

GENEL OLARAK VE KAMUYA ÖZEL YÖNLERİYLE ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ
Primary Employer – Sub-Employer Relationship with Features in General and Specific to
Public Institutions

Abstract:

Technological developments and increasing competition among businesses caused the workforce, one of the essential elements of an enterprise, to be subject to efficiency criteria and flexible working styles have become prominent in the organization of the workforce. One of the atypical forms of employment in this direction is the primary employer – sub-employer relationship. In the systematic of the Labor Law No. 4857 (“Law”), the aim is to prevent the abuse of the relevant relationship without limiting the flexibility on determining the working styles.

When it comes to the public institutions, different practices are witnessed regarding the primary employer – sub-employer relationship. The facilitation of subcontracting relationships for public institutions with the insertion of paragraphs 8 and 9 to Article 2 of the Law on 12 June 2006 has caused a diversion from the systematic of the Law. As such, there are different interpretations in terms of the validity and the implications of primary employer – sub-employer relationships in case of public institutions.

Responsibility in terms of severance payment, which is subject to Article 14 of the Annulled Labor Law numbered 1475 that is still applicable, also necessitated some adjustments in the context of the primary employer – sub-employer relationship. Accordingly, the obligation to make the severance payments of the sub-employers’ employees has been transferred to public institutions as of 11 February 2014 by the Law No. 6552. Furthermore, with the amendment made to Article 112 of the Law with the Law No. 7166 on 21 February 2019, the public primary employers’ right to recourse to the sub-employers for the severance payments has been removed. However, in September 2019, the Constitutional Court, has annulled with majority paragraph 6 added to Article 112 of the Law and the 1st sentence of the Provisional Article 9, which were introduced in February 2019, by stating that these provisions are against Constitution as they are bringing a different regulation in favor of sub-employers who engage in subcontracting relationships with public institutions; hence incompatible with the principle of equality.

In this article, the primary employer – sub-employer relationship is examined with attention to its different features, and differences encountered in subcontracting relationships with public institutions are evaluated in line with the relevant decision of the Constitutional Court.

Özet:

Teknolojik gelişmeler ve işletmeler arasında giderek artan rekabet, bir işletmenin esas unsurlarından olan işgücünün de verimlilik idealine tabi tutulması sonucunu doğurmuş ve esnek çalışma biçimleri işgücünün organizasyonunda öne çıkmıştır. Bu yöndeki atipik istihdam biçimlerinden biri de asıl işveren – alt işveren ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu (“Kanun”) sistematüğinde bir yandan bu esnekliğin kısıtlanmaması, bir yandan da bu ilişkinin kötüye kullanımının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Kamu kurumları söz konusu olduğunda, asıl işveren – alt işveren ilişkisi ile ilgili farklı uygulamalar söz konusu olmaktadır. İş Kanunu’nun 2’nci maddesine 12.07.2006 tarihinde eklenen 8’inci ve 9’uncu fıkralar ile kamu kurum ve kuruluşları yönünden alt işverenlik uygulamasının kolaylaştırılması Kanun sistematüğinden ayrılan bir düzenleme olmuştur. Bu nedenle, kamuya ait işyerleri bakımından alt işverenlik ilişkisinin geçerliliği ve doğurduğu sonuçlar bağlamında farklı yorumlar söz konusudur.

1475 sayılı Mülga İş Kanunu’nun yürürlüğünü koruyan 14’üncü maddesine tabi kıdem tazminatı bakımından sorumluluk alt işveren ilişkisi bağlamında da bazı düzenlemeleri gerektirmiştir. Bu çerçevede alt işveren işçilerinin kıdem tazminatlarını ödeme yükümlülüğü 6552 sayılı Kanun ile 11 Şubat 2014 tarihinden itibaren kamu kurumlarına verilmiştir. 21 Şubat 2019 tarihinde ise 7166 sayılı Kanun ile Kanun’un 112’nci maddesinde yapılan değişiklik ile kamudaki asıl işverenlerin kıdem tazminatı ödemeleri nedeniyle alt işverene rücu etmesinin yolu kapatılmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi (“AYM”) Eylül 2019’da verdiği karar ile Şubat ayında yapılan düzenleme ile Kanun’un 112’nci maddesine eklenen 6’ncı fıkra ve Geçici 9’uncu maddenin 1’inci cümlesinin kamudaki alt işverenler lehine farklı düzenleme tesis etmesi nedeniyle Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline oyçokluğuyla karar vermiştir.

Bu makalede asıl işveren – alt işveren ilişkisi farklı özellikleriyle incelenmekte olup, kamu kurum ve kuruluşları ile kurulan alt işveren ilişkilerinde karşımıza çıkan farklılıklar AYM’nin söz konusu kararı ekseninde değerlendirilecektir.

İÇİNDEKİLER

I. GİRİŞ	3
II. GENEL OLARAK ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ	4
A. Tanımı.....	4
B. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Geçerliliği	5
1. Yasal Koşullar.....	7
2. Kanun'un Öngördüğü Muvazaa Kriterleri.....	14
3. Genel olarak muvazaalı ilişkiye dayanılması.....	15
III. Kamuya Ait İşyerleri Özelinde Alt İşverenlik İlişkisi Bağlamında Değerlendirmeler .	16
IV. Kaynaklar	20

I. GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler ve işletmeler arasında giderek artan rekabet, bir işletmenin esas unsurlarından olan işgücünün de verimlilik idealine tabi tutulması sonucunu doğurmuştur. Bu süreçte 1980'li yıllarda sosyal güvenlik ve işçi haklarında gündeme gelen gelişmelerin en az maliyetle daha kaliteli mal ve hizmet üretimi beklentisiyle çakışması, bir yandan atipik istihdam biçimlerini öne çıkarmış, öte yandan 1 Eylül 1971 tarih ve 13943 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1971 tarih ve 1475 sayılı Mülga İş Kanunu ("**Mülga Kanun**") ile getirilen esnekliğin çeşitli şekillerde işçiler aleyhine kullanımları söz konusu olmuştur.

Söz konusu atipik istihdam biçimlerinden birisi de, ilk olarak 1936 tarih ve 3008 sayılı İş Kanunu'nda¹ düzenlenen "*taşeron ilişkisi*" olmuştur. Söz konusu "taşeronların" Mülga Kanuna dek "*aynı iş veya teferruatında iş alan araçlar*" olarak tanımlandığı, Mülga Kanunda ise "*diğer işveren*" kavramı altında yer aldığını görüyoruz. 10 Haziran 2003 tarih ve 25134 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2003 tarihli ve 4857 sayılı yürürlükteki İş Kanunu'nda ("**Kanun**") ise "*alt işveren*" ifadesine tanık olmaktayız. İşte bu makalede uygulamada hâlâ "*müteahhit*", "*taşeron*" veya "*yüklenici*" gibi farklı isimlendirmelere tabi tutulan alt işveren ilişkisi incelemeye tabi tutulacaktır.

"*Taşeron*" işçi sayısı 2002 ila 2007 yıllarında yaklaşık üç kat, 2007'den 2011'e kadarki dönemde ise yarı yarıya artış göstermiştir². Özellikle kamuya ait işyerleri bakımından 1990'lı yıllarda inşaat sektöründe %90'a varan oranlarda taşeron uygulamasına gidildiği ileri sürülmüştür³. Bunu iş kazaları ve birtakım muvazaalı uygulamalar takip etmiştir. Daha öncesinde Yargıtay kararları ve öğreti çalışmaları ile tatmin edilen kanuni düzenleme ihtiyacı, sonunda Kanun'un konjonktüre tepki olarak hayata geçirdiği sınırlandırma hükümleri ve daha sonra Resmî Gazete'de yayımlanan Alt İşverenlik Yönetmeliği⁴ ("**Yönetmelik**") ile bir ölçüde çözüme kavuşturulmuştur.

Kanun'un 2'nci maddesine 12 Temmuz 2006 tarihinde eklenen 8'inci ve 9'uncu fıkralar ile kamu kurum ve kuruluşları yönünden alt işverenlik uygulamasının kolaylaştırılması ise, Kanun sistematiğinden ayrılan bir düzenleme olmuştur. Bu nedenle, kamuya ait işyerleri bakımından alt işverenlik ilişkisinin geçerliliği ve doğurduğu sonuçlar bağlamında farklı yorumlar söz konusudur. Uygulamada kamu idareleri ile iş yapan alt işverenlerin asıl işveren ile aralarında bulunan müteselsil sorumluluk çerçevesinde bazı yükümlülüklerden kaçmaya yeltendiği görülmüştür. Özellikle yasal düzenleme olarak Mülga Kanun'un yürürlüğünü koruyan 14'üncü maddesine tabi kıdem tazminatı bakımından sorumluluk, alt işveren ilişkisi bağlamında da bazı düzenlemeleri gerektirmiştir. Bu çerçevede alt işveren işçilerinin kıdem tazminatlarını ödeme yükümlülüğü 6552 sayılı Kanun⁵ ile 11 Şubat 2014 tarihinden itibaren kamu kurumlarına verilmiştir. 21 Şubat 2019 tarihinde ise 7166 sayılı Kanun⁶ ile Kanun'un 112'nci maddesinde yapılan değişiklik ile kamudaki asıl işverenlerin kıdem tazminatı ödemeleri nedeniyle alt işverene rücu etmesinin yolu kapatılmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi ("**AYM**") Eylül 2019'da verdiği kararda, 2019 Şubat ayında yapılan düzenleme ile Kanun'un 112'nci maddesine eklenen 6'ncı fıkra ve Geçici 9'uncu maddenin 1'inci cümlesinin kamudaki alt işverenler lehine farklı düzenleme tesis etmesi nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline oyçokluğuyla karar vermiştir.

Aşağıda ilk olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin hukuken geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için barındırması gereken olumlu ve olumsuz koşullara değinecek,

¹ Kanun 15.06.1936 tarihli ve 3330 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

² (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 2012)

³ (Güneş, 1990, s. 48)

⁴ Yönetmelik 27.09.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵ 11.09.2014 tarih ve Mükerrer 29116 sayılı Resmî Gazete, 10 Eylül 2014 tarih ve 6552 Sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, madde 8.

⁶ 22.02.2019 tarih ve 30694 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sosyal Hizmetler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, madde 11.

daha sonra ise geçerli bir ilişkinin doğurduğu hukuki sonuçları kamuya ait işyerlerinin gösterdiği özellikler çerçevesinde değerlendireceğiz. Yukarıda anılan ilgili AYM kararı ise makalenin son bölümünde irdelenecektir.

II. GENEL OLARAK ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

A. Tanımı

Alt işveren Kanun'da; *"bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin bir gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren"* olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda alt işveren, kendi adına işçi çalıştıran ayrı bir işverendir ve işi kendi iş organizasyonu içinde yürütür, hatta alt işverenin işçilerinin çalıştığı yer bu bağlamda ayrı bir işyeri kabul edilir⁷. Bu gibi durumlarda fiziki olarak tek olan yerler hukuki bakımdan hem asıl işverenin hem de alt işverenin işyeridir⁸. Nitekim Kanun'un 3'üncü maddesi sürekli bir iş yürüten alt işverenlere *[Kanun m. 10, f. 2]* bu sıfatla mal ve hizmet ürettiği işyerini bildirme yükümlülüğü getirmiştir⁹. *[Kanun m. 3., f.2]*

"Müteahhit", "yüklenici" ve "taşeron" kavramları ise 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ("TBK") düzenlenen eser sözleşmesi ve kamu ihale hukukunda ifade bulan terimler olup, bizzat Kanun'un tanımladığı "alt işveren" ilişkisini ifade etmemektedir. TBK'nın 471'inci maddesi uyarınca müteahhit (yüklenici) *"iş bizzat yapmak veya kendi idaresi altında yaptırmak"* zorunda olup ancak işin niteliği açısından bizzat müteahhit tarafından yapılması önem arz etmediği takdirde işi bir başkasına devredebilir. Bu çerçevede **iş sahibi işin tümünü bir başkasına yaptırıyorsa müteahhitlik (yüklenicilik), işin bir kısmını kendisi yapıyor ve diğer bir kısmını ise başkasına yaptırıyorsa taşeronluk söz konusu olacaktır**¹⁰. Taşeron deyimini öğretide, asıl işveren ile alt işveren arasında söz konusu olabilecek temel hukuki ilişki çeşitlerinin genel nitelmesi olarak da (ilişkileri genel olarak düzenlemek amacıyla yaptıkları yüklenicilik sözleşmesi, teknik şartname gibi) kullanılmaktadır¹¹.

