. Ne var ki, bu hükmün uygun bir yoruma tabi tutulması gerektiği ortadadır⁵⁸. Uygun bir yorum ile “Aksi halde” sözcüğünden sonra gelen “ve genel olarak” sözcüğü ile diğer sınırlamalara aykırılığın da ikinci cümlede düzenlenen yaptırıma tabi olduğu

⁵⁶ Ayan, a.g.m., s.527; Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.52; ayrıca bkz. Y.9.HD. kararı “Somut uyumsuzlukta davacının davalı K. işyerinde asıl işte, davalının diğer işçileri ile birlikte çalıştığı ve davacının başlangıçtan beri davalı K. işçisi sayılması gerektiği ... anlaşılmaktadır. Kaldı ki davalılar arasındaki sözleşme bir işin verilmesinden çok, işçi teminine yöneliktir. Davalılar arasında muvazaalı işlem olduğu sabittir.”[Y. 9.HD., 26.06.2006 T., 2006/15117 E.- 2006/18653 K.(TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 20-21, Sayı 6-1, Mayıs-Ağustos 2007, s.127-129).]

⁵⁷ İş Yasası tasarısının TBMM’ye ilk sunulduğu metinde, 7. fıkra hükmünden sonra “Aksi durumlarda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılırlar.” Biçiminde 8. fıkra hükmü olarak yer almaktadır. Ancak görüşmeler sırasında verilen bir önerge ile düzenlemeler bu şeklini almıştır(Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, 22. Dönem, 1. Yasama Yılı, 44-47. Bileşim, S. 73, C. 7, s.173.)

⁵⁸ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.182.

söylenecektir. Zira hükümde sözü edilen “genel olarak” ifadesi, bu iki sınırlamanın dışında kalan diğer asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlamaları için kullanılmıştır⁵⁹.

Nitekim öğretide m.2/f.7-c.2'nin “Bu sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.” biçiminde anlaşılması gerektiği kanımızca isabetli olarak ifade edilmiştir⁶⁰.

İK.'da düzenlenen asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlamalarına aykırılığın hukuki yaptırımı, yani asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması hallerine ve de üçüncü cümlesinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği haline aykırılığın yaptırımını ikinci cümle hükmü oluşturmaktadır. Bu yaptırım ise alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmasıdır⁶¹. Diğer bir ifade ile bu kısıtlama hükümlerine aykırılık halinde sadece iş yasası bakımından bir geçersizlik söz konusu olacaktır. Ancak asıl işveren ile alt işveren arasındaki istisna, taşıma kira gibi sözleşmeler geçerli olmaya devam edeceklerdir⁶².

2. maddenin son fıkrası ile getirilen hukuki yaptırıma göre alt işveren işçileri, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren asıl işyerinin işçisi kabul edilecektir. Bunun sonucu olarak da sınırlamalara aykırı olarak kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisi olarak çalışan işçiler, asıl işverenin işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edileceklerdir. Asıl işveren işyerinde çalışan ve işçi sayısına dahil edilen alt işveren işçileri ise, asıl işverenin yasal yükümlülüklerinin tespitinde dikkate alınacaktır⁶³. Ayrıca başlangıçtan beri asıl işveren işçisi sayılacak olan alt işveren işçileri, asıl

⁵⁹ Çelik, a.g.e., s.52; Güzel, Alt İşveren Kavramı, s. 51-52.

⁶⁰ Çelik, a.g.e., s.52; Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.61.

⁶¹ 52; Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.62; Şahlanan, Yeni İş Kanunu, s.27; Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısı, s.67.

⁶² Ünsal, a.g.m., s.541.

⁶³ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.62; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.57.

işverenin daha önce kendi işçilerine yaptığı, ancak alt işverence kendilerine verilmeyen tüm işçilik haklarını da asıl işverenden talep edebileceklerdir⁶⁴.

1475 sayılı İK.'nın 1. maddesinin son fıkrasına düzenlenen asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverenin sorumluluğu haricinde asıl işveren alt işveren ilişkisindeki sınırlamalara değinilmemiştir. Dolayısıyla sınırlamalara aykırılığın hukuki yaptırımları da düzenlenmiş değildir⁶⁵.

3.2. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

3.2.1. Bireysel İş Hukuku Bakımından Doğan Uyuşmazlıklar

3.2.1.1. Alt İşverenin İşyeri Bağlamında Doğan Uyuşmazlıklar

Alt işveren, asıl işverenden iş almakla birlikte, kendi işi ve işçisi olan ayrı bir işverendir. Ayrı bir işveren olan alt işverenin de kendisine ait bir işyeri vardır. Ancak bu işyerinin asıl işverenden aldığı işin yapıldığı yer olması karşısında, alt işverene ait işyeri önem kazanmaktadır. Alt işverene ait işyerinin genellikle asıl işverenin işyerinin olduğu yere yakın olması ve bazen asıl işveren işyeri ile içiçe olması karşısında, alt işveren işyerinin ayrıca ele alınmasında fayda vardır. Zira alt işveren işyerinin asıl işveren işyerinden ayrı ve bağımsız bir işyeri olup olmadığı tartışmalara konu olmuş önemli bir sorundur⁶⁶.

İş Hukukunun yer itibari ile uygulama alanı işyeridir. İşçi ve işveren ilişkilerinde birçok konu ve kurum, işyeri esas alınarak düzenlenmiş olduğu gibi; asıl işveren ile alt işveren ilişkisinde de işverenlerin işlerini gördüğü yerlerin tespiti, hangi yükümlülüklerin hangi işverence yerine getirileceği

⁶⁴ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.62; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.38-39.

⁶⁵ Bkz. 46 vd.; Marangozoğlu, a.g.e., s. 9 vd.; İmer, a.g.e., s. 3 vd.; Aydemir, a.g.e., s.120 vd.; Canbolat, a.g.e., s.12 vd.; Akbulut, a.g.e., s.5 vd.; Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.44-45; Akyiğit, Şerh 1475, s.80 vd.; Tunçomağ, a.g.e., s.65; Özdemir B., s.3 vd.; Süzek, a.g.e., s.161 vd.

⁶⁶ Canbolat, a.g.e., s.41.

önem arz etmektedir. Zira İK.'nın uygulama alanının tespiti (m. 4), işyerini bildirme (m.3), işyerinin veya bir bölümünün devri (m.6), geçici iş ilişkisi (m.7) gibi birçok durumun yanı sıra, iş güvencesi uygulanacak işyerlerinde çalışan işçilerin sayısının tespitinde (m.18), kıdem süresinin hesaplanmasında (Geçici Madde 6, 1475 sayılı İK. m.14), toplu işten çıkarmalarda (m. 29), iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin işyerinde uygulanmasında(m.77) ve iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerine aykırılık halinde işyeri faaliyetlerinin durdurulmasında veya işyerinin kapatılmasına(m. 79), işyeri sağlık birimi kurma ve işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü bakımından (m. 81), özür, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma yükümlülüğü bakımından (m. 30), işin ve işyerinin denetiminde ve diğer yandan işkolunun tespitinde (SK. m.4), Toplu İş Sözleşmesinin kapsamının belirlenmesinde (TİSGLK. m. 3), grev oylamasının yapılması (TİSGLK. m. 35, 36), grev ve lokavt kararının alınması ve uygulanması gibi birçok hususta işyeri önem taşımaktadır⁶⁷.

Alt işveren, asıl işverenden aldığı yardımcı veya asıl işin bir bölümünü asıl işverene ait işyeri dışında, kendisine ait işyerinde yapabileceği gibi, bazı durumlarda alt işveren aldığı işi asıl işverene ait işyeri sınırlarında da yapabilmektedir. Bu durumda ise alt işveren işyerinin tespitinde zorluk yaşanmaktadır.

Sorunların çözümünde asıl işveren işyeri ile alt işveren işyerinin tespiti gerekmektedir. Asıl işverenin işini gördüğü yer ile alt işverenin işini gördüğü yer arasındaki ilişkiyi incelemeye başlamadan önce işyeri ve işletme kavramları üzerinde durmakta fayda vardır.

İşyerinin tanımı İK.'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yapılmıştır. Bu hükme göre “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.”

İK.'nın m.2/f.2'de “İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen

⁶⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.193-194; İmer, a.g.e., s. 63; Canbolat, a.g.e., s.41-42; Aydın, a.g.e., s.59-65.

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.” 3. fıkrasında “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” denilmektedir. Buna göre işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar işyerinden sayılmaktadır⁶⁸.

4857 sayılı İK.’da işletmenin tanımı ise verilmemiştir. Ancak SK.’da işveren vekilinin belirlenmesinde ve TİSGLK.’da işletme toplu iş sözleşmelerinde işletme kavramı önem arz etmektedir⁶⁹. Ancak işletme kavramının konumuz ile ilgili asıl olan önemi ise, işletmeye bağlı işyerlerinden birinin veya işletmenin faaliyet konusuna giren bir faaliyetin belirli bir bölümünün alt işverene verilmiş olduğu durumlarda ortaya çıkar.

İşletme kavramı, işyerine oranla daha geniş ve ekonomik anlamda örgütlenmiş bir birimi ifade etmektedir. İşyeri kavramının geçtiği her yasa hükmü, aslında işletmeyi de kısmen de olsa ilgilendirmektedir⁷⁰. İşletme ekonomik bir amacın gerçekleşmesi için, aynı işverene ait bir ya da birden fazla işyerinin örgütlendiği bir bütündür⁷¹.

İşletme ve işyeri kavramlarının birbirlerinden ayrıt edilmesini sağlayan en önemli nokta "amaç" yönünden ortaya çıkmakta olup, işyerinde teknik (mal ve hizmet üretimine yönelik) bir amaç varken; işletmede ekonomik, diğer bir ifade ile kâr sağlama amacı vardır. Diğer yandan işyeri işletmeye göre daha dar kapsamlıdır. İşletme ise bünyesinde birden çok işyerini barındırabileceği gibi tek bir işyerini de barındırabilir⁷².

⁶⁸ Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.90 vd., Canbolat, a.g.e., s.45 vd.; İmer, a.g.e., s.67 vd.; Çelik, a.g.e., s.54 vd.

⁶⁹ SK. m. 2’ye göre işveren sayılan gerçek veya tüzel kişiler veya tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin veya işyerinin bütününe yönetmeye yetkili olanlar işveren vekili sayılmaktadır. TİSGLK. m.3’e göre bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir ve bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denilmektedir(İmer, a.g.e., s. 73-75; Canbolat, a.g.e., s.50-51; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.150-151; Çelik, a.g.e., s.62.).

⁷⁰ Aydın, a.g.e., s.72.

⁷¹ İmer, a.g.e., s.75.

⁷² İmer, a.g.e., s.75; Çelik, a.g.e., s.62.

Alt işverene ait işyerini belirlenmesi hem Bireysel İş hukuku hem de Toplu İş Hukuku bakımından önem arzeder. Zira asıl işveren, asıl işveren alt işveren ilişkisinde, alt işverenin işçilerine karşı işyeri ile ilgili olarak kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olmaktadır(m.2/f.6-c.son). Alt işverenin işyerinin belirlenmesinin Toplu İş hukuku bakımından önemi ise işkolunun tespiti, sendika kurma ve sendikaya üye olma, toplu iş sözleşmesinden faydalanma, grev ve lokavt durumlarında önemlidir⁷³.

Alt işverenin işyerinin belirlenmesinde iki görüş vardır. Birinci görüşe göre alt işverenin asıl işverenden aldığı işi yaptığı ve bu işin yapımında kendi işçilerini kullandığı yer, asıl işverenin işyerinden ayrı, diğer bir ifade ile asıl işverenin işyerinden bağımsız bir işyeridir.

Diğer bir görüşe göre ise alt işverenin kendi işçilerini çalıştırarak iş gördüğü yer, asıl işverenin işyerinden bağımsız değil, asıl işverenin işyeri ile aynı işyeridir⁷⁴.

Kanımızca alt işverenin işyerinin tespitinde her şeyden önce işyerinin tanımına uygun olarak, işin görüldüğü yerde mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlenip örgütlenmediğine bakılması yeterli olacaktır⁷⁵. İşin görüldüğü yerde alt işveren kendi işçilerini çalıştırıyor ve maddi olan ve olmayan unsurlar ile birlikte o yerde mal veya hizmet üretiyorsa; işin görüldüğü o yer alt işverenin işyeridir. Üretilen malın veya verilen hizmetin sözleşme gereği asıl işverene yapılıp yapılmaması kanımızca önemli değildir. Önemli olan işin görüldüğü yerde alt işverenin kendi işçileri ile mal veya hizmet üretmesidir.

Diğer taraftan alt işverenin asıl işverenden ayrı ve bağımsız bir işveren olduğu dikkate alındığında alt işverenin işini gördüğü yerin, alt işverene ait işyeri olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. 4857 sayılı İK. m.3/f.2 ile getirilen işyerini bildirme yükümlülüğüne ilişkin “Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet

⁷³ İmer, a.g.e., s.76; Canbolat, a.g.e., s.42.

⁷⁴ Şen, Alt İşverenlik, s.94.

⁷⁵ Canbolat, a.g.e., s.53.

üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür.” hükmü de dikkate alındığında⁷⁶, alt işverenin asıl işverenden aldığı işi gördüğü yer, asıl işveren işyerinden ayrı ve bağımsız bir işyeridir.

