



**T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ
ANABİLİM DALI
İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI**

**AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK İŞ HUKUKU BAĞLAMINDA
ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ VE MUVAZAA
DURUMU**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Zeynep ACA

BURSA - 2011



**T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ
ANABİLİM DALI
İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI**

**AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK İŞ HUKUKU BAĞLAMINDA
ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ VE MUVAZAA
DURUMU**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Zeynep ACA

**Danışman
Doç. Dr. Pir Ali KAYA**

BURSA - 2011

T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Gelismo Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri..... Anabilim/Anasanat Dalı,
..... Bilim Dalı'nda numaralı
Zeynep ACA.....'nın hazırladığı
"Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Durumu"
konulu Yüksek Lisans..... (Yüksek Lisans/Doktora/Sanatta Yeterlik
Tezi/Çalışması) ile ilgili tez savunma sınavı, 25/07 2011 günü 12:30 - 13:45 saatleri
arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışmasının
BASARILI..... (başarılı/başarısız) olduğuna OYBİRLİĞİ.....
(oybirliği/oy çokluğu) ile karar verilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu
Başkanı)
Doç. Dr. Pir Ali Kaya
Uludağ Üniversitesi

Üye
Doç. Dr. İlknur Kılıkış
Uludağ Üniversitesi

Üye
Doç. Dr. Aydın Başbuğ
Gazi Üniversitesi

Üye
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Üye
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

...../...../20.....

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı	: Zeynep ACA
Üniversite	: Uludağ Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	: Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri
Bilim Dalı	: Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri
Tezin Niteliği	: Yüksek Lisans Tezi
Sayfa Sayısı	: viii + 140
Mezuniyet Tarihi	: / / 2011
Tez Danışman(lar)ı	: Doç. Dr. Pir Ali KAYA

Asıl işveren olarak adlandırılan bir işverenin, alt işveren olarak adlandırılan bir başka işverene iş vermesiyle kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi; geçmişten günümüze sıklıkla başvurulan iş ilişkilerinden biridir.

Asıl işverenlerin alt işveren ilişkisine başvurma nedenleri farklılaşmakla birlikte; asıl işverenler düşük ücretlerle işçi çalıştırma, işçilerin hukuki düzenlemelerden kaynaklanan çeşitli haklarından kaçınma gibi amaçlarla da bu iş ilişkisine başvurumaktadırlar. Yaşanan bu durum Kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkisinin önüne geçilmesi noktasında uygulanacak yaptırımların ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Türkiye de 4857 sayılı İş Kanunu ile alt işveren ilişkisinde işçilerin yaşayacakları mağduriyetlerin önüne geçme amacıyla geniş kapsamlı düzenlemeler yapılarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması noktasında sınırlamalar getirilmiştir. İş Kanununun 2. maddesinde belirtildiği üzere asıl işverenin kendi işçisi ile alt işveren ilişkisi kurması, asıl işverenin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren haller dışında asıl işi bölerek alt işverene vermesi ve maddede ayrıntılı olarak sıralanan diğer çeşitli sebeplerle alt işveren ilişkisi kurması yasaklanmış ve sıralanan bu yasakların ihlali halinde alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı bir sözleşme olarak nitelendirileceğine hükmedilmiştir. İş Kanununda ki bu düzenlemenin ardından çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliğiyle ise asıl işveren alt işveren ilişkisinin kuruluşu, alt işverenlerin işyeri bildirimleri, asıl işveren alt işveren sözleşmesinde aranacak esaslarla birlikte muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması halinde yapılacak işlemler sıralanmıştır.

Fransız Hukukunda ise çeşitli kanunlarda düzenlenmiş olan asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması noktasında çok ciddi sınırlamalar getirilmiştir. İlgili düzenlemelerden biri olan 6 Temmuz 1973 tarihli Kanunla, Kanunlara aykırı olarak kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin yasadışı işçi çalıştırma olarak kabul edileceği ve bu suçun insan ticareti kapsamında değerlendirileceğine hükmedilmiştir.

Alman, Belçika ve İngiliz Hukukunda da asıl işveren alt işveren ilişkisine yönelik düzenlemelerle, ilişkinin amacı dışında kullanımının önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

4 bölümden oluşan bu çalışma Avrupa Birliğine üye Bazı Ülke Hukuklarında ve Türk İş Hukuku Bağlamında asıl işveren alt İşveren ilişkisi ve muvazaa durumunu karşılaştırmalı olarak ele alan bir çalışmadır. Bu bağlam da Avrupa Birliği ayağında temsili olarak 4 ülke hukuku, Fransız, Alman, Belçika ve İngiliz Hukuku seçilmiştir.

ANAHTAR KELİMELELER: Alt İşveren, Asıl İşveren, Muvazaa Kurumu

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
ÖZET	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ VE MUVAZAA KURUMU İLE İLGİLİ KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ.....	3
1.1. GENEL OLARAK ALT İŞVEREN KAVRAMI	3
1.2. TÜRK İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVEREN KAVRAMI	5
1.3. TÜRK İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN UNSURLARI	9
1.3.1. Asıl İşverenin Ve Alt İşverenin Varlığı	9
1.3.1.1. Asıl İşverenin Varlığı.....	9
1.3.1.2. Alt İşverenin Varlığı	13
1.3.2. Alt İşverenin Aldığı İş Asıl İşverenin İşYerinde Yapması.....	16
1.3.3. Alt İşverenin Aldığı İşte Sadece Görevlendirdiği İşçileri Çalıştırması	18
1.3.4. Alt İşverene Verilecek İşlerin Asıl İşin Bir Bölümü Olması.....	20
1.3.5. Alt İşverene Verilecek İşlerin Yardımcı İşlere İlişkin Olması	22
1.4. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MÜŞTEREK VE MÜTESELSİL SORUMLULUK	24
1.5. ALT İŞVERENLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ	31
2. MUVAZAA KURUMU.....	36
2.1. GENEL OLARAK MUVAZAA	36
2.2. MUVAZAA KAVRAMI	38
2.3. MUVAZAAANIN UNSURLARI	40
2.3.1. Görünürdeki İşlem	40
2.3.2. Muvazaa Anlaşması	41
2.3.3. Gizli İşlem.....	42
2.3.4. Aldatma Kastı	43
2.4. MUVAZAA ÇEŞİTLERİ	43
2.4.1. Mutlak Muvazaa (Adi Muvazaa).....	43

2.4.2. Nispi Muvazaa	44
2.4.2.1. Sözleşmede Muvazaa.....	45
2.4.2.2. Sözleşmenin Konusunda Veya Şartlarında Muvazaa	45
2.4.2.3. Sözleşmenin Taraflarında Muvazaa.....	46
2.5. MUVAZAANIN İSPATI.....	46
2.6. MUVAZAANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI	47
2.6.1. Görünürdeki Ve Gizli İşlem Açısından Muvazaanın Hükümü	47
2.6.1.1. Görünürdeki İşlem Açısından.....	47
2.6.1.2. Gizli İşlem Açısından	47
2.6. 2. Muvazaanın Sonuçları	48

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAALI HALLER, MUVAZAALI İLİŞKİSİNİN İŞ MÜFETTİŞLERİNCE TESPİTİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI VE KAMU KURUMLARI LEHİNE GETİRİLEN AYRICALIKLAR

1. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAALI HALLER	50
1.1. GENEL OLARAK.....	50
1.2. ASIL İŞİN BİR BÖLÜMÜNÜNÜN AMAÇ DIŞI ALT İŞVERENE VERİLMESİ.....	51
1.2.1. Maliyetleri Düşürmek Ve Ekonomik Amaçlarla Asıl İşin Alt İşverene Verilememesi.....	51
1.2.2. Ölçütlerin Bir Arada Olmaması Halinde Asıl İşin Alt İşverene Verilmesi	54
1.2.3. Asıl İşin Bir Bölümünün İşletmenin ve İşin Gereği İle Uzmanlık Gerektirmeyen Ve Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektirmeyen Haller de Bölünerek Alt İşverene Verilmesi.....	57
1.3. ASIL İŞVEREN İŞÇİLERİNİN ALT İŞVEREN TARAFINDAN İŞE ALINARAK ÇALIŞTIRILMASI	60
1.4. DAHA ÖNCE O İŞYERİNDE ÇALIŞTIRILAN KİMSE İLE ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ KURULMASI	65
1.5. ALT İŞVERENİN ALDIĞI İŞTE İŞÇİ ÇALIŞTIRMADAN BİR BAŞKA ALT İŞVERENE VERMESİ	69
1.6. ALT İŞVERENİN ASIL İŞVERENDEN ALDIĞI İŞTE SADECE GÖREVLENDİRDİĞİ İŞÇİLERİ ÇALIŞTIRMAMASI	70
1.7. ASIL İŞVEREN SIFATININ BULUNMAMASI.....	75
1.8. ALT İŞVERENİN ALDIĞI İŞİ ASIL İŞVERENİN İŞ YERİNDE YAPMAMASI	76
1.9. ASIL İŞVERENİN ALT İŞVEREN İŞÇİLERİ ÜZERİNDE YÖNETİM HAKKINI DOĞRUDAN KULLANMASI	79

1.10. ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ İŞÇİ TEMİNİNE YÖNELİK OLMASI.....	82
2. MUVAZAALI İLİŞKİSİNİN İŞ MÜFETTİŞLERİNCE TESPİTİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI	86
2.1. MUVAZAALI ASIL İŞVEREN İLİŞKİSİNİN İŞ MÜFETTİŞLERİNCE TESPİTİ	86
2.1.1. İş Müfettişleri Raporuna Karşı Açılan Davada Yetkili Mahkeme	90
2.2. MUVAZAALI ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN GEÇERSİZLİĞİ VE SONUÇLARI.....	91
2.2.1. Muvazaalı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Geçersizliği.....	91
2.2.2 Muvazaalı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sonuçları.....	94
3. KAMU KURULUŞLARI LEHİNE GETİRİLEN AYRICALIKLAR.....	95

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİNE ÜYE BAZI ÜLKE HUKUKLARINDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ VE MUVAZAA KURUMU

1. FRANSIZ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ.....	99
1.1. GENEL OLARAK.....	99
1.2. FRANSIZ HUKUKUNDA ASIL İŞVERENİN ALT İŞVERENE İŞ VERMESİ	101
1.3. FRANSIZ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN KURULABİLMESİNİN ŞARTLARI.....	102
1.3.1. Özel Sektörde Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulabilmesinin Şartları	102
1.3.1.1 Banka Teminatı Sağlanması	102
1.3.1.2 Üst İşverenin Bireysel Sorumluluğunun Olması	103
1.3.1.3. Alt İşverenin Üst İşverene Doğrudan Başvurabilmesi	104
1.3.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kapsamında Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisinin Kurulabilmesinin Şartları	106
1.4. FRANSIZ HUKUKUNDA KANUNA AYKIRI KURULAN ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	108
2. ALMAN HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ.....	110
2.1. ALMAN HUKUKUNDA ASIL İŞVERENİN ALT İŞVERENE İŞ VERMESİ	110
2.2. ALMAN HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN KURULABİLMESİNİN ŞARTLARI.....	112
2.2.1. Özel Sektörde Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulabilmesinin Şartları	113

2.2.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kapsamında Asıl İşveren Alt İşveren İlişkinin Kurulabilmesinin Şartları	115
2.3. ALMAN HUKUKUNDA KANUNA AYKIRI KURULAN ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	116
3. BELÇİKA HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ.....	118
3.1. GENEL OLARAK.....	118
3.2. ASIL İŞVERENİN ALT İŞVERENE İŞ VERMESİ	118
3.3. YASAL OLMAYAN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ.....	120
4. İNGİLİZ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ.....	123
4.1. GENEL OLARAK.....	123
4.2. İNGİLİZ HUKUKUNDA ASIL İŞVERENİN ALT İŞVERENE İŞ VERMESİ	124
4.3. İNGİLİZ HUKUKUNDA KANUNA AYKIRI KURULAN ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	125
SONUÇ	126
KAYNAKLAR.....	131
ÖZGEÇMİŞ	140

KISALTMALAR

AentG	:Gönderilen İşçilerin Çalışma Koşullarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AİY	: Alt İşverenlik Yönetmeliği
BGB	: Alman Medeni Kanunu
C.	: C.
çev.	: Çeviren
E. :	: Esas
f .	: Fıkra
GWB	:Rekabeti Kısıtlamaya Karşı Yasa
haz.	: Hazırlayan
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İşK	: İş Kanunu
No.	: Numara
md.	: Madde
p.	: Page
s.	: Sayfa
S.	: S.
ss.	: Sayfadan Sayfaya
SGB	:Sosyal Güvenlik Kanunu
UNIDO	: Birleşmiş Milletler Sinai Kalkınma Örgütü
VOB	: Alman Yapım İşleri Performansı için Genel Sözleşme Koşulları
Vol.	: Volume
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

GİRİŞ

Çalışma yaşamında sıkça başvurulan iş ilişkilerinden biri olan asıl işveren alt işveren ilişkisinin nedenleri farklılaşmakla birlikte; söz konusu işin ayrı bir uzmanlık gerektirmesi, asıl işverenin iş için gerekli tecrübeye sahip olmaması v.b bu ilişkinin kurulma nedenleri arasında sıralanabilir. Ancak asıl işverenler bu amaçların dışında da alt işverenlerle ilişki içine girmeyi tercih etmektedirler. Düşük ücretlerle işçi çalıştırmak, işçi sayısını mümkün olduğunca az bir seviyede tutarak sendikal örgütlenmelerin ve toplu iş sözleşmesinin külfetlerinden kurtulmak ve diğer birçok benzer sebeplerle de asıl işverenler bu ilişki içine girmektedirler. Yaşanan bu durum Kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkisinin önüne geçilmesi noktasında uygulanacak yaptırımların ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Türk İş Hukukunda 4857 sayılı İş Kanunu ile alt işveren ilişkisinde işçilerin yaşayacakları mağduriyetlerin önüne geçme amacıyla geniş kapsamlı düzenlemeler yapılarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması noktasında çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. İş Kanununun 2. maddesinde belirtildiği üzere asıl işverenin kendi işçisi ile alt işveren ilişkisi kurması, asıl işverenin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren haller dışında asıl işi bölerek alt işverene vermesi ve maddede ayrıntılı olarak sıralanan diğer çeşitli sebeplerle alt işveren ilişkisi kurması yasaklanmış ve sıralanan bu yasakların ihlali halinde alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı bir sözleşme olarak nitelendirileceğine hükmedilmiştir. İş Kanununda ki bu düzenlemenin ardından çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliğiyle ise asıl işveren alt işveren ilişkisinin kuruluşu, alt işverenlerin işyeri bildirimleri, asıl işveren alt işveren sözleşmesinde aranacak esaslarla birlikte muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisine başvurulması halinde iş müfettişlerince yapılacak muvazaa tespitine ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

Fransız Hukukunda da çeşitli kanunlarda düzenlenmiş olan asıl işveren alt işveren ilişkisinin kanunlara aykırı kurulmasını engellemek için çok ciddi sınırlamalar getirilmiştir. Nitekim ilgili düzenlemelerden biri olan 6 Temmuz 1973 tarihli Kanunla, Kanuna aykırı olarak kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin yasadışı işçi çalıştırma olarak kabul edileceği ve bu suçun insan ticareti kapsamında değerlendirileceğine hükmedilmesi, kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkisinin engellemek isteğinin bir sonucudur. Belirtelim ki; Alman, Belçika ve İngiliz Hukukunda konuyla ilgili düzenlemelerde de bu amaç güdülerek asıl

işveren alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı kurulmasının önüne tamamen geçilmek istenmiştir.

Belirtelim ki 4 bölümden oluşan çalışma da Türk İş Hukukunda ve Avrupa Birliğine üye bazı ülke hukuklarında asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin şartları, asıl işveren alt işveren ilişkisine hangi hallerde başvurulması halinde ilişkinin muvazaalı sayılacağı ve muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinin yaptırımları karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

Tezin ilk bölümü kavramsal çerçeve kısmı olup, bu bölümde asıl işveren kimdir, alt işveren kimdir, asıl işveren alt işveren ilişkinin unsurları, bir ilişkinin muvazaalı olması ne demektir, asıl işveren alt işveren ilişkisinin ve muvazaa kurumunun tarihsel gelişimi nasıl olmuştur gibi konulara yer verilecektir.

Tezin ikinci bölümünde ise Ülkemizde asıl işveren alt işveren ilişkisine hangi hallerde başvurulması halinde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak nitelendirildiği ve muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinin hüküm ve sonuçları ele alınacaktır.

Üçüncü bölümde ise; Avrupa Ülkelerinden temsili olarak seçtiğimiz, Fransız, Alman, Belçika ve İngiliz Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin şartlarına ve kanuna aykırı asıl işveren alt işverenin ilişkisinin hüküm ve sonuçlarına yer verilecektir.

Dördüncü bölüm son bölüm olup, bu bölümde de çalışmayla ilgili genel bir değerlendirme yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ VE MUVAZAA KURUMU İLE İLGİLİ

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ

1.1. GENEL OLARAK ALT İŞVEREN KAVRAMI

Alt işverene iş verme, işyerinde mal ve hizmet üretimini dışsallaştırmanın tipik örneklerinden birini oluşturmaktadır. Çünkü asıl işveren kendi işyerinde kendi işçileriyle yapacağı bir üretimi alt işveren ve onun işçileri aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Üretim, asıl işverene ait işyerinde yapılmakla birlikte, bu işyeri alt işveren için ayrı bir işyeri olmakta ve asıl işverenle herhangi bir sözleşme ilişkisi olmayan bu ikinci işverenin işçileri tarafından yerine getirilmektedir. Asıl işveren, bir anlamda dışarıdan bir işveren aracılığıyla gerçekleştirdiği mal ve hizmet üretiminden kazanç elde etmektedir. Bundan dolayı alt işveren tarafından bir üretimin gerçekleştirilmesine İş Hukukunda istisnai hallerde müsaade edilmektedir. Çünkü İş Hukukunda esas olan asıl işverenin kendi işçileriyle kendi işyerinde üretim yapmasıdır¹.

Sanayi devrimi ile üretim yöntemlerinde yaşanan dönüşümler sonucu, fabrikasyon tarzı üretime geçiş yaşanmıştır. Bu geçişte ise gelişen teknolojik gelişmelere ve belli alanda uzmanlaşmaya dayalı olarak, alt işverenlik iş ilişkilerinde sıklıkla başvurulan modern üretim yöntemlerinden biri olmuştur. Nitekim UNIDO “Birleşmiş Milletler Sinai Kalkınma Örgütü” alt işverenlik için yaptığı tanımda, alt işverenliği endüstriyel alt işverenlik olarak ele almak suretiyle teknolojik ve uzmanlık yönüne vurgu yapmaktadır. Buna göre; Endüstriyel alt işverenlik, endüstriyel üretimin organizasyonu açısından oldukça etkili bir yöntemdir ve bu endüstriyel alt işverenliğin yeni formları endüstriyel alt işverenlik ve ortaklık değişimi olarak adlandırılır. Ortaklık değişimi ve endüstriyel alt işverenlik birbiriyle bağlantılı endüstriler

¹ Ali Güzel, Ali Güzel, “İş Kanununa Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 1, İstanbul, 2004, s. 33.

arasında üretim kapasitelerini ve becerilerini en uygun seviyede kullanmak amacıyla asıl işveren, alt işveren ve tedarikçiler arasındaki ortaklık anlaşmalarını ve endüstriyel alt işverenlik ilişkisi içinde teknik bilgi akışını ifade eder². Bu ortaklık büyük işletmeler, montaj işlemlerini yürüten ve belli alanlarda uzmanlaşmış alt işverenler ve daha üretimin ilk aşaması olan, üretimin dizaynıyla ve test edilmesiyle alakadar olan işletmeler arasında kurulur. Bu ortaklığın bir başka şekli de küçük ve orta boy işletmeler arasında kurulan ilişkidir. Bu ilişkideki amaç ise işletmelerin kendi aralarındaki üretim dönüşümünü sağlamaktır. Daha açık bir ifade ile endüstriyel alt işverenlik bir işletmede gerçekleştirilemeyen bir işin bir başka işletmede gerçekleştirilmesiyle işlerin yürütümünde kolaylık sağlanmasıdır. Bu ilişkide göze çarpan unsur; kurulan ilişkilerin istikrarlı olması ve sorumlulukların dağılımında tarafların adil olma eğilimi içinde olmalarıdır. Belirtelim ki, Endüstriyel alt işverenliğin başarı şansını artırmak için, birbirini tamamlayan farklı bağlantı formlarının bir araya gelmesi gerekir. Örneğin asıl işveren tarafından ham madde, özel ekipman (uzman ekip), teknik yardım, teknik bilgi ve eğitimin sağlanması durumunda, geleneksel alt işverenlik ilişkisi tam teşekküllü bir ortaklığa dönüşmüş olacaktır³.

ILO “Uluslararası Çalışma Örgütü” de alt işverenliği iki şekilde tanımlar. ILO ilk tanımında alt işverenliği; formel işletmelerle (büyük işletmeler), enformel işletmeler (küçük işletmeler), arasında tamamlayıcı bir ticari ilişki olarak tanımlar. ILO’ ya göre bu şekilde enformel ve formel sektör arasında bir ilişki kurularak enformel sektörün formelleştirilmesi sağlanır. İkinci tanımda ise ILO son yıllarda standart dışı çalışma şekillerinde alt işverenlik uygulamalarının yaygınlaştığına dikkat çekerek; alt işverenliği formel sektörü enformel sektöre dönüştüren (enformel sektöre taşıyan) bir araç olarak görmektedir. ILO alt

² UNIDO, **International Conference On Building A Modern And Effective Development Service Industry For Small Enterprises**, Rio de Janeiro, 1999, s. 4

³ UNIDO, a.g.e., s. 3. Bilindiği gibi büyük işletmeler sahip oldukları idari ve yapısal pazarlama stratejileri sayesinde, diğer işletmelerle iş ilişkisi içine girmeleri oldukça kolay olmaktadır. Oysaki küçük ve orta boy işletmeler bu anlamda dezavantajlı konumdadırlar. UNIDO küçük ve orta ölçekli işletmelerin (yüklenicilerin) bu dezavantajlı durumlarından hareketle 1996-2001 yıllarını kapsayan orta vadeli bir planı hayata geçirmiştir. UNIDO’nun bu planında, üretim zinciri aracılığıyla küçük ve orta ölçekli işletmelerin hem kendi aralarındaki hem de bu işletmelerin diğer büyük işletmeler arasındaki ağ, endüstriyel esneklik ve rekabetçiliğin vazgeçilmez bir boyutunu oluşturmuştur. UNIDO’nun orta vadeli programının hedefleri ise: Küçük ölçekli tedarikçilerin teknik, ticari ve kalite gereksinimleri için yardımlar sunmak, büyük endüstriler tarafından yerel kaynakları artırma ve kullanıma sokmak için yaklaşımlarla ilgili pratik analizler ve yardım hizmetleri sağlamak ve ağ potansiyellerinde teknik bilgi sistemlerinin kurulması için destek sunmak v.b sıralanabilir. Bunların yanı sıra sözkonusu programlarla küçük ve orta ölçekli işletmeler ile geçiş ekonomisine sahip olan ülkelerde, üretimi, istihdamı artırmak, uluslararası rekabeti ve ithal ikameciliği teşvik etmek v.b amaçlarda hedefler arasında yer almıştır. Belirmek gerekir ki; UNIDO bu orta vadeli plandan önce de yukarıda sıralanan misyonları üstlenmiştir. 1984’ten beri aşağı yukarı 54 orta ve küçük ölçekli işletme UNIDO’nun yardımıyla 30 ülkede kurulmuştur. Örneğin Latin Amerika’nın 14 ülkesinde 32 endüstriyel alt işverenlik ve ortaklık değişimi (yani küçük ve orta boy işletmenin kurulması, ayrıca bunlar arasında sürekli bir iş birliğinin olduğunu tekrar belirtmekte de yarar vardır), kurulmuştur (ayrıntılı bilgi için bakınız UNIDO, a.g.e., s. 3-7).

işverenliğin bu ikinci türü için uluslararası bir düzenleme yaparak 94 sayılı Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik sözleşmeyi kabul etmiş ve böylece bu şekildeki iş ilişkilerinde korunaksız kalan işçiler için uluslararası bir koruma süreci başlatmıştır⁴.

UNIDO ve ILO'nun alt işverenlik konusunda özel çalışma ve düzenlemeler yapmaları alt işveren ilişkisinin evrensel bir boyuta ulaştığının göstergesidir. Ancak buna rağmen alt işveren için ne bir kavram birliği ne de bir tanım birliği söz konusudur. Belirtmek gerekir ki, bu durum bizim hukukumuz için de geçerlidir⁵.

1.2. TÜRK İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVEREN KAVRAMI

Türk Hukukunda, “taşeron”, “aracı”, “alt müteahhit”⁶, “alt ismarlanan”, ve “diğer işveren” kavramlarıyla ifade bulan alt işveren kavramı İngilizce “subcontractor” taşeron, alt müteahhit⁷, kelimesiyle karşılık bulmaktadır. Alman Hukukunda ise “subunternehmer” yani “tali müteşebbis” anlamında kullanılmaktadır. Belirtelim ki, Alman Hukukunda kanunla düzenlenmemiş olan tali müteşebbisin varlığından bahsedebilmek için bir işverenin “asıl müteşebbis” varlığı şarttır ve bu bağlamda, tali müteşebbis; asıl işverenin yerine getirmekle yükümlü olduğu belli bir işin bir kısmını, genellikle eser sözleşmesi acılığıyla kendi işçileriyle yerine getirmeyi taahhüt eden kişidir. Alman Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin (BİG 18/5, 33/7, 7, 9, 13, 39) maddelerindeki düzenlemeler çerçevesinde alt işverenlik tali müteşebbislik olarak kavramsallaştırılmaktadır. Türk Hukukuyla mukayese ettiğimizde ise taşeron veya alt işveren anlamına gelmektedir⁸. Türkçede alt işveren anlamında kullanılan taşeron Fransızca “tacheron”dur ve yapı işlerinde yapı sahibinin verdiği işleri (bu işler verimsiz işler olarak anılır) yapan kimsedir⁹.

⁴ Nusret Ekin, **Ekonomik Ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren**, İstanbul, 2002, s. 91-92.

⁵ İbrahim Aydın, **Görünürdeki İşlemler açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi Ve Muvazaa Sorunu**, Ankara, 2008, s. 146-148.

⁶ Belirtmek gerekir ki uygulama da müteahhit ve alt-işveren kavramlarının sık sık birbirinin yerine kullanıldığı görülür. Oysaki bu iki kavram anlamsal olarak birbirinden farklıdır. Müteahhit iş sahibine karşı, ücret karşılığında bir işin tamamını üstlenen kişi olup, müteahhit almış olduğu bu işin tamamından dolayı işverene karşı sorumluluğu vardır. Ayrıca müteahhit aldığı bu işin bir kısmını bir başkasına da verebilir, işi verdiği bu kişi alt-işveren olup bu bağlamda şu noktaya dikkat edilmelidir. Alt-işverenlik ilişkisinden bahsedebilmek için illa müteahhitlik ilişkisinin olması gerekmez. Ancak işi alan işin tamamını iş sahibinden alıyorsa bu kişiye müteahhit, işin tamamını değil de bir bölümünü alıyorsa ve diğer kısımda asıl işveren işçi çalıştırıyorsa o zaman işi alan kişi müteahhit değil alt-işveren olur (Ekin, a.g.e., s. 131).

⁷ Fevzi Demir, “**En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**”, 4. Baskı, İzmir, 2005, s. 17.

⁸ Ercan Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ankara, 2006, s. 86-87.

⁹ Sabahattin Şen, “Alt İşverenlik Ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, **Çalışma Ve Toplum**, 2006/1, İstanbul, 2006, s. 75.

4857 sayılı İş Kanununa göre alt işveren; “bir işverenden, iş yerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya Asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer bir işveren” olarak tanımlanmıştır (İşK. md. 2/6)¹⁰. Aynı tanım Alt İşveren Yönetmeliğinde madde 3’te tanımlar başlığı altında yer almış olup, bu tanımda Kanundaki tanımdan farklı olarak alt işverenin gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar olacağı belirtilmiştir. İfade edelim ki, Türk İş Hukukunda alt işverenliğin 2 temel iş ilişkisi üzerinden tanımlandığını söylemek mümkündür. Bunlardan biri mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerdir. Diğeri ise, asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olması koşuludur.

Diğer taraftan öğretide de alt işveren için farklı tanımlar yapılmış olup bu tanımlarda alt işverenlik kavramı üzerine bir kavram birliği söz konusu değildir. Bu bağlamda öğretide alt işveren için yapılan tanımlamalara yer vermek gerekirse; alt işveren asıl işverenden belirli sebeplerden ötürü iş alan ve bu işleri kendi işçileriyle yapan bir diğer işverendir¹¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere alt işveren işi kendisi yapmaz, yanında istihdam ettiği kişilerle birlikte yapar. Zaten öğretide alt işverene yönelik yapılan bir başka tanımda da bu noktaya vurgu yapılarak; alt işveren, asıl işverenin işyerinde belirli bir iş alan ve işverenlik sıfatını, emrinde işçi çalıştırmamasından dolayı kazanan kişidir denilmiştir¹². Bir diğer anlatımla alt işverenin işçileri bu işverene iş sözleşmesiyle bağlıdırlar ve ileride de bahsedileceği gibi; alt işverene iş sözleşmesiyle bağlı işçilerin asıl işverenin iş yerinde çalışmaları alt işverenle yaptıkları sözleşme üzerinde herhangi bir olumsuz etki yaratmaz ve işçilerin alt işverenin iş yerinde çalıştıkları kabul edilir¹³. Bir başka tanımda ise alt işveren aracı olarak kabul edilmiş olup “işyerinde rastlanan ve işçi statüsüne girmeyen, bazı özellikler gösteren bir işveren durumunda bulunan kimseler”¹⁴ aracıdır (alt işverendir) şeklinde bir tanım yapılmıştır¹⁵.

¹⁰ Mustafa Kılıçoğlu ve Mustafa Şenocak 4857 sayılı Kanun ile ilişkinin tanımının yapıldığını ve fakat alt işverene yönelik herhangi bir tanımın yapılmadığını ileri sürmektedirler (Mustafa Kılıçoğlu-Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi, Cilt I**, Güncellenmiş Ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2008, s. 67).

¹¹ Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı**, a.g.e., s. 88-89; Osman Güven Çankaya, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden doğan Bazı Sorunlar”, **KAMU İŞ, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. VI, S. 4, 2002, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf>, (07.01.2010).

¹² Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş 3. Baskı, İzmir, 1998, s. 112-113.

¹³ Çankaya, a.g.m., <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf>.

¹⁴ İhsan Erkul-Nuray Gökçek Karaca, **Türk İş Hukuku**, Eskişehir, 2000, s. 150.

¹⁵ Alt işveren bir aracı değildir. Çünkü aracı diyince akla iş arayan iş, işçi arayan işçi bulan kişi gelmelidir. Ayrıca bu kişinin fonksiyonu iş arayanla işçi arayanı buluşturunca sona erer, bunlar arasında bir iş sözleşmesinin bulunması zorunluluğu da olmadığı gibi aracının işçi veya işverene karşı herhangi bir edim

Türk Hukukunda alt işveren kavramı ilk kez 1936 tarihli 3008 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiş olup; Kanununun 1. maddesinin dördüncü fıkrasında *“işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele akdetmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür”* denilerek herhangi bir tanıma yer verilmemiş ve ilişki kapsamındaki sorumluluğun düzenlenmesiyle yetinilmiştir. 1950 yılına gelindiğinde ise bu madde 25.01.1950 tarihli 5518 sayılı Kanunla değişikliğe uğramış ve yeni düzenleme ile *“işçiler doğrudan doğruya işveren veya işveren vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş iseler, bu aracılar da asıl işverenle müştereken ve müteselsilen sorumludurlar”* denilmiştir. Bu düzenlemeyle hem üçüncü şahıs olarak adlandırılan alt işverenin aracıdan farklı bir kişi olduğuna (aracı ile aynı işi yapmadığına), işaret edilmiş, hem de önceden bu ilişkide sadece asıl işveren sorumlu tutulurken artık sorumluluk iki işveren arasında paylaştırılmıştır. 1964 yılında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu Kanununun 87. maddesi ikinci fıkrasında bu ilişki ele alınmış ve bir işte veya işin bir bölümünde ya da bir işin eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişi alt işveren (bu kanunda aracı olarak ifade edilmiş) olarak tanımlanmıştır¹⁶. Bu kanundaki düzenlemenin amacı için sigortalıların ve Kurumun alacaklarını güvence altına alabilmek amacıyla, alt işverenle birlikte asıl işverende sorumlu tutmak olduğunu¹⁷ söyleyebiliriz.

1967 yılında 931 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir ve fakat bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından 12.05.1970 yılında şekil yönünden iptal edilmiştir. Ancak bu kanundaki alt işverenlikle ilgili kanunla düzenleme 1475 sayılı İş Kanununda aynen yer almıştır. 1475 sayılı İş Kanununda da bu ilişki 1. madde son fıkrada düzenlenmiş olup *“bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur”* denilmiştir.

sunma zorunluluğu da yoktur (Çankaya, a.g.m., <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf>). Bu bağlamda Türk Borçlar Kanununun 532. maddesinde yer alan aracı tanımına yer vermek gerekirse; alım satım işlemlerinde ücret karşılığında kendi namına ve müvekkil hesabına kıymetli evrak ve menkul eşya alım ve satım işlemlerini yapan kişiye aracı (komisyoncu) denmektedir.

¹⁶ Bu kanunda tanımlanan alt işveren, kendi adına sigortalı çalıştıran kişi olup bu anlamda aynı kanununun 4. maddesi anlamında işveren sıfatını taşıyan gerçek veya tüzel kişidir. (M. Zafer Erdoğan, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı”, **KAMU İŞ, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. VII, S. 3, Ankara, 2004, s. 1).

¹⁷ Ufuk Aydın, “İş Kanununda Alt İşveren-Sosyal Sigortalarda Aracı”, **II. Çalışma Yaşamı Kongresi**, Ankara, 2008, s. 123.

Tarihi süreçte daha çok inşaat sektöründe karşımıza çıkan alt işverenlik uygulaması daha sonraları diğer sektörlerde de yayılarak kanuni düzenlemelerde kendine yer bulmuştur. 1475 sayılı Kanundaki düzenlemede de bu durum etkili olmuştur¹⁸. Yine bu Kanundaki düzenleme de alt işverenlere yönelik açık bir tanım yapılmamış olmakla birlikte, asıl işverenlerin iş verdikleri alt işverenlerin hangi işçilerine karşı sorumlu olacakları düzenlenmiştir¹⁹. Ne var ki, 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki kimi açıklar (muvazaalı uygulamalar) 4857 sayılı İş Kanunu ile giderilmiştir.

Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanununun 36. maddesinde konuya ilişkin yapılan düzenlemede de Kamu tüzel kişilerine ve bunların bazı kuruluşları ile özel sektöre ilişkin ödevler başlığı altında kamu tüzel kişilerine bir takım sorumluluklar yüklenmiştir. Buna göre “*Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde, müteahhitlere ödenecek her istihkaktan önce işyerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığını kontrol edip ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşerondan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların istihkaklarından öderler*” (İşK. md. 36/1) denmiştir. Belirtelim ki, bu düzenleme Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 sayılı ILO sözleşmesinden²⁰ hareketle getirilmiş bir düzenlemedir.

94 sayılı ILO sözleşmesiyle müteahhit ve alt işveren işçilerinin ücret haklarının korunmasını ve eşit seviyeye getirilmesini amaçlamış ve bu doğrultuda da sözleşmenin 2. maddesinin birinci fıkrasında konuyla alakalı olarak şu düzenlemeye yer vermiştir. Bu Sözleşme'nin kapsamına giren sözleşmeler, ilgili işçilere işin yapıldığı aynı bölgedeki iş kolu veya sanayide aynı mahiyetteki iş için: Kolektif mukavele yoluyla ilgili sanayi veya iş kolundaki işçi veya işverenlerin önemli bir kısmını temsil eden işçi ve işveren birlikleri arasında uygun görülmüş diğer bir müzakere usulü ise hakem kararı, veya, milli mevzuatla; tespit edilmiş olanlardan daha az olmayan ücretleri (ödenekler dahil), iş sürelerini ve diğer çalışma şartlarını garanti eden hükümleri ihtiva etmelidir.

¹⁸ Erdoğan Çubukçu, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri”, **TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. VII, Sayı 4-5, Ankara, 2002, s.20.

¹⁹ Talat Canbolat, “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları”, **TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. XIV, S. 2-3, Ankara, 1997, s. 15.

²⁰ Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 sayılı ILO sözleşmesi, Türkiye’de 1960 yılında 161 sayılı Kanunla onaylanmıştır.

94 sayılı Sözleşmenin 2 maddesinin ikinci fıkrasında ise: Bundan önceki fıkrada bahsedilen çalışma şartları, işin yapıldığı bölgede, yukarıda yazılı şekillerden birine göre tanzim edilmediği takdirde, sözleşmelere dahil edilmesi gereken maddeler, ilgili işçilere: Benzeri en yakın bölgedeki ilgili iş kolu veya sanayide aynı mahiyetteki bir iş için kolektif mukavele veya mutabık kalınan diğer bir müzakere usulü yoluyla yahut hakem kararı veya milli mevzuat yoluyla tespit edilmiş olanlardan veya kendisiyle sözleşme yapılan müteahhidin iş yaptığı iş kolu ya da sanayiye mensup benzeri şartlar içinde bulunan işverenlerin o iş kolu veya sanayide riayet ettikleri genel seviyeden, daha az elverişli olmayan ücretleri (ödenekler dahil), iş müddetlerini ve diğer çalışma şartlarını garanti edecektir hükmüne yer verilmiştir.

Düzenleme de görüldüğü üzere alt işverene yönelik herhangi bir tanıma yer verilmeden sadece alt işveren ilişkisine dair düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca Bakanlar Kurulunun kararıyla sözleşmeye paralel düzenlemeler yapılmıştır. “Temel Esaslar” adı altında kabul edilen düzenlemeye göre; şayet müteahhit yapım, hizmet, dekapaj ve malzeme nakli işlerinde alt işveren kullanırsa, müteahhit asıl işverene karşı bu alt işverenden dolayı sorumlu olacağı kabul edilmiştir²¹ denilmek suretiyle bu düzenlemede de asıl işveren alt işveren ilişkisindeki sorumluluğun kapsamı belirlenmiştir.

Son olarak şunu ifade edelim ki, 2003 yılına kadar alt işveren sürekli ele alınmış bir kavram olmakla beraber ancak 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesi ile yasal bir tanıma tabi tutulmuştur. Ayrıca 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda da, 4857 sayılı İş Kanununa paralel, 12. maddesinde alt işveren kelimesi kullanılarak kavramsal birlik sağlanmıştır.

1.3. TÜRK İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN UNSURLARI

1.3.1. Asıl İşverenin Ve Alt İşverenin Varlığı

1.3.1.1. Asıl İşverenin Varlığı

4857 sayılı İş Kanununda “...işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar....” (İşK. md. 2/1) işveren olarak tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 3. maddesi hükmüne dayanılarak hazırlanan Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinin ç bendinin de, asıl işveren “iş yerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle

²¹ Devrim Ulucan, “Alt İşveren Uygulaması Ve Sorunları”, 2000’li Yıllarda Endüstri İlişkilerine Bakış Semineri, 2-7 Kasım 1994, s. 226.

uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiliği yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları” ifade eder denilmiştir. Yönetmelikte her ne kadar asıl işveren özel olarak tanımlanmışsa da, aslında burada tanımlanan asıl işveren, aynı zamanda iş sözleşmesiyle işçi çalıştıran işverendir. Çünkü Türk Hukukunda işveren kavramı işçiye dayandırılarak tanımlanır.

Öğretide de yapılan bir tanımda da bu hususa dikkat çekilerek “*özel bağımlılık ilişkisine dayanarak herhangi bir işte insan çalıştıran kişi*”ye işveren denir denilmiştir²². Bir başka tanımda ise işveren şöyle tanımlanmıştır: İşveren kavramı oldukça geniş bir kavram olup, işveren tüzel kişiliği olan veya olmayan ticaret, ziraat ya da bir sanayi işletmesinin sahibi olabileceği gibi, işveren bu niteliğini, herhangi bir işletme idaresi için yapılmış olan bir iş sözleşmesiyle de kazanılabilir²³.

İfade edelim ki, işverenin bir iş sözleşmesi kapsamında işçi çalıştırıyor olması asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması için gerekli ve fakat yeterli bir şart değildir. Belirtmek gerekir ki, bu şartın yanında asıl işveren alt işverene verdiği işten dolayı işçi istihdam etmesi gerekir²⁴. Yoksa bir başka işten dolayı işçi istihdam etmesi halinde asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmaz²⁵. Bu bağlamda bir inşaatın yapım işi gibi anahtar teslimi suretiyle bir işveren kendisine ait bir işte kendi işçilerini çalıştırmaksızın tamamıyla bir müteahhide vermesi halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmuş olduğu söylenemez²⁶. Çünkü müteahhit²⁷ Türk Borçlar Kanununun 470 ve 471. maddelerine göre iş sahibine ücret karşılığında eser yapmayı taahhüt eden kişidir. Bu bağlamda müteahhit olarak işverenden iş alan kişi aldığı bu işi tamamlamakla yükümlüdür. İş tamamlamakla yükümlü olan müteahhit aldığı işi bizzat kendisi tamamlayabileceği gibi, kendi idare ve kontrolü altında bir başkasına da işi yaptırabilir. Diğer taraftan müteahhit aldığı işin bir kısmını bir başkasına bırakabilir ki, işte o zaman işin belirli bir kısmını bıraktığı kişiyle alt işverenlik ilişkisi kurmuş olur²⁸ ve fakat bu ilişki işi anahtar teslimi suretiyle veren kişiyi etkilemediği gibi işi verenle işi alan (müteahhit)

²² Murat Demircioğlu-Tankut Centel, **İş Hukuku**, 11. Basım, İstanbul, 2006, s. 49.