Kanun'un 2'nci maddesi ise uygulamada nasıl anılırsa anılsın, düzenlemeye tabi tuttuğu ilişkiyi *"asıl işveren-alt işveren ilişkisi"* (bundan sonra kısaca **"alt işverenlik ilişkisi"** olarak anılacaktır) olarak belirtmiş ve bu ilişkiyi *"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 ilişki"* olarak tanımlamıştır. O halde, Kanun'un sınırlarını çizdiği bu üçlü sözleşmesel ilişkinin tarafları asıl işveren, alt işveren ve alt işverenin işçileri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yönetmeliğin 3'üncü maddesine göre bu ilişkide asıl işveren ve alt işveren bağımsız işverenler olup, gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar olabilir ve birbirlerine sözleşme ilişkisi ile bağlıdır. Aynı şekilde kamu mevzuatı çerçevesinde ilişkinin taraflarının bir kamu tüzel kişisi olmasına da engel bulunmamaktadır. Asıl işveren ile alt işveren

⁷ (Güzel A., 2004)

⁸ Çankaya, O. G., Karşı oy yazısı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 09.07.2002 tarih ve 2002/10934 E., 2002/11875 K. sayılı karar. "Belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan alt işverenin bu işi yaptığı yerin müstakil bir işyeri olarak değerlendirilmesi gerekir"; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 28.06.2001 tarih ve 2001/10907 E., 2001/11069 K. sayılı karar. Kararların alındığı eser: (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011)

⁹ Süreç kısaca şu şekilde işlemektedir; Alt işveren, kendi işyerinin tescili için yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve diğer belgelerle birlikte bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirimde bulunmalıdır. Bunun üzerine işyerinin kayıtlı olduğu Bakanlık Bölge Müdürlüğü'nde bulunan iş müfettişleri tarafından inceleme üzerine muvazaalı işlem tespit edildiği halde gerekçeli rapor düzenlenerek işverenlere tebliğ edilir. Rapora itiraz edilebilir ve 2014 yılında 3. maddede yapılan değişiklik itibarıyla itirazın sonucu kesin değildir.

¹⁰ (Şen, Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkisi, 2002)

¹¹ (Demir, İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri., 2003) s.89. (Çankaya, Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, 2002 (6/4), s. 25)

arasındaki ilişkinin temelinde genellikle eser sözleşmesi bulunduğu söylenebilir. Fakat başka bir sözleşmeye (kira, taşıma veya vekâlet sözleşmesi gibi) dayanmasına da engel bulunmamaktadır. Alt işveren ile asıl işverenden aldığı işte çalıştırdığı işçiler arasında ise iş sözleşmesi mevcuttur.

B. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Geçerliliği

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi esas itibariyle asıl işveren ve alt işveren arasında bir borç ilişkisidir. Sözleşmeler hukukunun temel prensibi olan irade serbestisi TBK'nın 19'uncu ve 20'nci maddelerinde genel olarak sınırlandırıldığı gibi özel kanunlar da bir borç ilişkisinin kurulmasına meşru nedenlerle sınırlamalar getirebilmektedir. İş hukuku düzenlemeleri de ekonomik ve sosyal statü bakımından işverenlerin gösterdiği özellik nedeniyle işçiyi koruma ilkesi doğrultusunda bazı sınırlamaları hükme bağlamıştır. 1970'li yıllarda ekonomik kriz etkisiyle iş ilişkilerinde de farklı ihtiyaçlar ortaya çıkmış, fakat yaratılan esneklikler çoğu zaman işçi lehine sonuçlar doğurmamıştır. Bu nedenle Kanun'un 2'nci maddesinde alt işverenlik ilişkisi daha somut bir düzenlemeye kavuşturularak taraf seçme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi ve benzeri konularda sınırlamaların getirildiğini görüyoruz.

Daha önceki dönemde bu sorunlar Yargıtay içtihatları ile kanuna karşı hile ve muvazaâ çerçevesinde çözülmeye çalışılmaktaydı. Mevcut durumda Kanun, sınırlamalara uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımı açıkça belirlemiştir. Fakat Kanun metni ihlalin hangi hukuka aykırılık tanımı dâhilinde değerlendirileceği noktasında belirsizlik içermektedir. Bu durum, Kanun'un yürürlüğünden bu yana öğretilerde birçok tartışmaya sebebiyet vermiştir. Tüm bu nedenlerle, Kanun'un aradığı minvalde bir ilişkinin kurulabilmesi için gerekli koşullara değinmeden önce, bu koşulların yokluğunda ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıklara açıklık getirmekte fayda görüyoruz.

İlk olarak Kanun, 2'nci maddenin 6'ncı fıkrasında geçerli bir alt işveren ilişkisinin meydana gelebilmesi için gerekli koşullara yer vermiştir. Yargıtay'ın da benimsediği üzere ileride ayrıntılı olarak yer vereceğimiz bu koşullar özetle; iki işverenin bulunması, mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işin varlığı ve asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde "*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme*" şartının gerçekleşmiş olmasıdır. Buna işin asıl işverenin işyerinde yapılması ve alt işveren işçilerinin sadece o işyerinde ve asıl işverenden alınan işe özgülenmiş biçimde çalışması ilave edilebilir.

Ayrıca Kanun'un 2'nci maddesinin 7'nci fıkrasına göre, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamaz veya daha önce asıl işveren tarafından o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz; aksi halde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecektir.

Burada bir hususa dikkat çekmek gerekir; 7'nci fıkrada sayılan bu durumlar uygulamada ortaya çıkan "muvazaalı" ilişkileri önlemeye yönelik bir tepki niteliği taşımaktadır. Taraflara olumsuz yükümlülük getiren bu hükümler, alt işverenlik ilişkisinin yasal koşullarından olmayıp, uygulamadaki ispat güçlüklerini gidermeye yönelik olarak uygulamada öne çıkan hukuka aykırılıkların yasal karine hükmünde dile getirilmesidir. Böylece sınırlandırma tanımına giren bir hukuka aykırılık halinde hukuki ilişki, aksini ispat mümkün olmakla birlikte, prensip olarak muvazaalı kabul edilecektir.

Öte yandan, fıkrada üçüncü bir durum daha belirtilmektedir. Buna göre, özellikle olarak sayılan durumlar dışında da, alt işverenlik ilişkisinin "*genel olarak muvazaalı işleme dayanması*" halinde de bunun iddia ve ispat edilebileceği ve asıl işveren işçisi sayılma yaptırımına tabi olacağı anlaşılmaktadır. Fakat bu halde yasal karine teşkil eden yukarıdaki sınırlandırmaların beraberinde getirdiği ispat kolaylığı söz konusu olmayacak, ispat yükü işçiye ait olacaktır.

Görüldüğü üzere, Kanun 7'nci fıkrada muvazaalı bir ilişkiye sebebiyet verebilecek hukuki durumları belirlemiş, bunun yaptırımını da muvazaalı ilişkiden amaçlanan sonuçların aksine alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak, bu sifattan kaynaklanan yasal ve sözleşmesel hakların asıl işverenden talep edilebilmesi olarak öngörmüştür.

Lakin 6'ncı fıkrada belirtilen yasal koşulların yerine getirilmemesinin muvazaa teşkil edeceği yönünde bir ifadeye yer verilmemiştir. 6'ncı fıkrada yer verilen hususların kurucu unsur niteliğinde olduğunu belirtmiştik. Nitekim hukuk sistematigi kurucu unsurların yokluğu durumunda doğrudan muvazaa nitelenmesine gidilmemesini gerektirir. Dolayısıyla, bu durumda uygulanacak yaptırımın ne olacağı konusunda kısa bir değerlendirme yerinde olacaktır.

Bu durumda muvazaalı ilişkiler bakımından öngörülen yaptırımın doğrudan uygulanması bazı hallerde işin niteliğine aykırı sonuç verecektir. Özellikle asıl işverenin söz konusu işçiler üzerinde hukuki veya fiili hâkimiyetinin söz konusu olmadığı durumlarda, örneğin bazı işçilerin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalıştırılmaması veya işçilerin değişik işyerleri arasında değiştirilerek çalıştırılması hallerinde bu işçiler bakımından alt işveren ilişkisinden veya bu noktada asıl işverenin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Oysa bu ilişkinin muvazaanın yaptırımına tabi tutulması halinde ise işçi, yasa gereği baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacak, gerçekte mevcut hukuki duruma aykırı bir sonuç doğacaktır. Nitekim fiilen bu işçiler bakımından işveren sıfatını ve bu sıfatın getirdiği hak ve yükümlülükleri alt işveren taşımaktadır.

Ne var ki gerek Mülga Kanun gerek ise mevcut Kanun döneminde Kanun'un öngördüğü şartlar dışında veya öngörülen yasaklara aykırı kurulmuş bulunan tüm alt işverenlik ilişkilerinde, ilişkinin muvazaa olarak nitelendirilerek, 7'nci fıkrada mevcut "baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılma" yaptırımının uygulanması söz konusu olmuştur. Bu nitelendirilme bakımından birçok farklı görüşün mevcudiyeti¹² göz ardı edilmemekle birlikte Yargıtay Dairelerinin kararlarında her iki kanun döneminde de genel bir muvazaa görüşünün hâkim olduğunu söyleyebiliriz.

Yargıtay'a göre muvazaa Borçlar Kanunu'nda 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. Hatta alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı resen araştırılmalıdır¹³.

Muvazaa incelemesinin ne şekilde yapılacağı hususunda genel itibarıyla, Kanun'da dile getirilen yaptırım baki olmakla birlikte, muvazaanın unsurları ve sonuçlarının düzenlendiği kanuna göre belirlenmesi ve iş hukukunun özelliğine göre yorumlanması gerekir¹⁴.

Bu kapsamda Kanun'un aradığı unsurları taşımayan yahut öngördüğü yasaklara aykırılık bulunduran hallere aşağıda daha ayrıntılı olarak üç başlık altında yer verilecektir; **(1) Yasal Koşullar**, **(2) Kanun'un Öngördüğü Muvazaa Kriterleri** ve **(3) Genel Olarak Muvazaalı İlişkiye Dayanılması**.

¹² Unsurlardan birinin yokluğunda ilişkinin alt işveren ilişkisi olmayacağı ve başka bir ilişki olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde; (Elbir, 1991, s. 14-15) Alt işveren ilişkisindeki yaptırımın yapısı ve düzenleniş şeklinin kanuna karşı hile nitelenmesine uygun olduğu yönünde; (Aydınlı, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2008) Kendine özgü muvazaa görüşü için bkz. (Kaplan, 2005, s. 229-230) Muvazaa kurumunun unsurlarının Borçlar Kanunu'na göre değerlendirilmesi görüşü için bkz; (Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2008, s. 119)

¹³ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 26.11.2007 tarih ve 2007/36945 E., 2007//35404 K. sayılı karar, İHSGHD, (17) 163-164. Yer verilen eser: (Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 172) Muvazaa bir defa olmayıp "itiraz" olduğu için hâkim tarafından taraflarca ileri sürülmesi bile dosyadan anlaşılması halinde resen göz önüne alınır. Bu yönde; (Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, 1956, s. 56-57) (Özkaya, 2004, s. 184) (Karahasan, 2003, s. 206) (Uygur, 2003, s. 734).