Kanımızca alt işverenin işini yaptığı yer ile asıl işverenin işyeri arasında teknik bakımdan bağıllık olsun ya da olmasın; 4857 sayılı İK.’nın alt işverene ilişkin getirdiği yeni hükümler karşısında alt işverenin iş gördüğü yer asıl işverenin işyerinden ayrı ve bağımsız bir işyeri sayılacaktır⁷⁷. Asıl işveren ve alt işverene ait yerlerde görülen işler, teknik bakımdan birbirine ne derecede bağlı olursa olsun, bu yerler aynı işyeri sayılamaz⁷⁸.

Alt işveren işini gördüğü yerin asıl işveren işyerinden ayrı ve bağımsız bir işyeri olmadığına kabulü halinde ise, asıl işverenden ayrı ve bağımsız bir işveren olan, kendi işçisini çalıştıran ve ÇŞGB.’na bildirim yükümlülüğü olan bir işveren olan alt işverenin işyeri ile ilgili yükümlülükler ve sorumluluklara tabi olmaması gibi bir durum ile karşı karşıya kalınır ki, bu durum İK. hükümleri karşısında da mümkün değildir.

3.2.1.2. Asıl İşverenin Sorumluluğu Bağlamında Doğan Uyuşmazlıklar

Asıl işveren, alt işverene mal veya hizmet üretiminde yardımcı işi veya asıl işin bir bölümünü devreden işverendir. Asıl işveren alt işverene işi devretse de kendi de işçi çalıştırmakta olduğundan, kendi işçilerine karşı öncelikle sorumlu olacaktır. Diğer yandan asıl işveren ilişki kurduğu alt işverenin işçilerine karşı da alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır⁷⁹.

⁷⁶ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.164-165.

⁷⁷ Farklı görüş için bkz. İmer, a.g.e., s.79-80.

⁷⁸ Canbolat, a.g.e., s.53.

⁷⁹ Canbolat, a.g.e., s.64.

3.2.1.2.1. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

4857 sayılı İK. m.2/f.6-c.2'ye göre “Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.⁸⁰” Burada bahsedilen “birlikte sorumluluk”tan kasıt, asıl işverenin alt işveren yanında sorumlu olduğudur. Diğer bir ifade ile asıl işverenin sorumluluğu müteselsil sorumluluktur. Bu sorumluluğun BK. m. 50 ve m. 51 anlamında müteselsil sorumluluk olduğu hususunda öğreti ve uygulamada görüş birliği vardır⁸¹.

Ayrıca bu sorumluluk hukuki sorumluluktur. Asıl işverenin cezai sorumluluğu bu madde ile düzenlenmiş değildir. Kaldı ki cezai sorumluluğun temel prensibi olan “cezaların kişiselliği” prensibine göre de asıl işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir⁸².

Müteselsil sorumluluğun anlamı, alt işveren işçisinin o işyeri ile ilgili olarak İK.'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını asıl işverenden veya alt işverenden talep edebilmeleri anlamına gelir. Burada alt işveren işçisinin haklarını talep etmesi bakımından, alt işveren işçisine sorumluluğun niteliği gereği seçimlik hakkı tanınmıştır.

Buna göre alt işveren işçisi isterse önce asıl işverenden, isterse alt işverenden haklarının verilmesini talep edebileceği gibi, sadece asıl işverene veya sadece alt işverene başvurarak da haklarını talep edebilir. Müteselsil

⁸⁰ “....Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin madde şartlarına göre doğmuş olmasının en önemli sonucu her iki işverenin, alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumlu olmalarıdır. Bu sorumluluk, alt işverenin işçisinin o işyeriyle ve orada çalıştığı süreyle sınırlı olup, alt işverenin işçilerinin İş Kanunundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kapsamaktadır. Mevcut düzenlemede toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden söz edilmemekle beraber, yargı kararlarında ve doktrinde benimsenmiş bu yükümlülük maddede açıkça düzenlenmiştir.” denilmektedir(4847 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi).

⁸¹ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s. 51-55; Çenbersi, a.g.e., s.120-121; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.174; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.58; Günay, İş Hukuku Dersleri, s.67; Sümer, a.g.e., s.19; Arslanoğlu, a.g.e., s.128; ayrıca bkz. Yargıtay kararı “... Kanunun kullandığı ‘birlikte sorumluluk’ deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.”[Y.9.HD., 05.10.2009 T., 2008/43245 E.- 2009/25694 K.(YKD., C.36, S.1, Ocak 2010, s.47-50]

⁸² İmer, a.g.e., s.51.

sorumluluğun özelliği gereği alt işveren işçisi verilmeyen haklarını dava ile talep ederse, bu davada davalı olarak sadece asıl işveren veya alt işvereni hasım gösterebileceği gibi, hem asıl işveren hem de alt işvereni de hasım gösterebilir. Müteselsil sorumluluk gereği alt işveren işçisinin hakları asıl işveren tarafından ödendi ise alt işverenin, alt işveren tarafından ödendi ise asıl işverenin işçiye karşı sorumluluğu sona erer⁸³. Ayrıca müteselsil sorumluluk gereği asıl işverenin ödediği miktarlar itibari ise alt işverene rücu hakkı da bulunmaktadır⁸⁴.

Kanunla düzenlenen asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, emredici nitelikte bir düzenlemedir. Asıl işveren ve alt işveren aralarında yaptıkları Alt Taşeronluk Sözleşmesi'ne veya bu nitelikteki sözleşmelere veyahut asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulduktan sonra ayrı bir sözleşme yaparak bu sözleşmeye asıl işverenin sorumsuzluğuna ilişkin herhangi bir hüküm koymaları mümkündür. Ancak yukarıda bahsedilen bu sözleşmelerdeki sorumsuzluk hükmü asıl işveren ile alt işveren arasındaki iç ilişkide geçerlidir. Yoksa bu sözleşmeler alt işveren işçilerini bağlamaz. Zira emredici nitelikteki asıl işverenin birlikte sorumluluğuna ilişkin düzenleme, taraf iradeleri ile alt işveren işçileri aleyhine değiştirilemez⁸⁵.

3.2.1.2.2. Sorumluluğun Kapsamı

İK. m.2/f.6'ya göre, asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İK.'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuş; böylece, alt işveren işçilerinin bu işverenlerinden olan ücret ve diğer haklarını güvenceye kavuşturulmak istenmiştir⁸⁶.

⁸³ İmer, a.g.e., s.50.

⁸⁴ Canbolat, a.g.e., s.75; İmer, a.g.e., s.55.

⁸⁵ Canbolat, a.g.e., s.71-72; İmer, a.g.e., s. 52-53.

⁸⁶ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.54.

Güvenceye kavuşturulan bu sorumluluğun kapsamı m.2/f.6'da hükme bağlanmıştır. Buna göre sorumluluğun kapsamına İK.'dan doğan yükümlülükler, iş sözleşmesinden doğan yükümlülükler ve toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülükler girmektedir.

4857 sayılı İK., alt işveren işçileri için, ayrı bir toplu iş sözleşmesinin yapılmasını açıkça öngörmüştür. Buna göre, asıl işveren, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır⁸⁷.

Asıl işverenin sorumluluğunun İK., iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumluluğuna ilişkin sınırlamalar yanında diğer bir sınırlama da, alt işveren işçisinin isteyebileceği miktar ile ilgilidir. Alt işveren işçisi asıl işverenin birlikte sorumluluğu kapsamında asıl işverenden isteyebileceği miktar, kendi işvereni olan alt işverenden isteyebileceği miktar ile de sınırlandırılmıştır. Yoksa alt işveren işçisi sınırsız miktarlar ile asıl işvereni sorumlu tutamamaktadır⁸⁸.

3.2.1.3. İşe İade Davası Bakımından Doğan Uyuşmazlıklar

3.2.1.3.1. Genel Olarak

İş güvencesi kapsamında gerekli olan işçi sayısının hesabında alt işveren işçilerinin ve asıl işveren işçilerinin durumu, alt işveren işçisinin asıl işveren yanında geçirdiği çalışma süreleri veya asıl işveren işçisinin alt işveren yanında geçirdiği çalışma süreleri, açılacak işe iade davasında asıl işverene husumet tevcih edilip edilemeyeceği, işe iade halinde asıl işveren ve alt işverenin sorumluluğu gibi hususlar, bireysel iş hukuku bakımından karşımıza çıkabilecek sorunlardır.

⁸⁷ Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.55.

⁸⁸ Canbolat, a.g.e., s.72.

Yaşanılan sorunlara değinmeden önce genel olarak iş güvencesi ve işe iade davalarına değinmekte fayda vardır:

4847 sayılı İK.'nın "Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması" başlıklı 18. maddesine göre "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."

18. madde hükmüne göre bazı işçiler iş güvencesinden faydalanmaktadır. İş güvencesi kapsamına giren bir işçinin iş akdi feshedileceği zaman; işveren, mutlaka geçerli bir sebebe dayanmak durumundadır⁸⁹. Bu geçerli neden ise İK.'ya göre "işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden" kaynaklanması gerekmektedir⁹⁰.

Bir işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için, öncelikle yanında çalıştırdığı işverenin işyerinde en az 30 işçi çalıştırması ve iş sözleşmesi feshedilecek işçinin en az altı aydır o işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışıyor olması gerekmektedir. En az 30 işçi çalıştırmaya ilişkin yasa hükmü nisbi emredici niteliktedir. Bu nedenle iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmelerinde iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartı olan 30 işçi çalıştırma hükmünü, işçiler lehine olarak değiştirmek mümkündür. Bu durumda iş güvencesi kapsamına girecek işyerlerini belirlerken 30 işçiden daha az işçi çalıştırma şartının sözleşmelerle getirilebilmesi mümkündür⁹¹. En az altı ay kıdemi olan ve çalıştığı işverenin en az 30 işçisi olan bir işveren

⁸⁹ 4847 sayılı İK.'nın 18. maddenin 3. fıkrasına göre; "a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak. b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak. c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak. d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek. f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık." geçerli neden sayılmamaktadır.

⁹⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.724 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.156-158; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.195, 196; Günay, İş Hukuku Dersleri, s.126-128; Çelik, a.g.e., s.203-208.

⁹¹ Osman Güven Çankaya, Cevdet İlhan Günay, Seracettin Göktaş Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.173.

işçisinin, iş sözleşmesinin feshedebilmesi için işverenin mutlaka geçerli bir sebebe dayanması gerekir⁹².

Geçerli bir sebep göstermeksizin çalıştırdığı işçinin iş sözleşmesini feshetme tekeli elinde tutmak isteyen kimi işverenler, alt işverenlik kurumunu kötüye kullanarak işçileri iş güvencesi kapsamında çıkarma yolunu seçmektedirler. Örneğin, 40 işçi çalıştıran bir işveren 6 aydan beri çalıştırdığı bir işçisinin iş sözleşmesini feshetmek isterse, sadece kıdem ve ihbar tazminatı ödeyerek iş sözleşmesine son veremeyecek; feshedebilmek için mutlaka geçerli bir sebebe dayanacaktır. Bu geçerli sebep ise işverenin kendisinin belirlediği bir neden olmayacaktır. Kanunun öngördüğü anlamda geçerli bir sebebe dayanmayan işveren, iş güvencesine giren işçinin iş sözleşmesini feshettiğinde, iş sözleşmesi feshedilen işçi, 4857 sayılı İK.'nın kendisine iş güvencesi kapsamında tanıdığı haklardan faydalanabilecektir. Bu kapsamda işe iade davası açabilecek ve işe tekrar dönebilecektir. İşe iade kararına karşın işe iade edilmeyen işçi ise işverenden iş güvencesi tazminatı adı altında bir tazminat alacaktır⁹³.

İşte bu tür sınırlamalara tabi olmaksızın işçinin iş sözleşmesini feshetmek isteyen bir işveren, yukarıdaki örnekte 40 işçi çalıştıran bir işveren, alt işverenlik kurumunu kötüye kullanarak ihtiyacı olan işçilerin 15 tanesini alt işveren aracılığı ile çalıştırarak kendi işçilerinin sayısını 25'e düşürerek bu işçilerin iş güvencesinden yararlanmalarının önüne geçebilme yolunu deneyebilecektir. Görüldüğü üzere alt işverenlik kurumunu iyi niyetli olarak kullanan işverenler yanında, bu kurumu İK. ve diğer kanunların getirdiği yükümlülüklerden kaçmak için kullanan işverenlere de sıkça rastlanabilmektedir. İşte bu başlık altında işe güvencesi ve işe iade davası bakımından alt işverenlik uygulaması sırasına yaşanan sorunlara değinilecektir.

⁹² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 709 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.153-155; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s. 195; Günay, İş Hukuku Dersleri, s.121-124; Çelik, a.g.e., s.198-203; Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e., s.173.

⁹³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.765 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, a.g.e., s.165-168; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.197-198; Günay, İş Hukuku Dersleri, s.128-133; Çelik, a.g.e., s.218-220.

3.2.1.3.2. İşçi Sayısının Hesabında Asıl İşveren Ve Alt İşveren İşçilerinin Durumu

İş güvencesi kapsamında açılacak işe iade davalarında İK. m. 18, işyerinde otuz veya daha fazla işçinin çalıştırılmasını önkoşul olarak aramaktadır.