²³ Turhan Esener, **İş Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 1978, s. 69.

²⁴ Murat Şen-Ash Naneci, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, **SİCİL, İş Hukuku Dergisi**, C.IV, Sayı 15, İstanbul, 2009, s. 26; Kılıçoğlu- Şenocak, a.g.e., s.68.

²⁵ Talat Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Alt İşveren (Alt Müteahhit=Taşaron) Uygulamasıyla İlgili Hukuk ve Yargıtay Kararları Ekli**, İstanbul, 1992, s. 20.

²⁶ Güzel “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı.....”, a.g.m., s. 40.

²⁷ Belirtelim ki şimdiki Borçlar Hukuku Hukukunun 470 ve 471. maddelerinde tanımlanan müteahhit için yüklenici kavramı kullanılmıştır.

²⁸ Nüvit Gerek, “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar, **Çalışma ve Toplum**, C. IV, Sayı 15, İstanbul, 2007, s. 83; Nüvit Gerek-İlhan Oral, Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri Ve Bunun Yarattığı Sorunlar, **SİCİL, İş Hukuku Dergisi**, Sayı 1, İstanbul, 2006, s. 30; Can Şafak, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde (Alt İşveren) Meselesi”, http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/taseron_alt_isveren.pdf (09.09.2010).

arasındaki ilişkiden dolayı, iş verenin sorumluluğu, İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasındaki sorumluluk kapsamında değil, “şayet koşullar mevcut ise” İş Kanununun 36. maddesine göredir²⁹.

Herhangi bir iş nedeniyle işçi istihdam eden bir işverenin anahtar teslimi suretiyle iş vermesi halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından bahsetmenin mümkün olmamasının bir diğer nedenine gelince; işverenin asıl işveren sıfatını kazanabilmesi için verilen iş nedeniyle işçi çalıştırıyor olması gerekir ki işin bir başkasına verilen kısmının asıl işverenin yaptığı işle organik bağı hala sürüyor olabilsin. Oysaki anahtar teslimi işlerde bu bağ tamamen ortadan kalkmaktadır³⁰. Bu bağlamda bir kimsenin arsası üzerine bir ev yaptırmak için anahtar teslimi iş yaptırması halinde³¹ veya bir dokuma fabrikasının bahçesine ek bir bina yapılması durumunda³² bir başka işle herhangi bir bağlantı olmadığından işi verenle, işi alan arasında alt işverenlik ilişkisi oluşmaz. Ancak dokuma fabrikası olan bir işverenden yemek işini alan işverenle, buzdolabı üreten işverenden işyerinin eklentisinde yemek hizmetini sunan işverenle ya da işi taşımacılık olan bir şirketin taşımada kullanılan araç ve gereçlerin bakımı onarımı için bir başka işverenle ilişki kurması halinde yapılan işlerle verilen işler arasında halen bir ilişki (bir bağ) olduğundan işi verenlerle işi alanlar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulur ve bu iş nedeniyle de asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı İş Kanunundan ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden müşterek ve müteselsil sorumluluğu doğar³³.

Belirtmek gerekir ki, 1975 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi 4857 sayılı Kanun döneminde de asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için o işte kendisi de işçi çalıştıran asıl işverenin varlığı şart koşulmuştur³⁴. Nitekim Yargıtay bir kararında; asıl işveren

²⁹ Çankaya, a.g.m., <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf>.

³⁰ Aydın Başbuğ, **Alt İşveren İlişkisi Ve Güncel Sorunları**, Ankara, 2010, s. 64.

³¹ Canbolat, “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları”, a.g.m., s. 19.

³² Akyiğit, “**İçtihatlı ve Açıklamalı.....**”, a.g.e., s. 89.

³³ Münir Ekonomi, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması Ve Sona Ermesi”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, yay. haz., Mehmet Uçum, İstanbul, 2008, s. 27.

³⁴ 1475 sayılı Kanun döneminde verile bir karar da “ 1475 sayılı İş Kanunu’nun 1’inci maddesinin son fıkrasına göre, ihale makamının asıl işveren olarak işçi alan müteahhitle birlikte sorumlu tutulabilmesi için müteahhidin işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o iş yerinde çalıştıran bir işveren durumunda olması gerekir. Müteahhide verilen iş, belirli bir işin bir bölümünü veya eklentilerinde görülen bir işi teşkil etmiyorsa, yani işin tamamı ihale yolu ile bir müteahhide verilmiş bulunuyorsa, ihale makamı bu madde uyarınca asıl işveren durumunda olamaz ve kendisine husumet düzmez. Mahkemece bu yön üzerinde durulup gereksiz araştırma, inceleme ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken gerekçeleri gösterilmeden davalı (A) Genel Müdürlüğü’nün sorumluluğu cihetine gidilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 1992/13790, K. 1993/3488, K.T. 2.3.1993, karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 126.; bu yönde Yargıtay kararları için bakınız, “Kooperatifin inşaat isini tümü ile ihale ederek inşaat şirketine verdiği açıkça belirlendiğine göre işçi kooperatifin değil, inşaat şirketinin işçisi sayılır” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi,

alt işveren ilişkisinin doğumu için öncelikle işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka anlatımla asıl işverenin işveren sıfatına devrettiği iş dolayısıyla sahip olması, asıl işyeri veya işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi istihdam ediyor olması gerekir demiştir. İşin belirli bir bölümü değil de, tamamı bir bütün halinde ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, bu yolla işten tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatının olmadığı durumlarda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenlerde asıl işveren olarak nitelendirilmez³⁵ denmiştir. Bu durum kamu kurumlarının ihale ettikleri işler açısından da geçerli bir durumdur. Şöyle ki işi ihale eden kamu kurumu, ihale ettiği işten dolayı işveren sıfatına sahip değilse, işi alan işveren alt işverenlik sıfatı kazanamayacağı için ayrıca kamu makamı da asıl işveren sıfatını taşımadığı için asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından bahsedilmeyecektir³⁶. Söylenenleri örneklendirmek gerekirse: Karayolları Genel Müdürlüğü ihale yoluyla bir yolun tamamının yapımını bir işverene verirse, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz. Zira Karayolları Genel Müdürlüğü ihale makamı olup söz konusu işte işçi çalıştırmamaktadır. Ancak işi alan işveren bu işin bir bölümünü (mesela tünel yapımı) bir başka işverene devrederse, işte o zaman asıl işveren alt işveren ilişkisi, bu iki işveren arasında kurulmuş olur³⁷.

Öte yandan kurulan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından bahsedebilmek için asıl işverenin, işverenlik sıfatının devam etmesi zorunludur. Bu bağlamda asıl işverenler bu sıfatlarını kaybettikleri takdirde, alt işverenlerde alt işverenlik sıfatlarını kaybederler³⁸. Bunun yanı sıra alt işverenin yaptığı iş asıl işverenin işinden bağımsız bir iş olmamalıdır. Öğreti de bu koşula ek olarak işin geçici bir iş olmaması gerektiği de aranan koşullar arasındadır³⁹. Söz konusu koşulun aranması halinde; bir tekstil fabrikasının bahçe duvarları yapımı işinin bir başka işverene verilmesi halinde, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmamış olacaktır. Çünkü anılan iş bahçe duvarlarının yapılmasıyla biten bağımsız bir iştir⁴⁰. Nitekim Alt İşveren Yönetmeliğinin 4. maddesinin ç. bendinde de “*alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır*” koşulu aranmıştır.

E. 1996/5435, K. 1996/6135, K.T. 25.03.1996, karar için bakınız, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1996.pdf> (07.07.2010).

³⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/14492, K. 2006/4826, K.T. 11.04.2006, karar için bakınız, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2005_2007.pdf, (08.09.2010), s. 128-130.

³⁶ Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 161.

³⁷ Sarper Süzek, “ Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, **LEGAL, İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010/25, İstanbul, 2010, s. 15.

³⁸ Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri...**, a.g.e., s. 21.

³⁹ Fevzi Demir, **Sorularla Bireysel İş Hukuku, I. Cilt**, Ankara, 2006, s. 36-37.

⁴⁰ Demir, **En Son Yargıtay Kararları.....**, a.g.e., s. 21.

Her ne kadar yönetmelikte de bu yönde hüküm koyulmuşsada, bu hükme katılmak mümkün görünmemektedir. Zira İş Kanununun 2. maddesinde de alt işverene verilecek iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olmalıdır denilmiş, fakat işin devamlılığı noktasında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca öğreti de tartışmalı bir konu olmakla beraber; işin sürekliliği ve süreksizliği noktasında bizim görüşümü destekleyen yazarlar da mevcuttur. Nitekim Çelik'e göre, alt işverenin asıl işverenden aldığı iş devamlı olabileceği gibi geçici nitelikte de bir iş olabilir⁴¹.

Diğer yandan asıl işverenin bu sıfatı kazanması için mal ve hizmet üretiminin gerçekleştirildiği yerin sahibi olması şartı da aranmaz⁴². Bu bağlamda işveren mal ve hizmet üretimi için bir iş yeri kiralamak suretiyle de bu sıfatı kazanabilir⁴³. İşverenlik sıfatının kazanılmasında çalıştırılan işçi sayısının da bir önemi yoktur⁴⁴.

1.3.1.2. Alt İşverenin Varlığı

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin şartlarından biri de alt işverenin varlığıdır. Alt işveren İş Kanunu anlamında bir işverendir. Yani alt işveren asıl işverenin işçileriyle olduğu gibi bir iş sözleşmesiyle işçi çalıştıran bağımsız bir işveren olup, bu sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri işçilerine karşı yerine getirmesi gereken kişidir⁴⁵.

Açıklamadan hareketle alt işveren bir işveren vekili değildir. Şöyle ki, İş Kanunu 2. madde dördüncü fıkrada düzenlenen işveren vekili şu şekilde tanımlanmıştır: “*İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur*”. İşverene iş sözleşmesiyle bağlı işveren vekili hem işçi hem de işveren vekili sıfatını taşır⁴⁶. Oysaki alt işveren asıl işveren karşısında işçi veya işveren sıfatıyla bulunmaz, alt işveren bağımsız bir hizmet sunan müteşebbis konumuyla asıl işverenden iş alan kişi olup, aldığı işi asıl işverenin emir ve talimatlarına göre değil, asıl işverenle arasındaki sözleşmede yer alan proje ve teknik şartlara göre yürütür. Ayrıca işveren vekilinin gerçek kişi olması gerekirken alt işveren gerçek veya tüzel kişi yahut bir kamu tüzel kişisi de olabilmesi mümkündür⁴⁷.

⁴¹ Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Basım, İstanbul, 2007, s. 48; Aydınli **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 162-163.

⁴² Halid Kemal Elbir, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, 1987, s. 34.

⁴³ Demircioğlu-Centel, a.g.e., s. 50.

⁴⁴ Demircioğlu-Centel, a.g.e., s. 50; Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı....**, a.g.e., s. 91.

⁴⁵ Turgut Uygur, **İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar**, Ankara, 1980, s. 268; Tankut Centel, **İş Hukuku**, I Cilt, İstanbul, 1994, s. 66.

⁴⁶ Sarper Süzek, **İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, 2006, s. 149.

⁴⁷ Çankaya, a.g.m., <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf>.

İş Kanunu kapsamında asıl işverenden iş alan alt işverenin bu sıfatı kazanabilmesi için bazı şartları yerine getirmesi gerekir⁴⁸. Örneğin alt işverenin alt işverenlik sıfatını kazanabilmesi için asıl işverenden aldığı işte kendi işçilerini çalıştırmalıdır. Buna göre alt işveren bir başka iş nedeniyle işçi çalıştırsa bile iş aldığı işyerinde işçi çalıştırmadığı takdirde bu sıfatı kazanamaz⁴⁹. Ya da alt işveren aldığı bu işte bir başkası adına işçi çalıştırsa eğer, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından bahsedilmez⁵⁰. Nitekim bu durum İş Kanununun 2. madde gerekçesinde de ifadesini bulmuş ve “*bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin "asli işin bir bölümünde" veya "yardımcı işlerinde" iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak*”tır denilmek suretiyle tersi durumlardaki asıl işveren alt işveren ilişkilerinin geçersiz olacağı belirtilmiştir.

Bunun yanı sıra alt işverenin de asıl işveren gibi bir iş yerinin olması ve burada işçi çalıştırması gerekir. Fakat alt işverenin ilk etapta bir iş yerinin olması da şart değildir. Alt işveren asıl işverenden aldığı bir iş dolayısıyla işverenlik sıfatını kazanabilir. Yani işin görüldüğü yer itibarıyla işyerinin oluşmuş olmasına bağlı olarak alt işveren sıfatını kazanabilir⁵¹. İş Kanunu bu konudaki aksaklıkları gidermek için asıl işverenin işyerini alt işveren açısından bağımsız bir işyeri olarak kabul edilmesini mümkün kılmıştır⁵². Nitekim İş Kanununun ilgili maddeleri çerçevesinde çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 5. maddesinin 1. fıkrasında alt işveren, kendi işyerini İş Kanununun 3. maddesinin hükümlerine göre bildirmek durumundadır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında “*bir işyerinde her ne surette olursa olsun asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir*” denilerek İş Kanundaki hükme paralel bir düzenleme getirilmiştir. Alt işverenin asıl işverenden aldığı iş dolayısıyla bu işyerini nasıl bildireceği ise Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 6 ve 7. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre işyeri bildirgesi ile birlikte; tüzel kişi alt işverenler için Ticaret Sicil Gazetesi Sureti, imza sirküleri, asıl işverenle imzaladığı alt işverenlik sözleşmesini ve eklerini, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğüne vermesi ve bölge müdürlüğüne de talebin yerinde görülmesi halinde alt işverene işyeri tescil numarası verilir⁵³.

⁴⁸ Kadir Arıcı, “Yeni İş Kanunu Ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu” <http://iibf.kocaeli.edu.tr/ceko/armaganlar/tokerdereli/26.pdf>, (10.10.2009), s. 488.

⁴⁹ Canbolat, “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları” a.g.m., s. 22.

⁵⁰ İbrahim Aydın, **Türk İş Hukukunda İşyeri Ve İşletme Kavramları**, Ankara, 2001, s.119.

⁵¹ Osman Güven Çankaya-Şahin Çil, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Ankara, 2006, s. 19.

⁵² Güzel “İş Kanununa Göre Alt İşveren Kavramı....”, a.g.m., s. 40.

⁵³ Öğretide ki yazarlardan Centel’e göre 5763 sayılı Kanunla İş Kanunu 3. maddede yer alan alt işverenin işyerini bildirmesi konusuna yer verilmiş olmasının bir önemi yoktur, çünkü kanunda zaten var olan bir şeyin

Alt işverenin asıl işverenle arasındaki sözleşme ilişkisine gelince: Bu ilişki İş Hukukunun esaslarına tabi olmayıp, Borçlar Hukukunun esaslarına tabidir⁵⁴. Asıl işveren alt işveren arasındaki sözleşme eser sözleşmesi, kira sözleşmesi veya taşıma sözleşmesi olabilir⁵⁵. Örneğin bir işyeri inşaatında kalorifer tesisatının alt işverene verilmesi istisna sözleşmesine, bir eğlence mekânındaki lokanta işletmesinin alt işverene verilmesi kira sözleşmesi ile, işçilerin topluca götürülüp getirilmelerine yönelik toplu taşıma hizmetlerinin alt işverene verilmesi taşıma sözleşmesi ile mümkün olabilecektir. İfade edelim ki, sözleşmenin hukuki niteliği asıl işveren alt işveren ilişkisi açısından belirleyici bir öneme haiz değildir⁵⁶. Ayrıca bu sözleşme özel hukuk sözleşmesi olabileceği gibi idari sözleşme de olabilir. Bu ilişkinin kurulması için aradaki sözleşmenin niteliğinin ne olduğu İş Kanununun 2. maddesi açısından bir önem arzetmemektedir⁵⁷. Nitekim kanun koyucunun bu ilişki çerçevesinde herhangi bir sözleşme adı zikretmemiş olması, sözleşmenin gerekli şartları içinde barındırması halinde sözleşme türünün önemli olmadığı bir göstergesidir.

Diğer taraftan asıl işveren alt işveren ilişkisinin kuran sözleşmenin ne şekilde olması gerektiği yönünde İş Kanununun ilk düzenlemesinde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişken 2008 yılında 5763⁵⁸ sayılı Kanunun ilgili maddesiyle yapılan değişiklikle alt işveren sözleşmesinin yazılı yapılması şartı getirilmiştir. Söz konusu değişik getiren maddenin gerekçesinde “ alt işverenlik sözleşmesi yazılı kurulmadığı zaman çeşitli yorum ve problemlere yol açmaktadır” denilerek sözleşmenin yazılı olması şartının aynı zamanda sözleşmenin yorumu açısından da bir zorunluluk arzettiği açıkça ifade edilmiştir.

Alt işverenlik sözleşmesinde hangi hususların yer alması gerektiği ise İş Kanununda belirtilmemiştir. Ancak Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 10. maddesinde kapsamlı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre; alt işverenlik sözleşmesi şu hususları içermelidir: Her iki işverenin işyeri unvan ve adresleri ile asıl işveren ve alt işverenin tüzel kişiliği veya tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşu olması halinde ise işveren

devamı istenmektedir. Bu bağlamda alt işverenin bildireceği yer kendi işyeridir, yani asıl işverenin işyeri değildir. Bu halde alt işveren işyerini bildirirken de asıl işverenle kuracağı ilişki kapsamındaki alt işverenlik sözleşmesinin bu bildirimle bir alakasının olmaması gerekir. Nitekim yazara göre alt işveren birkaç asıl işverenle aynı anda alt işverenlik ilişkisi kurması halinde birkaç kez bildirimde bulunması gerekecektir ki bunun da mantıklı bir yönü yoktur (Tankut Centel, “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, **SİCİL, İş Hukuku Dergisi**, C. III, Sayı 10, İstanbul, 2008, s. 5-6).

⁵⁴ Çankaya-Çil, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, a.g.e., s. 17.

⁵⁵ Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı...**, a.g.e., s.88; Çankaya, a.g.m., <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf>; Arıcı, a.g.m., s. 486; Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri...**, a.g.e., s. 40; Canbolat, “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları” a.g.m., s. 17; Erdoğan, a.g.m., s. 2.

⁵⁶ Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri...**, a.g.e., s. 27.

⁵⁷ Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., s. 66.

⁵⁸ 15 Mayıs 2008 tarihinde kabul edilen İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

vekillerinin ad ve soyadlarıyla adresleri, işyerinde yürütülen asıl işin ne olduğu ve alt işverene verilen işin ne olduğu belirtilmelidir. Özellikle alt işverene verilen iş asıl işin bir bölümünü oluşturuyorsa, verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşuluna bağlı olarak hangi yönde teknoloji gerektirdiği ölçütüne ve alt işverenin bu konuda uzman olduğunu belgelendirmek amacıyla; iş ekipman listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları da sözleşmeye eklenir. Bunun yanısıra alt işveren tarafından daha önce o işyerinde çalıştırılan işçi veya işçiler çalıştırılacaksa bu işçi veya işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı ve alt işverene verilen işin taraflar açısından yürütülme esaslarıyla asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı yükümlülüklerinin neler olacağı sözleşmede belirtilmelidir. Ayrıca taraflar aralarında işe başlama ve bitiş tarihi kararlaştırmışlarsa bu başlama ve bitiş tarihleriyle asıl işveren veya işveren vekilinin ve alt işveren veya alt işveren vekilinin imzaları da sözleşmeye eklenir denilmiştir (AIY, md. 10).

1.3.2. Alt İşverenin Aldığı İş Asıl İşverenin İşYerinde Yapması

Türk İş Hukukunun 2. maddesine göre işyeri: “işveren tarafından mal ve hizmet üretilmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurları ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir” denilmiştir. Tanımdan yola çıkarak işyerini “işin yapıldığı yer”⁵⁹ olarak nitelendirebiliriz. Nitekim Sendikalar Kanununun 2 maddesinde de, işyeri bu şekilde tanımlanmıştır. Belirtelim ki, Türk İş Hukukundaki işyeri düzenlemesinin Alman ve Fransız İş Hukuku öğretisiyle paralellik gösterdiğini söylemek gerekir.

Alman İş Hukuku öğretisinde “Betrieb⁶⁰”, Fransız İş Hukuku Öğretisinde “établissement” kavramları ile ifade edilen işyerini⁶¹ bu iki ülke öğretisine göre tanımlamak gerekirse: “maddi ve maddi olmayan unsurlar ile işgücünün bir veya daha fazla hukuk süjesi yönetiminde, belirlenen ortak teknik amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelmesiyle oluşan birlikteliktir”⁶². Tanımdan da anlaşılacağı üzere coğrafi olarak sınırlandırılmış ve gerekli malzemelerle donatılmış bir birim olarak tanımlanan işyeri bir teknik üretim ünitesidir⁶³. Ancak işyerini yalnız bir üretim birimi olarak görme yanlışlığına düşülmemelidir. Çünkü bireysel ve kolektif iş ilişkileri işyerinde doğar ve varlıklarını bu iş yerinde sürdürürler⁶⁴.

⁵⁹ Demir, *En Son Yargıtay Kararları.....*, a.g.e., s. 27.

⁶⁰ Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*; 18. Baskı İstanbul 2005; s. 54.

⁶¹ Esener, a.g.e., s. 82.

⁶² Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri Ve İşletme Kavramları*, İstanbul, 2007, s. 10.

⁶³ Esener, a.g.e., s.83.

⁶⁴ Ali Güzel, *İşverenin Değişmesi İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi*, İstanbul, 1987, s. 71.

İfade edelim ki, her ne kadar iki ülke açısından ortak bir iş yeri tanımı verilmeye çalışılmışsa da, Alman hukukunda her norm açısından farklı bir işyeri tanımı söz konusudur. Bu nedenle bu ülke açısından, her olayda işyeri, içinde geçtiği kanunun anlam ve amacına bağlı olarak yorumlanmalıdır⁶⁵. Nitekim 1977 yılında çıkarılan AET yönergesinde işyeri kavramını karşılamak üzere hem “entreprise” hem de “etablissement” kavramlarının⁶⁶ ve 1920 tarihli, işyeri kavramını esas alan İşyeri Konseyleri Kanununda ise “betriebsrätegesetz” kavramının kullanılmış olması bunun bir göstergesidir. Diğer taraftan, Fransız hukukunda ise işyeri kavramı olarak bir önem kazanmamıştır. Çoğu zaman işyeri yerine işletme (entreprise) kavramı kullanılmaktadır ve hiçbir kanunla ya da idari metinde de “işyeri” kavramsal olarak tanımlanmamıştır. Bu bağlamda Fransa’da işyeri kavramını kesin hatlarla belirlemek yerine bu kavramın her duruma göre farklı şekillerde tanımlanabileceği belirtilmiştir⁶⁷.

Ayrıca Türk öğretisinde de işyeri için çeşitli tanımlamalar yapılmış olup bu tanımlardan birine göre işyeri; işyerinin sınırları işçinin çalışma alanına bağlı olarak tanımlanmış ve işçinin işini yaptığı yer işyeridir⁶⁸ denmiştir. Bir diğer tanımda ise: İşveren tarafından bağımsız bir sonuç elde etmek amacıyla işçi çalıştırdığı yer işyeridir. Buna göre hukuki ve iktisadi bağıllık bulunması şartıyla, aynı işverenin elde etmek istediği amaç için farklı işlerin görüldüğü yerler, tek bir işyerinin bölümlerini oluşturmaktadır. Buradan hareketle, işyerinin bütün unsurlarını içinde barındıran bir işyeri tanımı yapmak gerekirse: Bir işverenin teknik bir amacı gerçekleştirmek için süreklilik gösterecek biçimde, çeşitli araçları bir araya getirerek organize ettiği bütüne işyeri denir⁶⁹.

Diğer taraftan İş Kanununun 2. maddesi devamında işyerinden sayılacak diğer unsurlara yer verilmiştir. Bu bağlamda “*İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağıllığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür*”. Zira Kanun gerekçesinde de İş Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında madde tanımı göz önünde tutularak işyerinin sınırlarının belirlenmesinde işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçların yanısıra işverenin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı kullanması halinde bunları işyeri kapsamına dahil edip etmeme noktasında amaçta birlik “aynı teknik amaca bağlı olarak

⁶⁵ Yenisey, a.g.e., s. 15.

⁶⁶ Güzel, **İşverenin Değişmesi**, a.g.e., s. 60.

⁶⁷ Yenisey, a.g.e., s. 13-14-15.

⁶⁸ Ulucan, a.g.e., s. 217.

⁶⁹ Canbolat **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri.....**,a.g.e., s. 44.

üretimde bulunma’’, nitelik yönünden bağıllık “yönetimde birlik” unsurlarının göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu bağlamda bir çelik tencere fabrikasının üretimde kullandığı saçları depo ettiği birim, kesilerek preslendiği yer, tencerelerin parlatıldığı imalathane ile tencere kuplarının takıldığı yerlerin her biri ayrı bir işyeri olabilir. Fakat bu yerlerde yapılan işler, aynı teknik amaca(tencere üretimi) yönelik ise, işin niteliği ve yönetimi bakımından işyerine bağlı yerlerden sayılırlar. Ancak unutulmamalıdır ki bu teknik bağıllık hukuki bağıllık ile tamamlanmış olmalıdır⁷⁰. Ya da bir kumaş dokuma fabrikası örneğinde olduğu gibi, ipliğin satın alınması, boyanması ve dokunup satılması işleri birbiriyle bağlantılıdır. Şöyle ki dokunarak kumaşın elde edilmesi belirli bir işi (belirli bir teknik amacı), ipliğin satın alınması, boyanması ve yeniden satılması da işin belirli bölümlerini parçalarını oluşturur ve bu işlerin yürütüldükleri her bir yer, tek bir işyerini oluşturmaktadır. Burada aynı zaman da yapılan işler ve işyeri arasında hukuki, iktisadi bir bağıllığın yanı sıra, işin yürütümü ve niteliği bakımından da bir bağıllık vardır⁷¹. Aynı şekilde bir şekerleme fabrikası ile kutu yapım atölyesi arasında, bir otomobil fabrikası ile bahçesindeki test alanı arasında aynı yönde bir ilişki vardır⁷².

Tanımını yapmaya çalıştığımız işyeri asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için aranan şartlardan biridir. Bir diğer anlatımla asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından bahsedebilmek için alt işverenin aldığı işi asıl işverenin işyerinde ya da işyerinin bir organizasyon bütünü olduğundan hareketle, alt işveren asıl işverenden bu organizasyon bünyesinde iş aldığı takdirde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olur.

1.3.3. Alt İşverenin Aldığı İşte Sadece Görevlendirdiği İşçileri Çalıştırması

4857 sayılı Kanunla alt işverenin işçilerini sadece aldığı işte çalıştırılması şartı getirilmiştir. Bu şart 1475 sayılı Kanunda “*münhasıran*”, 4857 sayılı İş Kanununda ise “*sadece*” kavramıyla ifade edilmiştir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurucu unsurlarından biri olarak anılan hüküm 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6 fıkrasında “*bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu iş yerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren*” şeklinde düzenlenmiştir. Daha öncede belirtildiği üzere alt işverenin işveren sıfatını kazanabilmesi için aldığı işte işçi çalıştırması şarttır. Buna göre alt işveren aldığı işi kendisi yapıyor veya kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olmayan kişilere bu işi yaptırıyorsa, işte o zaman asıl işveren

⁷⁰ Demir, **Sorularla Bireysel İş Hukuku**, a.g.e., s. 48.

⁷¹ Çubukçu, “Türk İş Hukukunda....”, a.g.e., s. 22.

⁷² Ercan Güven-Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku**, 2. Baskı, Eskişehir, 2007, s. 47.

alt işveren ilişkisinin varlığından bahsetmek mümkün değildir⁷³. Aynı şekilde alt işveren aldığı işi, işçi çalıştırmadan bir başkasına devreder veya bu işte kendi işçilerini değil de bir başka işverenin işçilerini o işveren adına çalıştırırsa yine asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz⁷⁴.

Diğer taraftan, alt işvenin aldığı işte sadece görevlendirdiği işçileri çalıştırması hususu, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurucu bir unsuru mu, yoksa asıl işverenin sorumluluğunun sınırlarının belirlenmesi için aranan bir koşul olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bu şartı, asıl işverenin sorumluluk esasına bağlayan öğretideki yazarlardan biri, görüşünün kaynağını 1975 sayılı İş Kanunundaki “münhasıran” ifadesine dayandırmaktadır. Bu görüşe göre: 1475 sayılı (eski) İş Kanunu’nda da “işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran işveren” ifadesi, 1475 sayılı İş Kanunu bağlamında asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasının koşulu olarak değil, asıl işverenin birlikte sorumluluğunun gereği olduğunu ileri sürmektedir⁷⁵. Aynı görüşe göre 4857 sayılı İş Kanunundaki düzenleme ise alt işverenin asıl işverenden aldığı işte çalıştırdığı işçilerini, sadece o işyerinde çalıştırması koşulu asıl işverenin sorumluluğuna “tatminkâr” bir izah verme ihtiyacından doğmaktadır⁷⁶.

Belirtelim ki bu kanun yürürlüğe girdikten sonra Yargıtay’ın bu görüşü destekler kimi kararları söz konusu olmuştur. Yargıtay 2008 yılında verdiği bir kararında, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumlu tutulabilmesi için bu ilişkinin varlığı yeterli değildir denilmiş ve aynı kararda alt işverenin sorumluluğundan bahsedebilmek için işçinin “münhasıran” asıl işverenin işyerinde çalışması gerektiği belirtilmiştir⁷⁷. Yargıtay vermiş olduğu kararda asıl işveren alt işveren ilişkinin kurulmuş olmasını yeterli görmemişse de, Yargıtay’ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü asıl işverenin müteselsil sorumluluk esası, bu

⁷³ Çankaya, a.g.m., <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf>.

⁷⁴ Aydınlı, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s.185.

⁷⁵ Nitekim 1975 sayılı İş Kanunu döneminde Yargıtay’ında öğretideki bu görüşe yakın kararları söz konusu olmuştur. Örneğin Yargıtay 2004 yılında verdiği bir kararında bu ilişkiyi vurgulamıştır. Söz konusu kararda davalı Yemek Sanayi ve Ticaret Ltd. Şirketinin, Kooperatifinin yemek işini ihale ile aldığı asıl işveren alt işveren ilişkisindeki davada, davacının alt işveren Ltd. Şirketinin şoförü olarak, işyerinde pişen yemekleri asıl işverenin işyerine taşıdığı anlaşılmaktadır. 1475 sayılı İş Kanununun 1/son maddesi gereğince asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğu, işin münhasıran işyerinde yapılması halinde söz konusudur. Söz konusu davada davacı işçinin, Kooperatifine ait işyerinde münhasıran çalışıp çalışmadığı dosya içeriğinden anlaşılamadığından mahkemece Kooperatifinin sorumlu tutulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir denilmiştir Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2003/22193, K. 2004/9568, K.T. 26.4.2004, karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 105.

⁷⁶ Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e., s. 143.; aynı yönde başka gerekçelerle Çelik ’in görüşü için bakınız, Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, a.g.e., s. 50. Belirtmek gerekir ki; Fevzi Demirde buradaki unsuru müteselsil sorumluluğun bir esası olarak görmektedir. Ayrıca yazara göre asıl işverenin sorumluluğunun doğabilmesi için alt işverenin bütün işçilerinin asıl işverenden aldığı işte çalıştırılması gerektiğini savunmaktadır (Demir, **En Son Yargıtay Kararları.....**, a.g.e., s. 22.

⁷⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/32136, K. 2007/37354, K.T. 10.12.2007, **Çalışma ve Toplum**, C. II, Sayı 17, İstanbul, 2008, s. 249-250.

ilişkinin kanuna uygun olarak kurulmuş olmasının bir sonucu olarak⁷⁸. Karşımıza çıkmaktadır. Diğer yandan kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin bütün işçilerini asıl işverenin iş yerinde çalıştırması zorunluluğu olmadığı hususundan hareketle, husumete taraf işçinin alt işverenlik ilişkisi içinde söz konusu işyerinde gösterilmemesi ihtimali mevcuttur. Ayrıca asıl işveren alt işveren ilişkisini düzenleyen Alt İşverenlik Yönetmeliğin 4. maddesinin c bendin de asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasının şartları arasında bu hükme yer verilmiş olması da, adı geçen şartın bu ilişkinin kurucu unsurlarından biri olduğunun göstergesidir.

1.3.4. Alt İşverene Verilecek İşlerin Asıl İşin Bir Bölümü Olması

Asıl iş; Alt İşverenlik Yönetmeliğinde 3. maddesinin c bendinde “*mal ve hizmet üretiminin esasını oluşturan iş*” olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda asıl iş, işyerinin gerçek karakterini yansıtan teknik amaca yönelik faaliyettir⁷⁹. Yani asıl iş, işyerinin teknik amacını ortaya koyan mal ya da hizmet üretimidir⁸⁰. Örneğin bir plazma TV fabrikasındaki TV üretimi⁸¹, öğrenci yurtlarında çamaşır hizmetleri, hastane de hemşirelik hizmetlerinin her biri asıl iştir⁸².

Asıl iş bir tek süreçten oluşabileceği gibi tek başına yapılabilir nitelik taşıyan süreçler den de oluşabilir ve bu süreçlerin her biri ise asıl işin bölümlerini oluşturur⁸³. Yoğurt üretimi yapılan bir işletmede, yoğurt için süt hazırlama pastörizasyon, homojenizasyon, kültürleme, mayalama, paketlenme, yoğurtlaşma ve soğutma asıl iş olan yoğurt üretiminin aşamalarını oluşturur. Asıl işin bölümlere ayrılmasında üretim yöntemleri, yönetim ilkeleri, lojistik, işyerinin büyüklüğü, Pazar olanakları gibi işletme esasları yanında kullanılan teknoloji etkili olur⁸⁴.

Diğer yandan iş yerinde birden fazla asıl iş olması halinde asıl işin hangisi olduğuna gelince; bu durumda İş Kanunu 3. maddesinde belirtildiği gibi işyeri bildiriminde asıl işveren çalışma konusu olarak neyi beyan etmiş ise asıl iş olarak o kabul edilmelidir. Bu konuda

⁷⁸ 1475 sayılı Kanun döneminde asıl işveren alt işveren ilişkisinde ilişkinin kurulmasından ziyade, asıl işverenin birlikte sorumluluk esasının hangi şartlarda oluşacağına dair tartışmalar ön planda olduğu görülmektedir. Nitekim 1475 sayılı Kanunun 1/son maddesindeki düzenleme de “Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.” Denmiş olması da söylenenleri doğrular niteliktedir.

⁷⁹ Akyiğit, “İçtihatlı ve Açıklamalı.....”, a.g.e., s.91.

⁸⁰ Ekonomi, a.g.e., s. 37.

⁸¹ Akyiğit, “İçtihatlı ve Açıklamalı.....”, a.g.e., s.91.

⁸² Şen-Naneci, a.g.m., s. 29.

⁸³ Akyiğit, “İçtihatlı ve Açıklamalı.....”, a.g.e., s.91..

⁸⁴ Ekonomi, a.g.e., s. 37-38.

Yargıtay'ın bir işyerindeki asıl işin tespitinde kabul ettiği ölçüt ise; bir işyerinde en çok yatırım hangi işe yönelik olarak yapılıyorsa ve iş organizasyonunda hangi işin ağırlığı daha fazla ise asıl iş odur. Eğer bu şekilde de asıl iş belirlenemiyorsa üretilen mal ve hizmetlerde çalışan işçi sayısına ve üretilen ürün miktarına bakılarak hangi işin asıl iş olduğu belirlenir⁸⁵. Ayrıca burada göz önünde bulundurulması gereken bir başka husus da asıl işin bir tek süreç ya da süreçlerden oluşup oluşmadığıdır. Zira asıl iş tek bir süreçten oluşuyorsa bu işin alt işverene verilmesi mümkün değildir⁸⁶. Belirtmek gerekir ki, İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında da asıl işin bir bölümünün bölünerek alt işverene verilebileceği yönündeki hükümde bu söylenenleri destekleyici niteliktedir. Diğer taraftan bölünebilen asıl işin her bir bölümünün tamamı alt işverene verilmelidir. Aksi düşünülecek olunursa asıl işverenin işçileri ile alt işverenin işçilerinin verilen işte çalışması söz konusu olacaktır. Zaten Kanunda asıl işin alt işverene verilmesinde bu yönde getirilen sınırlama da “.....bir iş yerinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin bir bölümünde iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemesinin imkan vermediği.....”dır. Ancak buradan anlaşılması gereken artık aynı çatı altında asıl işverenin ve alt işverenin bulunamayacağı değildir. Bir diğer anlatımla asıl işveren alt işverene verdiği işte kendi işçilerini çalıştırmadığı sürece ya da alt işveren işçileri alınan iş bölümü dışında asıl işverenin diğer işlerinde çalışmadıkları müddetçe, aynı iş yerinde iş yapıyor olmaları bu ilişkinin kurulması açısından herhangi bir sorun teşkil etmez⁸⁷. Nitekim alt işverenin asıl işverenin işyerini kendi işyeri gibi tescil ettirmesi gerektiği hükmüne Kanun düzenlemesinde yer verilmiş olması da bunun göstergesidir⁸⁸.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında asıl işin bir bölümünde alt işverenin iş alması ifadesinden asıl işin sadece bir bölümünün alt işverene verilebileceği ya da alt işverenin işyerinin bir bölümünde iş alması halinde, işyerinin herhangi bir bölümünde iş alamayacağı anlaşılmamalıdır. Bu bağlamda asıl işin bazı bölümleri gerekli

⁸⁵ Ekonomi, a.g.e., s. 39.

⁸⁶ Akyiğit, “İçtihatlı ve Açıklamalı.....”, a.g.e., s.91; Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., s. 71; Şafak, a.g.m., s. 3

⁸⁷ Lütfi İnciroğlu, **Güncel Yargıtay Kararları Işığında Yeni İş Kanunu: Sorulu-Cevaplı-Uygulamalı**, İstanbul, 2006, s.31.

⁸⁸ Arıcı bu konuya farklı yaklaşmaktadır. Yazara göre bu madde gerekçesinden anlaşılması gereken eğer asıl işveren bütün işini bir çatı altında yapıyor ise böyle bir durumda koşullar mevcut olsa bile asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda entegre bir tekstil fabrikasında asıl işin herhangi bir aşaması ya da hastane de söz gelimi hasta bakıcılık veya hemşirelik hizmetlerinin, veyahut bir montaj fabrikasında aynı çatı altında yürütülen montaj işlerinin bölünerek bir kısmının alt işverene verilebilmesi mümkün değildir (Arıcı, a.g.m., s. 500).

koşullar mevcut olduğu takdirde aynı anda aynı veya farklı alt işverenlere verilebilir. Diğer taraftan unutulmamalıdır ki böyle bir durumda asıl işi ağırlıklı olarak halen asıl işveren sürdürüyor olmalıdır⁸⁹.

Asıl işin hangi koşullarda alt işverene verilebileceğine gelince: 1475 sayılı İş Kanunu döneminde asıl işin hangi koşullar altında alt işverene verilebileceği noktasında görüş birliği yoktu. Kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunuyla “*işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkinasıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler*”in alt işverene verilebileceği belirtilerek asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırları çizilmiştir⁹⁰. Nitekim madde gerekçesinde bu hususa işaret edilerek: “*Asıl işveren alt işverenin ilişkisinin tanımı unsurlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla beraber, görüş ayrılıklarına sebep olan bir konu da kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline getirilmiştir. Buna göre bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin "asıl işin bir bölümünde"iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak*”, denilmek suretiyle asıl işin ancak belli koşullara bağlı olarak alt işverene verilebileceği açıkça vurgulanmıştır.

1.3.5. Alt İşverene Verilecek İşlerin Yardımcı İşlere İlişkin Olması

4857 sayılı İş Kanununda yardımcı işe yönelik bir tanım olmamakla beraber Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinin 3. bendinde yardımcı iş tanımlanmıştır. Bu bağlamda yardımcı iş: “*iş yerinde yürütülen mal ve 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 işi*” ifade eder. Belirtelim ki, Alt İşverenlik Yönetmeliğindeki tanımdan hareketle yardımcı iş; işyerindeki asıl faaliyetle ilgili olmakla beraber asıl faaliyete nazaran ikinci planda kalan işlerdir. Buna göre asıl işle maddi anlamda herhangi bir ilgisi olmayan bir işi yardımcı iş olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu bağlamda bir hastane hastanenin temizlik işi ya da hastanede çalışan personel için dışarıdan yemek alınması gibi işler yardımcı işlere örnek olarak gösterilebilir⁹¹.

Belirtelim ki, yardımcı işin ne olduğu 4857 sayılı Kanun Tasarısı TBMM’de görüşülürken alt işverenlikle ilgili maddeye ilişkin verilen değişiklik önergesinin gerekçesinde de açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre yardımcı iş “ *doğrudan üretim*

⁸⁹ Ekonomi, a.g.e., s. 38.

⁹⁰ Güzel “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı.....”, a.g.m., s. 40.

⁹¹ Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e., s. 141.

organizasyonu içinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin.....”⁹² yardımcı iş olarak tanımlanmıştır.