¹⁴ (Güzel A. , 2004, s. 53)

1. Yasal Koşullar

Bu noktada, Kanun anlamında hukuken geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin varlığı, aşağıdaki koşulların bir arada gerçekleşmiş olmasına bağlıdır;

a) İşveren sıfatını haiz iki tarafın bulunması gerekir.

b) İşin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin olması gerekir.

c) Asıl işin işletme ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren bir bölümü veya yardımcı iş olması gerekir.

d) Alt işveren, ilgili iş için aldığı işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte ve o işyerine özgülenmiş biçimde çalıştırmalıdır.

Son olarak, alt işverenlik sözleşmesinin asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı şekilde yapılması gerekmektedir [Kanun m. 3, f.2, Yönetmelik m. 9, f.1].

a) İşveren sıfatını haiz iki tarafın bulunması gerekir.

Alt işveren ilişkisinin kurulması için öncelikle ilişkinin taraflarının belli bir nitelikte olması aranmıştır. Bu kapsamda alt işveren ile belli nedenlerle asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işi devreden iş sahibinin kendisinin de işçi çalıştırması ve asıl işveren sıfatını taşıması gerekir. Öğretide bu sıfatın ilişkinin kurulduğu anda var olmasının işçinin korunması amacı çerçevesinde yeterli olacağı savunulmaktadır¹⁵. Bu şartın aranmaması, anahtar teslimi olarak ifade edilebilecek ilişkilerin de alt işverenlik ilişkisi kapsamına girmesini ve müteselsil sorumluluğa tabi olmasını ifade eder. Oysa genel olarak yahut alt işverene verdiği iş bakımından işveren sıfatına sahip olmayan; kendisi bir işin bir bölümünde işçi çalıştırmayıp, işi bölerek ihale suretiyle muhtelif kişilere veren bir iş sahibi "ihale makamı" niteliğindedir ve Kanun anlamında bir asıl işveren olarak kabul edilemez¹⁶.

Bir örnek çerçevesinde konuya açıklık getirmek gerekirse, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün ihale suretiyle bir yolun bütününün yapımını verdiği şirket (müteahhit); işin tamamını kendisi yapacaktır. Bu halde 2'nci madde anlamında bir alt işveren ilişkisi kurulmuş olmayacak, müteahhit şirket alt işveren değil, işin tamamı üzerinde organizasyon ve yönetim yetkisini haiz bir işveren niteliği taşıyacaktır. Oysa Genel Müdürlüğün yol yapımı işi kapsamında yer alan köprü-tünel yapımını (asıl işin bir bölümünü) müteahhit şirkete vermesi halinde bu durumda Genel Müdürlük ile müteahhit şirket arasında alt işveren ilişkisinden söz edilebilir¹⁷.

Bu ana kavram çerçevesinde alt işveren ilişkisinin kurulduğu örnekler çeşitlendirilebilir. Örneğin, Genel Müdürlüğün tüm yolun yapımını müteahhit şirkete verdiği örnekte, Genel Müdürlük ihale makamı konumundadır. Fakat, müteahhit şirket bu kapsamda aldığı yol yapımı

¹⁵Akyiğit, işverenin tespitinde Kanun'un kapsamını belirleyen 4'üncü maddeye göre işyeri, işin özelliği ve işçi sayısının dikkate alınması gerektiğini belirtir; (Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2008, s. 92) Eyrenci, asıl işverenin işverenlik sıfatının alt işverene verilen iş dolayısıyla halen devam etmesinin ancak işin tamamen veya kısım kısım devredildiği hallerde mümkün olmayacağını bu nedenle bu tür ilişkilerde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devam etmeyeceğini savunur; (Eyrenci, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1996, s. 6) Bu görüşlerin alıntılı olduğu metnin ait olduğu eserin sahibi Aydınli'ya göre ise, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulduktan sonra iş verdiği iş organizasyonuna ait tüm işçileri çıkararak işveren sıfatından sıyrılırsa dahi alt işverenlik ilişkisi dolayısıyla işi veren işverenin işverenliği işyerini veya işletmeyi devretmediği sürece devam eder. Özellikle bu sonuç müteselsil sorumluluk bakımından alt işveren işçilerinin korunması bakımından kanun koyucunun amacına da uygun düşer; (Aydınli, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2008, s. 160) Aynı yönde; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 17.01.1975 tarih ve 6502 E., 272 K. sayılı karar.

(Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 160) "...davalı S.S. (...) Yapı Kooperatifi ile (...) arasındaki ilişki ihale ile verilen iş niteliğindedir. Her ne kadar sözleşmede taşeron sözcüğü geçmekte ise de, sözleşmedeki tüm koşullar, taraf yükümlülükleri davalının hak ve görevleri işçi çalıştırma sigorta işlemleri, iş kazaları ve diğer konularda üstlenmiş olduğu hak ve vebeler dikkate alındığında taşeron olarak kabulü mümkün değildir..." bkz. 21. Hukuk Dairesi, 2001/9584 E., 2002/682 K. sayılı karar. Aynı yönde; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13.09.1994 tarih ve 3429 E., 11465 K. sayılı Karar, YKD, (1995,Şubat),s.224-225. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 03.05.1993 tarih ve 6581 E., 7403 K. sayılı karar, Tekstil İşv., (1993, Temmuz-Ağustos), s.47-48. Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, 24.10.2001 tarih ve 7988 E., 9046 K. sayılı karar, YKD, (2003, Mart), s. 428-429. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 23.01.1995 tarih ve 15267 E., 695 K. sayılı karar, Çimento İşv., (1995, Mart), s.21. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02.02.2011 tarih ve 21-73/5 sayılı karar ve Tuncay'ın değerlendirmesi için bkz. (Tuncay, 2013, s. 26-27)

¹⁷ Karayolları Genel Müdürlüğü ile müteahhit örneği için bkz. (Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 161).

işinin bir bölümünü bir alt şirkete verirse, kendisi asıl işveren, alt şirket ise alt işveren sıfatını taşıyacaktır.

İlişkinin kurulduğu anda asıl işverene ek olarak, alt işverenin de ilgili iş bakımından işveren sıfatını taşıması gereklidir. Fakat daha önce bağımsız bir işyerine sahip olmayan alt işverenin bu sıfatı ilk defa asıl işverenden aldığı iş itibarıyla kazanmasının da bu şartı sağlayacağı belirtilmektedir¹⁸.

Öğretide bir kimsenin asıl işveren sayılması için, kamu veya özel kesimde faaliyet göstermesi veya işçilerin sayısı önemli olmasa da, asıl işveren sıfatının İş Kanunu'na tabi bir faaliyet vasıtasıyla edinilmiş olması gerekliliğine dikkat çekilmektedir. Zira Kanun'un kapsamı dışında tuttuğu ilişkiler bütününün yorum yoluyla Kanuna özgü bir hukuki kurum dâhilinde değerlendirilmesi hukuki sistematiğe uygun düşmez. Elbette bu durum, diğer kanunlara tabi benzer ilişkilerde; örneğin Basın Kanunu ve TBK'ya tabi hizmet ilişkilerinde, menfaatler dengesi ışığında bu kuralların örnekseme ile uygulanmasına engel değildir¹⁹.

Son olarak belirtilmelidir ki; bir kimsenin işveren sayılabilmesi için işyeri ve işçiler bakımından gerekli bildirimleri yapmış olması zorunlu değildir. Zira Kanun'un 3'üncü maddesinde yer alan bildirim yükümlülükleri açıklayıcı nitelikte olup, bildirim olsun veya olmasın, Kanun kapsamında bir faaliyette bulunulduğu andan itibaren Kanuna tabi olma sonucu kendiliğinden doğacaktır.

b) İşin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin olması gerekir.

Alt işverenlik ilişkisinin kurulmasına ilişkin bir diğer şart ise ilişkiye konu işi ilgilendirmektedir. Alt işverene verilen işin, asıl işverenin yönetimindeki işyerinde yürütülen esas işten bağımsız olmaması gerektiği sıklıkla belirtilmektedir. Burada belirleyici olan, yapılan işin teknik veya hukuki bakımdan, esas işten bağımsız veya bağımsızlaştırılmış olmaması²⁰, alt işverene verilen işin asıl işverenin yaptığı iş sürdüğü müddetçe yapılması gereken²¹ ve onunla doğrudan veya yardımcı şekilde ilişkili bir iş olmasıdır. Kanun'un genel gerekçesinde de bu husus şu şekilde açıklanmıştır:

“Buna göre, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin “aslî işin bir bölümünde” veya “yardımcı işlerinde” iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, buna karşı işyerinde yürütülen aslî ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır”

Alt işverene devredilen işin, işyerindeki mal veya hizmet üretimiyle ilişkili olması gerektiğinden hareketle, süreklilik taşıması gerekip gerekmediğine de kısaca değinmek isteriz. Kanun'un bir belirlemede bulunmadığı bu konuda, öğretide yaygın görüş, işin sürekli niteliğinin alt işverenliğin kurulması bakımından mutlak bir kıstas teşkil etmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

¹⁸ (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 21-22) .Aynı yönde eserde ilginç bir örneğe de yer verilmektedir; kamuya ait işyerlerinde mal ve hizmet üretiminin Kanun anlamında “işçi” çalıştırılmamakla birlikte, memur personel çalıştırılarak gerçekleştirilmesi durumunda işin bir bölümünün alt işverene devredilmesi halinde bu ilişkinin kurulup kurulmayacağı tartışması kapsamında örnek olarak, mal ve hizmet üretiminin memur ve sözleşmeli personel vasıtasıyla gerçekleştirildiği bir bakanlık, daha önce hiç işçi istihdam edilmemesine rağmen, ilk defa temizlik işi biçimindeki yardımcı işin yerine getirilmesinin alt işveren ilişkisi kurularak sağlanması durumunda geçerli bir alt işveren ilişkisinin kurulacağı yönünde görüşler mevcuttur. Bu aslında alt işveren ilişkisinde taraf olabilmek bakımından Kanun anlamında “işveren” sıfatının sahibi olma zorunluluğu ile çalışmaktadır. Fakat bu görüş; aksi halde ancak “işçi” çalıştıran kamu kurumları yönünden alt işverenlik uygulamasının mümkün olacağı gibi Kanun'un kapsamını daraltıcı bir sonuç doğacağını savunmaktadır. Oysa diğer görüş sahiplerince bu ilişkide Bakanlık ihale makamı olarak görülerek İş Kanunu Madde 36'nın uygulanmasını söz konusu olması gerektiği belirtilmektedir. Karşıt görüş için bkz. (Göktaş, s. 102-104)

¹⁹ (Akyiğit, Alt İşverenlik ve Benzeri İlişkilerden Farkı, Şubat 2009, Kasım 2010, s. 5)

²⁰ Yargıtay SSK'nın prim alacaklarının tahsiline ilişkin müteselsil sorumluluğa dayanılarak işin sahibi olan işverenden asıl işveren olarak alacaklarını talep etmesi sonucu 2001 yılında verdiği bir kararda alınan temizlik işinin asıl işverenin işinden bağımsız bir iş olduğunu bu nedenle işi alan işverenin alt işveren olmadığını sonuç olarak müteselsil sorumluluğun ortaya çıkmayacağını karara bağlamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2001/9-711 Esas, 2001/820 Karar, 14.11.2001 tarihli karar; Çimento İşveren Dergisi, (Temmuz 2002). C:16, (4) 54-60; (Aydınlı, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2008, s. 163).

²¹ (Arıcı, 2006, s. 491).

