

**İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE
SORUMLULUK**

Salise Gizem BOZKUŞ

DANIŞMAN

Doç. Dr. ZEYNEP ŞİŞLİ

2018

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı



Doç. Dr. Mehmet Efe BİRESSELİOĞLU
(Enstitüsü Müdürü)

Bu tezin Yüksek Lisans derecesi için gerekli şartları sağladığını onaylarım.



Prof. Dr. Huriye KUBILAY
(Anabilim Dalı Başkanı)

Tez tarafımızdan okunmuş, Yüksek Lisans derecesi için kapsam ve kalite yönünden uygun olduğu kabul edilmiştir.



Doç. Dr. Zeynep Şişli
(Tez Danışmanı)

Jüri Üyeleri

Prof. Dr. Fevzi Demir



Doç. Dr. S. Alp Limoncuoğlu

Doç. Dr. Zeynep Şişli



ÖZET

Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinde Sorumluluk

Salise Gizem BOZKUŞ

İzmir Ekonomi Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Günümüzde gelişen teknoloji, ekonomik pazarda artan rekabet ve üretimde artan çeşitlilik karşısında özel sektör ve kamu işverenlerinin hem düşük maliyetle daha fazla ürün elde etmek, hem de iş organizasyonunu aşırı teşkilatlandırmadan üretimin teknolojik veya özel uzmanlık gerektiren bölümlerini de gerçekleştirebilmek amacıyla alt işverenlik uygulamasını tercih ettiği görülmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliğinde alt işverenlik ilişkisinin şartlarına ve başlıca hangi hallerde muvazaanın varlığının kabul edileceğine değinilmiştir. Asıl ve alt işveren arasındaki sorumluluğun müteselsil olduğu geçerli bir hukuki ilişkinin oluşmadığı muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinde işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri kabul edilerek hukuki sorumluluğun buna göre belirleneceği düzenlenmiştir. Ancak alt işverenlik ilişkisinin, işçilere ilişkin sorumluluktan kaçınmak amacıyla sıklıkla muvazaalı olarak kurulduğu görülmektedir. . Çalışmamızda söz konusu hukuki düzenlemelerin, muvazaalı olarak kurulan bir alt işverenlik ilişkisi içinde, alt işveren işçisi olarak görülen işçilerin haklarını korumada yeterliliğinin, işverenlerin hukuki sorumluluğu bağlamında, öğretide yer alan görüşler göz önüne alınarak ve Yargıtay kararlarının da irdelenmesi yoluyla tartışılması amaçlanmıştır. Temel ilkesi işveren karşısında zayıf konumda bulunan işçinin haklarının korunması olan iş mevzuatının, asıl işverenin sorumluluktan kaçınmayı hedefleyerek, muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisi kurma yoluyla işçiye karşı doğan hukuki sorumluluktan kurtulma olanağı tanımadığı sonucuna varılmaktadır. Ancak kanunda belirlenen haller dışında ve hatta bu hallerde dahi

gerçek hayatta karşılaşılan uyuşmazlıkların yargısal çözümü sırasında, muvazaa tespitinin yapılmasında hak kayıplarına yol açabilen eksikliklerin giderilmesine yönelik öğretilerde yer alan görüşler irdelenerek, mevzuat değişikliği önerilerine yer verilmiş ve katkı sağlanmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Alt işverenlik, Muvazaa, Asıl İşveren, Alt İşveren, Sorumluluk.



ABSTRACT

Responsibility in Sub-employment Relationship with Collusion

Salise Gizem BOZKUŞ

İzmir University of Economics

Institute of Social Sciences

Private Law Graduate Program

Currently developing technology, increasing competition in the economic market and increasing diversity in production leads private sector and public employers prefer sub-employing practice in order to obtain more products at low cost and to make parts of production that require technological or special expertise without over-organizing the work organization. In the Labor Act 4857 and the Regulation on Sub-employment, it has been mentioned that the conditions of the sub-employer relationship and in which cases the collusion occurs. In a sub-employment relationship that the responsibility between main and subcontractor is joint and there is no legal relationship, it is regulated that the workers will be accepted as workers of the main employer from the beginning and the legal responsibility will be determined accordingly. However, the subcontracting relationship is often with collusion in order to avoid responsibility for workers. In our study, it was aimed to discuss the adequacy of such legal arrangements of sub-employment relationships with collusion, in the protection of the rights of workers who are regarded as workers of sub-employers, in the context of the legal responsibility of employers, by examining the teachings of viewpoints in the Supreme Court. The basic principle is that the labor legislation, which protects the rights of the worker in a weak position against the employer, the main employer has been given the opportunity to avoid the legal responsibility arising from work by establishing a coherent sub-employer relationship aiming at avoiding responsibility. But beside the circumstances which determined by law and sometimes even in such kind of circumstances, in the process of judicial reolution of real-life conflicts, at the

phase of collusion determination, if there are any deficient which could cause any kind of lose right those clauses have to examine among the keys of related doctrine and the contrubitions introduced on the body of current law.

Key Words: Sub-employment, Collusion, Main employer, Sub-employer, Joint Liability.



TEŐEKKÖR

Çalıőmamın her aőamasında bana destek olan, yardımlarını ve bilgilerini esirgemeyen değerli hocam **Sayın Doç. Dr. Zeynep Şişli**'ye sonsuz teőekkürlerimi sunarım.



İÇİNDEKİLER

	SAYFA NO
ÖZET	iii
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
BÖLÜM	
1. GİRİŞ	1
2. ALT İŞVERENLİK KAVRAMININ TANIMI UNSURLARI VE ORTAYA ÇIKIŞI	3
2.1. ALT İŞVERENLİK KAVRAMININ TANIMI VE UNSURLARI	3
2.1.1. İŞÇİ KAVRAMI	3
2.1.2. İŞVEREN KAVRAMI	5
2.1.3. ALT İŞVERENLİK KAVRAMI	6
2.1.3.1. Tanımı	6
2.1.3.2. Niteliği	7
2.2. ALT İŞVERENLİĞİN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHSEL GELİŞİMİ	8
2.2.1. ALT İŞVERENLİK KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ	8
2.2.2. TÜRKİYE’DE ALT İŞVERENLİĞİN YASAL GELİŞİM SÜRECİ	12
2.3. ALT İŞVERENLİĞİN HUKUKİ DAYANAĞI VE KAYNAKLARI	12
2.3.1. 4857 SAYILI İŞ KANUNUNUN (İK) (R.G. T.10.06.2003, S.25134)	14
2.3.2. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİ (AİY) (R.G.,T.27.09.2008,S.27010)	16
3. İLİŞKİSİNİN KURULMASI VE YASAL KOŞULLARI	18
3.1. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN KURULMASI	18
3.1.1. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİ	18

3.1.2. BİLDİRİMİ VE TESCİLİ	21
3.2. ALT İŞVERENLİĞİN YASAL KOŞULLARI	22
3.2.1. İŞYERİNDE İŞÇİ ÇALIŞTIRAN ASIL İŞVERENİN VARLIĞI	23
3.2.2. İŞİN BİR BÖLÜMÜNÜ ÜSTLENEN KİŞİNİN İŞVEREN OLMASI	24
3.2.3. İŞİN ASIL İŞVERENE AİT İŞYERİNDE YAPILMASI	26
3.2.4. İŞÇİLERİN SADECE ASIL İŞVERENİN İŞYERİNDE ÇALIŞTIRILMASI	28
3.2.5. ALT İŞVERENE VERİLEN İŞİN İŞYERİNDE ÜRETİLEN MAL VE HİZMET ÜRETİMİNE İLİŞKİN OLMASI	30
3.2.6. ALT İŞVERENE VERİLEN İŞİN BELİRLİ BİR NİTELİKTE OLMASI	32
3.2.6.1. Asıl İşin Bir Bölümünde İşletmenin ve İşin gereği ile Teknolojik nedenlerle Uzmanlık Gerektiren Bir İş Olması	33
3.2.6.1. 1. Asıl İş Kavramı	34
3.2.6.1. 2. Koşulun Bölünerek Değerlendirilip Değerlendirilmeyeceği	36
3.2.6.1. 3. Uzmanlık Gerektiren İş Kavramı	39
4. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE MUVAZAA	41
4.1. MUVAZAA KAVRAMI	41
4.1.1. TANIM	41
4.1.2. MUVAZAAANIN UNSURLARI	42
4.1.3. MUVAZAA TÜRLERİ	44
4.1.3.1. Mutlak Muvazaa	44
4.1.3.2. Nisbi Muvazaa	44
4.1.4. MUVAZAAALİ İŞLEMİN SONUCU VE İSPATI	45
4.2. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE MUVAZAA KAVRAMI	46
4.3. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN SINIRLANDIRILMASI	48
4.3.1. İŞ KANUNUNDAN KAYNAKLANAN SINIRLANDIRMALAR	48
4.3.1.1. Asıl İşverenin İşçilerinin Alt İşveren Tarafından İşe Alınarak Çalıştırılmaya Devam Ettirilmek Suretiyle Haklarının Kısıtlanması	48
4.3.1.2. Asıl İşverenin Daha Önceden Çalıştırdığı Kişi İle Alt	50

İşverenlik İlişkisi Kurulması	
4.3.2. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİNDEN KAYNAKLANAN SINIRLANDIRMALAR	52
4.3.2.1. İşe Uygun Nitelikte Personelin Bulundurulmaması	52
4.3.2.2. İşe Uygun Nitelikte Ekipmanın Bulundurulmaması	54
4.3.3. DOKTRİNE GÖRE ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE MUVAZAA GÖRÜNÜMLERİ	55
4.3.3.1. Asıl İşverenin Alt İşveren İşçileri Üzerinde Yönetim Hakkını Doğrudan Kullanması	55
4.3.3.2. Alt İşverenin Sürekli Değişmesine Karşın Aynı Alt İşveren İşçilerinin Çalıştırılmaya Devam Edilmesi	57
4.3.3.3. Görünürde Kurulan Alt İşverenlik Sözleşmesi Vasıtası İle İşçilerin Haklarının Kısıtlanması	59
4.4. MUVAZAANIN İNCELENMESİ	61
4.4.1. İDARİ İNCELEME (İŞ MÜFETTİŞİ İNCELEMESİ)	61
4.4.1.1. Genel olarak İdari İnceleme	61
4.4.1.2. İş Müfettişi İncelemede Dikkate Alınan Kriterler	62
4.4.1.3. İdari İncelemenin Yapılacağı Zaman	64
4.4.1.4. İş Müfettişi Raporunun İşverenlere Tebliği	65
4.4.1.5. İş Müfettişi Raporuna İtiraz ve Kanun Yolları (6552 Sayılı Kanunun getirdiği yeniliklere göre)	66
4.4.2. YARGISAL İNCELEME	68
5. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE SORUMLULUK	70
5.1. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE SORUMLULUK	70
5.1.1. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE HUKUKİ SORUMLULUK	70
5.1.2. MÜTESELSİL SORUMLULUK KAVRAMI	71
5.1.3. ASIL İŞVEREN İLE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ MÜTESELSİL SORUMLULUK	72
5.1.4. ASIL İŞVEREN İLE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ MÜTESELSİL SORUMLULUKTAN DOĞAN RÜCU İLİŞKİSİ	74
5.1.4.1. Rücu Kavramı	74

5.1.4.2. İşverenlerin Rücu Edebilecekleri Kalemler	75
5.1.4.3. Önceki Alt İşverenlere Rücu Edilebilecek Kalemler	76
5.1.4.3. 1. Kıdem Tazminatı	76
5.1.4.3. 2. İhbar Tazminatı	77
5.1.4.3. 3. İş Güvencesi Tazminatı ve Boşta Geçen Süreye	78
İlişkin Ücret	
5.1.4.3. 4. Diğer İşçilik Alacakları	79
5.1.5. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE RÜCU İLİŞKİSİ	79
5.2. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN KANUNİ SONUÇLARI	84
5.2.1. ALT İŞVEREN İŞYERİNİN TESCİLİNİN İPTALİ VE ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN BAŞLANGIÇTAN İTİBAREN ASIL İŞVEREN İŞÇİSİ SAYILMALARI	84
5.2.2. İDARİ PARA CEZASI	85
5.3. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE YAPTIRIM VE BUNA İLİŞKİN SORUMLULUK	86
5.3.1. YAPTIRIMIN TÜRÜ	86
5.3.2. BUTLAN (KESİN HÜKÜMSÜZLÜK) KAVRAMI	87
5.3.3. MUVAZAALI ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE BUTLANIN SONUÇLARI	88
5.3.3.1. İşyerindeki İşçi Sayısı Bakımından Etkisi	88
5.3.3.2. İşçilik Alacaklarına Etkisi	89
5.3.3.3. Sosyal Güvenlik Ve Vergi Hukukundan Doğan Sorumluluklara Etkisi	90
5.3.3.4. İşe İade Davalarına Etkisi	90
6. KAMU KURUMU NİTELİĞİNDEKİ KURULUŞLAR BAKIMINDAN MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE YAPTIRIM VE SORUMLULUK	94
6.1. KAMU KURUMU NİTELİĞİNDEKİ KURULUŞLAR BAKIMINDAN ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNE GENEL BAKIŞ	94

6.2. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN KURULUŞU BAKIMINDAN KAMU VE ÖZEL SEKTÖRDEKİ FARKLILIKLAR	96
6.2.1. İŞVEREN SIFATININ VARLIĞI BAKIMINDAN	96
6.2.2. ALT İŞVERENE VERİLECEK İŞİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN	97
6.3. SORUMLULUK VE MUVAZAA (6552 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN YENİLİKLERE GÖRE)	99
6.3.1. KIDEM TAZMİNATINA İLİŞKİN SORUMLULUK	99
6.3.2. HİZMET ALIMINDA UYULACAK KRİTERLER	101
6.3.3. MEVZUATA AYKIRILIĞA İLİŞKİN YAPTIRIMLAR	104
7. SONUÇ	106
KAYNAKLAR	112

KISALTMALAR

AİY	: Alt İşverenlik Yönetmeliği
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
E	: Esas
Md.	: Madde
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK	: İş Kanunu
İLO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
K	: Karar
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s	: Sayfa
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Vb	: Ve benzeri
Vd	: Ve devamı
Y	: Yargıtay



BÖLÜM 1

GİRİŞ

Günümüzde değişen çalışma koşulları neticesinde işverenler işletmelerini gelişen yeni duruma adapte edebilmek ve varlıklarını koruyabilmek adına farklı istihdam modellerine yönelmektedirler. Belirli şartların varlığı halinde işin bölünerek bir başka işverene verilmesi biçiminde gerçekleştirilen alt işverenlik uygulaması iş hukuku mevzuatımıza ilk defa 3008 sayılı kanun ile giren bir istihdam modelidir. Zaman içinde bilim ve teknolojinin gelişmesi sonucu, üretimin küreselleşmesi ve uzmanlık ihtiyacının artması ile bu istihdam modeli yaygınlaşmıştır. İşverenler alt işverenlik uygulamasına işyerindeki yemek temizlik vb. yardımcı işler için ek teşkilat kurmak veya uzmanlık ve teknolojik donanım gerektiren pek çok işi gerçekleştirmek için yeni yatırımlar yapmak gibi, maddi ve yönetsel külfetlerden kurtulmak amacıyla başvurduklarından, hâkim istihdam modeli halini almıştır.

4857 Sayılı İş Kanunu ile Alt İşverenlik Yönetmeliğinde hukuka uygun ve geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin yasal koşulları düzenlenmektedir. Buna karşın, uygulamada daha düşük maliyet ile üretim gerçekleştirmek adına daha düşük maaş ve daha zayıf sosyal haklar ile işçi çalıştırmak, işçilerin iş güvencesi hükümlerinden faydalanamamasını sağlamak ya da sendikal haklarını kullanmalarına engel olmak gibi amaçlarla, muvazaalı olarak pek çok alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu görülmektedir. Bu şekilde asıl işveren, işçi çalıştırmanın kendisine yüklediği hukuki sorumluluktan kaçınmayı da amaçlamaktadır. Bu tez çalışmasının amacı, alt işverenlik ilişkisinde muvazaalı halinde, işçilerin haklarının korunması ile ilgili gerek yasal düzenlemelerin, gerek yargısal denetimin yeterliliğinin tartışılmasıdır. Bu amaçla alt işverenlik ilişkisinin hangi hukuki koşulların varlığı halinde geçerli olarak kurulabileceği ve hangi hallerde ilişkinin muvazaalı olduğundan söz edilebileceği mevzuat, öğretisi ve Yargıtay kararları göz önüne alınarak irdelenmeye, muvazaalı bir alt işverenlik

ilişkisinde işçilerin hakları bakımından hukuki sorumluluğun kime ve ne şekilde ait olacağı hususu incelenmeye çalışılmıştır.

Bireysel iş hukuku odaklı olarak gerçekleştirdiğimiz ve beş ana bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde alt işverenlik kavramı tanımlanarak ortaya çıkışı, unsurları ve kaynaklarına değinilmiştir. İkinci bölümde mevzuata uygun ve geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin yasal koşulları belirtilmiş ve alt işverenlik sözleşmesi kavramı açıklanmıştır. Üçüncü bölümde muvazaa kavramı açıklanmış, bir alt işverenlik ilişkisinin hangi hallerde muvazaalı olarak kabul edildiği hususu mevzuat, doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında incelenerek muvazaanın idari ve yargısal denetimine değinilmiştir. Dördüncü bölümde ilk olarak mevzuata uygun olarak kurulan bir alt işverenlik ilişkisinde işverenler arasındaki müteselsil sorumluluk ve rücu ilişkisi ile buna kıyasla muvazaalı alt işverenlik ilişkisindeki rücu ilişkisi incelenmiştir. İkinci olarak da muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinden doğan kanuni sonuçlar ile muvazaa nedeniyle doğan butlan yaptırımı ve işverenlerin hukuki sorumluluğuna etkisi incelenmiştir. Son bölümde ise özel sektöre kıyasla kamuda muvazaalı olarak kurulan bir alt işverenlik ilişkisinden kaynaklanan yaptırımlar ve hukuki sorumluluğa değinilmiştir. Bu bölümde kamuda alt işverenlik konusunda 6552 sayılı yasa ile yapılan son yasal değişiklikler tartışılmaya çalışılmıştır. Sonuç bölümünde, uygulama ve öğretilerde yer alan görüşlerden yola çıkılarak, öneriler geliştirilmeye çalışılmıştır. Yazılı kaynakların; bu kapsamda konu ile ilgili eser, makale, karar incelemesi ve Yargıtay kararlarının taranması yolu ile yapılan bu çalışmada, idari cezalar dışında, ceza hukukundan kaynaklanan sorumluluğa değinilmemiş, toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açılarından konu irdelenmemiş, bireysel iş hukuku açısından alt işverenlik ilişkisinde işveren sorumluluğu ile idari ve yargısal denetimi ile sınırlı bir çalışma yapılmıştır.

BÖLÜM 2

ALT İŞVERENLİK KAVRAMININ TANIMI UNSURLARI VE ORTAYA ÇIKIŞI

2.1. ALT İŞVERENLİK KAVRAMININ TANIMI VE UNSURLARI

2.1.1. İŞÇİ KAVRAMI

Türk iş hukukunda kural olarak işçi kavramı, iş (hizmet) akdi ile çalışan kişileri “işçi” olarak tanımlanmaktadır.¹ Keza 857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasında “*Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi... denir.*” ifadesine yer verilmektedir. O halde işçilik kavramının ortaya çıkması için bir iş akdinin bulunması gerekmektedir.² Buna göre iş (hizmet) akdi kavramı da 4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrasında iş akdi; “*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Yine Türk Borçlar Kanunu’nun 393. maddesinin 1. fıkrasında “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmaktadır. O halde iş akdinin kurulmuş olması ve dolayısıyla da “işçi” kavramının doğması bakımında bir işin görülmesi³, buna karşılık bir ücretin ödenmesi⁴ ve taraflar arasında bir bağımlılık olmasının

¹ Çelik Nuri, s.33 vd, Mollamahmutoğlu Hamdi, s.139 vd., Süzek Sarper, s.121 vd., Demir, Fevzi, s.43, 44, 45.

² İşçi sıfatının kazanılabilmesinin ön koşulunun bir iş akdinin kurulması olduğu göze alındığında, her şeyden önce tarafların serbest iradeleri ile kabul ettikleri sözleşmesel bir ilişkinin varlığının zorunlu olduğu ortadadır. Bu nedenle cezaevleri ve çocuk ıslah evlerinde yapılan çalışmalar bakımından, çalışan kişilerin serbest iradeleri değil de kamu hukukundan kaynaklanan bir iş görme faaliyeti söz konusu olduğundan burada bir iş akdi bulunmamakta dolayısıyla bu kişiler bakımından biri işçi sıfatı da doğmamaktadır. Süzek Sarper, s.121

³ Burada bahsedilen iş kavramı ve iş görme borcunun konusu, bir gerçek kişinin ekonomik açıdan değer taşıyan her türlü bedensel, bilimsel, teknik, düşünsel veya sanatsal iş olabilir. Süzek Sarper, s.218.

⁴ İşçinin yerine getirdiği iş görme ediminin karşılığı olarak bir ücretin ödenmesi iş akdinin kurulması bakımından zorunlu bir unsurdur. (İK. Md.8) **Ayrıca Bkz.** Demircioğlu / Centel, s.46-47, Mollamahmutoğlu, Hamdi, s.258vd, Süzek Sarper, s.218-219. Yine bu nedenle ücret karşılığı olmadan gerçekleştirilen iş görme faaliyetleri ya da sosyal sorumluluk vb. amaçlı faaliyetler bakımından taraflar arasında bir iş akdinin durulduğu söylenemez.. Y9.HD18.06.2001, 8123/10422,1343.

gerektiği görülmektedir. Maddede sözü edilen “bağımlılık” unsuruna göre işçi, ücret karşılığı gerçekleştirdiği bu iş görme edimini işverene bağımlı biçimde gerçekleştirmediği takdirde taraflar arasında bir iş akdi kurulmuş kabul edilmeyecektir. Burada bahsedilen bağımlılık unsuru; işçinin işverenin otoritesi altına girerek ondan talimat almak, işverence komuta edilmek sureti ile iş görmesi ve bu nedenle de işveren ile işçinin kişiliği üzerinde otorite kaynaklı bir bağın ortaya çıkması olarak ifade edilebilir. Buna göre işçi, iş görme edimini *işverenin yönetim, gözetim ve denetimi altında* ifa eder.⁵ Elbette bu bağımlılık unsuru keskin ölçütleri bulunmayan görelî bir kavramdır. Öyle ki her bir işçinin faaliyet gösterdiği işin türüne ve bu işin gereklerine göre bağımlılık unsuru farklı yorumlanabilir. İşçinin yönetici sıfatını taşıması ya da vasıfsız olması vb. etkenlere göre işçi ile işveren arasındaki bağımlılık durumu ve derecesi farklılık gösterebilmektedir.⁶

İş akdinin unsurlarından olan bağımlılık ilkesinin niteliği ise *kişisel/hukuki bağımlılık* olarak ifade edilebilir.⁷ Ancak günümüz koşullarında ekonomik ve teknolojik gelişmeler nedeni ile çalışma ilişkileri ve dolayısıyla işçi – işveren ilişkileri de değişikliğe uğrayabilmektedir. Özellikle günümüzde iletişim araçlarındaki gelişmeler ile farklı istihdam modellerine duyulan gereksinimler neticesinde yürütülen çalışma işyerinin dışına taşmış ve/veya bilinen anlamda iş ilişkisine kıyasla daha esnek bir çalışma tarzına geçilmiştir.⁸ Hal böyle olunca hizmet gören tarafın işverene bağımlı olarak çalışıp çalışmadığının buna bağlı olarak aralarında bir iş akdinin vücut bulup bulmadığının yani iş görenin iş hukuku anlamında işçilik sıfatını kazanıp kazanmadığının tespiti için “*işverenin iş organizasyonunda iş görme*” ölçütü de göz önüne alınmaya başlanmıştır.⁹ Buna göre iş görme edimini ifa ederken çeşitli nedenlerden ötürü daha esnek şartlar ile çalışmak durumunda olanların (iş paylaşımı vb. esnek çalışma modelleri ile

⁵ Süzek Sarper, s.219-220, Çelik Nuri s. 85 vd., Narmanlıoğlu Ünal, s.169 vd.

⁶ Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s.53-54, Güzel Ali, (İşçi Kavramı), s.28-29, Centel Tankut, s.58

⁷ İşçi ile işveren arasındaki iş akdi ile kurulan ilişkide, işçinin işverenin otoritesi altına girmeyi ve talimatlara uyacağını taahhüt etmesi (aralarındaki eşitlik durumu bozulduğundan) hukuki açıdan da bir bağımlılık doğuracağından işçi ve işveren arasında hem kişisel hem de hukuki bir bağımlılık bulunmaktadır. Güzel Ali, (İşçi Kavramı) s.27, Süzek Sarper, s.220-221.

⁸ Centel Tankut, s.59, Güzel Ali, (İşçi Kavramı) s.24-42, Narmanlıoğlu Ünal, s.174

⁹ Güzel Ali, (İşçi Kavramı) s. 30-42, Süzek Sarper s.222,223; Akyiğit Ercan, s.85, Doğan Yenisey Kübra, (İşyeri) s.79 vd., Kılıçoğlu / Şenocak s.17,18,19. Ayrıca Bkz. Y9HD 22.2.2010 10530/4617 , Y9HD 29.3.2010 2672/8483

çalışanlar, çağrı üzerine çalışanlar gibi) da bir başkasının iş organizasyonunun parçası olmak ile o kişiden talimat alarak faaliyet göstermek ve bu yolla o kişinin yönetimine tabi olmak ile otoritesi altına girmek suretiyle bağımlılık unsurunu sağladığını, bu sayede bir iş akdine bağlı olarak çalıştığının belirlenebildiğini ve böylece işçi sıfatını da kazandığını söyleyebiliriz.¹⁰

Elbette başkasının iş organizasyonunda iş görme ölçütünü fazla geniş ölçüde algılamamak yerinde olacaktır zira başkasının iş organizasyonunda iş görmesine karşın kendi adına ve hesabına da çalışan, kendi müşterileri olan, kendi çalışma sınırlarını belirleyebilen ve karar verme özgürlüğü olan kimseler o işverenin işçisi kabul edilmezler.¹¹

Sonuç olarak iş gören kimse, bu iş karşılığında belirli bir ücrete hak kazanıyor ve bu iş görme edimini de iş sahibine bağımlı bir biçimde gerçekleştiriyorsa iş gören ile iş sahibi arasında bir iş akdinin kurulmuş olduğu ve dolayısıyla da iş gören bakımından işçilik sıfatının kazanıldığını söyleyebiliriz.

2.1.2. İŞVEREN KAVRAMI

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre “...İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren... denir.”¹² Bu maddeyi incelediğimiz takdirde işveren sıfatını kazanma ölçütü olarak, söz konusu hukuki ilişkideki işçilik sıfatına haiz olunup olunmadığı göz önüne alınmaktadır diyebiliriz. Aynı şekilde 854 sayılı Deniz İş Kanunu (m.1/1, 2/B) ile 5953 sayılı Basın İş Kanunu (m.1, 4) incelendiğinde de işverenlik sıfatının kazanılmasındaki ölçütün bir iş akdine dayanılarak işçi (gemi adamı / gazeteci) çalıştırmak olduğunu söyleyebiliriz.¹³

İşçi kavramını açıklarken de belirttiğimiz gibi işveren sıfatının kazanılması için de taraflar arasında bir iş akdinin doğmuş olması gerekmektedir. Bu nedenle işveren sıfatının kazanılması için de iş sahibi işi görene

¹⁰ Narmanlıoğlu Ünal s.174, Süzek Sarper s.223; Demir, Fevzi, s.49, 50, 51.

¹¹ **Ayrıntılı bilgi için Bkz.** Süzek Sarper, s.23,24.

¹² Bu hükümde yer alan tanım göz önüne alındığında işveren; gerçek kişi, özel hukuk tüzel kişisi (şirket, dernek, vakıf, kooperatif, sendika, vb.) kamu hukuku tüzel kişisi (KİT, üniversite, belediye vb.) ya da tüzel kişiliği olmayan bir kuruluş (bakanlıklar, adi şirketler ya da başka kamu kurumları vb.) olabilir. Süzek Sarper, s.131.

¹³ Süzek Sarper, s. 130-131.

gerçekleştirdiği faaliyete karşılık olarak belirli bir ücret ödemeli ve iş gören de iş sahibine bağımlı bir biçimde bu faaliyeti gerçekleştirmelidir. Bu durumda işveren kavramı, *işçiye emir ve talimat verme hakkına ve işçinin işi görmesini talep etme hakkına sahip bir gerçek veya tüzel kişi* olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴

İşveren kişisi bu hak ve yetkilere haiz olduğu gibi aynı şekilde işçiye karşı hukuki sorumluluklara da sahiptir. Öyle ki işveren, iş hukuku mevzuatından veya iş akdinden kaynaklanan borç ve yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınacak olursa bu durumun hukuki, idari ve cezai yaptırımları ile karşı karşıya gelecektir.¹⁵ Eğer iş akdine taraf birden farsa gerçek kişi işveren var ise kural olarak bu kişiler birlikte sorumludurlar.¹⁶ Somut-somut işveren görünümünün bulunduğu hallerde ise kural olarak iş görme ediminin alacaklısı olan soyut işveren bu hukuki sorumlulukların muhatabıdır.¹⁷ Yine tüzel kişi işveren konumunda bulunan bir ticari şirket iş hukuku mevzuatı ve iş akdinden kaynaklanan borç ve yükümlülüklerin muhatabı durumundadır bu nedenle de idari yaptırım ve idari para cezalarına karşı da sorumludur.¹⁸

2.1.3. ALT İŞVERENLİK KAVRAMI

2.1.3.1. Tanımı

Mevzuatta yer alan kriterlerin varlığı halinde işyerinin bir kısmında ya da eklentisinde, iş sahibi asıl işverenin dışında başka işverenler de işçi çalıştırabilmektedir.¹⁹ Örneğin bir tekstil fabrikasında üretimde uygulanacak özel bir baskı işi (asıl işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirecek bir bölümü) alt işverene devredilebilir ya da fabrikadaki yemekhane gibi bir yardımcı iş alt

¹⁴ Süzek Sarper, s. 131, Tunçomağ Kenan, s.111, Engin E. Murat s.116.

¹⁵ Süzek Sarper, İş Hukuku Yaptırımları, s. 135 vd.

¹⁶ Süzek Sarper, s. 140.

¹⁷ İşveren sıfatına sahip olan kişi hem iş görme ediminin alacaklısı hem de emir ve talimat verme hakkının sahibi konumundadır ancak bu durumun istisnaları mevcuttur. Örneğin; **küçüklük veya kısıtlılık halinde**; küçük veya kısıtlı olan işveren iş görme ediminin alacaklısı durumundadır ancak emir ve talimat verme hakkı işverenin yasal temsilcisine devrolmuş durumdadır. Yine **iflas durumunda** müflis iş görme ediminin alacaklısıdır ancak emir ve talimat verme hakkı iflas masasına devrolunmuş durumdadır. Bunun gibi **mirasçılar** iş görme ediminin alacaklısı konumundayken vasiyeti tenfiz memuru emir ve talimat verme hakkını devralmış durumundadır. Hal böyle olunca buradaki iş görme ediminin alacaklısı konumundaki kişi öğretilen **soyut işveren**, emir ve talimat verme hakkını elinde bulunduran kişi ise **somut işveren** olarak adlandırılmaktadır. **Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.** Süzek Sarper s.131

¹⁸ Süzek Sarper, İş Hukuku s. 139-140-141, Süzek Sarper, İş Hukuku Yaptırımları, s.182-183.

¹⁹ Demir, Fevzi, s.54, 55, 56.

işverene devredilebilir. Yine bir inşaat işinde yapılan binanın elektrik veya atık su tesisatı işi asıl işverence ve asıl işverenin işçileri tarafından yapılmak yerine alt işverene verilebilir.²⁰ İş hukukumuz bu durumun varlığını tespit ederek tanımını ve şartlarını ortaya koymuştur. Öyle ki 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.*” şeklinde ifade edilerek alt işverenlik kavramı tanımlanmıştır. Yine 27.09.2008 tarihli Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde (m.3/a.) “*Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları*” alt işveren olarak kabul etmektedir.²¹

2.1.3.2. Niteliği

Alt işveren kendi işçilerinin karşısında doğrudan işveren konumundadır ve asıl işverenin işyerinin bir bölümü veya eklentisi konumundaki alt işverenin faaliyet sahası da alt işverenin işçileri bakımından doğrudan işyeri hükmündedir. Bunun yanında alt işverenin işçilerinin doğrudan asıl işverenle aralarında bir iş akdi bulunmamaktadır. Bu işçiler alt işverene iş akdi ile bağlı olup alt işverenden talimat alarak çalışır ve işçilik hakları ile ücretlerini alt işverenden alırlar.²²

²⁰ Süzek Sarper, İş Hukuku s.141-142.

²¹ Görüldüğü gibi bir işverenin, **sadece yardımcı işler** veya **asıl işin bir bölümünde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler** bakımından bir alt işverenle ilişki kurabilmesi, yasal anlamda mümkündür. Bu nedenle gerek mal, gerekse hizmet üretim süreci içinde, bir iş, yardımcı iş olarak tanımlanamadığı veya iş aranan kriterler doğrultusunda bölünemediği sürece, alt işverenlik kurumunun işletilmesi olanak dahilinde değildir. Hekimler, Alpay. “*Asıl İşveren–Alt İşveren İlişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi.*”

²² Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. Maddesinin 6. Fıkrasında belirtildiği üzere “*...Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden*

Burada alt işveren gerçekleştirdiği işi kendi adına ve hesabına yapar bu nedenle işveren vekili konumunda değildir. Asıl işveren ile arasında vekâlet ilişkisi ya da iş akdi bulunmaz ancak taşıma akdi ya da istisna akdi vb. olabilir.²³

2.2. ALT İŞVERENLİĞİN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

2.2.1. ALT İŞVERENLİK KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ

Günümüzde rekabetin artması, işverenleri olabildiğince en verimli üretim şekillerine yönlendirmektedir. Örneğin işletmeler hizmet kullanımı (outsourcing)²⁴ yöntemi ile yaptıkları bazı işleri özellikle bu alanda çalışan farklı işverenlere aktarmakta ve bu şekilde maliyet ve zamandan tasarruf etmenin yanında üretimde kalite yükselişi de sağlamaktadır. İşletme bu istihdam modeli vasıtasıyla, tüm enerjisini kendi uzmanlık konuları üzerine yönelterek verimliliği ve rekabet gücünü yükseltmektedir.²⁵

Teknolojik gelişmelerde yaşanan ciddi ölçüdeki artış neticesinde işletmeler, bu gelişen ve değişen üretim ve piyasa şartlarına uyum sağlamayı amaçlamaktadır. Şüphesiz ki teknolojik gelişmeler işletmeler bakımından rekabetin ortaya çıkmasındaki en önemli nedenlerden biridir. Teknolojik yenilikler sayesinde hem ürün çeşitliliği ve kaliteyi arttıracak hem de maliyeti düşürecek yeni sistemlerin oluşturulması mümkündür. Bu nedenle üretimde veya sunulan hizmette kullanılacak yeni ve gelişmiş teknolojilerin sağlanması ve buna bağlı olarak da bu alanda eğitimli ve uzman personel ihtiyacının doğması kaçınılmaz bir gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁶

veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”

²³ Süzek Sarper, s.141,142; Demir, Fevzi, s.54, 55, 56.