Öte yandan yardımcı işlerin hangi koşullar altında alt işverene verilebileceğine gelince; ifade edelim ki, alt işverenlikle ilgili madde TBMM’de görüşülürken asıl işveren alt işveren ilişkisinde yardımcı işin bir sınırlamaya tabi olmaksızın alt işverene verilebileceği belirtilerek bu hususta açıklığa kavuşturulmuştur⁹³. Buradan da hareketle yardımcı işlerin, alt işverene verilmesi noktasında asıl işte olduğu gibi işletme ve işin gerekleri ya da uzmanlık koşulu şartlarının varlığı aranmadığı açıktır. Ancak öğretilerdeki kimi yazarlardan birine göre yardımcı iş; asıl iş gibi yardımcı işte uzmanlık gerektiren bir iştir. Şöyle ki asıl işverenden iş alan alt işveren zaten aldığı işte uzman olduğu için Kanunda ayrıca bu yönde koşul ileri sürülmemiştir⁹⁴. Belirtelim ki, yazarın görüşüne katılmak mümkün gözükmemektedir. Kanaatimizi bir örnekle somutlaştıracak olursak; bir işveren yemek, taşıma, temizlik işlerini alt işverene vermeyi kararlaştırdığında elbette ki söz konusu işleri en iyi yapan alt işverenleri tespit edip onlara iş vermeyi amaçlayabilir. Bir diğer anlatımla asıl işveren işinde uzman olan alt işverene iş verme yönünde tercihte bulunabilir. Ancak asıl işverenin henüz iş hayatına atılmış ve yeterli deneyim ve tecrübeye sahip olmayan bir alt işverenle ilişki kurması için herhangi bir engel söz konusu değildir⁹⁵. Zira Yargıtay işyerinde yapılanmaya giden bir işverenin güvenlik ve itfaiye işlerini alt işverene vermesiyle alakalı bir kararında; bu işlerin alt işverene verilmesinde herhangi bir mahsurun olmadığını, çünkü bu işlerin teknolojik ya da uzmanlık gerektiren asıl işlerden olmadığı için bu yönde bir şartın aranmasının da gerekli olmadığını belirtmiştir⁹⁶. Daha öncede belirtildiği gibi 1975 sayılı Kanun döneminde hangi işlerin alt işverene verilebileceği konusunda görüş birliğinin olmaması nedeniyle 4857 sayılı İş Kanunu döneminde alt işverene verilebilecek işlerin hangi koşullarda verilebileceği ayrıntılandırılmış ve fakat yardımcı işlerde herhangi bir ölçüt aranmamıştır. Zaten İş Kanununun 2. maddesinin sistemik yorumundan ve aynı maddenin 7. fıkrasında yer alan “ işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt

⁹² **TBMM Tutanak Dergisi**, C. XV, Yasama Yılı 1, Dönem 22, 83. Birleşim 22 Mayıs 2003, s. 38.

⁹³ TBMM Tutanak Dergisi, a.g.m., s. 38.

⁹⁴ Murat Engin, “İş Kanununda Yeni İstihdam Biçimleri Ve Üçlü İş İlişkileri”, **I. Çalışma Yaşamı Ve İş Denetimi Kongresi**, Ankara, 2008, s. 70.

⁹⁵ Ekonomi, a.g.e., s. 48-49.

⁹⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/12985, K. 2005/20130, K.T. 01.06.2005, söz konusu karar ve karara ilişkin Fevzi Şahlanan’ın incelemesi için bakınız, “Yardımcı İşlerin Alt İşverene Verilmesi”, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/62/34/> (10.10.2010).

işverene verilemez” hükmünden hareketle de yardımcı işlerin verilmesinde herhangi bir uzmanlık şartı⁹⁷ aranmadığını ileri sürebiliriz.

Diğer taraftan yardımcı iş, geçici olabileceği gibi devamlılık gerektiren bir işte olabilir. Belirtelim ki, kanunda ne asıl işe yönelik nede yardımcı işe yönelik herhangi bir devamlılık koşuluna yer verilmemiştir⁹⁸. Bu bağlamda yardımcı işlerin alt işverene verilmesi noktasında devamlılık arz edip etmemesinin bir önemi yoktur.

1.4. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MÜŞTEREK VE MÜTESELSİL SORUMLULUK

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin Kanuna uygun olarak kurulmasının en önemli sonucu asıl işverenin alt işverenle birlikte, alt işverenin işçilerine karşı müşterek ve müteselsil sorumluluğunun doğmasıdır. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında “Bu ilişkide asıl işveren, alt işveren işçilerine karşı o iş yeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumludur” denilmek suretiyle bu sorumluluk kayıt altına alınmıştır.

İfade edelim ki, asıl işveren alt işveren ilişkisine yönelik ilk düzenlemelerde alt işveren işçilerine karşı sorumluluk sadece asıl işverene yönelik olarak yapılmıştır. Nitekim 1936 tarihli 3008 sayılı Kanun’daki düzenleme de “işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahısla mukavele akdetmiş olsalar bile, mukavele şartlarından asıl işveren sorumludur” denilmiştir. Ancak 1950 yılında 5518 sayılı Kanunla hem alt işverenin faaliyet gösterebilecekleri alanlar belirlenmiş hem de alt işverenlerin asıl işverenlerle birlikte sorumlu olması esas benimsenmiştir. Bu bağlamda adı geçen Kanundaki düzenlemeye göre: “işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıpta aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü bir şahsın aracılığıyla işe girmiş ve bu üçüncü şahısla sözleşme akdetmiş iseler, bu araçlar da asıl işverenle müşterek ve müteselsilen sorumludur” denilmiştir.

Daha sonra 1475 sayılı İş Kanunu ile bu düzenleme şu yönde değişmiştir “ Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde veya eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan doğan yükümlülüklerinden asıl işverende birlikte sorumludur”⁹⁹ denilmiştir. İfade

⁹⁷ Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., s. 71.

⁹⁸ Ekonomi, a.g.e., s. 48; Süzek, “ Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, a.g.m., s. 16.

⁹⁹ Ünal Narmanlıoğlu, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, yay. haz. Mehmet Uçum, İstanbul, 2008, s. 54.

edelim ki, şu an yürürlükte olan yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunuyla da asıl işverenin sorumlulukları genişletilerek varlığını sürdürmektedir¹⁰⁰.

4857 sayılı İş Kanunuyla alt işverenlerin asıl işverenlere nazaran daha az sermaye sahibi olmaları ve mali bakımdan yeterli güce sahip olmamalarından dolayı¹⁰¹, kendi yanlarında istihdam ettikleri işçilerin ücret ve diğer haklarına karşı ödeme güçlüğü içine düşmeleri ihtimaline karşı asıl işverenin sorumluluk esasını kanun koyucu tarafından benimsemiştir¹⁰². Nitekim buradaki sorumluluğunun tek yönlü olması, yani asıl işverenin herhangi bir işçine karşı borcundan dolayı alt işverenin sorumlu tutulmaması belirtilen bu amacı teyit edici niteliktedir¹⁰³. Öte yandan durumun tersine dönmesi halinde, yani alt işverenin asıl işverene göre maddi yönden daha yeterli olması halinde asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğu ortadan kalkmaz. Çünkü Kanun koyucu bu düzenlemeyi aynı zamanda adalet ve hakkaniyet ilkelerini göz önünde bulundurarak yapmıştır¹⁰⁴.

Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı olan sorumluluğu müşterek ve müteselsil sorumluluktur¹⁰⁵. Asıl işverene yükletilen sorumluluk mutlak olmakla beraber bu sorumluluk istisnai ve sınırlı bir sorumluluktur. Bu nedenle asıl işverenin İş Kanunu dışındaki kanunlardan kaynaklanan işçi alacaklarından dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir¹⁰⁶. Belirtmek gerekir ki, İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında yer alan asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan

¹⁰⁰ Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e., s. 144.

¹⁰¹ Öğretideki yazarlardan Çubukcu'da asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumlu tutulmasını alt işverenin yetersiz sermayeye sahip olmasına bağlayarak açıklamaktadır. Ancak yazar şu noktada farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Yazara göre asıl işverenin müşterek sorumluluğunun göstergesi alt işverenin kendisine ait bir iş yerinin olup olmadığıdır. Bu bağlamda yazara göre, alt işveren İş Kanunu kapsamına giren nitelikte bir işyerine sahip değilse işte bu durumda asıl işverenin sorumluluk esasını gündeme gelmelidir (Erdoğan Çubukçu, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Tanım Ve Kavramlar", **TÜHİS İş Hukuku Ve İktisat Dergisi**, C. XXI, S. 2-3, Ankara, 2007-2008, s. 2).

¹⁰² Süzek, **İş Hukuku**..., a.g.e., s. 142; Erdoğan, a.g.m., s. 10.

¹⁰³ Centel, **İş Hukuku** a.g.e., s. 67.

¹⁰⁴ Narmanlıoğlu, "Asıl İşveren-Alt İşveren....." a.g.m., s. 67.

¹⁰⁵ Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e., s. 144; Centel, **İş Hukuku** a.g.e., s. 67; Nitekim Yargıtay kararlarında da bu sorumluluğun müşterek ve müteselsil olduğunu belirtilmektedir. Bu bağlamda bu yöndeki bir davayı Yargıtay şu yönde karara bağlamıştır. Davalı ... Tic. Ltd. şirketi ile diğer davalı ... Otelcilik A.Ş'nin otel işyerinin altında bulunan garaj ve oto yıkama işlerini yapmak üzere kira sözleşmesi imzaladığı dava da, davacının davalılardan ... Tic. Ltd. Şirketinin işçisi olduğu anlaşıldığından ve İşyerinin konumu, taraflar arasında imzalanan sözleşme koşulları göz önünde bulundurulduğunda davalılar arasındaki ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olduğu anlaşıldığından alt işverenin işçisi olan davacının zamanında hüküm altına alacaklarından dolayı asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu tutulması gerekir Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/35194, K. 2005/39733, K.T. 19.12.2005, karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e. s. 120; bu yöndeki bir başka karar için bakınız, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/24560, K. 2008/186, K.T. 18.02.2008, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. I, Sayı 16, İstanbul, 2008, s. 367-369; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/1920, K. 2006/26775, K.T. 10.10.2006, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. II, Sayı 13, İstanbul, 2007, s. 300-301; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/27556, K. 2005/33221, K.T. 12.10.2005, karar için bakınız, Çankaya-Çil a.g.e., 57-58.

¹⁰⁶ Narmanlıoğlu, "Asıl İşveren-Alt İşveren.....", s. 66.

yükümlülüklerden dolayı alt işverenle birlikte sorumludur şeklindeki düzenleme de söylenenleri teyit etmektedir. Bu bağlamda alt işverenin iş yerinde toplu iş sözleşmesi bağitlanmıssa, iş sözleşmesinin yerini toplu iş sözleşmesi alacağı için asıl işverenin sorumluluğu toplu iş sözleşmesi yönünde genişlemiş olacaktır¹⁰⁷. Ayrıca Yargıtay'da önüne gelen bir davada asıl işverenin sorumlulukları ile ilgili olarak İş Kanunundaki düzenlemeye aynen yer verdikten sonra, ilgili hükümlerle, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğunun genişletilmiş olduğunu belirterek; asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı, ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, pirim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluğu esastır. Kanunun kullandığı “birlikte sorumluluk” deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir¹⁰⁸ demiştir.

Birlikte sorumluluk hukuki sorumluluğu içerip, cezaların şahsiliği ilkesinin bir gereği olarak, cezai sorumluluğu içermez¹⁰⁹. Yine ifade edelim ki, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğu borcun tamamına ilişkindir. Bu bağlamda normal şartlar altında alt işverenin yerine getirmesi gereken bu sorumluluk alt işveren tarafından yerine getirilmediği takdirde, alt işverenin işçisi ister alt işverene başvurarak isterse asıl işverene başvurarak haklarını talep edebilir. Belirtelim ki, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı müşterek sorumluluk esasının benimsenmiş olması ile asıl işverene bir kusursuz sorumluluk hali yüklenmiş olmaktadır. Zira asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin kendi üstüne düşen

¹⁰⁷ İnciroğlu, a.g.e., s. 41.

¹⁰⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/29931, K. 2008/7460, K.T. 04.04.2008, karar için bakınız, Çalışma ve toplum, C. IX, Sayı 4, İstanbul, 2008; Yargıtay 2005 tarihli bir kararda da aynı tutumla hareket etmiştir. Söz konusu dava da davacı işçi davalılardan Körfez Belediyesinin hissedarı olduğu diğer davalı Yarpaş A.Ş.’nin işçisi olarak çalışırken, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini iddia ederek feshin geçersizliğini ile işe iadeye ve buna bağlı olarak alması gereken tazminatların neler olduğunu belirlenmesini talep etmiştir. Yargıtay ise toplanan delillerden ve dosya içeriğinden, mahkemenin feshin geçersizliğine, işe iadeye ve tazminatların belirlenmesine yönelik kararlarını isabetli bulmuştur. Kararın devamında ise; davacı işçinin davalı alt işveren Yarpaş A.Ş.’nin işçisi olduğu konusunda taraflar arasında herhangi bir ihtilaf bulunmadığını ve bu nedenle işçinin iadesine karar verilmesinin zaten zorunlu olduğunu belirtmiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesi uyarınca asıl işverenin müteselsil sorumluluğundan hareketle işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre alacağından her iki davalıyı da müştereken ve müteselsilsen sorumlu tutmuştur Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/26212, K. 2005/30041, K.T. 15.09.2005, karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 61-62; Yargıtay işçinin vergi alacağını da müteselsil sorumluluk kapsamında görmektedir. Yargıtay 2007 yılında varmış olduğu bir karar da “Somut uyumsuzlukta taraflar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi mevcuttur. Buna göre asıl işveren olan davalı İ. A.Ş. mahiyeti itibarıyla iş sözleşmesinden kaynaklanan işçilik alacağı niteliğindeki vergi iadesinden sorumlu olmasına rağmen yazılı gerekçelerle sorumlu tutulmaması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” demiştir Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/32233, K. 2007/34649, K.T. 19.11.2007, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C.II, Sayı 17, İstanbul, 2008, s. 317-318.

¹⁰⁹ İnciroğlu, a.g.e., s. 41.

sorumlulukları yerine getirmemesinden kaynaklanan bir sorumluluktur¹¹⁰. Belirtmek gerekir ki, asıl işveren, alt işverene bütün borçlarını ödediğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Ayrıca asıl işverenle alt işveren aralarında yapacakları sözleşme ile müşterek ve müteselsil sorumluluk hükümlerini bertaraf edecek hükümlerde koyamazlar. Böyle bir hükme sözleşmede yer verilmiş olsa dahi hukuken bunu alt işveren işçisini bağlayıcı bir yönü yoktur. Çünkü İş Kanununun alt işverenle birlikte asıl işverenin sorumluluğunu düzenleyen hükmü kamu düzeniyle ilgilidir¹¹¹. Bu bağlamda asıl işverenlerin buna aksi yönde hareket etmeleri kanunen mümkün değildir. Ancak asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumluluğunun ötesine geçemez. Bir diğer anlatımla alt işveren işçileri ancak kendi işverenlerinden talep edebilecekleri hak kadarını asıl işverenden talep edebilirler¹¹². Bununla birlikte asıl işveren alt işveren işçisine¹¹³ bir ödeme de bulunduğu takdirde alt işverene rücu hakkı saklıdır. Yani asıl işveren isterse yaptığı ödemeler için alt işverene başvurabilir¹¹⁴. Belirtmek gerekir ki, asıl işverene tanınan bu sorumluluktan dolayı, asıl işverenler kanundan doğan sorumluluklarını hafifletebilmek için, yanlarında alt işveren çalıştırdıkları zaman alt işverenlerle yaptıkları istisna, nakliye ve kira sözleşmelerine, işçilerine karşı yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini kontrol etme yetkisi veren

¹¹⁰ Narmanlıoğlu, “Asıl İşveren-Alt İşveren.....” a.g.m., s. 68.

¹¹¹ Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir karar da, işverenler arasında önceden imzalanan bir sözleşme ile sorumluluğun tek tarafa yüklenmesi yönündeki bir anlaşmanın geçersiz olacağını belirterek, aradaki ilişkide müteselsil sorumluluğunun esas olduğunun altını çizmiştir. Söz konusu olay da X Genel Müdürlüğü ile Y Ltd. şirketi arasında bir hizmet alım sözleşmesi imzalanmış ve bu sözleşme çerçevesinde Y Ltd. şirketi, X Genel Müdürlüğünün farklı yerlerdeki dinlenme ve bakım evlerinin işletilmesi işini yüklenmiştir. Bu iş çerçevesinde davacı işçinin SSK ve işe giriş bildirgesi Y Ltd. şirketi tarafından verilmiş, ödenmesi gereken ücretlerde bu şirket tarafından ödenmiş ve yine bu şirket tarafından davacı işçi işten çıkarılmıştır. İşten çıkarılan işçi Y. Ltd. şirketi aleyhine dava açarak ihbar ve kıdem tazminatının kendisine ödenmesini talep etmiştir. Ancak bu iki işveren arasında önceden imzalanan sözleşme ile işçilerin kıdem tazminatlarının asıl işveren tarafından ödenmesi kararlaştırılmıştır. İşte bu noktada konu açısından önemli olan noktaya işaret etmek gerekirse: Yerel mahkeme davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatı talebiyle açmış olduğu davayı kısmen hüküm altına alırken, Yargıtay taraflar aralarında anlaşsalar bile Y Ltd. şirketinin sorumluluğunun ortadan kalkmayacağından hareketle ve diğer başkaca da nedenlerden ötürü yerel mahkemenin vermiş olduğu kararı bozmuştur Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/35771, K. 2007/5072, K.T. 26.02.2007, Çalışma Hayatıyla İlgili Yargıtay Kararları, a.g.e., s. 139-140.

¹¹² Narmanlıoğlu, “Asıl İşveren-Alt İşveren.....” a.g.m., s. 65.

¹¹³ Diğer yandan asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğu kapsamında işçinin ister asıl işverene karşı isterse kendi işverenine karşı dava açabilmesi, işçinin bu davayı hangi yer İş Mahkemesinde açabileceği sorunu akla getirmektedir. Belirtmek gerekir ki; Yargıtay bu konuda vermiş olduğu kara da İş Kanunu madde 2 uyarınca asıl işveren alt işveren ilişkisinin gereği olarak her iki işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğu nedeniyle, davalı işçi her biri hakkında ayrı dava açabilir. Bu bağlamda Usul Muhakemeleri Kanunu'nun 9. maddesi 2. fıkrası uyarınca davalının birden fazla olması halinde davacı bu işverenlerinin birinin İkametgâhı adresindeki İş Mahkemesinde dava açılabilir diyerek işçinin dava açması halinde nasıl bir yol izlemesi gerektiğini açıklamıştır. Bunun yanı sıra işçi İş Mahkemeleri Kanunu 5. Maddeye göre; işçinin işini yaptığı işyeri için görevli iş mahkemesinde de dava açılabilir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/12685, K. 2005/14899, K.T. 28.04.2005, karar için bakınız Çankaya-Çil, a.g.e., s. 72-73).

¹¹⁴ Belirtmek gerekir ki; asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşme bir iş sözleşmesi olmadığından, asıl işveren rücu hakkını kullanmak üzere İş Mahkemesinde dava açamaz. Dava da hangi mahkemenin görevli olacağı, işverenlerin arasındaki sözleşmenin niteliğine ve uyumsuzluğun miktarına bağlı olarak değişecektir (Uygur, a.g.e., s. 270).

hükümler koyma yoluna gidebilirler. Örneğin; asıl işveren alt işverenin işçilerine yaptığı ücret ödemelerini takip edebilmek amacıyla, sözleşmelerle her ay bordro örneklerinin ya da ücret ödeme belgelerinin bir nüshasının, kendisine verilmesini öngören hükümleri sözleşmeye koyabilir¹¹⁵.

Asıl işverenin işçinin ölümü halinde mirasçılara karşıda sorumluluk doğuran müteselsil sorumluluğu¹¹⁶, asıl işverenin alt işverene iş verdiği tarihten itibaren başlar¹¹⁷ ve asıl işverenin sorumluluğu alt işverenle ilişkinin devam ettiği süreyle sınırlı olarak devam eder¹¹⁸. Zira Yargıtay bu yöndeki bir kararında: Asıl işverenin sorumluluğu sadece alt işverenle ilişki içinde olduğu dönemle sınırlı olup bu ilişkinin sona ermesinden sonraki işçilik hakları yönünden herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Bu bağlamda Mahkeme tarafından her ne kadar davalı Şenkara Nakliyat Taahhüt ve Ticaret Ltd. Şti. hakkında verilen karar yerinde ise de; alt işveren olarak Şenkara Ltd. Şti. tarafından davacının iş sözleşmesi asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan alt işverenlik sözleşmesinin sona ermesinden sonra feshedildiğinden, asıl işveren, Tütün Sanayi ve Dış Ticaret AŞ. Hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır¹¹⁹ demiştir.

¹¹⁵ Süzek, **İş Hukuku....**, a.g.e., s. 143.

¹¹⁶ Uygur, a.g.e., s. 268-269.

¹¹⁷ Erdoğan, a.g.m., s. 10; Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, a.g.e., s. 49.

¹¹⁸ Nizamettin Aktay-Kadir Arıcı- E.S. Kaplan, **İş Hukuku**, Ankara,2006, s. 68; Ancak şunu belirtmek gerekir ki; müşterek ve müteselsil sorumlulukta kamu ve özel sektör ayrımcılığı söz konusudur. Zira İş Kanunu madde 36'da getirilen düzenlemeyle, ihale makamı konumundaki kamu kuruluşlarının yaptıkları bina, yol, köprü inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalıştırdıkları alt işveren işçilerine karşı sorumlulukları üç aylık süreyle sınırlı olacak şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir (Süzek, **İş Hukuku....**, a.g.e., s. 143).

¹¹⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/3257, K. 2005/4494, K.T. 17.02.2005, karar için bakınız, Çankaya- Çil, a.g.e., s. 79; Bu yöndeki bir başka Yargıtay kararı ise şu şekildedir. Davacı işçi, 27.12.1999-3.7.2000 tarihleri arasında taşeron E.... İnşaat A.Ş.'nin işçisi olarak T.... İnşaat A.Ş.'nin asıl işveren olduğu bir alışveriş merkezinin inşaatında çalışmış ve işçinin iş sözleşmesi aynı taşeronun yanında devam ederken, 3.7.200-21.2.2001 arasında ise davalılardan P.... İnşaat A.Ş.'nin asıl işveren olduğu bir başka işyerinde çalıştırılmıştır. İşçinin iş sözleşmesi haklı bir neden olmaksızın davalı işveren tarafından feshedilmiştir. Bunun üzerine işçi asıl işverenler ile taşeronu karşı dava açarak ihbar, kıdem tazminatlarıyla ödenmeyen işçilik haklarını talep etmiştir. Yargıtay ise şu yönde davayı karara bağlamıştır. İşçinin iş sözleşmesine T... İnşaat A.Ş.'den ayrılışında feshedilmediğinden davacı işçi 3.7.200 tarihi itibarıyla ihbar kıdem tazminatlarıyla, ücretli izin alacağına hak kazanamamıştır. Bu durumda T....İnşaat A.Ş'nin bu alacaklardan sorumlu tutulmaması yönündeki mahkeme kararı isabetlidir. Ancak T.... İnşaat A.Ş. davacı işçinin fazla çalışma ücretinden asıl işveren olduğu süreyle sınırlı olarak alt işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerekir. Çünkü davacı işçi alt işveren tarafından bir başka işyerinde görevlendirildiği 3.7.2000 tarihi itibarıyla bu alacak hakkı doğmuştur. Diğer taraftan davalı P.... İnşaat A.Ş.'de kendi işyerinde geçen çalışma süresiyle sınırlı olarak doğan alacak haklarından sorumlu tutulmalıdır. Bu bağlamda davacının kıdem tazminatı ve ücretli izin alacağına hak kazanabilmesi için bir yıllık süre bu işyeri açısından gerçekleşmemiştir. Fakat işçinin bu işyerinde geçirdiği süre dikkate alındığında dört haftalık ücreti tutarında ihbar tazminatı için davalı P.... İnşaat A.Ş 'nin taşeronla birlikte sorumlu tutulması gerekir (9. Hukuk Dairesi, E. 2004/1127, K. 2004/11276, K.T. 11.5.2004, karar için bakınız, Çankaya- Çil, a.g.e., s. 101-102; Yargıtay İş Kanunu yürürlüğe girmeden çok kısa süre önce vermiş olduğu bir kararında ise sadece alt işverenin asıl işverenden aldığı iş süresiyle sınırlı olmadığı yönünde karar vermiştir, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2001/19647, K. 2002/5500, K.T. 28.03.2002, karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 22-23).

Diğer taraftan asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğu için alt işverenin tüm işçilerinin mi yoksa bir kısım işçisinin mi, asıl işverenin işyerinde çalışması gerektiği konusu öğretilerde tartışmalı bir konudur. İfade edelim ki, asıl işverenin sorumluluğunu kanuna dayandıran görüş sahipleri, asıl işverenin müşterek sorumluluğunun doğması için alt işverenin bütün işçilerinin münhasıran asıl işverenin işyerinde çalıştırılması gerektiğini ileri sürmektedirler. İkinci grupta yer alan görüş sahipleri ise sadece birkaç işçinin sürekli olarak asıl işverenin işyerinde çalıştırılmasının asıl işverenin sorumluluğunun doğumu için yeterli görmekte-dirler¹²⁰. Belirtelim ki, Yargıtay ise sadece birkaç işçinin çalıştırılmasını müşterek ve müteselsil sorumluluk için yeterli görmektedir¹²¹.

Öte yandan müşterek ve müteselsil sorumluluk kapsamında asıl işverenin sorumluluğu yanında alt işverenler değiştiği takdirde bir diğer anlatımla alt işverenler arasında işyeri devri söz konusu olduğunda sorumluluğun ne şekilde olacağına gelince: Belirtmek gerekir ki alt işveren iş yerinden ayrılmasına rağmen işçiler yeni alt işveren yanında çalışmayı sürdürmeleri halinde alt işverenler arasında İş Kanununun 6. maddesindeki gibi bir işyeri devrinin kabulü gerekir. Aksi düşünülürse, yani alt işverenler arasında herhangi bir hukuki işlemin olmadığı varsayılırsa, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili işçilik haklarından sorumluluğu söz konusu olacaktır. Asıl işverenin sorumluluğu da alt işverenin sorumluluğuyla sınırlı olacağından, bu halde asıl işveren aleyhine bir hak kaybı doğmuş olacaktır. Şöyle ki alt işveren yanında 11 ay 29 gün çalışan bir işçi alt işverenden ne kıdem tazminatı ne de ücretli izin isteyebilecektir. Çünkü alt işverenin bu yönde bir yükümlülüğü doğmamıştır. Ancak bu işçi asıl işverenin iş yerinde hala çalışmayı sürdürdüğü için bu haklarını asıl işverenden talep edebilmesi mümkün olacaktır. Alt işverenler arasında işyeri devri olduğunda sorumluluk paylaşımı da şu şekilde olacaktır. İlk alt işveren sadece kendi dönemiyle sınırlı olarak işçilere karşı sorumluluğu esastır. İkinci alt işveren ise tüm dönemden yani hem kendi dönemi hem de devir aldığı alt işverenin bu işyerinde iş yaptığı dönemde¹²² dahil olacak şekilde işçilere karşı sorumludur. Asıl işverenin sorumluluğu ise her bir alt işverenin işyerinde bulunduğu dönemle

¹²⁰ İbrahim Aydın, **İşverenin Sosyal Temas Ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri Ve Sonuçları**, Ankara, 2004, s. 173-174.

¹²¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/32136, K. 2007/37354, K.T. 10.12.2007, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. II, Sayı 17, İstanbul, 2008, s. 249-250; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2003/22193, K. 2004/9568, K.T. 26.4.2004, karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 105.

¹²² Son alt işverenin tüm işçilik haklarından sorumlu olmasına dair Yargıtay kararı için bakınız; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2003/20352, K. 2004/9110, K.T. 22.04.2004, karar için bakınız, <http://www.calismatoplum.org/sayi4/abc/y9/7.pdf> (01.01.2011).

sınırlıdır¹²³. Nitekim Yargıtay kararları incelendiği zaman, Yargıtay'ın tutumunun genel olarak bu yönde olduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay önüne gelen bir davada; İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde bir yaklaşım olur. Böyle bir durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçiler ya da alt işverenler tarafından bir fesih bildirim yapılmadığı müddetçe iş sözleşmeleri değişen alt işverenlerle devam edeceğinden, işyerinde çalışmayı sürdüren işçilerin feshe bağlı hakları olan ihbar ve kıdem tazminatı ve izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz¹²⁴ demiştir. Nitekim Yargıtay 2007 yılının 9. ayında da verdiği bir kararında da bu görüşünü isabetli şekilde sürdürdüğünü görmek mümkündür. Söz konusu dava da Yargıtay; alt işverenin asıl işverenle girdiği ilişkinin süresi sonunda veya süresinden önce asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçileriyle işyerinden ayrılması ve bunun ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi halinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişkinin varlığından bahsedilemez. Zira bu şekildeki bir ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak nitelendirilemez, diyerek hangi durumlarda alt işverenler arasında bir işyeri devrinden bahsedilebileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Ayrıca Yargıtay kararın devamında; burada bahsettiğimiz şekilde alt işverenler değiştiği halde, bu değişen alt işverenler arasında herhangi bir hukuki ilişkinin olmadığını varsaymak, bir başka anlatımla alt işverenler arasında bir işyeri devri olmadığını kabul etmek, işçiler açısından bir hak kaybına yol açacaktır. Çünkü alt işverenler hukuki ilişki anlamında birbirlerinden bağımsız olarak görüldüğü takdirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu söz konusu olacağından ve aynı şekilde asıl işverenlerin sorumluluğunun da kanun gereği alt işverenin sorumlu olduğu dönemle sınırlı olacağından bu durum hak kaybına neden olabilecektir diyerek meseleyi gerekçesiyle birlikte açıklığa kavuşturmuştur¹²⁵. Bu kararlarda da görüldüğü

¹²³ Haluk Hadi Sümer, “Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka Alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi Ve Sonuçları”, **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, Sayı 15, İstanbul, 2009, s. 106.

¹²⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/13627, K. 2008/11315, K.T. 05.05.2008, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. II, Sayı 13, İstanbul, 2007, s. 226-228.

¹²⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/26306, K. 2008/23980, K.T. 18.09.2008, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. I, Sayı 20, İstanbul, 2009; Bu konuyla alakalı olarak Yargıtay Yargıtay 2008 yılında vermiş olduğu bir karar da alt işverenler değişmesine rağmen işçinin ya da işçilerin alt işveren nezdinde iş sözleşmelerinin feshedilmeden çalıştırılmaları durumunu bir işyeri devri olarak kabul etmiştir, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/33274, K. 2008/35297, K.T. 25.12.2008, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. III, Sayı 22, İstanbul 2009, s. 320-323; Ayrıca Yargıtay aynı yönde bir karara 2009 yılında varmıştır. Söz konusu karara göre Yargıtay; alt işverenlerin değişmesi en yaygın şekilde, süresi sona eren alt işverenlerin işyerinden ayrılmaları ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri yönünde

gibi alt işveren işyerinden ayrılıp işçilerini orada bıraktığı takdir de ilk alt işveren kendi dönemiyle sınırı olacak şekilde, asıl işveren her bir işverenin orada bulunduğu zaman itibarıyla, son alt işverenin ise işçinin çalıştığı tüm süreden sorumlu tutulması esastır. Ancak şunu söylemek gerekir ki, Yargıtay 2009 yılında vermiş olduğu bir kararda alt işverenler açısından aynı görüşü benimserken asıl işveren açısından bir farklılık yapmıştır. Yargıtay söz konusu davaya ilişkin vermiş olduğu kararda asıl işvereni işçinin o işyerinde çalıştığı tüm süreyi içeren işçilik haklarından dolayı sorumlu tutmuştur¹²⁶. Belirtmek gerekir ki, öğretide de asıl işverenin sorumluluğunun bu şekilde olması gerektiğini belirten yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlardan birine göre bir işyerinde işçi çalışmasını sürdürürken alt işverenlerin değişmesi halinde, asıl işverenin sorumluluğu işçinin bu işyerinde çalıştığı tüm süreyi kapsar. Çünkü burada alt işverenler arasında bir işyeri devri söz konusu olduğunda, işyeri devriyle işçinin iş sözleşmesi son bulmamaktadır. Haliyle böyle bir durumda asıl işverenin de işçinin o işyerinde çalıştığı tüm süreden dolayı sorumlu olması gerekir¹²⁷

1.5. ALT İŞVERENLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Kapitalist üretimin bir örgütlenme modeli olan alt işveren ilişkisinin tarihsel gelişimi 12 yüzyıla kadar dayanmaktadır¹²⁸. Hemen hemen her endüstri de karşımıza çıkan bu uygulamanın en tipik örnekleri maden sektöründe inşaat sektöründe ya da giyim sektöründe varlık göstermiştir. Belirtmek gerekir ki, bu ilişkinin uygulanma şekilleri sektörden sektöre farklılık göstermiştir. Örneğin giyim sektöründe kendi hesabına çalışan tekstilci, önce satıcıdan

gerçekleşmektedir. Bu bağlamda bu durumun işyeri devri niteliği taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi gerekir ki, buna göre hukuki sonuçlara varılabilir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinde beklenen süreç, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ile işçilerini de beraberinde götürmesi şeklinde olmalıdır. Bu söylenenlerin tersine alt işveren işçilerinin, alt işveren işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında çalışmayı sürdürmeleri hali, alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir, diyerek açılan dava da Temizlik Hizmetleri Alım sözleşmesiyle aynı işyerinde önceki alt işverenin işçisi olarak çalışan davacı ve arkadaşlarının iş sözleşmeleri feshedilmeden ve çalışmaya ara verilmeden aynı çalışma koşullarıyla yeni alt işveren yanında çalışmalarını Yargıtay bir işyeri devri olarak değerlendirmiştir Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/16527, K. 2009/50, K.T. 19.01.2009, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. III, Sayı 22, İstanbul, 2009, s. 366-370; Bir başka karar da Yargıtay; Davalı T.... Genel Müdürlüğü Keban HES İşletmesinin temizlik, kalorifer, ve sosyal tesis işletmeciliğini alt işverenlere ihale ettiği, alt işverenler değiştiği halde davacı aynı işyerinde çalışmasını sürdürdüğü ve son davalı F.... Temizlik A.Ş.'de çalışırken davacı işçinin iş sözleşmesinin sona erdirildiği davada, mahkeme son taşeron olan davalı F.... A.Ş.'nin sorumluluğunu sadece işçinin bu alt işverenin yanındaki çalışma süresiyle sınırlı tutmuştur. Temyiz olunan dava da Yargıtay bu uygulamayı 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1/son ve 14/2. maddelerine aykırı bularak, T.... Genel Müdürlüğü gibi, son alt işveren davalı F.... Temizlik A.Ş.'yi devir nedeniyle işçinin çalıştığı tüm süre üzerinden ihbar ve kıdem tazminatları ve yıllık ücretli izin alacaklarından sorumlu tutarak F.... Temizlik A.Ş.'nin sadece kendi dönemiyle sorumlu tutulmasını hatalı bulmuştur, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2003/9790, K. 2003/9829, K.T. 2.6.2003 karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 112;

¹²⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/40398, K. 2009/19939, K.T. 07.07.2009, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. I, Sayı 24, İstanbul, 2010, s. 320-323.

¹²⁷ Narmanlıoğlu, "Asıl İşveren-Alt İşveren....." a.g.m., s. 59.

¹²⁸ Şen, "Alt İşverenlik Ve Asıl", a.g.m., s. 73.

(kumaşı ya da dikilmiş ürünü satan) hammaddeyi satın alır ve işleyip ürün haline getirdikten sonra tekrar satıcıya satardı. İlk örneklerine bu şekilde şahit olduğumuz alt işverenlik uygulamaları modern fabrikaların ortaya çıkmasıyla kendi içinde dönüşümler yaşayarak bu yeni döneme de ayak uydurabilmiştir. Nitekim ilk fabrikaların ortaya çıkmasıyla birlikte fabrikanın bir tarafında fabrika sahipleri kendi üretimlerini gerçekleştirirken diğer tarafta yerli işçiler kendi çalışma saatlerini ve kendilerine özgü üretim yöntemlerini seçerek üretim sürecinde rol almışlar ve yerli işçiler kendi işlerinin yöneticisi ve efendisi konuma yükselmişlerdir¹²⁹.

Önemle belirtelim ki, on sekizinci yüzyıl alt işverenlik uygulaması açısından oldukça önemli bir yüzyıl olmuştur. Örneğin 16. yüzyıldan 18. Yüzyılın sonlarına kadar Avrupa’da kâğıt üretiminde Fransa ilk sıralarda yer almıştır. Özellikle Fransa’da Ambert bölgesindeki üreticilerin üretimiyle lider konumuna ulaşan sektörün bu başarısı, düşünülenin aksine; modern teknolojilere adaptasyon süreci yerine, geleneksel üretim yöntemlerinin taşeronlaşması yoluyla gerçekleşmiştir. Şöyle ki Fransa’nın kâğıt üretiminde büyük bir önemi olan Ambert, gerçekleştirdiği kâğıt üretimiyle Kraliyet üretiminin %10’dan fazlasını karşılamıştır. Ortalama büyüklüğe sahip fabrikalarda genellikle üretim için 2 su değirmeni (7 ile 9 arasında değişen sayılarda su değirmeni kullanan üreticiler de mevcuttu) kullanılmıştır. Sektörde kâğıt üretimi için ileri bir iş bölümü, ciddi bir iş koordinasyonu sözkonusu olup, 18. yy boyunca ortalama bir Ambert fabrikasında on ile yirmi arasında değişen sayıda işçi çalışmıştır 18. yüzyılda Fransız kâğıt üreticilerini tehdit edebilecek modern teknolojilere adaptasyonu gerçekleştirmiş rakipçi güçler de vardı. Ancak artan kâğıt talebi sebebiyle, alt işverenlik ilişkisiyle kağıt üreten Ambert’li üreticiler sektörde liderliklerini sürdürmeyi başarmıştır. İfade edelim ki, İngiltere’de 1715’ten yüzyılın sonuna kadar kişi başına kâğıt tüketiminin yaklaşık iki kat arttığı göz önünde bulundurulursa bu talebin hangi boyutlara ulaştığı kolaylıkla tahmin edilebilir¹³⁰.

Aynı yüzyılda İngiltere’de bir başka alt işverenlik örneğine rastlamak mümkündür. İngiltere’de Durham’da Clowley Family’nin sahip olduğu en büyük demir fabrikasında, demir işçileri ve onları yöneten, onlardan sorumlu olan bir baş işçi¹³¹, fabrika sahibinin fabrikasında onun sağladığı araç gereçleri ve hammaddeyi kullanarak ve parça başına ücret alarak çalışmışlardır. Bu iş ilişkisi atölye ve evde çalışma arasında bir kombinasyon olup baş işçiler,

¹²⁹ Clark, a.g.m., p. 7.

¹³⁰ Reynard, a.g.m., s. 155- 164.

¹³¹ Yararlanılan makalede bu demir işçilerini yöneten ya da onlardan sorumlu olan kişiler için “master” kelimesi kullanılmıştır. Bizde “master” kelimesinin içerdiği anlamlardan hareketle, “master”i baş işçi olarak çevirmeyi uygun gördük (Clark, a.g.m., s. 7.).

kendi demir işçilerini ve kendi çıraklarını aldıkları işlerde çalıştırmışlardır. Çalıştırdıkları işçilerin ücretlerini ise fabrika sahibinden yaptıkları iş için aldıkları ücretten ödemişlerdir. Bu işçiler uzun çalışma saatleri, düzensiz gelir vb. dezavantajlarla karşı karşıya kalmıştır¹³².

Alt işverenlik uygulamasında bir başka örneğe ise on dokuzuncu yüzyılda Staffordshire'de kömür madenlerinde rastlanılmıştır. Az bir sermaye ile kurulabilen küçük kömür madenlerinde yüklenici veya yüklenicilerden kiralanan altı veya yedi adam ve çocuklar çalışmıştır¹³³. Diğer bir anlatımla; butty olarak adlandırılan yüklenicilerin işçiliğe dayanan bir geçmişleri vardı. Bunlar az bir parayla iş için gerekli olan alet, araç ve gereçleri temin ederlerdi. Bu kişiler birer alt işveren olup bunlar iş sahipleri ile işçiler arasında arabuluculuk yapmışlardır. Butty'lar kömür ocağı sahibiyle ton başına anlaştıkları bir fiyata, kendi işçileriyle kömür ocaklarında, kömürlerin vagonlara ve arabalara taşınmasını işini gerçekleştirmişlerdir. Belirtmek gerekir ki, bu yükleniciler için kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından buttyların¹³⁴ çalıştırdıkları işçilerine karşı herhangi bir koruma ya da gözetme borcu söz konusu olmamıştır. Butty'ların tek görevi en az sayıda işçiyle işi gerçekleştirmek ve bu yolla maliyetleri düşük tutmaktır¹³⁵.

On dokuzuncu yüzyılın sonuna gelindiğinde kömür ocaklarında, inşaat sektöründe, gemi inşasında ve onarımında, matbaada, tekstilde vb. alanlarda alt işverenliğin çok daha fazla yaygınlık kazanmıştır¹³⁶.