Gerçekten de alt işverenlik ilişkisinin düzenlendiği 2'nci maddede bu yönde bir ayırım yapılmamıştır²². Bu anlamda işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimiyle ilgili olma şartıyla bağdaşmayacak surette tek seferlik veya çok kısa süreli olmadıkça, belirli bir süre sona eren işlerin de bu ilişkiye konu olması mümkündür²³.

c) Alt işverene verilen işin asıl işin işletme ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren bir bölümü veya yardımcı iş olması

Kanun asıl iş ile yardımcı iş arasında alt işverenlik ilişkisinin kurulması bakımından bir ayırma gitmiştir. Bu ayırım çerçevesinde, iki tür işte de alt işverenlik ilişkisi kurulması mümkün olmakla birlikte öğretide de çoğunlukla kabul edildiği üzere²⁴ asıl işlerin devri aksine yardımcı işler bakımından, devredilen bölümün “işletme ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektiren bir işi ilgilendirmesi” şartı aranmayacaktır. Oysaki asıl işin sadece ayrılabilen bir bölümü devre konu olabilmekte ve bunun için de söz konusu bölümün devrinin işletme ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerekçelerine dayanılması gerekmektedir. Daha önce de değinildiği üzere Mülga Kanun dönemindeki uygulamadaki çeşitli sorunlara son vermek amacıyla hükmün kapsamı daraltılmış bulunmaktadır. Bu koşulun sağlanamadığı hallerde, asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi mümkün değildir [Kanun madde 2, f. 7, Yönetmelik, madde 11, f. IV].

Dolayısıyla bir işin alt işverene devri halinde gerekli şartların gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında öncelikle işin niteliği gereği hangi sınıflandırma bünyesinde yer alacağını tespiti ve devamında ilgili koşulların buna göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda öncelikle asıl iş kapsamındaki faaliyetlere ve bu tür faaliyetlerin alt işverene devri için öngörülen ek koşullara ilişkin incelemelere yer verilecek, takip eden kısımda ise yardımcı iş kavramının farklı yönlerine değinilecektir.

9

(i) Asıl işin bir bölümünün devri

Bu kapsamda, asıl işin ne olduğunun tespitine ilişkin ölçütlere değinmeden önce, özellikle tüzel kişi işverenler bakımından şirket ana sözleşmesinde yer verilen faaliyet konularının bir işletmede yürütülen asıl işin tespitinde mutlak bir ölçü oluşturmayacağı yönündeki görüşü makul bulmaktayız. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 371. Maddesi ile beraber “*ultra vires*” olarak ifade edilebilen faaliyet konusu sınırlamasının kalktığı yönündeki görüşlere rağmen, şirketler hala esas sözleşmelerinde uzmanlık alanları dışındaki faaliyet konularına oldukça ayrıntılı bir şekilde yer vermektedir. Bu nedenle sınırsız varan konu sıralamalarının bulunduğu durumlar da dikkate alındığında, burada asıl olarak işverenin hangi faaliyetlere ağırlık verdiğinin ve yaptığı fiili işlerin tespitinin belirleyici olması gerektiği görüşündeyiz²⁵.

Asıl iş ifadesine ilişkin öğretide yapılan tanımlar, bir işyerinin “*teknik amaci*”²⁶ kavramı çerçevesinde yoğunlaşmaktadır. İşyerine gerçek karakterini veren bu teknik amaca yönelen²⁷ ve

²²Fakat geçici işlerin kanuni düzenleme karşısında uygulama alanının sınırlı olacağı da göz ardı edilmemelidir. Bu yönde; (Çelik, İş Hukuku Dersleri, 2007, s. 45) (Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2008, s. 96) (Kaplan, 2005, s. 231).

²³ (Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 161); (Aykaç, Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş Yardımcı İş Ayrımı, 2015, s. 108) Ek olarak; süreklilik arz etmeyen, zaman zaman ortaya çıkan hurda malzemelerinin kesim, söküm ve ayıklama işlerinin alt işverene verilmesinde, çalışmada bir süreklilik bulunmadığı gerekçeleriyle aksi yönde eski bir karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1994/6818 E., 1994/6489 K. sayılı karar.

²⁴ (Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 162) (Süzek, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 2010) (Aykaç, Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş Yardımcı İş Ayrımı, 2015, s. 95). Aksi görüşte bkz. (Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 2014, s. 55) (Şen, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, 2006, s. 81)

²⁵Kılıçoğlu, M., (2005). Yargıtay Kararları Işığında Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi. İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri. İş Müfettişleri Derneği Panel Notları, (8), 84. (Çankaya, Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, 2002 (6/4), s. 27)

²⁶ (Ekonomi M. , 2008, s. 37)

²⁷ (Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2013, s. 35)

bunun da ötesinde bu “amacın doğrudan²⁸ ve zorunlu²⁹ bir parçasını oluşturan mal ve hizmet üretim faaliyetleri” asıl işi, Yönetmeliğin deyişiyle “mal veya hizmet üretiminin esasını” oluşturacaktır. Yüksek Mahkemeye göre; PTT'nin posta dağıtım hizmeti de asıl iş kapsamındadır³⁰. Yine öğrenci yurdu işyerinde çamaşır hizmetleri³¹, belediyelerce çöp toplama ve temizlik işleri³², hastane işyerinde hastalara bakım ve temizlik işleri³³, tekstil işyerinde iplik üretim bölümü³⁴ Yüksek Mahkeme içtihatlarında asıl iş olarak tanımlanmıştır.

İşin devrinin ancak “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” söz konusu olabileceği belirtilmiş ise de ilgili hükmün ne şekilde anlaşılacağı konusunda kanun koyucu sessizdir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere bu ölçütün içeriğinin mahkeme kararları ışığında ve her somut olaya göre belirlenmesi uygun bulunmuştur. Nitekim “işletme ve işin gerekleri” ve “teknolojik uzmanlık gerektirme” kriterlerinin göreceli niteliği doğrultusunda burada kanun koyucunun somut adaleti öne çıkardığı sonucuna varmak gerekir. Lakin ilgili koşulun bir bütün olarak yahut ayrı ayrı değerlendirmeye konu olması gerektiği güncelliğini koruyan bir tartışma olmaya devam etmektedir.

Bu doğrultuda “ekonomik görüş”; hükümde yer alan “işletmenin ve işin gereği” ifadesi ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” ifadesinin arasındaki “ile” bağlacının “veya” olarak algılanması gerektiğini ve Kanun'un üzerine kurulu olduğu esneklik anlayışı gereği, bu ifadelerin iki ayrı ölçütü belirttiğini öne sürmektedir. Maliyetlerin düşürülmesi, kalite veya rekabet gibi ekonomik nedenleri öne çıkaran bu görüş sahiplerince muvazaalı davranış bulunmadıkça, uzmanlık gerektiren bir iş olmasa da asıl işin, işin ve işletmenin gereği ile bölünerek verilmesi mümkündür.

Bu görüş özellikle işin gereği ve uzmanlık ölçütlerinin aynı somut olayda karşımıza çıkmasının çok nadir mümkün olacağı ya da mümkün olmayacağını belirtmesi nedeniyle dikkate değerdir. Nitekim Kanun'un tepki niteliğinde belli sınırlamalara gittiği doğru olsa bile, Kanun'un hazırlanış sürecinde çalışma şartlarında gerçekleşen gelişmelerin de etkisi olduğu açıktır. Bu anlamda Kanun'un amacının alt işverenlik ilişkisinin söz konusu olabileceği alanları bu derece dar tutmak olup olmadığı, kapsamda olan alt işverenlerin işçilerine getirdiği müteselsil sorumluluk koruması karşısında iyi değerlendirilmelidir³⁵.

Uzmanlık görüşünü sahiplenen yazarlar ise; alt işverenlik bakımından istismaların önlenmesi ve kurumun tipik çalışma biçimleri karşısında istisnai niteliğine ağırlık vermektedir. Bu minvalde, doğal olan istisnai bir çalışma şeklinin kanunla sınırlamasıdır, dolayısıyla hükümdeki ölçütler kümülatif kabul edilerek bir bütün halinde ele alınmalı, düzenlemenin gerekçesi ve lafzı ile uyum sağlanmalıdır³⁶. Yönetmeliğin lafzı da ölçütlerin bölünmezliği yönünde olup, bu düzenlemenin kanundaki unsurları aşan nitelikte ve hukuka aykırı olduğu da ifade edilmektedir.

(Mollamahmutoğlu, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, 2004, s. 3). Asıl işin, “işyerinin teknik amacının gerçekleşmesi ile, yani amaçlanan mal veya hizmet üretimi ile doğrudan ilgili olan, o teknik amacın gerçekleşmesine yönelik prosese doğrudan dâhil olan olmazsa olmaz faaliyetleri” ifade ettiği yönünde bkz. (Mollamahmutoğlu, Astarlı, & Baysal, İş Hukuku, 2014, s. 216)

²⁹ (Eyrenci, Taşkent, & Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2016, s. 35)

³⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.05.2007 tarih ve 2007/3132 E., 2007/14914 K. sayılı karar.

³¹ “Verilen bu işler davalı işverenin tüzel kişiliği olan ve hizmet işini ihale ile veren Üniversite'nin Tıp Merkezinde davacıyı çalıştırdığı ve işlerin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olduğu da ileri sürülmemiştir.” değerlendirmesi için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 07.05.2007 tarih ve 2007/1469 E., 2007/14248 K. sayılı karar.

³² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30.05.2005 tarih ve 2005/14383 E., 2005/19766 K. sayılı karar.

³³ “Somut olayda, davalı işverenin tüzel kişiliği olan ve hizmet işini ihale ile veren Üniversite'nin Tıp Merkezinde davacıyı çalıştırdığı ve davacının Üniversitenin işçileri ile birlikte acil serviste hemşirelik görevi ile çalıştığı anlaşılmaktadır. Tıp Merkezindeki hemşirelik hizmeti, dava dışı Üniversitenin asıl işidir. Yukarıdaki hükümler dikkate alındığında, kural olarak asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi mümkün değildir.” değerlendirmesi için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 21.05.2007 tarih ve 2007/6421 E., 2007/15598 K. sayılı karar.

³⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 06.03.2006 tarih ve 2006/2582 E., 2006/5499 K. sayılı karar.

³⁵ (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011).

³⁶ Sadece uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene bırakılabileceği, bunun dışında uygulamaya gidilmiş olmasının muvazaa yönünden karine oluşturacağı yönünde; (Şafak, 2004).

Yargıtay'ın Kanun'un uygulaması bakımından görüşü ise, her iki ölçütün bir arada değerlendirilmesi gerektiği yönünde olup, uzmanlık kriterinin öne çıktığı görülmektedir³⁷. Yargıtay bir kararda temizlik işinin belediyenin asli işi olduğunu bu nedenle temizlik işinin alt işverene verilebilmesi için işletme ve işin gereği ile uzmanlık gerektirme şartının aynı anda aranması gerektiğine karar vermiştir³⁸.

Belirtilmelidir ki, hangi görüş kabul edilirse edilsin, bu nedenler bulunmadığı halde işin devredilmesinin yaptırımı açıkça belirtilmemiş olsa da, maddenin bütünü ve daha önceki açıklamalarımız dikkate alındığında, alt işveren ile asıl işveren arasında Kanun'un 2'nci maddesi anlamında bir ilişkinin kurulmadığı kabul edilmeli³⁹ ve somut olaya göre sonuç çıkarılmalıdır.

Bu konuda son olarak; asıl işveren tarafından asıl işin sadece bir bölümü alt işverene devredilmiş olmalıdır. Kanun koyucu açıkça asıl işin bir bölümünden bahsetmektedir. O halde, Kanun'da açıkça belirtilen nedenlerle bile olsa asıl işin tamamının alt işverene verilmesinin mümkün olmadığına şüphe yoktur. Aksi halde bir işyeri devrinin varlığından söz edilebilir⁴⁰. Asıl işin bir bölümü ise bu işin içinde yer alan ve tek başına bile yapılabilir nitelik taşıyan bir prosedür alanı olarak ifade edilmektedir⁴¹.