²⁴ Outsourcing yani dış kaynak kullanımı, “işletmenin kendisine rekabet avantajı sağlayan temel yeteneklerine odaklanmasına, kendi uzmanlık alanına girmeyen faaliyetleri ise bu konuda uzmanlaşmış, organizasyon dışındaki işletmeler aracılığıyla gerekli kalite standartlarına uygun bir biçimde sağlamasına imkân veren bir yönetim stratejisidir” Terim Olarak “to outsource”: “Bazı mal ya da hizmetleri, bir sözleşme kapsamında organizasyonun dışındaki bir kaynaktan sağlama” şeklinde tanımlanmıştır. **Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.** Human Resources İnsan Kaynakları ve Yönetim Dergisi, (2004), <http://www.hrdergi.com>, İter, H. Melih. "Global Dışsal Tedarik (Outsourcing)", İstanbul Ticaret Odası, 2002.

²⁵ Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Dergisi, “Soru, Cevap Ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren” 15 Şubat 2012, Yayın No: 318, s.7-8; Limoncuoğlu Alp, s.49, 50, 51.

²⁶ Uygur A. - Göral R.; Yönetim ve Organizasyon, s.188.

Küreselleşme kavramı farklı istihdam modellerine ihtiyaç duyulmasının önemli bir nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. 1980’li yıllardan sonra, ticaretin ve iletişim teknolojisinin hızla gelişmesinin doğal bir sonucu olarak küreselleşme kavramı önem kazanmıştır. Küreselleşme; “*dünya devletlerinin ekonomilerinin bütünleşmesini ve ülkeler arası sınırların etkisinin azalmasını, böylelikle de mal ve sermaye akışının kolaylıkla sağlanmasını*” biçiminde tanımlanabilir.²⁷ Teknolojik gelişmeler sonucunda üretim çeşitliliğinin artması ile iletişim ve ulaşım olanaklarının iyileşmesi ve müşterilerin sunulan ürün ya da hizmet sahip olduğu bilgideki artış dolayısıyla da taleplerdeki çeşitliliğin artması küresel anlayışlı bir pazar yapısının doğmasına sebebiyet vermiştir.²⁸

Rekabet edebilmek, küresel etkiler altındaki piyasa şartları göze alındığında işletmeler için hayati bir önem taşımaktadır. Öyle ki işletmeler bu piyasa şartları altında ve teknolojik gelişmeler karşısında rekabet edebilirliğini kaybetmemek adına yeni stratejiler geliştirme yoluna gitmektedir. Çünkü pazardaki değişimlere hızlı biçimde adapte olabilen işletmeler rekabet bakımından avantaj elde etmektedirler.²⁹

Bir işletmenin rekabet edebilirliğini arttırmak ve korumak için ürün ve hizmet üretiminde verimlilik, ürün niteliğinde yükseliş, kalite ve piyasaya kıyasla daha özgün bir üretim sağlayabilme gibi hedeflere odaklanması gerekmektedir. Aynı şekilde, müşteri ihtiyaçlarındaki değişimleri de karşılama yeteneğine sahip olması gerekmektedir.³⁰ Hal böyle olunca rekabet edebilirliği sağlamak ve korumak adına alınan önlemler arasında istihdam modellerimde farklılıklar gerçekleştirmek de yer almaya başlamıştır.³¹

²⁷ Aydınli, F. "Stratejik insan Kaynakları Yönetiminde Dış Kaynaklardan Yararlanma ve Bankacılık Sektöründeki Uygulamalara ilişkin Bir Araştırma." , s. 35.

²⁸ Karahan, A. "Dış Kaynak Kullanımının Verimlilik Üzerine Etkisi: Hastane Yöneticileri Üzerine Bir Araştırma" s. 186.

²⁹ Tanyeri, Mustafa - Aytakin Fırat "Rekabet Değişkeni Olarak Dış Kaynak Kullanımı (Outsourcing)." (2005) s.268

³⁰ Gökçen Ayan B., "Dış kaynaklardan yararlanma yaklaşımı olarak Türkiye'deki kamu kurumlarında alt işverenlik uygulamaları", s.25.

³¹ Limoncuoğlu Alp, s.50,51.

Ayrıca rekabet konusunda avantaja sahip olmak bakımından en önemli noktalardan biri de **maliyettir**.³² Düşük maliyet ve yüksek kalite rekabet edebilirlik bakımından temel hedef konumundadır.³³

Yukarıda bahsettiğimiz ekonomik şartlarda yenilikler, bilimsel ve teknolojik yenilikler ile siyasi ve sosyal gelişmeler³⁴ doğası gereği iş hukuku kavramında da yeniliklere ve farklı anlayışlar ile farklı ihtiyaçların doğumuna neden olmuştur.³⁵ Yine yukarıda bahsettiğimiz faktörler neticesinde ticaretin doğası gereği oluşan rekabet ortamına uyum sağlayabilmek adına işletmeler daha hızlı, daha nitelikli ve daha büyük miktarlarda üretim gerçekleştirebilmek adına yeni çözüm arayışlarına girmesi³⁶ ile yeni ve farklı istihdam modellerine yönelik bir ihtiyaç doğmuştur.³⁷

Bu ihtiyaca yönelik olarak da “*iş hukukunda esneklik*” kavramı ortaya çıkmıştır.³⁸ Bu kavram, sert ve sınırlayıcı iş hukuku mevzuatının olabildiğince yumuşak yorumlanarak yeni gelişmeler karşısında çözüm yolları arayan işverenin bu ihtiyacını karşılayabilecek nitelikte ve özgürlükte iş ilişkileri kurabilmesine olanak sağlanması şeklinde açıklanabilir.³⁹ Ancak hükümlerin yumuşak yorumlanması elbette ki tümüyle iş hukukunun temel ilkelerinin ve özellikle “işçinin korunması” prensibinin ortadan kaldırılacağı anlamına da gelemeyeceğinden bu yumuşak yorumlama talebi “*mümkün olduğu ölçüde işçinin*

³² Maliyet kavramı: “*Mamul ve hizmetleri üretmek için yapılan harcamalardır*” **Bkz.** İlter, 2002, s.30

³³ Franceschini, F., Galetto, M., Pignatelli, A., ve Varetto, M., (2003), Outsourcing Guidelines for A Structured Approach. Benchmarking, 10 (3): 246-260, s.246.

³⁴ Limoncuoğlu Alp, s.72, 73, 74.

³⁵ Ekonomi, Münir; “*Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi*”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, 21-52, s.21.

³⁶ Ekonomi, Münir: *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi*, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, 21-52, s.22.

³⁷ Süzek Sarper, s. 19-22.

³⁸ Ekonomi, Münir: 4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Aralık 2008, Sicil İHD, S.12, 5-23, s 5vd, Ekonomi, Münir: Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, 55-81, s.60, **İş Hukukunda esneklik hakkında detaylı bilgi için Bkz.** Süzek Sarper, s. 19-22; Limoncuoğlu, Alp, s. 71 - 138.

³⁹ Ekonomi, Münir: 4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Aralık 2008, Sicil İHD, S.12, 5-23, s 5vd, Ekonomi, Münir: Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, 55-81, s.60, Süzek Sarper, s. 19-22.

korunması ve gerekli olduğu ölçüde kuralsızlaştırma” şekliyle mümkün olabilecektir.⁴⁰

İşte iş hukukunun doğası gereği zıt menfaatlere sahip işçi ve işverenin arasındaki bu hassas dengeyi kurabilmek⁴¹ ve “iş hukukunda esneklik” talebi ile iş hukukundaki güvence ihtiyacını dengeli bir biçimde karşılayabilmek adına “güvenceli esneklik”⁴² kavramı üzerinde durulmuştur.⁴³

Uygulamada iş hukukunda esneklik kavramı “dış esneklik”⁴⁴ olarak karşımıza çıkmaktadır. Zaten alt işverenlik kavramı da geçici işçi çalıştırma ya da evde iş gördürme gibi “istihdamda dışsallaştırma” modelinin bir görünümü konumundadır⁴⁵ ve hatta alt işverenlik uygulaması “mal ve hizmet üretiminin dışsallaştırılması” bakımından en yaygın uygulamalardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁶

⁴⁰ Ekonomi, Münir: 4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Aralık 2008, Sicil İHD, S.12, 5-23, s 5vd, Ekonomi, Münir: Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, 55-81, s.60, Süzek Sarper, s. 19-22.

⁴¹ 2003 İstihdam Klavuzunda da “Firmaların rekabet güçlerini arttırmayı destekleyecek, işte kalite ve verimi arttıracak, firmaların ve çalışanların ekonomik değişime uyumlarını kolaylaştıracak biçimde esneklik ve güvence arasındaki dengenin sağlanması” hedeflenmiştir. **Bkz.** Council Decision of 22 July 2003 on Guidelines for the employment policies of the Member States”, Official Journal Of The European Union.

⁴² **Güvenceli Esneklik:** “Eş zamanlı olarak ve bilinçli bir şekilde işgücü piyasalarında iş organizasyonlarında ve çalışma ilişkilerinde esnekliği artırırken, diğer yandan özellikle işgücü piyasası içindeki ve dışındaki zayıf gruplar için istihdam güvencesini ve gelir güvencesini arttırmayı hedefleyen politik bir stratejidir.” Wilthagen, Tom, “The Flexibility-Security Nexus: New Approaches To Regulating Employment And Labour Markets”, Paper Of The British Journal Of Industrial Relations, The Politics Of Employment Relations Conference, 16-17 September 2002, Windsor, UK.

“Göreceli olarak zayıf durumda olan çalışanların biyografilerin ve çalışma piyasası kariyerlerinin belirli bir derecede iş, istihdam, gelir ve kombinasyon güvencesi sağlanarak geliştirilmesi ve böylelikle sürdürülebilir yüksek kalitede bir çalışma piyasası katılımının ve sosyal içermenin sağlanması ile birlikte rekabet ve üretimin değişen şartlarına zamanında ve yeterli düzeyde ayak uydurabilmek ve daha da geliştirmek için belirli bir seviyede de sayısal (hem dışsal hem de içsel), işlevsel (fonksiyonel) ve ücret esnekliğinin sağlanması.” Limoncuoğlu Alp, s.75

⁴³ Ekonomi, Münir: 4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Aralık 2008, Sicil İHD, S.12, 5-23, s.6, Süzek, Sarper: Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil İHD, Haziran 2009, Y:4, S:14, 5-28, s.6, **İş Hukukunda esneklik hakkında detaylı bilgi için Bkz.** Süzek Sarper, s. 19-22.

⁴⁴ **Dış esneklik (veya uzaklaştırma stratejileri);** İşletme için gereken işgücünün dolaylı biçimde sağlanması şeklinde açıklanabilir. Bir işyerinde belirli işlerin başka bir işverenin işçileri tarafından gerçekleştirilmesi (alt işverenlik, geçici işçi çalıştırma vb.) buna örnek teşkil etmektedir. **Esnekliğin türleri hakkında detaylı bilgi için bkz.** TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik, Ankara 1999, 14-27

⁴⁵ Güzel, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, Birleşik-Metal İş, 2004/1, 31-66, s.33.

⁴⁶ Güzel, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, Birleşik-Metal İş, 2004/1, 31-66, s. 38, **Aynı yönde görüş için**

İşletmeler ürün ve hizmet üretiminde finansal açıdan başarı yakalayabilmek için kendi üretim odaklarına enerji harcamakta buna karşılık üretim faaliyetinin işleyişindeki yan gereksinimler bakımından dışarıdan hizmet sağlamak yoluna gitmektedir. Aynı şekilde temel üretim esnasında ihtiyaç duyulan teknolojik bir bileşen veya teknik uzmanlık gerektiren bir işi gerçekleştirirken de bu hizmeti dışarıdan alma yoluna gitmektedirler.⁴⁷ Bu durum özellikle mal ve hizmet üretiminin parçası olmayan (yemekhane, temizlik, ulaşım vb.) işler ile teknolojik ya da teknik uzmanlık gerektiren işlerin asıl işverenin işçileri yerine bir alt işverene devredilmek suretiyle gerçekleştirilmesine neden olmaktadır.

2.2.2. TÜRKİYE’DE ALT İŞVERENLİĞİN YASAL GELİŞİM SÜRECİ

Alt işverenlik kavramı ilk defa 1936 yılında 3008 sayılı İş Kanunu ile hukukumuzda girmiştir. Kanunun 1’inci maddesinde “*işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele etmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren sorumludur.*” ifadesine yer verilmiştir.⁴⁸ Bu ifadede alt işverenin işçilere karşı bir sorumluluğu olup olmadığından bahsedilmemiş sadece asıl işverenin sorumluluğu bakımından bu işçilerin “münhasıran” o işyerinde çalışıyor olması şartı belirlenmiş olup asıl işverenin sorumluluğu da alt işverenin yapmış olduğu sözleşmenin şartları ile çizilmiştir.⁴⁹

3008 sayılı Kanunda yer alan alt işverenliğe ilişkin ifade 1950 yılında yeniden *düzenlenerek asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir.*⁵⁰ Bu durumda hükmün yeni biçimi “*İşçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü bir şahsın aracılığıyla işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş*

Bkz. Soyer, Polat: 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil İHD, Mart 2006, 16-28, s.16.

⁴⁷ Uygur, A. / Göral R. s.187.

⁴⁸ “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4532#>”

⁴⁹ Narmanlıoğlu, Ünal: “*Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*”, LEGAL VEFA TOPLANTILARI (II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, 53- 72, s.54.

⁵⁰ Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Dergisi, “*Soru, Cevap Ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren*” 15 Şubat 2012, Yayın No: 318 , s. 8-9.

iseler, bu araçlar da asıl işverenle müştereken müteselsilen sorumludurlar” şeklinde olmuştur.

1960 yılında “Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 Sayılı ILO Sözleşmesi”⁵¹ Türkiye tarafından onaylanmıştır.⁵² Bu sözleşmede kamu kurumu niteliğindeki işyerlerinde işin alt işverenlere devredilmesi durumunda alt işveren işçilerinin haklarının korunmasını amacıyla düzenlenecek koruyucu hükümlere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.⁵³

1967 yılında 931 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin sorumlu tutulması için alt işveren işçilerinin “münhasıran” çalıştırılmaları zorunlu tutulmuş, ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden iptal edilmiştir.⁵⁴

Bunun üzerine 1475 sayılı İş Kanunu’nda 1971’de yapılan düzenleme ile Kanunun 1’nci maddesinde alt işveren “Bir işverenden belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçileri münhasıran o işyerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan doğan yükümlülüklerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.” şeklinde düzenlenmiştir.⁵⁵

2003 yılında yürürlüğü giren 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl-alt işveren ilişkisi “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam

⁵¹ ILO 94 Nolu Sözleşme için **Bkz.**” <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4532#>”

⁵² Bu sözleşme 4.12.1960 tarih ve 161 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir. **Bkz.** RG. 21.12.1960.

⁵³ Şahlanan, Fevzi; Alt İşveren Kavramı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1997, 191-200, s.191.

⁵⁴ E.S.: 1967/40, K.S. : 1970/26, K.G. : 14/5/1970, Resmi Gazete tarih/sayı: 11.5.1971/13833.

⁵⁵ 1475 sayılı kanun için **Bkz.** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4532#>”

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” şeklinde tekrar düzenlenerek, uygulamada yaşanan aksaklık ve kötüye kullanımlara engel olunmaya çalışılmıştır.⁵⁶

5538 sayılı Kanun ile 2006’da 4857 sayılı Kanun’un 2’nci maddesine iki fıkra eklenmiş ve kamu kuruluşları açısından alt işveren uygulamasına yönelik farklı düzenlemeler getirilmiştir.⁵⁷

5763 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 3’üncü maddesine yapılan bir ilave ile alt işverenin işyerini bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Alt İşverenlik Yönetmeliği” de bu düzenlemeye istinaden yayımlanmıştır.⁵⁸

“*Alt İşverenlik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*” düzenlenerek 25 Ağustos 2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bu yönetmelik ile 27.09.2008 tarihli “Alt İşverenlik Yönetmeliği” nin muvazaa incelemesini konu alan 13. maddesinde değişiklikler yapılmıştır.⁵⁹

2.3. ALT İŞVERENLİĞİN HUKUKİ DAYANAĞI VE KAYNAKLARI

2.3.1. 4857 SAYILI İŞ KANUNUNUN (İK) (R.G. T.10.06.2003, S.25134)

Mevzuatımızda alt işverenlik kavramı kaynağını 4857 sayılı İş Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 6, 7, 8 ve 9. fıkralarından alır. İş Kanununun 2/6. maddesinde “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer*

⁵⁶ 4857 Sayılı Kanun için Bkz. “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4532#>”

⁵⁷ 5538 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için Bkz. “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4532#>”

⁵⁸ Alt İşverenlik Yönetmeliği için Bkz. “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4532#>”

⁵⁹ Yönetmelik için Bkz. “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4532#>”

işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir...” ifadesine yer verilerek alt işverenliğin tanımı yapılmıştır.

Yine aynı fıkranın devamında “...*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.*” denilerek alt işveren ile asıl işverenin, alt işveren işçilerine karşı birlikte sorumluluğu düzenlenmiştir.

İş Kanunu madde 2'nin 7. fıkrasında ise “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*” ifadesi ile yasada tanımlanan bu alt işverenlik ilişkilerde işçilerin haklarını korumak amacıyla muvazaa kavramı düzenlenmiştir.

1.7.2006 tarihli 5538 sayılı yasanın 18. maddesi ile İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8.⁶⁰ Ve 9.⁶¹ fıkralar asıl işveren - alt işveren ilişkisinde kamu

⁶⁰ (EKLENMİŞ FIKRA RGT: 12.07.2006 RG NO: 26226 KANUN NO: 5538/18)

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

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

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

⁶¹ (EKLENMİŞ FIKRA RGT: 12.07.2006 RG NO: 26226 KANUN NO: 5538/18)

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

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

b) *Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz.*”

kurum ve kuruluşları lehine ayrıcalıklar getirmiştir. Bu hükümlerle kanun koyucu tarafından kamu kesimi işverenleri korunmuş ve bu kuruluşları alt işveren kurumunun yüklediği sorumluluklar ile yaptırımlardan kurtarma amacı güdülmüştür. Adı geçen fıkralara göre kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip ortaklıklar İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında belirtilen koşul ve sınırlamalara tabi olmaksızın, Kamu İhale Kanunu veya diğer yasa hükümleri çerçevesinde alt işverenlere iş verebileceklerdir. Bu şekilde alt işverenler tarafından çalıştırılanlar, bu kurum ve kuruluşların kendi işçilerinin iş mevzuatı veya toplu iş sözleşmelerine göre sahip oldukları haklardan yararlanamazlar, herhangi bir hak talebinde bulunamazlar.⁶²

2.3.2. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİ (AİY) (R.G.,T.27.09.2008,S.27010)

Alt işverenlik yönetmeliği, 4857 sayılı İş Kanununun 3 üncü maddesi hükmüne istinaden düzenlenmiş olup yönetmeliğin birinci maddesinde belirtildiği üzere “*asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulma şartlarını, alt işverene ait işyerinin bildirimini, tescilini, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususları*” belirlemek amacıyla düzenlenmiştir.

Ayrıca belirtilmelidir ki, Yönetmeliğin 3. maddesinde muvazaa kavramı detaylı olarak tanımlanmış olup⁶³ buna ilave olarak yine Yönetmeliğin 12. maddesinde muvazaa incelemesinde göz önünde tutulacak kriterler belirlenmiştir.⁶⁴ 13. maddede ise bu inceleme neticelerinden ve buna ilişkin itirazın usulünden bahsedilmektedir.

⁶² Aydın, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi Ve Muvazaa Sorunu, s.296-297

⁶³ Alt İşverenlik Yönetmeliği (md.3/g)

⁶⁴ Alt İşverenlik Yönetmeliği (md.12(2))

“ Muvazaanın incelenmesinde özellikle;

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

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

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

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

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

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

Yine Alt İşverenlik Yönetmeliği md.10'da alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar belirtilirken md.9'da ise alt işverenlik sözleşmesinin “yazılı” şekil ile yapılması gerektiği⁶⁵ ve “10 uncu maddede yer alan hususların bulunması hâlinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir” olduğu düzenlenmiştir.⁶⁶



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

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

Bkz.<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.12459&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch>

Ayrıca AİY md.12(2/b)'de yer alan “**işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık iş**” kavramı yine AİY md. 11(1)'de “**İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir.**” olarak açıklanmıştır.

⁶⁵ Alt İşverenlik Yönetmeliği (md.9(1))

⁶⁶ Alt İşverenlik Yönetmeliği (md.9(2))

BÖLÜM 3

İLİŞKİSİNİN KURULMASI VE YASAL KOŞULLARI

3.1. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN KURULMASI

3.1.1. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİ

Alt işverenlik sözleşmesi terimi hukukumuzda, 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile İş Kanunu md.3’te değiştirilen “...Bu Kanunun 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür...”⁶⁷ ifadesiyle girmiştir. Yine 5763 sayılı kanun ile İş Kanunu md.3’e eklenen “Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirim ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”⁶⁸ ifadesi vasıtasıyla Alt İşverenlik Yönetmeliği⁶⁹ hazırlanmıştır. Yönetmeliğin 10. maddesinde alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar maddeler halinde belirlenmiş olup⁷⁰

⁶⁷ (DEĞİŞİK FIKRA RGT: 26.05.2008 RG NO: 26887 KANUN NO: 5763/1)

⁶⁸ (EKLENMİŞ FIKRA RGT: 26.05.2008 RG NO: 26887 KANUN NO: 5763/1)

⁶⁹ (R.G., T.27.09.2008,S.27010)

⁷⁰ **AİY MD.10-(1)** “Alt işverenlik sözleşmesinde;

- a) Asıl işveren ile alt işverenin işyeri unvanı ve adresi,
- b) Asıl işveren ile alt işverenin tüzel kişiliği ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olması hâlinde işveren vekillerinin adı soyadı ve adresi,
- c) İşyerinde yürütülen asıl işin ne olduğu,
- ç) Alt işverene verilen işin ne olduğu,
- d) Alt işverene asıl işin bir bölümü veriliyor ise; verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme koşuluna ilişkin teknik açıklama,
- e) Taraflarca öngörülmiş işe başlama ve bitiş tarihleri,
- f) Alt işverenin faaliyetlerini işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceği,
- g) Kanunun 2 nci maddesinde yer alan; asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı,
- ğ) Alt işverenlik sözleşmesinin yapılmasından önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işveren tarafından işe alınması hâlinde, bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı,
- h) Alt işverene verilen işin taraflar açısından yürütülme esasları,
- ı) Asıl işveren veya vekili ile alt işveren veya vekilinin imzası, hususlarına yer verilir.”

yine Yönetmeliğin 9. maddesinde işbu sözleşmenin yazılı şekilde ve AİY md.10'da sayılan hususların bulunması halinde alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.⁷¹

Mevzuatımızda bu hükümlerle düzenlenen “alt işverenlik sözleşmesi” terimi öğretide görüş ayrılıklarına neden olmaktadır. Şöyle ki; bir görüşe göre “alt işverenlik sözleşmesi” iş hukukuna yönelik ayrı bir sözleşme değildir. İşbu sözleşme bir yazara göre asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan temel hukuki ilişki (istisna, taşıma, kira, vekâlet akdi vb.) kastedilmektedir.⁷² Başka bir yazara göre ise alt işverenlik sözleşmesi terimi ile “uygulamada asıl-alt işverenlerin aralarındaki ilişkileri genel olarak düzenlemek amacıyla yaptıkları ve yüklenicilik sözleşmesi, teknik şartname vb. isimlerle anılan sözleşmelerin” anlaşılması gerekmektedir.⁷³ Özetle bu görüşe göre; asıl işveren ve alt işveren arasındaki temel hukuki ilişkiyi belirleyen istisna, taşıma, kira, vekâlet vb. sözleşmenin yapılması halinde alt işverenlik ilişkisinin zaten kurulacağı ve hukuki sonuçlarının doğacağı, ayrıca bir “alt işverenlik sözleşmesi” ne gerek olmadığı savunulmaktadır.⁷⁴

Bu konudaki diğer görüşe göre ise alt işverenlik sözleşmesi, asıl işveren ve alt işveren arasındaki temel hukuki ilişkiyi düzenleyen sözleşme değil, “alt işverenlik ilişkisinin varlığını, kurulmuş olduğunu kanıtlayan ve bu bağlamda da alt işverenin işyerinin tescili açısından önem taşıyan belgelerden biri” dir.⁷⁵ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre zaten alt işverenlik sözleşmesinin ibraz edilmesinin gerekli oluşunun sebebi söz konusu ilişkide muvazaa olgusunun bulunup bulunmadığına yönelik yapılacak olan incelemenin kolaylaştırılmasıdır.⁷⁶

⁷¹ AİY md.9 - (1) “Alt işverenlik sözleşmesi asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı şekilde yapılır.

(2) Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10 uncu maddede yer alan hususların bulunması hâlinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir.”

⁷² Çankaya, Osman Güven. “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar.” Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisin 2002 s.4.

⁷³ Güzel, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, Birleşik-Metal İş, 2004, S.1, s.38.

⁷⁴ Aykaç, Hande Bahar, s.45-50.

⁷⁵ Aykaç, Hande Bahar, s.45-50; Mollamahmutoğlu, Hamdi, (2008), s.165.

⁷⁶ Göktaş, Seracettin, “Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İHD, Aralık 2008, S.12, Y.3, s.102-103.

Zira alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması şartı da geçerlilik bakımından değil ispat bakımından şarttır.⁷⁷

Alt işverenlik sözleşmesine ilişkin olarak tartışılan bir diğer konu ise rödövens sözleşmesinin bir alt işverenlik sözleşmesi olup olmadığıdır. Rödövens⁷⁸, “*maden ruhsat sahalarının hukuku uhdesinde kalmak kaydıyla hak sahibi tarafından sözleşme ile özel veya tüzel bir kişiye bir süre tahsis edilmesi durumunda maden ocağının işletilmesini üstlenen özel veya tüzel kişinin esas ruhsat sahibine istihlal ettiği beher ton maden için ödemeyi taahhüt ettiği meblağ*” olarak ifade edilmektedir.^{79 80}

Rödövens sözleşmesinde alt işverenlik sözleşmesinde olduğu gibi asıl işveren-alt işveren olmak üzere iki ayrı işveren bulunmamakta, rödövens teriminin tanımına baktığımız zaman doğası gereği mülkiyeti devlette bulunan madenlerin arama ve işletme hakkını alan gerçek veya tüzel kişilerin bu hakkını üçüncü kişilere devretmesi durumu söz konusu olmaktadır. Yani maden kanununa göre düzenlenmiş bir rödövens sözleşmesi, alt işverenlik sözleşmesinin unsurlarını taşımamaktadır.⁸¹ Keza Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 23.10.2009 gün 2009/8474 Esas 2009/11535 Karar sayılı ilanında söz konusu sözleşmenin rödövens sözleşmesi niteliğini taşıdığı, “*madeni işletme hakkının devrine dair bu sözleşmenin hasılat kirası niteliğinde bulunduğunu benimseyerek*” somut olaya uygulanacak hükümlerin Borçlar Kanunu madde 270 vd. olduğu ifade edilmiştir.⁸²

Belirtilmelidir ki, bu açıklamalar ancak mevzuata uygun ve geçerli bir rödövens sözleşmesinin varlığı halinde söz konusu olacaktır. Uygulamaya

⁷⁷ Gökaş, Seracettin, “*Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları*”, Sicil İHD, Aralık 2008, S.12, Y.3, s.103., Mollamahmutoğlu, Hamdi, (2008), s.166.

⁷⁸ Rödovens: Maden işletme kirası. **Bkz.** T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, ”<http://www.sozluk.adalet.gov.tr/r%C3%B6d%C3%B6vens>”

⁷⁹ Akbulut, Kenan. “*Yatırım Teşvik Belgesi İle Rödovens Sözleşmesine Bağlı Yatırımlarda İndirimli Kurumlar Vergisi Uygulaması.*”, ISMMMO Mali Çözüm Dergisi, Eylül-Ekim 2016. s.285

⁸⁰ “*Rödövens sözleşmesinde ruhsat sahibi madenci işletme iznini rödovensçiye devretmekte bunun karşılığında rödovensçiden, rödovens bedeli denen pay almaktadır. Başka bir anlatımla rödovens maden ruhsat karının hak sahibi tarafından başkalarına süreli tahsisinde ton başına elde edilen hasılat (kira) geliri olarak tanımlanmaktadır. “ Bkz. Çankaya, Osman Güven, "Rödövens Alt İşverenlik Sözleşmesi Midir?" Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:13, S:3/2014, S.4., s. 2,3,4.*

⁸¹ Çankaya, Osman Güven, “*Rödövens Alt İşverenlik Sözleşmesi Midir?*” Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:13, S:3/2014, S.4., s.15.

⁸² Çankaya, Osman Güven, “*Rödövens Alt İşverenlik Sözleşmesi Midir?*” Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:13, S:3/2014, S.4., s.15.

baktığımızda rödövars niteliği taşımayan pek çok anlaşma rödövars hükmündeymiş gibi kabul görmektedir. Pek çok maden işletmesinde alt işverenlik sözleşmesi hükmünde kabul edilmesi gereken ve hatta 4857 sayılı kanun md.2(6)'ya göre alt işverene verilmesi kanuna aykırı kabul edilecek işlerin bir bölümünün rödövars sözleşmesi başlığı altında üçüncü kişilere verildiği görülmektedir. Bu tür durumlarda sözleşmenin adının rödövars sözleşmesi olarak belirtilmesinden ziyade içeriğine bakılmak suretiyle bu sözleşmelere alt işverenlik ilişkisine ilişkin mevzuatın uygulanarak sorumluluğun buna göre tespit edilmesi yerinde olacaktır.⁸³

3.1.2. BİLDİRİMİ VE TESCİLİ

İş Kanunu madde 3'un ikinci fıkrasında öngörüldüğü üzere *“alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir. Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur. Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır”*

Buna göre, Bildirimi yapan alt işverenin işyerine il müdürlüğünce gerçekleştirilen tescilin ardından işyeri sicil numarası verilir ancak işyeri bildirgesinde eksiklikler veya gerçeğe aykırılıklar söz konusuysa bu tescil işlemi gerçekleştirilmez. (AİY. Md. 7). Ayrıca İş Kanunu tarafından işaret edilen Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde işyerini bildirme (AİY. Md.5), işyeri bildirgesi ile

⁸³ Çankaya, Osman Güven, "Rödövars Alt İşverenlik Sözleşmesi Midir?" Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:13, S:3/2014, S.4. s.19.

birlikte verilecek belgeler (AİY. Md.6) ve kayıt dışı alt işveren işyerlerinin tescil işlemleri (AİY. Md.8) detaylı düzenlenmiş ve daha önce de belirttiğimiz gibi alt işverenlik sözleşmesi(AİY. Md.9) ile alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar (AİY. Md.10) da açıklanmıştır.

3.2. ALT İŞVERENLİĞİN YASAL KOŞULLARI

Alt işverenlik ilişkisinin yasal koşulları tespit edilirken değinilmelidir ki, daha önce incelediğimiz 4857 sayılı İş Kanunu ile bu kanuna istinaden düzenlenen Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3/a maddesinde açıklanan alt işverenlik tanımı ve gerekleri ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda yer alan alt işverenlik tanımı arasında farklılıklar mevcuttur. Öyle ki 5510 sayılı kanunun 12. maddesinde *“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”* şeklinde yüzeysel biçimde tanımlanmış iken İş Kanununun 2. maddesi 6. fıkrasında *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.”* olarak tanımlanmıştır ve yine Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinin 1. fıkrası a bendine 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 kuruluşları”* hukuka uygun alt işveren olarak kabul etmektedir. Görüldüğü gibi İş Kanunu ile Yönetmelikte yer alan alt işverence üstlenilen işin *yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş* niteliğinde olması koşulu ile alt işverenin *işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırma* mecburiyetine ilişkin koşul 5510 sayılı kanunda yer alan alt işverenlik tanımında aranmamıştır.

Bu iki önemli kanunda bu boyutta farklılıkların bulunması uygulamada sorunlara yol açabilmektedir. Öyle ki iş mahkemelerinde 5510 sayılı kanunun uygulanması bakımından alt işverenlik sözleşmesi niteliğinde olan bir sözleşme 4857 sayılı kanuna göre geçerlilik koşullarını sağlayan bir alt işverenlik sözleşmesi niteliğinde kabul edilemeyecek ve söz konusu bu alt işverenin işçilerin iş akdinin başlangıcından itibaren asıl işverenin işçileri olarak kabul edilmesi gerekecektir.⁸⁴

Mevzuattaki düzenlemeler arasındaki farklılıklara ilişkin bu açıklamalarımıza istinaden bu çalışmada, alt işverenlik ilişkisinin unsurlarını ve yasal koşullarını daha ayrıntılı biçimde düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu ile Alt İşverenlik Yönetmeliğinde yer alan düzenlemeleri temel alarak inceleyeceğiz.

3.2.1. İŞYERİNDE İŞÇİ ÇALIŞTIRAN ASIL İŞVERENİN VARLIĞI

Alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için öncelikle “alt işveren” sıfatını taşıyacak gerçek veya tüzel kişinin 4857 sayılı İş Kanununa göre “işveren” sıfatına haiz olması gerekmektedir.⁸⁵ Zira İş Kanunu madde 2/6’da “*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.*” ifadesine yer verilerek alt işverenin işi aldığı kişinin de bir işveren olması gerektiği belirtilmiştir. Öyle ki, bir kamu kurumunun bir işin tamamını ihale ederek bütünüyle bir şirkete vermesi halinde kurum, bizzat işçi çalıştırmadığından asıl

⁸⁴ “5510 sayılı yasa sigorta yükümlülükleri yönünden sorunu ele almış olsa da, öncelikle işyeri tescil yükümünü düzenleyen 4857 sayılı yasanın 3. Maddesi uygulaması yönünden bu belirgin farklılık sorun yaratacaktır. Zira 5510 sayılı yasadaki doğan ihtilaflarla ilgili olarak verilen kararların Yargıtay’da 10 ve 21. Hukuk Dairelerinde, 4857 sayılı iş yasası, alt işverenlik sözleşmelerinin uygulandığı diğer yasalardan doğan ihtilaflarla ilgili kararların incelemeye mercii olan Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Dairelerinde verilecek içtihatlar farklı olabilecek, mahalli mahkemelerde bu içtihatlarla uyarak aynı alt işverenlik sözleşmeleri ile ilgili birbirine zıt sonuçlara ulaşabileceklerdir.” **Bkz.** Çankaya, Osman Güven, “Rödövens Alt İşverenlik Sözleşmesi Midir?” Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:13, S:3/2014, S.4. s.8,9,10; **Ayrıca Bkz.** Çankaya, Osman Güven, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar.” Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2002, S.4.