Diğer taraftan, alt işverenlik ilişkisi hemen hemen her alanda giderek yaygınlık kazanmasının yanı sıra uluslararası bir boyut da kazanmıştır. Uluslararası arenada gelişmiş ülkelerin ürünlerini geliştirmekte olan ülkelerde üretmek gibi bir eğilim giderek yaygınlaşmıştır. Üretimi bu ülkelerde tamamlanan ürünün nihai satışı ise gelişmiş ülke pazarlarında olmuştur. Bunun yanı sıra bu şekilde kurulan ilişkide alt işveren denizaşırı üretici firma olabileceği gibi (Motorola, Texas Instruments vb.) perakendeci yani dağıtıcı firma da olabilmektedir (Sears Roebuck, vb.). Yine alt işverenler uzun dönemli, kısa dönemli ya da bir kereye mahsus olabilecek şekilde işverenle ilişki içine girebilmişlerdir. Yine bu ilişkide alt işverenin

¹³² Clark, a.g.m., s. 7.

¹³³ Clark, a.g.m., s. 7-8.

¹³⁴ Butty'lar 1830'ardan sonra varlıklarını güçlkle sürdürebilmişlerdir. Staffordshire'da ise yirminci yüzyıla kadar bu süreç uzamıştır. Bu sistemin var olma sebebine gelince; sanayinin gelişimi aşamasında yeterince eğitilmiş yöneticilerin yokluğu nedeniyle işverenler, yüklenicileri çalıştırarak üretimlerini sağlayabilmişlerdir (Clark, a.g.m., s. 8). Belirtmek gerekir ki; burada çalışan işçilerde çoğunlukla maden işçisi olmadıkları için işi bilmezlerdi ve yüklenicilerde daha fazla kar elde etmenin peşinde oldukları için alınması gereken tedbirleri almamışlardır. Tüm bunların sonucu olarak da maden ocaklarında sıkça iş kazaları yaşanırdı. (<http://www.healeyhero.co.uk/rescue/history/butty.htm>, (02.02.2011)). Ayrıca kömür ocağı sahipleri (işverenler) yükleniciye verdikleri işlerden dolayı herhangi bir gözetme ve koruma borçları olmadığı gibi verilen bu işler de müfettiş denetimi de söz konusu olmazdı (Clark, a.g.m., s. 8).

¹³⁵ <http://www.staffspatrack.org.uk/exhibit/coal/organization/buttysystem.htm> (02.02.2011).

¹³⁶ Clark, a.g.m., s. 8

kullanacağı kaynağın bir kısmını ya da tamamını işveren sağlamıştır. Ayrıca işveren, alt işveren için teknik yardım da sağlayabilir. Uluslararası pazarda kurulan alt işverenlik ilişkisinin bir başka önemli özelliği ise, alt işveren market araştırması yapma, pazar bulma, ürün için reklam, vb. problemlerle yüzleşmemesidir¹³⁷.

Uluslararası alt işverenlik uygulaması daha önce de belirttiğimiz gibi her alanda varlık göstermiştir. Otomobil ve hazır giyim sektörleri de bu alanlardan biridir. Büyük otomobil şirketleri üretim faaliyetlerini dünya çapında parça üreten alt işverenlere (taşeronlara) yaymaktadırlar. Aynı şekilde Avrupa ve ABD’de hazır giyim firmaları üretim aşamalarında Asya ve Latin Amerika’daki alt işverenlere (taşeronlara) iş vermektedirler. Bu yönde bir ilişkiyi Şili ve Şili gibi orta gelir düzeyine sahip ülkelerde görmekte mümkündür. Orta gelir düzeyine sahip ülkelerdeki giysi üreticileri, üretim sürecinin emek yoğun aşamalarını Asya’daki gelişmekte olan ülkelere vererek hem üretim süreçlerini dışsallaştırmaktadırlar hem de bu yolla gelirlerini artırmaktadırlar¹³⁸.

Türkiye’de alt işverenlik uygulamalarına gelince; hemen hemen her sektörde alt işverenlik uygulamalarının olduğu tahmin edilmekle beraber, bu uygulamanın genel olarak özel sektörde daha yaygın olduğun düşünülmektedir. Diğer taraftan ülkemizde artan özelleştirmeler sonucunda, kamusal hizmetlerden kabul edilen temizlik, çöp toplama, yemek hazırlama, personel taşıma v.b hizmetler de alt işveren ilişkisinin konusu olabilmektedir¹³⁹.

Ülkemizde yaygın olan alt işverenlik alanları: Sosyal Güvenlik Kurulu verilerine göre, ilk sırayı 123851 adet alt işverenin tescilli olduğu inşaat sektörü almaktadır. İkinci sırayı 15278 adet alt işverenle gaz, elektrik, telefon hatları döşemesi, tamir ve bakımı yer almaktadır. Üçüncü sırada ise 1041 adet alt işverenle köprü, baraj, kanalizasyon, vb. hizmetler gelmektedir¹⁴⁰. Ayrıca bütün sektörlerde, yemek hizmetleri, santral, resepsiyon, büro temizliği, yükleme, boşaltma işleri, çay ve odacılık hizmetleri vb. işlerin verildiği söylenebilir¹⁴¹.

Diğer taraftan Türkiye’de alt işverenliğin yaygınlaşma nedenlerine gelince: Bunu hem küresel hem de ulusal ölçekte ele almak gerekir. Bilindiği gibi son yıllarda yaşanan teknolojik gelişmeler işlerin yeniden düzenlenmesi neticesini beraberinde getirmiştir. Bunun yanı sıra yaşanan ekonomik krizler de işsizlik sorununu evrensel boyutlara taşımış olup bu sorunda

¹³⁷ Michael Sharpston, “ International Sub-Contracting”, **Oxford Economic Papers, New Series**, Volume 27, No. 1, 1975, s. 94-95.

¹³⁸ Zeki Erdüt, “Uluslararası Deneyimler Işığında Türkiye İçin Öneriler”, **Çalışma Hayatında Esneklik Semineri**, Ankara, 30 Kasım 1999, s. 85.

¹³⁹ Ekin, a.g.e., s. 19-21-22.

¹⁴⁰ Aydınlı, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 151.

¹⁴¹ Ekin, a.g.e., s. 19.

emek piyasalarının yeniden yapılanması ihtiyacını doğurmuştur. Küresel faktörlerin yanı sıra ülkemizde de hissedilen rekabet koşullarına ayak uydurabilme ihtiyacı, emek piyasasında yaşanan sorunlara çözüm üretme arayışları ve AB uyum süreçleri¹⁴² vb. nedenler alt işverenlik vb. atipik çalışma şekillerinin giderek yaygınlaşmasına sebep olmuştur.

Alt işverenliğin ülkemizde genel olarak yayılma nedenleri bunlar olmakla birlikte, 1980 sonrasındaki alt işverenliğin yaygınlaşma nedenlerini özel ve kamu sektörü açısından ayrı ayrı ele almak gerekirse: Seksen¹⁴³ sonrasında özel sektörde yaygınlaşan alt işverenliğin en büyük nedeni ucuz işçi çalıştırabilmek olmuştur¹⁴⁴. Çünkü bu dönemde ihracata dayalı sanayileşme hareketleri özel sektörü dış pazara yönelik ürün üretmeye yöneltmiş bu ise bazı sektörlerde bir taraftan teknolojik yeniliklerin takibini zorunlu kılarken diğer taraftan da çalışma hayatında esnekleşme çabalarını artırmıştır. Örneğin hazır giyim sektöründe talep dalgalanmalarını karşılamanın yolu teknolojiye adaptasyonun aksine küçük atölyelerde ucuz ve sigortasız işçi çalıştırmakla mümkün olabilmıştır¹⁴⁵. Yani bir taraftan teknoloji ilerlerken diğer taraftan da korunaksız, örgütsüz işgücünün çalıştırılması hızlı bir şekilde yaygınlık kazanmıştır.

Kamu sektörüne gelince; 1980 sonrasında alt işverenlik uygulamaları özel sektörden önce kamu sektöründe başlamıştır. Kamu sektöründe¹⁴⁶ bu dönemde başlayan kamu harcamalarının kısılması ve özelleştirme politikaları, işgücü maliyetlerinin aşağı çekilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu nedenle kamuda ve belediyelerde önce hizmet sektörü olmak üzere alt işverenlik uygulamalarının başlamasına sebep olmuştur¹⁴⁷.

İfade edelim ki, ülkemizde alt işverenliğin temel nedeni esnek üretime geçişe duyulan ihtiyaçtan kaynaklanmıştır. Nitekim (İş. K. 2/6)'da asıl işveren ve alt işverenden ayrı ayrı bahsedilerek, asıl işveren için; asıl işin bir bölümünü ya da yardımcı işleri bir başka işverene

¹⁴² Uşen, a.g.e., s. 273-274.

¹⁴³ 1980'li yıllar aslında bütün dünya açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu dönemde Doğu Asya Ülkeleri ucuz işgücünü arkalarına alarak endüstriyel ürünlerle dünya pazarlarına açılmaya başlamışlardır. Bunun sonucu olarak uluslar arası rekabet giderek artmaya başlamıştır. Artan rekabet ileri sanayiye sahip ülkelerde birçok işyerinin kapanmasına sebep olmuştur. Böyle bir ortam ise, gelişmiş ülkelerde (özellikle gelişmiş Batı ülkeleri kastedilmektedir), genellikle sendikacılık ve toplu pazarlık olumsuz etkileyerek ekonomik krizlere yol açmıştır. Bu durumun ülkemiz açısından yarattığı olumsuzluklara gelince: Ülkemizde bu dönemde işsizlik oranları hızlı bir artış göstermiş, bu işsizlikle mücadele için kanunî düzenlemeler de bir takım değişikliklere ihtiyaç duyulmuştur (Şenkal, a.g.e., s. 254-255).

¹⁴⁴ Şen, "Taşeronluk (Alt İşverenlik).....", a.g.m., s. 101.

¹⁴⁵ Şenkal, a.g.e., s. 254.

¹⁴⁶ ILO'da 1996-1997 yılında yayınladığı Dünya Çalışma Raporunda yüksek sermaye hareketliliğinin ulusal ürünleri, işgücü pikanunlarını ve kamusal politikaları belirleme alanını daraltırken, işletmelerin kendi özerkliğini artırdığını dile getirmiştir. Sonuç olarak, devletin ve sosyal tarafların işgücü pikanunsındaki ve endüstriyel ilişkilerdeki rollerinin değişimi için sermaye hareketliliği büyük bir baskı aracı olmuştur. (Işık Rüçhan, "Esnekliğin Küresel Görünümü", **Çalışma Hayatında Esneklik Semineri**, Ankara, 30 Kasım 1999, s. 46).

¹⁴⁷ Şen, "Taşeronluk (Alt İşverenlik).....", a.g.m., s. 101.

veren, alt işveren için ise; asıl işverenden belirli nedenlerden dolayı işin bir bölümünde veya o işe yardımcı işlerde iş alan ve bu işi kendi istihdam ettiği işçileriyle yürüten işverendir denilmek suretiyle¹⁴⁸. İşin işverenler arasında ne şekilde bölünebileceği anlatılarak esnek temelli çalışma ilişkisine işaret edilmiştir. Bunun yanı sıra madde gerekçesinde de bu ilişkiye neden ihtiyaç duyulduğu anlatılmış ve fakat gerekçe de bu ihtiyacın nasıl suiistimal edilerek işgücünün sendikasılaştırıldığına da altı çizilmiştir. Bu bağlamda madde gerekçesinde *“İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukuki dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır. Yargıtayın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür”* denilmiştir.

2. MUVAZAA KURUMU

2.1. GENEL OLARAK MUVAZAA

Muvazaa kavramının temelleri Roma dönemine dayanmaktadır. Roma Hukukunun ilk dönemlerinde muvazaa ile ilgili herhangi bir düzenleme mevcut olmadığı gibi, o dönemde beyana dayanılarak yapılan işlemler yani muvazaalı muamelelerin geçerliliği kabul edilmiştir. Klasik dönemde ise bazı muvazaalı işlemler geçerli kabul edilmişken, bazılarının da geçersiz olduğuna hükmedilmiştir. Bir diğer anlatımla bu dönemde her münferit olayda ayrı bir çözüm yolu bulunmuş olup, klasik hukukçular bu konuda genel bir prensip geliştirmemiştir¹⁴⁹.

Iustiniaus döneminde ise hukuki işlemlerde artık irade teorisinin geçerliliği kabul edildiğinden bu dönemde tarafların gerçek iradeleri araştırılmaya başlanmış, mutlak muvazaada muvazaalı işlem, nispi muvazaada ise görünürdeki işlem geçersiz sayılmıştır. Ayrıca nispi muvazaada gizli işlemin hüküm ve sonuç doğurması ise ancak kanuni şartları taşıdığı takdirde mümkün olabilmiştir¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Akyiğit, “İçtihatlı ve Açıklamalı....”, a.g.e., s. 88.

¹⁴⁹ Ziya Umur, **Roma Hukuku**, İstanbul, 1982, s. 488.

¹⁵⁰ Şahin Akıncı, **Roma Hukuku**, Konya, 2000, s. 127-128.

Türkiye’de bu kurumun varlığı İslamiyet’in kabulüne paralel bir gelişim göstermiştir. İslam Hukukunda geniş yer bulan bu kavram, Osmanlı İmparatorluğunda taşınmaz mal edinilmesinde yaygın olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵¹. Şöyle ki, yabancı kuruluşların İmparatorluk sınırları içinde taşınmaz edinmeleri o dönemde yasaktı. Yabancı kuruluşlar taşınmaz edinimlerinde üçüncü kişi adına bu taşınmazları alma yoluna gitmişler ve görünürdeki bir işlemle taşınmazların sahibi olmuşlardır¹⁵².

Osmanlı döneminde muvazaalı işlemlerin önüne geçebilmek için Mecelle ile bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre; Mecellenin Külli Kaideler başlıklı yüz maddelik başlangıç hükümlerinin ikinci maddesinde bu konu ile ilgili yapılan düzenleme ile “*bir işden maksad ne ise hüküm ona göredir*¹⁵³” denilerek kişinin hukuki işlemdeki iradesinin işlemin geçerlilik kazanıp kazanmamasında belirleyici olacağına hükmedilmiştir. Mecellenin 12. maddesinde ise “*Kelamda asl olan manayı hakikidir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle ağızdan çıkan sözün gerçek anlamı ne yönde ise hükmünde o yönde olması gerektiği kayıt altına alınmıştır¹⁵⁴. Mecelle’nin ilk yüz maddesinde genel ilke olarak yapılan düzenlemeler¹⁵⁵ 1592 maddesinde nam-ı müstear¹⁵⁶ ve muvazaa kurumu adı altında özel olarak düzenlenmiştir. “*Bir kimse ba sened yedinde olan bir mülk dükkan hakkında bu dükkan filan kimesnenindir benim alakam yokdur ve senesinde muharrer ismim müsteardır deyip yahut ba sened ahardan satın aldığı bir mülk dükkan için bu dükkani filan kimesne için almışdım, semen olarak verdiğim akçe dahi onun malındandır ve senesinde ismim müstear olarak kayd olunmuşdur dese ol dükkan nefş-ül-emirde ol kimesnenin mülkü olduğunu ikrar etmiş olur*¹⁵⁷” denilmiştir.

Bunun yanısıra 30 Mart 1329 yılında yürürlüğe konulan Amvali Gayrimenkullerin Tasarrufu Hakkındaki Muvakkat Kanununun dördüncü maddesinde de emlak ve gayrimenkul davalarında muvazaa ve namı müstear davalarının dinlenmeyeceğine hükmedilmiştir. Cumhuriyet dönemine gelindiğinde ise Medeni Kanunda bu davaların görülmesini önleyen herhangi bir hükme yer verilmemiştir ve fakat Borçlar Kanununun akitlerin tefsirini düzenleyen 18. maddesinde muvazaaya yer verilmiştir¹⁵⁸. Belirtelim ki, Türk Borçlar

¹⁵¹ Eraslan Özkaya, **Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, Ankara, 2004, s. 165.

¹⁵² Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 26; Özkaya, a.g.e., s.165.

¹⁵³ Hilmi Ergüney, **Mecelle Külli Kaideleri**, İstanbul, 1965, s. 12.

¹⁵⁴ Ergüney, **Mecelle Külli Kaideleri**, a.g.e., s. 30.

¹⁵⁵ Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 26.

¹⁵⁶ Nam-ı müstear Mecellede düzenlenen bir kurum olup şu an yürürlükte bulunan kanunlarımızda herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

¹⁵⁷ Osman Öztürk, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İstanbul, 1973, s. 377.

¹⁵⁸ Özkaya, a.g.e., s. 165-166.

Kanununda ise sözleşmelerin yorumu başlığı altında 19 madde de muvazaa kurumu düzenlenmiştir.

2.2. MUVAZAA KAVRAMI

Arapça kökenli bir kelime olan, “vaz” kökünden türetilmiş olup; bahse girişmek, gerçeğe uygun olmayan hareket ve işlemlerde bulunmak anlamına gelen¹⁵⁹ muvazaa Türk Borçlar Kanununun 19. maddesinde düzenlenmiştir. Madde düzenlemesinde; mevcut sözleşmelerde, sözleşme metinlerinin içeriklerinden ziyade tarafların irade beyanlarına bakılmadığı denilerek, tarafların gerçek maksatlarının araştırılması gerektiği vurgulanmıştır. 4857 İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında ise Kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkileri sıralanmış ve madde düzenlemesine aykırı asıl işveren alt işveren ilişkilerinin muvazaalı işlem kapsamında değerlendirileceğine hükmedilmek suretiyle muvazaadan bahsedilmiştir.

Muvazaa; irade ile beyan arasında yaratılan uygunsuzluktur ve bu uygunsuzluk yanlışlıkla değil bilerek ve istenerek yaratılmaktadır¹⁶⁰. Daha geniş bir tanımlama yapmak gerekirse; muvazaa *“tarafların, zahiren yaptıkları muamelenin hüküm doğurmasını arzu etmeyip ekseriya üçüncü şahısları aldatmak maksadıyla, karşılıklı irade¹⁶¹ beyanında bulunmalarına muvazaa denir.* Bu bağlamda evlatlarından sadece birine mal bağışında

¹⁵⁹ Hilmi Ergüney, **Türk Hukukunda Lügat ve İstilahlar**, İstanbul, 1973, s. 330.

¹⁶⁰ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, İstanbul, 2008, s. 315.

¹⁶¹ İşte bu noktada muvazaa zihni kayıt ve latife beyanından ayrılır. Zihni kayıt ve latife beyanında irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk tek taraflı olarak yaratılır. Zihni kayıt; kişinin sanki bir hukuki işlemi gerçekte yapmak istiyormuş gibi beyanda bulunmasıdır (Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi: Genel hükümler**, Konya, 2000, s. 77). Zihni kayıtta beyanda bulunan kişi, aslında beyan ettiği şeyi istememektedir ve fakat bunu karşı tarafa söylememektedir (Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku, Birinci Cilt**, İstanbul, 1943, s. 399). Bu noktadan hareketle burada kişi beyan ettiği şey her ne ise onunla bağlıdır. Örnek vermek gerekirse; bir kimsenin diğer kimse lehine kefil olacağı beyanında bulunması, fakat gerçek iradesinin bu yönde olmamasıdır (Saymen F. Halit-Elbir K. Halit, **Türk Borçlar Hukuku, I, Umumi Hükümler**, İstanbul, 1958, s. 248). Latife beyanında zihni kayıttan farklı olarak kişi beyanında ciddi değildir. Haliyle beyan sahibi beyanıyla bağlanmak niyetinde de değildir. Latife beyanında bulunan kişi şaka maksatlı ya da övünmek için veyahutta bir başka amaçla bir beyanda bulunur. Kişinin bu beyanıyla bağlı olup olmayacağı ise muhatapın durumuna bağlıdır. Eğer muhatap bu beyanın şaka olduğunu biliyor ya da bilebilecek bir durumda ise, beyanda bulunan bayanıyla bağlı olmaz. Aksi durumda ise muhatap korunur ancak beyan sahibi bu beyanla bağlı kalmak istemiyorsa hata hükümlerine başvurarak hukuki işlemi geçersiz kılabilir. (Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, a.g.e., s. 77). Zihni kayıt ve latife beyanı konumuzun dışında kaldığı için bu kavramlarla ilgili daha ayrıntılı bilgi verilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bakınız. (Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, a.g.e., s. 76-78; artıca bakınız, Saymen-Elbir, a.g.e., 246-249; Tuhr von Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt**, çev. Cevat Edge, İstanbul, 1952, s. 288-293).

bulunmak isteyen bir babanın, diğer çocuklarının tepkisini çekmemek için, bağışlama işlemini satım işlemiymiş gibi göstermesi¹⁶² durumunda muvazaanın varlığından söz edilir.

Üçüncü kişileri aldatma kastını esas alan bir başka tanım ise şöyledir: *Muhatap ve beyanda bulunan kimsenin her ikisi de, beyanı hükümsüz addettikleri ve fakat beyan üçüncü şahısların nazarında muteber bir mahiyeti haiz olmak lazım geldiği akit muvazaalıdır*¹⁶³ denilerek bu hususa dikkat çekilmiştir. Burada tarafların amacı görünürdeki işlemle esas amaç ve niyetlerini gizlemek ve üçüncü kişileri aldatmaktır. Bazen de taraflar, yaptıkları sözleşmenin mahiyet ve sonuçlarının aralarında farklı yönde gerçekleşmesi hususunda anlaşabilirler. Şöyle ki, A evini B'ye bağışlamak niyetindedir ve fakat A'nın mirasçılarının ileride tenkis davası açabilecekleri düşüncesinden hareketle, A ile B'nin aralarında bağış sözleşmesi yerine satım sözleşmesi yapmaları hali buna örnek verilebilir. Nitekim A ile B arasında gizli bir bağış sözleşmesi yapılmıştır¹⁶⁴.

Muvazaalı işlemlerde aldatma kastını Alman Federal Mahkemesi açıkça aramaktadır¹⁶⁵. Nitekim Federal Mahkeme muvazaayı şu şekilde tanımlamıştır: *“Muvazaa özel bir muameledir ki onunla tarafların gerçek iradesi ifade edilenle uyum içinde değildir; başka bir deyimle, tarafların dış bir görünüş yaratmak istedikleri zaman muvazaa vardır; yani üçüncü şahıslar için ciddi bir muamele olup taraflar kendi aralarında beyanlarının hukuki sonuç doğurmayacağı veya en azından normal olarak içermeleri gereken sonuçları doğurmayacağı hususunda anlaşılır; örneğin çok sık durumlarda taraflar satış üzerinde anlaştıkları halde yapılan muamele hibedir”*¹⁶⁶.

Türk Hukukunda ise gerek 1936 tarihli Borçlar Kanununun 18. maddesinde gerek Türk Borçlar Kanununun 19. maddesinde muvazaa düzenlenmiş olmakla beraber, muvazaaya yönelik herhangi bir tanım yapılmamıştır. Kanun metinlerinde mevcut sözleşmelerde, sözleşme metinlerinin içeriklerinden ziyade tarafların irade beyanlarına bakılmadığı denilerek, tarafların gerçek maksatlarının araştırılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda evlatlarından sadece birine mal bağışında bulunmak isteyen bir babanın, diğer çocuklarının

¹⁶² Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, a.g.e., s. 79; Saymen- Elbir, a.g.e., s. 249.

¹⁶³ Tuhr, a.g.e., s. 289-290.

¹⁶⁴ Sulhi Tekinay ve diğerleri, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 407.

¹⁶⁵ Eren, a.g.e., s. 315.

¹⁶⁶ Karl Oftinger, **Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları**, çev. Kemal Dayınlarlı, Ankara, 1985, s. 99.

tepkisini çekmemek için, başışlama işlemini satım işlemiymiş gibi göstermesi¹⁶⁷ durumunda muvazaanın varlığından söz edilir.

Belirtelim ki, muvazaanın tanımında kavram birliği sağlanabilmiş değildir. Bu kavram birliğinin sağlanamamasının nedeni, muvazaanın tarifi, kapsamı, hüküm ve sonuçları açısından gerek bilimsel anlamda gerekse uygulamada tam bir görüş birliğine varılamamış olmasından kaynaklanmaktadır¹⁶⁸.

2.3. MUVAZAAANIN UNSURLARI

2.3.1. Görünürdeki İşlem

Genellikle üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla veya onlarda yanlış bir fikir ve kanat uyandırmak amacıyla¹⁶⁹ yapılan işlemlere görünüşteki işlem denir. Taraflar bu görünürde ki işlemle gerçek irade ve beyanlarını gizlemektedirler. Görünürdeki işlem hukuku niteliği itibariyle muvazaalı bir işlemdir; yani muvazaalı işlem ile görünürdeki işlemin ya hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı kararlaştırılır ya da muvazaalı işlemle görünürdeki sözleşmenin tarafları, niteliği veya bir unsuru değiştirilir¹⁷⁰. Tarafların böyle bir işlem yapmalarının altında farklı farklı amaçlar yatabilir. Örneğin borçlu (B)'nin alacaklısının takibinden kurtulmak için mallarını (A)'ya devretmesi halinde yapılan sözleşme bu nitelikte bir işlemdir¹⁷¹. Bazen böyle bir işleme vergi, resim veya harç miktarını azaltmak için başvurulabilir. Bir gayrimenkulün tabu masraflarını azaltmak amacıyla, taraflar alım satım işlemini menkul değerinin altındaki bir rakam üzerinden gerçekleştirilmiş gibi gösterebilirler¹⁷². Yapılan işlemdeki amaç üçüncü kişilerin bir hakkı kullanmasını engellemek veya güçlendirmek olabilir. Bu yöndeki bir işleme, özellikle şufa hakkı sahibinin, bu hakkını kullanmasını önlemek veya güçlendirmek için başvurulabilir. Örneğin A, B ve C'nin ortak mülkiyeti olan taşınmazdaki hissesini D isimli kişiye satmak istemektedir. Taraflar satış bedelinin 100 milyar olması noktasında anlaşmışlardır. Ancak asatış bedelinin tabuda 100 milyar olarak gösterildiğinde, B ve C şufa haklarını kullanarak D'nin söz konusu hisseyi satın

¹⁶⁷ Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, a.g.e., s. 79.

¹⁶⁸ Özkaya, a.g.e., s. 167.

¹⁶⁹ Saymen- Elbir, a.g.e., s. 250; Eren, a.g.e., s. 316; Turgut Önen, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1999, s. 49.

¹⁷⁰ Özkaya, a.g.e., s. 168.

¹⁷¹ Eren, a.g.e., s. 316.

¹⁷² Saymen-Elbir, a.g.e., s. 250;

almasını engelleme tehlikesi nedeniyle, A ve D'nin aralarındaki görünürdeki işlemle satış bedelini 300 milyar olarak kararlaştırmaları buna örnektir¹⁷³.

2.3.2. Muvazaa Anlaşması

Muvazaa anlaşmasının konusu görünürdeki işlemin taraflar arasında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağına ilişkindir¹⁷⁴. Muvazaa, tarafların anlaşması sonucu ortaya çıkabileceğine göre, kural olarak sözleşmelerde, muvazaalı işlemler ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda tek taraflı hukuki işlemlerde muvazaadan bahsedilmez. Zira tek taraflı hukuki işlemlerde de iradenin bir kişiye yöneltilmesi gerekir. Hukuki işlemlerde irade beyanı, resmi makama yöneltiliyorsa böyle bir durumda muvazaadan bahsedilmez. Zira muvazaada muhahakkak karşı tarafın iştiraki gereklidir. Örneğin mirasın reddinde, bu red bir resmi makama yöneltileceği için burada bir muvazaadan bahsetmek mümkün değildir. Bu durumun tek istisnası resmi makamın yapılacak muvazaalı işleme iştiraki tasdik niteliğinde ise bu durumda muvazaa ortaya çıkabilir Bunun yanı sıra sonuç doğurması için karşı tarafa varması gerekmeyen hukuki işlemlerde de muvazaadan bahsetmek mümkün değildir. Haliyle vasiyetname, vakıf kurma v.b işlemlerde bu kuruma başvurulamaz¹⁷⁵.

Taraflar muvazaa anlaşması ile görünürdeki işlemin tümünün veya bir kısmının aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşabilirler¹⁷⁶. Diğer taraftan muvazaa işlemi görünürdeki işlemle aynı anda veya ondan önce yapılması gerekir¹⁷⁷. Muvazaa anlaşması görünürdeki işlemden sonra yapılamaz. Görünürdeki işlemden sonra yapılan anlaşma muvazaa anlaşması sayılamaz¹⁷⁸. Sonradan yapılan muvazaa anlaşması ilk işlemi ortadan kaldıran veya değiştiren bir sözleşme¹⁷⁹ olarak değerlendirilir. Muvazaa anlaşmasının tarafları görünürdeki işlemi yapan taraflardır, taraflar bu işlemi bizzat kendileri yapabilecekleri gibi mümessilleri aracılığıyla da yapabilirler¹⁸⁰. Bunun yanı sıra muvazaa anlaşmasının geçerliliği herhangi bir şekilde tabi değildir. Görünüşteki sözleşmenin herhangi bir şekilde bağlı olması da muvazaa anlaşmasını şekil şartı yönünden etkilemez¹⁸¹. Şayet görünürdeki işlem herhangi bir şekil şartına tabi ise, muvazaanın da yazılı delille ispat

¹⁷³ Ahmet Mustafa Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Ankara, 2002, s. 99.

¹⁷⁴ Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 32.

¹⁷⁵ Önen, a.g.e., s.49-50; Tuhr, a.g.e., s. 291; Arsebük, a.g.e., s. 405.

¹⁷⁶ Tekinay ve diğerleri, a.g.e., s. 409-410.

¹⁷⁷ Özkaya, a.g.e., s. 171.

¹⁷⁸ Eren, a.g.e., s. 317; Özkaya, a.g.e., s. 171.

¹⁷⁹ Özkaya, a.g.e., s. 171.

¹⁸⁰ Eren, a.g.e., s. 316; Özkaya, a.g.e., s. 170; Önen, a.g.e., s. 50.

¹⁸¹ Eren, a.g.e., s. 317; Özkaya, a.g.e., s. 170.

edilmesi gerekliliği bir ispat şartıdır, geçerlilik şartı değildir. Muvazaa anlaşması bir geçerlilik koşuluna tabi olmadığından, taraflardan birinin ikrarı veya muvazaanın varlığının kabul edilmesiyle ispat edilmiş sayılır¹⁸².

2.3.3. Gizli İşlem

Gizli işlem sadece nispi muvazaada görülen bir unsurdur¹⁸³. Nispi muvazaada taraflar asıl iradelerine uygun sözleşmeyi görünürdeki bir işlemle örtmek isterler. Görünürdeki işlem tarafların gerçek arzu ve isteklerini yansıtmadığı halde gizli işlem tarafların gerçek arzu ve isteklerini yansıtır¹⁸⁴. Örneğin C mahfuz hisseli mirasçılarının tenkis davası açmalarını engellemek için, mallarını D'ye bağışladığı halde, satmış gibi göstermek için D ile satış sözleşmesi yapma yoluna gidebilir. Böyle bir durumda C ile D arasında biri bağışlama, diğeri satış sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme yapılmış olur. Bu sözleşmelerden bağışlama sözleşmesi gizli işlemi, satış sözleşmesi de görünürdeki işlemi oluşturur¹⁸⁵.

Gizli işlem şayet kanunların aradığı koşullara uygun olarak yapılmışsa, yapılan işlem geçerli olur. Ancak yapılan işlem de kanunda aranan koşullara uyulmamışsa, gizli işlem hüküm ve sonuç doğurmaz¹⁸⁶. Örneğin, D ile A aralarında gerçekte bağışlama olarak anlaştıkları taşınmazı, tapuda satış işlemi yapmış gibi gösterdiklerinde; buradaki gizli işlem bağış sözleşmesi olmaktadır. Bu işlem resmi şekil şartına aykırılıktan geçerli değildir. Çünkü taşınmazların devrinde tarafların bu işlemi tapuda yazılı şekilde yapmaları gerekir. Bu bağlamda burada şekle aykırılık nedeniyle gizli işlem geçersiz olacaktır¹⁸⁷.

Gizli işlemle muvazaa anlaşmasını birbirinden ayırmak gerekir. Bu iki sözleşme birbirinden bağımsız sözleşmelerdir. Nispi muvazaada genellikle muvazaa sözleşmesi gizli işlemle bir arada, hatta aynı sözleşme içerisinde yapılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, çoğu zaman bu iki sözleşme iç içe geçer. Bu iki sözleşme birbirlerinin sebep ve sonucunu oluşturur. Fakat bu durum bu iki sözleşmenin iki ayrı sözleşme olduğu gerçeğini değiştirmez¹⁸⁸

¹⁸² Özkaya, a.g.e., s. 170-171.

¹⁸³ Özkaya, a.g.e., s. 172; Eren, a.g.e., s. 317.

¹⁸⁴ Özkaya, a.g.e., s. 172; Eren, a.g.e., s. 317; Tekinay ve diğerleri, a.g.e., s. 410.

¹⁸⁵ Eren, a.g.e., s. 317.

¹⁸⁶ Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, a.g.e., s. 80.

¹⁸⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 101.

¹⁸⁸ Özkaya, a.g.e., s. 172-173.

2.3.4. Aldatma Kastı

Aldatma kastı muvazaa niyeti olarak da nitelendirilir. Taraflar gerçek irade ve beyanları arasında isteyerek bir uygunsuzluk hali meydana getirdiklerinde bir kimseyi veya üçüncü kişileri görünüşte meydana getirdikleri bir işlemle aldatmak isterler¹⁸⁹. Üçüncü şahısları aldatma kastı, İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarında ve Öğretide yer alan bir unsurdur¹⁹⁰. Belirtmek gerekir ki, aldatma kastı her zaman üçüncü kişileri zarara uğratma maksadı taşımayabilir. Fransız Hukuku öğretisinde de belirtildiği gibi, bazen taraflar kimseye zararı dokunmayan muvazaalı işlemlerde de bulunabilirler. Örneğin yardımsever bir vatandaşın bir okul inşası için kendi adına tapulu araziyi bağışlaması ve fakat bu işlemi satış işlemi olarak göstermesinde üçüncü kişileri herhangi bir zarara uğratma söz konusu değildir¹⁹¹.

Üçüncü kişileri aldatma kastı muvazaa işlemi hukuka aykırı hale getirmez. Yani muvazaalı sözleşme bu niteliğinden ötürü geçersiz olsa bile hukuka aykırı değildir¹⁹². Bu bağlamda da muvazaanın varlığı, ispat edilince, taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca aldıkları şeyleri geri vermek zorundadırlar¹⁹³.

2.4. MUVAZAA ÇEŞİTLERİ

2.4.1. Mutlak Muvazaa (Adi Muvazaa)

Bu muvazaa türünde taraflar aralarında yaptıkları görünürdeki işlemin gerçekte bir sonuç doğurmasını istemezler¹⁹⁴. Burada tarafların amacı dışı yani üçüncü kişilere karşı göstermelik bir işlem yapmış gibi görünmektir¹⁹⁵. Mutlak muvazaada, taraflar aralarında bir sözleşme yapma isteği taşımadıkları için, burada ki sözleşme ile amaçlanan üçüncü kişileri aldatmaktır¹⁹⁶. Yani bu gibi işlemler genellikle hileli maksatlarla yapılır¹⁹⁷. Borçlarından dolayı yakın bir tarihte hacze uğrayacağını bilen bir kimsenin alacağını göstermelik bir işlemle birine temlik etmiş gibi göstermesi mutlak muvazaaya bir örnektir¹⁹⁸. Yine mutlak muvazaaya

¹⁸⁹ Nihat Yavuz, **Uygulamada ve Öğretide Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları**, Ankara, 2008, s. 4.

¹⁹⁰ Turhan Esener, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler: Hukuki Mahiyeti-Hüküm ve Neticeleri İtimada Müsterit Muamelelerle Mukayesesi Kanun İhtilafı**, İstanbul, 1956, s. 11.

¹⁹¹ Özkaya, a.g.e., s. 172; Esener, a.g.e., s. 12.

¹⁹² Esener, a.g.e., s. 12.

¹⁹³ Özkaya, a.g.e., s. 172;

¹⁹⁴ Safa Reisoğlu, **Borlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2006, a.g.e., s. 86; Aydın Abay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1975, s. 41.

¹⁹⁵ Yavuz, a.g.e., s. 4; Eren, a.g.e., s. 318.

¹⁹⁶ Özkaya, a.g.e., s. 174; Yavuz, a.g.e., s. 4.

¹⁹⁷ Umur, a.g.e., s. 487.

¹⁹⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 100.

verilebilecek bir diğerk örnek hacizden korkan bir kimsenin mallarını görünürde bir satış işlemiyle arkadaşına devretmesidir¹⁹⁹. Mutlak muvazaada taraflar aralarında hüküm ve sonuç doğurmasını istedikleri gizli bir sözleşme yapmazlar. Bu yönüyle mutlak muvazaa nispi muvazaadan ayrılır. Zaten mutlak muvazaanın nispi muvazaadan ayrılan en önemli yönü de budur. Belirtmek gerekir ki: Kanunlarımızda mutlak muvazaa düzenlenmiş değildir. Toplum ihtiyaçlarına dayanılarak mutlak muvazaa uygulama ve öğretilde ele alınarak tanımlanmış, hüküm ve sonuçları tespit edilmiştir²⁰⁰.

Mutlak muvazaanın unsurlarına gelince; mutlak muvazaa üç unsurdan oluşur. Bunlar muvazaa anlaşması, üçüncü kişileri aldatma kastı ve görünürdeki işlemidir.

2.4.2. Nispi Muvazaa

Bu muvazaa türünde görünürdeki işlemin arkasında ikinci bir işlem vardır. Bu ikinci işlem gizli işlem olup tarafların asıl iradelerini yansıtan işlem bu işlemidir²⁰¹. Yüksek fiyatla satılan bir gayrimenkulün daha düşük bir fiyatla satılmış gibi gösterilmesi halinde nispi muvazaanın varlığından bahsedilir²⁰². Bu muvazaa türüne genellikle, kanunun bir yasağından veya emrettiği bir hükmünden kaçmak için başvurulur²⁰³. Nispi muvazaada muvazaanın dört unsuru da mevcuttur. Yani görünürdeki işlem, gizli işlem, aldatma kastı ve muvazaa anlaşması bu dört kurumun hepsi bu muvazaa türünde vardır.

Nispi muvazaanın Borçlar Kanununda düzenlenip düzenlenmediği öğretilde tartışma konusudur. Öğretilde kimi görüş sahipleri Türk Borçlar Kanununun 19. maddesinde "*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*" hükmünden hareketle kanunda nispi muvazaanın tanımının yapıldığını ileri sürmektedirler²⁰⁴. Diğer görüş sahipleri ise bu kanun maddesini sözleşmelerin yorumu için genel bir ifade niteliğinde olduğunu kabul etmektedirler ve buradan hareketle nispi muvazaanın tanımı mevcut değildir²⁰⁵ demektedirler.

¹⁹⁹ Yavuz, a.g.e., s. 4; Esener, a.g.e., s. 42.

²⁰⁰ Özkaya, a.g.e., s. 174.

²⁰¹ Özkaya, a.g.e., 174; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 100; Eren, a.g.e., s. 318; Saymen- Elbir, a.g.e., s. 252.

²⁰² Saymen- Elbir, a.g.e., s. 252.

²⁰³ Umur, a.g.e., s. 488.

²⁰⁴ Özkaya, a.g.e., s. 174.

²⁰⁵ Aydınli, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 43-44.

Nispi muvazaa çeşitli şekillerde yapılmaktadır. Bunlar sözleşmede muvazaa, sözleşmenin koşullarında muvazaa, sözleşmenin taraflarında muvazaa olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

2.4.2.1. Sözleşmede Muvazaa

Sözleşmede muvazaa sözleşmenin niteliğini değiştiren muvazaa olarak tanımlanır²⁰⁶. Bu sözleşme türünde taraflar görünürdeki işlemin niteliğini değiştirmek için gizli işlemi yaparlar²⁰⁷. Bu tür muvazaa türüne uygulamada en çok miras olaylarında rastlanır. Örneğin; miras bırakanın mirasçılardan mal kaçırmak için karşı tarafla yapmış olduğu bağış sözleşmesini bir satış sözleşmesi gibi ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi göstererek temlik etmesi²⁰⁸ sözleşme de muvazaa türüne örnektir. Bu muvazaa türünde taraflar yapmış oldukları gizli işlem ile görünürdeki işlemin bir bölümünü değil tamamını değiştirdikleri için tam muvazaa söz konusudur²⁰⁹.

Önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla, aslında satış sözleşmesiyle devredilen hakkın, trampa veya bağış sözleşmesiyle devredilmiş gibi gösterilmesi de sözleşmede muvazaaya yol açmaktadır. Görünüşte yapılan trampa veya bağış sözleşmesi muvazaa sözleşmesiyle değiştirilmekte, yani satış sözleşmesi trampa ya da bağış sözleşmesinin arkasına gizlenmektedir²¹⁰.

2.4.2.2. Sözleşmenin Konusunda Veya Şartlarında Muvazaa

Bu muvazaa türünde taraflar aralarında yaptıkları görünürdeki işlemin hüküm ve sonuç doğurmasını isterler ve fakat bu işlemin bazı şartlarını kendi iç iradelerine uygun olarak gizli işlemle değiştirirler²¹¹. Bu tür muvazaaya uygulamada daha çok taşınmazların satışında başvurulmaktadır. Daha düşük tapu harcı ödemek için satış bedelinin olduğundan daha düşük gösterilmesi²¹² buna örnektir.

Uygulamada bedelde muvazaa olarak adlandırılan bu sözleşme türünü Federal mahkemesi tamamen batıl saymaktadır. Mahkemeye göre; görünüşte gösterilen bedel

²⁰⁶ Eren, a.g.e., s. 319.

²⁰⁷ Eren, a.g.e., s. 319; Özkaya, a.g.e., s. 175; Yavuz, a.g.e., s. 4.

²⁰⁸ Eren, a.g.e., s. 319; Özkaya, a.g.e., s. 175.

²⁰⁹ Özkaya, a.g.e., s. 175.