Dolayısıyla asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için, işyerinde mevcut üretim sürecinin bozulmasına sebebiyet vermeden, işin az çok bağımsız yürütülebilir bölümlere ayrılabilmesi mümkün olmalıdır. Bölünemeyen bir iş söz konusuysa, işin alt işverene verilmesiyle üretim süreci anlamını yitirecektir. Bu halde, yani niteliği gereği tek süreç oluşturan bir mal veya hizmet üretiminin söz konusu olduğu bir işyerinde ise, alt işveren ilişkisinin kurulduğundan bahsedilemez⁴². Bu hususa 2'nci maddenin 7'nci fıkrasının son cümlesinde de açıkça değinilmiştir.

(ii) Yardımcı işin varlığı

Asıl işin bir bölümüne ek olarak bir işyerinde mal ve hizmet üretimine yardımcı işlerin de alt işverene verilebileceği Kanunda açıklığa kavuşturulmuştur. Önceki dönemde bu ayrımın kanun metninde bulunmaması; doktrin ve yargı kararlarında işverenin teşebbüs özgürlüğü ile işçi haklarının korunması gereğini hakkaniyet prensibi doğrultusunda dengeleme çabalarına rağmen, birçok istismara sebebiyet vermekteydi. Yönetmelik yardımcı işi; "işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş" olarak tanımlamaktadır [*Madde 3, fıkra 1, (ğ)*].

³⁷ (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 27), Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 31.01.2005 tarih ve 2004/31850 E., 2005/2487 K. sayılı karar. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2007/39314 Esas, 2008/14822 Karar, 09.06.2008 tarihli Karar. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 28.12.2009 tarih ve 2009/47847 E., 2009/37770 K. sayılı karar. "...işçilerin yaptıkları işlerin ve çalışılan işyerinin Yasanın aradığı anlamda teknoloji gerektirmemektedir. Dolayısıyla burada asıl işveren- alt işveren ilişkisini düzenleyen 4857 sayılı Kanun'un ... gerektirdiği unsurlar gerçekleşmemiştir"; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.09.2006 tarih ve 2006/24492 E., 2006/22445 K. sayılı karar, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, (2007/1), (12), s. 270-271. Benzer yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi., 14.05.2007 tarih ve 2007/3132 E., 2007/14914 K. sayılı karar, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, (2007/49), (15), s. 240-243). Bu düzenlemede baskın öge, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerdir. Başka bir anlatımla, işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki koşullar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacaktır ...); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 05.05.2008 tarih ve 2008/15362 E., 2008/11408 K. sayılı karar.

³⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin belediyelerin verdiği işler bakımından 2005 yılına ait bu yönde bir işe iade kararı için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.07.2005 tarih ve 18822 E., 24469 K. sayılı karar.

³⁹ (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 25).

⁴⁰ (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 24).

⁴¹ (Ekonomi M. , İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, 2000, s. 340-341) (Şafak, 2004, s. 116) (Akyigit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2008).

⁴² "Buna karşın asıl iş bir bütünden değil de birbirini izleyen veya tamamlayan süreçlerden oluşuyorsa ve işletmenin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık koşulu da gerçekleşmişse, kurulan ilişki hukuka uygun olacaktır." bkz. (Şahlanan, 2003, s. 71). (Akyigit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2008, s. 93). (Aykaç, İş Hukukunda Alt İşveren, 2011, s. 405). (Süzek, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 2010) Aksi duruma ilişkin Yüksek Mahkeme kararı için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.05.2007 tarih ve 2007/ 3132 E., 2007/14914 K. sayılı karar.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, kanun koyucu yardımcı işi yalnızca “*asıl işe ilişkin olma*” koşuluyla sınırlandırmıştır. Asıl işin ancak bir bölümü alt işverene verilebilirken, yardımcı işler bakımından böyle bir ayrıma gidilmemiştir. Yardımcı işin tespiti konusunda somut kriterler verilmesi güç olup, somut olay bazında işyerinin özellikleri ve çalışma biçimi çerçevesinde bir değerlendirmeye gidilmesi gerekmektedir. Nitekim bir işyeri bakımından asıl iş niteliğinde olan bir hususun bir diğer işyerinde yapılan üretim ile ancak dolaylı bir ilişkiye sahip olup, yardımcı iş niteliğinde olması da mümkündür.

Bir görüşe göre; üretim sürecinin içinde doğrudan bulunmayan, asıl işten farklılık gösterse de asıl işi etkileyerek onunla dolaylı bir ilişkiyi koruyan, işin devamı bakımından önem arz eden ve ona katkıda bulunan nitelikte işler yardımcı işlerdir⁴³. Örneğin üretim yapan bir işyerinde yemek, temizlik, güvenlik gibi işler bu kapsamdadır. Bu halde örneğin üretimin devamı bakımından zorunlu ve üretim boyunca sürekli yapılması gereken paketleme veya bakım ve onarım işleri ise asıl işin bir bölümü olarak görülmelidir. Özellikle güvenlik işlerinin veya güvenlik unsurunun baskın çıktığı işlerde Yargıtay’ın da işin konusunun teknoloji ve uzmanlık gerektirdiği; işin süreklilik arz ettiği, asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde olduğu gibi farklı gerekçelerle yardımcı iş niteliği yönünde karar kıldığı kararları bulunmaktadır⁴⁴. Örneğin bankacılık işine göre nakit taşıma işi yardımcı iş sayılabilirken⁴⁵ bir diğer kararda ise nakit taşıma hizmetinin bankanın asıl işinin bir parçasını oluşturduğu, fakat kurye ve kargo işlerinin yardımcı iş niteliğinde olduğu kabul edilmiştir⁴⁶.

Aksi yöndeki yabancı iş görüşüne⁴⁷ göre ise; bir işyerinin teknik amacının hayata geçirilmesi ile doğrudan ilgili faaliyetler asıl işi, bunun dışında kalan ikincil mahiyette işler de mal ve hizmet üretimi ile maddi bir ilişkiyi korudukları sürece yardımcı işleri ifade eder. Fakat asıl faaliyet ile hiçbir ilgisi olmayan faaliyetler yardımcı iş olarak da kabul edilemeyecektir. Bu görüşte yükleme, boşaltma, temizlik, yemek, odacılık, güvenlik, çay hizmetleri, teknik bakım gibi hizmetler dışlanmaktadır, lakin Kanun’un 2’nci maddesinin 6’nci ve 7’nci fıkralarına ilişkin değişiklik gerekçesinde bu işler yardımcı iş sayılmaktadır⁴⁸. Bu nedenle, gerekçeyle ters düşen bu görüşün kabulü halinde, bu işlerde çalışan işçilerin anahtar teslimi ile iş devri gerçekleşmiş gibi muamele görerek, müteselsil sorumluluktan yararlanamayacağına dikkat çekilmektedir⁴⁹.

Bu hususta Yargıtay, alt işverene verilen işin “*üretimin zorunlu aşaması olup olmadığına*” veya asıl işten bağımsız olup olmadığı, işin “*ağırlıklı olarak neden ibaret olduğu*” ölçütlerine göre bir değerlendirme yapmakta ve üretimin zorunlu bir unsuru olarak kabul edilebilmesi halinde işi asıl iş olarak değerlendirmekte, aksi halde işin yardımcı iş sayılabileceğini ifade etmektedir. Bu noktada örneğin Yargıtay bir kararında, olay konusu ürünün paketlenmeden ya da torbalanmadan da müşteriye ulaştırılma imkânı olması sebebiyle, ürünün paketlenmesi ve torbalanmasının üretimin zorunlu unsuru olmadığı ve bu sebeple yardımcı iş olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁵⁰. Ürünlerin pazarlanması ve dağıtımını ise genel olarak asıl işin bir parçası

⁴³ (Özdemir, 2006).

⁴⁴ Yargıtay’ın güvenlik işinin yardımcı iş sayılması gerektiği hususundaki kararları için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 12.12.2005 tarih ve 2005/35567 E., 2005/39236 K. sayılı karar. Alınan eser: (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 48) Daha fazlası için; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 06.07.2009 tarih ve 2009/17950 E., 2009/19553 K. sayılı karar. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 03.05.2010 tarih ve 2009/20255 E., 2010/11968 K. sayılı karar. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 16.01.2012 tarih ve 2011/3496 E., 2012/48 K. sayılı karar (kaynak: www.kazancı.com)

⁴⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.03.2007 tarih ve 2007/76 E., 2007/8194 K. sayılı karar.

⁴⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2009/14841 E., 2010/3497 K. sayılı karar. Ayrıca kurye ve kargo işlerinin yardımcı iş olduğu yönünde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 12.02.2007 tarih ve 2006/32387 E, 2007/3098 K. sayılı karar. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 26.06.2006 tarih ve 2006/16835 E., 2006/18809 K. sayılı karar.

⁴⁷ (Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2004, s. 138) Bu görüş çerçevesinde yardımcı işler bakımından da işin gereği ve teknolojik uzmanlık aranması gerektiği savunulur. Ayrıca bkz. (Şen, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, 2006, s. 80-81)

⁴⁸ ...Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır... (Güzel A. , 2004, s. 45).

⁴⁹ (Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 139).

⁵⁰ Söz konusu karara göre, “paketleme veya torbalama işinden önceki aşamaların doğru- dan üretimle ilgili olması nedeniyle asli iş kabul edilmesi, bu aşamalardan sonraki işlerin tahmil ve tahliye işleri ile bağlantılı olması nedeniyle yardımcı iş olduklarının kabulü gerektiği”

olarak görülmektedir⁵¹. Yargıtay kararlarına göre güvenlik ve itfaiye işleri⁵², otomasyon veri hazırlama ve kontrol işleri, kreş ve bakımevi hizmetleri, şubeler arası evrak toplama ve dağıtım işleri, temizlik işleri, forklift hizmetleri, otel işyerinde garaj ve oto yıkama işleri, torbalama tahmil ve tahliye işleri yardımcı iş olarak değerlendirilebilmektedir⁵³.

Kanaatimizce, yardımcı işin tespiti, her somut olayda, asıl işin ve işyerinin özellikleri çerçevesinde “tespiti gereken işin” mal veya hizmet üretimine doğrudan (asıl işin bir bölümü niteliğinde) veya dolaylı (yardımcı iş niteliğinde) bir katkıda bulunup bulunmadığı veyahut yabancı bir iş niteliğinde olup olmadığı araştırılarak mümkün olacaktır⁵⁴. Bu tespit sırasında, işyerinde bütünlük ilkesi ve asıl işveren alt işverenin işçileri üzerinde sahip olduğu hukuki hâkimiyetin niteliği de müteselsil sorumluluğa vücut verecek bir ilişkinin varlığına emare olabilecektir⁵⁵.

d) Alt işveren, ilgili iş için aldığı işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte ve o işyerine özgülenmiş biçimde çalıştırmalıdır.

Son koşul olarak, alt işverenin bu iş için görevlendirdiği bir grup işçisini devamlı olarak asıl işverenin işine tahsis etmesi ve kural olarak aldığı başka işlerde çalıştırmaması⁵⁶ gerekmektedir. Nitekim temizlik müteahhidinin işçilerini davalı banka işyeri dışındaki diğer işyerleri arasında değiştirerek çalıştırması nedeniyle asıl işverenin Kanun’un 2’nci maddesine göre sorumlu tutulamayacağı yönünde karar verilmiştir⁵⁷.

Asıl işverenden alınan işte çalışma koşulunun, her işçi bakımından ayrı ayrı yorumlanması gerektiğini savunuyoruz. Bu çerçevede başka işlerde de görevlendirilen bir işçi bakımından alt işveren ilişkisi hüküm doğurmayacak fakat sırf bu nedenle şartı sağlayan diğer işçiler bakımından ilişki alt işveren ilişkisi olmaktan çıkmayacaktır. Zira tüm işçilerin müteselsil sorumluluk güvencesinden yoksun bırakılmasını gerektirecek işçiyi koruma perspektifinde oldukça güçleşmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; belli bir işçi bakımından asıl işveren tarafından alt işverene verilen işlerden birinde çalışılıyor olması, alt işverenlik ilişkisine özgü bağın korunuyor olmasıdır.