⁸⁵ Demir, Fevzi, s.58.

işveren sıfatını kazanamaz⁸⁶ bu kurum sadece “*ihale makamı*” sıfatını alabilir.⁸⁷ Aynı şekilde bir kişi kendisi bizzat işçi çalıştırmaksızın işi tümüyle örneğin bir yapı inşaatı işini “anahtar teslim” biçiminde bir işverene devretmişse –kendisi bizzat işçi çalıştıran bir işveren olmadığından- asıl işveren olamayacaktır.⁸⁸

Yine alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için asıl işveren, alt işverene iş verdikten sonra da asıl işte işçi çalıştırmaya yani işveren sıfatını korumaya devam etmelidir. İşveren alt işverene işi devrettikten sonra bu işyerinde çalışan kendi işçisi kalmazsa alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez.⁸⁹ Öyle ki, Alt İşverenlik Yönetmeliği md.3(1)/ç’de yapılan alt işveren tanımına göre “*İşyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar*” alt işveren olarak kabul edilmiştir. O halde yine, asıl işin bölümlere ayırmak suretiyle diğer işverenlere verildiği hallerde de -asıl işverenin bu işyerinde çalışan işçisi kalmayıp işveren sıfatını kaybedeceğinden- hukukumuzda göre bir alt işverenlik ilişkisi kurulmamış olacaktır.⁹⁰

3.2.2. İŞİN BİR BÖLÜMÜNÜ ÜSTLENEN KİŞİNİN İŞVEREN OLMASI

4857 sayılı İş Kanununda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımının yapıldığı madde 2/6’ya baktığımız zaman “...işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren...” ifadesinden anlaşılacağı üzere alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için asıl işverenin işveren sıfatına sahip olması ve bunu

⁸⁶ Yarg. HGK. 25.5.1995, E.1995/9-273, K.1995/548.

⁸⁷ Mollamahmutoğlu, Hamdi, (2005), s.138-139; Süzek, Sarper, s.143-144; Demir, Fevzi, s.16; Aykaç, Hande Bahar, s.51; Çankaya, Osman Güven. "Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar." s. 3-4.

⁸⁸ Çelik, Nuri, s.46; Mollamahmutoğlu, Hamdi, s.138-139; Süzek, Sarper, s.143-144, Aykaç, Hande Bahar, s.50,51; Güzel, Ali: “*İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları,*” s.39, Demir, Fevzi, s. 16; Hekimler Alpay, “*Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi*”, s. 3-4; Çankaya, Osman Güven. "Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar." s. 3-4. **Ayrıca Bkz.** Y. 9HD. 22.12.1992, E.1992/11897, K.1992/14086.

⁸⁹ Mollamahmutoğlu, Hamdi, (2005), s.138-139; Süzek, Sarper, s.143-144; Güzel, Ali: “*İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları,*” s.39-41; Demir, Fevzi, s. 16; Çelik, Nuri, s.46, Aykaç, Hande Bahar, s.50.

⁹⁰ Demir, Fevzi, s.58; Mollamahmutoğlu, Hamdi, s.138-139; Süzek, Sarper, s.143-144, Aykaç, Hande Bahar, s.50

korumasının yanında alt işveren sıfatını kazanacak kişinin de işveren olması⁹¹ yani bu ilişkinin karşılıklı her iki tarafının da iş kanununa göre işveren olması gerekmektedir.⁹² Öğretide pek çok yazarın da desteklediği görüşe göre bu türden bir hukuki ilişkinin geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak kabul edilebilmesi için tarafların her ikisinin de işveren olması gerekmekte ve ilişkinin taraflarından biri işveren değilse ya da ilişki kurulduğunda bu sıfatını kaybediyorsa bu ilişki alt işverenlik ilişkisi olarak değerlendirilememektedir.⁹³ Bu nedenle de bir işverenden iş alan ancak aldığı bu işi –iş mevzuatına uygun iş sözleşmesi vasıtasıyla- işçi çalıştırmaksızın⁹⁴ bizzat⁹⁵ gerçekleştiren kişinin alt işveren sıfatını kazanması mümkün olmadığından bu ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olduğundan söz edilemez.

Yine öğretide alt işverenin işveren sıfatına ne zaman sahip olması gerektiğine yönelik bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bu konudaki ilk görüşe göre, Alt işverenlik sıfatının ilk defa alt işverenin asıl işverenden söz konusu işi alması ile kazanılmış olması yeterlidir. Yani alt işverenin daha önceden işveren olması ve kendisine ait bir işyerinin bulunması alt işverenlik ilişkisi kurabilmek bakımından gerekli değildir.⁹⁶

Bu konuda Mollamahmutoğlu'nun görüşüne göre ise alt işverenin iş organizasyonu ile ilgili işlerini gerçekleştirdiği asıl işverenin işyerinden ayrı kendi işyeri ve burada çalışan işçileri olmalıdır. Örneğin asıl işverenden işçileri taşıma işini alan alt işverenin taşıma işi sona erdiğinde araçları muhafaza ettiği, temizlik, bakım, onarım işini gerçekleştirdiği ve aynı zamanda yürüttüğü bu işlere ilişkin olarak çalıştırdığı işçilerinin bulunduğu bu yer alt işveren bakımından işyeri niteliğindedir. Zira yazara göre 4857 sayılı İş Kanunu madde 3/2'de yer alan alt

⁹¹ 4857 sayılı iş kanununda yer alan işveren tanımına istinaden alt işverenin de “gerçek ya da tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş” olması mümkündür. Bkz. Aykaç, Hande Bahar, s.64vd.

⁹² Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s.57.

⁹³ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s.57, Aykaç, Hande Bahar, s.64vd., Süzek Sarper, 143-144, Narmanlioğlu, ünal, s.119-121.

⁹⁴ Örneğin işin bir bölümünü alan kişinin çocuğunun yardım amaçlı bu kişinin yanında çalışması – iş akdine dayanan bir ilişki bulunmadığından- alt işverenlik ilişkisinin kurulmuş olması bakımından yeterli değildir. **Bkz.** Aykaç, Hande Bahar, s.64.

⁹⁵ Örneğin Bir işletmede işçilerin taşıma işinin minibüs sahibi birine verilmesi ve bu kişinin işçi çalıştırmaksızın bu taşıma işini minibüsüyle tek başına gerçekleştirmesi durumunda bir alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez. **Bkz.** Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s.57.

⁹⁶ Aykaç, Hande Bahar, s.64vd.

işverenin işyerine ilişkin bildirim yükümlülüğünün olması alt işverenin kendi adı ve hesabına ayrı bir işyerinin bulunabilmesine olanak vermektedir.⁹⁷

Bizim de katıldığımız üzere Aykaç'a göre yazarın bu görüşü yerinde değildir zira 4857 sayılı İş Kanunu madde 3/2'de bahsedilen bildirim yükümlülüğü -asıl işverenin işyeri alt işveren ve işçileri bakımından ayrı bir işyeri niteliği taşıdığından- asıl işverenin işyerine ilişkindir.⁹⁸

Alt işverenin işveren sıfatına sahip olmasının gereğine ilişkin değinilmesi gereken bir başka husus ise; asıl işverenden iş alarak alt işverenlik sıfatını kazanan işverenin aldığı bu işi –asıl işverenin bilgisi ve kabulü dahilinde başka birine devretmesi halinde alt işverenlik sıfatını koruyup korumayacağına ilişkindir. Buna göre alt işveren aldığı işi bütünüyle başka bir işverene devrederse artık kendisinin üstlendiği bir iş kalmayacağından alt işverenlik sıfatını kaybedecektir. Ancak aldığı işin bir bölümünü -mevzuattaki koşulları sağlayarak- bir başka işverene vermiş ise alt işverenlik sıfatını kaybetmeyeceği gibi bir bölümünü üstlendiği işin yine bir bölümünü devralan işveren de alt işverenlik sıfatını kazanmış olacaktır.⁹⁹

3.2.3. İŞİN ASIL İŞVERENE AİT İŞYERİNDE YAPILMASI

Geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için gerekli şartlardan biri de alt işverene verilen işin asıl işverenin işyerinde gerçekleştirilmesi yani alt işverenin işçilerinin de asıl işverenin işyerinde çalışıyor olması gerektiğidir. Öyle ki 4857 sayılı İş Kanunu md.2/6'da yer alan alt işverenlik tanımında “*İşçilerini... bu işyerinde... çalıştıran diğer işveren*” ifadesi kullanılarak alt işverenin aldığı işi asıl işverenin işyerinde yürütmesinin gerekliliği belirtilmiştir.

O halde 4857 sayılı İş Kanununa göre mevzuata uygun alt işverenlik ilişkisi ancak asıl işverenin işyerinde çalışan alt işveren işçileri bakımından kurulabilir ve asıl işverenin işyerinde çalışmayan işçiler bakımından alt işverenlik

⁹⁷ Mollamahmutoğlu, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, s.5; Mollamahmutoğlu, 164-165.

⁹⁸ Aykaç, Hande Bahar, s.64vd.

⁹⁹ Aydın, İbrahim, s.185-186.

ilişkisi kurulmayacağından asıl-alt işverenler arası müteselsil sorumluluk da doğmayacaktır.¹⁰⁰

Bu koşula göre; bir işverenden işin bir bölümünü alan ancak bu işi asıl işverenin işyerinde değil de kendi işyerinde gerçekleştiren diğer işveren arasında (fason üretim) mevzuata uygun bir alt işverenlik ilişkisi kurulduğundan söz edilemeyecektir.^{101 102}

Aynı şekilde franchise sözleşmesine göre gerçekleştirilen bir üretim faaliyeti göz önüne alındığında franchise alan ile franchise veren arasında bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulduğundan söz edilemez.¹⁰³

Yine, örneğin kendi işyerinde kendi işçilerini çalıştırarak yemek yaptıran ve bu yemekleri anlaştığı işyerlerine gönderen işveren ile bu işverenden yemek alan diğer işveren arasında -işin asıl işverene ait işyerinde yapılması koşulu gerçekleştirilmediğinden- kanuna uygun bir alt işverenlik ilişkisi kurulmuş olmayacaktır. Ancak yemek yapma işini üstlenen diğer işveren bu işi asıl işverenin işyerinde gerçekleştirirse yani işçilerine yemekleri asıl işverenin işyerinde yaptırarak dağıtacak olursa artık kanuna uygun bir alt işverenlik ilişkisinde söz edilebilecektir.¹⁰⁴

Bu konuya ilişkin olarak doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre ise; kanunda yer alan “*işverenin işyerinde yürütülen iş*” ifadesi dar anlamda yorumlanmamalıdır. Bu ifadeye göre gerçekleştirilen işin *mutlaka coğrafi anlamda işyerinde* gerçekleştirilmesi bir kriter olarak aranmamaktadır.¹⁰⁵ Öyle ki, asıl işveren tarafından alt işverene verilen işin niteliği ve özelliği gereği asıl işverenin işyerinde gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı hallerin var olması mümkündür. Örneğin, diğer işverenin kendi araçlarıyla bir inşaata kum taşıma

¹⁰⁰ Süzek, Sarper, s.150.

¹⁰¹ Aydınli, İbrahim, s.210; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s59-60; Aykaç, Hande Bahar, s.74.

¹⁰² **Aydınli'ya göre;** alt işverene verilen işin, asıl işverenin işyerindeki teknolojik nedenler ve teknik donanımın yetersiz olması nedeniyle gerçekleştirilemeyecek özellikte bir iş olması halinde sırf teknolojik nedenlerden asıl işverenin bu işi kendi işyerinde yaptırmaması fason üretim olarak değerlendirilmemelidir. **Bkz.** Aydınli, İbrahim, s.211. **Fakat Aykaç'a göre** bu şekilde gerçekleştirilen bir çalışma fason üretim hükmünde kabul edilmeli ve alt işverenlik ilişkisi olarak kabul edilmemelidir. Aykaç'a göre “*ancak alt işverenin işyerindeki donanım ile gerçekleştirilebilecek bir işin alt işveren ilişkisi kapsamında görülmesi gerektiği*” görüşü alt işverenlik kavramının doğası ile bağdaşmamaktadır. Bkz. Aykaç, Hande Bahar, s.74vd.

¹⁰³ Aykaç, Hande Bahar, s.75.

¹⁰⁴ Aykaç, Hande Bahar, s.74,75,76,77.

¹⁰⁵ Süzek, Sarper, s.144.

işini ya da bir termik santrale kömür taşıma işini üstlenmesi¹⁰⁶ halinde işin asıl işverenin işyerinde gerçekleştirilmemesine karşın alt işverenlik ilişkisi kurulmuş sayılacaktır.¹⁰⁷ Yine, asıl işi meşrubat üretimi ve dağıtımını olan bir işveren, meşrubatların dağıtımını işini başka işverene vermesi durumunda dağıtım işini alan diğer işverenin bu işi alt işverenin işyerinde gerçekleştirmemesi nedeni ile aralarında asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulmadığı söylenemez.¹⁰⁸ Öyle ki 4857 sayılı iş kanunu md.2/1,3'e göre “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” Görüldüğü gibi iş kanunu da işyeri kavramını salt coğrafi işyeri olarak algılamayarak gerçekleştirilen iş organizasyonunu tüm unsurları ile birlikte bir işyeri olarak kabul etmektedir. O halde asıl işverenden işin bir bölümünü veya yardımcı işlerden birini alan diğer işveren, bu işi asıl işverenin iş organizasyonu kapsamında gerçekleştiriyor ise burada mevzuata uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu söylenebilir.¹⁰⁹

3.2.4. İŞÇİLERİN SADECE ASIL İŞVERENİN İŞYERİNDE ÇALIŞTIRILMASI

4857 sayılı İş Kanunu md.2/6 uyarınca “... bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren” alt işveren olarak tanımlanmaktadır. O halde bu maddeden anlaşılacağı üzere alt işveren, asıl işverenden aldığı işçileri sadece aldığı bu işte görevlendiren gerçek ya da tüzel kişi veya tüzel kişilik taşımayan kurum ya da kuruluş olmalıdır. Buna göre mevzuata uygun bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için alt işverenin işçileri sadece ilişkinin kurulduğu bu asıl işverenin işyerinde çalışmalıdır.¹¹⁰

¹⁰⁶ Mollamahmutoğlu / Astarlı, s.187.

¹⁰⁷ Süzek, Sarper, s.150.

¹⁰⁸ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s.60.

¹⁰⁹ Aydın, İbrahim, s.211; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s.60. **Karşıt görüş için Bkz.** Aykaç, Hande Bahar, s.74vd.

¹¹⁰ Süzek, Sarper, s.150; Demir, Fevzi, 61,62; Aydın, İbrahim, s.212, Aykaç, Hande Bahar, s.74vd. Narmanlıoğlu, Ünal, s.126; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.187; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s.60.

Belirtilmelidir ki kanunda düzenlenen bu husus, alt işverenliğin kuruluşu bakımından böyle bir koşulun varlığına duyulan gereksinimden ziyade alt işverenin işçilerine karşı müteselsilen sorumlu olacak asıl işverenin bu sorumluluğunun karışıklığa mahal vermeyecek ölçüde belirgin bir şekilde ortada olmasına duyulan gereksinimden kaynaklanmaktadır.¹¹¹ Öyle ki alt işverenin işçileri tek bir asıl işverenin altında değil de farklı farklı asıl işverenlerin işlerinde çalışacak olursa bu işçiler bakımından alt işverenle birlikte hangi işverenin asıl işveren sıfatında müteselsilen sorumlu olacağı hususunda karışıklıklar ortaya çıkacaktır. Bu nedenle kanunda öngörülen münhasırlık koşulunun alt işveren işçileri bakımından koruyucu nitelikte bir unsur olduğunu ve uygulamada yaşanabilecek olası sorunları önlemek bakımından önemli bir koşul olduğunu belirtmek gerekir.¹¹²

Yine münhasırlık koşuluna ilişkin olarak doktrinde tartışmalı olan bir husus da bu koşulun nasıl değerlendirileceğine ilişkindir. Bir görüşe göre bu koşul ele alınırken alt işveren işçileri topyekûn bir bütün olarak ele alınmalı ve bu işçilerin tamamı sadece belirli bir asıl işverenin işinde çalışmalıdır. Yani alt işveren başka bir asıl işverenden iş almamalı ve asıl işverenin işinde çalışan işçilerin dışında işçi çalıştırmamalıdır.¹¹³

Bizim de isabetli gördüğümüz diğer görüşe göre ise bu koşul, alt işverenin sadece o işyerinde çalıştırdığı işçiler bakımından değerlendirilmesi gereken bir husustur. Yani alt işverenin başka asıl işverenlerin yanında çalışan başka işçilerinin varlığı bu işyerinde kurulan alt işverenlik ilişkisini hukuka aykırı hale getirmeyecektir. Buradaki tek önemli koşul söz konusu işyerinde çalışan alt işveren işçilerinin sadece burada çalışıyor olmasıdır.¹¹⁴ Zira kanuni düzenlemenin amacının da asıl işverene müteselsil sorumluluk yükleyerek işçileri güvence altına almak olduğu düşünüldüğünde alt işverenin başka hiçbir işverenden iş alamaması ve başka hiçbir yerde işçi çalıştıramaması kötü niyetli bir yorum olacaktır.¹¹⁵

¹¹¹ Aykaç, Hande Bahar, s.74vd.

¹¹² Aykaç, Hande Bahar, s.74vd.

¹¹³ Oğuzman, s.12.

¹¹⁴ Narmanlıoğlu, Ünal, s.126,127; Aykaç, Hande Bahar, s.

¹¹⁵ Aykaç, Hande Bahar, s.74vd. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.187,188; Mollamahmutoğlu, H., s.142,143,(2005).

Yine asıl işverenin işyerinde çalışan alt işveren işçilerinden birinin başka bir işverenin işyerinde de çalışması halinde alt işverenlik ilişkisi geçerliliğini koruyacak ancak salt bu işçi bakımından alt işverenlik ilişkisi ve dolayısıyla da asıl işverenin müteselsil sorumluluğu doğmamış olacaktır.¹¹⁶

Bu konu ile ilgili bir diğer sorun ise alt işveren işçilerinin aynı asıl işverene ait farklı işyerlerinde çalışması halinde ne olacağına ilişkindir. Buna göre alt işveren işçileri düzenli olarak dönüşümlü bir şekilde aynı asıl işverene ait işyerlerinde çalışıyorlarsa bu durumda geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu söylenebilir. Ancak alt işveren bir kısım işçisini belirli bir süre alt işverenin işyerinde çalıştırıyor fakat daha sonra bu işçiler yerine başka işçileri getiriyorsa burada hukuka uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulmadığını söylemeliyiz.¹¹⁷

Yine uzun yıllar bir alt işverenin işçisi olarak çalışan fakat çalışması boyunca farklı asıl işverenlerin altında arka arkaya çalışan bir alt işveren işçisinin durumu hakkında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.05.2014 T., E.1126/K. 11275 nolu kararında bu durumda asıl işveren – alt işveren ilişkisinin geçersiz duruma düşmediğine ve bu asıl işverenlerin söz konusu alt işveren işçisini kendi işyerlerinde çalıştırdıkları dönemleri kapsamak üzere müteselsilen sorumlu olduklarına hükmedilmiştir.¹¹⁸

3.2.5. ALT İŞVERENE VERİLEN İŞİN İŞYERİNDE ÜRETİLEN MAL VE HİZMET ÜRETİMİNE İLİŞKİN OLMASI

Asıl işveren tarafından alt işverene verilen iş o işyerinde yürütülen işin bir bölümü ya da işyerindeki yardımcı işlerden biri olabilir. Ancak bu iş *asıl işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin* olmalıdır. Bu koşul mevzuata uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi bakımından temel unsurdur. Nitekim kanun koyucu 4857 sayılı İş Kanunu md.2/6'da asıl işveren – alt işveren ilişkisini tanımlarken “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde... iş alan... diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye*

¹¹⁶ Narmanlıoğlu, Ünal, s.126; Aydınli, İbrahim, s.214.

¹¹⁷ Aydınli, İbrahim, s.214,215.

¹¹⁸ Narmanlıoğlu, Ünal, s.127.

*asıl işveren - alt işveren ilişkisi denir” ifadesine yer vermek suretiyle bu hususa değinmiştir.*¹¹⁹

Bu tanım ve sınırlandırma hususunda uygulamada en çok karşılaşılan örnekler, asıl işverenin işyerinin çatı onarımının, bina boyama işinin, işyerindeki asansörlerin bakım ve onarımı işinin ya da işyerinin bahçesine kulübe vb. inşa edilmesi işlerinin bir başka işverene verilmesi durumunda ne olacağına ilişkindir. Bu işler diğer işverene asıl işveren tarafından verildiği ve asıl işverenin işyerinde gerçekleştirildiği halde -her ne kadar ilk görüşte yardımcı iş gibi görünse dahi- asıl işverenin işyerinde üretilen mal veya gerçekleştirilen hizmete ilişkin bir iş olmadığından bu işlerde çalışan işçiler bakımından asıl işveren ile diğer işveren arasında geçerli bir alt işverenlik ilişkisi ve dolayısıyla müteselsil sorumluluk da doğmayacaktır.¹²⁰

Yine otomotiv veya bir tekstil fabrikasında gerçekleştirilen dokuma tezgâhlarının kurulumu işi asıl işe ilişkin yardımcı bir iş *değil “asıl işe yabancı ve teknik anlamda bağımsız bir iş”* tir.¹²¹

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 20.12.2006 tarihli E: 2006/21-796, K: 2006/812 nolu kararında asıl işin gemi yapım ve onarımı olduğu bir işyerinde asıl işverenin çatı onarımı işini başka bir işverene vermesi durumunda çatı onarımı işinde çalışan işçinin durumuna ilişkin olarak yapılan incelemede; *“Somut olayda, işin niteliği ve yürütümü bakımından gemi yapım ve onarım işinden tamamen farklı ve bağımsız nitelikte olduğu belirgin bulunan çatı onarım işinde sigortalı çalıştırmayan gemi yapım ve onarım işvereni davalının asıl işveren olarak nitelendirilerek, sorumluluğuna karar verilmesi mümkün değildir.”* şeklinde açıklayarak bu tür onarım işlerinin niteliği itibariyle asıl işe ilişkin olmadığını vurgulamıştır. Yine kararda *“...işverenin asıl işinin gemi inşası ve taşıma olduğu, hangarın çatı yapım işinin diğer davalı ...Gemi İnşaat San. Tic. Ltd. şirketine verildiği görülmektedir. Şayet işveren kendi yaptığı iş dışında başka bir işi anahtar teslimi, 3. bir şahsa vermişse, asıl işveren sorumlu olmayacaktır; örneğin bir ayakkabı fabrikası veya bir tekstil fabrikası çatı onarımını 3. bir şahsa*

¹¹⁹ Süzek, Sarper, s.144, 145; Aydın, İbrahim, s.187, 188; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s.57, 58; Mollamahmutoğlu, Hamdi, (2005), s.139; Mollamahmutoğlu / Astarlı, s.181.

¹²⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s.57, 58, 59.

¹²¹ Aydın, İbrahim, s.188,189.

anahtar teslimi vermişse sorumlu olmayacaktır. Anahtar tesliminden kasıt, asıl işverenin yapılacak işte hiçbir şeye karışmayacak malzemesiyle işçiliği ile işçisi ile tüm iş, işi üstlenen tarafından yapılacaktır.” şeklinde karar verilmek suretiyle geçerli bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinin doğması için alt işverene verilen işin asıl işe ilişkin olmasının gerekliliği vurgulanmıştır.¹²²

3.2.6. ALT İŞVERENE VERİLEN İŞİN BELİRLİ BİR NİTELİKTE OLMASI

Mevzuata baktığımız zaman bir işin alt işverene devredilebilmesi bakımından işin niteliği hakkında belirli kriterlerin belirlendiğini görmekteyiz. Öyle ki 4857 sayılı İş Kanununun md.2/6’da alt işverenlik ilişkisi tanımlanırken “...mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...” biçiminde ifade edilerek alt işverene verilecek işin ya yardımcı nitelikteki bir iş olması ya da asıl işin teknolojik uzmanlık gerektiren bir bölümü olması gerektiğine değinilmiştir.

Elbette bu kanun maddesi doktrinde farklı yazarlar tarafından farklı biçimlerde yorumlanmıştır zira “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” koşulunun sadece asıl işin bir bölümü niteliğindeki işler bakımından mı yoksa bunun yanında yardımcı iş niteliğindeki işler bakımından mı aranacağı konusunda uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştır.

Bir yazara göre bu kanun maddesi incelendiğinde kanunun lafzı gereği “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” koşulunu hem asıl işlerde hem de yardımcı işlerde aramak gerekmektedir.¹²³

Doktrindeki başka bir görüşe göre ise asıl işin bir bölümünde verilecek iş bakımından bu ölçüt aranırken yardımcı işler bakımından bu kriterin aranmaması durumu adaletsiz bir durum yaratacaktır. Yazara göre aynı işyerinde çalışan ve aynı işverenin işinde biri asıl işin bir bölümünde diğeri yardımcı nitelikteki işte hizmet gören iki farklı işçi grubu bakımından asıl işverenin müteselsil sorumluluğuna ilişkin farklı sonuçlar doğabilecektir. Bu nedenle

¹²² Kararın tam metni için **Bkz.** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=1989#>”

¹²³ Ünsal, Engin, “4857 Sayılı Yasaya Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, s.540.

“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” kriteri alt işveren işçilerini korumak ve doğabilecek eşitsizliklere engel olmak bakımından hem asıl işin bir bölümü niteliğindeki işlerde hem de yardımcı nitelikteki işlerde aranmalıdır.^{124 125}

Son olarak bu konuda doktrinde çoğunlukta olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” kriteri sadece asıl işin bir bölümü niteliğinde olup alt işverene devredilen işler bakımından aranmalıdır. Yardımcı işler bakımından bu koşul aranmamalıdır.¹²⁶

Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 01.06.2005 tarihli E:2005/12985, K:2005/20130¹²⁷ nolu kararında “....Güvenlik ve itfaiye işleri davalı işyerinde yardımcı işler kapsamında yer almaktadır. 4857 S. İş Kanunu'nun 2. maddesinde bu işlerin taşeron devri için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi koşulları aranmamaktadır...” ifadesine yer verilmesi suretiyle bizim de katıldığımız doktrindeki çoğunluğun görüşüne destek vermiştir.

3.2.6.1. Asıl İşin Bir Bölümünde İşletmenin ve İşin gereği ile Teknolojik nedenlerle Uzmanlık Gerektiren Bir İş Olması

Alt işverenlik ilişkisinin tanımı ile yasal koşullarına ilişkin 4857 sayılı İş Kanununun ikinci maddesinin altıncı fıkrasında asıl iş niteliğindeki bir işin alt işverene verilebilmesine ilişkin olarak alt işverenin “...asıl işin bir bölümünde

¹²⁴ Şen, Sabahattin; “Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, s.81.

¹²⁵ **Aksi görüş için Bkz.** Aykaç, Hande Bahar, s.90.“...zaten işverenin doğrudan üretim/hizmet organizasyonunda yer almayan işler olan yardımcı işler, çoğu zaman onun özel uzmanlık alanına girmeyen ve kendisinin yürütmesi rasyonel olmayan -yemek, güvenlik, temizlik gibi- işlerdir. Dolayısıyla bu konuda bir sınırlama olmaksızın başka bir işverene iş verilebilmesinin mümkün olması yerindedir. **Bu durum, “işin niteliğinden kaynaklı” bir ayırım olduğundan, eşitlik ilkesine aykırılık da söz konusu değildir.** Kaldı ki işverenin yardımcı iş konusunda, yürüttüğü başka bir işyeri dolayısıyla uzmanlığı bulursa dahi, ilgili işyerinin yardımcı işini kendisinin yürütmesinin asıl olduğundan söz edilmemelidir. **Örneğin,** beyaz eşya üretimi yapan bir işyeri bulunan işverenin aynı zamanda bir güvenlik şirketi bulursa, işverenin güvenlik konusunda uzmanlığı bulunduğundan bahisle, beyaz eşya üretimi yaptığı işyerinde güvenliği kendi işçileriyle sağlaması gerektiği sonucuna varılmamalıdır.”

¹²⁶ Aydınlı, İbrahim, s.204; Süzek, Sarper, s.145,146; Aykaç, Hande Bahar, s.87, 88, 89, 90; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s.64,65.

¹²⁷ Kararın tam metni için Bkz. “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>”

işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde...” iş alabileceği ifade edilmiştir.

Yine Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 4/1(b)’de “...*asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır...*” denilerek mevzuata uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi bakımından asıl iş niteliğindeki bir işin alt işverene verileceği durumlarda bunun mutlaka *işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması* gerektiğine değinilmiş fakat kanunda veya yönetmelikte bunun ölçütleri ayrıntılı biçimde incelenmemiştir. Bunun nedeni kanunun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere asıl iş niteliği taşıyacak işin her işletme için farklı olarak tespit edilmesinin gerekli oluşu ile yine verilecek işin işletmenin ve işin gereği olup olmadığının da somut olayda ayrıca tespit edilmesinin gerekli oluşundan kaynaklanmaktadır.¹²⁸

3.2.6.1.1. Asıl İş Kavramı

5857 sayılı Kanunun alt işverenlik ilişkisine ilişkin madde 2/6’da alt işverene verilebilecek nitelikteki işler açıklanırken “...*işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde...*” biçiminde ifade edilmiş olduğunu ve burada adı geçen yardımcı işler bakımından uzmanlık ölçütü aranmayacağını ifade etmiştik. O halde kanunda geçen “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş*” kriteri sadece asıl işin bir bölümünün alt işverene devredileceği durumlarda aranacağından öncelikle *asıl iş* kavramının ne olduğu hususunun tespit edilmesi mevzuata uygun ve geçerli bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi bakımından oldukça önemlidir.

Asıl iş kavramı “*İşyerinin teknik amacının gerçekleşmesi ile, yani; amaçlanan mal ve hizmet üretimi ile doğrudan ilgili olan, o teknik amacın gerçekleşmesine yönelik prosese doğrudan dahil olan olmazsa olmaz faaliyetleri*

¹²⁸ Aydınli, İbrahim, s.190. **Ayrıca Bkz. Y.22.HD**, T: 09.03.2017, E: 2017/ 5658, K: 2017 / 4972; **Y.22.HD**, T: 27.06.2016, E: 2016/ 8074, K: 2016 / 19519; **Y.9.HD**; T: 13.10.201, E: 2016/ 32706, K: 2016 / 17818

ifade eder.”¹²⁹ Doktrindeki bir başka ifadeye göre de alt işverene devredilecek bir işin asıl iş mi yoksa yardımcı iş mi olduğunun tespiti hususunda bu işin “*asıl işverenin doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alıp almadığı ayırıcı bir ölçüt olabileceği*”ne dikkat çekilmiştir.¹³⁰ Yine asıl iş kavramı Alt İşverenlik Yönetmeliği md.3/1(c)’de “*mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş*” olarak ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere gerek mevzuat gerekse doktrindeki yazarların görüşlerine göre alt işverene devredilecek işin asıl iş niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti hususunda öncelikle *işyerinin teknik amacına* dikkat edilmelidir ve bu *işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretimi* ise o işyeri bakımından asıl iş niteliğindedir.¹³¹

Yine işletmenin idari teşkilatının bölümleri olan pazarlama, insan kaynakları, muhasebe gibi yönetim birimleri de asıl iş kabul edilecek ve buna göre bölünerek alt işverene devredilebilecektir.¹³²

Bu konuda son olarak doktrindeki yazarlar tarafından da üzerinde durulan husus eğer bir işletmenin ürettiği mal veya hizmet üretimi çeşitli aşamalardan oluşuyorsa yani bir *üretim zinciri* söz konusuysa bu zincirin her bir basamağı asıl işin bölümü kabul edilmelidir. Mesela deterjan üretimi yapan bir işletmeyi ede aldığımızda sırasıyla deterjanın hammaddesinin işlenmesi, toz haline getirilmesi, parfüm eklenmesi, leke çıkarıcı katkıların eklenmesi ve ambalajlanması ve satışa sunulması işlemleri gerçekleştiriliyorsa üretime esas bu işlerin tümü asıl iş olarak kabul edilecektir.¹³³

Aynı yöndeki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 26.06.2006 tarihli, E.N:2006/13231, K.N.:2006/18825 nolu kararında “*...Mahkemece aslı işverenin işinin gübre imalatına yönelik olduğu, işyerinde yükleme, boşaltma ve temizlik gibi işlerin asıl işe yardımcı iş olduğu, ancak torbalama ve paketleme asıl işe yardımcı bir iş olmayıp asıl işin bir parçası olduğu, çünkü üretilen gübrenin*

¹²⁹ Mollamahmutoğlu / Astarlı, s.183.

¹³⁰ Güzel, Ali, “*İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları*”, s.45.

¹³¹ Aykaç, Hande Bahar, s. 90-94.

¹³² Engin, Murat; *Üçlü İş İlişkileri, T Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıncı Düzenlenen III. Yılında İş Yasası Semineri Yayını*; s.17; Aykaç, Hande Bahar, s. 90, 91, 92, 93.

¹³³ Aykaç, Hande Bahar, s. 90- 94.

torbalanması ve paketlenmesi, torbanın ağzının dikilmesi üretimin son aşamasını oluşturduğu, bu nedenle torbalama ve paketleme asıl işin bir parçası olduğu, nitekim aynı konuda davalı işverenler aleyhine açılan dava dosyalarında yapılan keşif sırasında hazır bulunan bilirkişi kurulunun da torbalama ve paketleme işinin asıl işin bir parçası olduğunu belirttikleri...” ifade edilmiştir.¹³⁴

3.2.6.1.2. Koşulun Bölünerek Değerlendirilip

Değerlendirilmeyeceği

Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesinde kanunun öngördüğü “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” koşulu doktrinde ve uygulamada çeşitli görüş ayrılıklarına neden oldu. Zira “ile” bağlacıyla düzenlenen bu koşulun alt işverene devredilecek işte bir bütün olarak mı aranacağı yoksa işletmenin ve işin gereği koşuluyla teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş koşulunun ayrı ayrı mı değerlendirileceği hususunda uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştır.

Doktrindeki çeşitli yazarlara göre bu koşul bölünmez niteliktedir ve asıl işin bir bölümü ne sadece işletmenin ve işin gereği oluşu nedeniyle ne de sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması nedeniyle alt işverene devredilemez. Devredilecek işin her iki şartı da taşıyor olması gerekmektedir.¹³⁵ Bu görüşü savunan yazarlara göre koşulu bağlayan “ile” sözcüğü “ve” ya da “olarak” şeklinde ele alınmalı ve koşul bu şekilde değerlendirilmelidir.¹³⁶

¹³⁴ Kararın tam metni için Bkz. “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4587#>” Aynı Yönde Bkz. Y.9HD, 29.05.2006 tarihli, E.N.: 2006/13218, K.N.: 2006/15765 nolu karar “...Mahkemece asıl işverenin işinin gübre imalatına yönelik olduğu, işyerinde yükleme, boşaltma ve temizlik gibi işlerin asıl işe yardımcı iş olduğu, ancak torbalama ve paketleme asıl işe yardımcı bir iş olmayıp asıl işin bir parçası olduğu, çünkü üretilen gübrenin torbalanması ve paketlenmesi, torbanın ağzının dikilmesi üretimin son aşamasını oluşturduğu, bu nedenle torbalama ve paketleme asıl işin bir parçası olduğu...”

¹³⁵ “Bir işveren işyerinde yürüttüğü asıl işin bir bölümünü ancak bu işin ayrı bir uzmanlığı gerektirmesi halinde alt işverene verebilecektir. Ayrı bir uzmanlık gereksinimi doğuran nedenler ise Yasada, “işletme ve işin gerekleri ve teknolojik nedenler” olarak öngörülmüştür ve yukarıda belirtilen anlayışın sonucu olarak bu nedenler ilişkinin doğumu açısından birlikte aranacaktır. Öngörülen ölçüt bir bütündür, bölünmesi olanaklı değildir...” Güzel, Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.48,49.”...