²¹⁰ Esener, a.g.e., s. 42; Özkaya, a.g.e., s. 175.

²¹¹ Reisoğlu, a.g.e., s. 87; Yavuz, a.g.e., s. 5; Eren, a.g.e., s. 319.

²¹² Yavuz, a.g.e., s. 5; Esener, a.g.e., s. 43.

tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı, gerçek bedelle ilgili resmi şekle uygun bir sözleşme bulunmadığı için bu şekildeki bir sözleşme batıldır²¹³.

2.4.2.3. Sözleşmenin Taraflarında Muvazaa

Bu muvazaa türünde işlemde yararlanacak kişi yerine bir başka kişi gösterilmektedir. Bir başka ifade ile gerçek kişi görünürdeki bir kişinin arkasına saklanmaktadır. Bu bağlamda burada hak ve borçlar görünüşteki kişinin arkasına saklanan, kişi adına hüküm ve sonuç doğuracaktır ve görünüşte bir sözleşme yapılmış olsada, görünürdeki kişinin arkasına gizlenen kişi ile sözleşmenin diğer tarafı arasında gizli bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır²¹⁴.

Tarafta muvazaa, niteliği itibari ile kısmi muvazaadır²¹⁵. Tarafta muvazaayı örneklendirmek gerekirse; B hapisli olan yeni çıkan A'yı şirketinde işe alma konusunda anlaşır. Ancak B şirketinde sabıkalı birinin çalıştığının bilinmesini istememektedir, işte bu noktada taraflar üçüncü bir kişiyi devreye sokarak sanki bu üçüncü kişi şirkette çalışacakmış gibi göstermelik bir işlem yaptıkları takdirde tarafta muvazaadan bahsedilir²¹⁶.

2.5. MUVAZAAİNIN İSPATI

Muvazaalı işlemin ya da sözleşmenin varlığını taraflar ileri sürebileceği gibi ayrıca menfaati bulunan herkes işlemin muvazaalı olduğunu ileri sürebilir²¹⁷. Ayrıca muvazaalı işlem hâkim tarafından da re'sen göz önünde bulundurulur. İddiada bulunan taraf bu iddiasını ispat etmek zorundadır²¹⁸. İddiayı ileri süren taraflardan biri ise, iddiasının ispatı noktasında öğretide iki farklı görüş mevcuttur. İlk görüş sahipleri; iddiayı ileri süren taraflardan biri ise bunu senetle ispat etmesi gerektiğini savunmaktadırlar²¹⁹. Yani tarafların muvazaa ile ilgili iddiaları hukuki işlemle ilgili bir iddiadır ve HUMK'nin 288. maddesinde hukuki işlemlerin senetle ispatı koşulu arandığından, muvazaanın varlığını iddia eden taraf bunu bir belgeyle (senetle) ispat etmek zorundadır. Muvazaa iddiasında bulunan kişinin, bu iddiasını ispat etmek için başvuracağı belge, yapılan sözleşmenin gerçek iradeyi yansıtmadığı, yapılan sözleşmenin

²¹³ Özkaya, a.g.e., s. 176.

²¹⁴ Özkaya, a.g.e., s. 178; Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, a.g.e., s. 78.

²¹⁵ Yavuz, a.g.e., s. 5; Eren, a.g.e., s. 320; Esener, a.g.e., s. 43.

²¹⁶ Eren, a.g.e., s. 320.

²¹⁷ Arsebük, a.g.e., s. 403; Andreas, a.g.e., s. 290; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 101-102.

²¹⁸ Arsebük, a.g.e., s. 403; Andreas, a.g.e., s. 290; Yavuz, a.g.e., s.4.

²¹⁹ Arsebük, a.g.e., s. 407; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 102; , M. Kemal Oğuzman-M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 7. Baskı (Gözden Geçirilmiş 8. Baskının Tıpkısı), İstanbul, 2009, s. 110.

görünürde bir işlem olduğu, tarafların aslında yapmak istedikleri gizli bir işlemin olduğunu gösteren her türlü belge ispat için kullanılabilir²²⁰.

İkinci görüş sahipleri ise HUMK 290. maddesinde yer alan senede karşı senetle ispat kuralından hareketle; eğer işlem yazılı şekilde yapılmışsa taraflar bunu yazılı şekilde ispat etmek zorundadırlar, aksi takdirde böyle bir gereklilik yoktur demektedirler²²¹. Üçüncü kişiler sözleşme ile ilgili herhangi bir belge veya senede sahip olamayacakları için iddialarını her türlü delil ile ispat edebilirler²²².

2.6. MUVAZAANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

2.6.1. Görünürdeki Ve Gizli İşlem Açısından Muvazaanın Hükümü

2.6.1.1. Görünürdeki İşlem Açısından

Bir hukuki işlemin ya da sözleşmenin kanunen geçerli olabilmesi için tarafların her birinin irade ve beyanları birbirine uygun olması gerekir. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 19. maddesinde de bu noktaya dikkat çekilerek; kişilerin hakiki ve ortak amaçlarının hangi yönde olduğunun araştırılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda muvazaalı işlemlerde, taraflarda işlem iradesi ile beyan iradesi mevcut olmadığından muvazaalı işlemler hüküm ve sonuç doğurmaz. Bir başka anlatımla görünürdeki işlem muvazaalı işlem olduğu için görünürdeki işlemin yaptırımı geçersizlik olup²²³ bu geçersizliğin yaptırımı da butlandır²²⁴.

Bazen de taraflar görünürdeki işlemin bir kısmının geçersizliği konusunda aralarında anlaşma yapabilirler. Bu durumda da kısmi butlan söz konusu olur ve fakat eğer sözleşmenin esaslı noktalarında bir muvazaa varsa tam butlana sözleşmenin tümü geçersiz hale gelir²²⁵.

2.6.1.2. Gizli İşlem Açısından

Gizli işlem açısından da meseleyi ele almak gerekirse: Gizli işlem kanunun aradığı koşullara uygun olarak yapılmışsa bu işlem geçerli olur²²⁶. Bir diğer anlatımla, kanun işlemin geçerliliğini bir şekil şartına bağlamış ve gizli işlemde de şekil şartına riayet edilmişse bu

²²⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 102.

²²¹ Tekinay ve diğerleri, a.g.e., s. 418; Eren, a.g.e., s. 328; Reisoğlu, a.g.e., s. 92.

²²² Arsebük, a.g.e., s. 406; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 110; Tekinay ve diğerleri, a.g.e., s. 419.

²²³ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 101; Eren, a.g.e., s. 321; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 109; Özkaya, a.g.e., s. 180; Saymen-Elbir, a.g.e., s. 254.

²²⁴ Andreas, a.g.e., s. 290; Yavuz, a.g.e., s. 5; Abay, a.g.e., 42,, a.g.e., s. 109; Eren, a.g.e., s. 321.

²²⁵ Tekinay ve diğerleri, a.g.e., s. 412.

²²⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 101; Sulhi Tekinay ve diğerleri, a.g.e., s. 413; Eren, a.g.e., s. 325.

işlem geçerli olur²²⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki, şekle tabi bir işlemde görünürdeki işlemdeki (yani muvazaalı işlem) şekil şartına uyulmuş olsa²²⁸ bile gizli işlem şekil şartlarını taşııyorsa gizli işlem geçersiz olur. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında bunu istikrarlı olarak vurgulandığını görmek mümkündür²²⁹.

2.6. 2. Muvazaanın Sonuçları

Muvazaanın yaptırımı butlandır. Muvazaa'nın yaptırımı butlan "kesin hükümsüzlük" olduğu için bu işlemin hangi tarihte yapıldığı önemli değildir. Yani butlan zaman aşımı hükümlerine tabi değildir ve taraflar ya da menfaati bulunan üçüncü kişiler bunu her zaman ileri sürebilirler²³⁰.

Belirtmek gerekir ki, muvazaanın geçersizliğine ilişkin öğretide baskın görüş bu olmakla birlikte bunun aksini savunan kimi yazarlar da mevcuttur. Aksi yönde görüş ileri süren yazarlardan birine göre; muvazaalı işlemde geçersizliğin yaptırımını Türk Borçlar Kanunu madde 27'de düzenlenen butlan "kesin hükümsüzlük" değildir. Yazar Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinde; "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*". hükmünden hareketle; her muvazaalı işlem kamu düzenine, adaba ve ahlaka aykırılık teşkil etmeyeceğinden, sadece bir geçersizlik hali bulunmaktadır demektir. Ayrıca Kamu düzenine, adaba ve ahlaka aykırı bir durum söz konusu olduğu zaman taraflar Türk Borçlar Kanunu 77. maddesinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerini devreye sokarak verilenleri geri alamazlar. Bu bağlamda muvazaalı işlemde kesin hükümsüzlük yaptırımını kabul etmeyen yazar, muvazaalı işlemlerde sebepsiz zenginleşme hükümlerinden hareketle verilen şeylerin geri istenebileceğini de belirtmektedir²³¹.

Bir işlemde muvazaanın varlığının ispatı halinde bu işlemin ne zamandan başlayarak hüküm ve sonuç doğurmayacağı ayrıca ele alınması gereken bir konudur. Bazı muvazaalı işlemler başından beri geçersiz olup kurulduğu andan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu bağlamda muvazaalı işlemler ve sözleşmeler başından beri hüküm ve sonuç doğurmadığı için herhangi bir alacak ve borç ilişkisi de doğmaz. Ayrıca taraflar herhangi bir

²²⁷ Oftinger, a.g.e., s. 100; Eren, a.g.e., s. 325.

²²⁸ Unutulmamalıdır ki Fransız Hukukunda görünürdeki işlemde şekil şartına uyulmuş ise gizli işlemde bu şekil şartından etkilenerek geçerliliği kabul edilmektedir (Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 111).

²²⁹ Yavuz, a.g.e., s. 7-8.

²³⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 104; Eren, a.g.e., s. 322.

²³¹ Özkaya, a.g.e., s. 180-181.

zarara uğrasalar bile ne menfi nede müspet zararlarını ilerek sürerek bu zararlarını isteyemezler²³². Ancak unutulmamalıdır ki sürekli borç doğuran sözleşmeler ve evlilik sözleşmelerinde, butlanın varlığı ispat edildiği andan ibaren hüküm ve sonuç doğurmamaya başladığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda özellikle iş sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması, bu sözleşmenin kişisel bir ilişkisi doğurması ve İş Kanunu açısından işçiyi koruma hükmünden hareketle butlanın ileri doğru etki göstermesi gerektiği hükmü kabul edilmelidir²³³.

²³² Özkaya, a.g.e., s. 181;Eren, a.g.e., s. 321.

²³³ Aydınli, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 163.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAALI HALLER, MUVAZAALI İLİŞKİSİNİN İŞ MÜFETTİŞLERİNCE TESPİTİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI VE KAMU KURUMLARI LEHİNE GETİRİLEN AYRICALIKLAR

1. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAALI HALLER

1.1. GENEL OLARAK

Türk İş hukukuna göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için bu iş ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesindeki yasal sınırlamalara uygun olması gerekir. Ancak asıl işveren alt işveren ilişkisinde hangi sınırlar aşıldığı takdirde muvazaa durumunun ortaya çıkacağı halinin tümü yasa ile düzenlenmiş değildir. İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmek suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı ve daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı belirtilmiştir. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı olacaktır ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır. Aynı fıkroda asıl işin ise işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren haller dışında bölünerek alt işverene verilemeyeceği düzenlenmiştir. Madde düzenlemesinde karine niteliğinde üç muvazaalı durum düzenlenmişse de²³⁴ “genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayanması” ifadesinden hareketle Kanunda belirtilmeyen ve fakat asıl işveren alt işveren uygulamasına aykırılık teşkil edebilecek başka durumlarda da muvazaa iddiasının ileri sürülebileceği öngörülmüştür²³⁵. Nitekim Yargıtay kararlarına konu olan asıl işveren alt işveren ilişkisine yönelik davalar incelendiği zaman, Yargıtay’ın önüne gelen dava dosyalarında kanunda yer almayan ve fakat asıl işveren alt işveren ilişkisine aykırılık teşkil edebilecek diğer durumları da göz önünde bulundurarak karar verdiği görülmektedir.

²³⁴ Şen-Naneci, a.g.e., s. 36.

²³⁵ Süzek, *İş Hukuku....*, a.g.e., s. 146.

1.2. ASIL İŞİN BİR BÖLÜMÜNÜNÜN AMAÇ DIŞI ALT İŞVERENE VERİLMESİ

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği düzenlenmiştir. Madde düzenlemesine aykırı olarak asıl iş bölünerek alt işverene verildiği takdirde ise bu ilişki muvazaalı olacaktır ve alt işverenin işçileri ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır²³⁶.

Asıl işverenin keyfi olarak asıl işi alt işverene veremeyeceğine hükmeden madde düzenlenmesinin nasıl yorumlanması gerektiği asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa tespiti açısından oldukça önemlidir. Belirtelim ki, madde düzenlemesiyle asıl işverenin sadece işletmenin ve işin gereği ile veya teknolojik nedenlerle ya da uzmanlık gerektiren hallerde mi, yoksa bu ölçütlerin bir arada olması koşuluyla mı muvazaa kurumu ortaya çıkmadan asıl işi bölerek alt işverene verebileceği öğretisi ve Yargıtay açısından oldukça tartışmalı bir konudur. Öğretide kimi görüş sahiplerine göre madde düzenlemesindeki üç halden herhangi birinin bulunması halinde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi kanuna uygun olur. Diğer bir kısım görüş sahiplerine göre ise asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmaması için uzmanlık gerektiren bir iş alt işverene verilmelidir. Üçüncü kısım görüş sahiplerine göre ise ancak madde düzenlemesindeki üç şartın bir araya gelmesi durumunda asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaa kurumu ortaya çıkmadan kurulmuş olur²³⁷. Buna göre asıl işin alt işverene verilmesini her bir görüş açısından ele alıp değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

1.2.1. Maliyetleri Düşürmek Ve Ekonomik Amaçlarla Asıl İşin Alt İşverene Verilememesi

Öğretideki kimi yazarlara göre asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işin gereği”, “işletmenin gereği” ve “teknolojik nedenlerle uzmanlık” ölçütlerinden herhangi birinin var olması halinde muvazaa kurumu ortaya çıkmadan asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. İlişkinin kurulabilmesi noktasında çok geniş bir yorumu esas alan bu görüş sahiplerine göre alt işveren işçilerinin hakları kısıtlanmadığı sürece verimlilik, kalite, maliyetlerin düşürülmesi, daha geniş yatırımlara hazırlık ve konjonktürel koşullara uyum sağlama gibi çeşitli işletme gereklerinden kaynaklanan nedenlerden ötürü asıl işin bir bölümü

²³⁶ Ekonomi, a.g.m., s. 37.

²³⁷ Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, a.g.m, s. 18.

alt işverene verilebilir. Aynı şekilde işin gereği olarak özellikle konjonktürel koşullarda sipariş esasına dayalı olarak yapılan üretimlerde, bir firma sipariş aldığı zaman bunu uygun kalitede ve istenilen hızda üretebilmek için, bu işi alt işverene verebilir. Zira bu görüşe göre asıl işveren, asıl işi böyle bir durumda alt işverene vermek yerine ek yatırımlar yapmak suretiyle bu işi tamamlama yolunu seçerse, bu iş için ek sermaye ve krediye gereksinim duyabilir ve siparişe alınan iş tamamlandığı zaman bu ek yatırımların ölü yatırımlara dönüşme ihtimali ortaya çıkabilir. Bu bağlamda asıl işverenin gereksiz yatırım riskine atılmak yerine alt işverene işin bir kısmını vermesi daha makul bir yaklaşım olacaktır. Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesini geniş bir yelpazede ele alan bu görüşe göre asıl işveren alt işveren ilişkisi bir işyerindeki bilgisayar sisteminin yazılımı, bakım ve onarımı gibi teknolojiye dayalı uzmanlık gerektiren işler açısından da geçerli olabilir²³⁸ ve bu şartlar altında kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı bir ilişki olarak nitelendirilemez.

Belirtelim ki, Salt maliyetleri düşürmek amacıyla kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmayacağını söylemek mümkün gözükmemektedir. Çünkü asıl işverenin asıl işe ait belli bir bölümünü bu işi yaptığı sürece söz konusu işi kar sağlamak amacıyla sürekli alt işverenlere verdiğini düşünecek olursak, asıl işveren bir taraftan kar marjını yükseltirken bir taraftan da normalde çalıştırması gereken sayıdan daha az işçi istihdam edecektir. Böylece asıl işveren bu işi bir başkasına yaptırdığı için daha fazla sayıda sendikalı işçi çalıştırmaktan kaçınmış olacak ve belki de sırf asıl işin bir bölümünü maliyet amaçlı olarak alt işverene veriyor olmasından dolayı işçi sayısını düşük tutması sebebiyle iş güvencesi kapsamı dışına çıkabilecektir. Böyle bir durumda İş Kanundaki düzenlemenin bir anlamı da kalmamış olacaktır. Oysaki İş Kanununda asıl işin alt işverene verme

²³⁸ Şen, “Alt İşverenlik Ve Asıl ...”, a.g.m., s. 92-94. Şahlanan’da Şen gibi asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması konusunu geniş bir perspektiften ele almaktadır. Bu bağlamda asıl işin gübre üretimi olduğu bir davada Yargıtay’ın, üretimi yapılan gübrenin önemli bir kısmının paketleme veya torbalama yapılmadan müşterilere ulaştırıldığından hareketle, paketleme ve torbalama aşamasından önceki üretim aşamalarını asıl iş, bundan sonraki aşamaları tahmil ve tahliye işleriyle bağlantılı olması sebebiyle, torbalama ve paketleme işlerini yardımcı işler kapsamında değerlendirdiği davaya ilişkin karar incelemesini yapan Şahlanan: Yargıtay’ın ancak asıl işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren durumlarda bölünebileceğini kabul ettiğini ve bu nedenle Yargıtay’ın buradaki paketleme ve torbalama işlerini yardımcı iş olarak gördüğünü, oysaki işletme ve işin gereği olarak kalite, maliyet ve rekabet edebilme durumlarında da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışındaki asıl işlerinde üretim süreçleri belirli bölümlerden oluşuyorsa bir bölümünün alt işverene verilebileceğinin kabul edilmesi gerekliliğinden hareketle; torbalama ve paketleme işinin gübre imalatına yönelik işyerinde üretim sürecinin bir bölümünü oluşturduğunu ve bu bölümde asıl işverenin kontrol ve denetim aracılığıyla bulunduracağı personelin dışında işçi çalıştırmaması koşuluyla, bu bölümün tümüyle alt işverene verilebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Şahlanan ayrıca bu yöndeki bir kararın torbalama ve paketleme işinin üretimin zorunlu bir unsuru olup olmadığı gibi her olayda farklı ve subjektif bir değerlendirme yapma zorunluluğunu da ortadan kaldıracığına da işaret etmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/13218, K. 2006/15765, K.T. 29.05.2006, Fevzi Şahlanan’ın incelemesi için bakınız., “Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk”, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/522/34/> (10.10.2010).

düzenlemesiyle sadece muvazaâ kurumunun engellenmesi amaçlanmamış aynı zamanda asıl işin verilmesinde bir takım sınırlamaların getirilmesi amaçlanmıştır²³⁹. Bu bağlamda ilişkinin bu koşullar altında kurulabileceğini kabul etmek demek Kanunla engellenmeye çalışılan muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkilerinin Kanuna uygun hale getirilmesi anlamına gelecektir²⁴⁰. Nitekim Yargıtay'da, bir davada özelleştirmeye giden işverenin sırf ekonomik nedenlerle alt işveren uygulamasına giderek kadrolu ve sendikali işçilerinin iş sözleşmelerini feshetmesini muvazaalı bulunmuştur²⁴¹.

Ekonomik görüş olarak adlandırılabilinecek bir başka görüşe göre ise; yine maddede sıralanan ölçüt bölünebilir bir ölçüt olmakla birlikte, bu bölünebilirlik sınırsız ve keyfi bir biçimde asıl işin alt işverene verilebilmesine imkân sağladığı yönünde algılanmamalıdır. İşletmenin ve işin gereği ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme şartı ile asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesi gerçekten işyerinde asıl işin alt işverene verilebilmesini gerekli kılacak şartların mevcut olması halinde mümkün olmalıdır. Bu bağlamda bu görüşe göre işyerinde sırf maliyetleri düşürmek ve ucuz işçi temini sağlamak amacıyla bu ilişkinin kurulması mümkün değildir. Fakat işveren ekonomik anlamda büyük bir darboğaz içinde ise ya da acil olarak yetiştirilmesi gereken bir sipariş almış ise bu gibi zorda kalma hallerinde asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi mümkündür. Ancak bu görüşe göre burada alt işverene verilen işin sürekli bir iş olmaması önemli bir ölçüttür. Bir diğer anlatımla ekonomik güçlük içinde bulunan asıl işveren, eğer işinin bir bölümünü alt işverene vermiş ise bu durum da bu iş verme hali sadece bu ekonomik sıkıntının olduğu dönemle sınırlı olmalıdır. Bu gereklilik ortadan kalktığında ise asıl işveren alt işveren ilişkisine son verilmelidir²⁴².

Maliyet düşürme amaçlı alt işverenliğe nazaran ekonomik alt işverenlikte daha katı bir tavır sergilenmekle birlikte ileri sürülen bu görüşle İş Kanununun 18. maddesi gündeme gelmektedir. Bilindiği gibi İş Kanununun 18. maddesine göre işyeri içinden ve dışından kaynaklanan nedenlerden ötürü işveren geçerli sebebe dayanarak işçisinin iş sözleşmesine son verebilir. Bu bağlamda ekonomik kriz işyeri dışından kaynaklanan bir sebep olup asıl işverene haklı gerekçelerle ve feshin son çare ilkesi olma koşuluyla işçisinin iş sözleşmesini feshetme hakkı verir. İşte böyle bir durumda işveren işçisinin iş sözleşmesini feshedip alt işverenle asıl

²³⁹ Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, a.g.m., s. 21.

²⁴⁰ Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, a.g.m., s. 20-21; Ekonomi, a.g.m., s. 43-45; Engin, “İş Kanununda Yeni...”, a.g.m., s. 69.

²⁴¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/29135, K. 2008/6700, K.T. 28.03.2008, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 16, İstanbul, 2008, s. 273-275.

²⁴² Süzek, **İş Hukuku....**, a.g.e., s. 141.

işveren alt işveren ilişkisi kurduğu takdirde bu ilişkinin muvazaalı olup olmayacağı tartışma konusu olabilecektir²⁴³.

Belirtmek gerekir ki; asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinde işyeri dışından kaynaklanan sebepler işgücü fazlalığı yaratan nedenler olup iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde geçerli neden olabilir ve fakat bu nedenlerin hiç birisi işin alt işverene verilmesinin gerekçesi olamaz. Zira burada işverenin iradesi dışında gelişen olaylar sonucu asıl işverenin üretiminin azalması söz konusudur. Üretimin azalmasıyla bu işlerin bir kısmının alt işverene verilmesi halinde, bu krizin yükünün alt işverene ve işçilerine aktarılması anlamına gelecektir. Ancak bunun hukuki olarak desteklenecek herhangi bir yönü yoktur ve bu şekildeki bir ilişkinin muvazaalı olması kaçınılmazdır²⁴⁴.

Diğer taraftan ekonomik anlamda işletme gereklerine dayanılarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması işyerinin kapasitesini aşan ve fazla çalışmayla ya da ödünç iş ilişkisiyle karşılanamayan üretimler de söz konusu olabilir. Nitekim ekonomik görüşte savunulan sipariş fazlalığı nedeniyle alt işverene iş verilmesi buna örnektir. Belirtelim ki, asıl işveren böyle bir durum da hem kendi işçilerini işten çıkarma yoluna gitmemektedir, hem de işin bir bölümünün devretmiş olmamaktadır. Zira burada belirli bir işin tamamlanması için ek işgücüne bir başvuru söz konusudur ve bu şekildeki bir ilişki de muvazaalı bir ilişki olarak nitelendirilmemelidir²⁴⁵.

1.2.2. Ölçütlerin Bir Arada Olmaması Halinde Asıl İşin Alt İşverene Verilmesi

Asıl işin alt işverene verilmesi noktasında öne sürülen bir başka görüş ise; asıl işin üç koşulun bir araya gelmesi halinde bölünerek alt işverene verilebileceğidir. Bunun dışında asıl işin alt işverene verilmesi halinde muvazaa kaçınılmaz olur. Kanundaki ile bağlacını “olarak” şeklinde yorumlayan yazarlara göre asıl iş “işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” dışında bölünerek alt işverene verilemez. Yani bu görüşü ileri süren öğretilerdeki yazarlara göre, madde içinde bir bütünlük vardır ve bunun aksi düşünülecek olunursa, işletmenin ve işin gereği olan herhangi bir sebepten dolayı asıl işverenin alt işverene iş verebilmesi söz konusu olabilecektir ve böyle bir durumda ise “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sınırlamasının hiçbir anlamı

²⁴³ Ekonomi, a.g.m., s. 45.

²⁴⁴ Engin, “İş Kanununda Yeni...”, a.g.m., s. 69; İnciroğlu, a.g.e., s. 38.

²⁴⁵ Engin, “İş Kanununda Yeni...”, a.g.m., s. 71.

kalmayacaktır²⁴⁶. Yine bu yönde görüş belirten yazarlardan Güzel'e göre aslolan asıl işverenin işini kendisi işçileriyle birlikte yapmasıdır. Haliyle alt işverene iş verilmesi istisnai bir durum olup, bu şekilde kurulacak iş ilişkilerinde de ilişki içinde yer alacak işçileri korumak adına çeşitli katı sınırlamaların getirilmiş olması şarttır. Zira 4857 sayılı İş Kanunuyla asıl işverenin alt işverene iş vermesinin bir kural değil, istisnai bir iş ilişkisi olduğuna işaret edilmiş olmasıyla bu yöndeki sınırlamalara işaret edilmiştir. Ayrıca yazar görüşünü bir örnekle örneklendirerek de düşüncesini daha somut hale getirmiştir. Buna göre asıl iş boyama, dokuma, hazır giyim gibi belli aşamalardan oluşuyorsa, her bir iş süreci İş Kanununun alt işverenlikle alakalı ilgili maddesindeki bütün ölçütleri bir arada barındırmadığından bu işlerin alt işverene verilmesi mümkün değildir²⁴⁷.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinde de “işletmenin ve işin gereği ve teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde” asıl işin bölünerek alt işverene verileceği yönünde hüküm kurulmuş olması bu yöndeki yazarların görüşlerini destekler niteliktedir. Ancak Yargıtay'ın kararları incelendiği zaman, bu konuda kesin bir tutum sergilemediği görülmektedir. Nitekim Yargıtay 2008 yılının 4. ayında vermiş olduğu bir kararda; Kanun koyucunun asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinde iradesi “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünü bir arada olması yönündedir. Devamındaki cümlelerde ise Dairemiz kararlarında bu konuda baskın öge ise verilen işin uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığıdır diyerek Yargıtay asıl işin ancak işletmenin ve işin gereği ile uzmanlık veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren hallerde kurulabileceği yönünde görüş beyan etmiştir²⁴⁸. Yargıtay 13.10.2008 tarihli kararında da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi ile ilgili olarak, anılan düzenlemede baskın öge, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işlerdir. Başka bir anlatımla asıl işveren alt işveren ilişkisinde işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur²⁴⁹ diyerek aynı yönde tutum sergilemiştir. Ancak Yargıtay 22.12.2008 tarihli kararında içtihadında dönüş yaparak asıl işin ancak “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle” yani bu üç ölçütün bir arada olması koşuluyla verilebileceğine hükmetmiştir²⁵⁰.

²⁴⁶ Eyrenci-Taşkent-Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, 2006, s. 43-44; Çankaya-Çil, a.g.e., s. 19; Necdet Okcan- Onur Bakır, “ İşletmenin ve İşin Gereği Taşeronlaştırma Taşeron Cumhuriyetine Doğru”, **Çalışma ve Toplum**, C. IV, İstanbul, 2010, s. 55-58.

²⁴⁷ Güzel “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı....”, a.g.m., s. 48-50.

²⁴⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/19452, K. 2008/10426, K.T. 28.04.2008, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. II, S. 17, İstanbul, 2008.

²⁴⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/32916, K. 2008/26551, K.T. 13.10.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. II, S. 21, İstanbul, 2009, s. 213-216; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/16559, K. 2007/30529, K.T. 15.10.2007, **Çalışma ve Toplum**, C. III, S. 18, İstanbul, 2008, s. 367-370.

²⁵⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/39868, K. 2008/34788, K.T. 22.12.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. III, S. 22, İstanbul, 2009, s. 419-421.

Bunu takiben 19.02.2009 yılında önüne gelen bir davada ise: “ 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır”²⁵¹ demiştir.

Yargıtay’ın ardı ardına vermiş olduğu iki kararda asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinde İş Kanununun madde hükmünü bütün olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiş olması her ne kadar Yargıtay’ın içtihatlarında dönüş yaptığı kanaatini uyandırsa da 05.10.2009 tarihli kararıyla bunun böyle olmadığı açıktır. Nitekim Yargıtay önüne gelen davada: “Dosya içeriğine göre, işyerinde davalılar arasında sözleşmeye konu olan çelik kaynak işinin asıl iş olduğu ve uzmanlık gerektirmediği, asıl işin bölünerek verilmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkralarına aykırı olduğu,...”nu belirterek asıl işveren alt işveren ilişkisini asıl işin uzmanlık gerektirmediği halde alt işverene verilmesi sebebiyle aradaki ilişkinin muvazaalı olduğunu belirtmesiyle, Yargıtay’ın ile bağlacına birliktelik anlamında atıfta bulunmadığını görmek mümkündür²⁵².

Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlardan anlaşılacağı üzere; Yargıtay “ile” bağlacının bir bütün olarak kabul edilip edilmemesi noktasında tam bir kararlılığa sahip değildir. Zira Yargıtay aynı yılda vardığı kararlarda bile bazen uzmanlık kavramı ön plana çıkarırken bazen de Kanundaki düzenlemeyi bir bütün olarak kabul edip asıl işveren alt işveren ilişkisini buna göre değerlendirmesi, Yargıtay’ın bu konuda fikir karmaşası yaşadığının göstergesidir. Ayrıca Yargıtay’ın “ile” bağlacını bütün olarak kabul ettiği ve buna göre hüküm kurduğu davalar detaylı olarak incelendiği zaman görülecektir ki, Yargıtay Kanun maddesini bir bütün olarak alıp aynen tekrar etmek suretiyle yani herhangi bir irdelemeye girmeksizin davaları karara bağlamaktadır. Bir diğer anlatımla Yargıtay söz konusu davalara konu olan işlerin neden işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmediği yönünde teknik bir açıklamaya girmeden sadece İş Kanunu madde 2’nin 6. ve 7. fıkralarını aynen tekrarlamak suretiyle “ile” sözcüğünü “ve” olarak kabul ederek davaları sonuçlandırmaktadır²⁵³.

İfade edelim ki, Kanunun 2. maddesindeki düzenlemeyi asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için bir bütün olarak ele alıp bu ölçütlerin bir arada olmadığı ilişkileri muvazaalı olarak

²⁵¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/33290, K. 2009/2942, K.T. 19.02.2009, **Çalışma ve Toplum** C. I, S. 24, İstanbul, 2010, s. 325-327.

²⁵² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/35910, K. 2009/25679, K.T. 05.10.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 24, İstanbul, 2010, s. 314-316.

²⁵³ Ekonomi, a.g.m., s. 40.

nitelendirmek mümkün görünmemektedir. Çünkü işletmenin ve işin gereği ile uzmanlık gerektiren iş ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş birbirinden oldukça farklı işleri ifade etmektedir. Söylenenleri örneklendirmek gerekirse: bir işverenin işyerinde bilgisayar sistemi kurmak istemesi teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş iken, iş hacmi genişleyen bir işverenin artık işyeri muhasebesinin yönetimini bu konuda uzman bir kuruluşa vermek istemesi işletmenin veya işin gereği olarak uzmanlık gerektiren bir iştir²⁵⁴. Bu bağlamda bu iki koşulun bir arada gerçekleşmesinin güçlüğü yadsınamaz bir gerçektir. Bu durumda muvazaayı engellemek isterken bu şekilde katı bir sınırlama ilişkinin doğumunu neredeyse imkânsız hale getirecektir²⁵⁵.

Ayrıca madde düzenlemesini bir bütün olarak yorumlamak Anayasa'nın 48. maddesine aykırı davranmak anlamına gelebilecektir. Çünkü ilgili maddeyle herkesin dilediği alanda çalışması, sözleşme yapması ve girişim özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Buna göre işyeri sahibi bir işveren işyerini kendi amacına uygun olarak işletebilme, işyeri için gerekli kararları alabilme ve ihtiyaç duyduğunda istihdam edeceği işgücü ihtiyacını başka bir işverenden sağlama yetkisi vardır. Bu açıdan ölçütün bölünemez bir ölçüt olarak kabul etmek girişim ve sözleşme özgürlüğünün anayasaya uygun düşmeyecek şekilde sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. Ayrıca böyle bir yaklaşım sadece asıl işveren açısından değil alt işveren açısından da sıkıntılar yaratabilir. Çünkü böyle bir durum alt işvereni çok dar bir faaliyet alanında iş yapmaya sevk edecektir bu ise alt işverenin girişim özgürlüğüne müdahale anlamına gelebilecektir²⁵⁶.

1.2.3. Asıl İşin Bir Bölümünün İşletmenin ve İşin Gereği İle Uzmanlık Gerektirmeyen Ve Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektirmeyen Haller de Bölünerek Alt İşverene Verilmesi

Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi noktasında ileri sürülen 3. görüş ise Kanunun asıl vurgu yaptığı hususun uzmanlık noktasında olduğunu ve bu nedenle “işletme ve işin gerekleri ile teknolojik nedenlerin” uzmanlık kavramının açılımı olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Buna göre asıl işte uzmanlık gerektirme koşulundan kasıt asıl işverenin kendi uzmanlık alanı dışında kalan yani kendi işinden farklı bir uzmanlık, “asıl işe yabancı bir uzmanlık”, gerektiren işlerdir. Bu yöndeki görüşü savunan yazarlar işletmenin ve işin gereği ölçütünün uzmanlık şartı aranmadan esas alınmasına karşı çıkmaktadırlar ve bu şekilde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olacağını ileri sürmektedirler. Görüş sahiplerine göre; işletmenin ve işin gereği kavramı subjektif bir kavram olduğundan asıl işin

²⁵⁴ Engin, “İş Kanununda Yeni...”, a.g.m., s. 71.

²⁵⁵ Süzek, **İş Hukuku....**, a.g.e., s. 140.

²⁵⁶ Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, a.g.m., s. 19-20.

bir bölümünün bir başka işverene keyfi olarak bırakılmasını gündeme getirecektir. Örneğin işletme ve işin gereği olan işyeri içi sebepler nihai aşamada, işyerinin daha karlı ve verimli çalışması için işverenin kendi iradesiyle aldığı tedbirler olup bu amaca yönelik olarak işin alt işverene verilmesi “işletmenin ve işin gereği” olacaktır. Oysaki serbest piyasa sisteminin özünde bu zaten vardır ve dolayısıyla asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işletme ve işin gereği” koşulunun ayrıca aranması zaten anlamsız olacaktır. O halde asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesinin temel koşulu uzmanlık olmalıdır²⁵⁷.

Uzmanlık görüşünü savunan diğer bir kısım yazarlar da 1975 sayılı Kanun döneminde alt işverenliğin fazlasıyla istismar edilmesi nedeniyle 4857 sayılı Kanunla bununa önüne geçilmek istenmiş ve bu nedenle de alt işveren ilişkisinin kurulmasını sınırlandırıcı düzenlemeler yapılmıştır. Zaten Kanun gerekçesinde de buna değinilmiş olması bunun göstergesidir. Yine uzmanlık görüşünü savunan yazarlara göre alt işveren ilişkisi atipik bir çalışma ilişkisi olduğundan bu çalışma da istisnai bir çalışma şeklidir. Bu bağlamda tipik bir çalışma ilişkisinde kural ise işverenin kendi işçileriyle işyerinde işini yapmasıdır. Bunun dışında asıl işverenin işyerindeki asıl işin bir bölümünü bölerek alt işverene vermesi atipik bir çalışma şekli olup istisnai bir durum oluşturur. Haliyle bu şekildeki bir ilişkinin Kanunla sınırlandırılması kaçınılmazdır. Sonuç olarak Kanundaki düzenlemenin bölünebilir bir ölçüt olduğunun kabulü gerekir ki, bu yolla hem Kanun gerekçesine hem de kanuni lafzına uyulmuş olsun²⁵⁸.

Nitekim Yargıtay alt işverene verilen işten dolayı toplu iş sözleşmesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkla alakalı olarak asıl işin hangi amaçlarla alt işverene verildiğini tespit etmek üzere bilirkişi atanmasını ve bilirkişinin asıl işin “işletmenin ve işin gereği” veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren sebepler dışında bölünerek verildiğinin tespit edilmesi halinde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri olarak kabul edilerek yetki tespitinin buna göre yapılacağını belirtmiştir²⁵⁹.

²⁵⁷ Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e.,s. 140-141; İlhan Cevdet Günay, **İş Davaları, Açıklama, Dava Dilekçesi, İlgili Mevzuat, Yargı Kararları**, Ankara, 2008, s. 80; Murat Engin, “İş Kanununda Yeni...”, a.g.m., s. 70-72; İnciroğlu, a.g.e., s. 38-41.

²⁵⁸ Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 172.

²⁵⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/12851, K. 2008/8003, K.T. 10.04.2008, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 16, İstanbul, 2008, s. 212-215. Bir başka davada ise Yargıtay, söz konusu davada adı geçen davalı kurum tekel niteliğindeki posta dağıtım işi için yasa ile kurulmuştur. Buna göre kurum gönderilen kıymetli evrak, mektup, havale v.b adrese gitmesi gereken belgeleri kabul etmekte ve bunları gönderilen yerde bulunan işyerindeki elemanları ile gitmesi gereken adreslere dağıtmaktadır. Davalı kurum posta tekeli dışında kalan dağıtım işinde de, aynı prosedürü uygulamaktadır. Bu bağlamda, posta tekeli dışında kalan gönderilerin kabulü, nakli ve dağıtım işi, yardımcı iş olarak kabul edilemez. İhale ile alt işverenlere verilen bu işler, tekelindeki posta dağıtım işi gibi, asıl iştir ve kural olarak asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi mümkün değildir. Yargıtay kararın devamında ise alt işverene verilen bu işlerin teknolojik nedenlerle

Belirtelim ki, bizce de asıl işin bir alt işverene verilmesinde uzmanlık koşulunun belirleyici olması yerinde bir yaklaşımdır. Zira çalışma ilişkilerinde esas olan işverenin işini kendi işçileriyle birlikte yapmasıdır. Aksi düşünülecek olunursa, bağımlı olarak çalışan işçilerin mağdur olmaları söz konusu olabilecektir. Hele hele alt işveren ilişkisi konusunda bunun daha yoğun olacağı aşikârdır. Çünkü alt işveren işçileriyle asıl işverenin işçileri karşılaştırıldığı zaman iki ayrı grup işçi, aynı işin belli bölümlerini üstlenmelerine rağmen alt işverenin işçileri farklı ücrete tabi olarak çalışmak zorunda kalmaktadır. Ayrıca yukarıda da değindiğimiz gibi, Yargıtay bir kararında; Dairemiz kararlarında alt işverene verilecek işlerde işlerin uzmanlık gerektireceği baskın öge olarak kabul edilmektedir diyerek kararların hangi yönde istikrar kazandığını belirtmiştir²⁶⁰. Bu bağlamda, Yargıtay'ın bu görüşü de asıl işveren alt işveren ilişkisinde gerek işin ve işletme gerekleriyle gerek teknolojik nedenlerle uzmanlık koşulunun aranmasının daha yerinde bir tutum olacağını ortaya koymaktadır.

Öte yandan asıl işin İş Kanununun 2. maddesine aykırı olarak alt işveren verilmesi durumunda hangi muvazaa şeklinin ortaya çıkacağına gelince: Asıl işin İş Kanununa aykırı olarak alt işverene verilmesi durumunda nispi muvazaa ortaya çıkar. Bu muvazaa türünde görünürdeki işlemin arkasında ikinci bir işlem vardır. Bu ikinci işlem gizli işlem olup tarafların asıl iradelerini yansıtan işlem bu işlemdir. Taraflar bu muvazaa türüne genellikle, kanunun bir yasağından veya emrettiği bir hükümden kaçmak için başvururlar²⁶¹. Belirtelim ki, asıl işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmediği halde alt işverene verilmesi Kanunen yasak olduğundan, asıl işin görünürdeki bir işlemle alt işverene verilmesi durumunda Kanunun emrettiği bu hükümden kaçma isteği vardır. Ayrıca Belirtelim ki, asıl işin Kanuna aykırı olarak alt işverene verilmesi durumunda sözleşmenin konusu olun asıl iş Kanuna aykırı olarak alt işverene verildiği için; taraflar nispi muvazaa

uzmanlık gerektiren bir yönü de yoktur diyerek, asıl işin bölünerek verilmesine karşı çıkmıştır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/3132, K. 2007/14914, K.T. 14.05.2007, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. IV, S. 15, İstanbul, 2007, s. 147-150; yine bir başka dava ile ilgili olarak Yargıtay "Dosyada ki delillere göre, davalı Paşabahçe A.Ş.'nin davalı gösterilen Metro Ltd. Şirketi yanında, dava dışı Diyalog Ltd. ile yaptığı sözleşmelerin muvazaaya dayandığı anlaşılmaktadır. Zira taşeron işçilerinin asıl işçilerle aynı işi yaptıkları, uzmanlık gerektiren ve asıl iş olan soğutma sonu ve bant paketleme işinin taşeron firmaya verildiği, taşeron şirketlerin kuruluş sözleşmesinde bu işin öngörülmediği, asıl kuruluş amaçlarının temizlik işi olduğu...." Gereğesiyle asıl işin bir bölümünün uzman olmayan kişilere verilmesi sebebiyle aradaki ilişkiyi muvazaalı saymıştır Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/31850, K. 2005/2487, K.T. 31.01.2005, karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 82-83; ayrıca Asıl işin alt işverene verilmesinde Yasanın aradığı anlamda işin teknolojik nedenlere dayanmaması nedeniyle davacı işçinin asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmesi yönündeki Yargıtay kararı için bakınız, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/24492, K. 2006/22445, K.T. 14.09.2006, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 12, İstanbul, 2007, s. 270; ayrıca teknolojik nedenlerle uzamalık gerektiren işler anca alt işverene verilir yönündeki karar için bakınız, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/32448, K. 2005/35927, K.T. 14.11.2005, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 54-55.