Lakin bu şart alt işverenin işçilerinin asıl işveren ait değişik işyerlerinde çalıştırılmasına engel olarak görülmemelidir⁵⁸. Keza, alt işverenin işçilerinin sadece asıl işverenin işyerinde çalışmasına rağmen, alt işverenin asıl işveren dışında başka işverenlerden de iş almış olması ise ilişkiyi geçersiz kılmaz. Asıl işveren işçi alacaklarından sorumluluktan ancak işçilerin münhasıran kendi işyerinde çalıştırılmaması halinde kurtulabilir⁵⁹.

Fakat bir işçinin asıl işverenin diğer işlerinde çalışması (alt işverene verilen işler dışında) alt işveren ilişkisi kapsamında mümkün değildir. Ayrıca asıl işverenin de alt işverene verilen işte denetim ve gözetim için bulundurulacak olanlar hariç, işçi çalıştırmaması gerekmektedir.

Yargıtay’ın verdiği temizlik işiyle görevli alt işveren işçisinin asıl işverence asli işlerde çalıştırılması nedeniyle işçinin asıl işverene ait işyerine iadesi yönünde 2005 tarihli karar⁶⁰ ile alt işveren işçilerinin alt işverence alınan iş dışındaki asıl üretim işinde bu işle görevli asıl işveren

yönünde karar verilmiştir. Yarg. 9. Hukuk Dairesi, 26.06.2006 tarih ve 2006/13231 E., 2006/18825 K. sayılı Karar

⁵¹ (Ekonomi M. , İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi , 2009, s. 16) (Aykaç, İş Hukukunda Alt İşveren, 2011, s. 93)

⁵² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 01.06.2005 tarih ve 2005/12985 E., 2005/20130 K. sayılı karar.

⁵³ (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 25)

⁵⁴ Benzer görüşlerde; (Güzel A. , 2006, s. 34) (Özdemir, 2006, s. 66-67) (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 21). (Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2008, s. 95)

⁵⁵ (Aydın, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, 2000, s. 122); (Aydın, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2008, s. 182); aynı görüşte; (Doğan Yenisey, 2007)

⁵⁶ (Süzek, İş Hukuku, 2018)

⁵⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.03.1991 tarih ve 11890/3190 sayılı karar.

⁵⁸ (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 31)

⁵⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 07.01.2005 tarih ve 2005/7189 E., 2005/35160 K. sayılı karar.

⁶⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 09.11.2005 tarih ve 2005/30958 E., 22005/35533 K. sayılı karar.

işçileri ile yan yana çalışmaları halinde muvazaalı bir durum oluşacağı yönünde karar⁶¹ bu durumu örneklemektedir.

Ancak, yardımcı işler bakımından farklı bir durum söz konusudur. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2019/5776 Esas, 2019/16312 Karar sayılı ve 16.09.2019 tarihli kararında belirtildiği üzere;

“Yargılamada dinlenen tanıkların beyanlarından, davacının çalıştığı hemzemin geçitte, davalı Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları'nın işçisinin çalışmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde; “yardımcı işin bölünerek alt işverene verilmesinde mevzuat açısından bir engel (olmadığı gibi), Farklı hemzemin geçitlerde aynı nitelikteki yardımcı işte çalışan davalı Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları'nın işçilerinin olması, asıl işveren-alt işveren ilişkisini kanuna aykırı ya da muvazaalı hale getirme(mektedir).”

İşin asıl işverenin işyerinde yapılması koşuluna gelindiğinde ise, bir görüş işin asıl işverenin işyerinde yapılması şartının sınırlarını dar yorumlamakta, istisnalara yer bırakmamaktadır. Bu anlamda, fason imalat için mal alınarak kendi işyeri organizasyonu içinde üretim yapan kişi ve benzeri örnekleri alt işveren kabul edilmemektedir.

Öte yandan, İş Kanunu'nun esnek çalışma biçimlerine bakışı da dikkate alındığında, işyeri, işverenin hâkimiyetinin uzandığı iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Velhasıl, işin niteliği gereği işyerinin fiziki sınırları dışında gerçekleşen iş görme faaliyetlerinin salt bu nedenle bir alt işveren ilişkisini ortadan kaldırmaması gerektiği kabul edilmelidir⁶². Müteselsil sorumluluğun hukuki dayanağı alt işveren işçilerinin asıl işverenin hukuki hâkimiyet alanına dâhil olması olarak telakki edilse de, yeni çalışma biçimleri ve gelişmeler sayesinde artık işverenin yönetim yetkisi fiziki işyeri sınırları dışına taşabilmektedir.

2. Kanun'un Öngördüğü Muvazaa Kriterleri

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek amacıyla 4857 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde yasal karine niteliğinde bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir.

Buna göre ilk olarak; **“asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz...”** Burada başlı başına bir çalışma yasağı getirildiği kanısında⁶³ değiliz. Sözleşme özgürlüğü karşısında bu ifadenin geniş yorumlanmasının doğru olmayacağı dikkate alınmalıdır. İbrahim Aydın'ın şu görüşü bu durumu çok isabetli şekilde yansıtmaktadır; “bir ülkede teşebbüs özgürlüğünün sınırı hiçbir zaman taraflardan birinin aşırı derecede korunması şeklinde olmamalıdır. Çünkü işçi ve işveren ilişkisi karşıt bir ilişkiden çok partnerler arasında bir ilişki” olup “iki kavramın da varlığı birbirine bağlıdır⁶⁴”. Bu hususta, getirilen hükmün genel hukuk kurallarına göre yorumlanarak muvazaalı bir durumun varlığı halinde yasak biçiminde uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim Kanunda mevcut “çalıştırılmaya devam ettirilmesi” ifadesi de bu görüşü yansıtmaktadır.

Hakların kısıtlanması konusunda ise doğmuş ve belli ölçüde dar yorumlanmak suretiyle doğabilecek haklarda her türlü azalma bu kapsamda değerlendirilebilir. Örnek olarak, ücret ve işçilik hakları (sosyal güvenliğe ilişkin haklar dâhil), asıl işverene ait işyerinde çalışmaya devam edilmesi halinde yılsonunda hak kazanılacak olan başarı primi, 6772 sayılı Kanun'a tabi

⁶¹ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 17.01.2006 tarih ve 2005/37074 E., 2005/348 K. sayılı karar.

⁶² (Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2004, s. 138) İşyeri bahsinde, örnek verilen elektrik santralinde kömür taşıma işi, niteliği gereği işin asıl işverenin işyerinde yapılmasını mümkün kılmamaktadır; (Esener, İş Hukuku, 1978, s. 81). (Canbolat, 1992, s. 24)

⁶³ Yasağın mutlak olarak algılanması gerektiğini belirten Güzel, bir başka yerde işçilerin haklarında bir kısıtlamaya gidilmediği takdirde asıl işveren işçilerinin alt işveren yanında çalışabileceğini belirtmektedir; (Güzel A. , 2006, s. 46)

⁶⁴ (Aydın, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2008, s. 225-226).

müesseselerde çalışanlara sağlanması lazım gelen ilave tediye hakkı⁶⁵ ve benzeri hakların kısıtlanması bu kapsamda değerlendirilebilir. Tabii ki, asıl işveren işçisinin asıl işveren yanında çalışırken elde ettiği işçilik haklarını aynı şekilde veya daha üst düzeyde alt işveren yanında da kazanması engellenmemiştir⁶⁶. Asıl işveren toplu iş sözleşmesi, işçilik haklarının kapsamını daraltmak veyahut işçi sayısına bağlı iş güvencesi, engelli işçi çalıştırma gibi yükümlülüklerden kaçınmak gibi nedenlerle işçilerini alt işverene bağlı olarak çalıştırıyorsa ilişki muvazaalı sayılmalıdır⁶⁷. Yoksa asıl işverenin hukuka uygun olarak işten çıkardığı bir işçinin alt işveren tarafından tekrar işe alınması tek başına muvazaa sonucunu doğurmaz⁶⁸. Hakların kısıtlanması bakımından işe giriş önce ve sonrasında yapılan işin niteliğinin de (ve hatta çalışma koşullarının⁶⁹) hakkaniyete göre değerlendirmeye alınması gerekir.

Kanun'un bizzat değindiği ikinci husus ise, **daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağıdır.** Bu kapsamda alt işverenin asıl işverenin o işyerinde çalışıp çalışmadığına bakılması gerektiği, asıl işverenin diğer işyerinde daha önce çalışan kişiyi alt işveren olarak işe alması halinde ise durumun delillerle desteklendiği takdirde muvazaaya emare olabileceği belirtilir⁷⁰. Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin (d) bendinin bu bağlamda, daha önce işyerinde çalıştırılan kişinin daha sonra tüzel kişi şirketin ortağı veya bir adi ortaklığın hissedarı olarak iş almasının bu sınırlama kapsamında yer almayacağını belirttiğine de dikkat çekilmelidir. Her halükarda bu hallerde de şirket verileri değerlendirilerek gerçek ve ciddi bir şirket ilişkisinin var olup olmadığı ve muvazaanın varlığı yönünden araştırma yapılması gerekir⁷¹.

3. Genel olarak muvazaalı ilişkiye dayanılması

Kanunun öngördüğü kriterler haricinde doktrinde ve uygulamada da muvazaa nitelmesiyle kanun koyucunun iradesinin ihlali niteliğindeki iş ilişkileri ve özel durumlar kategorize edilmiştir. Bu kapsamda örneğin Yönetmelik alt işverenin işe uygun yeterli donanım ile tecrübeye sahip olup olmadığı, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, sözleşmenin İş Hukuku'nun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı gibi hususların değerlendirileceği belirtilmektedir. Ancak bu hallerde ispat yükü genel kurallara tabi olarak işçiye ait olacaktır⁷².

Bu kapsamda bir davada;

“Davacı ve pek çok yüklenici işçisinin uzun yıllardır Elektrik Üretim A.Ş AEL İşletme Müdürlüğü bünyesinde çalıştığını, ihaleyi alan taşeronlar değişse bile ihale dönem sonunda çıktı girdi yapılarak çalıştırılmaya devam ettirildiklerini, çalışmalarını sırasında emir ve talimatları davalı işletme yetkililerinden aldıklarını işçilerin hangi işlerde ve nerede çalışacaklarının işletme tarafından belirlendiği, işin yürütülmesinde kullanılan tüm araç ve gereçlerin işletmeye ait olduğu, çalışma düzeninin, fazla mesai yapılıp yapılmayacağını işletme yetkililerince belirlendiğini,

⁶⁵ Yargıtay bir kararında, kamu kurumunda çalışan bir işçinin alt işverene verilen işte çalıştırılmaya başlamasını bu alacaktan mahrum kalması nedeniyle kısıtlama bağlamında değerlendirmiştir; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 02.04.2007 tarih ve 2006/35368 E., 2007/8918 K. sayılı karar; (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011)

⁶⁶ (Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2004, s. 145) (Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 146) (Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, 2004, s. 21).

⁶⁷ (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 25) (Günay, 2004, s. 28)

⁶⁸ (Soyer, 2006, s. 22). (Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2008, s. 108).

⁶⁹ (Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 146) O halde haklar “ gerek ferdi gerekse toplu iş hukuku açısından doğan haklar” olarak ele alınmalıdır; (Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2004, s. 145-146) (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 21)

⁷⁰ (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 36)

⁷¹ Alpağut, G., (2004). 4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, İntes, 62. (Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 938)., Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., Baysal, U., (2014). İş Hukuku, 6. Baskı, 234.

⁷² (Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 941).

müvekkili ile diğer işçilerin puantajlarının Elektrik Üretim A.Ş yetkililerince tutulduğunu, davalı işletme ve dava dışı şirketler arasında imzalanan hizmet sözleşmesinin muvazaalı olduğunun kabulüyle 4857 Sayılı İş Kanun'un 2.maddesine göre müvekkilinin başlangıçtan itibaren asıl işveren olan Elektrik Üretim A.Ş işçisi olduğunun tespitine karar verilmesi gerektiğine..."

hükmedilmiştir⁷³.