¹³⁶ Bu madde yeniden düzenlenmeli ve salt uzmanlık ölçütü bir kriter olarak düzenlenmelidir. Öyle ki bir işin alt işverene verilebilmesi için ya yardımcı nitelikte bir iş olması ya da asıl işverenin kendisinin yerine getiremeyeceği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren nitelikte bir iş olması gerekmektedir. Süzek, Sarper, s.147, 148.

Yine bu görüşü savunan yazarlara göre kanunda özellikle “*uzmanlık gerektiren işler*” ifadesine yer verilmesinin nedeni asıl işin bölümlere ayrılarak alt işverenlere devredilmesinin önüne geçmektir. O halde yasanın düzenlenme amacını da göz önüne aldığımızda bu koşulu bölünebilir kabul etmenin, yani bir işi salt teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiğinden bahisle bölerek alt işverene devretmenin kanunun amacına aykırı olacağını söyleyebiliriz. Örneğin bir dokuma fabrikasında gerçekleştirilen boyama, dokuma ve konfeksiyon işlerinin her biri farklı uzmanlık gerektiren işlerdendir. O halde koşulu ayrı düşündüğümüzde asıl işi bölümlere ayırarak alt işverene vermek mümkündür. Ancak koşulu bölmeksizin değerlendirdiğimizde alt işverene verilecek iş hem uzmanlık gerektirecek bir iş olmalıdır hem de işletmenin ve işin gereği olarak bölünerek alt işverene verilebilir nitelikte olmalıdır. Örneğin söz konusu iş asıl işverenin işyerindeki teknolojik donanımla gerçekleştirilemeyen, kendi çalışanlarının yerine getiremeyeceği farklı uzmanlık alanında bir iş olmalıdır.¹³⁷

Aynı şekilde “işletmenin ve işin gereği” koşulu tek başına ele alındığında maliyeti düşürmek, ucuz işgücü sağlamak ya da sendikal faaliyetleri güçleştirmek dahi bu koşul kapsamında değerlendirilebilecek durumdadır. Kaldı ki işveren salt işletmenin ve işin gereği olduğunu öne sürerek asıl işi bölümlere ayırarak alt işverene verebilecekse maddede yer verilen uzmanlık koşulu hükümsüz durumda kalacaktır.¹³⁸

Aksi görüşteki bir kısım yazara göre “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş*” koşulu bölünebilir nitelikte olup “ile” bağlacı “veya” olarak yorumlanmalıdır. O halde işveren sırf uzmanlık gerektirdiği için ya da sırf işletmenin ve işin gereği olduğu için asıl işi bölerek alt işverenlere devredebilecektir. Çünkü bu koşulun bir bütün olarak sağlanması oldukça güçtür. Zira kanun koyucu da alt işverene verilecek tüm işler bakımından uzmanlık ölçütü aramaktan yana olsaydı göre “*işletmenin ve işin gereği*” ifadesini

¹³⁷ Güzel, Ali, “*İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları*”, s.49.

¹³⁸ Aykaç, Hande bahar, s.101, 102, 103, 104.

maddeye eklemeyi sadece uzmanlık gerektiren işlerin bölünerek alt işverene verilebilmesini düzenlerdi.¹³⁹

Bu konudaki farklı bir görüşe göre ise bir işin alt işverene verilebilmesindeki temel kriter “uzmanlık” olduğu için söz konusu koşul, “işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren iş” ya da “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” olarak değerlendirilmelidir.¹⁴⁰ Zira daha önce de belirttiğimiz gibi bir işi salt “işletmenin ve işin gereği” olduğunu ileri sürerek alt işverene devretmek bu alandaki keyfi uygulamaların önünü açacaktır. O halde asıl işveren bir işi ancak kendi teknolojik donanımı ve kendi işçilerinin uzmanlığının yetersiz kaldığı hallerde yani işin bu kısmını kendisinin gerçekleştirmesinin bu nedenlerle mümkün olmadığı hallerde bölerek alt işverene verebilecektir.¹⁴¹

Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 09.03.2017 tarihli, E.:2017/5658, K.:2017/4972 nolu kararında “*Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümünün teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun maddesinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler ölçütünün bir arada bulunması şarttır. Kanun'un maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler sözcüklerine yer verilmiş olması bu gerekliliği ortaya koymaktadır. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin maddesinde de yukarıdaki anlatımlara paralel biçimde, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.*”¹⁴² ifadesiyle konuya ilişkin görüşünü açıklamıştır.

¹³⁹ Çelik, Nuri, s.46,46. Yazara göre koşulun bölünebilir nitelikte olduğuna ve “ile” bağlacının “veya” olarak değerlendirilmesine ilişkin görüş temelinde haklı olmasına karşın mahkemelerce benimsenmesinin güçlüğü nedeniyle bu alanda yasada yeni bir düzenlemeye gidilmelidir.

¹⁴⁰ Engin, Murat; *Üçlü İş İlişkileri, T Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıca Düzenlenen III. Yılında İş Yasası Semineri Yayını*; s.16,17.

¹⁴¹ Mollamahmutoglu / Astarlı, s.183,184; Engin, Murat; *Üçlü İş İlişkileri, T Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıca Düzenlenen III. Yılında İş Yasası Semineri Yayını*; s.16,17.

¹⁴² Kararın tam metni için Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4587#>

3.2.6.1.3. Uzmanlık Gerektiren İş Kavramı

Doktrindeki pek çok yazar ile Yargıtay'ın hakim görüşüne göre asıl işin bir bölümünün bölünerek alt işverene devredilebilmesi bakımından uzmanlık gerektiren bir iş niteliğinde olma kriterini göz önünde tutmaktadır. Uzmanlık gerektiren iş kavramının ne olduğuna ilişkin doktrindeki yazarlar arasında çeşitli görüşler mevcuttur.

Daha önce de değindiğimiz bir görüşe göre asıl işveren bir işi ancak kendi teknolojik donanımı ve kendi işçilerinin uzmanlığının yetersiz kaldığı hallerde yani işin bu kısmını kendisinin gerçekleştirmesinin bu nedenlerle mümkün olmadığı hallerde bölerek alt işverene verebilecektir.¹⁴³

Bu durumda koşulun değerlendirilebilmesi bakımından somut olayın özellikleri çok önemli olacaktır. Örneğin Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 09.03.2017 tarihli, E.: 2017/5658; K.: 2017/4972 nolu kararında bu konu şu şekilde ele alınmıştır; *"Davalılar arasında akdedilen hizmet alım sözleşmesi incelendiğinde "otoyol, kavşaklar, otoyol bakım işletme şefliği tesisleri ve ücret toplama istasyonlarındaki aydınlatma, elektrik kameralı izleme ve bilgisayarlı yol bilgilendirme sistemlerinin bakım onarımı" işi olduğu görülmüştür. 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun .../ç bendi uyarınca "otoyollar ve bunların üzerinde bulunan bakım ve işletme tesisleri ile hizmet tesislerinin, diğer mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıklarının yapımını ve/veya bakım ve onarımını ve/veya işletmesini yapmak veya yaptırmak ve denetlemek", .../d bendi uyarınca " Karayollarının kullanılmasına, teknik emniyet ve korunmasına yönelik kurallar ile tüm karayollarındaki işaretleme standartlarını uluslararası uygulamaları da dikkate alarak tespit etmek, yayımlamak ve ... etmek", .../e bendi uyarınca," görev alanına giren karayollarında, uygun göreceği yol işaretlerini belirlemek, uygun yerlere koymak ve bu kapsama giren işleri yapmak veya yaptırmak" gibi görevleri bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu hükümler incelendiğinde davalı idarenin, belli bir teknoloji ve uzmanlık gerektiren aydınlatma, elektrik kameralı izleme ve*

¹⁴³ Mollamahmutoglu / Astarlı, s.183,184; Engin, Murat; Üçlü İş İlişkileri, T Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na Düzenlenen III. Yılında İş Yasası Semineri Yayını; s.16,17.

bilgisayarlı yol bilgilendirme sistemlerinin bakım onarım işini yükleniciye ihale ile verdiği anlaşılmıştır.”¹⁴⁴

Görüldüğü üzere somut olayda kanun gereği Karayolları Genel Müdürlüğü'nün asıl işi konumunda bulunan bir takım işler, yine asıl işverenin yürüttüğü işe bakıldığında teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş niteliğinde olduğundan bölünerek alt işverene devredilmesi suretiyle geçerli bir alt işverenlik ilişkisi kurulmuştur.

Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 10.11.2008 tarihli, E.: 2008/5806, K.: 2008/30565 nolu kararında İlk derece mahkemesinin “...davacının çalıştığı güvenlik ve para nakil işinin bankacılıktan ayrı ve bağımsız bir iş olmadığı, asıl iş olduğu, asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği...” şeklindeki kararını bozmuştur. Her ne kadar güvenlik ve nakil işi normal koşullarda teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmeyen bir iş görünümünde olsa da Yüksek Mahkeme söz konusu işletmenin bir banka olduğundan hareketle somut olayın özelliklerini inceleyerek “...nakit taşıma ve güvenlik işi asli iş olarak düşünülse bile, işin güvenlik yönü daha baskın olduğundan teknolojik ve uzmanlık gerektirdiği açıktır...” şeklinde karar vermiştir.¹⁴⁵

Bunun yanında konuya ilişkin doktrindeki farklı bir görüşe göre ise, uzmanlık gerektiren iş olarak değerlendirilecek işin ille asıl işveren tarafından hiçbir suretle gerçekleştirilemeyecek bir iş olması şartı yerine bu işi devralacak alt işverenin asıl işverenin teşkilatı ve işçilerine kıyasla daha hızlı, nitelikli ve/veya etkin biçimde gerçekleştirebilecek olması da o işin “teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren bir iş” olarak alt işverene devredilmesine olanak sağlamaktadır.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Kararın tam metni için Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4587#>

¹⁴⁵ Kararın tam metni için Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-4587#>

¹⁴⁶ Engin, Murat; *Üçlü İş İlişkileri, T Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na Düzenlenen III. Yılında İş Yasası Semineri Yayını*; s.16,17.

BÖLÜM 4

ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE MUVAZAA

4.1. MUVAZAA KAVRAMI

4.1.1. TANIM

Muvazaa kelimesinin kökü, “söze yalan katmak” anlamına gelen Arapça “vaz” kelimesinden gelmektedir. Muvazaa kelimesi “*ciddi olmayan beyan*”, “*danışıklı işlem*” ya da “*gerçeğe uygun olmayan hareket ya da işlem*” anlamına gelebilmektedir. Hukuki anlamda muvazaa ise “*irade ile beyan arasında bilerek ve isteyerek gerçekleştirilen uygunsuzluk halidir.*”¹⁴⁷

Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerini perdeleyerek kendi aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacak olan görünüşteki bir sözleşmeyi yapmak üzere anlaşmaları şeklinde de tanımlanabilir.¹⁴⁸⁻¹⁴⁹

¹⁴⁷ Aydınli, İbrahim, s.42.

¹⁴⁸ Aykaç, Hande Bahar, s.367vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M., s.166; Reisoğlu, Safa, s.101.

¹⁴⁹ Ayrıca muvazaa tanımları için Bkz. “Muvazaa, bir hukuki ilişki (sözleşme) taraflarının dışarıya karşı bir işlem yapmış olarak görünmelerine (göstermelerine) rağmen gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmamak veya gösterdiklerinden başka bir işlem yapmak konusunda anlaşmalarıdır” Akyiğit, Şerh, C.1, 119;

“Muvazaa, bir kimsenin arzu etmediği bir şeyi kasten beyan etmesidir.” Von Tuhr, Andreas; Borçlar Hukuku, Yargıtay Yayınları 1-2 İstanbul 1952, s.272 (Aydınli’dan naklen)

“Muvazaa, iki kişinin gerçek iradelerini gizleyerek görünürde beyanda bulunmalarınıdır.” Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s.115.

“Muvazaa, tarafların üçüncü kişilere karşı farklı bir görünüş yaratmak için yaptıkları sözleşmenin aralarında hüküm doğurmayacağını veya bunun yerine başka bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması konusunda anlaşmış olmasıdır.” Guhl / Merz / Koller, Das Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1991, s.124 (Aydınli’dan naklen)

“Muvazaa, tarafların yapmış oldukları bir anlaşmanın hükümlerini aralarında aynı zamanda gizli kalacak bir anlaşma ile tadil etmeleridir.” Postacıoğlu, İlhan, Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul 1945, s.114 (Aydınli’dan naklen)

“Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır.” Arsebük, Esat, Akitlerde Muvazaa Tatbikat Şekilleri, Adalet Dergisi Ceridesi, S.:1942, s.928 (Aydınli’dan naklen)

“Muvazaa, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla onlara karşı gerçeğe uymayan bir görünürde işlem yaratmak için tarafların bilerek ve isteyerek irade beyanlarının hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmalarıdır.” Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku, 34 vd.

Örneğin A kişisi, üçüncü kişiye bulunan borcundan ötürü malına haciz yoluyla el konulmasını önlemek amacıyla B adlı yakınına bu malını temlik ederse bu işlem muvazaalı bir işlemdir. Çünkü burada her ne kadar temlik işlemi gerçekleştirilmiş olsa da aslında tarafların gerçek iradeleri bu malın A'dan B'ye temlik edilmesi değildir.¹⁵⁰ Öyle ki Yargıtay 1.Hukuk Dairesi'nin 29.09.2004 tarihli, E: 2004/ 5930; K: 2004 / 10052 nolu kararında da tarafların bu fiiline dikkat çekilerek muvazaa türlerine değinilmiştir. Kararda, “...*Bilindiği üzere; muvazaa kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir. Muvazaada taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak için anlaşarak bazen aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımadıkları halde görünüşte bir sözleşme yapmaktadırlar (mutlak muvazaa). Veya gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlemektedirler (nispi muvazaa)...*”¹⁵¹ ifadesi ile muvazaa kavramının tanımı ve oluşumu açıklanmıştır.

4.1.2. MUVAZAANIN UNSURLARI

Muvazaalı işlemlerin tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek iradelerinden farklı nitelikte ve kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda anlaştıkları farklı bir sözleşme kurmaları olarak açıklamıştık.

Yüksek mahkemenin muvazaa tanımı için Bkz. “...Genellikle muvazaa, ortada görünen bir durumun gerçeğe uymaması anlamına gelir. Dilin "ikrar ettiğini" kalbin "tasdik etmediği" ve zahirin bir paravana olarak gerçeği örtmek ve saklamak üzere kullanıldığı durumlarda muvazaanın varlığından söz edilir. Hukukta tarafların gerçek iradelerine uygun düşmeyen bir hukuksal işlem yaptıkları hallerde muvazaa ile karşılaşılması ihtimali vardır. Ancak, muvazaada taraflar bilinçli olarak ve isteyerek iradelerine asla uygun düşmeyen bir açıklamada bulunarak gerçekte hiç arzulamadıkları bir işlemi yapmış gibi görünürler. Oysa tarafların gerçekten böyle bir işlem yapmaya hiç niyetleri yoktur. Yapılması asla arzu edilmeyen bir hukuksal işlemi tarafların yaptığı, açıklamanın gerçek iradeye ters düştüğü ve böylece "zarfin mazrufa" uymadığı hallerde ortada muvazaayı öngören bir davranış vardır. Danışıklı dövüş gibi danışıklı bir işlem olan muvazaada hayatta yer alan, uyumsuzluklara konu olan ve hukukta tanınan bir müessesedir. Kişiler çeşitli saik ve nedenlerle danışıklı -muvazaalı- işlemler yapmak gereğini duyarlar. Bu nedenlerin hepsini burada sayıp dökmek gereği yoktur. Çok kez üçüncü kişilerin koğuşurmalarını önlemek, onların hak ve alacaklarını karşılıksız bırakmak, çeşitli yasaların takibinden kurtulmak... gibi değişik amaçlarla bazı kimselerin muvazaayı can kurtaran simidi gibi kullanmakta sakınca görmedikleri kuşkusuzdur...” **Yargıtay 1. HD., 1978/10321E., 1978/11567K., T:02.11.1978.**

¹⁵⁰ Eren, Fikret; s. 318.

¹⁵¹ **Karar metni için Bkz.** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9984#>”

Buna göre muvazaalı işlemlerde öncelikle *üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış 'görünürdeki işlem'*, bunun yanında *görünürde yapılan bu işlemin taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşmış tarafların 'muvazaa anlaşması'* bulunmaktadır.¹⁵²

Eğer tarafların arasındaki ilişki bu iki unsurdan meydana geliyorsa bu işlem mutlak muvazaalı bir işlemdir. Ancak bu iki unsurun yanında tarafların *gerçek iradelerine uygun düşen bir anlaşma daha yani 'gizli işlem'* var ise bu durumda aralarındaki bu işlem nisbi muvazaalı bir işlemdir.¹⁵³

Bunun yanında muvazaalı işlemin unsurlarına değinen Yargıtay HGK. 1991/14-369E., 1991/562K., T: 06.11.1991 nolu kararda muvazaalı işlemin üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçekleştirilen bir işlem oluşundan ötürü bir işlemin muvazaalı kabul edilebilmesi için 'aldatma kastı' nın da zorunlu bir unsur olarak bulunması gerekmektedir.¹⁵⁴ Doktrinde de üçüncü kişileri aldatma kastı muvazaanın olmazsa olmaz bir unsuru olarak belirtilmiştir.¹⁵⁵

¹⁵² Reisoğlu, Safa, s.101 vd.

¹⁵³ Reisoğlu, Safa, s.101 vd.

¹⁵⁴ **Yargıtay HGK. 1991/14-369E., 1991/562K., T: 06.11.1991:** "...Muvazaanın çeşidi ne olursa olsun olayda üç unsurun nisbi muvazaada ise bunlara ek olarak dördüncü bir unsurun gerçekleşmesi gerekir. **1- Muvazaa Anlaşması:** Tarafların muvazaalı işlemi surf üçüncü şahısları aldatma için yaptıklarına ve kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine dair anlaşma yapmaları gerekir. Muvazaa anlaşması netice itibariyle bir sözleşmedir; görünüşteki muvazaalı muameleden ayrı olup onunla birlikte veya daha önce yapılabilir. Muvazaa işleminin bir sözleşmeye dayanması nedeniyle tek taraflı işlemler ile irade sakatlığı oluşturan durumlardan (hata-hile-gabin) farklı niteliktedir.**2- Görünüştaki İşlem:** Tarafların kişileri aldatmak için yapmış oldukları işleme görünüşteki işlem denir. Taraflar burada hukuki işlemi surf görünüşte yapmakta, bu sebeple kendileri hakkında hiç bir hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşmış bulunmalıdırlar. Burada devir sağlayan görünüşteki işlem, hukuki niteliği itibariyle muvazaalı işlemin kendisidir.**3- Gizli işlem:** Nisbi muvazaada söz konusu olan bir unsurdur. Tarafların görünüşteki işlemin altında gerçek iradelerine uygun ve gerçekten arzu ettikleri bir işlem yaptıkları zaman söz konusu olur. **4- Aldatma kastı:** Borçlar Kanunu'nun 18/1'de tarafların sözleşmenin gerçek niteliğini gizledikleri niyetinden söz edilmektedir. Gizleme niyeti, ancak üçüncü kişilerin aldatılması yoluyla gerçekleşebileceğinden aldatma kastı muvazaanın içeriğine dahil zorunlu şarttır. Aldatma kastındaki amaç, tarafların harice karşı aldatıcı durum yaratmak hususundaki niyetidir..."

¹⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Aydın, İbrahim, s.49,50,51,52,53,54.

4.1.3. MUVAZAA TÜRLERİ

4.1.3.1. Mutlak Muvazaa

“Tarafların gerçekte yapmayı arzu ettikleri gizli bir işlemin bulunmamasına rağmen arzu etmedikleri görünürde bir işlem yapmış olmaları halinde” mutlak muvazaanın varlığından söz edilir.¹⁵⁶

Örneğin B, çok sayıda kişiye olan borçları dolayısıyla kendisine yönelik başlatılacak olan icra takipleri nedeniyle kaybedebileceği değerli bir taşınmazını A isimli bir yakınına satış yapmış gibi göstermek suretiyle devrediyor; daha sonra da Milli Eğitim Bakanlığında yapmış olduğu bir inşaat karşılığında doğmuş olan alacağını da C isimli bir diğer yakınına devrediyor. Bu örnekte B ile A kişileri arasında hüküm ve sonuç doğurması istenilen gizli bir sözleşme yoktur, sadece üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile aralarında görünüşte bir hukuki işlem kurmuş bulunmaktadırlar. Yine B ile C kişileri arasında da hüküm ve sonuç doğurması istenilen gizli bir sözleşme bulunmamaktadır. Burada da B ve C üçüncü kişileri aldatma amacıyla gerçekte aralarında devir ilişkisi kurma maksadı taşımaksızın görünürde bir işlem gerçekleştirmişlerdir.¹⁵⁷

4.1.3.2. Nisbi Muvazaa

“Taraflar arasında gerçekte arzu edilen bir sözleşme bulunmaktadır ve fakat bu sözleşmenin gizlenerek arzu edilmeyen görünürde bir başka sözleşme yapılması halinde” nisbi muvazaanın varlığından söz edilir.¹⁵⁸ Yani nisbi muvazaada tarafların gerçek iradelerine uyan ayrı bir hukuki işlem mevcuttur.¹⁵⁹

Örneğin A kişisi B kişisine “bir taşınmazını gerçekte bağışladığı halde (gizli sözleşme) bu taşınmazı satış yoluyla devretmiş gibi (görünürdeki sözleşme) göstermiştir.” Bu durum nisbi muvazaa olarak değerlendirilmektedir.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Kılıçoğlu, Ahmet M., s.166; Reisoğlu, Safa, s.101; Eren, Fikret; s. 318.

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, Ahmet M., s.166; Reisoğlu, Safa, s.101.

¹⁵⁸ Eren, Fikret; s. 318; Kılıçoğlu, Ahmet M., s.166.

¹⁵⁹ Reisoğlu, Safa, s.101.

¹⁶⁰ Kılıçoğlu, Ahmet M., s.166.

4.1.4. MUVAZAALI İŞLEMİN SONUCU VE İSPATI

Muvazaalı işlemin sonucu, tarafların asıl iradelerinden farklı olarak gerçekleştirdikleri ‘görünürdeki işlem’ geçersiz kabul edilmesidir. Tarafların gerçek iradesi görünürdeki işlemi gerçekleştirmekten yana olmadığından işbu muvazaalı işlem taraflar arasında hiçbir hüküm ve sonuç ile alacak ve borç doğurmaz. Öte yandan tarafların bu görünürdeki işlemin arkasına sakladıkları ve gerçek iradeleri ile uygun düşen ve mevzuata göre şekil ve geçerlilik şartlarını sağlayan bir sözleşme var ise bu sözleşmenin geçerli olarak varlığı kabul edilir.¹⁶¹

Muvazaalı işlem hüküm ve sonuç doğurmadığından muvazaa iddiasını, bu işlemin tarafları ile bu işleme bağlı hukuki yararı olan üçüncü kişiler öne sürebilmektedirler.¹⁶² Muvazaa iddiasında bulunan taraf aynı zamanda bu işlemin muvazaalı olduğu iddiasının ispat yükü altına girer. Bunun yanında muvazaanın varlığı hâkim tarafından da re ’sen incelenmesi gereken bir durumdur.¹⁶³

İşlemin muvazaalı olduğunun ispatının ne şekilde gerçekleştirileceği, muvazaa iddiasının kim tarafından ileri sürüldüğüne göre farklılık göstermektedir.

Bir sözleşmenin taraflarından biri tarafından muvazaa iddiası ileri sürülmüş ise bu iddia gerçekleştirilen hukuksal işleme yöneltilmiş bir iddia durumundadır. HMK md. 200’e göre hukuksal işleme yönelik bir iddia söz konusu ise bunun ispatı ancak senetle mümkündür. O halde sözleşmenin taraflarından biri işbu sözleşmeye yönelik olarak muvazaa iddiasında bulunacaksa bu iddiayı belge ile kanıtlamak zorundadır.¹⁶⁴

Sözleşmenin tarafı olmayan ve fakat sözleşmenin iptalini talep etmeye yetkisi bulunan bir kişi muvazaa iddiasını ileri süreceği olursa kendisi sözleşmenin bizzat tarafı olmadığından iddiasını ispat edecek belge temin etmesi büyük ölçüde olanaksızdır. Bu nedenle *üçüncü kişiler muvazaayı her türlü delille kanıtlayabilirler. Bu iddianın kanıtlanabilmesi için başvurulacak ispat araçları*

¹⁶¹ Reisoğlu, Safa, s.103,104,105,106, 107; Kılıçoğlu, Ahmet M., s.166,167.

¹⁶² Reisoğlu, Safa, s.102,103; Kılıçoğlu, Ahmet M., s.167,168.

¹⁶³ Reisoğlu, Safa, s.107, 108, 109, 110.

¹⁶⁴ Kılıçoğlu, Ahmet M., s.167.

belge, tanık, sosyal ve ekonomik durum, yakınlık, bilirkişi raporu, değer tespiti gibi araçlar olabilir.¹⁶⁵

4.2. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE MUVAZAA KAVRAMI

Genel olarak muvazaa kavramını tanımlarken muvazaalı işlemin, tarafların üçüncü kişileri aldatmak kastıyla gerçek iradelerine uygun düşmeyen irade beyanlarında bulunarak gerçekleştirdikleri hukuki bir işlem olduğunu belirtmiştik. Buna göre bir alt işverenlik ilişkisinde muvazaa hali, tarafların (asıl işveren – alt işveren) aslında aralarında bir alt işverenlik ilişkisi kurmak istememelerine karşın, asıl işvereni işçilerine karşı doğan/doğacak belirli sorumluluklarından korumak maksadıyla görünürde bir alt işverenlik ilişkisini kurmaları halidir. Yani muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinin gerçek amacı işin bir alt işverene devredilmesi değil, aksine asıl işveren bakımından söz konusu işçilere karşı doğan/doğacak sorumluluktan kaçınmak fakat bu işçilere karşı işveren sıfatını sürdürmektir.¹⁶⁶

Bir alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın varlığının incelenmesi bakımından yazarlar arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir grup yazara göre alt işverenlik ilişkisinde muvazaa kabul edilecek haller İş Kanunu md.2/7’de ayrıca belirtildiğinden¹⁶⁷ Türk Borçlar kanununda yer alan muvazaaya yönelik düzenleme md. 19¹⁶⁸ göz önüne alınmamalıdır. Yani somut olayda İş Kanunu md. 2/7’de sayılan üç durumdan biri gerçekleşmiş ise artık bu alt işverenlik ilişkisi muvazaalı kabul edilmelidir.¹⁶⁹⁻¹⁷⁰

¹⁶⁵ Kılıçoğlu, Ahmet M., s.168.

¹⁶⁶ Aykaç, Hande Bahar, s.369.

¹⁶⁷ **İK. Md. 2/7:** “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.”

¹⁶⁸ **TBK. Md. 19:** “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunulmasında bulunamaz.”

¹⁶⁹ “**Kendine Özgü Muvazaa Görüşü**” olarak tanımlanan bu görüş hakkında detaylı bilgi için **Bkz.** Kaplan, Tuncay, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu”, Prof. Dr. Can Tuncay’a Armağan, Legal, İstanbul 2005, s.219-233.

¹⁷⁰ “**Kendine Özgü Muvazaa Görüşü**” nün eleştirisi için **Bkz.** Aydın, İbrahim, s.370,371,372,373.

Bu konudaki diğerk bir yoruma göre İK. md. 2/7’de sayılan halleri doğrudan muvazaa olarak nitelendiren bizzat kanunun hükmünün kendisidir ve maddedeki bu niteleme kir kabule dayanmaktadır. Yazara göre maddede geçen “...*Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek...*” ifadesinde zaten ilişki “muvazaalıdır” denilmemiş “muvazaalı kabul edilir” denilmiştir. Bu nedenle maddede sayılan haller kanuna karşı hile olarak gerçekleşse bile kanun maddesinde muvazaa olarak nitelendirildiğinden bu hallerin gerçekleşmesi halinde ilişki muvazaalı kabul edilmelidir.¹⁷¹

Bunu yanında bu yoruma ters düşen bir başka görüşe göre ise İK. md. 2/7’de belirtilen haller her ne kadar muvazaa kabul edilebilecek haller olarak ayrıca sayılmışsa bile muvazaa olgusu borçlar hukukuna ilişkin bir terim olduğundan muvazaanın varlığının tespiti bakımından İK md. 2/7’de sayılan haller incelenirken TBK. md. 19’un da göz önünde tutulması, bunun yanında bu alana ilişkin doktrinde yer alan görüşleri ve Yargıtay kararlarını da bir arada değerlendirerek muvazaanın varlığının tespit edilmesi uygun olacaktır.¹⁷² Bizce de borçlar hukuku muvazaası – iş hukuku muvazaası gibi ayrı iki kavram bulunamayacağından somut bir olayda muvazaanın varlığının tespiti bakımından hem İK. md. 2/7’de sayılan haller, hem de TBK. md.19 hükmü bir arada ele alınarak doktrinadaki yorumlar ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirilerek açıklığa kavuşturulmalıdır.

Ayrıca bu hallerin iş kanununda karine olarak kabul edilerek sayılmış olması daha ziyade muvazaa iddiasında bulunan tarafa düşen ispat yükü bakımından kolaylık sağlamak ve somut olayın daha etkin ve hızlı biçimde çözüme kavuşturulmasına olanak tanıma maksadını taşımaktadır.¹⁷³ Bunun yanında asıl işveren ve alt işverenin aralarındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu ileri süren işçi, bu alt işverenlik sözleşmesinin taraflarından biri olmadığından iddiasını her türlü delille ispatlayabilecektir.

¹⁷¹ Mollamahmutoğlu / Astarlı, s.192,193,194.

¹⁷² Aydınlı İbrahim, s.364,365.

¹⁷³ Süzek, Sarper, s.154, 155.

4.3. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN SINIRLANDIRILMASI

4.3.1. İŞ KANUNUNDAN KAYNAKLANAN SINIRLANDIRMALAR

4.3.1.1. Asıl İşverenin İşçilerinin Alt İşveren Tarafından İşe Alınarak Çalıştırılmaya Devam Ettirilmek Suretiyle Haklarının Kısıtlanması

Asıl işverenin işçisi olarak çalışmakta olan bir işçinin önce işten çıkarılması daha sonradan da alt işveren tarafından yeniden işe alınarak haklarının kısıtlanması İş Kanunu. md. 2/7 hükmünde yer alan “...*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz... Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler...*” ifadesi nedeniyle kanuna ters düşmekte ve karine olarak muvazaa olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁴

Kanun maddesindeki ifadeden de anlaşılacağı üzere asıl işveren tarafından işe alınan ve asıl işverene bağlı olarak çalıştırılmaya devam edilen bir işçinin işine asıl işveren tarafından son verilmesinin üzerine, aynı işçi ile alt işveren arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulması suretiyle yeniden aynı işyerinde işe başlatılması ancak bu işçinin haklarının kısıtlanmaması kaydı ile geçerli olacaktır.

Ancak yaygın olarak böyle bir uygulamada işçinin haklarının kısıtlanmamış olması pek de mümkün değildir. Zira kanun koyucunun da öngördüğü üzere bu uygulama vasıtasıyla asıl işveren tarafından iş sözleşmesine son verilen işçi alt işveren tarafından yeniden o işyerine alınırken aynı işte çalışmasına karşın daha düşük ücret ve daha zayıf sosyal haklar (işyeri servisinden yararlanamama veya özel sağlık sigortasına ilişkin hak kayıpları) ya da işçilik alacaklarında azalma yaşama ihtimali ile karşı karşıya kalmaktadır.

¹⁷⁴ Süzek, Sarper, s.156,157 ; Aydın, İbrahim, s.285-292 ; Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, s.78 ; Mollamahmutoğlu / Astarlı, s. 197,198 ; Aykaç, Hande Bahar, s.384-397 ; Çalık, Abdurrahman, “*Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler*” s.74,75.

İşte böyle bir durumun varlığı halinde alt işveren tarafından işe alınan işçinin haklarında azalma meydana gelmişse bu durum İş Kanunu uyarınca muvazaalı alt işverenlik ilişkisi olarak kabul görmektedir.¹⁷⁵

Doktrinde yazarlar tarafından dikkat çekilen bir konu da, söz konusu durumun muvazaa kabul edilmesi ancak işçinin haklarında kısıtlanma doğarsa muvazaa olarak nitelendirilecektir. Aksi halde asıl işverenin işten çıkardığı bir işçi alt işveren tarafından işe alınır ancak aynı haklar ile çalışmaya devam ederse bu durum muvazaa teşkil etmeyecektir.¹⁷⁶ Yargıtay da pek çok kararında bu görüşü benimsemiştir.¹⁷⁷ Öte yandan salt asıl işverenin eski işçisinin alt işveren tarafından işe alınması durumunu muvazaa olarak kabul eden Yargıtay kararları da mevcuttur.¹⁷⁸

Yani asıl işverenin eski işçisinin alt işveren tarafından işe alınıp çalıştırılması topyekûn yasak edilmemiştir.¹⁷⁹ Kanun koyucunun buradaki amacı işçinin alt işverene devredilmek suretiyle ücretinin azaltılmasına ya da belirli bir kıdeme gelen işçiyi alt işverene devrederek işçilik haklarında azaltma sağlanmasına engel olmaktır.¹⁸⁰

Bu nedenle somut olayda durumun muvazaa olup olmadığının tespiti bakımından her olay için ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Örneğin

¹⁷⁵ Süzek, Sarper, s.156,157 ; Aydın, İbrahim, s.285-292; Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, s.78 ; Mollamahmutoğlu / Astarlı, s. 197,198 ; Aykaç, Hande Bahar, s.384-397 ; Çalık, Abdurrahman, "Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler" s.74,75.

¹⁷⁶ Süzek, Sarper, s.156,157.

¹⁷⁷ **Yargıtay 9. H.D. E: 2005/ 36851, K: 2006 / 5432, T: 06.03.2006** "...E. Genel Müdürlüğünün işçisi olan davacının, hizmet alım sözleşmesinin tarafı olan davalı şirket tarafından Belediyeler Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra çalıştırılmaya devam ettirilmesi durumunda da İş Kanununun 2/7. maddesi uyarınca asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını kabul etmek gerekir. Zira bu durumda, **asıl işverenin işçisinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılması suretiyle haklarının kısıtlanması söz konusudur.** Buna göre davacı dava dışı E. Genel Müdürlüğünün işçisidir..." Kararın tam metni için **Bkz.** "<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=3790#>"

¹⁷⁸ **Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E:2007/20643, K:2007/20077, T:25.06.200** "...davacının başlangıçta bilet satış, dağıtım, tahsilat, peron kontrol hizmetlerini yürüten davalı İstanbul Ulaşım Sanayi Anonim Şirket işçisi olarak işe başladığı, davalının bu hizmetleri daha sonra ihale ile alt işverene verdiği ve davacının bu kez alt işveren işçisi olarak aynı işyerinde çalışmasına devam ettiği anlaşılmaktadır. **Mahkemece davacının asıl işveren işçisi iken, asıl işin alt işverene verilmesi ve alt işveren işçisi olarak çalıştırılmaya devam etmesi nedeni ile davalılar arasındaki sözleşmenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesine aykırı olduğu ve davacının başlangıçtan beri İstanbul Ulaşım Sanayi Anonim Şirket işçisi sayılması gerektiği yönündeki tespiti yerindedir...**" Kararın tam metni için **Bkz.** "<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=3790#>"

¹⁷⁹ Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, s.78.