²⁶⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/19452, K. 2008/10426, K.T. 28.04.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. II, S. 17, İstanbul, 2008.

²⁶¹ Saymen-Elbir, a.g.e., s. 252.

türlerinden olan sözleşmenin konusunda muvazaaya başvurarak asıl işveren alt işveren ilişkisini kurmuş olurlar. Belirtelim ki, görünürdeki işlem olan alt işverenlik sözleşmesi muvazaalı olduğundan bu sözleşme alt işverenlik ilişkisi kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Böyle bir ilişkide gizli işlemle ise alt işverenlik sözleşmesinin geçerlilik unsurlarından biri gizlendiği için bu sözleşmede geçersizdir.

1.3. ASIL İŞVEREN İŞÇİLERİNİN ALT İŞVEREN TARAFINDAN İŞE ALINARAK ÇALIŞTIRILMASI

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasına göre, alt işveren asıl işverenin işçilerini işe alarak çalıştırmaya devam ettirmek suretiyle haklarını kısıtlayamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna hükmedilerek alt işverenin işçileri sözleşmenin kurulduğu andan itibaren asıl işverenin işçisi olarak muamele görürler. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere alt işveren asıl işverenin işçisini işe alarak bir hak kısıtlaması yaptığı takdirde asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı olacaktır²⁶². Zaman zaman, asıl işverenin işçini görünürde işten çıkarıp bir alt işverene bağlayarak bu işverenin işçileriymiş gibi göstermeye çalışması²⁶³ yani işçi asıl işverenin işçisi olarak işyerinde fiili olarak çalışmakta iken, kâğıt üzerinde asıl işveren tarafından işten çıkarılıp alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi ve fakat asıl işverenle işe alınan işçi arasında fiilen iş ilişkisinin kopmamış olması²⁶⁴ bu şekildeki muvazaalı bir ilişkinin örneklerindedir. Asıl işverenin genelde işçilik maliyetlerini düşürmek amacıyla başvurduğu bu şekildeki ilişkilerin sık sık dava konusu olarakta gündeme geldiğini görmek mümkündür. Nitekim davacı, davalı işyerinde çalışırken, asıl işveren, asıl işini şirketine devretmiş ve bunun üzerine de işçinin iş sözleşmesi feshedilip, ertesi günütaşeron şirketi tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığının tespit edildiği davada, Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrası uyarınca asıl işveren işçilerinin, alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirmek suretiyle hakları kısıtlanamayacağından

²⁶² Mehmet Anıl Aslanoglu, **İş Hukukunda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler-Geçici İş İlişkisi-Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi**, İstanbul, 2005, s. 125.

²⁶³ Polat Soyer, "4857 S.lı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları" **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, S. 1, İstanbul, 2006, s. 22.

²⁶⁴ Murat Engin, "Üçlü İş İlişkileri", **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), 21-25 Eylül 2005**, Bodrum: Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, 2005, s. 19. Hamdi Mollamahmutoglu, "4857 S.lı İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler", **Kamu İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. IIV, S. 4, Ankara, 2004; Çankaya-Çil, a.g.e., s. 25; Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., s. 74.

hareketle asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna karar vererek davalı işçiyi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul etmiştir²⁶⁵.

Bu yönde bir başka davada ise, davacının daha önce davalı işçisi olarak çalıştığını ve daha sonra alt işveren işçisi olarak işe alındığını ve davalının kadrolu işçileri ile birlikte asıl işte çalıştığını, davalının alt işverenle ilişkisini sonlandırdıktan sonra kalan işçileri kendi işçisi olarak işe aldığını ve bu nedenle alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunu ileri sürerek, kendisinin asıl işveren işçisi olduğunu iddia ettiği davada Yargıtay; sigorta sicil kaydına göre davacının daha önce davalı işçisi olarak çalıştığının anlaşılmasından ve davalı ile alt işveren arasında ki sözleşmenin getirilip incelenmediğinden hareketle, davalı ile alt işveren arasındaki sözleşme getirilmeli, alt işverene verilen işin niteliği gerekirse bu konuda uzman bilirkişiye de başvurularak belirlenmeli, alt işveren işçilerinin aradaki ilişki sona erdikten sonra davalı işverence tekrar işe alınıp alınmadığı araştırılmalı, şayet muvazaa iddiasının yerinde olduğu, bir diğer anlatımla alt işverenlik sözleşmesinin kurulmadığı anlaşılırsa işin esasına girilerek hüküm kurulmalıdır, demiştir²⁶⁶.

Yargıtay'ın bu kararlarından da hareketle kanun koyucunun madde düzenlemesiyle kötü niyetli uygulamaların önüne geçmek istediği açıktır. Daha açık bir ifade ile İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasıyla muvazaalı sayılan hal alt işverenin asıl işverenin işçilerini işe alması değil, işe alınan asıl işveren işçilerin haklarının kısıtlanması suretiyle çalıştırılmalarıdır²⁶⁷. Çünkü eski İş Kanunu döneminde işverenler aracılığıyla muvazaa veya kanuna karşı hile biçimindeki olaylar yaygınlık kazanmıştır²⁶⁸. Bu şekildeki uygulamaların yaygınlık kazanma nedenleri arasında da genelde işçi sayısına bağlı olarak iş güvencesi kapsamına girme, özürlü çalıştırma zorunluluğu, iş sağlığı ve iş güvenliği kurulu kurma, iş yeri hekimi bulundurma, iş güvenliği ile ilgili mühendis ve teknik eleman işyerinde çalıştırma v.b sorumluluklardan kurtulmak gibi nedenler sıralanabilir²⁶⁹. Tüm bunların yanısıra 1475 sayılı İş Kanunu döneminde alt işverenlik ilişkisi konusunda başvuru olan bir diğer uygulama

²⁶⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/18823, K. 2005/24470, K.T. 11.07.2005, karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 489-490.

²⁶⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/9452, K. 2004/8762, K.T. 19.4.2004, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 106; Yargıtay'ın 2005 yılında vermiş olduğu kararda ise; davacı gibi birçok işçi davalı şirketin işçisi olarak çalışırken 20002'den itibaren işçilik hizmet teminine yönelik sözleşme yapılan taşeronun işçisi olarak kayıtlar da gösterildiklerini ve fakat asıl işverenin işçileriyle aynı üretim bandında çalıştırıldıklarını buradaki asıl amacın üye sendikanın Toplu İş Sözleşmesi yetkisini almasının engellenmesi olduğu anlaşıldığından, Yargıtay işlemi muvazaalı saymıştır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/32666, K. 2005/5738, K.T. 21.02.2005, karar için bakınız, Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E. S. Kaplan (2006), a.g.e., s. 69); bu yöndeki bir başka karar için , Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/36137, K. 2005/39139, K.T. 12.12.2005, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 490-492.

²⁶⁷ Şen- Naneci, a.g.e., s. 36..

²⁶⁸ Güzel "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı.....", a.g.m., s. 56.

²⁶⁹ Aydınli, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 246.

ise; asıl işverenin işçilerinin çalıştıkları bölümle birlikte alt işverene devri olmuştur²⁷⁰. Şu an yürürlükte olan İş Kanunu bu ve benzeri şekildeki art niyetli uygulamalar göz önünde tutularak hazırlanmıştır. Ancak Yargıtay'a konu olan davalardan da anlaşılacağı üzere yapılan düzenlemelerle kötü niyetli uygulamaların tamamen önüne geçilebilmiş değildir.

Diğer taraftan, asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaları öğretide oldukça tartışmalı bir konudur. Nitekim öğretideki kimi görüş sahipleri İş Kanununun 2 maddesinin 7. fıkrasında anılan hükmü mutlak bir yasaklama olarak görmektedirler ve alt işveren tarafından asıl işverenin işçisinin işe alınmasını, kanun koyucunun hak kısıtlamasının olup olmadığına bakmaksızın, yani işçinin hakları aynen korunmuş olsa dahi bunu dikkate almaksızın ilişkinin muvazaalı olduğuna hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler²⁷¹. Meseleye bu şekilde mutlak yasaklama şeklinde yaklaşmayı her durumda doğru bir yaklaşım olarak kabul etmek ise kanaatimizce doğru olmayacaktır. Çünkü asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmadan önce işçi herhangi bir nedenden ötürü kendi isteğiyle iş sözleşmesini sonlandırmış veya iş güvencesi kapsamında yer alan bir işyerinde işveren geçerli sebeplere dayanarak işçiyi işten çıkarmış olabilir. Bu durumdaki bir işçinin alt işveren tarafından işe alınmasını yasaklamak sözleşme özgürlüğüne aykırılık anlamına gelecektir²⁷². Diğer taraftan madde düzenlemesinde alt işveren tarafından işe alınan işçi için alt işverenin “o işçi için” daha önce asıl işverenin işçisi olarak çalışıp çalışmadığının araştırılması noktasında herhangi bir sorumluluk yüklenmemiş olması da alt işverene asıl işverenin eski işçisiyle sözleşme imzalayabilmesine imkân tanıdığına bir başka göstergesidir²⁷³. Ayrıca İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında “ aksi halde genel olarak” denilmek suretiyle fıkra da yer alan muvazaa hallerinin aksi ispat edilebilir adi yasal karineler olduğundan hareketle ilişki muvazaalı olmadığı sürece bu şekildeki bir ilişkinin imkan dahilinde olduğunu göstermektedir²⁷⁴.

Alt İşveren Yönetmeliği üçüncü bölüm madde 10'da alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususlar belirtilmiş ve bu hususlardan biri olarak da 10. maddesinin 3. bendinde “ alt işverenlik sözleşmesinin yapılmasından önce asıl işveren tarafından çalıştırılan işçilerin alt işveren tarafından işe alınması halinde bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı”

²⁷⁰ Murat Engin, “Üçlü İş İlişkileri”, a.g.m., s. 19.

²⁷¹ Fevzi Demir, “ Genel Hükümler ve Temel Kavramlar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: Yeni İş Yasası Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, s. 32.

²⁷² Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 226.

²⁷³ Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., s. 74.

²⁷⁴ Süzek, **İş Hukuku.....**, a.g.e., s. 146.

ifadesine yer verilmiştir. Alt İşveren Yönetmeliğinde bu yönde bir hükmün konulmuş olması hak kısıtlaması olmadan asıl işveren işçilerinin işe alınabileceğinin bir başka göstergesidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın karara bağladığı davalarda ve birazdan değineceğimiz davada bu şekildeki bir ilişkiyi muvazaalı olarak saymamış olması da söylenenleri destekler niteliktedir.

Söz konusu olay da bir banka, nakit taşıma ve özel güvenlik hizmetlerini uzman bir firmadan satın almaya karar vermiş ve bu nedenle bazı işçilerinin iş sözleşmelerine son vermiş ve güvenlik görevlisi olarak çalışan bazı işçiler de kendi istekleriyle işi üstlenen firmayla iş sözleşmesi imzalayıp bu firmaya bağlı olarak çalışmaya başlamışlardır. Bunun üzerine davacı işçi iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işveren tarafından feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yargıtay bu olaya dayanarak, büyük bir kısmı alt işverenin işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisinin işe alınarak çalıştırmasının işlemi muvazaalı hale getirmeyeceğinin kabul edilmesini, alınan işçilerin haklarının kısıtlanmış olmasının da sonuca etkide bulunmayacağına göz önünde tutulması gerektiğini de belirterek: Alt işverenin aldığı işte çalıştırdığı işçilerin kaç tanesinin asıl işveren işçisi, kaç tanesinde kendi kadrosundan olduğunun araştırılmasını ve feshe son çare ilkesi olarak başvurulup başvurulmadığının açıklığa kavuşturulmasıyla asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olup olmadığının buna göre saptanması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay kararın devamında da aradaki ilişkinin muvazaalı olmadığına hükmedilirse, yasaya uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulduğu, aradaki ilişkinin bir nevi yeniden yapılanma olduğu, işçilerin iş sözleşmelerine işyeri sebeplerinden kaynaklanan nedenlerden ötürü son verildiği kabul edilmeli diyerek söz konusu davayı bozmuştur²⁷⁵.

Belirtelim ki, bu noktada hakların kısıtlanmasından ne anlaşılacağı gerektiği üzerinde ayrıca durulmalıdır. Hak kısıtlamasının temelinde işçilerin ücret ve eklentileri vardır. Bunun yanı sıra çalışma saatlerinin artırılması, çalışma koşullarının işçinin aleyhine olacak biçimde ve işçinin rızası alınmadan değiştirilmesi v.b durumlar da hak kısıtlaması kapsamında sıralanabilir²⁷⁶.

Bilindiği gibi genellikle alt işverenler asıl işverenlere nazaran işçilerini daha düşük ücretlerle²⁷⁷ çalıştırmaları ve asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmaları halinde

²⁷⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/11741, K. 2006/14086, K.T. 15.05.2006, **Çalışma Hayatıyla İlgili Yargıtay Kararları: 2005-2007**, Kamu İş, Ankara, 2008, s. 126-128.

²⁷⁶ Şen- Naneci, a.g.e., s. 36.

genel olarak bir hak kaybına uğrayacakları düşünülür²⁷⁸. İfade edelim ki, öğretide düşük ücret, sosyal haklarda veya kıdeme ilişkin haklarda kayıp olarak algılanan hak kısıtlaması sınırı noktasında bir görüş birliği söz konusu değildir. Nitekim öğretideki yazarlardan bazılarında göre işçinin doğmuş ya da doğabilecek her türlü hakkı hak kısıtlaması kapsamında değerlendirilmelidir. İşçinin asıl işverene bağlı olarak çalışması halinde yılsonunda hak kazanabileceği başarı primi dahi bu kapsamda değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu yönde görüş bildiren yazarlara göre; ancak alt işveren işçiye asıl işveren yanında çalışırken sahip olduğu hakları sağlarsa bir hak kısıtlaması olmadığına kanaat getirilecektir²⁷⁹ ve bu halde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığına hükmedilecektir. Ancak bu şekildeki bir uygulamanın hayata geçirilmesi kanaatimizce zor görünmektedir. Çünkü genel olarak alt işverenler asıl işverenlere nazaran ekonomik yönden daha düşük sermayeli işverenler olmaları bu konuda ciddi bir sıkıntı yaratmaktadır. Ayrıca alt işveren asıl işverenin işçisini kendi işçilerinden ayırık tutarak daha iyi koşullarda çalıştırdığı takdirde eşit işe eşit ücret ilkesine aykırı davranmış olacaktır. Fakat işçi asıl işverenin işçisi olarak çalışırken, alt işveren tarafından işe alındığı takdirde, yani kâğıt üzerinde asıl işveren tarafından işten çıkarılıp alt işveren tarafından işçi alınarak çalıştırıldığı durumda hak kısıtlaması çok geniş yorumlanmalıdır ve şayet işçi herhangi bir hak kaybına maruz bırakılırsa asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olacağı ve alt işveren işçilerinin ilişkisinin başından itibaren asıl işverenin işçileri olarak muamele görecekları kabul edilmelidir²⁸⁰.

Belirtmek gerekir ki, hak kısıtlaması olayını her durumda çok geniş bir yoruma tabi tutmak sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Çünkü işçi alt işveren yanında çalışmaya başlayarak belki daha düşük ücret alacak ve fakat sosyal hakların da bit takım iyileşmeler yaşayabilecektir²⁸¹. Ayrıca işçi asıl işverenin işyerinden uzunca bir süre önce ayrılmış ve tekrar alt işverenin işçisi olarak aynı işyerinde çalışmaya başlamış olabilir. Böyle bir durumda işçiyi asıl işverenin diğer işçileri ile her anlamda eşit tutmaya çalışmakla alt işverenin diğer işçileri arasında bir eşitsizlik yaratılmış olacaktır. Haliyle asıl işverenin işçisinin alt işveren tarafından işe alınması halinde işçinin hangi tarihte asıl işverenin işyerinden ayrıldığı ve yine hangi tarihte alt işveren işçisi olarak yeniden çalışmaya başladığının da göz önünde tutulması gerekir²⁸².

²⁷⁸ Aktay-Arcı-Kaplan, a.g.e., s. 69.

²⁷⁹ Çankaya-Çil, a.g.e., s. 23; Güzel “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı....”, a.g.m., s. 56; Soyer, a.g.m., s. 22.

²⁸⁰ Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e., s. 146.

²⁸¹ Mollamahmutoğlu, “4857 S.lı İş Kanunu'nun Getirdiği ...”, a.g.m., s. 6.

²⁸² Eyrenci-Taşken-Ulucan, a.g.e., s. 44.

Diğer yandan alt işveren tarafından asıl işveren işçisinin hakları kısıtlamak suretiyle çalıştırılması durumunda sözleşmenin şartlarında muvazaa söz konusu olur. Zira sözleşmenin konusunda veya şartlarında muvazaa halinin ortaya çıkması demek; ilişki içine giren taraflar görünürdeki işlemi ciddi olarak yapmayı istemekle birlikte, görünürdeki işlemin bazı şartlarını gerçek iradelerinden farklı olarak tayin etme arzusu taşımalarıdır. Uygulamada daha çok taşınmazların satımında başvuru bu muvazaa türünde taraflar sözleşmenin asli noktalarıyla şekil şartını istemekle beraber, görünürdeki işlemle taşınmaz için gösterilen bedel gerçek değerinin altında veya üstünde gösterilmektedir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesine göre bu şekildeki bir muvazaa türünde görünürdeki işlem kişilerin gerçek iradelerini yansıtmadığı için, yani gizli işlemle taraflar sözleşmenin geçerlilik şartının bir unsurunu gizledikleri için her iki sözleşme de batıldır²⁸³.

Bu bağlamda asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılması durumunda, gerek asıl işveren gerek alt işveren aralarında kurulan alt işverenlik sözleşmesinin (yani görünürdeki işlemin) ciddi ciddi hüküm ve sonuç doğurmasını istemektedirler. Fakat alt işverenlik sözleşmesinin (görünürdeki işlemin) şartlarından biri olan “alt işveren tarafından asıl işverenin işçisinin hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmayacağı hükmünü” kendi iç iradelerinden farklı olarak gizli işlemle değiştirmektedirler. Haliyle görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için, gizli işlemle de alt işverenlik sözleşmesinin geçerlilik unsurlarından biri gizlendiği için her iki sözleşmede geçersizdir.

1.4. DAHA ÖNCE O İŞYERİNDE ÇALIŞTIRILAN KİMSE İLE ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ KURULMASI

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrası ile “ilk defa bu kanunda düzenleme yapılarak daha önce o işyerinde çalışan kişi ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı ve buna aykırı davranışın muvazaa ile sonuçlanacağı açıkça belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki, 1475 sayılı Kanunun 1. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisine yer verilmiş ve fakat asıl işverenin kendi işçisiyle alt işveren ilişkisi kurup kuramayacağı noktasında herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir. İfade edelim ki, bu yönde bir düzenlemenin olmayışı 1475 sayılı Kanun döneminde alt işveren olarak iş alacak kişinin asıl işverenin işyerinde çalışmış olup olmamasının asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması açısından bir öneminin olmadığını göstergesiydi²⁸⁴. Ancak bu yönde bir düzenlemenin olmaması asıl işveren alt işveren ilişkisinde suiistimallerin yaşanmasına sebep olmuştur. Örneğin bazı işyerlerinde muvazaalı

²⁸³ Eren, a.g.e., s. 319.

²⁸⁴ Akyiğit, “İçtihatlı ve Açıklamalı....”, a.g.e., s. 100.

yollarla işverenler kendi işçilerini görünüşte taşeron olarak gösterme yoluna giderek bu kişilerle alt işveren sözleşmesi imzalamışlardır. Hatta bununla da yetinmeyen işverenlerin taşeron olarak gösterdikleri bu kişilere hayali şirket kurdukları ve ihale yoluyla bu kişilere iş verdikleri görülmüştür²⁸⁵. Yargıtay davalarına da konu olan bir başka muvazaalı alt işveren ilişkisi ise; işverenin lokantadaki masaları kendi işçileri arasında paylaştırarak ve kendi üzerinde hiç işçi bırakmayarak bu işçilerle alt işveren ilişkisi kurması olmuştur²⁸⁶. Belirtelim ki, 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen düzenlemeyle bu art niyetli uygulamaların önlenmesini amaçlanarak ucuz ve sendikasız işçi çalıştırmanın önüne geçilmek istenmiştir.

Ancak İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasıyla getirilen düzenleme kesin bir yasak olarak algılanmamalıdır²⁸⁷. Çünkü İş Kanunuyla getirilen düzenlemenin amacı asıl işveren işçisinin muvazaalı ile alt işveren olarak gösterilmesini engellemektir. Daha açık bir ifadeyle; kanun koyucu Kanun'daki düzenlemeyle, asıl işverenin suni olarak işçisini alt işveren olarak gösterip diğer işçilerini ona bağlayarak, işverenin bireysel ve kolektif yasal sorumluluklardan kurtulma gibi bir çaba içine girmesini engelleme amacını gütmüştür²⁸⁸.

Diğer taraftan, öğretide Kanundaki düzenlemenin mutlak emredici bir hüküm olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. Nitekim bu yazarlardan Şahlanan'a göre İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasıyla alt işveren tarafından asıl işverenin işçisinin çalıştırılmayacağı veya asıl işverenin kendi işçisiyle alt işveren ilişkisi kuramayacağı hallerinin sayılmasının ardından "aksi halde..." denilmek suretiyle, asıl işveren alt işveren ilişkisinde, bir muvazaalı olup olmadığı üzerinde durulmaksızın, asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı sayılacağı ortaya koyulmaktadır²⁸⁹ demektedir. Öğretideki yazarlardan Arıcı'ya göre ise İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasıyla yapılan düzenleme ülkemiz şartları göz önünde tutularak yapılmış bir düzenleme olup bu düzenlemede ülkemizdeki kötü örneklerden yola çıkılarak bir genelleme yapılmıştır. Yazara göre kanun lafzından mutlak bir emredicilik anlaşılmaktadır. Ancak yazar, işyerinden ayrılan bir işçinin, asıl işverenle alt işveren ilişkisi içine girmesini her durumda suiistimal etme amacı taşıdığını ileri sürerek yasaklamayı, hatalı bir yaklaşım olarak görmektedir²⁹⁰.

²⁸⁵ Süzek, **İş Hukuku....**, a.g.e., s. 146.

²⁸⁶ Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., s. 75.

²⁸⁷ Şen- Naneci, a.g.e., s. 35.

²⁸⁸ Soyer, a.g.m., s. 22.

²⁸⁹ Şahlanan, a.g.e., s. 32.

²⁹⁰ Arıcı, a.g.m., s. 497; düzenlemenin mutlak emredici nitelikte olduğu yönünde görüş için bakınız, Aktay-Arıcı-Kaplan, a.g.e., s. 69.

İfade edelim ki, madde düzenlemesinin mutlak bir yasaklama şeklinde yorumlanması halinde; asıl işverenin yanında 20-30 yıl önce çalışmış bir işçinin hiçbir koşulda alt işveren olarak asıl işverenden iş alamaması anlamına gelecektir²⁹¹. Ya da asıl işveren iççisi olarak çalışan işçinin emekli olduktan sonra veya herhangi bir nedenden dolayı işten ayrıldıktan sonra herhangi bir alanda uzmanlaşıp bu alanda bağımsız olarak çalışmaya başladığında ve kendisine ait bir işçi kadrosu olduğu zaman, sırf asıl işverenin eski çalışanı olduğu için bu ilişki içine giremeyecektir²⁹².

Ayrıca Kanun hükmünü mutlak yasak olarak yorumlamak Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ile herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesine de aykırılık oluşturur²⁹³. Hem kanunda yer alan bir hüküm mümkün olması halinde Anayasaya uygun sonuç doğuracak şekilde yorumlanmalıdır. Bir hükmün Anayasaya aykırılığını ileri sürmek ancak o hükmün Anayasaya uygun olarak yorumlamamanın mümkün olmadığı durumlarda söz konusu olabilir. Söz konusu madde düzenlemesinin amacı göz önünde bulundurulduğunda anayasaya uygun yoruma müsait olduğu söylenebilir. Bu bağlamda hükümle amaçlanan daha önce o işyerinde çalışan birinin aynı işyerinde alt işveren olmasını mutlak anlamda yasaklamak değil muvazaalı alt işveren uygulamalarını engellemektir²⁹⁴. İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında geçen “ ve genel olarak” ifadesiyle de, asıl işverenin iççisiyle alt işveren ilişkisi içine girmesinin her durumda muvazaalı olmayacağı, ayırık durumların da olabileceği yorumunu getirme fırsatını vermektedir²⁹⁵. Zira Yargıtay’da 2009 yılında vermiş olduğu bir kararda; İş Kanununun 2. maddesinin 7 fıkrasıyla getirilen düzenlemeyle ilgili olarak: “...4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir”²⁹⁶ diyerek ayırık durumların olabileceğini belirtmiştir.

Alt İşveren Yönetmeliğinin 4. maddesinin 8 bendinde de bu konuda yapılan düzenlemeyle alt işverenin daha önce o iş yerinde çalıştırılmış bir kimsenin olmaması gerektiği ve fakat işyerinde daha önce çalıştırılan işçinin tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması halinde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması konusunda herhangi bir engel teşkil etmeyeceği hükmüne yer verilmiştir. Yönetmelikle getirilen düzenlemede her ne kadar o işyerinde daha önce işçi olarak çalışmayanlar açısından bir düzenlemeye yer

²⁹¹ Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 236.

²⁹² Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e., s. 146; Soyer, a.g.m.,s. 23; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, a.g.e., s. 44.

²⁹³ Akyiğit, “**İçtihatlı ve Açıklamalı.....**”, a.g.e., s. 100.

²⁹⁴ Süzek, **İş Hukuku.....**, a.g.e., s. 146-147.

²⁹⁵ Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e.,s. 146; Mehmet Anıl Arslanoğlu (2005), a.g.e., s. 118-119.

²⁹⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/33290, K. 2009/2942, K.T. 19.02.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 24, İstanbul, 2010; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/3836, K. 2009/15040, K.T. 01.06.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. IV, S. 23, İstanbul, 2009.

verilmişse de söz konusu düzenleme geniş yorumlanmak suretiyle de asıl işverenin kendi işçisiyle alt işveren ilişkisi içine girebilmesinin belli koşulların gerçekleşmesi halinde mümkün olabileceği söylenebilir. Bir diğer anlatımla yönetmelikteki ifadeden de yola çıkılarak Kanunda getirilen düzenlemenin mutlak yasak anlamında bir düzenleme olmadığı söylenebilir.

Belirtelim ki, burada ele alınması gereken bir başka hususta çalışan kavramıyla ne kastedildiğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Öğretideki yazarlardan Çankaya ve Çil'e göre İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasıyla “o işyerinde çalışan” kimse ibaresiyle doğrudan işyeri kavramına atıf yapıldığı için işçinin asıl işverenin hangi işyerinde çalıştığı önem kazanmaktadır. Buna göre işçi asıl işverenin işçisi olarak çalıştığı işyerinde alt işveren olarak iş alamayacak ve fakat asıl işverenin bir başka işyerinde çalışmış olması halinde alt işveren olarak “o iş yerinde” bu işi alabilecektir²⁹⁷.

Öğretideki yazarlardan Şafak ise; Kanunda “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse” ibaresiyle işçilerin kastedildiğini belirterek o işyerinde işçi olarak çalışmayan kişilerle asıl işveren alt işveren ilişkisi içine girilebileceğini, bir diğer anlatımla asıl işverenin eski işçisiyle bu ilişkiyi kurmasını kanunun mutlak anlamda yasaklandığını, işverenin işçi olmayan çalışanlarıyla asıl işveren alt işveren ilişkisi içine girmesi açısından böyle bir yasaklama getirilmediğinin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir²⁹⁸.

Aslanoğlu ise Kanun lafzına bağlı kalındığı takdirde; daha önce o işyerinde hangi sıfatla çalışmış olunursa olursun, o kişiyle alt işverenlik ilişkisi kurulamayacağı yönünde bir anlam çıkmaktadır demektedir. Ancak yazar, Kanundaki sınırlamanın çok geniş yorumlanmasının, kanun koyucunun amacını aşıcı nitelikte olacağından hareketle; daha önce işyerinde bir iş sözleşmesiyle münhasıran ve sürekli olarak çalışmamış olanların bu kapsam dışında tutulması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca yazara göre, işyerinde çalışan kişi iş sözleşmesi kapsamında çalışmış olsa bile sürekli eleman niteliğinde istihdam edilmemişse bu kişiyle de alt işveren ilişkisi içine girilebilinmelidir²⁹⁹ demektedir.

İfade edelim ki, burada çalışan kavramıyla kastedilenin işçi veya herhangi bir çalışanın kastedilmiş olmasının sonuca bir etkisi olmamalıdır. Asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulurken asıl işveren kendi işçisiyle alt işveren ilişkisi kurmuş olsa bile ilişkinin amacı göz önünde bulundurulmalı ve değerlendirme buna göre yapılmalıdır. Bu bağlamda şayet kurulan ilişki de işçilik haklarını kısıtlamak gibi bir amaç güdülyorsa işte bu durumda asıl işveren alt

²⁹⁷ Çankaya-Çil, a.g.e., s. 26.

²⁹⁸ Şafak, a.g.m., s. 7; aksi yönde görüş için bakınız, İnciroğlu, a.g.e., s. 32.

²⁹⁹ Arslanoğlu a.g.e., s. 115.

işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna hükmedilmelidir. Nitekim Yargıtay'da vermiş olduğu bir kararda asıl işverenin kendi işçisi ile alt işveren ilişkisi içine girmesini tek başına muvazaa nedeni olarak saymamıştır³⁰⁰.

Asıl işverenin kendi işçisi olarak suni (görünürde) bir alt işveren ilişkisi içine girmesi ve diğer işçilerini de ona bağlaması durumunda tarafların hangi muvazaalı işlemi yaptıklarına gelince; belirtelim ki bu durumda mutlak muvazaa söz konusu olur. Mutlak muvazaa türünde taraflar görünürdeki bir işlemin gerçekte hiçbir hüküm ve sonuç doğurmasını istemezler. Bu muvazaa türünde tarafların amacı dışa yani üçüncü kişilere karşı göstermelik bir işlem yapmış gibi görünmektir³⁰¹. Nitekim asıl işveren kendi işçisiyle görünürde bir alt işveren ilişkisi kurduğu zaman gerçekte bunun hüküm ve sonuç doğurmasını istemezler. Burada dışa karşı yapılmış bir sözleşme olup, gerçekte alt işveren ve ona bağlanan işçiler hala asıl işverenin işçisidir. İfade edelim ki, bu şekilde kurulan bir ilişkide amaç asıl işverenin işçilik maliyetlerini azaltmak, iş güvencesi kapsamı dışına çıkmak, işyerinde toplu iş sözleşmesinin yapılmasını engellemek v.b olabilir.

1.5. ALT İŞVERENİN ALDIĞI İŞTE İŞÇİ ÇALIŞTIRMADAN BİR BAŞKA ALT İŞVERENE VERMESİ

Alt işveren asıl işveren gibi bağımsız bir işveren olmalıdır. Yani alt işveren kendi adına işçi çalıştırmalıdır. Bu bağlamda alt işveren sıfatıyla asıl işverenden iş alan bir işveren bu işi kendi başına yaptığı takdirde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz. Alt işveren bir başka işte kendi adına işçi çalıştırsa ya da kendi işyerinde işçi istihdam etse bile, asıl işverenden aldığı işte işçi çalıştırmadığı müddetçe, bir başka işte işçi çalıştırıyor olmasından dolayı alt işverenlik sıfatını kazanamaz³⁰². Bu bağlamda alt işverenin aldığı işte işçi çalıştırmadan bir başka işverene vermesi durumunda söz konusu ilişki muvazaalı olur. Zira böyle bir durumda ilk defa iş alan işveren asıl işverenden aldığı işte işçi çalıştırmadığı için alt işveren sıfatını kazanamamakta, buna bağlı olarak ta işin sahibi olan asıl işveren verdiği işten dolayı asıl işverenlik sıfatını kazanamamaktadır. Aynı gerekçeyle; alt işveren, aldığı işte işçi çalıştırmadan bir başka işverene verdiği işten dolayı asıl işveren sıfatını kazanamamaktadır.

³⁰⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/17098, K. 2004/17431, K.T. 08.07.2004, Devrim Ulucan'ın karar incelemesi için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. III, S. 3, İstanbul, 2004, s.145-152.

³⁰¹ Reisoğlu, a.g.e., s. 86; Yavuz, a.g.e., s. 4.

³⁰² Şenocak-Kılıçoğlu, a.g.e., s. 69-70.

Böyle bir ilişkide ise hem işi veren hem de işi alan ilk işverenler asıl işveren olma sıfatından kaynaklanan müşterek ve müteselsil sorumluluktan kurtulmuş olmaktadır³⁰³.

Doktrin tarafından muvazaalı olarak kabul edilen bu ilişkide görünürdeki işlem ilk alt işverenlik sözleşmesi olup, bu görünürdeki işlem muvazaalı olduğu için geçersizdir. Görünürdeki işlemin altında yatan gizli işlem ise ilk işverenle alt işverenin iş verdiği işveren arasındaki alt işverenlik ilişkisidir³⁰⁴. Belirtelim ki, bu şekilde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde tarafta muvazaalı söz konusudur. Zira yapılan gizli işlemle sözleşmenin asıl tarafı olmak isteyen gerçek kişi görünürdeki ilk alt işverenin arkasına saklanan ikin bir alt işverendir.

Bu ilişkide aydınlatılması gereken bir başka nokta ise söz konusu işte çalıştırılan işçiler için hangi işverenlerin sorumlu olacaktır. İşverenlerin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasındaki sorumluluktan kaçınmak için bu yola başvurdukları kabul edildiği takdirde; ilişki başından itibaren muvazaalı olur. Bu durumda işte çalıştırılan işçiler ise ilk işverenin işçisi olarak muamele görürler³⁰⁵. Ancak doktrindeki yazarlardan birine göre burada muvazaadan ziyade kanuna karşı hile yapıldığını, bir diğer anlatımla Kanun hükümlerinin dolanılmak istendiği hususundan hareketle bu ilişkide Türk Borçlar Kanununun 36 ve 37. maddelerine göre, hareket edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Diğer taraftan Yazar da sonuç olarak her bir işverenler arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğu gerekçesinden hareketle söz konusu işçilerin ilk baştaki işverenin işçileri sayılmalıdır yönünde görüş bildirerek bu işlemi muvazaalı ya da hileli olarak nitelendirmenin sonuca farklı yönde herhangi bir etkide bulunmayacağını kabul etmiş olmaktadır³⁰⁶.

1.6. ALT İŞVERENİN ASIL İŞVERENDEN ALDIĞI İŞTE SADECE GÖREVLENDİRDİĞİ İŞÇİLERİ ÇALIŞTIRMAMASI

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında alt işverenin “ bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte...” çalıştırması koşuluna yer verilerek asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmaması için aranan koşullardan biri olduğu kayıt altına alınmıştır. 1475 sayılı İş Kanunuyla “münhasıran” kavramı ile 4857 sayılı

³⁰³ Canbolat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri..., a.g.e., s. 30; Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 241.

³⁰⁴ Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 241.

³⁰⁵ Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri...**, a.g.e., s. 30.

³⁰⁶ İbrahim Aydın, **İşverenin Sosyal Temas Ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri Ve Sonuçları**, Ankara, 2004, s. 165.

İş Kanunu'nda "sadece" kavramıyla ifade edilen bu hususla ne anlaşılması gerektiği yani; asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmaması için münhasıran çalıştırmadan anlaşılması gereken alt işverenin bütün işçileri mi yoksa alınan iş için görevlendirilen işçilerin mi çalıştırılması gerektiği konusu açıklığa kavuşturulmalıdır. Belirtelim ki, alt işverenin işçilerini sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırması ile alt işverenin başka bir işyerinde hiç işçi çalıştıramayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Burada anlaşılması gereken husus, alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerinin kural olarak aynı işyerinde çalıştırılması gerektiğidir³⁰⁷. Kanun metninde yer alan "bu iş için görevlendirdiği işçilerini" ifadesi de, alt işverenin bütün işçilerini asıl işverenin işyerinde çalıştırmasının şart koşulmadığının göstergesidir³⁰⁸. Alt işverenlik Yönetmeliğinin 4. maddesinin c bendinde de aynı hususa işaret edilerek, alt işverenin üstlendiği iş için, görevlendirdiği işçileri çalıştırılması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Ancak İş Kanununun 2. maddesinin gerekçesinde; "...asli işin bir bölümünde" veya "yardımcı işlerinde" iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak..." ifadesi aksi yönde bir yoruma imkan vererek sanki bu hükmün dışına çıkıldığında ilişkinin muvazaalı hale geleceğine dair bir his uyandırmaktadır. Nitekim öğretilerde bu yönde görüş belirten yazarların olması da bu ihtimali kuvvetlendirmektedir³⁰⁹. Ancak Yargıtay'ın alt işverenlikle alakalı bütün kararları incelendiğinde görülecektir ki; alt işverenin bütün işçilerini asıl işverenin işyerinde çalıştırmıyor olmasından ötürü herhangi bir asıl işveren alt işveren ilişkisini muvazaalı olduğu yönünde bir hükme varlığına rastlamak mümkün değildir.

Bu bağlamda birden çok işverenden iş alan alt işveren, işçilerinden birini veya bir kaçını bu işyerlerinden herhangi birine tahsis ederek çalıştırıyorsa yine bu durumda da asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı teşkil etmeden doğmuş olduğunun kabulü gerekir³¹⁰. Çünkü bu durumda da bir ya da birkaç işçinin belirli bir işe münhasıran tahsisi söz konusudur³¹¹. Ancak buna aykırı bir çalıştırma asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı hale getirecektir. Örneğin belirli bir işte çalıştırılmak üzere tahsis edilen işçi veya işçiler geçici süreliğine bile olsa bir başka işyerinde çalıştırılmaları durumunda artık asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır³¹².

³⁰⁷ Süzek, **İş Hukuku**..., a.g.e., s. 142; , Soyer, a.g.m.,s. 21; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e., s. 142; Aydınlı, **İşverenin Sosyal Teması**..., a.g.e., s. 167.

³⁰⁸ Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., s. 69.

³⁰⁹ Bu Yöndeki görüş sahipleri için bakınız; Demir, **En Son Yargıtay Kararları**....., a.g.e., s. 22, Başbuğ, **Alt İşveren ilişkisi**....., a.g.e., s. 74.

³¹⁰ Aksi yönde görüş için bakınız, Aktay-Arııcı-Kaplan, a.g.e., s. 67.

³¹¹ Soyer, a.g.m.,s. 21.

³¹² Çankaya-Çil, a.g.e., s. 21.

Ancak öğretideki kimi yazarlara göre belirli bir işe tahsis edilen işçi veya işçilerin geçici bir süre başka işyerinde çalıştırılması halinde de asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortadan kalktığı veya muvazaalı olduğu iddia edilmemelidir³¹³. Böyle bir durumda işçinin veya işçilerin görevi belirli bir süre kesintiye uğradığı için, asıl işverenin sorumluluğunun işçi veya işçiler açısından bu süreyle sınırlı olarak askıda olduğu kabul edilmelidir³¹⁴. Fakat alt işveren işçilerinin birçoğunun veya tamamının sıra ile geçici bir şekilde başka işte çalıştırılmaları sürekli bir işgücü temini anlamına geliyorsa işte bu durumda asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı iddiası ileri sürülebilir³¹⁵ demektedirler. İfade edelim ki, bu yöndeki görüşlere katılmak pek mümkün görünmemektedir. Çünkü asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun temelinde daha zayıf olan alt işveren işçilerini koruma amacı yatmaktadır³¹⁶. Haliyle işçinin geçici süre asıl işverenin işyerinde çalışmadığı dönemde asıl işverenin sorumluluğu ortadan kalkacak ve bu yolla işçi aleyhine bir sonuç yaratılmış olunacaktır.

Ayrıca Belirtelim ki, asıl işverenden iş alan alt işveren işçilerini sadece aldığı işte çalıştırmalıdır. Örneğin bir inşaat işyerinde asıl işverenden asansör montajı işini alan alt işveren, işçileri sadece bu işte çalıştırmalıdır. Örneğin alt işveren asansör montajı yanında, inşaat işyerinin dış sıva, çatı ve diğer işlerinde işçilerini çalıştırmamalıdır. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, asıl işverenden temizlik işini alan alt işverenin işçisine hizmet içi eğitim verilmek suretiyle asıl işverenin bir başka işinde çalıştırılması halini muvazaalı saymış ve işçiyi başından itibaren asıl işveren işçisi olarak kabul etmiştir³¹⁷. Bu açıdan asıl işverenin işçileri ile alt işverenin işçilerin bir arada çalıştırılması ilişkiyi muvazaalı kılar. Nitekim İş Kanununun 2. maddesinin gerekçesinde de bu konuya açıklık getirilerek “*bir işyerinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğumu için asıl işin bir bölümünde iş alınmasının anlamı, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işlerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkan vermediği göz önünde tutulmalıdır*” denmiştir.