Otuz işçinin hesabında acaba asıl işveren ve alt işveren işçileri hesaba birlikte mi katılacaktır? Buna olumlu cevap vermek mümkün değildir. Zira otuz işçi sayısının hesabında sadece asıl işverenin veya alt işverenin işyerinde çalışan işçiler ayrı ayrı hesaba katılacaktır. Asıl işverenin işçi sayısı hesaplanırken, alt işveren işçileri dikkate alınmayacak; alt işverenin işçi sayısı hesaplanırken de asıl işveren işçileri hesaba katılmayacaktır. Nitekim Yargıtay bir kararında "... Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar." diyerek, asıl işveren işçi sayısının hesabında alt işveren işçisinin dikkate alınmayacağını ifade etmiştir⁹⁴.

Peki otuz işçiden fazla işçi çalıştıran bir işveren iş güvencesi hükümlerinden kaçış yolu olarak, işçilerinden bir kısmının alt işveren işçisi gibi gösterse ve işçi sayısını otuz işçinin altına düşürse, iş güvencesi hükümleri bu işveren için uygulanmayacak mıdır? Buna da olumlu cevap vermek mümkün değildir. Zira bu durumda asıl işveren ve alt işveren arasında muvazaalı, hukuka aykırı bir ilişki kurulmuş olduğundan; yasa

⁹⁴ Bkz. Y.9.HD., 31.03.2008 T., 2007/29950 E.-2008/7008 K. (TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.21, S.4, Mayıs 2008, s.88 vd.).

gereği asıl işveren alt işveren ilişkisi hükümsüz sayılacak ve alt işveren işçileri gerçek(asıl) işverenin işçileri sayılacaktır⁹⁵. Bu durumda da otuz işçinin hesabında, asıl işveren işçileri ile birlikte muvazaalı kurulan ilişki ile alt işverenin yanında çalışan alt işveren işçileri de dikkate alınacaktır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi bakımından getirilen yasal sınırlamalara aykırı olarak ilişki kurulmuş olması durumunda asıl işveren veya alt işveren işçilerinin durumu ne olacaktır? Örneğin, asıl işveren işçileri alt işveren tarafından işe alınmışsa veya asıl işveren daha önce kendi işyerinde çalışan kimse ile alt işveren ilişkisi kurmuşsa veya asıl iş bölünerek alt işverene verilmişse ne olacaktır? Bu durumda hukuka aykırılığın yaptırımını olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilecek ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır(m.2/f.7-c.2).

Yasanın bu hükmünden anlaşılan, kanundaki sınırlamalara aykırı olarak asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş ise, alt işverenin işçileri başından itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaklar ve asıl işverenin işçisi gibi işlem göreceklidir⁹⁶. Bu durumda ise otuz işçinin hesabında muvazaalı kurulan ilişki ile alt işveren yanında çalışan işçilerin de asıl işverenin çalıştırdığı işçi sayısına dahil edilmesi sonucunu doğuracaktır⁹⁷.

⁹⁵ Y.9.HD., 06/02/2006 T., 2005/17213 E.- 2006/2266 K.(Bkz. Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.76.).

⁹⁶ Ayan, a.g.m., s.527; Güzel, Alt İşveren Kavramı, s.52.

⁹⁷ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesine uygun olarak kurulan, bir başka anlatımla yardımcı işin veya işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümünün verildiği asıl işveren alt işveren ilişkisinde, işyerinde çalışan alt işveren işçilerinin asıl işveren işçisi olarak 30 işçi sayısına dahil edilmeleri olanağı yoktur. Ancak buna aykırı bir alt asıl işveren ilişkisi olduğu ve alt işveren işçileri aynı maddenin 7. fıkrası uyarınca başlangıçtan beri asıl işveren işçileri sayıldığı takdirde, alt işveren işçileri 30 işçi sayısında dikkate alınmalıdır.[Bkz. Y.9.HD., 24.09.2007 T., 2007/13965 E., 2007/27703 K. sayılı ilamı(Çalışma ve Toplum, Sayı 16, s.238-239, <http://www.calismatoplum.orgsayi16abc9daire22.pdf> 22).]

3.2.1.3.3. İşçi Kıdeminin Hesabında Asıl İşveren Ve Alt İşveren İşçilerinin Durumu

Öncelikle belirtmek gerekir ki, asıl işveren ve alt işveren işyerleri ve işçileri ile birbirinden bağımsız iki ayrı işverendir. Bu durumda alt işveren işçisinin asıl işveren yanında çalışması veya asıl işveren işçisinin alt işveren yanında çalışması gibi bir durumun söz konusu olmaması gerekir.

Ancak alt işveren daha önce asıl işveren yanında çalışan bir kimse ise ve asıl işveren bu kimse ile alt işverenlik ilişkisi kurmuşsa veya asıl işveren işçileri alt işveren tarafından işe alınmışsa iş güvencesi hükümleri bakımından altı aylık kıdemin hesabında durum ne olacaktır? Burada da bir üst başlıkta işçi sayısı için söylenenler geçerli olacaktır. Asıl işveren işçilerinin alt işveren yanında çalışması veya asıl işverenin kendi işyerinde çalışan bir kimse işle alt işverenlik ilişkisi kurması mümkün olmadığından ve bu durum yasa ile sınırlandırıldığından; asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki muvazaalı sayılacaktır. Bunun sonucunda ise kanaatimizce muvazaalı kurulan ilişki ile alt işveren yanında çalışan işçiler baştan beri asıl işveren işçisi sayılacak ve alt işverenin yanında geçirdiği çalışma süreleri de sanki asıl işveren yanında çalışıyormuş gibi dikkate alınarak hesaplanacaktır⁹⁸.

3.2.1.3.4 Açılacak İşe İade Davasında Asıl İşverene Husumet Tescil Edilip Edilemeyeceği

Alt işveren işçisinin açacağı işe iade davalarında alt işveren tek başına dava edilebileceği gibi, alt işverenle birlikte asıl işveren de dava edilebilecektir. Ancak asıl işveren alt işverenden ayrı olarak ve tek başına dava edilemeyecektir ve ayrıca asıl işverenin alt işverenle birlikte dava edilebilmesi için yasanın öngördüğü anlamda geçerli bir asıl işveren alt

⁹⁸ Y.9.HD., 06/02/2006 T., 2005/17213 E.- 2006/2266 K.(Bkz. Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.76.).

işveren ilişkisinin bulunması gerekecektir⁹⁹. Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki sona erdikten sonra fesh durumunda işe iade davasının tek başına alt işverene açılması gerekir¹⁰⁰.

Acaba asıl işveren alt işveren ilişkisi devam ederken alt işveren işçisinin iş akdi feshedilmişse, fakat işe iade davası açılacağı anda asıl işveren alt işveren ilişkisi sona ermişse ne olacaktır? Kanımızca iş akdinin feshedildiği andaki duruma bakmak ve asıl işveren alt işveren ilişkisi fesh anında devam etmekte ise, işe iade davasının alt işverene birlikte asıl işverene de açılabilmesi isabetli olacaktır¹⁰¹. Zira böylece alt işverene göre maddi yönden daha güçlü olan asıl işverenin de sorumluluğuna gidilebileceğinden, işçi daha çok koruma altında olacaktır.

3.2.1.3.5. İşe İade Halinde Asıl İşveren Ve Alt İşverenin Sorumluluğu

İşe iade davası yukarıda da değinildiği üzere ya sadece tek başına alt işverene veya alt işverene birlikte asıl işverene açılabilir. İşe iade davasının mahkemece kabulü halinde, acaba işe iade yükümlülüğü kime aittir? İş akdi geçersiz fesh edilen ve açtığı dava sonunda işe aide edilen alt işveren işçisinin işe iade başvurusunun kabul edilmemesi halinde, işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen dört aylık ücret borcu kime aittir?

Alt işverene birlikte asıl işverene de açılan ve kabul edilen işe iade davalarında, iade yükümlülüğü alt işverene aittir. Bu nedenle işe iade kararı üzerine süresinde asıl işverene yapılan başvuru geçerli bir başvuru sayılmayacak ve ne asıl işverenin ne de alt işverenin işe iade yükümlülüğü

⁹⁹ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.71,

¹⁰⁰ Y.9.HD., 17/02/2005 T., 2005/3257-4494 E.-K.(Bkz. Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.71.).

¹⁰¹ Ancak Çankaya, Çil, boşa geçen sürelerle ilişkin 4 aylık ücret ödeme sorumluluğunun doğum anı olan işe iade başvuru tarihinde ve işe başlatmama tazminatı bakımından da işe iade talebine karşın işe iade için öngörülen sürenin sonunda, asıl işveren alt işveren ilişkisi sona ermişse 4 aylık ücretten ve işe başlatmama tazminatından asıl işverenin sorumlu tutulamayacağı kanaatindedir(Bkz. Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.75). Ancak bu hususlarda Yargıtay kararı olmadığı gibi, öğretide de yeterince tartışılmamıştır.

olacaktır¹⁰². Zira iş akdi geçersiz feshedilen işçi, asıl işverenin işçisi değil, alt işveren işçisidir ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Bu tür bir sorunun ortaya çıkmaması için, mahkeme kararında işe iade yükümlüsü alt işverene başvuru yapılacağına açıkça belirtilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

İşe iade talebinin kabul edilmemesi halinde, asıl işveren, işe başlatmama tazminatı ile ödenemeyen 4 aylık ücret borcundan alt işveren ile birlikte sorumludur¹⁰³. Alt işveren işçisi olmasına karşın akdin feshedilmesini asıl işveren alt işverenden istemişse ve alt işveren asıl işverenin etkisi ile işçinin iş akdini feshetmişse, işe iade davası sonunda asıl işveren hakkında işe iade kararı verilebilecek midir? Yargıtay kararlarına göre buna olumlu cevap vermek mümkün değildir. Akdin feshinde asıl işveren etkili de olsa işe iade kararı sadece ve sadece alt işveren hakkında verilebilir¹⁰⁴. Asıl işverenin sorumluluğu ancak işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen sürelerle ilişkin 4 aylık ücret ödenmesidir.

İş akdi feshedilen işçi, açacağı işe iade davasını alt işverenle birlikte asıl işvereni de hasım gösterebileceği gibi, alt işvereni tek başına da hasım gösterebilir. Alt işverenin tek başına dava edilmesi ve davanın kabul edilmesi halinde, işe iade başvurusuna karşın alınmayan işçiye ödenecek olan işe başlatmama tazminatı ile 4 aylık ücret ödemesinden acaba asıl işveren sorumlu tutulabilecek midir?

Kanımızca işçinin asıl işverenden işe başlatmama tazminatını ve 4 aylık ücretini talep etmesinde bir engel bulunmamaktadır. Ancak asıl işveren işe iade davasında hasım gösterilmediğinden, mahkeme kararında işe başlatılmama halinde işe başlatmama tazminatından ve 4 aylık ücret ödemediği sorumlu olmadığını söyleyebilecektir. Ancak bu durumda dahi kanımızca asıl işverene dava açılmaması asıl işverenin yasadan kaynaklanan birlikte sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır¹⁰⁵. Sadece işe

¹⁰² Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.73.

¹⁰³ Y.9.HD., 15/03/2005 T., 2005/4783-8577 E.-K.(Bkz. Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.71.).

¹⁰⁴ Y.9.HD., 02/05/2005 T., 2004/31881 E. 2005/15110 K.(Bkz. Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.71.).

¹⁰⁵ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.71.

iade kararı alan ve başvurusuna karşın işe iade edilmeyen işçinin, işe başlatmama tazminatı ve ödenmeyen ücretini ilamlı icra yolu ile asıl işverenden talep edemeyeceği anlamına gelebileceği kanaatindeyiz.

İşe iade davası sonuçlandıktan sonra asıl işveren ile davanın tarafı alt işveren arasındaki ilişki sona ermiş ve başka bir alt işverenle alt işverenlik ilişkisi kurulmuş ve önceki alt işveren tüm işçileri ile birlikte o işyerinden ayrılarak başka bir işyerinde çalışıyorsa, hakkında işe iade kararı verilen alt işverenin o işyerinde işçiyi işe iade etmesi mümkün olmayacaktır. Zira artık o işyeri davanın tarafı alt işverene ait değildir. O işyeri artık başka bir alt işverene aittir. Bu durumda alt işveren işçiye –kabul etmesi şartıyla- varsa yeni taşındığı işyerinde işe iade etmeyi teklif edebilir. Ancak bu teklifi işçinin kabul etme zorunluluğu yoktur. Zira bu teklif iş akdinin esaslı unsurlarında değişiklik ve iş koşullarını ağırlaştırma anlamına gelebilmektedir. Fakat iş koşullarını ağırlaştırmaması koşuluyla veya işçinin yeni işyerinde çalışmayı kabul ederek başka bir işyerinde işe başlatılması halinde, işe iade kararının yerine getirildiği kabul edilmelidir¹⁰⁶. Dava açan işçinin işyerinde iş alan yeni alt işverenin ve asıl işverenin ise işe iade yükümlülüğü bulunmadığından; işçiyi aynı işyerinde işe iade etmeleri gibi bir durum söz konusu olmayacaktır.