¹⁸⁰ Mollamahmutoğlu / Astarlı, s. 197,198 ; Süzek, Sarper, s.156,157.

somut olayda asıl işveren toplu iş sözleşmesinden yararlanacak işçi sayısını azaltmak ya da engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünü azaltmak maksadıyla böyle bir uygulamaya başvurduysa da burada muvazaanın varlığı kabul edilmelidir.¹⁸¹

4.3.1.2. Asıl İşverenin Daha Önceden Çalıştırdığı Kişi İle Alt İşverenlik İlişkisi Kurulması

İşyerinde asıl işverenin işçisi olarak işe alınarak bir süre çalışmış bir kişinin asıl işveren ile alt işverenlik sözleşmesi imzalayarak söz konusu işyerinden iş alması halinde İş Kanunu 2/7’de yer alan “...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...” ifadesi nedeniyle ...” ifadesi nedeniyle kanuna ters düşmekte ve karine olarak muvazaa olarak kabul edilmektedir.¹⁸²

Gerçekten de asıl işveren güvenilir bir çalışanını işten çıkartarak bu çalışan ile alt işverenlik sözleşmesi imzalayarak görünürde bir alt işverenlik ilişkisi kurmaktadır. Daha sonra işyerinde hâlihazırda çalıştırdığı işçilerin bir bölümünü bu sözde alt işverene devretmek suretiyle bu işçilere ilişkin bireysel iş hukuku ile toplu iş hukukuna ilişkin doğacak yükümlülüklerinden kaçınma yoluna gitmektedir.¹⁸³ Böylelikle asıl işveren bu uygulaması vasıtasıyla mevcut işçilerinin ücretini düşürmekte ve toplu iş sözleşmesi yapmalarına engel olmaktadır.¹⁸⁴

Kanun koyucu asıl işverenlerin işbu kötü uygulamalarına engel olmak maksadı ile bu hükmü düzenlemiştir. Bu hüküm doktrindeki pek çok yazar tarafından *aksinin ispatı mümkün olan bir yasal karine niteliğinde* kabul edilmektedir. Zira yine bu yöndeki bir görüşe göre bu hükmün kesin ve katı bir

¹⁸¹ Aydın, İbrahim, s.287.

¹⁸² Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, s.79,80; Süzek, Sarper, s.157, 158; Aydın, İbrahim, s.293-298 ; Mollamahmutoğlu / Astarlı, s. 199,200,201.

¹⁸³ Aykaç, Hande Bahar, s.372.

¹⁸⁴ Süzek, Sarper, s.157.

nitelikte yorumlanması halinde iyi niyetli olarak kurulacak olan asıl işveren – alt işveren ilişkileri de hukuka aykırı bir hale gelecektir.¹⁸⁵

Öte yandan hükmün çok katı biçimde yorumlanması ve bu nedenle alt işveren olarak iş alacak kişilerin önceden çalıştığı hiçbir işyerinden iş alamamaları da Anayasa md. 48’de yer alan sözleşme özgürlüğüne aykırı olarak yorumlanmaktadır.¹⁸⁶

Öğretideki bazı yazarların bu konuya ilişkin görüşüne göre ise bu maddenin yasal karine niteliğinde kabul edilmesi uygulamada çeşitli problemlere yol açacaktır. Yazara göre asıl işverenin eski bir işçisi ile alt işverenlik ilişkisi kurması halinde bunun karine gereği muvazaa kabul edilmesi ispat zorluğu nedeniyle işveren bakımından ciddi zorluklar oluşturacaktır. Bunun yanında asıl işverenin çok uzun zaman önce işçisi olarak çalışmış biri ile alt işverenlik ilişkisi kurması halinde bunun muvazaa kabul edilmeyebileceğine ilişkin görüş de arada geçen sürenin uzunluğu bakımından benzer bir ispat sorunu doğuracağından kabul edilemez. Yazara göre bu görüşler bu hüküm mutlak emredici niteliktedir ve isabetsiz bir düzenlemedir.¹⁸⁷

Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından 2004 yılında verilen bir kararda ise “...Davacı, dilekçesinde davalılardan TKS AŞ. İşyerinde adı geçen işverenin işçisi olarak çalıştığını, işyerinde daha önce işçi olarak çalışan ÖO isimli şahsın muvazaalı şekilde alt işveren olarak gösterildiğini, ÖO'nun işveren olmadığı...” şeklinde dava edilen somut olayda; “Taraflar arasında yapılan sözleşmelerden işin bir bölümünün verilmesi niteliğinde olmayıp işçi temin etmek mahiyetinde olduğu izlenimini vermektedir. Ö.O'nun, AŞ'nin eski bir işçisi olması da dikkat çekicidir. Öncelikle bu deliller hep birlikte değerlendirilmeli, davalılar arasında muvazaanın mevcut olup olmadığı kesin olarak saptanmalıdır...”

¹⁸⁵ Mollamahmutoğlu / Astarlı, s. 199; Sarper, s.157,158.

¹⁸⁶ **Örneğin;** 4857 sayılı kanunun md.2/f.8hükmü karşısında evvelce o işyerinde usta olarak çalışıp da o işyerinden emeklilik veya herhangi bir şekilde o işyerinden ayrıldıktan sonra ustalığı alanında bir firma kurarak bağımsız çalışmaya başlayan işçinin eski işvereni ile yaptığı kendisini onunla asıl işveren – alt işveren konumuna sokan hukuki işlem muvazaa nedeniyle geçersiz olacağına ve buna göre de işçileri başlangıçtan (herhalde asıl işveren- alt işveren ilişkisi kurularak işçilerin asıl işverenin işyerinde çalıştırılmaya başlandığı tarihten) itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceklere göre aralarında asıl işveren – alt işverenlik ilişkisi kuracak şeklinde hiçbir çalışma sözleşmesi olamayacaktır ki bu hükme mutlak anlam verildiği takdirde çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırı düşecektir.” Mollamahmutoğlu / Astarlı, s. 199,200,201.

¹⁸⁷ Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, s.79,80.

biçiminde hüküm kurulmuştur. Görüldüğü üzere Yargıtay bu kararında asıl işverenin işyerinde daha önce işçi olarak çalışmış bir kişi ile alt işverenlik ilişkisi kurmasını tek başına muvazaa olarak kabul etmemiş, bu uygulama vasıtasıyla işçi temini sağlanmasını muvazaa olarak kabul edileceğini ifade etmiştir. Bunun yanında Yargıtay somut olaydaki tüm veriler değerlendirildikten sonra olayın muvazaa olup olmadığının tespitinin mümkün olduğuna da değinmiştir.¹⁸⁸

4.3.2. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİNDEN KAYNAKLANAN SINIRLANDIRMALAR

Çalışmamızın bu bölümünde tekrara düşmemek adına münhasıran sadece 27.09.2008 tarihli Alt İşverenlik Yönetmeliği'nden kaynaklanan hukuki sınırlandırmalara değinilecektir.

4.3.2.1. İşe Uygun Nitelikte Personelin Bulundurulmaması

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin "Muvazaanın İncelenmesi" başlıklı 12. maddesinde yer alan ifadeye göre "*İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı... göz önünde bulundurulur.*"¹⁸⁹ Yani alt işveren işçileri alt işverenin devraldığı işte çalışan işçiler olmalıdır.

Alt işverenin çalıştıracağı personelin niteliği asıl işverenin yürüttüğü mal ve hizmet üretimi ile ilgili olduğu gibi asıl işverenin alt işverene verdiği işin ne olduğu ile de doğrudan ilgilidir. Örneğin asıl işverenin işyerinin bir hastane olduğu ve alt işverene devredilen işin hastanenin rutin temizlik işi olduğu ve alt işverenin işçilerinin temizlik işini yürüten işçiler yerine hasta bakıcıların, röntgen teknisyenlerinin, hemşirelerin olduğu bir somut olayda yaygın olarak bu işçiler alt işverenin devraldığı temizlik işini değil hastanenin hemşirelik, hasta bakıcılığı ve röntgen teknisyenliği işlerinde çalışmaktadırlar. İşte bu durum somut olayda hukuka uygu bir alt işverenlik ilişkisinin kurulmamış olduğunu göstermektedir. Öyle ki yönetmeliğin 12/1(d) maddesine uygun bir alt işverenlik ilişkisinin

¹⁸⁸ Yargıtay 9. HD. E.: 2004/17098, K.: 2004/17431, T.:08.07.2004 nolu kararın tam metni için Bkz. "<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>"

¹⁸⁹ AİY. Md. 12/1(d).

kurulmuş olması için alt işverenin devraldığı konuda yetkin personele sahip olması gerekmektedir. Ancak somut olayda alt işveren hastanenin rutin temizlik işini almış olmasına karşın bu alanda çalışacak işçisi bulunmamaktadır bu durum da Yönetmelik 12/1(d) maddesine aykırılık yaratmaktadır.¹⁹⁰

Yargıtay'ın benzer bir olayda verdiği 2008 tarihli bir kararda da bu durum muvazaa olarak kabul edilerek “...davalılar arasındaki sözleşmede yapılacak hizmetin taşıma, temizlik ve yemek servis hizmetleri olarak belirtildiği halde, gerek tutanak içeriklerinden ve gerekse tanık beyanlarından bu çalışanların bir kısmının hasta bakıcılık gibi üniversitenin asli işi olan sağlık hizmetlerinde, güvenlik hizmetinde, hastanenin ameliyathane gibi kimi bölümlerinde çalıştırıldıkları ve özel eğitime tabi tutuldukları, bu şekilde özel eğitim ile nitelik kazandırılarak, asli işte çalıştırıldıkları... aradaki sözleşmenin hizmet alımı değil, işçi teminine yönelik olduğu...” kanaatine varılmıştır.¹⁹¹

Yargıtay'ın 2016 tarihli bir kararına göre ise “Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı kabul edilmelidir.”¹⁹²

Elbette tek başına alt işverenin personelinin niteliğinin asıl işverenden devraldığı işe uygun olmaması kesin biçimde tek başına muvazaanın varlığını kanıtlayan bir ölçüt durumunda görülmemelidir. Nitekim bu kriter, sayıldığı Alt işverenlik Yönetmeliği md.12’de “...muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde...” ifadesi altında değerlendirilmiştir. O halde sözünü ettiğimiz kriter tek başına muvazaanın ispatı değil muvazaa kanaatini oluşturan hal olarak değerlendirilmeli ve somut olayın diğer unsurları ile kanun, doktrin ve Yargıtay’ın görüşleri de göz önünde tutularak muvazaanın varlığına ilişkin bir değerlendirme yapılmalıdır.¹⁹³

¹⁹⁰ Aydınli, İbrahim, s.301,302.

¹⁹¹ Yargıtay 9. HD. E.: 2008/20367, K.: 2008/1458, T.: 09.06.2008 Kararın tam metni için Bkz.: “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

¹⁹² Yargıtay 9. HD. E.: 2016/32706, K.: 2016/17818, T.: 13.10.2016 Kararın tam metni için Bkz.: “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

¹⁹³ Aydınli, İbrahim, s.302.

4.3.2.2. İşe Uygun Nitelikte Ekipmanın Bulundurulmaması

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin "Muvazaanın İncelenmesi" başlıklı 12. Maddesinde yer alan ifadeye göre "*Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı... göz önünde bulundurulur.*" Yani alt işveren, asıl işverenin kendisine devrettiği işi yürütebilecek ekipmana ve tecrübeye sahip olmalıdır.

Alt işverenin asıl işverenden aldığı işi gerçekleştirebilecek nitelikte personelinin bulunmasının gerekliliği gibi bu personelin devralınan işi alt işverenin iş organizasyonu içerisinde bağımsız olarak yürüteceği ekipmanın da bulunması gerekmektedir. Yönetmelikte ekipman sözcüğü "*birbirini fonksiyonel olarak tamamlayan araç ve gereçleri*" ifade etmektedir. Yani yönetmeliğe uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için "*işin görülmesi ve tamamlanabilmesi için gerekli ekipmanı oluşturan tüm teknik alet ve araçların*" alt işverende mevcut olması gerekmektedir.¹⁹⁴

Yargıtay'ın 2016 tarihli bir kararında bu konudaki görüşüne göre, "*...burada dikkat edilmesi gereken nokta, asıl işin hizmet alımı yolu ile ihale edilmesidir. Yapılan ihalede, ihale yapan kurum veya kuruma ait bağlı kuruluş tarafından araç temini sağlanır, ... kısaca ihale işçi teminine yönelik ise, ihaleye veren ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir. Hizmet alımı yapma ile bu hizmetin yürütülmesi için personel (işçi) temini farklı olgulardır. Hizmet alımı ve hizmetin yaptırılması ibarelerinin, iş mevzuatının yasakladığı ticari amaçlı işçi teminine olanak tanıdığı şeklinde yorumlanarak sonuca ulaşılması hukuken mümkün değildir. Bunda kamu yararı da yoktur. Bu yönde yapılan ihale sözleşmeleri geçersizdir. Diğer taraftan, 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.*"¹⁹⁵ denilmektedir.

¹⁹⁴ Aydın, İbrahim, s.302.

¹⁹⁵ Yargıtay 7.HD. E: 2016/3009, K: 2016/3108, T: 15.02.2016 Kararın tam metni için Bkz.: "<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>"

Görüldüğü gibi Yargıtay'a göre de alt işverenin işe uygun ekipmanının bulunmaması –ekipmanın asıl işveren tarafından sağlanması- somut olayın işçi temini maksadı ile kurulmuş muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisi olduğu yönünde kanaat oluşturmaktadır. Ancak bu durumun tek başına gerçekleşmiş olması muvazaanın kesin olarak var olduğu anlamını taşımamakta olayın işçi temini niteliğinde olup olmadığının diğer unsurlarla beraber değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliğinde bu durum “...muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde...” ifadesi altında değerlendirilmiştir.¹⁹⁶

4.3.3. DOKTRİNE GÖRE ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE MUVAZAA GÖRÜNÜMLERİ

Asıl işveren – Alt işveren arasında kurulan hukuki ilişkinin muvazaalı olup olmamasının değerlendirilmesi bakımından göz önünde tutulan ölçütler mevzuatta sayılan haller ile sınırlı tutulmamaktadır. Genel olarak bu ilişkinin muvazaalı olduğu öne sürülebilir ve kanıtlanabilir. Ancak genel olarak muvazaanın ispatının söz konusu olduğu durumda kanunda sayılmayan haller muvazaanın varlığı bakımından bir karine de teşkil etmeyecektir. Bu durumda muvazaanın varlığı genel koşullara göre ispatlanmalıdır.¹⁹⁷

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

Doktrinde ve uygulamada muvazaa kabul edilen hallerden biri de alt işveren işçilerine asıl işverenin bizzat emir ve talimat vermek suretiyle yönetim hakkını elinde bulundurmasıdır.¹⁹⁸

Asıl işverenin alt işverene devrettiği işler bakımından bu işlerin sevk ve idaresi bizzat alt işverenin tarafından yürütülür. Nitekim asıl ve alt işverenin işçileri çalışmalarını aynı işyerinde gerçekleştiriyor olsalar dahi alt işverenin

¹⁹⁶ Süzek, Sarper, s.154-162, Aydın, İbrahim, s.30,303.

¹⁹⁷ Süzek, Sarper, s.160.

¹⁹⁸ Aykaç, Hande Bahar; s.412,413,414,415; Aydın, İbrahim, s.308,309,110,; Güzel, Ali, ” İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı”, s.39,40,41.

yürüttüğü iş bakımından bu iş organizasyonu ayrı bir işyeri gibidir ve alt işveren, işveren sıfatı gereği işçilerine bizzat emir ve talimat verecek yegâne kişi konumundadır. Öyle ki İş Kanunu 3/2’de yer alan ifadeye göre “*Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür.*” Yani alt işvereni aldığı iş bakımından bizzat işveren konumunda oluşu kanundan kaynaklanan bir durumdur.¹⁹⁹

Bununla birlikte asıl işverenin işinde çalışan alt işverenin işçileri bakımından alt işverenle birlikte sorumluluğunun bulunması nedeni ile tüm işletmeyi ve işçileri etkileyen iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili emir ve talimatlar ya da denetimler bakımından vb. asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde bizzat yönetim yetkisinin bulunmadığına ilişkin kuralın istisnası doğmaktadır.²⁰⁰

Asıl işverenin alt işveren işçilerine doğrudan emir ve talimat vermesine ilişkin olarak 2007 tarihli bir Yargıtay kararında ise “*...Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren üstlendiği işi, sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Bir başka anlatımla, yönetim hakkı tamamen kendi yetkisindedir. Asıl işverenin sadece denetim yetkisi vardır. Alt işveren çalıştıracığı işçileri kendisi işe alır, kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SSK primlerini yatırır ve işten çıkarmada da yetkili kendisidir. Oysa davalı sağlık Bakanlığı'na bağlı hastane yönetimi ile temizlik hizmetini alan taşeron şirketler arasındaki ihale sözleşmeleri, teknik şartnameler incelendiğinde, işçilerin işe alınmalarında ve işlerine son verilmesinde tek yetkilinin hastane idaresi olduğu, hastane idaresi tarafından kurulacak komisyonun bu görevi yapacağı, firmaların işçi alım ve çıkarılmasında kesinlikle tasarruf sahibi olmayacağı anlaşılmaktadır. Keza çalışacakların çalışma koşullarının da Hastane yönetimince belirleneceği açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, alt işverenlerin*

¹⁹⁹ Nitekim anılan kanun maddesinin gerekçesinde bu durum “*...Maddenin ikinci fıkrasında asıl iş veren - alt iş veren ilişkisinin oluşması halinde, alt iş veren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarıyla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için, onun da kendi adına kurduğu bu iş yeri için gerekli bildirimleri yapması öngörülmüştür...*” ifadesiyle açıklanmaktadır. **Bkz.** Güzel, Ali, “*İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı*”, s.40.

²⁰⁰ Aydınlı, İbrahim, s.309.

çalıştırdıkları işçilerin üzerindeki yönetim hakkı tamamen asıl işveren tarafından kullanılmaktadır. Burada gerçek anlamda bir alt işveren-asıl işveren ilişkinden söz edilemez. Sözleşmeye göre, işçiler hastanenin yönetimi altında çalışırken, fesih kararını yine hastane vermektedir. Alt işveren kendi işçileri üzerinde yönetim hakkı kullanmamaktadır. Davacı işçi başlangıçtan itibaren davalı Sağlık Bakanlığı işçisidir. Temizlik işi verilen firmaların işverenlik sıfatı bulunmamaktadır.” şeklinde karar verilerek bu durum muvazaa olarak nitelendirilmiştir.²⁰¹

Sonuç olarak işverenin en tabii hakkı çalıştırdığı işçilere emir ve talimat vermek, işe almak ve işten çıkarmak gibi yönetim haklarını bizzat kullanmak suretiyle iş organizasyonunu yürütmektir. Bu nedenle işletmenin tümünü kapsayan genel haller dışında (iş güvenliği vb.) bu yetkiler kendi işçileri bakımından sadece alt işverende olmalıdır.²⁰²

4.3.3.2. Alt İşverenin Sürekli Değişmesine Karşın Aynı Alt İşveren İşçilerinin Çalıştırılmaya Devam Edilmesi

Doktrinde muvazaa kriteri olarak görülen bir diğer durum ise, asıl işverenin aynı işi arka arkaya sürekli olarak farklı alt işverenlere devretmesi fakat alt işverenin değişmesine rağmen alt işveren işçilerinin aynı kalarak aynı işte çalışmaya devam etmesidir. Özellikle söz konusu işin ihale yoluyla muvazaalı olarak periyodik biçimde farklı işverenlere verilmesi ve mevcut işçilerin yeni alt işverenin işçisi olarak gösterilmeleri uygulamada sıkça karşılaşılan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁰³

Doktrinde yer alan bir görüşe göre periyodik biçimde alt işverenin değiştiği hallerde eğer asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişki muvazaaya dayanıyorsa muvazaalı alt işverenlik ilişkisinden sonra kurulan diğer tüm periyodik alt işverenlik ilişkileri de muvazaalı kabul edilmelidir. Zira ilk

²⁰¹ **Yargıtay 9. HD. E.: 2007/309, K.: 2007/1006, T.: 29.01.2007** Kararın tam metni için **Bkz.:** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

²⁰² Aydın, İbrahim, s.308,309.

²⁰³ Süzek, Sarper, s.162, Aykaç, Hande Bahar, s.408 vd.

muvazaalı alt işverenlik ilişkisinde bu işçiler başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi kabul edilecektir. Bu nedenle bu durum gerçekleştikten sonra söz konusu işçileri çalıştıran bir alt işveren, asıl işverenin işçilerini devralarak çalıştırmış durumuna düşecek yani İş Kanunu md. 2/7’de sayılan muvazaa ölçütünü gerçekleştirmiş olacaktır.²⁰⁴

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise alt işverenin sürekli değişmesine karşın alt işveren işçilerinin aynı işte çalışmaya devam etmeleri her ne kadar muvazaa ihtimalini akla getirirse de bu durum somut olayın özellikleri incelenerek ve diğer muvazaa kriterleri ile beraber değerlendirilerek muvazaanın var olup olmadığı hususunda bir kanaate varılmalıdır.²⁰⁵ Nitekim Yargıtay 2006 yılında verdiği bir kararda “...davalı işverenin her yıl yaptığı ihale ile, meydan işlerinde 15 işçi çalıştırmak üzere alt taşeronlarla sözleşme imzaladığı ve davacının alt taşeronlar değiştiği halde, davalıya ait işyerinde alt taşeron işçisi olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır... Alt-asıl işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının tespiti için bu beyan yeterli değildir... işyerinde keşif yapılmalı, işyeri kayıtları ve davalı ile ihbar edilen şirketler arasındaki sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6son maddesi kapsamında incelenmeli, bilirkişilerden bu konuları açıklayan ve denetime elverişli olan raporlar alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir...” biçiminde hüküm getirmiştir.²⁰⁶

Bazı hallerde bu durum muvazaanın varlığını işaret ederken her somut olayda bu durum muvazaa olarak yorumlanmamalıdır. Nitekim doktrindeki bir yoruma göre işi devralan yeni alt işveren işyerini bilen, yürütülen iş üzerinde tecrübeye sahip, kısacası gerçekleştirilecek iş organizasyonuna hakim işçilerle çalışmak maksadı ile böyle bir uygulamaya başvurabilir. Bu nedenle bu durum derhal bir muvazaa kriteri olarak görülmemelidir.²⁰⁷ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2001 tarihli bir kararında, “Alt işverenler değiştiği halde bir kısım işçilerin yeni alt işveren yanında çalışmalarını yasaklayan yasal düzenleme mevcut olmadığı gibi, böyle bir çalışma şeklinden hareketle alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu kabul edilemez. Ülkemiz mevzuatına göre alt

²⁰⁴ Süzek, Sarper, s.162, Aykaç, Hande Bahar, s.408 vd.

²⁰⁵ Hande Bahar, s.408 vd.

²⁰⁶ **Yargıtay 9.HD, E.:2006/15573, K.:2006/19347, T.: 03.07.2006** Kararın tam metni için **Bkz.:** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

²⁰⁷ Aykaç, Hande Bahar, s.408 vd.

*işverenin üstlenebileceği işler geçici nitelikte olabileceği gibi devamlılık gösteren işler de olabilir. Alt işverenin asıl işverene ait işyerinde asıl iş veya yardımcı iş niteliğinde her türlü işi üstlenmesini engelleyen yasal bir düzenleme yoktur. Bu nedenle alt işverene ihale ile verilen işin özelliğinden hareketle muvazaa değerlendirme yapılması doğru olmaz. İşin, asıl işverenin işyerinde yapılmış olması da muvazaa iddiasının kabulünün delili olamaz. Bu gibi durumlarda fiziki olarak tek olan yerler hukuki bakımdan hem asıl işverenin, hem de alt işverenin işyeri sayılmaktadır.” şeklinde hüküm getirerek mevzuatta karine olarak sayılmayan hallerde doğrudan muvazaanın varlığının işaret edilmesini uygun bulmamıştır.*²⁰⁸

4.3.3.3. Görünürde Kurulan Alt İşverenlik Sözleşmesi Vasıtası İle İşçilerin Haklarının Kısıtlanması

Uygulamada sıkça görüldüğü üzere asıl işverenin gerçek iradesi her zaman işin bir bölümünü alt işverene devretmek değildir. Asıl işveren işini ve işyerini bölümlere ayırarak sözde alt işverenlik ilişkileri kurmak suretiyle kendisine bizzat bağlı olarak çalışan işçilerin sayısını en aza indirmeyi amaçlamaktadır. Bu durumu organize edebilmek adına bazı durumlarda asıl işverenin güvendiği işçi veya işçileri ile muvazaalı alt işverenlik ilişkisi kurmak gibi yöntemlere başvurmak suretiyle hem işçiler üzerindeki doğrudan yönetim hakkını kaybetmemek hem de bizzat kendisine bağlı işçi sayısını azaltma yoluna gidebilmektedir. Asıl işverenin bu şekilde muvazaa yoluna gitmesinin nedeni çalıştırdığı işçi sayısına bağlı olarak artan bir takım mesuliyetlerinden kaçınmayı hedeflemesidir. Buna göre, İş Kanunu’nda işçi sayısına bağlı olarak düzenlenen İş güvencesi²⁰⁹, toplu işten çıkarma²¹⁰, özürlü çalıştırma zorunluluğu²¹¹, iş sağlığı ve

²⁰⁸ **Yargıtay HGK E.:2001/9-711, K.: 2001/820 T.: 14.11.2001** Kararın tam metni için **Bkz.:** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

²⁰⁹ **İK. Md. 18:** “*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...*”

²¹⁰ **İK. Md. 29:** “*İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir.*”

güvenliği kurulu kurma²¹² ve iş sağlığı ve güvenliği hakkındaki çalışan sayısına bağlı olarak ek mesuliyet yükleyen diğer hükümlerden etkilenmemeyi amaçlayan asıl işveren muvazaalı alt işverenlik ilişkisi kurma yoluna gitmektedir.²¹³

Yine asıl işverenin uygulamada toplu iş hukuku mevzuatından etkilenmemek maksadıyla işi bölerek sözde alt işverenlik ilişkileri kurma yoluna gitmektedir. Sonuç olarak işyerinde birden çok işveren bulunduğundan sendikal örgütlenme sağlamak ya da toplu iş sözleşmesi yapmak oldukça güçleşmektedir. Yine asıl işverenin bizzat taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi var ise bu uygulama ile bu sözleşmenin kapsamını daraltabilmektedir. Asıl işverenin bu tutumu göz önüne alınarak somut olayda işçilerin haklarını daraltmak ya da işverenin mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini azaltmak amacıyla kurulmuş –sözde-alt işverenlik ilişkileri doktrinde genel olarak muvazaalı kabul edilmektedir.²¹⁴

Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın 2017 tarihinde hüküm getirdiği bir olaya göre; *“Davacı, baştan beri Davalı ... A.Ş.'nin işçisi olmasına rağmen, sendikalı işçiler gibi ücret almasının önüne geçmek için muvazaalı alt işverenlik ilişkisi kurularak diğer davalı ... A.Ş.'nin işçisi gibi gösterildiğini ve eksik ücret ödendiğini belirterek, ücret farkları, fazla çalışma ücreti farkı, tatil ücreti farkları, ikramiye farkı ve TİS'den kaynaklanan sosyal yardım alacakları farklarının ödetilmesini istemiştir... Davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesi incelendiğinde bir işin ve hizmetin bir bölümünün vermediği, toplam 500 gemi adamının çalıştırılmasına ve işçi teminine yönelik olduğu, yasalarımızda işçi teminine yönelik açık düzenleme bulunmadığı Borçlar Kanununun genel muvazaa kriterlerine göre davacının başlangıçtan itibaren ... A.Ş.'nin işçisi olduğu anlaşıldığından mahkemenin davalılar arasında muvazaa bulunduğu yönündeki*

²¹¹ **İK. Md. 30:** *“İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır.”*

²¹² **İş Sağlığı Ve Güvenliği Kurulları Hk.Yön. Md. 4** *“Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur...”*

²¹³ Aydınlı, İbrahim, s.310,311; Süzek, Sarper, s.160-162.

²¹⁴ Aydınlı, İbrahim, s.310,311,312.

değerlendirmesi isabetlidir.”²¹⁵ Görüldüğü üzere Yargıtay, sözde alt işverenlik ilişkisi kurulmak suretiyle işçilerin bir takım haklarının kısıtlanması veya işverenin bazı yükümlülüklerinden kurtulmak için bu yolu seçmesi halinde bu durumu muvazaalı olarak kabul etmektedir.

4.4. MUVAZAANIN İNCELENMESİ

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığına yönelik inceleme yargısal inceleme ve idari inceleme olmak üzere iki farklı yoldan yapılabilmektedir. Bunun yanında idari incelemeye karşı da yargısal denetim yoluna girmek mümkündür.

4.4.1. İDARİ İNCELEME (İŞ MÜFETTİŞİ İNCELEMESİ)

4.4.1.1. Genel olarak İdari İnceleme

Alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın varlığına gerçekleştirilen inceleme kaynağını 4857 sayılı İş Kanunundan almaktadır. Buna göre “*Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir.*²¹⁶ İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir. Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur. Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin

²¹⁵ Yargıtay 9. HD. E.: 2017/20560, K.: 2017/8872, T.: 25.05.2017 Kararın tam metni için Bkz.: “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

²¹⁶ İK. Md.3/2 (Değişik ikinci fıkra: 15/5/2008-5763/1 md.)

*tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.*²¹⁷

Kanun koyucunun bu düzenlemeyi yargılama aşamasındaki israf ve zaman kaybı neticesinde söz konusu işyerindeki işçilerin haklarını elde etme süresinin uzamasına engel olmak ve söz konusu işyerini ve işleyişi bir bütün olarak yerinde inceleyecek tecrübeli iş müfettişlerinin denetimi vasıtasıyla muvazaanın daha etkin ve hızlı biçimde tespitini sağlamak maksadı ile getirdiğini söyleyebiliriz.²¹⁸

Netice olarak bu düzenleme ile alt işverenlik ilişkisinde muvazaa varlığının denetlenmesi ve tespitine ilişkin yetki iş müfettişlerine verilmiştir. Yani tescili gerçekleştirilen alt işverenin işyerine ilişkin alt işverenlik sözleşmesi ile diğer belgeler, bölge müdürlüğünün yetkilendirmesiyle iş müfettişlerince incelenecektir. Doktrinde iş müfettişlerine verilen bu yetki neticesinde, iş müfettişlerince hazırlanacak raporun “*idari bir işleme eş*” niteliğinde olduğu bu nedenle de idari işlem kavramının “*gerekçeli olmak*” başta gelmek üzere tüm teknik niteliklerine sahip olması gerektiği aksi halde gerekçesiz işlemin iptali ile dahi sonuçlanabileceğine değinilmiştir. Buna karşın iş müfettişinin düzenleyeceği rapor her ne kadar idari işlem niteliğinde kabul edilse de raporun düzenlenmesi ile birlikte derhal sonuç doğurmamakta ancak ve ancak rapora karşı altı işgünü içinde dava açılmaması (veya açılmışsa mahkemece muvazaanın tespitinin gerçekleşmiş olması) halinde hüküm ifade edebilecektir.²¹⁹

4.4.1.2. İş Müfettişi İncelemesinde Dikkate Alınan Kriterler

Alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın varlığı olarak kabul edilecek hallere çalışmamızın önceki bölümünde yer vermiştik. Nitekim İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde muvazaanın varlığına karine olacak haller de ayrıca belirtilmiştir. İş müfettişlerince yapılacak muvazaa incelemesinde de işbu mevzuatta yer alan muvazaaya dair her türlü karine, tanımlama ve düzenlemeler

²¹⁷ İK. Md. 3/2 (Değişik beşinci cümle: 16/9/2014-6552/1 md.)

²¹⁸ Çalık, Abdurrahman, “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler” s.81.

²¹⁹ Aykaç, Hande Bahar, s.430,431,432; Süzek, Sarper, s.164,165.

çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır. Bunun yanında alt işverenlik sözleşmesinin mevzuatta sayılan haller dışında ve fakat genel olarak muvazaanın varlığını işaret eden halleri (üçüncü kişileri aldatma kastı bulunup bulunmadığı) ihtiva edip etmediği de incelenecektir. Bunun yanında eğer alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığına yönelik bir kanaat elde edilmesine yardımcı olacak ise iş müfettişlerince işyerine dair her türlü durumun araştırması yapılacak, belge ve kayıtlar incelenecek; işçiler, işveren ve işveren vekilleri ile görüşme gerçekleştirilecektir.²²⁰

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin muvazaanın incelenmesi başlıklı 12/(2) maddesinde göz önüne alınacak kriterler “*Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı*” (AİY.Md.12/2/a), “*Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı*” (AİY.Md.12/2/b), “*Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı*” (AİY.Md.12/2/c), “*Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı*” (AİY.Md.12/2/ç), “*İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı*” (AİY.Md.12/2/d), “*Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı*” (AİY.Md.12/2/e), “*Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı*”(AİY.Md.12/2/f), “*Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı*” (AİY.Md.12/2/g) olarak sayılmıştır.

İş müfettişi yönetmelikteki ve kanundaki maddelere göre yapacağı incelemenin yanında, bu konudaki yüksek mahkeme kararlarını göz önünde tutarak gerekli hallerde Yargıtay'ın benimsediği “*alt işverenin üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olmaması*”, “*üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin*

²²⁰ Çalık, Abdurrahman, “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler” s.79,80.

bağımsız yönetimini üstlenmemesi” ve “üretim araç ve gereçlerinin asıl işverene ait olması” gibi ölçütlere yönelik incelemelerde de bulunmalıdır.²²¹

4.4.1.3. İdari İncelemenin Yapılacağı Zaman

Muvazaanın incelenmesine ilişkin İK 3/2 hükmünde, *“Bu Kanununun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir.”* İfadesine yer verilmiştir. Maddeye göre alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın varlığı tespit edilirse *“...tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır”* O halde İş Kanunu hükümlerine göre muvazaanın idari incelemesi işyerinin tescilinden sonra gerçekleştirilecektir.

Yine Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin *Muvazaanın İncelenmesi* başlıklı 12/1 maddesinde *“7 nci madde uyarınca tescili yapılan işyeri için 6 ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir.”* ifadesine yer verilmiş ve yine *“tescili yapılan işyeri”* kavramına değinilmiştir. O halde Alt İşverenlik Yönetmeliğine göre de Muvazaanın idari incelemesi işyerinin tescilinden sonra yapılacaktır.