Burada ele alınması gereken bir başka husus ise alt işverenin asıl işverenin belirli bir işine tahsis etmiş olduğu işçisini gerek asıl işverenin başka işlerinde gerekse bu ilişki devam

³¹³ Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., s. 69-70; Seracettin Gökteş, “Alt İşverenlik Uygulamasında Bazı Önemli Sorunlar”, **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, S. 12, İstanbul, 2008, s. 100-101.

³¹⁴ Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri...**, a.g.e., s. 69.

³¹⁵ Gökteş, a.g.m., s. 101.

³¹⁶ Demir, a.g.e., s. 228.

³¹⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/30958, K. 2005/35533, K.T. 09.11.2005, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 22-23; alt işveren işçilerinin alınan her iş ne ise o işi yapması gerektiği konusunda bakınız, Eyrenci-Taşkent-Ulucan, a.g.e. s. 42.

ederken başka işyerlerinde çalıştırması halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin tamamı mı yoksa sadece bu şekilde çalıştırılan işçiler açısından mı ilişki muvazaalı olacaktır bunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Alt işveren işçilerinin bir yada birkaçının bir başka işte çalıştırılması halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin tamamının muvazaalı olacağını kabul etmek çok ağır bir sonuç olur. Bu durum da, alt işverenin işçisini bir başka işte çalıştırılması ilişkisinin tamamını değil, sadece işçi veya bu şekilde çalıştırılan birkaç işçi açısından bir etkiye sahip olmalıdır³¹⁸.

İfade edelim ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinde münhasıran çalıştırmada birden fazla işverenin ortak işyerleri olan holdingler de büyük önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki, holding bünyesindeki birlikler aynı örgüt bünyesi kapsamında yer alıyorsa ve birden fazla işveren, kendi işçileri ile birlikte ortak bir teknik amacı gerçekleştirmek üzere faaliyet gösteriyorlarsa³¹⁹ böyle bir durumda alt işverenin bu şekildeki bir fiziki mekânda iş alması halinde, alt işverenin işçileri münhasıran tek bir işyerinde çalıştırmıyor olmasından dolayı alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu ileri sürmek hatalı olur. Nitekim Yargıtay önüne gelen bir davada söylenenleri doğrular nitelikte bir karara varmıştır. “Gerçekten de, Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini; işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmetleri, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır ve 30 işçi kıstasında tüm çalışanların, bir başka anlatımla tüm grup şirketlerindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerekir. Davalı işverenler arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu belirlenmesi halinde, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesi hükümleri çerçevesinde muvazaalı bir durum olup olmadığı değerlendirmeye alınmalıdır”³²⁰. Bu karardan da anlaşılacağı bir holding bünyesinde belirli sınırlar aşılmadığı takdirde muvazaa olgusu ortaya çıkmadan asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulabilir ve fakat belirli ölçütler aşıldığı takdirde de asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması kaçınılmazdır.

³¹⁸ Göktaş, a.g.m., s. 100; Çankaya-Çil, a.g.e., s. 22.

³¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız., Yenisey, a.g.e., s. 145-150.

³²⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/29128, K. 2007/441, K.T. 23.10.2007, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 12, İstanbul, 2007, s. 342-344.

Alt işveren işçilerinin sadece görevlendirildikleri işi yapmaları gerektiği noktasında değinilmesi gereken bir başka husus ise; alt işveren işçisinin asıl işverenin iş yerinde çalıştırılmasıyla daha sonra bu işçinin bir başka işyerinde veya alt işverenin tekrar aynı işyerinde iş alması halinde bu ilişkinin muvazaalı ilişki kapsamında ele alınıp alınmayacağıdır. Belirtmek gerekir ki her iki durumda asıl işveren alt işveren ilişkisini muvazaalı hale getirmez. Bir diğer anlatımla kanunda belirtilen sadece kavramıyla ifade edilmek istenen bu değildir. Çünkü her yeni işte, alt işverenin yeni bir işçi işe alması gibi bir durum söz konusu değildir. Zira Kanun koyucu alt işverenin, asıl işverenden iş aldıktan sonra, alt işverenin başka işverenlerden iş almamasına yönelik olarak münhasıran bir çalışma şartı getirmemiştir³²¹. Fakat birinci bölümde de ifade ettiğimiz gibi alt işveren aldığı işi kendisi yapıyor veya kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olmayan kişilere aldığı işi yapıyorsa o halde asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna kanaat getirilir. Kanaatimizce doğru olan bu tutuma ters bir tutum sergilenerek kamu kurum ve kuruluşlarında bu konuda farklı bir düzenleme yapılmış olması yerinde bir yaklaşım olmamıştır.

Bilindiği gibi 5538 sayılı Kanunun 18. maddesiyle getirilen düzenlemeyle Kamu Kurum ve Kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarla alakalı olarak 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine eklenen 9. fıkrada da, anılan bu kamu kurum ve kuruluşlarında hizmet alım ihaleleri ile istihdam edilecek alt işveren işçileriyle alakalı olarak yapılan düzenlemeye göre söz konusu kuruluşlar da hizmet alımına yönelik sözleşme ve şartnamelere “Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı işyerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz” yönünde bir hüküm yer almıştır. Hizmet alım ihalelerinin yıllık olarak yapıldığı göz önünde bulundurulursa, daha önce işyerinde çalışmış olanların çalıştırılmasına müsaade edilmemiş olması çeşitli sakıncaları beraberinde getirebilir. İhaleyi alan aynı alt işveren olsada farklı bir alt işveren olsada durum değişmeyecektir. Çünkü daha önce çalışmış olanların çalışmaya devam etmesi istenmemektedir. Bu yasaklama ise bir takım olumsuzlukları beraberinde getirmektedir. Örneğin bu yasaklama nedeniyle ihale ile iş alacak olan alt işveren her yıl istenilen niteliklere uygun işçileri arayıp bulmak zorunda kalacaktır. Ancak Burada asıl zararı gören ise işçi olacaktır. İşsizlik probleminin çok ciddi boyutlarda olduğu ülkemizde aynı işyerinde bir ihale döneminden fazla çalıştırılmayan işçi için her zaman bir korunaksız ortam yaratılmış olacaktır. Çünkü işçinin bu şekilde istihdam edilmesiyle asıl işveren ve alt işverenin,

³²¹ Aslanoğlu, a.g.e., s. 123.

çalıştırılan işçi veya işçiler açısından kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin alacaklarına karşı yükümlülüklerini ortadan kaldıracaktır³²².

Alt işverenin asıl işverenden aldığı işte sadece görevlendirdiği işçileri çalıştırmaması halinde sözleşmenin şartlarında muvazaa hali söz konusu olur. Zira taraflar aralarında kurdukları alt işverenlik sözleşmesinin yani görünürdeki işlemin aralarında hüküm ve sonuç doğurmasını arzu ederken; görünürdeki işlemin şartlarından biri olan alt işverenin sadece görevlendirdiği işçileri çalıştırmasını hükmünü kendi iç iradelerinden farklı olarak gizli işlemle değiştirmektedirler. Haliyle görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için, gizli işlemle de alt işverenlik sözleşmesinin geçerlilik unsurlarından biri gizlendiği için her iki sözleşme de geçersizdir

1.7.ASIL İŞVEREN SIFATININ BULUNMAMASI

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmaması için alt işverenin iş aldığı kişinin işverenlik sıfatını taşıması gerekir. Bu işverenlik sıfatından kasıt kendi emri ve yönetimi altında iş sözleşmesiyle işçi çalıştıran bir asıl işverenin varlığıdır. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmaması için bir diğer şart ise; asıl işveren alt işverene verdiği işin tamamında işçi çalıştırmasıdır. Bu bağlamda asıl işveren işin bir bölümünde ve eklentilerinde işçi çalıştırıyorsa kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı olacaktır³²³. Aynı şekilde birden fazla işyeri sahibi olan asıl işveren, alt işverene verdiği işte değil de diğer işler de işçi çalıştırması halinde de kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı olacaktır. Aynı koşul işin tamamını yapmak üzere alt işverene devreden asıl işveren içinde geçerlidir³²⁴. Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 4. maddesinin a bendinde de buna işaret edilerek “Asıl işverenin işyerinde mal ve hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır” denilerek bu hususa işaret edilmiştir.

İfade edelim ki, genel hükümlere göre, bir sözleşmede muvazaanın türü ne olursa olsun, görünürdeki işlemin muvazaalı olması halinde, bu işlem başından itibaren geçersiz sayılarak hüküm ve sonuç doğurmayacaktır³²⁵. Bu bağlamda asıl işveren sıfatını taşımadığı halde bir işveren bir başka işverenle alt işverenlik ilişkisi kurması halinde, görünürdeki işlem yani alt işverenlik sözleşmesi muvazaalı olacağı için, bu sözleşme kurulduğu andan itibaren

³²² Gerek, a.g.m., s. 82-86.

³²³ Mollamahmutoglu, **İş Hukuku**, a.g.e.,s. 138.

³²⁴ Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, a.g.m., s. 15.

³²⁵ Aydınli, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 271.

hüküm ve sonuç doğurmayacak ve alt işverenin işçileri sözleşmenin kurulduğu andan itibaren asıl işverenin işçileri olarak muamele görecektir.

Bu bağlamda Kamu Kurum ve Kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi büyük önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki, birçok Kamu kurumunun işçi çalıştırmadığı bilinen bir gerçektir. Daha önceleri 657 sayılı Devlet Memurları kapsamındaki yardımcı hizmetlilerin veya sözleşmeli memurlarla yürütülen temizlik ve güvenlik hizmetlerin kamu kurumlarına işverenlik sıfatı kazandırması da mümkün görünmemektedir. Haliyle işveren sıfatı olmayan kamu kurumlarının bir takım hizmetleri satın alma yoluna gitmeleri ile asıl işveren alt işveren ilişkisini doğurması gerekir³²⁶. Ancak 2006 tarihli Bütçe Kanunlarında Yer alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 5538 sayılı Kanunla Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8. fıkrayla ihale yoluyla Kamu Kuruluşlarına alt işverenlik ilişkisi kurabilmelerine yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Oysaki Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda bir işyerindeki tahmil ve tahliye işlerinin hepsi ihaleyle müteahhide verildiği zaman, müteahhidin işçilerine ödenecek ihbar ve kıdem tazminatlarından sadece müteahhit sorumludur yönünde karar vermiş olması³²⁷ bile bu şekilde bir ilişkinin kurulamayacağı bir göstergesidir³²⁸. Haliyle İş Kanununun 2. maddesinin 8. fıkrasıyla getirilen düzenlemeyle kamu ve özel sektör ayrımcılığı yapılarak özel sektör açısından muvazaalı olarak kabul edilen bir durum Kamu Kurumları açısından Kanuna uygun bir ilişki olarak kabul görülmüştür.

1.8. ALT İŞVERENİN ALDIĞI İŞİ ASIL İŞVERENİN İŞ YERİNDE YAPMAMASI

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaa oluşturmadan kurulabilmesinin koşullarından biride alt işverenin aldığı işi asıl işverenin işyerinde yapması koşuludur. İş Kanununun 2. maddesinin 6. Fıkrasında “işçilerini bu işyerinde çalıştıran diğer bir işveren”

³²⁶ Göktaş, a.g.m., s. 104.

³²⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 1995/34441, K. 1996/11953, K.T. 28.05.1996, karar için bakınız, Ebru Bozkurt Yüksel, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Sorumluluk Ve Sınırları”, **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, S. 9, İstanbul, 2008, s. 50.

³²⁸ Yargıtay'ın Kamu Kurumlarını 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi anlamında asıl işveren olarak alt işverenin işçilik haklarından müşterek ve müteselsil sorumlu tuttuğu kararlar için bakınız, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2003/9790, K. 2003/9829, K.T. 2.6.2003, karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 112; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/, K. 2005/37518, K.T. 29.11.2005, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 51-53.

ifadesinden de ³²⁹ anlaşılacağı üzere asıl işverenden iş alan alt işveren aldığı işi asıl işverenin işyerinde yapmalıdır³³⁰. Bu şart ilişkinin Kanuna aykırılık teşkil etmeden kurulabilmesi için aranan ve fakat yeterli olmayan bir koşuldur. Çünkü bu koşula ek olarak asıl işverenden iş alan alt işveren, asıl işin bir bölümünü ya da asıl işe ilişkin yardımcı bir işi almalıdır³³¹. Nitekim Alt İşveren Yönetmeliği 4. maddesinin b bendinde de alt işverene verilen işin, işyerinde yapılması gerektiği belirtildikten sonra yapılan bu işin ya işyerinde mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerden ya da belli şartları taşıması şartıyla asıl işin bir kısmını oluşturan bir iş olması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya oluşturmada kurulabilmesi için hem iş asıl işin bir bölümü ya da asıl işe yardımcı bir iş olmalıdır. Hem de alınan bu iş asıl işverenin işyerinde yapılmalıdır. Asıl işverenin fason üretim yoluyla bir başka işverene iş vermesi³³², veya bir lokantayla anlaşarak işçilerinin orada yemek yemesi ya da dokuma işiyle uğraşan asıl işverenin desen oluşturma işini bir başka işverene vermesi ve işi alan işverende bu işi başkalarına da hizmet verdiği kendi işyerinde yapması gibi ilişkilerin her biri muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisine birer örnektir. Çünkü sıralanan örneklerin hiçbirinde iş, asıl işverenin iş yerinde yapılmamaktadır³³³. Belirtelim ki, alınan iş asıl işverenin yerinde yapılmadığı takdirde alt işverenlik sözleşmesi yani görünürdeki işlem geçersiz olacak ve böylece asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaayla sonuçlanacaktır.

Diğer taraftan bazı durumları ayırık tutmak gerekebilir. Çünkü öyle bazı işler vardır ki, bu işler işyeriyle alakalı olmasına rağmen söz konusu işlerin, işyerinde gerçekleştirme imkânı yoktur. Kömürle çalışan elektrik termik santrali için kömür taşıma işi³³⁴ örneğinde olduğu gibi bazı işler tabiatı gereği işyerinin dışında yapılması gereken ³³⁵ işlerden olabilir. Nitekim 2008 yılında Yargıtay'ın önüne gelen bir davada; Merkezi İstanbul'da olan sosyal dayanışma ve yardım amacı ile faaliyet gösteren davalı cemiyetin, aynı yönetim altında farklı yerlerde inşaat işine girdiği, bu kapsamda davacı işçinin İzmir'de bir huzurevi ve hastane inşaatında işe başladığı ve Yargıtay'ında davacı işçinin aldığı işin asıl işe yardımcı iş olduğu kararına

³²⁹ Süzek, **İş Hukuku**..., a.g.e., s. 138; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e., s. 142.

³³⁰ Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., s. 69.

³³¹ Şen, "Sendikal Notlar", a.g.m., s. 43.

³³² Gerek - Oral a.g.M., s. 31.

³³³ Ercan Akyiğit, "Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı", **TUHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi** C. XXII, S. 4-5, İstanbul, 2009-2010, s. 19.

³³⁴ Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, a.g.e., s. 142.

³³⁵ M. Fatih Uşan, "Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanundan Doğan Borçlarından Sorumluluğu", **KAMU İŞ, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. VII, S. 1, Ankara, 2002, s. 7.

vardığı davada olduğu gibi³³⁶ bazı işlerde asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu ileri sürmek, asıl işverenin işyeri kapsamının sınırlarını iş organizasyonu kapsamında ele almak³³⁷ ve bu doğrultuda bir yoruma varmak yerinde bir yaklaşım olacaktır.

İfade edelim ki, bu durum Holdingler açısından da geçerlidir. Bu bağlamda holdinglerde bu kapsamda değerlendirilmelidir. Fakat bu değerlendirme yapılırken holding bünyesindeki birliklerin aynı örgüt bünyesinde ve birden fazla işverenin, kendi işçileri ile birlikte ortak bir teknik amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelip gelmedikleri göz önünde bulundurulmalıdır³³⁸. Bir diğer anlatımla holdingler kapsamında kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde veya diğer örnekler de işyerindeki organik bağın önemi ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda kurulan ilişkinin muvazaalı olup olmadığının tespitinde bu kriter göz önünde tutulmalı ve tespit buna göre yapılmalıdır. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararda *“Kural olarak aynı guruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ" dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi. Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir. Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akti devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok S.da kararda vurgulanmıştır. Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönerek birlikte sorumluluğu benimsemiştir.”*³³⁹. Bu karardan da hareketle organik bağa aykırılık teşkil etmesi halinde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna hükmedilir.

³³⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/1289, K. 2008/1991, K.T. 25.02.2008, **LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. V, S. 18, İstanbul, 2008, s. 707-709.

³³⁷ Aydınli **İşverenin Sosyal Temas.....**, a.g.e., s. 164.

³³⁸ Birden fazla işverenin ortak işyeri olan holdingler için ayrıntılı bilgi için bakınız, Yenisey, a.g.e., s. 145 vd.

³³⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/9436, K. 2009/15249, K.T. 02.06.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. IV, S. 23, İstanbul, 2009, s. 220-222.

Ayrıca işyerinin tanımıyla alakalı madde gerekçesi incelendiğinde de teknolojik ve ekonomik gelişmelerin bir işyerinde mal ve hizmet üretiminden, pazarlamaya, pazarlamadan müşteriye sunulmasına kadar birçok yapısal değişiklikleri beraberinde getirdiği vurgulanarak bir iş yerindeki amacın gerçekleşmesinde yapılan işlerin işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına kadar taşıdığı ve bununla işverenin kurduğu "iş organizasyonun" işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde (ilaç fabrikası satış elemanları gibi) veya ilin içinde (beyaz eşya bakım ve onarım işlerinde çalışanlar gibi) işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişlemesine yol açtığı belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce işyerinin kapsamı genişletilirken bunu bir işçinin evinin sınırlarına kadar vardırılmak yerinde bir yaklaşım değildir. Unutulmamalıdır ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverene alt işverenin işçilerine karşı müşterek ve müteselsil sorumluluk yüklenilmiştir. Bu sorumluluğunun oluşabilmesi için, bir diğer ifade ile asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğundan bahsedebilmek için işin asıl işverenin hukuki hâkimiyet alanında yapılması gerekir³⁴⁰. Bu bağlamda Kanun gerekçesinde ifade edildiği gibi işyeri sınırlarını işçinin evine kadar genişletmek asıl işverenin hukuki hâkimiyet alanının dışına çıkılması anlamına gelecektir ki, buda alt işveren işçilerinin bir takım haklardan mahrum kalmasına yol açacaktır. Haliyle asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulurken bu işin asıl işverenin işyerinde yapılması imkan dahilinde olmayan her işi iş organizasyonunu çok geniş yorumlama yoluna giderek bu kapsama sokma girişiminde bulunmak asıl işveren alt işveren ilişkisinin yapısına ters düşecektir. Nitekim İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında ilişkinin tanımı verildikten sonra, kurulan ilişki de asıl işverenin, "alt işveren işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak..." ifadesindeki "o işyeri hükmü" de³⁴¹ asıl işverenin işinin yapıldığı ya da yapılabileceği her yeri işyeri olarak kabul etmenin mümkün olmadığını göstermektedir.

1.9. ASIL İŞVERENİN ALT İŞVEREN İŞÇİLERİ ÜZERİNDE YÖNETİM HAKKINI DOĞRUDAN KULLANMASI

Kural olarak alt işveren, işçileri üzerindeki yönetim hakkını asıl işverene devredemez. Asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde yönetim hakkını doğrudan kullanması, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmasına yol açar. Bunun hukuki dayanağını ise işveren ve işçiler arasındaki iş sözleşmesi oluşturur³⁴². Asıl işveren alt işveren ilişkisinde iki ayrı işveren

³⁴⁰ Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 184.

³⁴¹ Süzek, **İş Hukuku.....**, a.g.e., s. 142.

³⁴² Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 241.

ve iki ayrı işverenin kendine ait işçileri vardır. Her bir işveren kendi işçisiyle iş sözleşmesi yoluyla hukuki bir bağ oluşturur ve bu hukuki bağla kendi işçisine karşı bir yönetim hakkı doğar. Asıl işveren alt işveren ilişkisinde, her ne kadar alt işveren asıl işverenin işyerinde iş almış olsada, asıl işverenin alt işveren işçileriyle arasında hukuki anlamda bir bağ oluşmadığı için ve aynı zamanda asıl işverenin işyeri alt işverenin işyeri olarak kabul edildiği için, işçiler artık alt işverenin işinde çalışıyor kabul edilir ve asıl işverenin bu işçilere karşı herhangi bir yönetim hakkından bahsetmek mümkün olmaz. Bu bağlamda asıl işveren alt işveren işçilerinden kural olarak işin icrasını isteme hakkı yoktur. Bu yetkiyi ancak alt işveren kullanabilir³⁴³. Ayrıca alt işveren işçisini işe almaya, işçiyi işten çıkarmaya, ücretlerini ve sosyal haklarını ödemeye, işçilere izin kullandırmaya da yetkili olan kişi yine alt işverendir. Aynı zamanda alt işveren bu yetki ve sorumluluklarını asıl işverene devredemez³⁴⁴. Aksi düşünüldüğü takdirde burada alt işveren sıfatıyla iş alan kişiyi gerçek bir işveren olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Bir diğer anlatımla; böyle bir durumda ortada suni bir işverenin varlığı söz konusu olacaktır³⁴⁵. Nitekim Yargıtay bir davanın özünde “*alt işverenin bir başka işyerinden iş almadığı, işçilerin sadece asıl işverenin işyerinde çalıştıkları, talimatların asıl işverenden alındığı, yapılan işin asıl işverence denetlendiği, ayrıca işçilerin asli işte çalıştırıldıkları, bu işlerin teknolojik nedenlerle, uzmanlık veya taşeronla devrini gerektiren işlerden olmadığı durumlarda ilişkinin muvazaalı olduğu kabul edilmelidir.*” demiştir³⁴⁶.

Bir başka davada da dosyadaki bilgi ve belgelerden yola çıkan Yargıtay Davacı işçinin, davalı Başkanlığı işyerinde 01.07.1997-02.07.2004 tarihleri arasında taşeronlar değişmesine rağmen çalışmaya devam ettiğini, fesih bildirimini her ne kadar diğer davalı Yemek Üretim ve Hizmet A.Ş. tarafından yapılmışsa da; fesih yazısındaki talimatlardan feshin Başkanlığı tarafından yapıldığının anlaşıldığını belirterek, söz konusu davaya ilişkin kararını şu şekilde açıklamıştır. “Taşeronların değişmesine rağmen davacı işçinin Başkanlığına ait işyerinde çalışması ve adı geçen başkanlığın işçi alma ve işçilere talimat verme yetkisini elinde bulundurması sebebiyle 4857 Sayılı Kanunun 2. maddesinin 7. fıkrası

³⁴³ Ekonomi, a.g.m., s. 61; Akyiğit “İçtihatlı ve Açıklamalı.....”, a.g.e., s. 109; Şen, “Sendikal Notlar”, a.g.m., s. 123.

³⁴⁴ Çankaya, a.g.m., s. 5.

³⁴⁵ Şen- Naneci, a.g.e., s. 37.

³⁴⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/38695, K. 2007/35306, K.T. 26.11.2007 karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 151-153.

gereği işlemin muvazaalı³⁴⁷ olduğu açık olduğundan davacı işçinin başlangıçtan beri asıl işverenin işçisi sayılması gerekir”³⁴⁸ demiştir.

Asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde yönetim hakkını doğrudan kullanması halinde; alt işverenlik sözleşmesinin şartlarına aykırı davranmış olacaktırlar. İfade edelim ki, asıl işverenin yönetim hakkını doğrudan kullandığı asıl işveren alt işveren ilişkisinde taraflar, aradaki alt işverenlik sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurmasını isterler ve fakat alt işverenlik sözleşmelerinin şartlarından biri olan alt işverenin kendi işçileri üzerindeki yönetim hakkını asıl işverenin kullanmasını arzu ederler. Bu bağlamda taraflar görünürdeki işlemin bir şartını gerçek iradelerinden farklı olarak tayin etmektedirler. Haliyle sözleşmenin şartlarında muvazaa halinin ortaya çıktığı böyle bir ilişkide, görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için, gizli işlemle de alt işverenlik sözleşmesinin geçerlilik unsurlarından biri gizlendiği için her iki sözleşmede batıldır yani geçersizdir.

³⁴⁷ Bir başka davada davacı işçi; is sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini, davalı Sağlık Bakanlığına ait hastane de alt işverenler değiştiği halde sürekli çalıştırıldığını ve son alt işverenin ihale sözleşmesinin 31.12.2003 tarihinde bitmesine rağmen, hastanede temizlik işleri için yeni bir ihale açılmaması sebebiyle son alt işverenin söz konusu hastane de 4 ay daha işi yürüttüğünü ve bu 4 ayın sonuna da, hastanenin bir başka alt işverene temizlik işini ihale ettiğini ve sözleşmesinin de bu alt işveren tarafından feshedildiğini ve fakat işten çıkarmada hastanenin yetkili olduğu gerekçesiyle açtığı davada feshin geçersizliğini talep etmiştir. Yargıtay somut uyuşmazlıkta, davalı Sağlık Bakanlığı'nın hastane işyerinde ihale ile verdiği temizlik işinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası anlamında yardımcı işlerden olduğu için alt işverene verilebilecek işlerden olduğunu belirtmiştir. Ancak Yargıtay kararın devamında; asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olduğu hallerde, alt işveren üstlendiği işi, sözleşme koşulları çerçevesinde, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Bir diğer anlatımla, yönetim hakkı tamamen alt işverenedir. Bu bağlamda alt işveren işinde çalıştıracağı işçileri kendisi işe alır, kendi adına sözleşme yapar ve yine kendisi gerekli talimatları verir. Oysa davalı Sağlık Bakanlığına bağlı hastane yönetimi ile temizlik hizmetlerini alan taşeron şirketler arasındaki ihale sözleşmeleri, teknik şartnameler incelendiği zaman, işçilerin işe alınmasında da, işlerine son verilmesinde bu konuda tek yetkilinin hastane idaresi olduğu, firmaların kesinlikle bu konuda yetki sahibi olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca çalışanların çalışma koşullarının da Hastane yönetimince belirleneceği açıkça düzenlenmiştir. Bundan da anlaşılacağı gibi, alt işverenlerin çalıştırdıkları işçiler üzerindeki yönetim hakkı asıl işveren tarafından kullanılmaktadır. Bu anlamda kurulan ilişkide gerçek anlamda asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsetmek mümkün olamayacağı için, davacı işçinin başlangıçtan itibaren davalı Sağlık Bakanlığı'na bağlı işyerinin işçisi olduğunun kabulü gerekir diyerek olayı karara bağlamıştır Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/1358, K. 2007/13081, K.T. 12.02.2007, karar için bakınız, Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., 122-124; ayrıca 1475 S.lı Yasa dönemindeki bir kararının özünde, Yargıtay “*Sendika üyesi olan taşeron firma işçilerinin, taşeron firmalar değişmesine rağmen aynı işyerinde sürekli çalıştıkları, görevleri olan temizlik işi ile değil asıl işçilerle birlikte halı ipliği üretiminde çalıştırıldıkları ve asıl işverenin emir ve talimatları ile hareket ettikleri anlaşıldığından, ihale sözleşmelerinin muvazaalı ve taşeron işçilerinin asıl işverenin işçileri olduğu sonucuna varılmış olup, sendika aidatlarından asıl işveren sorumludur.*”denmiştir Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2002/24158, K. 2002/21785, K.T. 19.11.2002, karar için bakınız, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000_2005.pdf (10.10.2010); Özü “*Şirket otobüslerine ikram malzemesi taşıyan, işi olmadığı zaman şirket yetkilisinin emir ve talimatına hazır şekilde bekleyen ve ücreti de bahşişlerden oluşan kişi ile şirket arasındaki ilişki, hizmet akdi ilişkisidir.*” olan karar için bakınız Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2000/7291, K. 2000/11615, K.T. 14.19.2000, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000_2005.pdf (10.10.2010).

³⁴⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/32270, K. 2005/1470, K.T. 25.01.2005 karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 83-84.

Diğer taraftan asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı verdiği her emir ve talimatın bu ilişkiyi muvazaalı kılacağını söylemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Çünkü asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde, aynı işyerinin ortak kullanımından dolayı dürüstlük kuralları çerçevesinde ilgililerin bir takım karşılıklı yükümlülüklerinin olması kaçınılmazdır. Bu bağlamda asıl işveren, işyerinde işçi sağlığı ve güvenliğini sağlamak ve bu konuda alt işveren işçileri de dahil bütün işçilere gerekli emir ve talimatları vermek zorundadır. Alt işveren işçileri de işçi sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürmemek için gerekli özeni göstermek ve bu konuda asıl işverenin verdiği emir ve talimatlarına uymak zorundadır³⁴⁹.

Zira alt işveren işçisi, alt işverenin işçisi olsa bile, işçi asıl işverenin işyerinde çalışarak kişiliğini, emeğini ve maddi manevi değerlerini asıl işverenin hukuki tasarruf alanı olan işyerine dahil etmektedir³⁵⁰. Bu bağlamda asıl işverenin tüm işyerine ait iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması ya da alt işverenin yaptığı işten dolayı asıl işverenin işine teknik anlamda bir bağımlılığı söz konusu olduğundan, asıl işverenin tüm üretim süreci boyunca talimat vermesi ya da işyerinin genel düzeni ile ilgili olan disiplin kurallarını bütün işçilere uygulaması bir zorunluluktur³⁵¹.

1.10. ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ İŞÇİ TEMİNİNE YÖNELİK OLMASI

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmasına yol açan sebeplerden biride asıl işin işçi temini amacıyla alt işverenlik ilişkisi içine girmesidir. Bir işyerlerinde işverenin işini çeşitli kısımlara bölerek ve kendisine iş sözleşmesiyle bağlı işçi bırakmayarak veya bu sayıyı en aza indirerek, güvendiği işçilerini görünürde alt işveren göstermek suretiyle işçileri bu sözde alt işverenlere devretmesi bu duruma örnektir. Belirtmek gerekir ki, İşin bölünerek birçok alt işverene verilmesi nedeniyle bu işyerinde artık toplu iş sözleşmesi yapılması güç veya olanaksız hale gelmektedir³⁵².

İşçi teminine yönelik alt işveren ilişkisinin bir başka şekli ise işyerinde sürekli taşeronlar değişmesine rağmen işçilerin hep aynı işyerinde çalışmayı sürdürmeleridir. Yani

³⁴⁹ Ekonomi, a.g.m., s. 62.

³⁵⁰ Aydın, İşverenin Sosyal Teması..., a.g.e., s. 180; Aydın Başbuğ, **Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları**, TES-İŞ Eğitim Yayınları, Ankara, 1999, s. 189.

³⁵¹ Aydın, **Görünürdeki İşlemler....**, a.g.e., s. 244-245; Yargıtay 1475 S.lı Yasa döneninde önüne gelen davada: Davacı işçinin çalıştığı işyerinde patlayıcı gibi tehlikeli maddeler üretilmesi sebebiyle asıl işverenin bu hususları göz önünde bulundurarak, işyeri disiplinini sağlamak için, çok sıkı kayıtlar koyması ve emniyet tedbirleri alması, işyerinin tehlikeden uzak bir ortam da bulunması için asıl işverenin bazı yetkileri elinde tutması doğal karşılanmalıdır demiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 1997/16673, K. 1997/19164, K.T. 08.11.1997, karar için bakınız, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf> (10.10.2010).

³⁵² Süzek, **İş Hukuku....**, a.g.e., s. 144.

sözleşmeleri sona eren alt işverenler işyerinden ayrılırken yanlarında işçilerini de götürmeleri gerekirken işçiler işyerinde kalarak çalışmalarını sürdürmeye devam etmektedirler. Çalışmaya devam eden işçilerin ücret v.b alacaklarını asıl işveren ödemektedir. Bu bağlamda buradaki asıl amaç gerçek bir asıl işveren alt işveren ilişkisi içine girmek değildir. Zira burada asıl işveren konumundaki kişi çalışan işçilerin işçilik haklarını asgari olarak yerine getirmek suretiyle işçilik maliyetlerini aşağı çekmektir³⁵³. Diğer taraftan alt işverenler arasında işyeri devri de söz konusu olabilir. Bir diğer anlatımla süresi son eren alt işverenle ihaleyi alan alt işveren arasında açık bir şekilde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapma imkânı vardır. Bu bağlamda alt işveren değişmesine rağmen yeni alt işveren yanında çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlenmesi halinde bu işçilerin sözleşmeleri devralan alt işverene geçecektir³⁵⁴. Ancak buradaki olayın bu özellikten uzak olduğu açıktır. Zira burada işyerinden ayrılan bir alt işverenle işyerinde iş alan yeni alt işveren arasında bir işyeri devrinden bahsettirecek şekilde işçilerin ücret v.b alacaklarını üstlenen bir alt işveren varlığı söz konusu değildir. Buradaki olay işçiler için asgari şartların sağlanmasıyla asıl işverenin işi için işçi temininin gerçekleştirilmesidir. Haliyle buradaki asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı bir ilişkidir. Nitekim Yargıtay'da asıl işveren alt işveren ilişkisi ile ilgili olarak, işverenler arasındaki sözleşme, hizmet alımına yönelik değil de işçi teminine yönelik ise, bu durumda asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından bahsedilmeyeceğine hükmetmiştir³⁵⁵.

Bu yöndeki bir başka davada ise; davacı işçi, davalı Kütahya porselen A.Ş.'de diğer işçilerle birlikte çalışırken, davalı işverenin muvazaalı işlemlerle işçilik hizmeti sunan taşeronlarla sözleşme imzaladığını, hizmetinin farklı farklı taşeronlar üzerinde kayıtlarda gösterildiğini ve davalı işverenin gerçek maksadının sendikal nedenler olduğunu ve davalı işverenin işçilere sendika üyeliğinden istifa etmeleri için baskıda bulunduğunu, işçi sendika üyeliğinden istifa etmeyince iş sözleşmesinin hiçbir neden olmadan ve yazılı bildirim yapılmadan feshedildiğini iddiasıyla dava açmıştır. Yargıtay ise, dosya içeriğine göre, davacı gibi birçok işçinin davalı Kütahya Porselen A.Ş. işçisi olarak çalışırken 2002 yılından itibaren işçilik hizmeti teminine yönelik sözleşme imzalanan taşeron işçisi gibi kayıtlarda gösterildiklerini, işçilerin hangi taşerona ait olduklarını bile bilmediklerini, bu şekildeki işçilerin asıl işverenin işçileriyle beraber aynı işte çalıştırıldıklarını, asıl işverenin asıl amacının üye sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisini almasını engellemek için bu yollara

³⁵³ Aydınlı, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 247.

³⁵⁴ Haluk Hadi Sümer, "Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka Alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları", **SİCİL, İş Hukuku Dergisi**, C. IV, S. 15, İstanbul, 2009, s. 105.

³⁵⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/32431, K. 2006/33405, K.T. 18.12.2006 karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 120.

başvurduğunun anlaşıldığını belirterek Kütahya Porselen A.Ş.'nin asıl işveren olduğuna hükmetmiştir³⁵⁶. Diğer bir davada da Yargıtay, alt işveren, asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği bir mal ve hizmet üretiminde belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca alt işveren üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse ortada asıl işveren alt işveren ilişkisi değil işçi teminine yönelik bir ilişki vardır, diyerek Yargıtay alt işverenle işçisi arasındaki ilişkiye ve alt işverenin yaptığı iş bakımından bağımsızlığına ve yine asıl işverenle alt işveren arasında emir ve talimat verme yönünde bir ilişkinin olmadığına işaret etmiştir³⁵⁷.

Uygulamada işçi temininin bir başka şeklini bordro şirketler oluşturmaktadır. İşçi kiralamak dışında başka bir amaçları olmayan şirketler İş Kanununun ilkelerini ortadan kaldırarak İş Kanununun işçiyi koruyucu ilkelerini işlevsiz bırakmaktadırlar. Çünkü bu şirketlerin asıl amacı mal ve hizmet üretmek değil aracılık yapmak suretiyle işverenlere işçi sağlamaktır. Daha açık bir ifade ile bu şirketler iş sözleşmesi imzaladıkları işçileri kendi işyerlerinde istihdam etmeyerek başka başka işyerlerinde bu işçileri çalıştırmak suretiyle işverenlere geçici işçi temin etmektedirler³⁵⁸.

Ayrıca alt işveren ayrı bir organizasyona, bu organizasyonla alakalı bir uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olmaması halinde de kurulan alt işverenlik ilişkisi muvazaalı

³⁵⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/32616, K. 2005/5688, K.T. 21.02.2005 karar için bakınız, Çankaya-Çil, a.g.e., s. 77-79.

³⁵⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/41361, K. 2008/34689, K.T. 22.12.2008, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C. II, S. 21, İstanbul, 2009, s. 419-421. Bu konu ile ilgili olarak Yargıya taşınan bir başka dava uyuşmazlığında davacı işçi, ... Belediyesi işyerinde temizlik işinde taşeron şirketler değişmesine rağmen taşeron işçisi olarak çalıştığını ve taşeronlar değişirken, işyeri ve araçların değişmediğini, davalı Belediye ile temizlik işlerini alan taşeron şirketler arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu, ve kendisinin ilişkinin başından beri 4857 S.lı İş Kanunu'nun 2/son maddesi uyarınca Belediye işçisi olarak çalıştırıldığını, iş sözleşmesinin 08.05.2006 tarihinde işe alınmayarak ve yazılı fesih bildirim yapılmadan feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayanmadığını ileri sürerek, davalı Belediye Başkanlığı ile en son taşeron şirket olan diğer davalı şirket aleyhine dava açmış, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur. Yargıtay, temizlik işinin belediyenin asıl işi olmasına rağmen 5393 S.lı Yasa ile bu işlerin alt işverene verilebilmesinin mümkün olduğunu belirterek söz konusu olayda belediyenin asıl işinin taşeronu verilmesi bağlamında bir muvazaanın olmadığını, fakat davacı ve diğer işçilerin 5393 S.lı Belediye Yasasından önce davalı Belediye'nin asıl işinde çalışmaları ve anılan Yasanın çıkmasından sonra da davalı ile dava dışı taşeron arasındaki temizlik işi ihalesinin uzatılmış hali ile 28.02.2006 tarihinde sona ermesine rağmen davacının bu tarihten sonra da yeni ihalenin yapıldığı 01.05.2006 tarihine kadar ihale yapılmadan davalı Belediye işyerindeBelediye Başkanlığının işçisi olması nedeniyle ve asıl işveren alt işveren işçilerinin devam cetveli ve devamsızlıklarının davalı Belediye Başkanlığı tarafından tutulması, asıl işverenin emriyle işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi, alt işveren işçilerinin kullandığı araçların Belediye Başkanlığı tarafından temin edilmesi gibi maddi ve hukuki olgulardan hareketle, davacı işçinin başlangıçtan itibaren Belediye Başkanlığı işçisi olduğuna hükmetmiştir Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/6094, K. 2007/10224, K.T. 10.04.2007, karar için bakınız, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2005_2007.pdf (20.10.2010), s. 144-148; işçi teminine yönelik bir başka karar; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/32616, K. 2005/5688, K.T. 21.02.2005, karar için bakınız, **Çalışma ve Toplum**, C.I, S. 12, İstanbul, 2007, s. 299-301.

³⁵⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/17098, K. 2004/17431, K.T. 08.07.2004, karar için bakınız, Devrim Ulucan, "Karar İncelemesi", **Çalışma ve Toplum**, C. III, S. 3, İstanbul, 2004, s. 145-152.

olacaktır. Çünkü buradaki ilişki yine işçi teminine yönelik bir ilişki niteliği taşımaktadır³⁵⁹. Nitekim Yargıtay bir dava özetinde buna vurgu yaparak “Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal ve hizmet üretimi için belirli bir organizasyona 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 olur”³⁶⁰ demiştir.

İfade edelim ki, tarafların gizli işleme, görünürdeki işlemin niteliğini ve mahiyetini değiştirmek için başvurmaları halinde sözleşmenin niteliği ile ilgili muvazaa söz konusu olur³⁶¹. Bu bağlamda asıl işveren güvendiği işçisiyle alt işverenlik ilişkisi kurması halinde sözleşmede muvazaa veya diğer adıyla sözleşmenin niteliğinde muvazaa hali söz konusu olacaktır. Çünkü asıl işveren güvendiği işçilerle alt işveren ilişkisi kurması halinde, asıl işveren kendisine bağlı işçilerin haklarını asgari seviyeden ödemek ve toplu iş hukukundan kaynaklanan bir takım hak ve yükümlülüklerin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Nitekim asıl işveren güvendiği işçilere işi bölmek suretiyle verdiği işyerinde birden çok işveren ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda ise sendikal örgütlenme ve toplu iş sözleşmesi yapmak neredeyse mümkün olmamaktadır³⁶². Belirtelim ki, bu şekilde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde, gerek görünürdeki alt işverenler gerek görünürdeki alt işverenlerin işçileri hala asıl işverenin işçileridir. Yani gizli işleme görünürdeki alt işverenlik sözleşmesi geçersiz kılınmaktadır. Bu durum ise hem görünürdeki işlemin hem de gizli işlemin geçersizliğine yani butlanla sonuçlanmasına yol açar. Zira görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için geçersizdir³⁶³.