Aynı işyerindeki işin başka bir alt işverene verilmesinin İK. m.6 anlamında işyeri devri niteliğinde olmadığı görüşünde olan yazarlarımıza göre yeni alt işverenin işe iade yükümlülüğünden söz edilemez¹⁰⁷. İşçi mutlaka davanın tarafı olan önceki işverene başvurmalıdır. Ancak uygulamada önceki alt işveren işçilerinin tümü ile yeni alt işveren yanında ve aynı işyerinde işe devam ettikleri görülmektedir. Bu durumda ise bu uygulamanın iki alt işveren arasında örtülü bir hukuki işlem niteliğinde olduğu ve işyeri devri anlamına geldiği görüşünde olan yazarlarımıza göre, bu durumda işyeri devri halinde nasıl iş akdi devam ediyorsa işe iade davası kabul edilen işçi ile yeni alt işveren arasında da iş akdinin devam etmektedir

¹⁰⁶ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.76.

¹⁰⁷ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.74.

ve işyerini devralan yeni alt işverenin işe iade ile yükümlü olacaktır¹⁰⁸. Ancak buna uygulamada daha çok kamu işverenleri tarafından ihale ile iş verilmesinde rastlanılmaktadır. İhale ile asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuşsa, bunun örtülü bir hukuki işlem sayılması ve işyeri devri anlamına gelmeyeceği kanaatindeyiz. Zira kamu hukukundan kaynaklanan bir alt işveren değişikliği söz konusudur. Burada iki alt işveren arasında bir anlaşma ya da örtülü bir hukuki işlem yoktur. Bu durumda ise yeni alt işverenin işe iade ile yükümlü olmayacağı kanaatindeyiz.

Nihayet asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverenin değişmesine de değinmek gerekir. İK. m.6'da asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverenin işyeri devrine ilişkin bir hüküm yoktur. Ancak 1. fıkraya göre "... mevcut iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla devralana ..." geçeceğinden, alt işverenlik ilişkisi devralan işveren ile devam edecektir. İK. m.6'da işyerini devreden işveren devralan işverenle birlikte 2 yıl daha sorumlu olacaktır. Ancak bu sorumluluk devir anındaki doğmuş borçları kapsamaktadır. Bu nedenle devir anında doğmamış olan işe başlatmama ve 4 aylık ücret ödemeden devreden işveren sorumlu olmayacaktır¹⁰⁹.

3.2.2. Toplu İş Hukuku Bakımından Doğan Uyuşmazlıklar

3.2.2.1. Alt İşveren Ve İşçilerinin Sendika Kurma Ve Sendikaya Üye Olmaları Bakımından

3.2.2.1.1. Genel Olarak

İşçilerin ve işverenlerin sendika kurma ve sendikaya üye olmaları ve üyelikten ayrılımları Anayasal güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 51. maddesinin ilk fıkrasına göre "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma

¹⁰⁸ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.74.

¹⁰⁹ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.76.

ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” 2821 Sayılı SK.’nın 6. maddesinin ilk fıkrasına göre de “Sendika ve konfederasyonlar önceden izin almaksızın kurulabilir.”

Anayasa ile güvence altına alınan sendika kurma, sendikaya üye olma ve sendika üyeliğinden serbestçe çekilme haklarına tüm işçiler sahiptir. Buna göre nasıl ki asıl işveren işçileri çalıştığı işyerinin girdiği işkolunda sendika kurabiliyorlar, kurulu bulunan İşçi Sendikalarına serbestçe üye olabiliyor ve serbestçe sendika üyeliğinden çekilebiliyorlar ise; alt işveren işçileri de sendika kurabilir, kurulu bulunan sendikaya üye olabilir ve üye olduğu sendikanın üyeliğinden serbestçe ayrılabilirler¹¹⁰.

Buna karşın Toplu İş mevzuatımızda alt işverenlik ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa ki, toplu iş hukuku ile ilgili alt işverenlik kurumu ile ilgili önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Toplu iş mevzuatında herhangi bir düzenleme olmaması nedeni ile de bu sorunlar Yargıtay içtihatları ile çözülmeye çalışılmaktadır.

Bu başlık altında alt işveren ve işçilerinin sendika kurmaları ve sendikaya üye olmaları incelenecektir.

3.2.2.1.2. Alt İşveren Ve İşçilerinin Sendika Kurmaları

Hem işverenler hem de işçiler önceden izin almaksızın sendika kurma hakkına sahiptirler. İşveren ve işçilerin bu hakkı sendika yanında sendika üst kuruluşları için de geçerlidir. SK.’ya göre işçi ve işveren sendikaları işkolu esasına göre kurulmaktadır(m.3). Buna göre sendika kurmak isteyen

¹¹⁰ İmer, a.g.e., s. 99; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.238 vd., Canbolat, a.g.e., s.81-83.

işveren¹¹¹ ve işçiler, o işyerinde yürütülen işin girdiği işkolunda faaliyette bulunmak üzere sendika kurabileceklerdir¹¹².

Sendika kurmak için işveren veya işçinin bir araya gelmesi gerekir. SK.'da bu sayıya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu konuda Dernekler Kanunu'na bakılmaktadır. DK. m.1'e göre dernek kurmak için 7 kişi gerektiği hükmü kıyas yolu ile uygulanmaktadır. Buna göre sendika kurma için de en az 7 işveren veya işçinin bir araya gelmesi gerekmektedir¹¹³.

Yukarıda belirtilen şartlar hem alt işveren hem de alt işveren işçileri için geçerli şartlardır. Buna göre alt işveren işçileri çalıştıkları işyerinin girdiği işkolunda sendika kurabileceklerdir. Bunun için en az yedi alt işveren işçisinin bir araya gelmesi gerekli ve yeterlidir. Alt işveren de aslında bir işveren olarak faaliyette bulunduğu işkolunda en az 7 işverenle bir araya gelmek koşulu ile sendika kurabileceklerdir.

Burada şunu da ifade edelim ki, alt işverenlerin sendika kurması için gerekli olan 7 işverenin hepsinin alt işveren olması şart değildir. Alt işverenler de bir işveren olarak asıl işverenlerle bir araya gelerek sendika kurabileceklerdir¹¹⁴. Örneğin, inşaat işkolunda faaliyet gösteren asıl ve alt işverenler sendika kurmak için bir araya gelebileceklerdir. Zira İK.'ya ve SK.'ya göre hem asıl işveren hem de alt işveren birer işverendir.

Sendika kurma bakımından alt işverenin faaliyet konuları farklı ise kurulacak sendika asıl işverenin işyerinin girdiği işkolunda mı, yoksa alt işverenin işyerinin girdiği işkolunda mı kurulacaktır? Öncelikle şunu söyleyelim ki, alt işverenin ayrı bir işyeri bulunduğundan, alt işverenin veya işçilerinin kuracakları sendikada alt işverenin işyerinin girdiği işkolu esas alınacaktır. Zira sendika kuracak olan işveren ya da işçilerin aynı işkolunda

¹¹¹ Ancak kamu işverenleri için bu ilkeye istisna getirilmiştir. Kamu işverenleri sendikalarının aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunmaları zorunlu değildir(m.3/f.2). Kamu işverenleri sendikaları farklı işkolundaki işverenlerce kurulabilir ve farklı işkollarında faaliyette bulunabilirler.

¹¹² Canbolat, a.g.e., s.83; İmer, a.g.e., s. 100; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.259.

¹¹³ Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.253; Çelik, a.g.e., s. 409; Canbolat, a.g.e., s.88; İmer, a.g.e., s. 105.

¹¹⁴ İşveren vekilleri SK. bakımından işveren sayıldığından işveren sendikası kurabilmektedirler.

fiilen çalışmaları zorunludur¹¹⁵. Buna göre alt işveren ve işçileri asıl işveren ile aynı işkoluna girse de kendi işyerlerinin girdiği işkoluna sendika kurabileceklerdir¹¹⁶.

Asıl işverenin ve alt işverenin işyerlerinin farklı işkollarına girmesi, herhangi bir sorun doğurmayacaktır. Diğer taraftan asıl işveren işyeri ile alt işveren işyeri aynı işkoluna girmekte ise herhangi bir sorun zaten ortaya çıkmayacaktır¹¹⁷.

3.2.2.1.3 Alt İşveren Ve İşçilerinin Sendikaya Üye Olmaları

Nasıl ki sendika kurmakta serbestlik ve özgürlük esası geçerli ise, sendikaya üye olmada da serbestlik ve özgürlük esası geçerlidir. AY. m.51 ve SK. m. 22’de sendikaya üye olmanın serbest olduğu, hiç kimsenin sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, işveren ve işçiler aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olamamaktadırlar¹¹⁸. Aksi takdirde en son olunan üyelik geçersiz sayılmaktadır (AY. m. 51/f.4; SK. m. 22/f.2)¹¹⁹.

Alt işveren ve işçileri çalıştıkları işyerinin girdiği işkolunda kurulu bulunan herhangi bir sendikaya serbestçe üye olabilecekler ve yine serbestçe üyelikten ayrılacaklardır¹²⁰. Asıl işveren ile alt işverenin işyerlerinin girdiği işkollarının aynı veya farklı olmasına ilişkin yukarıda söylediklerimiz burada da geçerlidir. Asıl işveren ve alt işverenin faaliyet gösterdiği işkolu farklı ise alt işveren ve işçileri faaliyet alanının girdiği

¹¹⁵ Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.259.

¹¹⁶ Günay, İş Hukuku, s.949.

¹¹⁷ Canbolat, a.g.e., s.89; Marangozoğlu, a.g.e., s. 46.

¹¹⁸ Canbolat, a.g.e., s.89; İmer, a.g.e., s.106-107; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.290-291.

¹¹⁹ 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 5. maddesine göre “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 51 inci maddesinin dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.” 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunulan 5982 sayılı Kanun, oylamaya katılan seçmenlerin çoğunluğunun “evet” oyları ile kabul edilmiştir.

¹²⁰ Akbulut, a.g.e., s.81; İmer, a.g.e., s. 107; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.292 vd.

işkolunda kurulu sendikaya üye olabileceklerdir. Yoksa asıl işverenin farklı olduğu işkolunda kurulu sendikaya üye olmayacaklardır¹²¹.

Bu konuda, alt işveren işçilerinin münhasıran bir asıl işverenin işinde çalışmadığı durumlarda sorun ortaya çıkabilecektir. Alt işveren işçisi birden çok asıl işverenin işinde çalışıyor ve bu asıl işverenlerin faaliyet konuları itibari ile hepsi farklı işkoluna girmekte iseler, alt işveren ve işçileri hangi işkolunda kurulu sendikaya üye olacaklardır? Burada işçilerin sendikaya üye olmalarında işkolunun tespitinde işçinin fiilen çalıştığı yer değil, işçinin bağlı olduğu ve ücret bordrosunun yer aldığı işyeri esas alınacaktır. Buna göre alt işveren işçisi ücret bordrosunun gözüktüğü işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilecektir¹²².

Diğer taraftan alt işveren ve işçisi birden çok işkoluna giren işyerlerinde de faaliyette bulunabilir ve çalışabilir. Bu durumda bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Zira AY. ve SK.'ya göre aynı zamanda ve aynı işkolunda sendika üyeliği yasaklandığına göre, farklı işkollarına giren işyerlerinde çalışan alt işveren ve işçileri farklı işkollarına üye olabileceklerdir. Örneğin, bir alt işveren işçisi yarım iş günü inşaat işkoluna giren bir işyerinde, yarım iş günü de dokuma işkoluna giren bir işyerinde çalışıyorsa hem inşaat işkolunda kurulu bir sendikaya hem de dokuma işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilecektir. Buna engel kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır¹²³.

¹²¹ Canbolat, a.g.e., s.90.

¹²² Canbolat, a.g.e., s.91.

¹²³ Canbolat, a.g.e., s.92-93.

3.2.2.2. Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Sözleşmelerinden Yararlanmaları Bakımından

3.2.2.2.1. Yetki Tespiti

Toplu İş Sözleşmesinin tarafları işçi sendikaları ile işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işverenlerdir¹²⁴. Bu husus TİSGLK. m.12/f. 1-2’de işçi ve işveren sendikalarının veya sendika üyesi olmayan işverenlerin TİS. yapmaya yetkili olduğunu hükme bağlamıştır¹²⁵.

Yetkili sendikalar TİSGLK. m. 12’ye göre ÇSGB. tarafından tespit edilerek yayımlanır. 13. maddeye göre TİS. yapmak isteyen işçi sendikası da ÇSGB.’ye başvurarak sözleşme yapılacak işyerinde sendikaya üye işçilerin çoğunluğunun üyesi olduğunun tespiti talep edebilir. 14. maddeye göre sendika üyesi olmayan işveren ve işveren sendikası da yetkili işçi sendikasının tespitini ÇSGB.’ye başvurarak tespitini talep edebilir¹²⁶.

Yetki tespitinde acaba alt işverenin işini gördüğü yer asıl işverenin işyerinden mi sayılacaktır, yoksa ayrı bir işyeri mi sayılacaktır. Kanımızca alt işverenin işini gördüğü yer ayrı bir işyeri sayılmalıdır¹²⁷. Zira buradaki alt işveren işçileri iş sözleşmesi ile asıl işverene değil, alt işverene bağlıdır. Münhasıran asıl işverene ait işin görülmesinde kullanılmasından dolayı alt işveren işçilerinin yetki tespitinde asıl işveren işyerinde çalışıyormuş gibi dikkate alınması, kanımızca yeterli bir gerekçe değildir. Diğer taraftan işkolu esasının benimsendiği SK. hükümleri göz ardı edilmesi, mesela farklı işkollarında faaliyet gösteren alt işveren işçisinin yetki tespitinde asıl işveren işçisi sayılması işkoluna göre sendikalaşma ilkesine ne derece uygun

¹²⁴ Çelik, a.g.e., s.483 vd.; Kemal Oğuzman, “Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun Uygulanmasında Karşılaşılan Meseleler”, İş Hukuku Dergisi, C.1, S. 1, 1969, s.57; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.355 vd.