Bu durumda alt işveren işyerinin tescilini gerçekleştirmek için usule uygun bir alt işverenlik sözleşmesi ile başvuruda bulunduğu anda öncelikle muvazaa denetimine girilmeden tescil işlemi gerçekleştirilecek bu işlemden sonra da muvazaa incelemesine girilecektir. O halde tescil süreci esnasında bölge müdürlüğüne sunulan alt işverenlik sözleşmesinin incelenmesi için iş müfettişinin göreve getirilmesi ve işbu incelemenin yapılması nedeniyle tescil işleminin askıya alınması ya da tescil işleminden önce iş müfettişince alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğuna yönelik hazırlayıp sunduğu rapor nedeniyle tescilin

²²¹ Süzek, Sarper, s.164,165; Aykaç, Hande Bahar, s.432,433; Çalık, Abdurrahman, “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler” s.79,80.

reddedilmesi olanaklı değildir. Bununla birlikte her yeni tescil edilen alt işveren işyeri düzenli olarak iş müfettişince muvazaa incelemesine de tabi tutulmayacaktır. Nitekim İş Kanunu md. 3/2’de “*Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir.*” denilerek incelemenin sadece gerekli görüldüğü hallerde yapılacağı belirtilmiştir. Yine Alt İşverenlik Yönetmeliği md. 12/1’de “*7 nci madde uyarınca tescili yapılan işyeri için 6 ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir.*” denilerek iş müfettişi denetiminin tescil sonrası olağan şekilde değil de muvazaa şüphesi uyandıran hallerde ve gerekli görüldüğünde yapılacağı ifade edilmiştir.²²²

4.4.1.4. İş Müfettişi Raporunun İşverenlere Tebliği

Raporun tebliğine ilişkin olarak yapılacak işlem İş Kanunu md. 3/2’de “*...Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir...*” şeklinde açıklanmaktadır. Kanun maddesinde “*işverenlere*” ifadesi kullanıldığından alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğuna karar verilmesi halinde bu kararın asıl ve alt işverene ayrı ayrı tebliğ edileceği anlaşılmaktadır.²²³

Öte yandan kanun maddesinde alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olmadığı kanaatine varılması halinde bu kararın tebliğine ilişkin bir durum belirtilmediğinden her ne kadar tebligat yapılmayacağı yönünde bir görünüm oluşmuş olsa da doktrinde iş müfettişi incelemesinin bir idari işlem niteliğinde olması nedeni ile mutlaka tebliğinin yapılması gerektiği belirtilmiştir.²²⁴

Öte yandan yapılacak olan işbu tebliğin hak düşürücü süreye bağlı bir işleme ilişkin olması nedeniyle mutlaka tebligat kanununa uygun biçimde yapılması gerektiğine değinilmiştir. Tebligat kanununda tebliğe ilişkin

²²² Aykaç, Hande Bahar, s.434,435.

²²³ Süzek, Sarper, s.164, Çalık, Abdurrahman, “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler” s.84, Aykaç, Hande Bahar, s.437.

²²⁴ Hande Bahar, s.437; Aksi görüş için **Bkz.** Çalık, Abdurrahman, “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler” s.84.

doğabilecek tüm sorumluların ve çözümlerin yer alması dolayısıyla raporun hangi tarihte taraflara tebliğ edilmiş kabul edileceği kesin olacağı gibi raporun tebliğine ilişkin olarak karşılaşılabilecek bir sorunun çözüme kavuşturulması mümkün olacak ve rapora karşı itiraz süresine ilişkin doğacak hak kayıplarının önüne geçilmiş olacaktır.²²⁵

4.4.1.5. İş Müfettişi Raporuna İtiraz ve Kanun Yolları (6552 Sayılı Kanunun getirdiği yeniliklere göre)

İş müfettişinin düzenlediği rapora itiraz edilmesi hususunda İş Kanunu md.3/2’de yer alan düzenlemede “*Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir.*” denilmektedir. 6552 Sayılı torba Kanundan önceki dönemde rapora ilişkin itiraz süresi 6 iş günü olarak belirlenmişti.

Yine torba yasada yer alan düzenlemeden sonra maddeye göre rapora edilen “*İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir*” denilerek yerel mahkeme kararına karşı temyiz yolu da açılmıştır. 6552 Sayılı kanun öncesi dönemde İş Mahkemesinin itiraz üzerine vereceği karar kesindi. Anayasa Mahkemesi 18.10.2012 tarihli bir kararında²²⁶ bu uygulamanın Anayasa’ya aykırı olduğuna yönelik iddiayı kabul

²²⁵ Aykaç, Hande Bahar, s.437.

²²⁶ “...Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, her uyumsuzluğun zorunlu olarak iki ya da üç dereceli yargılamaya tabi olmasını gerektirmez... 4857 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrası, sosyal hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak, diğer bir ifadeyle, asıl işveren ile alt işverenin işçiler aleyhine muvazaalı işlem yapmalarına engel olmak ve muvazaalı işlem yapılmışsa, işçilerin bu işlemle yoksun bırakılan haklarını koruma altına almak amacıyla kabul edilmiştir. Bu kapsamda itiraz konusu kuralın da, bir yandan iş müfettişlerinin muvazaalı işlem tespit etmeleri üzerine düzenledikleri rapora karşı açılan itiraz davasının en kısa zamanda sonuçlandırılarak, uzayan yargılama nedeniyle işçilerin mağdur olmalarına engel olmak, diğer yandan da Yargıtayın iş yükünü azaltmak amacıyla kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, iş mahkemesi kararlarına karşı açılan davaların hızlandırılarak, işçilerin haklarının korunması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına yönelik kamu yararı amacıyla, temyiz yoluna gidilmesini önleyen itiraz konusu kuralın adalet duygusunu rencide eden, hak arama hürriyetini ve çalışma hakkını aşırı derecede zorlaştıran ya da ortadan kaldıran, dolayısıyla hakkın özüne dokunan bir sınırlama olmadığı açıktır. Öte yandan, başvuru kararında iş müfettişlerince yapılan inceleme sonucunda muvazaalı işlemi tespit eden rapora karşı iş mahkemesine açılan itiraz davasında, işçinin yer almadığı ve delil sunma olanağından yoksun bulunduğu, böyle bir yargılama sonucunda muvazaalı bulunmadığına yönelik mahkeme kararının kesin olduğunun kabul edilmesinin işverene kanuna

etmemiş olsa da farklı iş mahkemelerinin bu konuda farklı kararlar vermesi ve temyiz yolunun kapalı olması nedeniyle uygulama birliğinin sağlanamamasından ötürü kanun koyucu Torba Kanun ile temyiz yolunu açmıştır.²²⁷

6552 Sayılı torba kanunla getirilen bir diğer yenilik ise kamu kuruluşlarına kanun yollarının tüketilmesine ilişkin getirilen mecburiyettir. İş Kanunu md. 3/2'de göre “*Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur.*”

İş Müfettişinin incelemesi sonucunda alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğuna ilişkin düzenlediği rapora (usule uygun tebliğ edilmesine rağmen) süresinde veyahut hiç itiraz edilmemesi halinde bu rapor kesinleşecek ve muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin doğal sonucu olarak alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilecektir.²²⁸ Bu durumun sonucu olarak da bu konuda kendisine yöneltilen husumetler bakımından (örneğin işçilik alacaklarının tahsili için alt işveren işçisi tarafından açılan bir davada) alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olmadığını öne süremeyecektir.²²⁹

aykırı uygulama yapması için adeta ruhsat vermek anlamına geldiği ileri sürülmüş ise de 4857 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 3. maddesinin ikinci fıkrası, işçilerin lehine kabul edilmiş olup, haklarının ihlal edildiğini düşünen işçilerin muvazaanın tespiti ya da başkaca nedenlerle bağımsız olarak dava açmalarına ya da iş müfettişlerinin raporuna karşı işverenler tarafından açılan itiraz davasına müdahil olarak katılma talebinde bulunmalarına engel teşkil etmemektedir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

Anayasa Genel Kurul, E.: 2012/40, K.: 2012/158 T.: 18.10.201, Kararın tam metni için **Bkz.:** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

²²⁷ Aydın, Ufuk, “6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri”, s.16,17; Çalık, Abdurrahman, “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler” s.65.

²²⁸ **İK. Md. 3/2:** “...Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.”

²²⁹ Aykaç, Hande Bahar, s.449.

4.4.2. YARGISAL İNCELEME

Alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın idari olarak incelenmesinin dışında bir diğer yöntem ise taraflardan birinin ya da işçilerin²³⁰ işbu alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğuna yönelik iş mahkemelerinde dava açılması halinde hâkimin gerçekleştireceği yargısal incelemedir. Alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın tespitine yönelik yargısal inceleme uygulamada çoğunlukla alt işveren işçilerinin açtığı işçilik alacaklarının tahsiline yönelik bir dava²³¹ ya da işçinin işe iadesine yönelik davalar ile işçi sendikaları²³² tarafından muvazaanın tespitine yönelik davalar olarak görülmektedir.

Nitekim mahkemece talep üzerine asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olup olmadığının incelendiği gibi bu konularda açılan bir davada tarafların bizzat talebi olmasa dahi hâkim muvazaanın varlığını re'sen araştırmakla yükümlüdür.^{233 234}

²³⁰ Bu konuya ilişkin olarak **AYM. E.:2012/40; K.:2012/158; T.:18.10.2012** nolu kararında “...haklarının ihlal edildiğini düşünen işçilerin muvazaanın tespiti ya da başkaca nedenlerle bağımsız olarak dava açmalarına ya da iş müfettişlerinin raporuna karşı işverenler tarafından açılan itiraz davasına müdahil olarak katılma talebinde bulunmalarına engel teşkil etmemektedir...” şeklinde hüküm kurularak işçilerin bu konuya ilişkin dava açabileceklerine veya davaya taraf olabileceklerine değinmiştir. Kararın tam metni için **Bkz.:** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

²³¹ **Yargıtay 9.HD. E.: 2015/ 24817; K.: 2017 / 22148; T.: 25.12.2017** “...Davacı, **kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti, ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir...** **Davalılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği bakımından, taraflar arasındaki temel uyumsuzluk, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve bunun işçilik haklarına etkileri noktasında toplanmaktadır...**”

Kararın tam metni için **Bkz.:** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

²³² **Yargıtay 9. HD. E.:2004/6280, K.:2004/918, T.: 22.04.2004** “...Davacı işçi, davalı şirkete ait işyerinde çalıştığını, işyerinde uygulanmakta olan 1.1.2002- 31.12.2003 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olduğunu, üyeliğinin işverene bildirilmesine rağmen anılan sözleşmeden yararlandırılmadığını, Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden yararlandırılmamak için taşeron işçisi gibi gösterildiğini, taşeronluk sözleşmesinin muvazaaya dayandığını ileri sürerek sözleşmeden doğan fark ücret alacağına hüküm altına alınmasını istemiştir...” Kararın tam metni için **Bkz.:** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

²³³ Çalık, Abdurrahman, “*Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler*” s.78; Aykaç, Hande Bahar, s.453; Mollamahmutoğlu – Astarlı, s.194-19.

²³⁴ Alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın varlığının mahkemece re'sen incelenmesi gerektiğine **Yargıtay 9.HD.'nin E.:2008/8491; K.: 2008/32008; T.:24.11.2008** nolu kararında da yer verilmiştir. “...geçerli feshi kanıtlanma yükümlülüğü olan işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme getirilmeli, bu sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi kapsamında incelenmeli, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilir verilemeyeceği değerlendirilmeli sonucuna göre davalıların sorumluluklarına yönelik hüküm kurulmalıdır...” Kararın tam metni için **Bkz.:** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının yargısal denetiminde göz önünde tutulacak kriterler ile ispat yüküne ilişkin olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E.: 2015/ 24817, K.: 2017 / 22148, T.: 25.12.2017 nolu kararında; “...İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla İş Kanununun 2 nci maddesinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kuralları ile ispat edilebilir. Bundan başka İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanunî karineler olduğu kabul edilmelidir...”²³⁵ ifadesine yer verilmiştir. Buna göre Yargıtay muvazaa ölçütü olarak özellikle İş Kanunu Md. 2’de sayıldığı üzere işin yardımcı iş mi yoksa asıl işin bir bölümü mü olduğunu ve eğer asıl işin bir bölümü ise “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” olup olmadığını göz önünde tutmaktadır. Yine genel hükümlere göre muvazaanın varlığının incelenmesi halinde ispat yükünün iddia sahibinde olduğunu ve fakat İş Kanunu md.2’de sayılan hallerin muvazaanın varlığına ilişkin birer karine olarak kabul edildiğini bu nedenle de ispat yükünün yer değiştirdiği ifade etmektedir. Buna göre genel hükümlere göre muvazaa iddiasında bulunan bir işçi bu iddiasının ispat yükü altındadır. Fakat mevzuatta yer verilen ve Yargıtay tarafından da muvazaanın varlığı yönünde yasal karine olarak kabul edilen ölçütlerden birinin bulunduğu bir alt işverenlik ilişkisinde muvazaa iddiasında bulunan bir işçi ispat yükü altında değildir. Bununla birlikte muvazaa iddiasını genel hükümlere göre ileri süren ve ispat yükü kendisinde olan alt işveren işçisi (ve mirasçıları) muvazaalı işlemin bir tarafı olmadığından iddiasını her türlü delille ispat edebilecektir.²³⁶

²³⁵ Kararın tam metni için **Bkz.:** “<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5848#>”

²³⁶ Aykaç, Hande Bahar, s.453,454,455,456.

BÖLÜM 5.

MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE SORUMLULUK

5.1. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE SORUMLULUK

5.1.1. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE HUKUKİ SORUMLULUK

İşveren, işverenlik sıfatı gereği çalıştırdığı işçiler üzerinde kendi iş organizasyonuna uygun bir biçimde işçileri yönetmek ile işçiye emir ve talimat vermek, işçi ile iş akdi kurmak ve akdi feshetmek gibi haklara sahip olan ve işçiden iş akdi karşılığı olan emeğin alacaklısı konumundaki kişidir. Bunun yanında işveren bu sıfatı gereği pek çok sorumluluğun da muhatabı konumundadır. Öyle ki işveren iş mevzuatı ya da iş akdinden kaynaklanan borçlarına ve/veya mesuliyetlerine aykırı davranması halinde (işçilik alacaklarının ödenmesi, işçiyi gözetme borcunun yerine getirilmesi, iş güvenliğine ilişkin tedbirleri almak, sosyal güvenlik mevzuatına ilişkin mesuliyetlerini yerine getirmek vb.) doğan hukuki sorumlulukların da muhatabıdır ve pek çok idari veya cezaî yaptırımına karşı karşıya kalmaktadır.²³⁷

Alt işveren kendi işçilerinin karşısında doğrudan işveren konumunda olduğunu ve asıl işverenin işyerinin bir bölümü veya eklentisi konumundaki alt işverenin faaliyet sahasının da alt işverenin işçileri bakımından doğrudan işyeri hükmünde olduğunu daha önce belirtmiştik.²³⁸ O halde alt işveren kendi işçileri bakımından işveren sıfatıyla bu borç ve sorumlulukların muhatabıdır.²³⁹ Bununla birlikte İş Kanunu md. 2/6'da yer alan “...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.” hükmü göz önüne alındığında asıl işveren de bu

²³⁷ Süzek Sarper, s. 131, 139,140. İşveren kavramı ile ilgili detaylı bilgi için **Bkz.** Tunçomağ Kenan, s.111, Engin E. Murat s.116.

²³⁸ Bölüm I/A/3/a)

²³⁹ Narmanlıoğlu, Ünal, s.128.

yükümlülükler bakımından alt işveren ile birlikte yani “*müteselsil*” sorumludur.²⁴⁰

5.1.2. MÜTESELSİL SORUMLULUK KAVRAMI

Müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 61. ve 62. maddelerinde düzenlenmekte olup bu maddeler genel hüküm niteliğindedir. Müteselsil sorumluluğa yol açan haller taraflar arasındaki sözleşmeden veya kanundan kaynaklanabilmektedir.²⁴¹

Bilindiği üzere olağan bir borç ilişkisi tanımlanırken bir alacaklının karşısında bir borçlu olduğu varsayılarak açıklama getirilmektedir. Öyle ki borçlar hukukuna ilişkin haller açıklanırken de farazi karşılıklı iki taraf üzerinden anlatım yapılır. Ancak bazı borç ilişkilerinde bir alacaklının karşısında birden fazla borçlu bulunabilmektedir. İşte bu durumda “*eğer alacaklı borcun tümünün ifasını dilediği borçludan isteyebiliyorsa müteselsil borçluluğun varlığından söz edilir.*”²⁴² Diğer bir ifadeyle müteselsil borçluluk “*birden fazla borçlunun bir veya birden fazla alacaklıya karşı edimin tümünden sorumlu olduğu ve bu borçlulardan birinin veya birkaçının ifası ile ifa edilen miktarda diğerlerinin de borçtan kurtulabildiği borç ilişkisi*” olarak tanımlanabilir.^{243 244}

O halde müteselsil borçlulardan birinin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi, ortadan kaybolması veya herhangi bir sebepten ötürü borcu ödememesi halinde alacaklı, diğer borçluya başvurabilme veya tüm borçlulardan aynı anda talepte

²⁴⁰ Süzek Sarper, s. 139,140,141; Bayram, Selahattin, “4857 Sayılı İş Kanununda Müteselsil (Birlikte) Sorumluluk”, s.310. “...mali bakımdan güçsüz olmaları, işçilerin ücret ve diğer yasal haklarını ödeyememe risklerine ve alt işverenin acziyet gösterme durumuna karşı alt işverenin işçilerine yasal hakları konusunda güven vermek maksadıyla işin yapılmasında yararı bulunan asıl işvereni de yasal ilişki nedeniyle mer-i iş kanununun 2’nci maddesinin 6’ncı fıkrası uyarınca alt işverenin işçilerine karşı **müteselsil (birlikte)** sorumlu tutma yoluna gidilmiştir...”

²⁴¹ Ayrıntılı bilgi için **Bkz.** Oğuzman / Öz, s.842-846; Reisoğlu, Sefa, s. 424-432; Kılıçoğlu, Ahmet B., s. 435-443.

²⁴² Boydak, Alptekin Burak, “Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki)”s.228,229; Oğuzman / Öz, s.836, 837.

²⁴³ Oğuzman / Öz, s.836, 837.

²⁴⁴ “bir alacaklının karşısında birden fazla borçlu bulunduğu bu borçluların her birinin alacağı tamamından sorumlu olduğu ve alacaklının dilediği borçludan borcun ifasını talep edebildiği hukuki ilişkiye müteselsil borçluluk adı verilmektedir” Boydak, Alptekin Burak, “Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki)”s.228,229

bulunabilir ve takip edebilir. Görüldüğü üzere müteselsil sorumluluk alacaklı bakımından oldukça pozitif bir hukuki durumdur.²⁴⁵

Bununla birlikte müteselsil borçluluk durumunda alacaklının borcun tahsili için dilediği bir borçluya başvurabilmesinin yanında borcun tamamından birlikte sorumlu olan borçluların alacaklıya karşı olan sorumluluğu iç ilişkiden bağımsızdır.²⁴⁶

5.1.3. ASIL İŞVEREN İLE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ MÜTESELSİL SORUMLULUK

İş Kanunu madde 2/6'da *"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."* şeklinde ifade edilerek alt işverenlik ilişkisinin tanımı yapılmış hemen devamında da *"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."* denilerek asıl ve alt işveren arasındaki sorumluluk ilişkisinin -kanundan doğan-²⁴⁷ birlikte (müteselsil) sorumluluk olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 27.11.2017 tarihli bir kararında *"Asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğu "müteselsil sorumluluktur". Asıl işveren, doğrudan bir hizmet sözleşmesi bulunmamakla birlikte İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası gereğince alt işverenin işçilerinin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle uğrayacakları maddi ve manevi zarardan alt işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu nedenle meslek hastalığına veya iş kazasına uğrayan alt işverenin işçisi veya ölümü halinde mirasçuları tazminat davasını*

²⁴⁵ Oğuzman / Öz, s.836, 837.

²⁴⁶ *"Müteselsil borçluluğun müşterek borçluluktan en önemli farkı, her bir borçlunun borcun tamamından sorumlu olmasıdır. Borçlular kendi aralarında bu borcun nasıl paylaşılacağını kararlaştırmış olabilirler. İç ilişki denilen borçlular arasındaki borcu bölüşme tarzının, alacaklıya karşı olan duruma etkisi yoktur."* Oğuzman / Öz, s.841.

²⁴⁷ Aydın, İbrahim, s.219.

müteselsil sorumlu olan asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açabilecekleri gibi yalnızca asıl işverene veya alt işverene karşı da açabilirler. Öte yandan asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşme ile iş kazası veya meslek hastalığına bağlı maddi ve manevi tazminat sorumluluğunun alt işverene ait olduğunun kararlaştırılması; bu sözleşmenin tarafı olmayan işçi veya mirasçıları bağlamaz.” denilerek asıl işveren – alt işveren arası ilişkinin niteliğinin müteselsil sorumluluk olduğu belirtilmiştir.²⁴⁸

Belirtmek gerekir ki alt işverenin işçilerinden asıl işverenin müteselsilen sorumlu olması alt işverenin kendi işçileri bakımından sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Alt işveren de her işveren gibi iş hukuku mevzuatından ve iş sözleşmelerinden doğan sorumluluğu taşımaktadır.²⁴⁹

İş Kanunu md.2/6’da ifade edildiği üzere asıl işveren “...*bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*” O halde asıl işveren İş Kanununda (ve iş mevzuatında) yer alan ücret, ikramiye, prim vb. ücret ekleri, iş kanunu ve mevzuatından kaynaklanan tüm tazminatlar, izin ücretleri ile iş sözleşmesinde düzenlenen tazminat, cezai şart vb. ek ödemeler ve toplu iş sözleşmesinden doğan işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumludur. Yani alt işveren işçileri bu işçilik alacaklarını alt işverenden talep edebilecekleri ölçüde ve sınırdaki olmak kaydıyla asıl işverenden talep edebilmektedirler.²⁵⁰

Bunun yanında **Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.10.2005** tarihli kararında “*İş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanununun 18 ve devamı maddelerine aykırı olarak feshedildiğini iddia eden davacı, feshin geçerli nedenle yapılmadığını belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesi ile bağlı tazminatlara karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davalılar arasında asıl işveren, alt işveren ilişkisi olduğu ve fesih bildiriminde belirtilen nedenlerin geçerli kabul edilemeyeceği gerekçesi ile işe iadesine ve bağlı tazminatlar hakkında karar verilmiştir... Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı*

²⁴⁸ Yargıtay 21. HD., E.: 2017/ 5689, K.: 2017 / 9710, T.: 27.11.2017 Kararın tam metni için Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=4939#>

²⁴⁹ Aydınli, İbrahim, s. 216, 217; Boydak, Alptekin Burak, “Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki)”s. 229-234.

²⁵⁰ Aykaç, Hande bahar, s.280 vd.

halinde, hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilinin gerektiğine...” karar verilerek iş güvencesine ilişkin alacaklarda (boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatı) da asıl işveren ve alt işverenin müteselsilen sorumlu oldukları ifade edilmiştir.²⁵¹

Bununla birlikte bu iki işveren arasında işçiler bakımından müteselsil sorumluluk ilişkisinin doğması da geçerli bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulmuş olmasına bağlıdır. Öyle ki asıl işverenin, alt işverene verdiği iş neticesinde çalıştırdığı kendi işçisi kalmaz ise işverenlik sıfatını kaybedeceğinden geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulamamış olacak bu nedenle de İş Kanunu md. 2/7’de yer alan müteselsil sorumluluk durumu da oluşmayacaktır. Bu ilişki -somut olayın özelliklerine de bağlı olmak üzere- bir işyeri devri olarak nitelendirilecek olursa o halde İş Kanunu md. 6 hükmüne göre değerlendirilmelidir. Öte yandan iki işveren arasındaki ilişki *alt işverenlik özelliği göstermeyen anahtar teslim veya ihale ile yüklenilen bir işten* kaynaklanıyorsa o halde olay Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerine göre değerlendirilmelidir.²⁵²

5.1.4. ASIL İŞVEREN İLE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ MÜTESELSİL SORUMLULUKTAN DOĞAN RÜCU İLİŞKİSİ

5.1.4.1. Rücu Kavramı

Rücu kavramına ilişkin düzenleme Türk Borçlar Kanunu md.62’de yer almaktadır. Maddeye göre “*Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.*”

²⁵¹ Yargıtay 9.HD. E: 2005/ 27556, K: 2005 / 33221, T: 12.10.2005 Kararın tam metni için Bkz.:" <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>”

²⁵² Aydınli, İbrahim, s.218.

Maddeden anlaşılacağı üzere müteselsil sorumlulardan her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumludur fakat alacaklıya karşı ifa anında var olan bu sorumluluk müteselsil borçluların iç ilişkisinde de bu borç yükünün tamamının bir borçluya yüklenebileceği anlamını taşımamaktadır. Borçlular bu yükü aralarında pay etmelidirler. İşte müteselsil borçlulardan -iç ilişkiye göre- kendi payına düşen miktardan fazla ödeme yapan borçlunun bu durumun giderilmesi (yani diğer borçlunun iç ilişkiye göre üzerine düşen ödemeyi yapması) maksadıyla diğer borçluya başvurma olanağına²⁵³ rücu hakkı denilmektedir. Müteselsil borçlulardan her biri iç ilişkilerinde kendi adına alacağın ne kadarını üstlenmiş ise rücu hakkının sınırı da bu miktardır. Ancak iç ilişkide hangi borçlunun borcun ne kadarından sorumlu olacağı belirlenmemiş ve somut olayın özellikleri ya da borcun niteliğinden ötürü ortaya çıkan belirli bir durum mevcut değilse ise kural olarak bu oran yarı yarıyadır.²⁵⁴

5.1.4.2. İşverenlerin Rücu Edebilecekleri Kalemler

İş Kanunu md. 2/6'da asıl işverenin müteselsil sorumluluğuna ilişkin olarak *"bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur."* Şeklinde ifade edildiğine değinmişti. Maddeden anlaşılacağı üzere işçilik ücreti, fazla mesai ve tatil ücretleri ile kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatları vb. işçilik alacakları asıl ve alt işverenin müteselsilen sorumlu olduğu kalemlerdendir. Yine iş akdinin sendikal nedenlerle feshedildiği ya da işe alımda veya iş ilişkisinin devamında İş Kanunu md.5'den kaynaklanan *eşit davranma borcuna* aykırılık oluşması sebebiyle doğacak olan sendikal tazminatlardan da kanımızca işverenler müteselsilen sorumludurlar ve müteselsil sorumluluğun bir sonucu olarak bu kalemlerde işverenlerin rücu hakkı bulunmaktadır.²⁵⁵

²⁵³ **TBK. Md. 62:** *"Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur."*

²⁵⁴ Oğuzman / Öz, s.859; Boydak, Alptekin Burak, *"Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki"*s.232, 233, 234.

²⁵⁵ Çankaya / Çil, s. 32; Alptekin Burak, *"Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki"* s.234. *"İşçinin, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmadan önce alt işverenin diğer bir işyerinde geçen çalışmaları alt işveren yönünden bir bütün olarak dikkate alınabilecek ise de asıl işverenin sorumluluğu açısından önceki dönem*

Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu md. 164/2 'de yer verilen “Müteselsil borçlulardan biri ortak def’i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur.” İfadesi gereğince müteselsil borçlu konumundaki asıl ve alt işverenlerden birinin alacaklıya karşı ileri sürmeleri gereken ortak def’i ve itirazlardan birini kusurlu biçimde ileri sürmemesi durumunda diğer müteselsil borçlu işverene karşı sorumlu olacaktır. Bunun yanında İfayı gerçekleştiren işverenin yaptığı yargılama giderleri, vekâlet ücreti vb. harcamalar bakımındansa diğer müteselsil borçlu işverenin sorumluluğu doğacaktır.²⁵⁶

5.1.4.3. Önceki Alt İşverenlere Rücu Edilebilecek Kalemler

Asıl işverenin alt işveren işçilerine yaptığı ödemeler bakımından son alt işveren dışındaki (önceki) alt işverenlere ne ölçüde rücu etme hakkı bulunduğu hususunda açıklama yapabilmek için iş mevzuatında yer alan işyerinin devri ve buna bağlı işverenlerin sorumluluklarına ilişkin hükümlerin²⁵⁷ de göz önünde tutulması ve her bir kalemin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.²⁵⁸

5.1.4.3.1. Kıdem Tazminatı

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki kıdem tazminatına ilişkin 14/f-II maddesinde “İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. 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... işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem

hüküm ifade etmeyecektir.” Boydak, Alptekin Burak, “Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki”,s.234.

²⁵⁶ Oğuzman / Öz, s.859 vd.

²⁵⁷ İş Kanunu Md. 6: “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.”

²⁵⁸ İşyeri Devrinin alt işverenlik ilişkilerine etkileri için **Bkz.** Çankaya / Çil, s. 465-470.

tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır...” denilerek işverenlerin değişmesi halinde kıdem tazminatına ilişkin sorumluluğun durumu açıklanmıştır. Buna göre devreden işveren işçiyi çalıştırdığı süre ve ücret seviyesinde kıdem tazminatından sorumlu iken devralan işveren kıdem tazminatının tümünden -devralan işverenin kıdem tazminatının devirden önceki kısmı bakımından devreden işverenle birlikte kanuni sorumluluğu gereği- işçiyeye karşı sorumludur. Bununla birlikte kıdem tazminatının tümünü ödeyen devralan (son) işveren devirden önceki dönem ve devir anında işçinin aldığı ücret seviyesinde devreden işverene rücu edebilecektir.²⁵⁹

Bu durumda alt işveren işçisinin kıdem tazminatını ödemiş olan asıl işveren de son alt işverene kıdem tazminatının tümü bakımından rücu etme hakkına sahip olup önceki alt işverenlere de devirden önceki dönem ve devir anında işçinin aldığı ücret seviyesinde rücu edebilecektir. Örneğin; bir işçi üç yıl boyunca A alt işverenin yanında bunu takiben iki yıl boyunca da B alt işverenin yanında olmak üzere asıl işverenin işyerinde toplam beş yıl çalışmıştır. Bu çalışma sonunda doğan beş yıllık kıdem tazminatı alacağını işçiyeye ödeyen asıl işveren, işçiyi çalıştırdığı üç yıllık süre ve ücret seviyesinde ilk alt işveren olan A'ya rücu edebilecek olup son alt işveren olan B'ye ise kıdem tazminatının tümü için rücu edebilecektir.²⁶⁰

5.1.4.3. 2. İhbar Tazminatı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce işçinin kıdemine oranla kanunda belirlenen süre kadar önceden karşı tarafa bildirim yapılmalıdır. Bu bildirim yapmayan tarafın ise bu süreye ilişkin ücret tutarında ihbar tazminatı ödemesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere ihbar tazminatı feshe bağlı bir haktır. Devreden işverenin mesuliyeti ise devir tarihinde doğmuş olan hakları kapsamakta olup devirden

²⁵⁹Topçu, Umut, “İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin İhbar Ve Kıdem Tazminatından Sorumlulukları” s.278.

²⁶⁰Boydak, Alptekin Burak, “Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Mütessesil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki”,s. 235, 236, 237.

sonra gerçekleşen fesihden kaynaklanan ihbar tazminatı bakımından sorumluluğu doğmamaktadır. O halde alt işveren işçisinin ihbar tazminatı alacağını ödeyen asıl işveren yaptığı ödeme bakımından sadece devralan (son) alt işverene rücu edebilir, devreden alt işverene ise -ihbar tazminatı bakımından sorumluluğu doğmadığından- rücu hakkı bulunmamaktadır.²⁶¹

5.1.4.3. 3. İş Güvencesi Tazminatı ve Boşta Geçen Süreye İlişkin Ücret

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlıklı 21. maddesi uyarınca "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir."

Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ödenecek ücret son alt işverenin işçinin iş akdini feshetmesi ile ardından mahkemece işe iade kararının verilmesi neticesinde doğan alacak kalemleridir ve doğal olarak önceki (devreden) alt işverenlerin sorumluluğu kapsamına girmemektedir. O halde alt işveren işçisinin iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücretini ödemiş olan asıl işveren bu ödeme bakımından sadece son (devralan) alt işverene rücu edebilecektir.²⁶²

²⁶¹ Boydak, Alptekin Burak, "Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Mütteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki", s.237.

²⁶² Boydak, Alptekin Burak, "Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Mütteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki", s.235.

5.1.4.3. 4. Diğer İşçilik Alacakları

Fazla mesai ücreti, genel tatil ücreti ve benzer feshe bağlı olmayan alacaklar bakımından da işyerinin devrine ilişkin mevzuata göre sorumluluk tespit edilmelidir. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu'nu *İşyerinin veya bir bölümünün devri* başlıklı 6. maddesi uyarınca “...devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer... devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.” O halde feshe bağlı olmayan bu işçilik alacakları için devreden işveren devir tarihinde doğmuş olan alacaklar bakımından devir tarihinden itibaren iki yıl süresince devralan işverenle birlikte sorumlu olacaktır. Devir tarihinden sonra doğmuş olan işçilik alacaklarından sorumlu olmayan devreden işverenin sorumlu olduğu kısım alacaklar bakımından sorumluluğu da devir tarihinden iki yıl sonra ortadan kalkacaktır. O halde alt işveren işçisinin işçilik alacaklarına ilişkin ödeme yapan asıl işveren bu ödemenin tümü için son (devralan) alt işverene rücu edebilecektir. Bununla birlikte devreden alt işverene ise sadece devirden önce doğan işçilik alacakları bakımından ve devir tarihinin ardından iki yılın dolmamış olması halinde rücu edebilecektir.²⁶³

5.1.5. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE RÜCU İLİŞKİSİ

Doktrinde ve yargı kararlarında oldukça fazla tartışma konusu olan bir husus da muvazaalı alt işverenlik ilişkisinde asıl işverenin ödediği kalemler bakımından alt işverene rücu hakkının bulunup bulunmadığıdır.

Bu konuya ilişkin bir görüşe göre alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması asıl işveren ile alt işveren arasındaki iç ilişkiyi etkilememelidir yani alt işverenlik ilişkisi muvazaalı dahi olsa alt işveren işçisinin alacak ve tazminatlarını ödeyen asıl işveren –kanuna uygun olarak kurulan alt işverenlik ilişkisinde olduğu gibi- alt işverene rücu edebilecektir. Yazara göre İş Kanunu'nda düzenlenen muvazaalı alt işverenlik ilişkisinde işçilik alacakları bakımından sadece asıl

²⁶³ Boydak, Alptekin Burak, “Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Mütessesil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki”,s.238.

işverenin sorumlu olması durumu işçiye karşı oluşan bir durum olup iç ilişkiyi etkilememelidir. Öte yandan muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinde tüm işçilik alacaklarından sadece bir işverenin tek başına sorumlu olması diğer işverenin ise bu borçtan kurtulması hakkaniyete aykırı bir durumdur. Bu nedenlerden ötürü İş Kanunu gereği asıl işveren işçilik alacaklarını ödemekle yükümlü olsa dahi alt işverenlik sözleşmesinde yer alan iç ilişkiye ilişkin hükümlere göre bu ödeme için alt işverene rücu hakkı bulunmaktadır.²⁶⁴

Öğretilerde pek çok tartışmaya neden olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.2004 tarihli kararında da “...1475 sayılı İş Kanununun 1/son maddesine göre, ‘Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlülüklerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.’ Anılan Yasa maddesinde yazılı asıl işveren sorumluluğu, işçilere karşı olan bir sorumluluktur; Taşeron ile asıl işveren arasındaki bir düzenlemeyi içermeyen 1475 sayılı Yasanın 1/son maddesinin dava konusu olaya uygulanması mümkün değildir. Uyuşmazlığın, davacı ile davalı arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir.” şeklinde karar verilmiştir.²⁶⁵ Yine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 17.01.2017 tarihli bir kararında²⁶⁶ “...asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı biçimde kurulması halinde işçi gerçek işveren işyerine iade edilmeli, ancak işçinin iş akdinin geçersiz nedenle feshi sonucuna bağlı yasal yaptırım sonucu doğan alacaklarından (boşta geçen en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ile birlikte işçinin süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat) muvazaalı işlemin tarafı olan gerçek veya tüzel kişi gerçek işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalıdır. Bu hukuki olgu karşısında davalılar arasında muvazaa bulunması nedeniyle davacının asıl işveren olan davalı ... Limited (...)’e ait işyerindeki işe iadesine, maddi sorumluluk ve yargılama gideri açısından ise davalılardan ... Limited (...) ve son alt işveren ...