Yine Kanun'da açıkça belirtilmemekle birlikte Yönetmelik'te yer verilen, alt işverenin aldığı işte işçi çalıştırmadan doğrudan bir başka işverene vermesi doktrinde muvazaalı kabul edilmektedir⁷⁴. Asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde yönetim hakkını doğrudan kullanması, asıl işverenin işçilerin sayısını düşürmek için alt işverene iş vermesi (işçi sayısına bağlı yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla) gibi durumlarda muvazaaya kanaat getirilecektir. Yargıtay da iş güvencesi bakımından işçi sayısının tespiti hususundaki kararda bu gerekçeyi kabul ederek, işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerektiğine kanaat getirmiştir⁷⁵.

III. Kamuya Ait İşyerleri Özelinde Alt İşverenlik İlişkisi Bağlamında Değerlendirmeler

Kanun'un 2'nci maddesinin 6'ncı fıkrası alt işverenlik ilişkisinin temel hukuki sonucunu alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyeri ile ilgili Kanun ve hizmet sözleşmesi veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile "birlikte" sorumluluk olarak öngörmüştür. Bahse konu "birlikte sorumluluk" ifadesi, TBK madde 162'nin 2'nci fıkrası bağlamında kanundan doğan müteselsil sorumluluk olarak anlaşılır⁷⁶. Bu yönüyle müteselsil sorumluluk emredici olup, asıl işveren ile alt işverenin kendi aralarında sorumluluğu esnekletmeleri veya şartlara bağlamaları alacaklılara karşı bağlayıcı nitelik taşımaz⁷⁷.

Lakin alt işverenlik ilişkisinin temel sonucu olan müteselsil sorumluluk çerçevesinde asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin hukuki sorumluluğu ile sınırlıdır. Bu kapsamda, asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı kendi işyerinden alınan işten kaynaklanan sorumluluğu işin verildiği veya işçilerin işe başladığı tarihten itibaren, alt işveren işçilerinin bu işte ve sadece bu işte çalıştıkları müddetçe devam eder. Cezaların şahsiliği ilkesi gereğince müteselsil sorumluluk cezai sorumluluğu kapsamaz⁷⁸. Alt işveren işçileri iş sözleşmesinden veya Kanundan doğan haklarını TBK madde 167 çerçevesinde her iki işverenden veya birinden talep edebilir. Bu kapsamda ferdi işçilik haklarından kaynaklanan işçilik hakları, toplu iş hukukundan doğan sendikal haklar ve sosyal güvenlik haklarından sorumluluk söz konusu olup⁷⁹, daha somut olarak; ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı, boşta geçen süre alacağı, iş güvencesi tazminatı, iş kazasından doğan tazminat alacağı⁸⁰, iş sözleşmesinde düzenlenen cezai

⁷³ 22. Hukuk Dairesi, 04.07.2019 tarih ve 2019/5320 E., 2019/15251 K. sayılı karar.

⁷⁴ Bu kapsamda işi alan işveren işçi çalıştırmadığı için alt işveren olmadığı gibi, iş bakımından da gerek işi alan gerekse işin sahibi asıl işveren sıfatını taşımamaktadır. Doktrinde müteselsil sorumluluktan kaçmak için başvuru olan bu durum muvazaa olarak değerlendirilmeye, böylece işçilerin haklarından kanun gereği ilk işverenin asıl işverenin sayılıp müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmektedir. (Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2008, s. 99).

⁷⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 07.11.2006 tarih ve 2007/9733E., 2007/22207 K. sayılı karar, aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 23.1.2007 tarih ve 2006/29129 E., 2007/442 K. sayılı karar.

⁷⁶ (Süzek, İş Hukuku, 2018, s. 142) (Güzel A., 2006, s. 45) (Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2004, s. 140).

⁷⁷ (Akıntürk, 1971, s. 163).

⁷⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1998/5238 Esas, 1998/ 5445 Karar, 14.09.1998 tarihli Karar, İşveren Dergisi, (Mart 1999). Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2002/ 5424 Esas, 2002/ 6573 Karar, 23.09.2002 tarihli Karar, Çimento İşveren Dergisi, C: 17, (1) (Ocak -2003) , 61-62.

⁷⁹ (Aydınlı, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2008, s. 195) Alt işverenlik ilişkisinde işverenler arasında bulunan müteselsil sorumluluğun sosyal güvenlik ile ilişkili -sigorta kollarından doğan yardım, bildirim, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri alma gibi yükümlülüklerin Sosyal Güvenlik Kurumu, sigortalı ve hak sahiplerine karşı da geçerli olduğu 5510 sayılı ve 31 Mayıs 2006 tarihli Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 12. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre; "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirildiği sigortalıların çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanun'un işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur."

⁸⁰ İş kazası aynı amansa hizmet sözleşmesinin doğurduğu işçiyi koruma borcunun ihlali anlamına geldiği için bu alacak doğrudan sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Olayda asıl işveren kusurlu olmasa bile Kanun'un 2. maddesinin 6. fıkrası gereği alt işveren ile beraber müteselsilen sorumludur; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.11.1993 tarih ve 1993/5757 E., 1993/15708 K. sayılı karar, Tekstil

şart ve tazminatlar ve benzeri işçilik hakları bu birlikte sorumluluğun kapsamına örnek gösterilebilir⁸¹.

Fakat kamu asıl işverenlerinin yükümlülükleri bakımından ayrıcalıklı bir durum söz konusudur. Kamu işyerlerine ilişkin olarak Kanun'un 2'nci maddesine 1 Temmuz 2006 tarih ve 5538 sayılı Kanun'un 18/a maddesi ile ilave edilen 8'inci ve 9'uncu Fıkralar ile iki konuda farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme; kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıkların hizmet alımlarına ilişkin olup, eklenen fıkralar doğrultusunda, ilk olarak bu kurum ve kuruluşların, özel kesim işverenlerine uygulanan maddedeki sınırlamalara tabi olmaksızın alt işverenlere iş verebilmesini öngörülmektedir.

Pek çok yönden eleştirilebilecek bu hükmün, kamu işverenlerine ayrıcalık tanıyan nitelikte olması sebebiyle, eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiş, Anayasa Mahkemesi bünyesinde iptal davasına konu olan düzenlemenin incelenmesi yetki yönünden reddedilmiştir⁸². Yargıtay kararlarında konu esaslı olarak değerlendirilmiş ve varılan sonuç öğretide de çoğunlukla isabetli bulunmaktadır⁸³. Yargıtay'ın bu konudaki içtihadı temel olarak şu şekildedir;

"5538 Sayılı Kanun ile İş Kanunu'nun 2'nci maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair ayrık durumlar düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaalı işçileri de değişmemiştir. Yasal olarak verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin yedinci fıkrasında açık biçimde ifade edilmiştir. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamaz. Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, Anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin kararları da bu doğrultudadır.⁸⁴"

Getirilen düzenlemede yer alan ikinci husus ise, alt işveren işçilerinin çalışmaları nedeniyle sayılan kurum ve kuruluşlardan bazı hak ve menfaatleri (kadro veya pozisyonlara atanma, kadro ve pozisyonlarda çalışanların sahip olduğu toplu iş sözleşmesi, personel mevzuatı kaynaklı haklar, diğer mali haklar ve sosyal yardımlar) talep edemeyeceğinin öngörülmesidir. Bu kapsamda örnek olarak, birçok yargı kararına konu olan 6772 sayılı Kanun kapsamında kamu kurumunda çalışan işçilerin hak kazandığı ilave tediye hakkı bakımından, alt işveren işçileri bir talep hakkına sahip değildir⁸⁵.

Kamu işyerlerine ilişkin bir diğer düzenleme ise 21 Şubat 2019 tarihli ve 7166 sayılı Kanun ile Kanun'un 112'nci maddesine eklenen 6'ncı fıkra ve Geçici 9'uncu maddenin 1'inci cümlesi olup, bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından 19 Eylül 2019 tarihli karar ile iptal

İşveren Dergisi, (1994, Mart-Nisan), Kararlar Eki. İş kazasının asıl işverene özgü bir borç olan koordinasyon borcundan kaynaklanması halinde ise farklı bir durum söz konusu olabilecektir.

⁸¹ (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 51)

⁸² Anayasa Mahkemesi, 14.01.2010 tarih ve 2007/67 E., 2010/1 K. sayılı karar.

⁸³ (Akyiğit, Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, 2010, s. 156) (Başterzi, 2011, s. 38) (Heper, 2014, s. 77).

⁸⁴ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi,24.10.2008 tarih ve 2008/ 33977 E., 2008/28424 K. sayılı karar. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.06.2019 tarih ve 2016/3428 E., 2019/12905 K. sayılı karar. Yargıtay'ın kamu kurumlarına belli bir serbesti alanı getirildiği kabul edilse de muvazaalı denetimini engellemeyeceği yönünde; "davalı üniversitenin bu kapsamda, hizmet alım suretiyle sağlık personeli çalıştırması mümkündür. Bu halde, asıl işin tamamı ya da bir kısmı, 4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın alt işverene verilebilir. Bu durumda sadece 4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin 7. fıkrası ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi çerçevesinde muvazaalı denetimi yapılabilir.;" Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 09.09.2019 tarih ve 2019/5387 E., 2019/15579 K. sayılı karar.

⁸⁵ Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, 29.11.2005 tarih ve 2005/21858 E., 2005/ 37518 K. sayılı karar; (Çankaya & Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2011, s. 29). Eserde alt işverenin işyerinin asıl işverenden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği de bu sonuca gerekçe olarak gösterilmektedir. Aynı tartışmaya yer veren; (Aydın, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaalı Sorunu, 2008, s. 196).

edilmiştir. Müteselsil sorumluluğa tabi olarak işçiye karşı bu yükümlülüğü ifa eden asıl işverenlerin genel hüküm uyarınca alt işverene rücu hakkı mevcuttur⁸⁶. Fakat iptale konu düzenlemeler ile kamu işyerlerinde kıdem tazminatı yönünden buna bir istisna getirilmiş bulunmaktaydı.

Konuda bir değerlendirmede bulunabilmek için bugüne kadar gelinen sürecin dikkate alınması elzemdir. Aslında bütün bu sorunlar, kamu işyerlerinin gösterdiği özellik nedeniyle alt işverenlik ilişkisinin, tanım ve unsurları bakımından bu işyerlerinde farklılaştırmış bir görünüme sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Kamu mevzuatında “personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı” olarak ifade edebileceğimiz bu ilişkide, amaçlananın ve uygulamada ortaya çıkan durum aslında tam anlamıyla alt işverenlik ilişkisi olmamaktadır. Süreçte karşımıza çıkan yasal düzenlemeler bünyesinde de, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet alımına ilişkin Kamu İhale Kanunu (“KİK”) Madde 62’nin (e) bendi düzenlemesine başvurmakta esasen geçici işçi teminini amaçladığı düşüncesi mevcuttur ki kamu kurum ve kuruluşları bakımından geçici iş ilişkisi kurulması mümkün değildir. Yüksek Mahkeme kararları da bu yönde olup, bu durumda işçilerin baştan itibaren bu kuruluşların işçisi olduğu yönünde hüküm verilmekteydi⁸⁷. Bu nedenlerle, 10 Eylül 2014 tarih ve 6552 sayılı kanun ile Kamu İhale Kanunu’nun 62’nci maddesinin 1’inci fıkrasının (e) bendinde yapılan değişiklik ile “*idarede yeterli nitelik ve sayıda personelin bulunmaması ve bunun için kadro istihdam edilememesi nedeniyle, yardımcı işler ile işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde*” hizmet alımı ihalesine çıkılabileceği belirtilmiştir. Lakin bu hüküm tekrar değişikliğe konu olmuş olup, metnin son halinde⁸⁸ personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı imkânının kapsamı oldukça daraltılmıştır⁸⁹.