¹²⁵ İmer, a.g.e., s.108; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.358.

¹²⁶ Marangozoğlu, a.g.e., s. 48; Çelik, a.g.e., s.488 vd.; Günay, İş Hukuku, s.952-953; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.360 vd.

¹²⁷ Farklı görüş için bkz. İmer, a.g.e., s.111.

düşmektedir. Bu nedenle alt işveren işçisi asıl işverenin girdiği işkolunda yetkili sendikanın tespitinde kanımızca dikkate alınmamalıdır¹²⁸.

Öğretide bazı yazarlar alt işverenin işi gördüğü yeri ikiye ayırmakta ve eğer işin görüldüğü yer, asıl işverenin eklentilerinde ise alt işveren işçilerini asıl işverenin işyerinin yetki tespitinde dikkate alınacağı görüşündedirler¹²⁹. Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Alt işveren ister asıl işverenin eklentisinde iş alsın, ister almasın, alt işveren işçisinin asıl işverenin yetki tespitinde sayılması mümkün değildir. Zira alt işveren asıl işverenden ayrı ve bağımsız bir işverendir. Ayrıca asıl işverenin alt işveren ile işçisi arasında imzalanan iş sözleşmesinin tarafı değildir. Kaldı ki, Yargıtay bir kararında bir işverenden belirli bir işin bölümünde veya eklentisinde iş alan alt işverenin işi yaptığı yerin müstakil bir işyeri olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir¹³⁰. Bu nedenle bağımsız şekilde alt işverenin çalıştırdığı işçilerin bulunduğu yerin asıl işverenin işyeri ile bağlantısını ve yetki tespitinde dikkate alınmasını kabul etmek mümkün değildir.

Yargıtay bir diğer kararında ise özetle alt işverenin yürüttüğü iş bakımından asıl işverenin işyerinden müstakil bir işyeri sayılacağı görüşünü taşımaktadır¹³¹.

Ancak asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı kurulmuşsa alt işveren işçilerinin durumu ne olacaktır? Bu halde asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaa nedeni ile geçersiz olacağından ve alt işveren işçileri baştan beri asıl işveren işçisi sayılacaklarından; yetki tespitinde asıl işveren işçisi olarak işlem göreceklerdir¹³².

¹²⁸ Bkz. aynı görüş için Canbolat, a.g.e., s.97; Akbulut, a.g.e., s. 83(Ancak Akbulut, alt işverenin asıl işverenin eklentisinde iş görmesi durumunda alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinden sayılacağı ve yetki tespitinde de dikkate alınacağı görüşündedir.); farklı görüşte olan yazarlar için bkz. İmer, a.g.e., s.111.

¹²⁹ Akbulut, a.g.e., s.83.

¹³⁰ Y. 9. HD., T. 28.06.2001, E. 2001/10907, K. 11069 (<http://www.kazanci.com.tr>).

¹³¹ Y. 9. HD., T. 30.10.1997, E. 1997/15134, K. 1997/18242(<http://www.kazanci.com.tr>); aynı yönde diğer kararlar için bkz.; aynı yönde diğer kararlar için bkz. Y. 9. HD., T. 12.06.1997, E. 1997/9727, K. 1997/11606.

¹³² “4857 sayılı İş Kanunu’nun 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

Alt işverenin girdiği işkolunda yetkili sendikanın tespitinde de asıl işveren işçilerinin yetki tespitinde dikkate alınmaması hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

3.2.2.2.2. Alt İşveren İşçisi İçin Ayrı Bir Toplu İş Sözleşmesi Yapılıp Yapılamayacağı

Kural olarak her işyeri için bir TİS yapılır. Ancak aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan TİS'ler de vardır(TİSGLK. m. 3/f.1). Diğer taraftan bir işverene bağlı aynı işkolundaki birden çok işyerinden oluşan işletmeler için bir TİS yapılır. Bu TİS.'lere işletme TİS.'i denir¹³³. Farklı işverenlere ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayacak biçimde tek bir TİS de yapılabilir.

Asıl işveren ve alt işveren aynı iş kolunda faaliyette bulunuyorlarsa kural olarak ayrı bir TİS yapılacaktır. Ancak şartları varsa her iki işyerinde de uygulanmak üzere bir TİS. (grup TİS.) da yapılabilir¹³⁴. Ne var ki, farklı

işveren ilişkisinin sınırlarını oluşturmakta olup bu sınırların aşılması durumunda diğer bir deyişle alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılmasıyla da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçileri olarak işlem görecekları hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan 2822 sayılı Yasa'nın 15. maddesi gereği açılan yetki tespitine itiraz davaları kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemece delillerin yargılamanın tüm safhalarında kendiliğinden toplanması ve değerlendirilmesi gerekir. Kamu düzeni ile ilgili hususlarda usulü kazanılmış haktan söz edilemeyeceğinden davacı sendikanın daha önce muvazaayı ileri sürmeden birbirinin aynı toplu iş sözleşmelerini her bir şirketle imzalamış ve yürürlükte tutmuş olması yasaya aykırılığı ortadan kaldırmaz. Bu itibarla iş müfettişi ve yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi raporundan davalı işverenin asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene yaptırmak suretiyle böldüğü, bunun yukarıda açıklanan 4857 sayılı Yasa'nın 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.”(Bkz. Y.9.HD., 10.04.2008 T., 2008/12951 E.- 2008/8003 K., Şahlanan, Karar İncelemesi-4, s.2 vd.); ayrıca bkz. “... Yasanın bu açık düzenlemesi karşısında, açılacak eda ve yetki uyuşmazlığı davalarında işyerindeki tüm alt işverenlik ilişkilerinin muvazaalı işleme dayandığı ve alt işveren ilişkilerinin başlangıcından itibaren asıl işveren işçisi sayılmak suretiyle karar verilmesi talep edilebileceğinden ...”[20.01.2004. T., 2003/23864 E.- 2004/468 K.. (TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 19, Sayı 1-2, Ağustos-Kasım 2004, s.138).]

¹³³ Çelik, a.g.e., s.479 vd.; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.348.

¹³⁴ Canbolat, a.g.e., s.102.

işkoluna giren işyerleri için, bu işyerleri aynı işverene ait olsa bile tek bir TİS yapılacaktır(TİSGLK. m.3) ¹³⁵.

Alt işverenin işini yürüttüğü işyerini ayrı bir işyeri sayan yazarlara ve Yargıtay'a göre¹³⁶ alt işveren ve işçileri ayrı bir TİS. yapamayacaklardır. Kanımızca buna katılmak mümkün değildir. Her şeyden önce alt işverenin işini gördüğü yer, asıl işverenin girdiği işkolundan farklı bir işkoluna tabi olabilir. Bu durumda farklı işkoluna giren alt işveren ve işçileri için ayrı bir TİS. yapılamayacağını söylemek isabetli değildir. Diğer taraftan alt işveren ve işçilerinin ayrı bir TİS. yapamayacağını söylemek, onların Anayasa ve TİSGLK. ile güvence altına alınmış olan toplu iş sözleşmesi yapma hakkının ellerinden almak anlamına gelir. Bu ise kanımızca AY.'ya aykırı olacaktır¹³⁷.

3.2.2.2.3. Alt İşveren İşçisinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanıp Yararlanamayacağı

TİS.'den yararlanma TİSGLK. m. 9'da düzenlenmiştir. Buna göre "Toplu İş Sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanırlar." İkinci fıkrasına göre de "Toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasına işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanırlar." Ayrıca üçüncü fıkraya göre de TİS.'in tarafı olan işçi sendikasına üye olmayanların da TİS.'ten yararlanmaları mümkündür¹³⁸. Ancak işçi sendikası üyesi olmayanların TİS.'ten yararlanabilmeleri için dayanışma aidatı ödemeleri gerekmektedir. Bu şekilde TİS.'ten yararlanma talep tarihinden itibaren geçerlidir ve bu hususta dayanışma aidatı ödenen sendikanın rızası aranmamaktadır¹³⁹.

¹³⁵ Canbolat, a.g.e., s.101.

¹³⁶ YHGK., T. 04.11.1987, E. 1987/9-166, K. 1987/815 (TİD., Ağustos 1988, s.15 vd.).

¹³⁷ Aynı görüş için bkz. Canbolat, a.g.e., s.102.

¹³⁸ Oğuzman, a.g.m., s.62.

¹³⁹ Marangozoğlu, a.g.e., s.56; Canbolat, a.g.e., s.107, Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.384 vd.

Yukarıda verilen genel bilgilerden sonra alt işveren işçisinin TİS.'ten yararlanıp yararlanamayacakları sorusunun cevabına geelim. Asıl işverenin işyeri için yapılan TİS.'ten alt işveren işçilerinin yararlanmalarına kanuni düzenlemeler karşısında olumlu cevap vermek imkansızdır¹⁴⁰. Ancak alt işveren işçilerinin çalıştıkları kendi işyerleri için yapılan TİS.'ten yararlanmalarına herhangi bir engel de bulunmamaktadır¹⁴¹. Bu durum "bir işyerinde aynı dönem içerisinde birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz" kuralına da aykırı olmayacaktır. Zira alt işveren işçisinin çalıştığı işyeri, asıl işverenin işyerinden bağımsız bir işyeri olarak kabul edilmektedir¹⁴².

Ayrıca bu başlık altında şu hususa da değinmekte fayda vardır: alt işveren ile asıl işveren arasındaki ilişki, kanuna karşı hile veya muvazaa nedeni ile geçersiz olduğu durumlarda, alt işveren işçisi yasa hükmü uyarınca asıl işveren işçisi sayılacaktır. Bu durumda ise alt işveren işçisi asıl işverenin işyeri için yapılmış TİS.'ten yararlanabilecektir. Ancak bu durumda alt işveren işçisi muvazaa nedeni ile aslında asıl işveren işçisidir, alt işveren işçisi değil. Muvazaa durumunda aslında tek bir işveren vardır, o da gerçek işveren olan asıl işverendir. Muvazaalı ilişkideki alt işveren işçisi de TİS'ten alt işveren işçisi sıfatı ile değil, asıl işveren işçisi sıfatı ile yararlanmaktadır. Tabii ki muvazaalı ilişkideki alt işverenin gerçek işveren olan asıl işverenin işyerindeki TİS'ten yararlanabilmesi için sendikaya üye olma veya dayanışma aidatı ödeme koşullarının aranacağı muhakkaktır¹⁴³.

¹⁴⁰ Farklı görüş için bkz. İmer, a.g.e., s.120.

¹⁴¹ Aynı görüş için bkz. Canbolat, a.g.e., s.107, Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.70.

¹⁴² Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.71.

¹⁴³ Çankaya, Çil, Alt İşveren İlişkisi, s.71.

3.2.2.3. Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Uyuşmazlıklarındaki Durumu Bakımından

3.2.2.3.1. Grev Kararının Alınması Ve Uygulanması

TİSGLK. m. 27/f. 2'ye göre grev kararı almaya TİS.'in yapılması sırasında çıkan uyuşmazlığın tarafı olan işçi sendikası yetkilidir¹⁴⁴. Grev kararının alınması ve uygulanmasında, taraf işçi sendikasının yetki belgesine bakılır. Yetki belgesinde gösterilen ve TİS.'in yapılması sırasında uyuşmazlık çıkan işyeri veya işyerlerini kapsayacaktır¹⁴⁵.

Asıl işverenin işyerinde yapılacak olan TİS. görüşmeleri sırasında çıkan uyuşmazlık üzerine alınan grev kararında alt işverenin işyeri ne olacaktır? Yani grev kararı alt işveren işyerinde uygulamaya sokulacak mıdır? Alt işveren işyeri asıl işveren işyerinden ayrı ve bağımsız bir işyeri olduğundan asıl işverenin TİS. sırasında çıkan uyuşmazlık nedeni ile alınan grev kararı, alt işverenin işyerinde uygulanamayacaktır. Zira kanımızca alt işveren işyeri grev kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak asıl işveren ve alt işveren işyerleri aynı işkolunda olduğundan tek bir grup TİS.'i yapılmış ise, bu durumda uyuşmazlık üzerine alınan grev kararı hem asıl işveren hem de alt işveren işyerinde uygulamaya konulacağı gibi, sadece asıl işveren veya sadece alt işveren işyerinde de uygulamaya konulabilecektir¹⁴⁶.

Ayrı bir işyeri olan alt işveren işyeri için yapılacak TİS. görüşmeleri sırasında doğan uyuşmazlık üzerine alınan grev kararı sadece alt işveren işyerinde uygulamaya konulacaktır¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.474; Çelik, a.g.e., s.591.

¹⁴⁵ Canbolat, a.g.e., s.115; İmer, a.g.e., s.134 vd.

¹⁴⁶ Canbolat, a.g.e., s.115-116.

¹⁴⁷ Canbolat, a.g.e., s.116; farklı görüş için bkz. İmer, a.g.e., s.137 vd.