²⁶⁴ Boydak, Alptekin Burak, “Asıl İşveren-Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluk Kaynaklı Rücu İlişkisi İç İlişki”,s.238, 239, 240, 241.

²⁶⁵ Yargıtay HGK E.: 2004/11-254, K.: 2004/295, T.: 12.05.2004 Kararın tam metni için Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

²⁶⁶ Yargıtay 22.Hd., E.: 2016/ 32908, K.: 2017 / 304, T.: 17.01.2017 Kararın tam metni için Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

Grup Sos. Hizm. Tem. Sađ. Taş. Bil. San. Tic. Ltd. Şti.'nin müştereken ve müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken davanın davalı ... Grup Sos. Hizm. Tem. Sađ. Taş. Bil. San. Tic. Ltd. Şti. yönünden husumetten reddine karar verilmesi ve yargılama giderleri ile vekalet ücretinden de davalı ... Limited (...)’ in sorumlu tutulması hatalı olmuştur...” biçiminde hüküm kurarak ilk derece mahkemesinin muvazaanın varlığı nedeniyle işçinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmasından ötürü işçilik alacaklarından da asıl işverenin sorumlu olmasına ilişkin kararını bozarak muvazaalı ilişkinin her iki tarafını da işçilik alacakları bakımından müteselsilen ve müştereken sorumlu tutmuştur.

Buna karşın 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/6’da²⁶⁷ geçerli bir alt işverenlik anlaşmasının nasıl olacağı açıklanmış ve bu koşulları sağlayan bir anlaşmada -mevzuattaki koşulları sağlamasından ötürü- işveren sıfatını kazanan alt işveren ile asıl işveren arasında birlikte (müteselsil) sorumluluğun doğacağı belirtilmiştir. Yani müteselsil sorumluluk alt işverenlik ilişkisinin bir sonucu olarak düzenlenmiştir. Mevzuata aykırı olarak yapılan muvazaalı alt işverenlik sözleşmesi geçerli bir alt işverenlik sözleşmesi olmayıp alt işverenlik ilişkisi bakımından kurucu değildir. Öyle ki muvazaanın tespiti halinde alt işverenin işyerinin tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır²⁶⁸ ve alt işveren bu sıfatını kaybeder. O halde geçerli bir alt işverenlik ilişkisi ve buna bağlı olarak iki işverenin bulunduğu bir ilişkiden kaynaklanan müteselsil sorumluluk ilişkisi; taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurma kabiliyetine sahip olmayan bir sözleşme ve buna bağlı olarak taraflardan birinin işveren sıfatını dahi kazanamamış olduğu bir ilişkide söz konusu olmayacaktır.²⁶⁹

Nitekim olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 12.05.2004 tarihli kararının karşı oy yazısında “...İş Yasası’na göre, alt işverenden söz edebilmek ve asıl işvereni, alt işverenin anılan nitelikteki yükümlülüklerinden ötürü sorumlu

²⁶⁷ İK. Md. 2/6: “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur”

²⁶⁸ İK. Md. 3/2.

²⁶⁹ Aydınlı, İbrahim, s.263, 264, 265, 266; Aykaç, Hande Bahar, s.317,318,319.

tutabilmek için, maddenin tanımından ortaya çıkan bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Alt işveren kavramı her şeyden önce, bir asıl işverenin varlığını, bir başka işverenin asıl işverene ait işin bir bölümünü yapmayı üstlenmeyi ve nihayet asıl işverene ait işyerinde veya işyerinin bir bölümünde iş alanın kendi adına sigortalı çalıştırmayı gerektirir. Asıl işverenle, alt işveren arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin önemi yoktur. Önemli olan yön, asıl işverene ait işin alt işveren tarafından Yasa'nın aradığı koşullarla yapılıyor olmasıdır. Belirtilen unsurların birinin dahi eksikliği, taraflar arasında bu nitelikte bir akdi ilişkinin kurulmasını engeller. Bu durumda; gerek İş Yasası, gerekse Sosyal Sigortalar Yasası'yla asıl işveren-alt işveren ilişkisine bağlanan hukuksal sonuçlar elde edilemez. Yasa hükmüyle amaçlanan, asıl işverenle alt işverenin işçileri arasında bir hizmet akdi bulunmamasına karşın, asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı alt işverenle birlikte sorumluluğunun sağlanması, alt işverenin işçilerinin iş akdinden veya İş Yasası'ndan doğan haklarını bu işverenlerden dilediğinden veya birlikte her ikisinden talep edebilmesine olanak sağlayarak güvence altına almaktır. İşçi bu hukuksal koruma ile, alt işverenin ödemekten kaçındığı işçilik haklarını asıl işverenden isteyebilecek, ödemeyi yapan asıl işverenin ise bu ödemeler nedeniyle alt işverene karşı rücu hakkı doğacaktır. Belirtilen nedenlerle ödenen işçilik haklarında rücu sorumlu olabilmek için, taraflar arasında "taşeronluk sözleşmesi" olarak adlandırılacak akdi bir ilişkinin ötesinde, Yasa'nın cevaz verdiği anlamda geçerli bir asıl işveren-alt işveren hukuksal konumunun kurulmuş olması aranır. Alt işverenin asıl işverenden bir bölüm iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, alt işverenin asıl işverenden aldığı iş nedeniyle işverenlik sıfatının doğmuş olması alt işveren kavramının belirleyici özelliğini oluşturmaktadır. Alt işveren her şeyden önce bir "asıl işveren" in varlığını zorunlu kılmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, maddede belirtilen koşullardan birisinin dahi yokluğu durumunda aracından söz edilemez. Asıl işveren; 1475 sayılı Yasa m. 1/1 gereğince, "işçi çalıştıran gerçek yada tüzel kişi" olup, işveren niteliği işçi çalıştırmanın doğal sonucudur. Diğer işyerlerinde işçi çalıştırması nedeniyle "işveren" sıfatına sahip olan kimse de, işverenlik sıfatına (devredilen iş dolayısıyla) sahip olmadığı için, asıl işveren olarak sorumlu bulunmayacaktır. Benzer şekilde, iş alan kişinin de işverenlik sıfatını,

alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Alınan işte sigortalı çalıştırmayıp, tek başına ya da ortakları ile işi yürüten kişi alt işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Bu kişinin diğer bir takım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi ise bulunmamaktadır. Uyuşmazlık; tanımlanan maddi ve hukuksal olgular karşısında, işçilere yargı kararları uyarınca yapılan işçilik hakları ödemelerinden kimin sorumlu olacağı belirlenebilmesinde, taraflar arasında rücu tahsilini olanaklı kılacak nitelikte bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır. Taraflar arasındaki akdi ilişki, asıl işveren alt işveren ilişkisini doğrulamıyor, benzer şekilde işçiler ile, sözleşmede alt işveren olarak adlandırılan davalı arasında bir hizmet akdinin bulunmadığı anlaşılmış, yada bu sözleşmelerin muvazaaya dayandığı saptanmış ise, bunun doğal sonucu olarak, işçi işveren ilişkisinin hukuksal statüsünden kaynaklanan ve işçilik hakları olarak da adlandırılan; kıdem, ihbar tazminatı gibi alacaklardan, gerek doğrudan ve gerekse dolaylı olarak, işveren sıfatını taşımayan davalının sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır...²⁷⁰ denilerek hukuka uygun bir alt işverenlik ilişkisinin gerekleri belirtilmiş ve müteselsil sorumluluğun da alt işverenlik ilişkisinin kanuni şartları sağlamak suretiyle geçerli biçimde kurulması halinde söz konusu olacağı belirtilmiştir.

Kanımızca da muvazaalı işlemler *mutlak butlanla batıl olup baştan itibaren geçersiz sayıldığından* geçersiz bir alt işverenlik sözleşmesine dayanarak -alt işveren sıfatını dahi kazanmamış olan kişiye- rücu hakkının doğacağını savunmak mümkün değildir ve bunun aksi bir mahkeme kararı ise *muvazaalı bir işleme sonradan geçerlilik kazandırmak* mahiyetinde olacaktır.²⁷¹

Bunun yanında bu yorum neticesinde, işçilere ilişkin mesuliyetlerinden kaçınmak maksadı ile muvazaalı alt işverenlik ilişkisi kurmaya yönelik asıl işveren bakımından muvazaanın tespiti halinde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren kendi işçisi sayılacak olması ile bu işçilere karşı doğan tüm borçlardan alt işverene rücu hakkı olmaksızın tek başına sorumlu olacak olması caydırıcı niteliktedir ve bu durum işveren karşısında zayıf durumdaki işçiyi ve

²⁷⁰ **Yargıtay HGK E.: 2004/11-254, K.: 2004/295, T.: 12.05.2004** nolu karara ilişkin karşı oy yazısının tam metni için **Bkz.** <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

²⁷¹ Aydınli, İbrahim, s.263, 264, 265, 266; Aykaç, Hande Bahar, s.317,318,319.

haklarını koruma amacı güdülererek hazırlanan İş Kanunu'nun doğasına uygun düşmektedir.²⁷²

5.2. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN KANUNİ SONUÇLARI

5.2.1. ALT İŞVEREN İŞYERİNİN TESCİLİNİN İPTALİ VE ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN BAŞLANGIÇTAN İTİBAREN ASIL İŞVEREN İŞÇİSİ SAYILMALARI

4857 sayılı İş Kanunu'nun Alt işverenin işyerinin bildirim ve tesciline ilişkin 3/2. maddesinde *“Bu Kanununun 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... İnceleme sonucunda **muvaazalı işlemin tespiti halinde**, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir... Raporu otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvaazalı işlemin tespitini onamış ise **tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.**”* denilerek alt işverenlik ilişkisinin muvaazalı olduğunun sabit olduğu anda alt işverenin işyerinin tescilinin iptal edileceği (ve dolayısıyla alt işverenin işveren sıfatını kaybedeceği) bununla birlikte alt işverenin işçilerinin (alt işverenlik ilişkisi hiç kurulmamış gibi) başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri olarak kabul edileceği açıklanmıştır. Benzer düzenleme Alt İşverenlik Yönetmeliği md. 13/2'de de yer almaktadır. Bu durumun en önemli sonucu şüphesiz ki asıl işverenin alt işveren işçileri karşısında tüm hakların borçlusu olarak tek başına sorumlusu olması bunun yanında doğal olarak artmış kabul edilecek işyerindeki işçi sayısına istinaden doğacak mesuliyetin de muhatabı olmasıdır.²⁷³

²⁷² Aydın, İbrahim, s.267.

²⁷³ Aykaç, Hande Bahar, s.476-481; Süzek, Sarper, s.165,166.

5.2.2. İDARİ PARA CEZASI

4857 sayılı İş Kanunu'nun İşyerini bildirme yükümlülüğüne aykırılık başlıklı 98. maddesinde²⁷⁴ “Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası, (...) (1) 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir. (1) Bu para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanır.” denilmektedir. Bu hükme göre muvazaalı olarak işyeri bildirimi yapan asıl işverene de alt işverene de (veya vekillerine) ayrı ayrı idari para cezası verilebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte bildirim yapılmaması halinde alt işverene işçi başına yüz Türk Lirası ceza verilmesi öngörülmüşken bildirim muvazaalı olarak yapılması halinde asıl ve alt işverene ayrı ayrı on bin Türk Lirası ceza verilmesi öngörülmüştür. İşbu idari para cezasına itiraz için *İdari para cezalarının uygulanmasına ilişkin hususlar* başlıklı İK. md. 108'e²⁷⁵ istinaden 5326 Sayılı kanunun 27/1 maddesi²⁷⁶ uyarınca *tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine* başvurulmalıdır.²⁷⁷

²⁷⁴ (Değişik birinci fıkra: 15/5/2008-5763/8)

²⁷⁵ İK. Md. 108 – (Değişik: 15/5/2008-5763/10 md.) “Bu Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101 ve 106 ncı maddelerdeki idari para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilir. (Değişik ikinci cümle: 13/2/2011-6111/79 md.) 101 inci ve 106 ncı maddeler kapsamındaki idari para cezaları ise doğrudan Türkiye İş Kurumu il müdürü tarafından; birden fazla ilde işyerleri bulunan işverenlere uygulanacak idari para cezası ise işyerlerinin merkezinin bulunduğu yerdeki Türkiye İş Kurumu il müdürünce verilir ve genel esaslara göre tahsil edilir. 106 ncı maddeye göre verilecek idari para cezası için, 4904 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (h) bendindeki tutar esas alınır.”

²⁷⁶ 5326 Sayılı KK. Md. 27/1 “İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir.”

²⁷⁷ Aykaç, Hande Bahar, s.483,484.

5.3. MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE YAPTIRIM VE BUNA İLİŞKİN SORUMLULUK

5.3.1. YAPTIRIMIN TÜRÜ

Borçlar Hukuku genel hükümlerine göre bir akdin muvazaalı olması, akdin butlanını gerektiren sebeplerdendir. Yani muvazaalı sözleşmenin yaptırımı, tarafların gerçek iradesine uymayan işlemin geçersiz olmasıdır. Bununla birlikte butlan yaptırımına tabi olan bir işlemin hüküm ifade etmediği tıpkı yokluk yaptırımında olduğu gibi herkes tarafından ileri sürülebilen bir durum olduğu gibi butlana tabi bir akdi hükümsüz kılmak için bir beyan veya işleme ihtiyaç bulunmamaktadır, akit kendiliğinden hükümsüzdür. Bu durumun neticesinde muvazaalı akit taraflar arasında hiçbir hukuki sonuç, alacak ve borç doğurmaz ancak tarafların gerçek iradelerine uyan görünürdeki işlemle perdelenmiş bir sözleşme var ve bu sözleşme geçerlilik ve şekil şartlarını sağlıyorsa geçerli bir sözleşme olarak kabul edilir.²⁷⁸

Muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin butlanına ilişkin olarak doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre İş Hukuku mevzuatından kaynaklanan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı oluşu hali neticesine taraflar arasındaki anlaşmanın butlana tabi olan kısmı sadece iş hukukunu kapsayan bölümdür. Yani muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinde iş hukukuna ilişkin konular butlan yaptırımıyla karşı karşıyayken taşeronluk ilişkisini kuran (kira, eser, hizmet, taşıma vb.) ilişkiye dair hususlar geçerliliğini devam ettirecektir. Doktrindeki bu görüşe göre muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin yaptırımı nispi butlandır yani *alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması temeldeki sözleşmeyi hükümsüz kılmaz* sonuç olarak sözleşme iş hukuku bakımından geçersiz olsa da borçlar hukuku bakımından hüküm ve sonuç doğuracak nitelikte olduğundan taraflar hak ve borçlarını birbirlerinden talep edebilmektedirler.²⁷⁹

Doktrindeki bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, asıl işvereni muvazaalı olarak alt işverenlik ilişkisi kurmaya yönelen durum işçilere yönelik sorumluluklarından kaçınmak, daha düşük ücretle işçi çalıştırmak, işçilerin sendikal faaliyetlerini güçleştirmek, iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak vb.

²⁷⁸ Oğuzman / Öz, s.108, 137, 138, 139.

²⁷⁹ Aykaç, Hande bahar, s.476,477,478.

amaçlarıdır. Yani asıl işveren ve alt işveren muvazaalı alt işverenlik ilişkisi kurarken zaten kira, eser, hizmet, taşıma vb. bir ilişki kurmak iradesinde değildirler. O halde taşeronluk ilişkisi bütünüyle muvazaalı olup mutlak butlanla batıldır ve bu durumun neticesi olarak da taraflar hak ile borçlar yönünden birbirlerine karşı bir talepte bulunamazlar.²⁸⁰ Kaldı ki bir sözleşmenin İş Hukuku bakımından geçersizken Borçlar Hukuku bakımından geçerli olduğu görüşü veya iş hukuku muvazaası - borçlar hukuku muvazaası ayırımına gitmenin doğru bir yorum olmayacağı kanaatindeyiz.²⁸¹

5.3.2. MUTLAK BUTLAN (KESİN HÜKÜMSÜZLÜK) KAVRAMI

Kurucu unsurları mevcut olduğu için bir akit in'ikad etmiş olmakla beraber, muteberlik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde akit bătıldır. Butlan kavramı da akdin konusunun hukuka veya ahlaka aykırı olması ya da imkânsızlığı durumundaki hükümsüzlüğü ifade etmektedir.²⁸² Batıl işlemler hiçbir suretle hukuki sonuç meydana getirmediğinden bu geçersizlik hali mutlak butlan denilen ağır bir yaptırımla ifade edilmektedir.²⁸³

Bir hukuki işlemin butlanına; taraflardan birinin temyiz kudretine haiz olmaması, şekil şartlarının aynı zamanda geçerlilik şartı olduğu hallerde şekil şartlarının sağlanmaması, işlemin muvazaalı olması, hukuki işlemin hukuk kurallarına veya ahlaka aykırı nitelikte ya da imkânsız olması gibi nedenler sebebiyet vermektedir.²⁸⁴

Bu nedenlerden ötürü hukuki işlemin butlan yaptırımı ile karşı karşıya gelmesi halinde işlem -kendiliğinden- başlangıçtan itibaren hiçbir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Bunun yanında butlanın varlığı yararı bulunan üçüncü kişiler de dahil olmak üzere herkesçe ileri sürülebileceği gibi butlan iddiası bulunmasa dahi mahkemece re'sen araştırılması gereken hususlar arasındadır.²⁸⁵

²⁸⁰ Aydın, İbrahim, s.346; Aykaç, Hande bahar, s. 476,477,478.

²⁸¹ Aykaç, Hande bahar, s. 476,477,478.

²⁸² Oğuzman / Öz, s.137; Kılıçoğlu, Ahmet M., s.85.

²⁸³ Reisoğlu, Safa, s.140

²⁸⁴ Oğuzman / Öz, s.137; Kılıçoğlu, Ahmet M., s.85; Reisoğlu, Safa, s.140.

²⁸⁵ Reisoğlu, Safa, s.141; Oğuzman / Öz, s.137.

5.3.3. MUVAZAALI ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE BUTLANIN SONUÇLARI

5.3.3.1. İşyerindeki İşçi Sayısı Bakımından Etkisi

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin İK md. 2 ve yönetmeliğe göre muvazaalı olduğunun tespiti neticesinde İş Kanunu md.3/2 uyarınca alt işverenin işyerine ilişkin *tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır*. Alt işverenin işyeri hiç kurulmamış hükmünde olduğundan alt işverenin işçileri işe başladıkları tarihten itibaren asıl işverenin işçisi sıfatıyla çalışmış olarak kabul edilirler. Bu durumun neticesi olarak da asıl işverenin işyerinde çalışan işçi sayısı değişeceğinden asıl işverenin işçilerinin İş Kanunu kapsamına girip girmeyeceği hususunda değişiklikler olabileceği gibi İş Kanununda düzenlenen ve işçi sayısına istinaden getirilen düzenlemeler bakımından asıl işverenin mesuliyetleri artabilecektir. Örneğin, otuz işçi çalıştırılan bir işyeri iş güvencesi²⁸⁶ hükümlerine tabi iken elli işçi çalıştırılan bir işyerinde engelli ve eski hükümlü personel istihdamı²⁸⁷ zorunludur bununla birlikte yine elli işçi çalıştırılan bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından ek mesuliyetler getirilirken işyerindeki işçi sayısının en az yirmi ile üç yüz bir arasında olması halinde bu işyeri toplu işten çıkarma²⁸⁸ hükümlerine tabi olacaktır.²⁸⁹

²⁸⁶ **İK. Md.18.** “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”

²⁸⁷ **İK. Md.30.** “İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler.”

²⁸⁸ **İK. Md.29.** “...İşyerinde çalışan işçi sayısı: a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin, b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin, c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, İşine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır”

²⁸⁹ Aydınlı, İbrahim, s.347, 348; Süzek, Sarper, s. 165, 166; Aykaç, Hande bahar, s.481,482.

Bu konuya ilişkin olarak **Yargıtay'ın 17.10.2017** tarihli bir kararında²⁹⁰ ²⁹¹ “...*Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi 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...*” şeklinde karar verilerek muvazaa sonucunda butlan yaptırımına uğrayan ve hiç kurulmamış olarak kabul edilen alt işverenlik ilişkisi nedeniyle alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi kabul edilmeleri durumunun işyerinde çalışan işçi sayısına ve dolayısıyla iş güvencesi mesuliyetine etkisi açıklanmıştır.

5.3.3.2. İşçilik Alacaklarına Etkisi

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespiti ile alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılması yaptırımının en önemli sonuçlarından biri de alt işveren işçilerinin işçilik haklarının ilişkisinin en başından itibaren -geriye dönük olarak- yeniden değerlendirilmesidir.²⁹²

Uygulamada sıklıkla asıl işverenin iş mevzuatı ve iş sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerinden kaçınmak ve daha ucuza işgücü sağlamak amacıyla muvazaalı ilişki kurmaya yöneldiği düşünüldüğünde söz konusu ilişkide işçilerin hakları asıl işverenin işçilerine göre genellikle daha zayıf bir konumdadır. Hal böyle olunca işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak değerlendirildiği durumda işçilik alacaklarında oldukça ciddi bir fark doğmuş olacaktır.²⁹³

²⁹⁰ **Yargıtay 9.HD. E: 2016/ 26577, K: 2017 / 15914, T: 17.10.2017** Kararın tam metni için **Bkz.** <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

²⁹¹ Aynı yönde **Bkz. Yargıtay 9. HD. E: 2007/ 13965, K: 2007 / 27703, T: 24.09.200** “...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...”

Kararın tam metni için **Bkz.** <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

²⁹² Aydınlı, İbrahim, s.349, 350; Süzek, Sarper, s. 165, 166; Aykaç, Hande bahar, s. 481 vd.

²⁹³ Aydınlı, İbrahim, s. 350, 35; Aykaç, Hande bahar, s. 481 vd.

Gerçekten de muvazaanın tespiti halinde alt işveren işçileri ücrete ilişkin doğan alacakları, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat ve boşta geçen süreye ilişkin ücret vb. işçilik alacaklarını başvurmaları halinde asıl işverenden talep edebileceklerdir. Üstelik bu işçilik alacaklarını başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri olmaları halinde hangi miktarda ve oranda ödenecekti ise o miktarda talep hakkına sahiptirler. Bu alacaklar belirlenirken asıl işverenin aynı kıdemde ve aynı veya benzer işte çalışan işçisi var ise bu işçinin durumu göz önünde tutularak bu durumda işçisi bulunmuyorsa İK. md. 12/3, 13/3'te açıklanan emsal işçiye²⁹⁴ göre hesaplanır.²⁹⁵

5.3.3.3. Sosyal Güvenlik Ve Vergi Hukukundan Doğan Sorumluluklara Etkisi

Alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın tespiti ile beraber alt işverenin işçilerine ilişkin sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan mesuliyetler de asıl işverenin mesuliyetleri kabul edilecektir. Buna göre alt işveren işçilerine ilişkin ödenmeyen veya eksik ödenen primler ile gelir vergisine ilişkin borçlardan asıl işveren sorumludur. Asıl işveren bu kalemleri gecikme cezası ve faizi ile beraber ödemekle yükümlü olduğu gibi Aydınli 'ya göre bu işçilerin primleri alt işverenin ödediği düşük ücrete göre hesaplanmış ise asıl işverenin işyerindeki emsal işçinin hakları göz önüne alınarak yeniden hesaplanmalı ve eksik miktar da yatırılmalıdır.²⁹⁶

5.3.3.4. İşe İade Davalarına Etkisi

İşe iade davaları İş Kanunu md. 18'den²⁹⁷ kaynaklanan iş güvencesine dayanarak işçi tarafından kendisinin işine -bu hükümde söz edilen geçerli sebebe dayanmadan- son veren işverene karşı açılan davalardır. İşe iade davaları

²⁹⁴ **İK. Md. 12/3, 13/3:** “Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır.”

²⁹⁵ Aydınli, İbrahim, s. 350, 351; Süzek, Sarper, s. 165, 166.

²⁹⁶ Aydınli, İbrahim, s. 351, 352; Süzek, Sarper, s. 165, 166; Aykaç, Hande bahar, s. 481 vd.

²⁹⁷ **İK. Md.18:** “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”

bakımından alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmaması davanın hangi işverene yönelik açılacağına belirlenmesinde oldukça önemlidir. Zira alt işverenlik ilişkisinin hukuka uygun olarak kurulduğu bir ilişkide alt işveren tarafından isine son verilen işçinin açacağı işe iade davası bakımından husumet sadece işçinin kendi işvereni olan alt işverene yöneltilebilmekte asıl işverene karşı işe iade davası açılmamaktadır. Ancak davanın neticesinde bir işe iade kararı çıkar fakat alt işveren işçiyi yeniden işe başlatmazsa -maddi bir borca dönüşmesi neticesinde- alt işveren diğer işçilik alacakları ile birlikte iş güvencesi tazminatı ile boşa geçen süreye ilişkin ücreti müteselsil sorumluluk gereği asıl işverenden talep edebilecektir. Buna karşılık muvazaalı bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin varlığı halinde bu işçi aslında başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edileceğinden iş sözleşmesi ve iş mevzuatından kaynaklanan her türlü mesuliyetin muhatabı asıl işveren olacağından işe iade davasının yöneltileceği işveren de doğrudan asıl işveren olacaktır.²⁹⁸

Bu durum uygulamada işçi bakımından önemli hak kayıplarına sebebiyet vermektedir. Öyle ki işçinin geçerli bir neden olmaksızın iş akdinin feshi halinde işe iade davası açmak için önünde bir aylık bir süre bulunmaktadır.²⁹⁹ O halde muvazaa iddiasında bulunarak işe iade davasını asıl işverene karşı açmış olan işçi bakımından, muvazaanın varlığının tespit edilememesi halinde dava husumet yokluğundan reddedileceğinden bir aylık sürenin dolmuş olması ve diğer işverene dava açılmaması durumunda oldukça ciddi hak kayıpları yaşanacağı ortadadır.³⁰⁰ Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.12.2005 tarihli bir kararında³⁰¹ “...4857 sayılı İş Kanununun 2/son maddesi uyarınca ‘asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık

²⁹⁸ Aydınli, İbrahim, s. 352, 353, 354.

²⁹⁹ **İK. Md.20:** “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir.”

³⁰⁰ Aydınli, İbrahim, s. 352, 353, 354.

³⁰¹ **Yargıtay 9.HD. E.: 2005/ 36137, K.: 2005 / 39139 , T.: 12.12.2005** Kararın tam metni için **Bkz.** <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez'. Somut olayda davacı dahili davalı A. U. Anonim Şirketi işçisi olarak çalışırken, iş sözleşmesi feshedilmiş ve adı geçen şirket, asıl işi olan taşıma işini bölerek alt işveren diğer davalı K. N. şirketine vermiş bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen hükmün ihlal edildiği açıktır. Davacı baştan beri A. U. Şirketinin işçisidir. O halde davalı K. N. Şirketi hakkında dava açılması ve mahkemece sözkonusu şirket hakkında kabul hükmü kurulması hatalıdır. Diğer davalı hakkında usulüne uygun ve süresinde açılan bir dava da bulunmamaktadır. Böyle olunca davanın reddine karar verilmesi gerekir." şeklinde hüküm kurulduğu bu nedenle de işçinin hak kaybına uğradığı ortadadır.

Bunun yanında Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bu mağduriyete bir çözüm sunmaktadır. Daire'nin 29.12.2011 tarihli kararına³⁰² göre "...Alt işveren işçisi tarafından, feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle yalnızca alt işveren hakkında veya geçersizlik yahut muvazaaya iddiasıyla sadece asıl işveren aleyhine açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı olarak gösterilen kişinin işçinin gerçek işvereni olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın taraf sıfatı yokluğu nedeni ile reddedilmesi halinde, gerçek işverene karşı açılacak davada işçi, çoğunlukla, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi ile karşılaşmaktadır. Böyle bir sonuç işçiyi mağdur edeceği gibi, bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılmasını gerektirmesi nedeni ile usul ekonomisine de uygun düşmez....Mahkemece verilecek hükmün etkisi bakımından mecburi dava arkadaşlığı, maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ve şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi zorunlu hallerde söz konusu olur(6100 sayılı HMK.m.59). Şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, kanunun özel hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşan dava

³⁰² Yargıtay 22.HD. E.: 2011/ 4622, K.: 2011 / 8695, T.: 29.12.2011 Kararın tam metni için **Bkz.** <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

arkadaşlığına denir(PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s.223). Şekli dava arkadaşlığı, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki ilişkinin doğru karara bağlanmasını sağlamak için kabul edilmiştir. Bu durumda, dava konusu hukuki ilişki hakkında bütün dava arkadaşlarına yönelik tek ve aynı doğrultuda bir karar verme zorunluluğu yoktur. Ayrıca dava arkadaşlarının yaptıkları usulî işlemler birbirinden bağımsızdır. 4857 sayılı İş Kanununun 2.maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re'sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi haklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksince bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27.maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere, bu çözüm tarzı hem işçi hem de işveren yönünde hukuka uygun maddî ve usûlî bakımdan her iki tarafın haklarını korumasını sağlayan bir çözümdür. Böyle olunca, işe iade davasının yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılması durumunda, mahkemece, dava hemen reddedilmemeli, davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene davanın teşmili için davacı tarafa süre verilmeli, verilen süre içinde, diğer dava arkadaşına teşmil edilirse davaya devam edilmeli, aksi halde dava sıfat yokluğundan reddedilmelidir..."

Öte yandan işe iade davalarında husumetin sadece asıl işveren ya da sadece alt işverene yöneltildiği hallerde bu hak kaybı ihtimali söz konusu iken husumetin hem asıl işverene hem de alt işverene yöneltildiği halinde genel olarak taraf sıfatı yokluğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmemektedir.^{303 304}

³⁰³ Şişli, Zeynep, "İşe İade Davası Sonuçları ve Hükümün Uygulanması" İzmir Barosu Bülteni İş Hukuku ve Güvenliği Komisyonu Özel Sayısı, Yıl:22, Mayıs 2012, s.53, 54.

³⁰⁴ Yargıtay 22.DH. E.: 2017/ 36124, K.: 2017 / 16014, T.: 04.07.2017 "...Somut olayda olduğu şekilde, alt ve asıl işveren ilişkisinde, işe iade davasının her iki işverene birlikte açılması halinde, iş akdinin haklı ve geçerli bir nedenle feshedildiğinin ispat edilemediği halde, davacı işçi alt

BÖLÜM 6

KAMU KURUMU NİTELİĞİNDEKİ KURULUŞLAR BAKIMINDAN MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE YAPTIRIM VE SORUMLULUK

6.1. KAMU KURUMU NİTELİĞİNDEKİ KURULUŞLAR BAKIMINDAN ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNE GENEL BAKIŞ

İş Mevzuatı uyarınca bir alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespitinin neticesinde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi kabul edildiğini ve bu duruma göre işlem yapıldığını belirtmiştik. Ancak 01.07.2006 tarihli 5538 sayılı yasaya istinaden İş Kanunu'nun 2. maddesine alt işverenlik ilişkilerinde kamu kurum ve kuruluşları lehine ayrıcalık getiren 8. ve 9. fıkralar eklenmiştir.³⁰⁵ Söz konusu fıkralara göre *kanuna veya kamunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya*

işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası mali yükümlülüklerden son alt işverenle birlikte müşterek müteselsil sorumlu tutulması gerekmektedir..." Kararın tam metni için **Bkz.** <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

³⁰⁵ **İK Md. 2/8:** "(Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak; a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya, b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, hak kazanamazlar."

İK Md. 2/9: "(Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) Sekizinci fıkra belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkra belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması, b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz"

dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip ortaklıklar, İş Kanununun 2. maddesinin 6. Ve 7. fıkralarındaki koşul ve sınırlamalara tabi olmaksızın, Kamu İhale Kanunu veya diğer yasa hükümleri çerçevesinde alt işverenlere iş verebilecektir.³⁰⁶ Ancak fıkra gereği bu çalışanlar “...bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya; bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, hak kazanamazlar.”³⁰⁷ Bu fıkraların İş Kanunu’na eklenmesi ile birlikte kamu kesiminde kurulacak alt işverenlik ilişkileri ile özel sektörde kurulacak alt işverenlik ilişkileri arasında işçilerin sahip olduğu haklar ile işverenlerin mesuliyetleri bakımından ciddi farklılıkların doğduğu ortadadır. Öyle ki aynı biçimde kurulan muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisi özel sektör işverenini ciddi mesuliyetler altında bırakmakta ve geçersiz sayılmakta iken bu muvazaalı ilişkiyi kamu kesimi işverenin kurmuş olduğu hallerde kanun gereği geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak kabul edilecektir. Bu ikili uygulamanın Anayasa’nın -10. maddesinde belirtilen- eşitlik ilkesine aykırı düştüğü ortadadır.

Bu duruma karşılık Yargıtay, kanun vasıtasıyla tanınan bu ayrıcalığın varlığını kabul etmeyerek kamu kesimi alt işverenlik ilişkilerinde de muvazaanın ileri sürülebileceğine kanaat getirmiştir. Öyle ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 19.02.2009 tarihli bir kararında³⁰⁸ “...Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. 5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve

³⁰⁶ Süzek, Sarper, s.163,164.

³⁰⁷ İK. Md. 2/8.

³⁰⁸ Yargıtay 9.HD. E.: 2007/ 33290, K.: 2009 / 2942, T.: 19.02.2009 Kararın tam metni için Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayırık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaalı öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur...” şeklinde hüküm getirmiştir.³⁰⁹

6.2. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN KURULUŞU BAKIMINDAN KAMU VE ÖZEL SEKTÖRDEKİ FARKLILIKLAR

6.2.1. İŞVEREN SIFATININ VARLIĞI BAKIMINDAN

Daha önce de açıkladığımız üzere bir işveren, belli kriterlere asıl iş bir bölümünü veya yardımcı işleri bölerek alt işverene verebilmekte böylelikle asıl işveren sıfatını kazanabilmektedir ve bu asıl işveren gerçek veya tüzel kişi ya da özel sektör veya kamu kuruluşu olabilmektedir. Bu konu ile ilgili olarak belirtilmelidir ki geçerli bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için ilişkinin her iki tarafının da işveren sıfatına haiz olması yani işçi çalıştırması ve çalıştırmaya da devam etmesi gerekmektedir. Buna göre alt işveren sıfatını kazanacak kişinin aldığı işte kendi işçilerini çalıştırması (ör. devralan kişinin işi bizzat kendisinin yapması halinde işveren sıfatının kazanılması mümkün değildir) bunun yanında asıl işveren sıfatını kazanacak kişinin de işi alt işverene devrettikten sonra o işyerinde çalıştırmaya devam ettiği kendi işçilerinin olması gerekmektedir. Yani asıl işveren işleri bölerek alt işverenlere devreden ihale makamı durumunda bir kişi olamaz, mutlaka işçi çalıştırmalıdır. Ancak kanımızca

³⁰⁹ Aynı yönde Bkz. Yargıtay 9. HD E.: 2008 / 33977, K. 2008 / 28424, T. 24.10.2008 Bkz. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

kamu kurum ve kuruluşları bakımından geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için İş Kanununa tabi işçi çalıştırılması koşulu aranmamalıdır. Zira kamu kurum ve kuruluşları da İş Kanunu'na tabi işçi çalıştırarak işveren sıfatını kazanabilir ancak bununla birlikte kamu kurum ve kuruluşlarının İş Kanunu'na tabi olmayan memur sıfatında pek çok çalışanı bulunmaktadır. Bu durumda salt çalışanların İş Kanunu'na tabi kişiler olmamasından ötürü asıl işveren sıfatını kazanamaması gibi bir durum söz konusu değildir.³¹⁰

6.2.2. ALT İŞVERENE VERİLECEK İŞİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN

İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliği uyarınca alt işverene verilecek işin nitelik bakımından ya *işyeri ve işletme gereği olarak teknolojik uzmanlık gerekçesiyle* asıl işin bir bölümü ya da işyerindeki yardımcı işlerden biri olması gerekmektedir. Bununla birlikte İş Kanunu ve Yönetmelik'te düzenlenen bu gereklilik bakımından özel sektör -kamu sektörü ayırımına gidilmeksizin tüm alt işverenlik ilişkilerini kapsayacak biçimde ifade edilmiştir. Yani kamu kurum ve kuruluşlarının alt işverene devredeceği işlerin de geçerli bir alt işverenlik ilişkisi kurulabilmesi adına mevzuatta belirtilen nitelikte olması gerekmektedir. Ancak uygulamada özellikle belediyeler (kanımızca 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 67. maddesinin etkisiyle)³¹¹ olmak üzere pek çok kamu kurumunun alt işverene iş verirken işin niteliğine ilişkin bu düzenlemeyi göz ardı ettiğini söyleyebiliriz. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 21.01.2010 tarihli bir kararında³¹² “...5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyeleri asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri,

³¹⁰ Akyiğit, Ercan, “Kamuda Alt İşverenlik Ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı Mıdır” TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:23, Sayı: 4, Mayıs 2011, s.5,6.