Ayrıca bu kuruluşlarda 4 Aralık 2017 itibariyle alt işveren işçisi olarak çalışan işçilerin istihdamına ilişkin konular 24 Aralık 2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de düzenlenmiştir. Buna göre bu kuruluşlarda⁹⁰ personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri ile alt işveren işçisi olarak çalışanlar sürekli işçi kadrosuna geçirilecektir. Dolayısıyla kamu işyerlerinde alt işveren ilişkisinin kapsamının bir politika tercihi olarak yeniden şekillendirildiği görülmektedir. Bu kapsamda uygulamada bu hizmetleri gören alt işverenlerin değişmesinin söz konusu olmasına rağmen, aynı idarede çalışmaya devam eden işçilerin kıdem tazminatı hakkından mahrum kalması nedeniyle Kanun’un 112’nci maddesinde 11 Eylül 2014 tarihli değişiklik yapan 6552 sayılı Kanun ile kıdem tazminatı yükümlüsü olarak asıl işveren sıfatıyla kamu idaresi belirlenmiştir, bu kapsamda KİK kapsamında alt işverene bırakılan işlerde çalışan işçilerin, kıdem tazminatına esas hizmet sürelerinin birleştirileceği ve son kamu kurum ve kuruluşu tarafından kıdem tazminatının ödeneceği yönünde düzenleme yapılmıştır⁹¹.

Son olarak; bu politika tercihini tamamlar biçimde rücu ilişkisine ilişkin olarak, kıdem tazminatı bakımından, 21.02.2019 tarihli ve 7166 sayılı Kanun ile Kanun’un 112’nci maddesine eklenen 6’ncı fıkranın ve Geçici 9’uncu maddenin birinci cümlesinde, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11 Eylül 2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilemeyeceği, mevcut davalara ise devam edilmeyeceği düzenlenmekteydi. Ek olarak; Geçici 9’uncu Madde ile hükmün yürürlük tarihinde görülen davalara da uygulanacağı belirtilerek düzenleme geriye yürütülmekteydi. Bu durum bakımından karşı oy yazılarında kamu

⁸⁶ Burada TBK gereği halefiyet ilkesi de uygulama alanı bulacaktır. (Eren, 2001, s. 1999-2000) (Kılıçoğlu, 2005, s. 554).

⁸⁷ (Süzek, İş Hukuku, 2018)

⁸⁸ Kamu İhale Kanunu’nun 01 Şubat 2018 tarih ve 7079 sayılı Kanun ile değişik 62. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi

⁸⁹ Örnek olarak, 62. madde, f. 1, (e) bendi, (2) numaralı alt bentte belirtilen kriterleri sağlamayan hizmet alımları ve danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla sınırlamaya tabi olmamaktadır.

⁹⁰ Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, özel bütçe kapsamındaki idareler, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, Sosyal Güvenlik Kurumları, kapsama dâhil edilen diğer özel bütçeli kuruluşlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler ile bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu Mahalli İdare Birlikleri ve benzeri.

⁹¹ Bu çerçevede Kamu İhale Genel Tebliğinde yapılan değişiklikle daha önce sözleşme giderleri ve genel giderler kapsamında bulunan kıdem tazminatı maliyeti de bu kapsamdan çıkartılmıştır.

yararı doğrultusunda var olan bir düzenlemeye açıklama vaz eden bir hükmü geriye yürütmenin kamunu takdirinde olduğu değerlendirilmesi yapılmıştır⁹². Gerçekten de uygulamada farklı yönde birçok karar söz konusuydu. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2017/23144 Esas, 2017/5551 Karar ve 20.03.2017 tarihli kararında aşağıdaki yorumlarda bulunmuştur:

“Asıl-Alt İşverenlikte işverenler arasındaki müteselsil sorumluluk kapsamında işçi lehine olacak şekilde işçiye tanınan seçim hakkının 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 112’ye eklenen fıkraları ve Belediye Kanunu Madde 67 ile bertaraf edilemeyeceği yönünde kararlar bulunmaktadır. Ancak açıkça işçi lehine olan düzenlemenin daha sonra işçi menfaatlerine aykırı düşecek düzenlemelerle ortadan kaldırılması İş Kanunu kapsamında benimsenen İşçi Lehine Yorum İlkesine aykırı düşmektedir. Bu sebeple Yüklenici Firma-İhale Makamı arasında müteselsil sorumluluk olduğunun kabulünde bir sakınca bulunmamaktadır”.

Neticede, AYM kararını eşitlik ilkesi üzerinden gerekçelendirerek, kamu idarelerinde çalışan işçilerin kâr amacı güden şirketlere bağlı olarak çalıştırıldıkları ve işçilerin istihdamında asıl yararı alt işverenin elde ettiğini dikkate almış, kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü bakımından gerek zamansal olarak gerekse nitelik bakımından özel işverenler ve kamu idaresi konumundaki işverenler arasında yapılan ayırımın hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, karşı oy yazılarının aksine, AYM oyçokluğuyla, kamu ve özel kesimde yer alan alt işverenlerin konularının karşılaştırılabilir olduğu ve farklı uygulamanın makul ve nesnel temele dayanmadığı tespitini yapmıştır.

Kamu işverenleriyle kurulan ilişkilerde kamusal yönün ağır bastığı bir gerçektir. Bugüne kadarki süreçte getirilen düzenlemelerin belli bir politik duruşu yansıttığı da görülmektedir. Bu noktada söz konusu kararda, başvuru konusunun yerindelik veya hukukilik ölçütlerinden hangisini dikkate aldığı ile ilgilenmek gerekir. Çoğu zaman bu iki bakış açısı da hukuk devleti ve uzantısı hukuki güvenlik ilkesini gündeme getirecektir. Bu noktada AYM’nin yürütme tarafından bir politika çerçevesinde gündeme getirilen düzenlemelerin de anayasal denetimini yapabileceği açıktır ve bu yerindelik denetimi anlamına gelmez. Alt işverenlik ilişkisinde yıllar süren ve devam etmekte olan şaibeli uygulamalar söz konusu olmuştur. Bu uygulamalar politik tercihlerin çizdiği yolda, ancak hukuki sınırların kesinliğiyle kontrol altına alınabilir. Hukuk, bu manada çoğu zaman ilişkili olduğu ekonomik ilişkiler bütününden farklı olarak, serbestliğe ancak belli sınırlar içinde izin verebilir. Zira bu mecrada “görünmez el” bizzat devletin kendisi olmak zorundadır

* * * * *

Hazırlayan
Dilara Demir
Stajyer Avukat
dd@guner.av.tr

Editör
Burçak Kurt Biçer
Ortak
bkb@guner.av.tr

⁹² Hicabi Dursun’un karşı oy yazısı.

IV. Kaynaklar

- Akıntürk, T. (1971). *Müteselsil Sorumluluk*.
- Akyiğit, E. (2003). *Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku*.
- Akyiğit, E. (2008). *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi* (3 b., Cilt I). Ankara.
- Akyiğit, E. (2010, 03). Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları. *Sicil*(17).
- Akyiğit, E. (2013). *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik* (2 b.). Ankara.
- Akyiğit, E. (Şubat 2009, Kasım2010). Alt İşverenlik ve Benzeri İlişkilerden Farkı. *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 22(4,5).
- Arıcı, K. (2006). *Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkinin Sınırlandırılması Sorunu Toket Dereli'ye Armağan*. İÜİFM.
- Aydınlı, İ. (2000). *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları*. Ankara.
- Aydınlı, İ. (2008). *Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu* (Cilt 1). Ankara: Seçkin.
- Aykaç, H. B. (2011). *İş Hukukunda Alt İşveren*. İstanbul: Beta.
- Aykaç, H. B. (2015). Alt İşveren İlişkinde Asıl İş Yardımcı İş Ayrımı. *Çalışma ve Toplum*(3).
- Başterzi, S. (2011). *İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009*. Ankara.
- Canbolat, T. (1992). *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri*.
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı. (2012, 09 19). *Yazılı Soru Önergeleri*. 11 26, 2019 tarihinde TBMM Resmi İnternet Sitesi: <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-9123c.pdf> adresinden alındı
- Çankaya, O. G. (2002 (6/4)). Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar. *Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan*.
- Çankaya, O. G., & Çil, Ş. (2011). *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*. Ankara: Yetkin.
- Çelik, N. (2007). *İş Hukuku Dersleri* (20 b.).
- Çelik, N. (2008). *İş Hukuku Dersleri* (Cilt 21).
- Demir, F. (2003). *İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri*. Ankara: Teş-İş Eğitim Yayınları.
- Demir, F. (2014). *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*. İzmir.
- Doğan Yenisey, K. (2007). *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*. İstanbul: Legal.
- Ekonomi, M. (2000). *İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi*. Kamu-İş Derneği.
- Ekonomi, M. (2008). *Asıl İşveren, Alt İşveren İlişkinde Doğan Sorumluluklar*. İÜHFK. İstanbul: Legal.
- Ekonomi, M. (2009). *İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi*. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi). İstanbul: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi).
- Elbir, H. K. (1991). *Asıl İşveren-Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler* (Cilt 1). İHD.
- Eren, F. (2001). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7 b.).
- Esener, T. (1956). *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*.
- Esener, T. (1978). *İş Hukuku*.
- Eyrenci, Ö. (1996). *Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*. Mess.
- Eyrenci, Ö. (2004, 01-03). 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme. *İHSGHD*.
- Eyrenci, Ö., Taşkent, S., & Ulucan, D. (2016). *Bireysel İş Hukuku* (7 b.).
- Göktaş, S. (tarih yok). Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Sorunları. *Sicil*(12).
- Günay, İ. C. (2004). *Yargıtay Kararları Açısından Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunlarının Değerlendirilmesi ve Çözümleri*. İNTES.
- Güneş, H. (1990). Türkiye'de İnşaat Sektörünün Yapısı ve İstanbul Müteahhithlerinin Yapısı. *İstanbul Ticaret Odası*.
- Güzel, A. (2004, 1). İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Sınırları. *Çalışma ve Toplum*, 31-65.
- Güzel, A. (2006). *İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkinin Sınırları*. İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri Panel Notları, İş Müfettişleri Derneği, İstanbul.
- Heper, H. (2014). *Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi İle İlgili Yargıtay Kararlarının İncelenmesi*. KHÜHFD.

- Kaplan, E. T. (2005). *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu, A.Can Tuncay'a Armağan*. İstanbul.
- Karahasan, M. R. (2003). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Cilt 1).
- Kılıçoğlu, M. (2005). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (5 b.).
- Mollamahmutoğlu, H. (2004). 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler. *Kamu-İş*, VII(4).
- Mollamahmutoğlu, H. (2004). *İş Hukuku*. Ankara.
- Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., & Baysal, U. (2014). *İş Hukuku* (6 b.).
- Özdemir, K. N. (2006). *İş Denetiminde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönüyle Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözümler*. İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri Panel Notları, İş Müfettişleri Derneği, İstanbul.
- Özkaya, E. (2004). *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*.
- Soyer, P. (2006, 03). 4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları. *Sicil*.
- Süzek, S. (2010). Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*(27), 933-946.
- Süzek, S. (2018). *İş Hukuku* (15 b.). İstanbul: Beta.
- Şafak, C. (2004). 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi. *TBB Dergisi*(51), 111-132.
- Şahlanan, F. (2003). *4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri*. 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş.
- Şen, S. (2002). *Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkisi*. İstanbul: Selüloz-İş Sendikası Eğitim Yayınları.
- Şen, S. (2006). Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi. *Çalışma ve Toplum*, 10(2006/3).
- Tuncay, A. (2013). *İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*.
- Uygur, T. (2003). *Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*.