3.2.2.3.2. Lokavt Kararının Alınması Ve Uygulanması

TİSGLK. m. 27/f.3'e göre lokavt kararı almaya, TİS. görüşmeleri sırasında çıkan uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren yetkilidir¹⁴⁸.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin olduğu bir durumda, asıl işveren ile alt işveren işyeri aynı işkolunda ise bu işyerlerini kapsayacak Grup TİS. yapılması sırasında ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta işçi sendikası sadece asıl işveren veya alt işveren işyerini kapsayacak ya da her iki işyerini kapsayacak şekilde grev kararı alabiliyor iken; işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren bu işyerlerinin her ikisini de, yani hem asıl işveren işyerini hem de alt işveren işyerini kapsayacak şekilde lokavt kararı alabilecektir¹⁴⁹.

Asıl işveren ve alt işveren işyerleri farklı işkollarında ise iki işyerini de kapsayacak bir Grup TİS.'i yapılamayacaktır. Bu nedenle de her iki işyeri için ayrı bir TİS. yapılacak ve TİS.'in yapımı sırasında uyuşmazlık çıktığında lokavt kararı uyuşmazlık ile ilgili işyeri için alınabilecektir¹⁵⁰.

3.2.2.3.3. Grev Oylamasında Alt İşveren İşçilerinin Durumu

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin uygulandığı bir işyerinde asıl işveren ve alt işveren için ayrı bir TİS. yapılması gerektiğinden; bu işyerleri aynı uyuşmazlığın kapsamına girmeyeceklerdir. Buna göre TİSGLK. m.35'e göre grev kararının uygulanabilmesi için yapılacak olan grev oylaması¹⁵¹ talebinde ve oylamanın sonucunu belirleyecek işçilerin hesabında, diğer işveren işçileri dikkate alınmayacaktır. Diğer bir ifade ile asıl işverenin işyerinde TİS. sırasında çıkan uyuşmazlıkta alınacak grev kararının uygulanmasında alt işveren işçileri ne grev oylaması talebinde ne de oylamanın sonucunu belirleyen işçilerin hesabında dikkate alınır¹⁵².

¹⁴⁸ İmer, a.g.e., s. 148-149; Çelik, a.g.e., s.591; Tunçomağ, Centel, a.g.e., s.515.

¹⁴⁹ Canbolat, a.g.e., s.117.

¹⁵⁰ Canbolat, a.g.e., s.118; farklı görüş için bkz. İmer, a.g.e., s.150.

¹⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, a.g.e., s.594 vd.; Oğuzman, a.g.m. s.69.

¹⁵² Canbolat, a.g.e., s.119; Marangozoğlu, a.g.e., s.58; Akbulut, a.g.e., s.87.

SONUÇ

Sanayide yaşanan gelişmeler ile birlikte, çalışma hayatında var olan işletmelerin üretim çeşitliliğinin artmaya başlaması ve bunun sonucunda ise hem çeşitli ürünleri üretmek, hem de bu ürünlerin üretiminin özel bir uzmanlık ve ayrı bir teknoloji gerektirmesi gibi nedenlerle zorda kalan işverenler, yaptıkları işlerin bir bölümünü alt işverenlere verme yolunu seçmişlerdir. Alt işverenlik kurumu, uzmanlaşmaya yönelme, işletmelerde küçülme ihtiyacının doğması, işçilik maliyetlerinin düşürülmesi gibi iyi niyetli nedenler yanında; mevzuatın getirdiği yükümlülüklerden kaçınma aracı olarak da tercih edilen bir kurum olarak da uygulamada hızla yaygınlaşmıştır.

Alt işverenlik kurumunun yeni olmasına karşın, iş hayatında uygulamasının hızla yayılması karşısında; alt işverenliğin mevzuat ile düzenlenmesi zaruri bir hal almıştır. Bu nedenle alt işverenlik, ilk olarak Türk İş Hukuku'na 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı İş Kanunu ile mevzuatımıza girmiştir. Uygulama sırasında ortaya çıkan sorunlar ve eksiklikler, alt işverenliğin yeniden düzenlenmesini veya değiştirilmesini gerekli kılmış ve alt işverenlik 1950, 1967, 1971 ve nihayet 2003 yılında değişikliklere uğramıştır.

En son yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, Yargıtay içtihatları ve öğretinin çoğunluğu tarafından kullanılan “alt işveren” kavramını kullanarak müteahhit, alt ismarlanan, alt müteahhit, alt yüklenici, alt ismarlanan, taşeron, tali işveren, diğer işveren, aracı gibi çok değişik kavramların kullanıldığı alt işverenlik kurumu ile ilgili kavram kargaşasına son vermeyi amaçlamıştır. Gerçekten öğretinin çoğunluğu ve Yargıtay tarafından tercih edilen “alt işveren” kavramının en son yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda tercih edilmesi ile büyük ölçüde kavram birliğinin sağlandığı görülmektedir.

Alt işverenlik 4857 sayılı İş Kanunu'nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında hükme bağlanmıştır. Ne var ki, bu maddede alt işverenin tanımı değil, asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımı yapılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımından

hareketle alt işverenin tanımını yapacak olursak, kısaca “Bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği veya teknolojik olarak uzmanlık isteyen işlerde iş alan ve aldığı işler için görevlendirdiği işçilerini, sadece aldığı işte çalıştıran işveren” şeklinde tanımlayabiliriz.

4857 sayılı İş Kanunu, asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımını yapmakla birlikte, alt işverenliğin sınırlarını da düzenlemiştir. Ayrıca alt işverenliğin sınırlamalarına aykırılığın hukuki sonuçlarını da düzenleyerek, alt işverenliğin muvazaalı ve amacı dışında kullanılması durumunda, işçilerin haklarının kısıtlanmasının veya kullanılamaz hale gelmesinin önüne geçmeyi amaçlamıştır. Bu amaçla “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmaması”, “daha önce asıl işverenin işyerinde çalışan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaması” ve “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl bölünerek alt işverene verilememesi” sınırlamaları getirilmiştir. Ancak muvazaa halleri bunlarla sınırlı değildir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrasının ikinci cümlesinde kullanılan “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.” ifadesi ile kanunda sayılan muvazaa hallerinden başka muvazaa halleri ile de uygulamada karşılaşılabilir. Bu düzenleme her somut olayın kendi özelliklerine muvazaalı olup olmadığının değerlendirilebilmesi bakımından olumlu olmakla birlikte, kanunda düzenlenmeyen ve muvazaalı olduğu iddia edilen alt işveren ilişkilerinin, muvazaalı olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıkların mahkeme önüne götürülmeden çözülemeyeceği sonucunu doğuracaktır. Bu ise benzer durumlara ilişkin farklı mahkemelerden farklı kararların çıkmasına neden olabilecektir. Bu konuda Yargıtay’ın kanunda düzenlenmeyen muvazaa hallerine ilişkin objektif ölçütler getirmesi yerinde olacaktır.

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu döneminde ayrıntılı düzenlenmemesi nedeni ile daha çok soruna neden olan alt işverenlik

kurumu ile ilgili sorunların çözümü, bu dönemde Yargıtay ve öğreti tarafından üstlenilmiştir. 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda alt işverenlik ile ilgili, Yargıtay kararları ve öğretide çoğunluğun görüşü dikkate alınarak getirilen yeni ve ayrıntılı düzenlemeler büyük oranda sorunları çözüme kavuşturmuş ve tartışmalara son vermiş olsa da; bazı hususlarda tartışma yaşanmasının önüne geçememiştir.

Özellikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun dilinden kaynaklanan tartışmalar yaşanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında alt işverenin asıl işverenden aldığı işin "...asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren ...” işlerden olması şeklinde yapılan düzenlemede geçen “ile” ifadesi, tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bir kısım yazar “ile” ifadesini “olarak” şeklinde anlarken, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için, devredilen asıl işin bir bölümünün işletmenin ve işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması şartlarını bir bütün olarak gerçekleşmesini aramaktadır. Diğer bir kısım yazarlar ise maddede geçen “ile” ifadesini “veya” şeklinde anlayarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene devredilebilmesi için, devredilecek işin işletmenin ve işin gereği olması veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması şartlarının ayrı ayrı gerçekleşmesi gerektiği görüşünü paylaşmaktadır. “ile” ifadesini “veya” olarak anlayan bazı yazarlara göre ise uzmanlık gerektiren işlerden olma şartı hem işletmenin ve işin gereğini, hem de teknolojik nedenleri kapsamaktadır. Nihayet farklı bir görüşe göre de işletmenin gereği, işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık kavramları farklı ölçütler olarak kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere alt işverenliği düzenleyen maddede kullanılan bazı ifadeler tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Kanımızca kanunun hazırlanış aşamalarında geçen süreç, madde gerekçesi ve alt işverenlik kurumunun düzenleniş amacı dikkate alındığında; “ile” ifadesinin “veya” olarak anlaşılması ve alt işverene devredilecek asıl işin bir bölümünün işletmenin ve işin gereği devredilmesi veya devredilecek işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden

olması gerekmektedir. Bu tartışmalara son vermek için madde hükmündeki ifadenin açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır.

Diğer taraftan Bireysel İş Hukuku ile ilgili birçok konuda alt işverenlik ile ilgili sorun yaşanmaya devam etmektedir. Alt işverenin ve asıl işverenin işyerinin tespiti, asıl işverenin sorumluluğunun kapsamı, işe iade davaları bakımından bir çok sorun tartışılmaya devam edilmektedir. Yine Toplu İş Hukuku ile ilgili olarak alt işveren işçilerinin sendika kurmaları ve sendikalara üye olmaları, toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları, toplu iş uyuşmazlıklarında durumları ile ilgili bir çok sorun öğreti tarafından tartışılmaktadır. Bireysel ve Toplu İş Hukuku bakımından alt işverenlikle ilgili sorunların çözümü için mevzuattaki eksik düzenlemelerin giderilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde gerek öğretide ve gerekse de Yargıtay içtihatlarında sorunlar tartışılmaya devam edecek ve görüş birliğine varılarak çözüm üretmek mümkün olmayacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen düzenlemeler, asıl işveren alt işveren ilişkisini tanımlaması ve unsurlarını ortaya koyarak, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulma şartlarını ayrıntıları ile açıklaması ve asıl işveren alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasını engellemesi bakımından önemli katkı sağlamıştır. Ancak kanunun dilinden kaynaklanan eksiklerin yeni düzenlemelerle giderilmesi ve bireysel ve toplu iş mevzuatında karşılaşılabilecek sorunlarla ilgili kanuni düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Servet; **“Türk Endüstriyel İlişkiler Sisteminde Alt İşveren (Taşeron)”**, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1994.

AKKANAT, Halil; **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.

AKTAY, A.Nizamettin, ARICI, Kadir, KAPLAN-SEYLEN, E.Tuncay; **İş Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 2. Baskı, 2007.

AKYİĞİT, Ercan; **İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2001.

AKYİĞİT, Ercan; **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara, 1995.

AKYİĞİT, Ercan; **Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 4. Baskı, 2005.

ALPAGUT, Gülsevil; “4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma”, **İNTES Türkiye İnşaat Sanayiciler İşveren Sendikası’nın “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunları Değerlendirilmesi ve Çözümleri”** konulu 6 Mayıs 2004 Tarihli toplantı notları, Ankara, İnşaat Sanayi Yayınları No:10, 2004, s.16-24.

ARICI, Kadir; “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, **Prof. Dr. Toker Dereli’ye Armağan, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası**, 55’inci Cilt, Sayı : 1, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 4589, 2006, 485-509.

ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl; **İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.

AYAN, Özge; “Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi”, **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.3, S.10, Yıl 2006, s.499-531.

AYDEMİR, Murteza; **Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları**, Ankara, MESS Yayını, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Şubat 1993.

AYDINLI, İbrahim; **Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukuku’nda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

AYDINLI, İbrahim; **Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramlar**, Ankara, Demiryol-İş Eğitim Yayınları, 2001.

BAŞBUĞ, Aydın; “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt 18, Sayı 2-3, Mayıs- Ağustos 2003, s.3-17.

BAYBORA, Dilek; “**Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı ve Türkiye’de Alt İşveren Uygulamasının Yarattığı Sorunlar**”, Eskişehir, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1995.

BENLİ, Abdurrahman, YİĞİT, Yusuf; “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.8, S.4, 2006, s.6-45.

CANBOLAT, Talat; “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Mayıs 1997, s.211-229.

CANBOLAT, Talat; **Türk İş Hukuku’nda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.

CANIKLIOĞLU, Nurşen; “Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı**, Legal Yayınları, Birinci Baskı, Mart 2008, s.121-155.

CENTEL, Tankut; “Alt İşveren İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.10, Haziran 2008, s.6.

CENTEL, Tankut; “Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk, Karar İncelemesi, S.294, Haziran 2004, (Erişim)<http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/haziran/hukuk.html>.

CENTEL, Tankut; “İNTES panel konuşmaları”, **İNTES Türkiye İnşaat Sanayiciler İşveren Sendikası’nın “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunları Değerlendirilmesi ve Çözümleri” konulu 6 Mayıs 2004 Tarihli toplantı notları**, Ankara, İnşaat Sanayi Yayınları No:10, 2004, s.52-54.

ÇALIK, Şefik; **İş Sözleşmesi Feshi ve İş Güvencesi**, İstanbul, Legal Yayınları, Birinci Baskı, Mart 2005.

ÇANKAYA, Osman Güven, ÇİL, Şahin; “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, **MESS Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 1, S.3, Eylül 2006, s.54-80.