³¹¹ **5393 Sy. Kn. Md. 67:** “Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir.”

³¹² **Yargıtay 9. HD. E.: 2009/ 41520, K.: 2010 / 669, T.: 21.01.2010** Kararın tam metni için **Bkz.** <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

bakım ve onarım, toplu ve taşıma işleri belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak İş Kanunu'nun 2'nci maddesine istisna getirilmiştir.... 5393 sayılı Belediyeler Yasasının 67. maddesi ve İhale yasası kapsamında toplu ulaşım ve taşıma hizmetinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi anlamında alt işveren uygulaması ile temin edilmesinde yasaya aykırı bir durum yoktur. Dosya içeriğine göre dava dışı şirket ile davalı belediye arasında asıl-alt işveren ilişkisi mevcuttur...” şeklinde hüküm kurularak asıl işin mevzuata aykırı biçimde bölünerek alt işverene verilmesine müsaade edildiği görülmektedir.³¹³

Buna karşılık yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında³¹⁴ “...Davacının davalı belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi günü taşeron şirket tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı... 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VII. maddesi uyarınca, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Öte yandan işletmenin mevsim gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğinden ve temizlik işinin belediyelerin asli işi olduğundan işin taşeron şirkete devri geçerli kabul edilemez. İşin taşerona devri nedeniyle yapılan fesih geçerli sayılamaz...” şeklinde hüküm kurularak temizlik işinin belediyenin asıl işi olduğu ve bölünerek alt işverene verilemeyeceği ifade edilmiştir. Bizce de gerek İş Kanunu'nda gerekse Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde kamu – özel sektör ayrımı yapılmaksızın alt işverenlik ilişkisinin yasal koşulları belirlenmiş

³¹³ **Kararın haklı eleştirisi için Bkz.:** Akyiğit, Ercan, “Kamuda Alt İşverenlik Ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı Mıdır?” TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:23, Sayı: 4, Mayıs 2011, s.12,13.

³¹⁴ **Yargıtay 9.HD. E.:2005/18822, K.: 2005/24469, T.: 11.07.2005** Kararın tam metni için **Bkz.** <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=9333#>

olduğundan hem kamu hem özel sektör işverenin bu mevzuata uygun biçimde işi alt işverene devretmesi yerinde olacaktır.³¹⁵

6.3. SORUMLULUK VE MUVAZAA (6552 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN YENİLİKLERE GÖRE)

6.3.1. KIDEM TAZMİNATINA İLİŞKİN SORUMLULUK

6552 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte yasada sayılan belirli hallerde kamu kurum ve kuruluşu niteliğindeki asıl işveren tarafından alt işveren işçisinin kendi(kamu niteliğindeki) işyerinde çalışmasından kaynaklanan kıdem tazminatının işçiye ödenmesine ilişkin bir yükümlülük getirilmiştir. Buna ilişkin olarak 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine eklenen hükümde; "4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatları;

a) *Alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur. Bunlardan son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından,*

b) *Aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından, işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.*

³¹⁵ Akyiğit, Ercan, "Kamuda Alt İşverenlik Ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı Mıdır?" TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:23, Sayı: 4, Mayıs 2011, s.12,13.

Alt işveren ile yapmış olduğu iş sözleşmesi sona ermediği gibi, alt işveren tarafından 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelere ait işyerleri dışında bir işyerinde çalıştırılmaya devam olunan ve bu şekilde çalıştırıldığı sırada iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona eren işçinin kıdem tazminatı, işçinin yazılı talebi hâlinde, kıdem tazminatının söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen süreye ilişkin kısmı, kamu kurum veya kuruluşuna ait çalıştığı son işyerindeki ücretinin yılları itibarıyla asgari ücret artış oranları dikkate alınarak güncellenmiş miktarı üzerinden hesaplanmak suretiyle son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir. Bu şekilde hesaplanarak ödenen kıdem tazminatı tutarının, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden aynı süreler dikkate alınarak hesaplanacak kıdem tazminatı tutarından daha düşük olması hâlinde, işçinin aradaki farkı alt işverenden talep hakkı saklıdır...” ifadesi eklenmiştir.

Kanunda bu üç halin sayılarak çözüm getirilmesi, önceki dönemlerde kamuda alt işveren işçisi olarak çalışan ve hak kaybına uğrayan kesim için Yargıtay tarafından oluşturulmaya çalışılan çözümün sağlanabilmesi bakımından önemli bir gelişme niteliğindedir. Sonuç olarak farklı alt işverenler bünyesinde aynı kamu kuruluşunda çalıştırılmış işçilerin, aynı alt işveren bünyesinde farklı kamu kuruluşlarında çalıştırılmış işçilerin ve aynı alt işveren bünyesinde ve fakat aralarında kamu kuruluşları da olan farklı asıl işverenlerin işyerlerinde çalıştırılmış işçilerin kıdem tazminatlarının kamuda geçen süreye ilişkin toplamı, son kamu asıl işvereni tarafından ödenecektir.³¹⁶ Söz konusu hükmün devamında “...İkinci fıkranın (b) bendi veya üçüncü fıkra uyarınca farklı kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi hâlinde, kıdem tazminatı ödemesini gerçekleştiren son kamu kurum veya kuruluşu, ödenen kıdem tazminatı tutarının diğer kamu kurum veya kuruluşlarında geçen hizmet süresine ilişkin kısmını ilgili kamu kurum veya kuruluşundan tahsil eder. Ancak, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında bu fıkra hükümlerine göre bir tahsil işlemi yapılmaz...” ifadesine yer

³¹⁶ Aydın, Ufuk, “6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri”, s.19, 20, 21, 22, 23.

verilerek oluşan durumda kamu kurumları arasında kıdem tazminatına ilişkin rücu ilişkisi düzenlenmiştir.³¹⁷

6.3.2. HİZMET ALIMINDA UYULACAK KRİTERLER

6552 sayılı Kanun'un 10. maddesinde ifade edildiği üzere "4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. e) İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:

1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.

2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.

3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz." 2014 tarihli bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kamuda hizmet alımı yolu ile kurulan alt

³¹⁷ "Dikkat edilecek olursa, 6552 sayılı Yasa m.8 hükmü ile kamu işverenleri arasındaki rücu işlemi düzenlemiş ancak (kamu) asıl işverenin alt işverene/işverenlere rücu işlemi düzenlememiştir. Bu durumda (kamu) asıl işverenin alt işverene/alt işverenlere rücu etmesi genel hükümlere göre gerçekleşecektir" Aydın, Ufuk, "6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri", s.22.

işverenlik ilişkisinin koşulları da 4857 sayılı İş Kanunu'na paralel olacak şekilde düzenlenmiştir.

Yine 6552 Sayılı Kanun 11. Maddesi vasıtası ile hizmet alımı yapılması ile ilgili olarak belirli mercilerden görüş alınması da mecburi hale getirilmiştir.

Maddeye göre; *“4734 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.*

“Uygun görüş alınması ve görevlilerin sorumlulukları EK MADDE 8 – 62 nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında personel çalıştırılmasına dayalı hizmetler (danışmanlık hizmet alımları hariç) için ihaleye çıkılmadan önce;

a) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların, Maliye Bakanlığından,

b) 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname uyarınca yayımlanan Genel Yatırım ve Finansman Programı Kararı çerçevesinde, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarının Hazine Müsteşarlığından, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun çerçevesinde özelleştirme programında bulunanlardan sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait işletmecî kuruluşların ise Özelleştirme İdaresi Başkanlığından, uygun görüş alması zorunludur...”

Hizmet alımına ilişkin son değişiklikler 01.02.2018 tarihli 7079 Sayılı kanun vasıtası ile gerçekleştirilmiştir. 7079 sayılı Kanunun 78. maddesinde yer alan düzenlemeye göre *“4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

e) 1) 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatları, il özel idareleri, belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birlikleri, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketler; merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve

spor il müdürlüğü, mahalli idare ve şirket bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, anılan liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde alım yapamaz ve buna imkân sağlayan diğer mevzuat hükümleri uygulanmaz.

2) Bu bendin uygulanmasında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı; bu Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70'lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet alımlarını ifade eder. Mahalli idare veya şirketlerinin bütçelerinden yapılan, yıl boyunca devam eden, niteliği gereği süreklilik arz eden ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı park ve bahçe bakım ve onarımı ile çöp toplama, cadde, sokak, meydan ve benzerlerinin temizlik işlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilir. Hizmet alım sözleşmesi kapsamında niteliği birbirinden farklı hizmet türlerinin bulunması halinde personel çalıştırılmasına dayalı olup olmama yönünden yapılacak değerlendirme her hizmet türü için ayrı ayrı yapılır. Danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilmez.

3) Kurum, hizmet alımının personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı ya da niteliği itibarıyla bu sonucu doğurup doğurmadığı hususunda (2) numaralı alt bentte sayılan kriterleri ayrı ayrı ya da birlikte dikkate almak suretiyle usul ve esaslar belirlemeye yetkilidir.”

Yine 01.02.2018 tarihli 7079 sayılı kanunun 79. maddesi vasıtası ile 6552 sayılı kanun ile getirilen görüş alma zorunluluğunu düzenleyen 4734 sayılı kanunun Ek. 8. maddesinde değişikliğe gidilerek “62 nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında personel çalıştırılmasına dayalı hizmetler (danışmanlık hizmet alımları hariç) için ihaleye çıkılmadan önce; 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname uyarınca yayımlanan Genel Yatırım ve Finansman Programı Kararı çerçevesinde,

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarının Hazine Müsteşarlığından, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun çerçevesinde özelleştirme programında bulunanlardan sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait işletmeciler kuruluşların ise Özelleştirme İdaresi Başkanlığından uygun görüş alması zorunludur. Uygun görüş, bu kapsamda çalıştırılacak personel sayısı ile idareler, hizmet türleri, işin yapıldığı yer gibi ücret düzeyini etkileyen unsurlardan biri, birkaçı veya tamamı dikkate alınarak ihale dokümanında belirlenecek ücret ve benzeri mali ödemelere ilişkin tavanların tespitini de kapsar.” şeklinde düzenlenmiştir.

6.3.3. MEVZUATA AYKIRILIĞA İLİŞKİN YAPTIRIMLAR

6552 sayılı Kanun'un 11. maddesi vasıtası ile 4734 sayılı Kanuna giren ek madde 8'e göre; "...62 nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri çerçevesinde çalıştırılan personel, ihale ve sözleşme konusu iş dışında başka bir işte çalıştırılmaz ve görevlendirilemez. Bu kapsamda, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesine çıkılmaması gerektiği hâlde ihaleye çıkılması, uygun görüş alınması gereken hâllerde alınmadan ihaleye çıkılması, ihale kapsamında çalıştırılan personelin sözleşme konusu işler dışında çalıştırılması, 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası³¹⁸ hükmüne aykırılık teşkil edecek şekilde işlem ve eylemler yapılması nedeniyle idare aleyhine zarar ortaya çıkması hâlinde, oluşan bu zararlar, bu zarara neden olduğu tespit edilenlere rücu edilmek suretiyle tahsil edilir. Ayrıca, bu kişiler hakkında uygulanacak ceza ve disiplin hükümleri saklı kalmak üzere, bu kişilere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır. 4857 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen itiraz veya diğer kanun yollarına başvurmayan kişilere ise her türlü

³¹⁸ **İK.Md.7/2:** "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."

aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle³¹⁹ düzenlenir.”

Görüldüğü üzere söz konusu düzenleme ile kamuda alt işveren işçisi olarak çalışan bu işçilerin ihale konusu dışında işlerde çalıştırılmasına, sözleşme konusu harici görevlendirme yapılmasına vb. durumlar ile İş Kanunu'nda muvazaa olarak tanımlanan (Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanması, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması, nitelik bakımından mevzuata uygun olmayan işlerin alt işverene verilmesi) hallerde çalıştırılmalarına da engel olmak hedeflenmiştir. Bununla birlikte yasal koşullara aykırı biçimde alt işverenlik ilişkisi kurulması halinde uygulanacak cezalar da düzenlenmiştir. Kanımızca böyle bir düzenlemenin getirilmesi kamu kesimi alt işverenlik ilişkilerinde muvazaalı ilişki kurulmasını önlemek bakımından yararlı olacağı gibi işçilerin bu nedenle hak kaybına uğramalarına engel olmak ve özel sektör - kamu sektörü işçileri arasındaki eşitsizliğin giderilmesi gibi amaçlar bakımından de faydalı olacaktır.³²⁰

³¹⁹ Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Uygun Görüş Alınması, Görevlilerin Sorumlulukları İle Yaptırımlar Hakkında Yönetmelik (R.G.T. 06.02.2015, S.29259)

³²⁰ Aydın, Ufuk, “6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri”, s.26,27.

BÖLÜM 7

SONUÇ

Çalışmamızda alt işverenlik ilişkisinin yasal koşullarını göz önünde tutarak, muvazaalı olarak kurulan alt işverenlik ilişkilerinde muvazaanın tespiti neticesinde işçilerin hukuki durumu ve kanuni hakları bakımından asıl işveren ile alt işverenin hukuki sorumluluğu incelenmektedir. Bu inceleme, iş hukuku mevzuatı, öğretide yer alan görüşler ve Yargıtay kararları ışığında gerçekleştirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliği uyarınca bir işverenin, işin bir bölümünü; sadece yardımcı işler için veya asıl işin bir bölümünde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olmak kaydıyla bölerek, bir diğer işverene vermesi mümkündür. Bu ilişki, asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan istisna, taşıma, kira vb. bir akit neticesinde ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, hukuka uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulması bakımından, asıl ve alt işveren arasındaki temel hukuki ilişkiyi düzenleyen sözleşmenin dışında, iş hukuku bağlamında alt işverenlik ilişkisinin varlığını, kurulmuş olduğunu kanıtlayan ayrı bir alt işverenlik sözleşmesi yazılı olarak düzenlenmesi yararlı olacaktır.

İşin bölünerek başka bir işverene verilebilmesi, iş hukuku mevzuatından kaynaklanan belirli koşulların varlığı halinde mümkündür. Buna göre öncelikle tarafların işveren sıfatına sahip olmaları gerekmektedir. Öyle ki alt işverenlik ilişkisi kurulacak olan işyerinde hâlihazırda işçi çalıştıran bir işverenin varlığı şarttır ve alt işverenlik ilişkisi kurulduktan sonra da bu işyerinde işçi çalıştırmaya devam etmeli, işveren sıfatını kaybetmemelidir. Yani asıl işveren, işi bölerek alt işverenlere devreden bir ihale makamı niteliğinde olamaz. Bunun yanında alt işverenin de en geç alt işverenlik sözleşmesinin kuruluşuyla birlikte işveren sıfatını kazanmış olması gerekmektedir. Yani asıl işverenden devraldığı işi çalıştırdığı işçiler vasıtasıyla gerçekleştirmelidir. Ancak kamu kurumu niteliğindeki işveren bakımından, işçi dışında pek çok memur statüsünde

çalışanının bulunduğu göz önüne alınarak,- İş Kanununa tabi işçi çalıştıran bir işveren olma koşulu daha esnek değerlendirilmelidir.

İkinci olarak alt işverenin işçileri, devralınan işi asıl işverenin işyerinde gerçekleştirmelidir. Bu nedenle her ne kadar asıl işverenin işini yapmış olsalar da fason üretimde çalışan işçiler bakımından bir alt işverenlik ilişkisi söz konusu olmamaktadır. Ancak işin niteliği gereği fiziki olarak işyerinde gerçekleştirilemeyecek işler bakımından (taşıma işinin alt işverene verilmesi gibi) işin asıl işverenin iş organizasyonunda gerçekleştirilmesi koşulunun sağlanmasının yeterli görülmesi uygun olacaktır.

Üçüncü koşul, alt işverenin işçilerinin sadece asıl işverenin işinde çalışmasıdır. Aksi halde geçerli bir alt işverenlik ilişkisinden söz edilemeyecektir. Kanımızca bu düzenleme, alt işverenin işçilerini, birden çok asıl işveren nezdinde, başka bir işverenin işinde de çalıştırması halinde alt işverenle birlikte, hangi asıl işverenin hangi koşula göre müteselsilen sorumlu olacağı hususunda yaşanacak belirsizlikleri önleme bakımından yerinde bir düzenlemedir.

Öte yandan bölünerek alt işverene verilecek iş, belirli özelliklerde olmalıdır. Her şeyden önce alt işverene verilen işin işyerinde üretilen mal ve hizmet üretimine ilişkin sürekli bir iş olması gerekmektedir. Nitelik bakımından ise “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” olmalıdır. Kanımızca bu koşul asıl işin bir bölümünün alt işverene devredilmesi durumunda aranmalı, yardımcı işlerin alt işverene verilmesi halinde aranmamalıdır. Öte yandan koşuldaki “işletmenin ve işin gereği” unsuru ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” unsuru bir bütün olarak değerlendirilmeli “ile” bağlacı “ve” olarak yorumlanmalıdır. Aksi halde aksi durumda hemen her iş “işletmenin ve işin gereği” kabul edileceğinden uzmanlık ölçütü işlevsiz kalacaktır. Bu ifadenin uzmanlık ölçütünü ön plana taşıyacak biçimde yeniden düzenlenmesinin gerekli olduğuna yönelik görüşlerin yerinde olduğu kanısındayız.

Bu yasal koşullar çerçevesinde hukuka uygun biçimde kurulan alt işverenlik ilişkisi öğretide tanımlandığı üzere, asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçisi arasında kurulan üçlü bir iş ilişkisidir. Burada işverenler arasında bir sözleşme bulunmasına karşın alt işveren işçisi ile sadece alt işveren arasında bir

sözleşme mevcuttur. Yani alt işveren, asıl işverenden devraldığı iş ve çalıştırdığı işçi bakımından hukuken bir işveren olarak sorumlu bulunan ve işçinin iş görme ediminin alacaklısı konumunda olan kişidir. Bununla birlikte geçerli bir alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren, alt işveren işçisine karşı alt işveren ile müteselsilen sorumludur.

Bu nedenle her ne kadar asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında doğrudan bir iş akdi mevcut olmasa da asıl işveren, sonuç itibariyle kendi işi yararına faaliyet göstermekte olan alt işveren işçilerine karşı hukuki sorumluluk taşımaktadır. Elbette asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı alt işverenle müteselsilen sorumlu olması, asıl işverenle alt işveren arasında bir rücu ilişkisi doğurmaktadır.

Asıl işveren ile alt işverenin müteselsil sorumluluğu alt işverenlik ilişkisinin hukuka uygun biçimde kurulmuş olması halinde söz konusu olan bir durumdur. İlişkinin muvazaalı olarak kurulması halinde işçiye karşı doğan hukuki sorumluluk farklı bir biçim kazanmaktadır. Öncelikle muvazaa, kaynağını borçlar hukukundan alan bir kavram olup en basit biçimde tarafların kasıtlı olarak gerçek iradeleri ile uyuşmayan bir beyanda bulunmaları olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda alt işverenlik ilişkisinde muvazaa olgusu, tarafların asıl amacının alt işverenlik ilişkisi kurmak dışında bir neden olmasına karşın görünürde bir alt işverenlik sözleşmesi kurmaları biçiminde vücut bulmaktadır.

İş Kanununda sayılan asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmek suretiyle haklarının kısıtlanması ve asıl işverenin daha önceden çalıştırdığı kişi ile alt işverenlik ilişkisi kurulması halleri ile Alt İşverenlik Yönetmeliğinde ilaveten değinilen işe uygun personel veya donanım bulundurmama halleri, alt işveren ilişkisinde muvazaanın varlığını gösteren durumlar olarak açıkça düzenlenmektedir. Ayrıca Yargıtay kararları ile öğretide, asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde yönetim hakkını doğrudan kullanması, alt işverenin sürekli değişmesine karşın aynı alt işveren işçilerinin çalıştırılmaya devam edilmesi, görünürde kurulan alt işverenlik sözleşmesi vasıtası ile işçilerin haklarının kısıtlanması vb. durumlarda alt işverenlik ilişkisinde muvazaa kavramından söz edilmektedir. İş Kanununda sayılan hallerin gerçekleşmesi halinde alt işverenlik ilişkisi karine olarak doğrudan muvazaalı

kabul edilmekle birlikte bir alt işverenlik ilişkisi borçlar hukukunda sayılan genel koşulların oluşması halinde de muvazaalı kabul edilir.

Bir hukuki işlemin muvazaalı olarak gerçekleştirilmesinin en önemli hukuki sonucu, işlemin butlan yaptırımı ile karşı karşıya kalmasıdır. Yani muvazaalı işlemler butlanla batıl olduğundan başlangıçtan itibaren -kendiliğinden- hiçbir hukuki sonuç meydana getirmemektedir.

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması halinde muvazaalı işlem hukuki sonuç doğurmayacağından kanunda da öngörüldüğü üzere butlanın temel yaptırımı alt işverenin işyerine ilişkin tescil işleminin iptal edilmesi ve alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmasıdır. Bu yaptırım hiç şüphesiz asıl işverenin hukuki sorumluluğu bağlamında önemli sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri kabul edildiğinden söz konusu işçilerin iş ilişkisinden doğan ücret ve eki niteliğindeki alacaklar başta olmak üzere, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi tazminatı, kötü niyet tazminatı, boşta geçen süreye ilişkin ücret vb. işçilik alacakları doğrudan asıl işverenden talep edilebilecektir. Üstelik söz konusu işçilik alacakları iş akdinin kuruluşundan itibaren geriye dönük olarak yeniden değerlendirilecek ve bu alacaklar, işçi başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi olarak çalışmaya başlasaydı hangi miktarda ve oranda ödenecekti ise işçi o miktarda talep hakkına sahip olacaktır.

Yine muvazaanın tespiti neticesinde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayıldığından işçilerin sosyal güvenlik hukukundan doğan sorumluluğu da doğrudan asıl işverenin sorumluluk alanına girecektir. Bu durumda söz konusu işçilere ilişkin eksik ödenen veya ödenmeyen pirimler ile gelir vergisinden kaynaklanan kalemler asıl işverenin sorumluluğu haline gelecektir. Üstelik kanımızca bu pirimler -eğer ücret farkı varsa- işçinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi olarak çalışması halinde alacağı ücrete göre hesaplanmalı ve yatırılmalıdır.

Yine muvazaanın tespitiyle birlikte alt işveren işçilerinin iş mevzuatı ve iş akdinden doğan tüm sorumluluk asıl işverenin sorumluluk alanına gireceğinden alt işveren işçilerince açılan işe iade davalarının muhatabı asıl işveren olacaktır. Bununla birlikte alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup

olmadığına yönelik nihai tespitin henüz yapılmadığı hallerde işe iade davalarından kaynaklanan husumetin asıl işverene mi yoksa alt işverene mi yöneltileceği hususunda belirsizlik doğmaktadır. Kanımızca oluşan belirsizlik nedeniyle muvazaanın var olup olmadığına yönelik tespitten önce yalnızca tek işverene karşı açılan işe iade davalarının tespit sonucunda husumet yokluğundan reddi halinde - işe iade davası açılacak bir aylık sürenin de dolmuş olması halinde- yaşanabilecek hak kayıplarına kesin biçimde engel olmak adına yasal bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Yine her ne kadar Yargıtay kararı gereği işe iade davasının her iki işverene karşı açılmasının gerekliliği benimsenmiş ve reddedilen alt işveren gözüken kişi yönünden yargılama gideri ile vekâlet ücretine hükmedilmeyeceği yolunda görüş oluşmuşsa da bunun yasal düzenleme haline getirilmesi, uygulamada yeknesaklığın sağlanması bakımından olumlu sonuç doğuracaktır.

Muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespiti neticesinde asıl işverenin sorumluluk alanını etkileyen bir diğer husus, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmaları sonucunda asıl işverenin işyerinde çalışan işçi sayısında meydana gelen değişimdir. Bunun Hukuki sonuçları olarak; asıl işverenin işyerinde çalışan işçi sayısının artması neticesinde işyeri, iş güvencesi hükümlerine tabi hale gelebilir, iş mevzuatı uyarınca işyerinde çalışan işçi sayısına bağlı olarak işverene yüklenen engelli ve eski hükümlü personel istihdamı mecburiyetine tabi olabilir ya da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin artan yükümlülükleri yerine getirmek durumunda kalabilir. Bu yeni durumun asıl işvereni yeni ve daha geniş bir mesuliyet altına sokacağı ortadadır.

Kamu kesiminde mevzuata aykırı alt işverenlik ilişkisinde muvazaa hali için, 6552 sayılı Kanun vasıtası ile bir takım hukuki düzenlemeler getirilmiştir. Belirttiğimiz üzere alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın tespiti halinde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmekte, işçinin hak ve alacaklarının doğrudan muhatabı konumuna asıl işveren geçmektedir. Ancak 4857 Sayılı İş Kanununun 8. ve 9. maddelerinde getirilen düzenlemeler, kamu kesimi alt işveren işçileri bakımından bu yaptırımın tam olarak uygulanmasını olanaksız hale getirerek özel sektör alt işveren işçileri ile kamu kesimi alt işveren işçileri arasında Anayasal eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacak

bir fark yaratmaktadır. Bu düzenleme öğretide eleştirilmiş, ancak eşitsizliğin giderilmesi için etkin bir düzenleme getirilmemiştir. Yargıtay kararları ile muvazaanın yargısal tespitine isabetle önem verilmek suretiyle, işçilerin hakları korunmuştur. 6552 Sayılı Kanun vasıtasıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yapılan düzenlemede, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihaleleri çerçevesinde çalıştırılan personelin sözleşme konusu dışında başka bir işte çalıştırılmayacağı ve alt işverenliğin yasal koşullarına ilişkin 4857 Sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasına aykırı olarak gerçekleştirilen işlem ve eylemler neticesinde doğacak zararların, zarara neden olana rücu edilmek suretiyle tahsil edileceğine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme, kamu kesiminde kurulan alt işverenlik ilişkilerinin özel sektör alt işverenlik ilişkilerinin tabi olduğu yasal koşullarla bağlı olduğunun altının çizilmesi bakımından yerindedir. Bunun yanında muvazaalı alt işverenlik ilişkisi kurulmasına ilişkin caydırıcı nitelikte olarak değerlendirilebilecek bir düzenlemedir. Ancak daha açık bir düzenleme ile kamu ve özel sektör işvereni arasında oluşturulan, muvazaalı ilişkinin mağduru işçinin hak kayıplarına neden olabilecek bu eşitsizliğin giderilmesi gerektiği yolundaki görüşlere katılıyoruz.

Sonuç olarak, Yargıtay kararları ile İş Kanunu çerçevesinde muvazaanın tespiti neticesinde, iş akdinin kuruluşundan itibaren iş ilişkisine ilişkin tüm hukuki sorumluluğun muhatabı olan asıl işverenin, daha düşük ücret ve daha zayıf haklarla işçi çalıştırmak veya işçilere karşı iş mevzuatı ve iş akdinden doğan sorumluluktan kaçınmak amacına ulaşamadığı görülmektedir. İş hukukunun temel ilkesi olan ekonomik ve sosyal açıdan iş ilişkisinde zayıf olan işçinin korunmasına yönelik olarak, bu konuda ortaya çıkan sorunların çözümünde, muvazaaya ilişkin tespitini kolaylaştırılması ve yaptırımların kuvvetlendirilmesi yolunda düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akyiğit Ercan, İş Kanunu Şerhi, Seçkin, Ankara, 2008.
- Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, B.8, Ankara, 2010.
- Aydın, Fulya. *"Stratejik İnsan Kaynakları Yönetiminde Dış Kaynaklardan Yararlanma ve Bankacılık Sektöründeki Uygulamalara İlişkin Bir Araştırma."* Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2001.
- Aykaç, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- Aydın, İbrahim, Türk İş hukukunda Alt İşveren(Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin, 2015
- Akbulut, Kenan. *"Yatırım Teşvik Belgesi İle Rödovans Sözleşmesine Bağlı Yatırımlarda İndirimli Kurumlar Vergisi Uygulaması."*, ISMMMO Mali Çözüm Dergisi, Eylül-Ekim 2016
- Aydın, Ufuk, *"6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri"*, Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt : 5 - Sayı : 1 - Yıl : 2015
- Baybora, Dilek. *"İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar."* Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi 2.2 (2010).
- Canbolat TALAT, Türk İş Hukukunda Asıl-Alt İşveren İlişkileri, Kazancı, İstanbul,1992

- Centel, Tankut, İş Hukuku C. I, Bireysel İş Hukuku, B. 2, İstanbul 1994.
- Çankaya, O.G. / Çil Ş. İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. B., Ankara, 2011.
- Çalık, Abdurrahman, "Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler" ÇSGB, Çalışma Dünyası Dergileri, C:2, S.:3, Eylül - Aralık 2014ns.62-90.
- Çankaya, Osman Güven. "Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar." Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2002, S. 4.
- Çankaya, Osman Güven, "Rödövens Alt İşverenlik Sözleşmesi Midir?" Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:13, S:3/2014, S.4.
- Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul 2005.
- Çelik N. / Caniklioğlu N. / Canbolat T., İş Hukuku Dersleri, B.28, 2015.
- Council Decision of 22 July 2003 on Guidelines for the employment policies of the Member States", Official Journal Of The European Union. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003D0578> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)
- Demir, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve İş Uygulaması, Eylül 2002
- Demir, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2017.
- Demir, Fevzi. "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri." MESS Mercek Dergisi. Temmuz 89 (2003).

- Demircioğlu A. M. / Centel T., İş Hukuku B.16, İstanbul 2012.
- Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, İstanbul 2010.
- Engin E. Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren,1993.
- Ekonomi, Münir: “4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik”, Aralık 2008, Sicil İHD, S.12, 5-23.
- Ekonomi, Münir: Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, 55-81.
- Ekonomi, Münir: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, 21-52.
- Engin, Murat; Üçlü İş İlişkileri, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikasıncı Düzenlenen III. Yılında İş Yasası Semineri Yayını; İstanbul 2005, s.12-26.
- Eyrenci Ö. / Taşkent S. / Ulucan D.: Bireysel İş Hukuku B.5, İstanbul 2014.
- Franceschini, F., Galetto, M., Pignatelli, A., ve Varetto, M., (2003), Outsourcing Guidelines for A Structured Approach. Benchmarking, 10 (3): 246-260.
- Günay, Cevdet İlhan, İş Hukuku (Yeni İş Yasaları),B.4, Ankara, 2005.
- Güleşçi, Yusuf, Kamu İşyerlerinde Alt İşverenlik Uygulaması, Ankara, 2013.

- Göktaş, Seracettin, “*Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları*”, Sicil İHD, Aralık 2008, S.12, Y.3, 97-105.
- Güzel, Ali: “*İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları*”, Çalışma ve Toplum, Birleşik-Metal İş, 2004/1, 31-66
- Güzel, Ali: “*Ekonomik Ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*”, Galatasaray Üniversitesi – İstanbul Barosu, 1997, s.15-46. (İşçi Kavramı)
- Hekimler Alpay, “*Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi*
<http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423873551.pdf> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)
- İlter, H. Melih, Global Dışsal Tedarik (Outsourcing), İstanbul Ticaret Odası, 2002.
- Karahan, Atilla. “*Dış Kaynak Kullanımının Verimlilik Üzerine Etkisi: Hastane Yöneticileri Üzerine Bir Araştırma.*” Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2009.
- Kaya, Pir Ali, İş Hukuku (Temel Yasalar), Siyasal Kitabevi, 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu M. / Şenocak K. :İş Kanunu Şerhi, B.3, İstanbul 2013.
- Limoncuoğlu, Alp: Güvenceli Esneklik, İzmir 2009.
- Mollamahmutoğlu Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2005.

- Mollamahmutoğlu Hamdi: İş Hukuku, B.3, Ankara 2008.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, B. 6, 2014.
- Mollamahmutoğlu, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, s.5, Kamu-İş; C:7, S: 4/2004 <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/741.pdf> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)
- Narmanlıoğlu Ünal: İş Hukuku 1, Ferdi İş İlişkileri, B. 4, İstanbul, 2013.
- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, B.5, İstanbul, 2014.
- Oğuzman K. / Öz T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat, İstanbul, 2010.
- Özkaraca E. , “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk“ (Karar İncelemesi) , Çalışma ve Toplum, S. 20, s. 228-243.
- Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul, Beta, 2010
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul Beta, 2015.
- Süzek, Sarper: Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil İHD, Haziran 2009, Y:4, S:14, 5-28, s.6.
- Şahlanan, Fevzi: Alt İşveren Kavramı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1997, 191-200
- Şen Sabahattin, Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkisi, Seliloz-İş Sendikası Eğitim Yayınları: 14, Ankara, 2002.

- Şişli, Zeynep, “İşe İade Davası Sonuçları ve Hükümün Uygulanması” İzmir Barosu Bülteni İş Hukuku ve Güvenliği Komisyonu Özel Sayısı, Yıl:22, Mayıs 2012, s.45-56.
- Tanyeri, Mustafa - Aytekin Fırat "Rekabet Değişkeni Olarak Dış Kaynak Kullanımı (Outsourcing)." (2005)
<http://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/handle/12345/5587> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)
- Tunçomağ Kenan, İş Hukuku, C.1, B.4, İstanbul 1996.
- Uygur Akyay - Göral Ramazan; Yönetim ve organizasyon, Ankara 2005.
- Wiltshagen, Tom: “The Flexibility-Security Nexus: New Approaches To Regulating Employment And Labour Markets”, Paper Of The British Journal Of Industrial Relations, The Politics Of Employment Relations Conference, 16-17 September 2002, Windsor, UK.

İNTERNET SİTELERİ

- <http://www.calismatoplum.org/> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)
- <http://www.hrdergi.com> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)
- <http://www.hukuki.net/> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)
- <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=9082> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)
- <http://www.kamu-is.org.tr/> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)
- <https://www.kazanci.com.tr/> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)
- <http://tisk.org.tr/> (Son Erişim Tarihi: 05.07.2018)