ÇANKAYA, Osman Güven, ÇİL, Şahin; “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İşyeri Devri”, **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 2006, s.387 vd.

ÇANKAYA, Osman Güven, ÇİL, Şahin; **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin Yayıncılık, Genişletilmiş 2.Baskı, 2009.

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

ÇELİK, Nuri; **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Bası, 2008.

ÇENBERCİ, Mustafa; **İş Kanunu Şerhi**, Ankara 1986.

ÇUBUKÇU, Erdoğan; “Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi Tanım ve Kavramlar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt 21, Sayı 2-3, Kasım 2007-Şubat 2008, s.1-7.

ÇUBUKÇU, Erdoğan; “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt 17, Sayı 4-5, Mayıs-Ağustos 2002, s.19-31.

DEMİR, Fevzi; “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, **MESS Merccek Dergisi**, Temmuz 2003, s.87-93.

DEMİR, Fevzi; **İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanunun Başlıca Yenilikleri**, Ankara, Tes-İş Eğitim Yayınları, 2003.

DEMİRCİOĞLU, Murat, CENTEL, Tankut; **İş Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş Yedinci Bası, 1999.

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

EKMEKÇİ, Ömer, “26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine”, **Türkiye, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası**, “Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem” konulu Seminer Yayını, İstanbul 2002, s.67

EKMEKÇİ, Ömer; “Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı**, Legal Yayınları, Birinci Baskı, Mart 2008, s.100-119.

EKMEKÇİ, Ömer; “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, **MESS Merccek Dergisi**, Temmuz 2003, s.132-139.

EKONOMİ, Münir; “Asıl İşveren Alt işveren ilişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı**, Legal Yayınları, Birinci Baskı, Mart 2008, s.21-52.

ERDOĞAN, M. Zafer; “Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik Kavramı”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.7, S.3, Yıl 2004, s.1-8.

ESENER, Turhan; **İş Hukuku**, Ankara, 1978.

EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim; **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, Legal Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, 2005.

EYRENCİ, Öner; “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.1, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s.15-31.

GÜLER, Şerafettin; “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Ödünç İş İlişkisi”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.21, S.2-3, Kasım 2007-Şubat 2008, s.90-114.

GÜNAY, Cevdet İlhan; “Yargıtay Kararları Açısından Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi”, **İNTES Türkiye İnşaat Sanayiciler İşveren Sendikası’nın “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunları Değerlendirilmesi ve Çözümleri” konulu 6 Mayıs 2004 Tarihli toplantı notları**, Ankara, İnşaat Sanayi Yayınları No:10, 2004, s.25-34.

GÜNAY, Cevdet İlhan; **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 3. Bası, 2004.

GÜNAY, Cevdet İlhan; **İş Kanunu Şerhi Cilt 1 (Açıklama- Yargı Kararları-İlgili Mevzuat)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, 2006.

- GÜNAY, Cevdet İlhan; **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2.Baskı, 2008.
- GÜVEN, Ercan, AYDIN, Ufuk; **Bireysel İş Hukuku**, Eskişehir, Nisan Kitabevi, 2.Baskı, 2007.
- GÜZEL, Ali, OKUR, Ali Rıza; **Sosyal Güvenlik Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, Yenilenmiş 9. Bası, Ekim 2003.
- GÜZEL, Ali; “Alt İşveren(Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.7, S.5, Eylül 1993, s.3-11.
- GÜZEL, Ali; “İş Yasası’na Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, **İş Hukuku’nda Asıl İşveren –Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri, 26 Kasım 2005 tarihli Seminer Notları**, İstanbul, İş Müfettişleri Derneği Yayın No:8. s.19-55.
- GÜZEL, Ali; “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları,” **Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik Metal-İş Yayını, 2004/1(Alt İşveren Kavramı), s.31-65.
- İŞIKLI, Alpaslan; **İş Hukuku**, Ankara, İmaj Yayınevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Eylül 2005.
- İMER, Hatice Elmas; “**Bireysel ve Toplu İş İlişkileri Bakımından Yargı Kararları Çerçevesinde Hukukumuzda Alt İşveren Kurumu**”, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1994.
- KILIÇ, Aslıhan Özcan; “**Alt İşveren İlişkisinden Doğan Asıl İşverenin Sorumluluğu**”, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet; **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 5. Bası, 2005.

KILIÇOĞLU, Mustafa, ŞENOCAK, Kemal; **İş Kanunu Şerhi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Cilt 1, 2008.

KILIÇOĞLU, Mustafa; “Yargıtay Kararları Işığında Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi”, **İş Hukuku’nda Asıl İşveren –Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri, 26 Kasım 2005 tarihli Seminer Notları**, İstanbul, İş Müfettişleri Derneği Yayın No:8. s.83-109.

KILIÇOĞLU, Mustafa; **4857 Sayılı İş Kanunu Yorum ve Yargıtay Uygulaması, Öğreti-Yargıtay Kararları Federal Mahkeme Kararları Açıklama ve Yorum**, Ayhan Yayıncılık, 2005.

KURTARAN, Oya Necla; **“Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulamasında Muvazaa”**, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

KUTAL, Gülten; “Türkiye’de Çalışma Hayatında Esneklik Uygulamaları”, **TES-İş Dergisi**, Dosya, Taşeron İşçilik(Altışveren) ve Düzensiz İstihdam, Mayıs 2008, s.84-94.

MARANGOZOĞLU, Osman; **“Türk İş Hukuku’nda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Yeni Bir Model Denemesi”**, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1999.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler”, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 7, S. 4, 2004.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; **İş Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3.Baskı, 2008.

NARMANLIOĞLU, Ünal; “Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı**, Legal Yayınları, Birinci Baskı, Mart 2008, s.53-72.

OĞUZMAN, Kemal; “Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun Uygulanmasında Karşılaşılan Meseleler”, **İş Hukuku Dergisi**, C.1, S.1, 1969, s.57-69.

ÖZDEMİR, Burhan; “Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi Ve Yargıtay’ın Konu Hakkındaki Yeni Kararları”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.11, S.2, Mart 1997, s.3-10.

ÖZKARACA, Ercüment; “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk”, “Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik Metal-İş Yayını, 2009/1, s.135-148.

ÖZKARACA, Ercüment; **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınları, 2008.

ÖZVERİ, Murat; “Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.1, S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.383-400.

ÖZVERİ, Murat; “Alt İşveren:İş Hukukunun Altının Oyulması”, **TES-İş Dergisi**, Dosya, Taşeron İşçilik(Altışveren) ve Düzensiz İstihdam, S. 2008-2, Mayıs 2008, s.109-114.

SERİN, İlhan; “4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.7, Yıl 2005, s.1066.

SOYER, M. Polat; “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, **MESS Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl 1, S.1, Mart 2006, s.16-28.

SÜMER, Haluk Hadi; **İş Hukuku**, Konya, Mimoza Yayınları, 14. Baskı, 2009.

SÜZEK, Sarper; “İNTES panel konuşmaları”, **İNTES Türkiye İnşaat Sanayiciler İşveren Sendikası’nın “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunları Değerlendirilmesi ve Çözümleri”** konulu 6 Mayıs 2004 Tarihli toplantı notları, Ankara, İnşaat Sanayi Yayınları No:10, 2004, s.42-46.

SÜZEK, Sarper; **İş Hukuku(Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku)**, İstanbul, Beta Yayınları, 2. Bası, 2005.

ŞAHLANAN, Fevzi; “Alt İşveren İşçisinin İşe İade Davası”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Karar İncelemesi, Hukuk, S. 300, Aralık 2004, (Erişim)<http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/aralik/hukuk.html>.

ŞAHLANAN, Fevzi; “İNTES panel konuşmaları”, **İNTES Türkiye İnşaat Sanayiciler İşveren Sendikası’nın “Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunları Değerlendirilmesi ve Çözümleri”** konulu 6 Mayıs 2004 Tarihli toplantı notları, Ankara, İnşaat Sanayi Yayınları No:10, 2004, s.46-51.

ŞAHLANAN, Fevzi; “İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.16, S.4-5, Kasım 2000-Şubat 2001, s.14-24.

ŞAHLANAN, Fevzi; “İşyeri Devri ile Asıl İşveren - Alt İşveren”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk, S. 333, Kasım 2007, s.2-4 vd.

ŞAHLANAN, Fevzi; “İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk, S. 324, Ocak 2007, s..

ŞAHLANAN, Fevzi; “Olumsuz Tespit ve Muvazaalı Alt İşveren İlişkisinin Toplu İş Sözleşmesi Yetkisine Etkisi”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk, S. 347, Şubat 2009, s.4.

- ŞAHLANAN, Fevzi; “Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri”, **İstanbul, Türkiye, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Yeni İş Yasası”** konulu **Seminer Yayını**, 2003, s.27-28.
- ŞEN, Sabahattin; “Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, **Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik Metal-İş Yayını, S.10, C.3, 2006, s.71-98.
- ŞEN, Sabahattin; “Alt İşverenlik: İşçilerin ve Sendikaların Kabusu, İşverenlerin Truva Atı”, **TES-İş Dergisi**, Dosya, Taşeron İşçilik(Altışveren) ve Düzensiz İstihdam, Mayıs 2008, s.95-108.
- ŞEN, Sabahattin; **Taşeronluk(Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri**, İstanbul, Selüloz-İş Sendikası Eğitim Yayınları:14, 2. Baskı, 2002.
- TAŞKENT, Savaş; “Alt İşveren”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.1, S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.363-366.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, CENTEL, Tankut; **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Bası, Ocak 2008.
- TUNÇOMAĞ, Kenan; **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, Beta Yayınları, 1989.
- ULUCAN, Devrim; “Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Birleşik Metal-İş Yayını, 2004/3, s.147.
- ÜNSAL, Engin; “4857 Sayılı Yasa’ya Göre Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.2, S.6, Nisan- Mayıs- Haziran 2005, s.535-544.
- YELEKÇİ, Memduh, YELEKÇİ, İlhami; **4857 Sayılı Notlu İzahlı İçtihatlı Yeni İş Kanunu Şerhi**, Ankara 2009.

YILMAZ, Ejder; “Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası”, **Çimento İşveren Dergisi**, S.1, C.23, Ocak 2009, s.4-21.

YURDAKUL, Cent; “Asıl İşveren Kavramı, Sorumluluğun Kapsamı İle Şartları Ve Sahip Olduğu Yetkilerle İlgili Bazı Konular”, **İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi**, S.1, İstanbul 1974, s.269-279.

4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi (Kabul Edilen Değişiklik Önergeleri İle Birlikte), Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayın No: 234, Temmuz 2003.

EK

T.C.
YARGITAY
9. Hukuk Dairesi

* Y A R G I T A Y İ L A M I

ESAS NO : 2008/40117
KARAR NO : 2009/22684

MAHKEMESİ : Vezirköprü 1. Asliye Hukuk Mahkemesi
TARİHİ : 04/03/2008
NUMARASI : 2007/10-2008/53
DAVACI : ADINA AVUKAT HAKAN KİPER
DAVALI : 1- BİL PROG VE HİZ SAN LTD. ŞTİ
2-SAĞLIK BAKANLIĞI ADINA AVUKAT AHMET COÇTU
3- TEM. İNŞ. GIDA MOB HAYVAN TUR ÖZEL EĞİTİM
HİZ SAN TİC LTD ŞTİ.

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi B.Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı vekili, davacının davalı Sağlık Bakanlığı Vezirköprü Devlet Hastanesinde ihale ile iş alan şirket işçisi olarak veri elemanı görevi ile işe başladığını, aynı işin 2006 yılı sonunda ihale çıktığını, bu kez ihale ile işi davalı şirketinin aldığını, 49 işçinin yeni ihale ile iş alan şirket işçisi olarak hastane işyerinde işe devam etmesine rağmen işe geldiğini, ancak hastane yönetimince işe alınmadığını, yazılı bir fesih yapılmadığını, fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmediğini, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek ve davalı bakanlık ve yeni ihale ile iş alan şirketi davalı göstererek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Birleştirilen dava dosyasında ise en son çalıştığı şirket işçisi olarak çalıştığını belirterek aynı istekte bulunmuştur.

Davalı Bakanlık vekili, husumet itirazında bulunarak, davacı ile davalı Bakanlık arasında iş ilişkisi bulunmadığını, davacının ihale ile hizmeti üstlenen şirket işçisi olarak çalıştığını, ihale bitimi ile işin sona erdiğini, belirli süreli sözleşme ile çalıştığını, ayrıca davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. fıkrasının c ve h bentleri kapsamında davranışlarının hastane yönetimince tespit edildiğini, davanın reddi gerektiğini;

Birleşen davanın Davalı şirket vekili, müvekkili şirketin hastanenin veri hazırlama kontrol ve tıbbi sekreterlik hizmetleri alım işini 2006 yılında ihale ile aldığını ve davacı ile ihale süresi 01.01.2006-31.12.2006 tarihlerini kapsayan belirli süreli iş sözleşmesi imzalandığını, süre bitimi ile iş sözleşmesinin sona erdiğini, yeni ihaleyi 3. bir şirketin kazandığını, davalı şirketin işyerinin de bulunmadığını, davanın reddi gerektiğini,

Savunmuşlar, diğer davalı şirket ise yargılamayı takip etmemiştir.

ESAS NO : 2008/40117
KARAR NO : 2009/22684

- 2 -

Mahkemece, davalı Bakanlığa ait hastane işyerinde veri hazırlama ve tıbbi sekreterlik işlerinin işyerinde üretilen hizmet işinin yürütülmesine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi anlamında yardımcı iş niteliğinde olduğu, davalı bakanlık ile diğer davalılar arasında kurulan ilişkinin asıl-alt işveren ilişkisi olduğu, alt işverenlerin değişmesine rağmen, davacının hastane işyerinde işine devam ettiği, davacının her ne kadar birleşen davada davalı şirketi ile ihale süresi için belirli süreli iş sözleşmesi imzalamış ise de, davacının daha önce de aynı işyerinde çalıştığı, sürekli çalıştığı, bu nedenle belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabulü gerektiği, davalı şirketinin 31.12.2006 tarihinde ihale bitimi ile işverenlik sıfatının ortadan kalktığı, tazmini nitelikte haklardan sorumluluğun var ise de yasadaki kaynaklanan ve sözleşme yapma zorunluluğu getiren işe iade yönünden işveren sıfatının kalktığı, davalı şirketin ihale ile aldığı işi devrettiği, bu nedenle işe iade yönünden husumet yöneltilemeyeceği;

Davacının sözleşmesinin yenilenmemesi yönündeki işlemin hakkında tutulan 08.11.2006 ve 22.12.2006 tarihli tutanaklar nedeni ile yapıldığı, tutanak içeriklerinin tanıklarca doğrulandığı, tutanaklardaki davranışın işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek ve işyerinde işi akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek olarak değerlendirilmesi gerektiği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesindeki feshin yazılı yapılma ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak bildirilmesi kuralının ispat şartı olduğu, ayrıca işçinin zihinsel ve bedensel yetersizliği, arkadaşları ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunma alınmasının işveren tarafından beklenemeyeceği, tutanak içerikleri ve ihale bitimi nedeni ile 31.12.2006 tarihinde yazılı fesih bildirimi beklemenin hayatın olağan akışına uygun olmayacağı, ihale ile üstlenilen hizmet sözleşmesinin tarafı asıl işverenden de yanı sıra nedeniyle beklenemeyeceği, davacının kendisi ile sözleşme yenilenmeyeceğini Aralık ayında öğrendiği, yasadaki aranılan öğrenme şartının gerçekleştiği, yazılı fesih bildirimi yapılmadığı ve fesih sebebinin belirtilmediği iddiasının hukukça karşılanma olanağı olmadığı gerekçesi ile son alt işveren davalı şirket hakkındaki davanın husumet nedeni ile davalı asıl işveren Sağlık Bakanlığı ve ihale ile iş alan son işveren şirketi hakkındaki davanın ise esastan reddine karar verilmiştir.

Karar davacı vekili ve davalı Sağlık Bakanlığı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca aynı yasanın 18. maddesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Yazılı fesih bildiriminin de, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde içermesi zorunludur.

Yazılı şekil, ayrıca açıklık, aleniyet ve ispat fonksiyonu haizdir. Yazılı şekil, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Madde uyarınca, işveren fesih bildirimini yazılı yapmak zorunda olduğu gibi fesih sebeplerini de yazılı olarak göstermek zorundadır. Buna karşılık, aynı Kanun'un 25'inci maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil şartı aranmamaktadır. "Geçerli bir sebep" yazılı fesih bildirimi ile belirtme zorunluluğu, "iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler için zorunludur. (Dairemizin 23.06.2008 gün ve 2007/41025 Esas, 2008/17104 Karar sayılı ilamı).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "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

ESAS NO : 2008/40117

KARAR NO : 2009/22684

- 3 -

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.” Keza aynı maddenin 7. fıkrasına göre, “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.”

Bu maddeye göre, “bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar alt işveren olarak belirtilmektedir. 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. Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. 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.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Asıl işveren ve alt asıl işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, asıl işveren başlangıçtan beri gerçek işveren olduğundan, feshin geçersizliği ve işe iade davasının tarafı asıl işveren olmalıdır. Alt işverenin bu anlamda işverenlik sıfatı bulunmadığından, taraf sıfatı olmayacaktır.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinin bulunduğu bir dayada, her iki işverene birlikte açılması ve işverenler arasındaki ilişkide muvazaa bulunmaması halinde ise, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde iş sözleşmesinin tarafı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır. (Dairemizin 09.06.2008 gün ve 2007/40942 Esas, 2008/14420 Karar sayılı ilamı).

Dosya içeriğine göre davalı Sağlık Bakanlığı'nın her yıl ihale ile “veri hazırlama ve tıbbi sekreterlik” hizmetini dışardan temin ettiği, davacının 2004 yılından bu yana hizmeti ihale ile alan şirketler değiştiği halde davalı Bakanlığa ait hastane işyerinde tahakkuk servisinde, personel şefliğinde, KBB polikliniğinde ve Danışma bölümlerinde

ESAS NO : 2008/40117
KARAR NO : 2009/22684

- 4 -

çalıştığı, hastane yönetimi tarafından 08.11.2006 ve 22.12.2006 tarihlerinde eczacı kalfalarına kayıt verdiği gerekçesi ile tutanak tutulduğu, iş sözleşmesinin 26.12.2006 tarihinde eylemli olarak işe almama ve 31.12.2006 tarihinde de ihale bitimi nedeni ile sona 2006 yılı için hizmet veren birleştirilen davanın davalısı A.Ş. şirketi tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır.

Yukarda açıklandığı üzere haklı fesih nedenleri hariç, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde fesih yazılı yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi, keza işçinin davranış ve verimliliği ile fesihlerde savunma alınması, geçerlilik şartıdır. Bu koşullardan birinin eksikliği feshi geçersiz kılar. Mahkemece 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesindeki yazılı yapılma kuralının ispat şartı olduğu yönündeki gerekçesi hatalıdır.

Diğer taraftan davacının iş sözleşmesi 2006 yılı hizmetini alan birleştirilen davanın davalısı A.Ş. şirketi döneminde feshedilmiştir. Yeni ihaleyi alan A.Ş. şirketi ile davacı işçi arasında bir iş ilişkisi kurulmuş değildir. Asıl-alt işveren ilişkisinin yasaya uygun kurulduğu durumda, bu ilişkinin sona ermesi halinde, alt işverenin işverenlik sıfatı sona ermez. Hukuksal ve ekonomik bağımsızlığa sahip bir alt işverenin iş bitimi, asıl işverene ait işyerinde çalışan işçisi ile başka bir işyeri mevcut ise iş ilişkisi devam eder. Mahkemece ihale bitimi ile A.Ş. şirketinin işverenlik sıfatının sona erdiği ve husumet yöneltilemeyeceği gerekçesi de yerinde değildir. Eğer adı geçen işverenliğin hukuksal ve ekonomik bağımsızlığı yok ise o durumda zaten başlangıçtan beri işverenlik sıfatının olmadığı ve davacının işe girdiği tarihten itibaren Sağlık Bakanlığı işçisi olduğunun kabulü gerekir.

Yukarda ki açıklamalar ve davacının davalı Sağlık Bakanlığı'na ait hastane işyerinde her yıl yenilenen ve farklı firmaların aldığı şirket işçisi olarak çalışmasına devam ettiği dikkate alınarak, davacının ihale konusu veri hazırlama ve tıbbi sekreterlik işinde çalışıp çalışmadığı, bu işin yardımcı iş veya asıl iş olup olmadığı, kısaca davalı Bakanlık ile ihale ile işi alan şirketler arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi anlamında asıl alt işveren ilişkisinin kurulup kurulmadığı, işi alan şirketlerin hukuksal ve ekonomik bağımsızlığa sahip bulunup bulunmadıkları ihale sözleşmeleri incelenerek ve gerekirse işyerinde bilirkişi marifeti ile keşif yapılarak alınacak rapora sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ve yazılı gerekçe ile sonuca gidilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14/09/2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
M.Kılıçoğlu

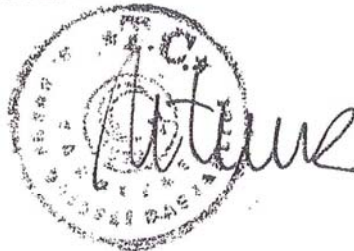
Üye
T.Özmen

Üye
S.Özfırat

Üye
R.Balta

Üye
Ö.H.Tuna

Ü.T.



ÖZET

COŞTU, Ahmet. Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

“Alt İşverenlik” kurumu, iş hayatında yaşanan hızlı gelişmeler ve bunun getirdiği değişimin, yapılan işlerde uzmanlaşmayı ve yardımlaşmayı gerekli kılması sonucunda İş Hukuku’na yeni giren kurumlardan birisidir. Kısa bir zamanda içerisinde geniş bir uygulama alanı bulan ve İş Hukuku’nda asıl olanın, bir işverenin kendi işçi ve organizasyonu ile iş görmesi ve alt işverenlik uygulamasının istisnai bir uygulama olması nedenleri ile, alt işverenlik kurumunun mevzuatta düzenlenmesi gerekmiştir.

İlk olarak 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı İş Kanunu ile kavram olarak mevzuatımıza giren alt işverenlik kurumu, birçok kez değişikliğe uğramış ve nihayet en son yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile son halini almıştır. Son değişiklikte Yargıtay içtihatları esas alınarak uygulamadaki kötüye kullanımlar engellenmek istense de, yine bazı hususlar tartışmaya açık bırakılmış ve hatta Toplu İş mevzuatında alt işveren kurumundan dahi bahsedilmemiştir. Bu durum ise alt işverenlik kurumu ile ilgili birçok yasal boşluğu ve uygulamada kötüye kullanımları da beraberinde getirmiştir.

Bu çalışmamızın Birinci Bölümü’nde “Alt İşveren Kavramı” inceleme konusu yapılarak önce terminoloji bakımından incelenmiş, kavram ile ilgili yasal düzenlemelere yer verilmiş ve devamında ise tanımı ve unsurları ele alınmıştır.

İkinci Bölümde “Alt İşverenlik İlişkisinin Kurulması” ve devamında da alt işverenliğin diğer üçlü ilişkilerle karşılaştırılması yapılarak bölüme son verilmiştir.

Üçüncü ve son Bölüm’de ise alt işverenlikte muvazaa ve alt işverenlik ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar incelenmiştir.

Sonuç olarak alt işveren kavramı ile ilgili son değişiklikler 4857 sayılı İK. ile yapılmış olsa da, bazı düzenlemelerin tartışmaya açık olması ve Toplu İş mevzuatında düzenlemeye yer verilmemiş olması hukuki düzenlemelerin yeterli olmadığını göstermektedir. Bu durum ise asıl işveren alt işveren ilişkisinde birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Alt işverenlik kurumunun uygulamada kötüye kullanılmaması için, tartışmaya açık düzenlemelerle ilgili ve Toplu İş Hukukunda 4857 sayılı İK. ile paralel ve uygulamadaki açıklıkları giderici yeni düzenlemeler yapılması zorunludur.

Anahtar Sözcükler:

1. Alt İşveren
2. Asıl İşveren
3. Alt İşveren Asıl İşveren İlişkisi
4. Diğer Üçlü İlişkiler
5. Alt İşverenlikte Muvazaa

ABSTRACT

COŞTU, Ahmet. The Sub Employer in The Law of Turkish Labour, Report of Graduate, Ankara, 2010.

“The Sub-Employer(subcontractor)” is one of the newest society, which has joined in the “Law Association of Labour” as a result of the rapid developments in labour life and the change that brings this because of the need of helping one another and becoming an expert at work. “The Sub-Employer(subcontractor)” association, which finds a vast area to be put into practice in a short time, needs to be rearranged in the laws of the land, because of both of the reasons that it is as an exceptional application. and it is the main thing in the “Law of Labour that an employer wants to work with his own employees and his own organization.

“The Sub-Employer(subcontractor)” association that came into the laws as a concept was at first legalized in 1936 with the Labour Law no. 3008 and it was changed several times, finally, it is changed last time with the Labour Law no. 4857. With the last change, however, it is wanted to prevent the misuses in the application by the convictions of The Supreme Court, some topics are still under debate, in addition, “The Sub-Employer Associations” are not under question, even in the Collective Labour of Law.

In the First Part of this work, at first, the conception of “The Sub employer(subcontractor)” is carefully studied as a research subject, then legal arrangements are mentioned related to the law

In the second part, the illegally establishing the sub employer(subcontractor) relationship and along with, the work is lasted with the comparison of the other threesome relations with the sub-employer(subcontractor),

In the third part which is last, in the sub-employer(subcontractor), the conflicts caused by the relations with the sub-employer(subcontractor) and collusion are examined.

In the end, it is changed fundamentally last time with the Labour Law no. 4857, however, because of some arrangements are still under debate, and so, there is no chance of change in the Collective Labour of Law, so, it shows that legal arrangements are not enough. Thus, this situation brings many problems together in the principal employer(contractor)- sub employer(subcontractor) relationship. In order not to be misused the application of “The Sub-Employer(subcontractor) Association”, it is absolutely necessary to apply the new regulations compensating for the gaps related to the subjects that are under debate and which is in parallel with “The Collective Labour of Law”.

Key Words:

1. The Sub Employer(Subcontractor)
2. The Principal Employer(Contractor)
3. The principal employer- sub employer relationship
4. The other threesome relations
5. The Illegally Establishing the Sub Employer relationship.