Gizli işlem ise, tarafların gerçekte istedikleri, samimi irade beyanları üzerine kurulmuş bir işlemdir. Ancak gizli işlemin gerçek irade doğrultusunda yapılmış olması, tek başına gizli işlemin geçerli olması sonucunu doğurmaz³⁶⁴. Nitekim asıl işveren kendi işçisiyle görünürde bir alt işverenlik ilişkisi kurmak suretiyle işçilerin İş Kanunundan doğan haklarını kısıtladığı, bir diğer anlatımla asıl işveren gizli işleme İş Kanunu hükümlerini doladığı için bu gizli işlem de geçersiz yani muvazaalıdır.

³⁵⁹ Talat Canbolat, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren”, **KAMU İŞ, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. X, S. 3, Ankara, 2011, s. 41.

³⁶⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/41355, K. 2008/34683, K.T. 22.12.2008, karar için bakınız, <http://www.asmevzuat.com/documents/orgs%5B%5D=%5B%5D&ara=&page=4> (20.10.2010).

³⁶¹ Meryem Günay, “Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2007, s. 53.

³⁶² Süzek, **İş Hukuku....**, a.g.e., s. 144.

³⁶³ Günay, ag.e., s. 53.

³⁶⁴ Günay, ag.e., s. 67.

Alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin hep aynı işyerinde çalışmayı sürdürmeleri halinde ise; işçiler yeni alt işverene iş sözleşmesi ile hukukun bağlanmamaktadırlar. Bunun sonucu olarak ta işyerinin sahibi olan asıl işverenin gerçek amacı bir alt işverene iş vermek değil, çalışan işçilerin işçilik haklarını asgari düzeyde karşılamaktır³⁶⁵. Böyle bir durumda da görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için geçersizdir. Gizli işlemle ise İş Kanununun hükümleri dolandırıldığı için gizli işlem de geçersiz olur. Bordro şirketler aracılığıyla kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulması halinde de aynı nedenle kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi geçersiz olacaktır.

Alt işverenin ayrı bir organizasyona ve bu organizasyonla alakalı bir uzmanlığa sahip olmaması halinde de görünürdeki alt işverenlik sözleşmesi muvazaalı olduğu için asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı olacaktır.

2. MUVAZAALI İLİŞKİSİNİN İŞ MÜFETTİŞLERİNCE TESPİTİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI

2.1. MUVAZAALI ASIL İŞVEREN İLİŞKİSİNİN İŞ MÜFETTİŞLERİNCE TESPİTİ

Bilindiği gibi 15.5.2008 tarihli 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununla değişikliğe uğrayan maddelerden biride 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesidir. 5763 sayılı Kanunun 1. maddesiyle İş Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile yapılan değişiklikle; asıl işverenden bir işi üstlenen alt işveren, kendi işyerini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğüne asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte bildirim yapmaya sorumlu tutulmuştur. Bu bağlamda bölge müdürlüğüne tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerekli görüldüğü takdirde iş müfettişlerince incelenecektir³⁶⁶.

³⁶⁵ Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s.247.

³⁶⁶ İş Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrası ile iş müfettişlerinin muvazaa tespitini içeren raporu esas alarak işverenlerin itiraz edebilecekleri hükmüne yer verilmiş olması bu raporun hukuken idari işlemle eş hale getirdiğinin göstergesidir. Bu bağlamda hazırlanan bu rapor gerekçeli olmalıdır (zaten İş Kanunu 3. maddesi 2. fıkrasında bu raporun gerekçeli olmasına yer verilmiştir). Gerekçe, idari işlemde amaçla sonuç arasında bağlantı kurmayı sağlayan unsur olup bu unsur sayesinde idarenin keyfi davranmasının önüne geçilmiş olur. Bu noktada iş müfettişinden beklenen, raporunu hazırlarken sağlam delillere dayandırarak hazırlamasıdır. Ayrıca unutulmamalıdır ki; muvazaalı rapor çok sayıda kişiyi ilgilendirecek bir rapor olmanın yanı sıra ciddi hukuki ve cezai sonuçlar doğuracağı için de sunulan gerekçenin neye isnat edilerek hazırlandığı ayrı bir önem kazanmaktadır. Diğer taraftan, İş Kanununun 3. maddesi 2. fıkrası ile göre muvazaa hukuki işlemin gereksizliğine neden olan ve butlan sonucunu meydana getiren bir hal olması nedeniyle hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulması gereken bir olgudur. Ayrıca muvazaa davaları diğer davalarla karşılaştırınca, ispatı oldukça zor olan bir dava türüdür. Bu nedenle, bir ilişkinin muvazaalı olup olmadığının tespit edilebilmesi için mahkemenin her türlü delili ayrıntılı olarak ele alıp incelemesi gerekir. Öte yandan mahkemenin, bir ilişkinin muvazaalı olduğuna hükmetmesi halinde, bu hüküm davalıların yanı sıra üçüncü

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının tespiti için iş müfettişlerine böyle bir yetkinin neden verilme ihtiyacı duyulduğuna gelince: Bunun için ileri sürülen gerekçe; madde gerekçesinde açıklanmıştır. TBMM'deki gerekçesinde “4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde hangi hallerde asıl işverenin alt işverene işlerini devredebileceği hüküm altına alınmış ve fakat verilen bu işlerin anılan Kanun maddesine uygun olup olmadığının kontrolünün ne şekilde yapılacağı belirtilmemiştir. Bu bağlamda 4857 sayılı Kanununun 3. maddesinde yapılan düzenlemeyle asıl işverenden iş alan alt işverenin, tescil için Bölge Müdürlüğüne müracaat etmesi ve Bölge Müdürlüğünce başvuru belgelerinin gerekli görüldüğü takdirde iş müfettişlerine incelenecek olması ile muvazaalı bir durumun ortaya çıkması halinde tescil işlemi iptal edilebilecektir. Böylece asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması hali en başından engellenmiş olunacaktır”, denilmek suretiyle konu açıklığa kavuşturulmuştur³⁶⁷

Belirtelim ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinde iş müfettişlerince muvazaa incelemesi yapılması şu anlama gelmektedir. Alt işveren işyeri tescili için gerekli belgelerle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğüne başvurduğunda, müdürlük sözleşmeyi usulüne uygun olduğuna karar verirse bu aşamada sözleşmenin muvazaalı olup olmadığına bakmaksızın işyerinin tescil işlemini gerçekleştirecektir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa incelemesi ise tescilden sonra yapılabilecektir. Zira muvazaa incelemesinin ancak tescilden sonra gerçekleştirileceği hem 5763 sayılı Kanunun genel gerekçesinde hem de İş Kanunu 3. maddesinin 2. fıkrasında muvazaanın varlığı halinde tescil işlemi iptal edilir denilmek suretiyle bu husus belirtilmiştir. Diğer taraftan gerekçeden ve Kanun hükmünden anlaşılması gereken bölge müdürlüklerinin istedikleri herhangi bir vakit iş müfettişlerinden muvazaa incelemesi talebinde bulunabilecekleri değil sadece tescil aşamasında tescili yapılan işyeri için bölge müdürlükleri³⁶⁸ belgelerde kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması halinde, söz konusu belgeler bölge müdürlüğü tarafından iş

kişiler hakkında da hüküm ifade ettiğinden, ilişkinin muvazaalı olduğuna karar verilmesi halinde, mevcut hukuki durumun değişmesine sebebiyet verebilmekte, bu ise hukuken ağır ve ciddi sonuçlar doğurabilmektedir. Bu bağlamda iş müfettişlerinin idari bir işlemle muvazaa tespiti yapacak olması yerinde bir yaklaşım değildir (Ejder Yılmaz, Ejder Yılmaz, Alt Müfettişlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası”, **Çimento İşveren Dergisi**, C. XXIII, S. 1, Ankara, 2009, s. 4-9).

³⁶⁷ Yılmaz, a.g.m., s. 3.

³⁶⁸ Centel ise İş Kanunu madde 3/2 getirilen düzenlemeyle Kanun lafzından anlaşılın, bölge müdürlüğünce işyeri tescili yapılacak ve tescil yapıldıktan sonra herhangi bir şikâyet ya da ihbar üzerine iş müfettişleri belgelerden yola çıkarak inceleme yapabileceklerdir. Bu kapsamda Centel'e göre muvazaa incelemesinin işyeri tescilinden önce yapılması gerekirdi. Ayrıca işlemin bu şekilde gerçekleşecek olması ile tescili yapılmış, yani hukuken geçerliliği bölge müdürlüğünce kabul edilmiş bir tescil işleminin, daha sonra idare tarafından re'sen incelenmesini açıklama olanağı da ortadan kalmaktadır (Centel“Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik”, a.g.m., s. 7).

teftiş kurulu başkanlığına incelenmek üzere intikal ettirileceğidir. Bu kapsamda iş müfettişlerine verilen yetki istisnai ve sınırlı bir yetkidir³⁶⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, iş müfettişi tarafından incelemesi yapılan ve muvazaalı olmadığına karar verilen ya da iş müfettişinin kurulan ilişkinin muvazaalı olduğu yönündeki raporuna karşı mahkemeye itiraz sonucunda, mahkemenin itirazı yerinde bulması halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmuş olması işçileri bağlayacak bir sonuç değildir. Bir diğer anlatımla işçi daha sonra açacağı bir dava ile asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu ileri sürebilme hakkına sahiptir³⁷⁰.

İş müfettişlerince muvazaa incelemesi yapılırken hangi kriterlerin göz önünde bulundurulacağı ise Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 12'de belirtilmiştir. Buna göre iş müfettişleri muvazaa incelemesi yaparken şu hususların bulunup bulunmadığını tespit edeceklerdir: Alt işverene verilen iş, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl iş mi yardımcı iş mi, eğer verilen iş asıl işin bir bölümü ise; bu iş işletmenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş mi değil mi, asıl işverenin iş verdiği kişinin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı, işi alan alt işverenin işe uygun yeterli donanım ile tecrübeye sahip olup olmadığı, alt işverenin 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, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamayı ya da ortadan kaldırmayı hedefleyip hedeflemediği hususlarıdır³⁷¹.

İş müfettişi tarafından yapılan inceleme sonucunda muvazaalı bir işlemin tespit edilmesi halinde, İş Kanunu 3. maddesinin 2. fıkrasının gereği olarak bu tespitle alakalı gerekçeli rapor işverenlere tebliğ edilecektir. Bu rapora işverenler 6 işgünü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz üzerine verilen kararlar ise kesindir. Şayet işverenler 6 işgünü içinde söz konusu rapora itiraz etmezlerse, ya da mahkeme muvazaalı işlemi onarsa tescil işlemi iptal edilecek ve alt işverenin işçileri asıl işverenin işçileri olarak kabul edilecektir³⁷².

³⁶⁹ Yılmaz, a.g.m., s. 4-8.

³⁷⁰ Göktaş, a.g.m., s. 103.

³⁷¹ Alpagut, a.g.m., s. 1355.

³⁷² Yılmaz, a.g.m., s. 3.

Asıl işveren alt işveren ilişkisine yönelik iş müfettişlerince yapılacak muvazaa incelemesi öğretide bir takım tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Nitekim öğretideki, yazarlardan birine göre; Alt İşverenlik Yönetmeliğinde iş müfettişlerince yapılacak muvazaa incelemesinde ölçüt alınacak sınırlamaların içine özellikle İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında zikredilen “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” dahil edilmiş olması hatalıdır. Görüş sahibine göre; 5763 sayılı Kanunla İş Kanununun 3. maddesinde yapılan değişiklikle iş müfettişlerine sadece “salt muvazaa yönünden” inceleme yetkisi tanınmıştır. Bir diğer anlatımla alt işveren işyerini tescil ettirmek üzere bölge müdürlüğüne başvurduğunda, bölge müdürlüğü şayet gerekli görürse, bu işyerine ait belgeler iş müfettişleri tarafından muvazaa yönünden incelenecektir. Haliyle iş müfettişi incelemeyi yaparken İş Kanunu 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan karineler yönünden ve yine fıkra devamında da bahsedildiği gibi genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu gösteren diğer bulgular kapsamında muvazaa incelemesi yapabilecektir. Bu bağlamda iş müfettişine İş Kanunu 2. maddesinin 6. fıkrası hükmü çerçevesinde verilen işin asıl işin bir bölümümü yoksa asıl işe yardımcı iş mi, verilen iş asıl işin bir bölümü ise “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” den olup olmadığı yönünde bir inceleme yetkisi İş Kanununun 3. maddesinde tanınmamıştır³⁷³. Yani iş müfettişlerinin “objektif koşullardan” yola çıkarak alt işverenlik ilişkisini inceleme yetkisi yoktur. Bu bağlamda Kanun’da yer almayan bir hükme yönetmelikle yer verilmiş olması Kanunlar hiyerarşisine aykırı bir durumdur³⁷⁴. Belirtelim ki, 4857 sayılı İş Kanununun 2. madde gerekçesinde “ 4857 sayılı Kanununun 2. maddesinde hangi işlerin alt işverene devredilebileceği yazılmış ancak bu devir işleminin bu maddeye uygun olup olmadığının kontrolü yapılamamaktadır” ifadesiyle bu yönde bir yetkinin olması gerektiği belirtilmeye çalışılmıştır. Bunun yanında İş Kanunu 3. maddesinin 2. fıkrasında “muvazaalı işlemin tespiti halinde” ifadesi de iş müfettişlerinin muvazaa incelemesi yaparken, asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olup olmadığı yönünde de inceleme yapabileceklerini gösteren bir başka delildir³⁷⁵.

³⁷³ Gülsevil Alpagut, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. V, S. 20, İstanbul, 2008, s. 133; , Müjdat Şakar, “Alt İşveren (Taşeron) Kullanımının İşçi İçin Doğurduğu sorunlara Karşı Alman Yasal Tedbirler Hakkında Düşünceler”, **Mali Çözüm İSMMO Yayın Organı**, S. 88 (Temmuz-Ağustos, 2008), s. 106.

³⁷⁴ Hakkı Kızıloğlu, “Alt İşverenlik Mevzuatında Son Durum”, **SİCİL, İş Hukuku Dergisi**, C. IV, S. 15, İstanbul, 2009, s. 98.

³⁷⁵ Centel, “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik” a.g.m., s. 8.

2.1.1. İş Müfettişleri Raporuna Karşı Açılan Davada Yetkili Mahkeme

Öte yandan İş müfettişi raporuna karşı dava açılması halinde görevli mahkemenin tespitine gelince: bu konuda İş Kanunu madde 3/2’de yer verilen düzenlemeye göre görevli mahkeme iş mahkemesidir. Ancak Kanun’da sadece görevli mahkemenin adı zikredilmiş ve fakat bunun hangi yerdeki mahkeme olduğu yönünde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Aynı durum alt işverenlik yönetmeliği açısından da geçerlidir. Yönetmelikte madde 13’te yetkili iş mahkemesine iş müfettişlerinin raporun karşı itiraz edilebilinir denmiş ve fakat bu iş mahkemesinin neresi olacağı belirtilmemiştir. Belirtmek gerekir ki burada açılacak davada muvazaa raporuna karşı bir itiraz niteliğinde olacaktır. Bu itiraz Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına karşı yöneltilecektir³⁷⁶. Bu durum da davanın kural olarak Ankara İş Mahkemesinde açılabileceği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 3146 sayılı Kanun’un 28.maddesinde yer alan düzenlemeye göre bakanlık taşra teşkilatı kurmaya yetkili kılınmıştır ve bu hükümden hareketle bakanlık bazı illerde bölge müdürlükleri kurmuştur. Bu bölge müdürlükleri Bakanlığa bir şubesi niteliğini taşıdığı için; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun “*Hakiki veya hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde şubeleri bulunduğu takdirde o şubenin muamelesinden dolayı iflas davası müstesna olmak üzere o şubenin bulunduğu mahalde dahi dava ikame olunabilir. Şirket ve cemiyetlerin ve tesislerin kendi işlerine mütaallik olmak üzere azası aleyhine ve azanın bu sıfatla yekdiğeri aleyhlerine ikame edecekleri dava bu şirket, cemiyet veya tesisin ikametgah addolunan mahal mahkemesinde bakılır* (HUMK md. 17). maddesinden hareketle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bölge müdürlüğünün bulunduğu yerlerde de itiraz davası açılabilmelidir³⁷⁷.

³⁷⁶ Yüksel, a.g.m., s. 977.

³⁷⁷ Yılmaz, a.g.m., s. 17, Gülümden Ürcan, “Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti Ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler”, **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, S. 19, İstanbul, 2008, s. 982-98; diğer taraftan Centel’e göre coğrafi olarak ele alındığı zaman asıl işverene ait işle ilgili bir uyuşmazlık konusu söz konusu olduğundan ve yasa tarafından asıl işverenin işyeri alt işverenin işyeri olarak kabul edildiğinden burada açılacak davada görevli iş mahkemesinin asıl işverenin işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin görevli mahkeme olduğu kabul edilmelidir (Centel “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, a.g.m., s. 9).

2.2. MUVAZAALI ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN GEÇERSİZLİĞİ VE SONUÇLARI

2.2.1. Muvazaalı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Geçersizliği

Muvazaa, birinci bölümde ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, Borçlar Hukukunda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerini yansıtmayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacağına dair bir anlaşma yapmalarıdır. Muvazaalı sözleşmelerde taraflar görünürdeki işlemle gerçek amaçlarını gizlerler ve görünürdeki işlemin de aralarında hüküm ve sonuç doğurmasını da istemezler. Zira görünürdeki işlem kişilerin gerçek irade ve beyanlarını yansıtmadığı için bir diğer anlatımla görünürdeki işlem muvazaalı işlem olduğu için hüküm ve sonuç doğurmaz. Nispi muvazaada görülen bir unsur olan gizli işlem ise şekil şartı v.b Kanun tarafından aranan şartları taşıması halinde geçerli olur. Borçlar hukuku anlamında tarafta muvazaa dışında, muvazaalı işlemi yapanla muvazaa sözleşmesinin tarafları aynı kişilerdir³⁷⁸.

Asıl işveren alt işveren ilişkisine İş Kanununun 2. madde şartlarına aykırı olarak başvurulması halinde söz konusu alt işverenlik sözleşmesinin batıl yani muvazaalı olacağı aynı maddenin 7. fıkrasında belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme de “ *Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem görürler*” (İşK. md. 2/7) denilmek suretiyle söz konusu hüküm kayıt altına alınmıştır. Bu bağlamda Kanundaki sınırlamalara aykırı olarak kurulan muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkilerinde, alt işverenin işçileri sözleşmenin yapıldığı andan itibaren asıl işverenin işçileriymiş gibi muamele görürler. Dolayısıyla, İş Kanunundan, toplu iş sözleşmesinden ve asıl işverenin kendi işçileriyle imzaladığı iş sözleşmesinden doğan tüm hakları alt işveren işçileri asıl işverenden talep edebileceklerdir³⁷⁹.

Öte yandan öğretilerde asıl işveren alt işveren ilişkisinin İş Kanununun 2. maddesine aykırı olmasının bir sonucu olarak muvazaalı sayılması noktasında bir takım görüş ayrılıkları mevcuttur. Örneğin öğretilerdeki yazarlardan birine göre; asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması halinde, asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşmenin İş Kanunu açısından batıl olması, Borçlar Kanunu yönünden de batıl olacağı anlamına gelmez. Görüş sahibine göre; asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşme Anayasa'nın “çalışma ve

³⁷⁸ Özkaya, a.g.e., s. 165-180.

³⁷⁹ Kılıçoğlu-Şenocak, a.g.e., s. 77.

sözleşme özgürlüğünün” (madde 48), teminatı altında Borçlar Kanununda sahip olduğu yeri korur. Bir diğer anlatımla; daha önce işyerinde çalışan bir kimseyle alt işveren ilişkisinin kurulmuş olması veya uzmanlık gerektirmeyen işlerin bölünerek alt işvene verilmesi halinde v.b durumlarda asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşme tamamen geçersiz yani mutlak butlanla batıl olmaz, nispi butlanla batıl olur. Zira asıl işveren alt işveren ilişkisinde geçersizlik, sadece İş Kanunu bakımından ve işçi aleyhine doğacak sonuçlar bakımındandır. Ayrıca bu sözleşmenin Borçlar Kanunu açısından geçerliliğini koruması ile haksız fiil v.b nedenlerden ötürü her iki taraf uğradıkları zararı birbirlerinden tanzim edebilirler³⁸⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, İş Kanunu açısından muvazaalı sayılan bir alt işveren ilişkisinin Borçlar Hukuku açısından geçerli olabileceğini ileri sürmek, hukuk dalları arasında ayrıma gitmek anlamına gelir. Diğer yandan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olması halinde işçi lehine veya aleyhine hükümlere göre hareket edilmesi yönünde bir düzenlemeye Kanunda yer verilmemiş olması da asıl işveren alt işveren ilişkisinin Borçlar Hukuku açısından geçerli olduğunu ileri sürmenin mümkün olmadığını göstermektedir³⁸¹.

Öğretideki bir başka yazarda asıl işveren alt işveren ilişkisinin kanunda sıralanan şartları taşımadığı takdirde bu ilişkinin muvazaalı olduğunun kabulünden ziyade, Kanuna karşı hile yapıldığının kabul edilmesi gerekir³⁸² demektedir. Hile hukuk düzeninin yasakladığı bir sonucu gerçekleştirmek için kanunlar tarafından izin verilen bir başka işlemin gerçekleştirilmesi demektir. Kanuna karşı yapılan hile de emredici bir hukuk kuralının etkisinden kaçınılma isteği vardır. Bu emredici kuraldan kaçınabilmek için, varılmak istenen amacı meydana getirmeye elverişli ve kanunun müsaade ettiği bir başka işlemin yapılması söz konusudur³⁸³. Bu bağlamda görüş sahibine göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin Kanuna karşı hile oluşturabilmesi için öncelikli olarak geçerli olan bir alt işverenlik sözleşmesinin yapılması gerekir. Yani asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişki ehliyetsizlik, şekil eksikliği ve imkânsızlık gibi geçersizlikleri taşınamaması gerekir. Yazara göre, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için İş Kanununun 2 maddesi ile getirilen sınırlamalar ile amaçlanan bu ilişkinin hukuka aykırı olarak kurulmasını engellemektir. Fakat getirilen bu sınırlamalar, sözleşme hukuku bakımından bir sözleşmenin geçerliliğini sağlayacak şartlardan biri de değildir. Ancak sözleşme hukuku bakımından geçerli olarak kurulan ve fakat İş Kanunu açısından geçerli olmayan bir sözleşmeyi, sözleşme hukuku bakımından geçerli saymakta

³⁸⁰ Demir, En Son Yargıtay Kararları....., a.g.e., s. 18-19.

³⁸¹ Güzel “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı.....”, a.g.m., s. 62-63.

³⁸² Aydın, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 264.

³⁸³ Şen, “Sendikal Notlar”, a.g.m., s. 54.

mümkün değildir. Zira böyle bir durumda Kanuna karşı hile kurumu etkisizleştirilmiş olunur. Diğer yandan Kanuna karşı hile de tarafların Kanuna karşı hile kastı niyeti taşıyıp taşımadıklarının bir öneminin olmaması da alt işverenlik ilişkisinin de muvazaalı kurumu yerine hile kurumunun devreye sokulmasını gerekliliğini ortaya koymaktadır³⁸⁴. Yine yazar, asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaalı sayılan birçok durumda, ya asıl işveren alt işveren ilişkisindeki kurucu unsurlardan birini ihlal, ya da muvazaalı olarak adlandırılan asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren ve alt işverenin asıl amacı muvazaanın kurucu unsurlarından biri olan üçüncü kişileri aldatma kastından çok kanuni yükümlülükleri dolanmak veya kanun koyucunun işçilik haklarını koruma amacıyla koyduğu kuralları ihlal etme gayesi taşımaktadır demektir. Yine yazar asıl işveren alt işveren ilişkisinde tarafların görünürdeki işlemi aralarında geçerli kılmak istemeleri ve muvazaalı anlaşmasının tarafları ile görünürdeki işlemin taraflarının farklı olmasından hareketle, muvazaalı işlemlerin kurucu bir çok unsurunun asıl işveren alt işveren ilişkisinde olmadığını belirterek, kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkisinde kanuna karşı hile yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁸⁵.

Öğretideki bir başka yazar da asıl işveren alt işveren ilişkisinde hilenin yapıldığını ileri sürmekte ve fakat bunun bütün asıl işveren alt işveren ilişkisinde değil bazı durumlarda söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre asıl işverenden iş alan alt işverenin aldığı işte işçi çalıştırmadan bir başka işverene devretmesi örneğinde olduğu gibi eğer kurulan ilişkide asıl amaç asıl işverenin müşterek sorumluluğunu ortadan kaldırmak ise işte bu durumda asıl işveren alt işveren ilişkisinin hileli olduğu kabul edilmelidir. Ancak yazara göre asıl işverenin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılması örneğinde olduğu gibi, kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde işçinin haklarının kısıtlanması amaçlandığı takdirde ise görünürdeki sözleşme muvazaalı olduğu için burada da muvazaalı kurumu devreye girmelidir³⁸⁶.

Belirtmek gerekir ki asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması veya Kanuna karşı hile oluşturması ilişkiye bağlanan sonucu değiştirmeyecektir. Zira İş Kanunu madde 2'de asıl işveren alt işveren ilişkisinin Kanun'a aykırı olması halinde bu ilişki muvazaalı olarak nitelendirilmekte ve alt işveren işçileri ilişkisinin kurulduğu andan itibaren asıl işveren işçisi olduğu kabul edilmektedir. Aynı durum Yargıtay kararları içinde geçerlidir. Zira gerek çalışmamız içindeki gerekse bu konudaki diğer Yargıtay kararları incelendiğinde görülecektir ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinin Kanuna aykırı olduğu her durumda, Yargıtay alt

³⁸⁴ Aydınli, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s.314.

³⁸⁵ Aydınli, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 264-265.

³⁸⁶ Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri.....**, a.g.e., s. 29-30.

işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunu belirtmek suretiyle davaları karara bağlamaktadır.

2.2.2 Muvazaalı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sonuçları

Kanuna aykırı kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin yaptırımı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında madde öngörülmüştür. İlgili hükme göre “aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler”. Buradan da anlaşılacağı üzere muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinde sözleşmenin geriye doğru yürütülmesi söz konusu değildir. Bu bağlamda muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinde sözleşmenin geçersizliği ileriye doğru gerçekleşir. Çünkü iş sözleşmesiyle hizmet sunan işçinin edimi şahsi bir edimdir. İşçi bu edimini kişisel emek ile gerçekleştirir. İşçinin bu edimine karşılık işverenin ücret borcu söz konusudur. Ancak işverenin borcu ücretle sınırlı olmayıp işçiyi koruma ve gözetme borcunu da içerir ki, bu borç maddi olmaktan çok manevi bir borçtur. Keza işçinin sadakat borcunda aynı yönde bir borçtur. Bu bağlamda geçersizliğin geriye doğru yürütülmesi halinde yerine getirilmiş kişisel edimlerin tasfiyesi ve bunların paraya dönüştürülmesi mümkün olmayacaktır. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması halinde bunun geriye doğru yürütülmesinin bir başka dayanağı ise, iş hukukunun işçiyi koruma ilkesine dayanmasıdır. Belirtelim ki, geçersizliğin geriye doğru yürütülmesi halinde, işçinin yaptığı çalışma karşılığında elde etmiş olacağı işçilik hakları ile sosyal güvenlik hakları ortadan kalkmış olacaktır. Bu ise İş Kanununun işçiyi koruma ilkesiyle bağdaşan bir durum değildir³⁸⁷.

Bu bağlamda muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverenin işçisi sayılan alt işveren işçileri ilişkinin kurulduğu ve son bulunduğu ana kadarki dönemle alakalı olarak yasadan, toplu iş sözleşmesinden, iş akdinden v.b doğan tüm işçilik haklarını asıl işverenden talep edeceklerdir. Söz konusu dönemle alakalı haklarını elde eden işçi zaten bundan kendi yaptığı işle eşit işleri yapan işçi veya işçilerle eşit ücret v.b koşullarda çalışmaya başlayacaktır.

³⁸⁷ Aydınlı, **Görünürdeki İşlemler.....**, a.g.e., s. 58-59.

3. KAMU KURULUŞLARI LEHİNE GETİRİLEN AYRICALIKLAR

Kamu kurum ve kuruluşlarının verecekleri ihalelerde uygulanacak esaslar ve bu esaslara ilişkin hükümler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile düzenlenmiştir. Her türlü kaynaktan karşılanan hizmet ve mal alım kapsamındaki ihalelerde bu Kanun hükümlerine göre hareket edilir. 4734 sayılı Kanununun 4. maddesinde ihalelere konu olan mal ve hizmetlerin tanımı yapılmıştır. Buna göre; mal, satın alınan her türlü ihtiyaç maddelerini ifade eder. Hizmet ise; bakım, onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık hizmetleri, tanıtım, basın ve yayım, yemek hazırlama ve dağıtım, temizlik, toplantı, organizasyon, sergileme, mesleki eğitim, koruma ve güvenlik, fotoğraf, fikri film ve güzel sanat, film, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzer diğer hizmetler olarak tanımlanmıştır³⁸⁸.

Öte yandan daha önce de çalışmamız içinde belirttiğimiz üzere 01.07.2006 tarihli ve 5538 sayılı Kanununun 18 maddesi ile İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8 ve 9 fıkralarla Kamu Kuruluşları lehine ayrıcalık tanıyan ve bunların alt işveren ilişkisine girmesini kolaylaştıran hükümler getirilmiştir. 5538 sayılı Kanununla eklenen İş Kanununun 2 maddesinin 8. fıkrasına göre: "Kanuna veya kanunun verdiği yetkiyle kurulan kamu kurum ve kuruluşlarıyla bunların doğrudan ya da dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümlerine göre, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak; bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya, bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerindeki 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 düzenlenmesine yer verilmiştir³⁸⁹. Aynı maddenin 9. fıkra hükmüyle ise; sekizinci fıkrada

³⁸⁸ Talat Canbolat, "Türk Hukukunda Alt İşveren: Borçlar Hukuku Bakımından", **Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları (Seminer/ Çalıştay)**, 29 Nisan-02 Mayıs 2010, Antalya, 2010, s. 10.

³⁸⁹ Söz konusu kanunla getirilen madde düzenlemesinin gerekçesinde ise; Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşlarıyla bunların doğrudan ya da dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yahut diğer özel kanun hükümleri çerçevesinde yapılan hizmet alımları sonucunda alt işverenler tarafından istihdam edilenler; hizmet satın alan kamu kurum ve kuruluşlarıyla ortaklıklarının, kendilerinin asıl işvereni olduğunu ileri sürerek söz konusu kurumların aslı kadrolarına atanmayı talep etmekte veya bu kurumlarda uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi veya personel kanunundan yararlandırılma talebinde bulunmaktadır. Bu bağlamda getirilen düzenlemeyle, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarının, hizmet alımı amacıyla sözleşme yaptıkları alt işverenler veya işverenler tarafından istihdam edilenlerin aslı işvereni olmadığı hususuna açıklık getirilmektedir (<http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=2835>).

belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlarla bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı kapsamında kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak aldıkları ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkrada zikredilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma veya bu kurum, kuruluş ya da ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; işe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması ve hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde veya geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz denilmiştir.

İfade edelim ki, söz konusu kanun hükmünden ne anlaşılması gerektiği öğretide oldukça tartışmalıdır. Buna göre öğretide bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre; İş Kanununa eklenen 8. fıkra hükmü ile getirilen düzenleme şu anlama gelmektedir. Kamu kurum veya kuruluşları alt işveren ilişkisine başvurdukları takdirde; İş Kanununun 2 maddesinin 6 ve 7 fıkralarında yer alan asıl işveren alt işveren ilişkisindeki sınırlamalara tabi olmadan bu ilişki içine girebileceklerdir³⁹⁰. Bir diğer anlatımla asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı olduğu takdirde alt işveren ilişkisi başından itibaren geçersiz olur ve alt işverenin işçileri asıl işverenin işçileri olarak muamele görürler. Ancak kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi kamu kesiminde kurulmuş bir ilişkisi olduğu takdirde alt işveren işçilerinin bu yönde bir hakkının olması söz konusu kanun düzenlemesiyle devre dışı bırakılmıştır³⁹¹. Her ne kadar 8. fıkrada asıl işveren dışındaki bir başka işveren yüklenici olarak belirtilmek suretiyle; yüklenici alt işveren sıfatını taşımadığına göre sanki yükleniciler tarafından çalıştırılan işçiler İş Kanununun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkralarından yararlanamayacak ve fakat alt işveren tarafından çalıştırılan işçiler bu haktan yararlanabilecektir izlenimi uyandırır da: 9 fıkra hükmü göz önünde tutulduğunda bunun mümkün olmadığı açıktır. Zira 9 fıkrada yer alan düzenlemeyle: Sekizinci fıkrada zikredilen işyerlerindeki yükleniciler dışındaki işverenler tarafından çalıştırılanlarla bu işyerlerinin tabi oldukları ihale mevzuatı kapsamında kendi nam ve hesabına sözleşme imzalayarak aldığı ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tabidir denmiştir. Bu bağlamda asıl işveren ve yüklenici dışındaki işçiler alt

³⁹⁰ Gerek, a.g.m.,s. 82-83.

³⁹¹ Süzek, **İş Hukuku.....**, a.g.e., s. 164.

işveren olabileceklerine göre; alt işveren işçilerinin de İş Kanununun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkra hükümlerinden yararlanamayacakları açıkça belirtilmiştir³⁹².

Öğretide bu yönde ileri sürülen bir başka görüş ise; söz konusu düzenlemenin İş hukukuna ve muvazaalı alt işveren ilişkisinin sonuçlarına yönelik hiçbir sonuç doğurmayacağına yöneliktir³⁹³. Yargıtay'ın bu konudaki tutumu da burada ileri sürülen görüşü destekler niteliktedir. Buna göre Yargıtay bu konu ile ilgili olarak verdiği bir kararda; 5538 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair bazı istisnalar getirmiştir. Maddenin diğer hükümleri ise değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaalı nedenleri değişikliğe uğramamıştır. Bu bağlamda asıl işveren tarafından alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması veya muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde alt işverenin işçileri sözleşme yapıldığı andan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde belirtilmiş olmasıyla kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi mümkün görülmemelidir. Bu halde 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 Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Yine şartların oluşmasına rağmen, işçinin toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında kalması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Somut olayda, davalı şirketle alt işveren olduğu belirtilen şahıs arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin var olup olmadığı, söz konusu ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında herhangi bir araştırma yapılmamıştır. Kanuna uygun ve muvazaalı olmayan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin ispatlanması halinde davanın alt işverene de yöneltilmesi ve şayet fesih geçerli nedene dayanmıyorsa işe iade hükmünün alt işveren aleyhine kurulması gerekir. Asıl işveren sadece başlatmama tazminatıyla işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarından müşterek sorumlu tutulmalıdır. Kanuna uygun olmayan ve aynı zamanda muvazaaya dayanmayan asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde ise bu durumda davalı şirket hakkında hüküm kurulmalı, işverenlik sıfatı taşımayan alt işveren hakkındaki davanın ise husumet yönünden reddine karar verilmelidir. Belirtelim ki, Yargıtay başka

³⁹² Gerek, a.g.m.,s. 84-85.

³⁹³ Ercan Akyiğit, "Kamuda Alt İşverenlik Ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. XXIII, S. 4, Ankara, 2011, s. 17.

davalarda da bu yöndeki tutumunu istikrarlı bir şekilde sürdürmüştür³⁹⁴. Belirtelim ki, Yargıtay her ne kadar vardığı kararlarda Kamu Kurumlarında kurulan alt işveren ilişkilerini özel sektör ilişkilerinden ayırık tutmasada Kamu Kuruluşları 5538 sayılı Kanunla getirilen düzenlemeleri bir savunma aracı olarak kullandıkları görülmektedir³⁹⁵.

Diğer taraftan birçok Kamu kurumunun işçi çalıştırmadığı bilinen bir gerçektir. Daha önceleri 657 sayılı Devlet Memurları kapsamındaki yardımcı hizmetlilerin veya sözleşmeli memurlarla yürütülen temizlik ve güvenlik hizmetlerin kamu kurumlarına işverenlik sıfatı kazandırması da mümkün görünmemektedir. Haliyle işveren sıfatı olmayan kamu kurumlarının bir takım hizmetleri satın alma yoluna gitmeleri ile asıl işveren alt işveren ilişkisini doğurmaması gerekir³⁹⁶.

³⁹⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/1929, K. 2008/2008, K.T. 14.07.2008, http://www.genel-is.org.tr/upresimler/hukuk/yargi_kararlari/taseron9.doc, (10.10.2010), s. 1-3. Bu yöndeki bir diğer dava için bakınız; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/33290, K. 2009/2942, K.T. 19.02.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 24, İstanbul, s. 431-434.

³⁹⁵ Akyiğit, "Kamuda Alt İşverenlik, a.g.m., s. 17.

³⁹⁶ Göktaş, a.g.m., s. 104.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİNE ÜYE BAZI ÜLKE HUKUKLARINDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ VE MUVAZAA KURUMU*

1. FRANSIZ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

1.1. GENEL OLARAK

Fransa'da işletmeler, iletişim hizmetleri, araç gereçlerin bakımı, temizlik, güvenlik, kişisel eğitim, işe alma gibi birçok alanda alt işveren uygulamasını başvurmaktadırlar³⁹⁷. Belirtelim ki, Fransa'da alt işveren uygulamasının tipik bir örneğini Fransa'da demiryolu sektöründe görmek mümkündür. Fransa'da büyük öneme sahip olan sektörde, tesisat onarımları, lokomotiflerin, vagonların ve navlunların bakımı, ray döşeme, demiryolu istasyonlarının inşası v.b işler alt işverenler tarafından yerine getirilmektedir. İfade edelim ki, bu sektörde alt işveren uygulamaları bununla da sınırlı kalmamaktadır. Yemek, temizlik, yardım hizmetleri v.b birçok hizmet de alt işverenler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir³⁹⁸.

Fransa'da söz konusu hizmetleri alt işverenler eliyle gerçekleştirmenin amacı, daha akılcı ve etkin bir yönetim sağlamaktır. Bu durum aynı zamanda işyerlerinde çalıştırılan ücretli işçi sayısının azalmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü sosyal haklar, hukuki uyumsuzluklar (kolektif sözleşmelerin uygulanması v.b) nedeniyle çalışanların bir kısmı hizmet verme anlamında bir işyerinde dışarıdan işçi olarak yer alırken bir başka iş yerinde işveren konumuna yükselebilmektedir. İşverenlerin bu şekilde işçi çalıştırmaları herhangi bir sorun teşkil etmezken, işverenlerin kendi işçileriyle alt işveren işçilerini bir arada çalıştırmaları halinde sorunlar yaşanmaktadır³⁹⁹.

Belirtelim ki, İşverenlerin hukuki olarak girdikleri bu ilişki ortaklaşa ikili bir iş ilişkisi değil üç yönlü bir çalışma ilişkisine dayanmaktadır. Bu bağlamda işçinin kullanımı ve yönetimi noktasında bir ayırım söz konusu olmaktadır. Bu durum ise bir takım suiistimalleri

* Önemle belirtelim ki, Avrupa Birliğine üye ülkeler de alt işveren ilişkisini düzenleyen ortak bir hukuki düzenleme söz konusu değildir. Bu bağlamda asıl işveren alt işveren ilişkisi ülke hukukları açısından ele alınacaktır. Ne var ki, bu bölüm için gerekli kaynaklara ulaşılamaması sebebiyle de, alt işveren ilişkisi işverenler arasındaki sözleşme çerçevesinde ele alınacaktır.

³⁹⁷ Jean Maurice Verdier- Alain Coeuret- Marie Armelle Souriac, **Droit du Travail**, Vol. II, Dalloz, 2005, s. 64.

³⁹⁸ By ftpo, **Industry Spotlight: Rail Subcontracting in France (Z134)**, Dated:26 October, 2009, s. 1-2.

³⁹⁹ Verdier-Coeuret-Souriac , a.g.e., s. 64.

ve çalışma koşullarında belirsizlikleri beraberinde getirmektedir. Bu nedenle de, kanun koyucu, kanuna aykırı olarak alt işveren uygulamasına başvurulmasını yasaklayan düzenlemeler yapmıştır.⁴⁰⁰

İfade edelim ki, Fransız Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisi ile alakalı olarak hem doğrudan hem de dolaylı olarak kanuni düzenlemeler mevcuttur. Asıl işveren alt işveren konusunda doğrudan yapılan düzenleme 1975 sayılı Kanundur. Bu kanunla asıl işveren alt işveren ilişkisinin hangi koşullarda kurulabileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁴⁰¹.

Belirtmek gerekir ki, 1975⁴⁰² sayılı Kanun öncesinde kurulan alt işverenlik sözleşmeleri, genel sözleşme kurallarına göre yapılmaktaydı. Bu durum ise alt işverenler açısından bir takım olumsuzlukları beraberinde getirmekteydi. Çünkü genel sözleşme kurallarına göre kurulan bir alt işverenlik ilişkisinde, alt işverenle üst işveren arasında sözleşme yoluyla bir bağ kurulamamaktaydı. Bunun sonucu olarak da asıl işveren alt işverene karşı herhangi bir ödeme güçlüğü içine düştüğünde ya da bu ödemeler konusunda isteksiz olduğunda veya bunun dışında alt işverenin herhangi bir konuda hak kaybına uğratılması halinde, alt işverenin herhangi bir hak iddiası için üst işverene başvurma hakkı yoktu. Yapılan düzenleme sonucunda alt işverenlik sözleşmesinden dolayı, alt işverenlere esaslı bir ödeme miktarı garanti edilerek ve bir takım haklar sunularak alt işverenlerin durumlarının iyileştirilmesi amaçlanmıştır⁴⁰³.

Belirtelim ki, Fransız Hukukunda 1975 sayılı Kanunla alt işverenlik konusu düzenlenmiş ve fakat bununla da yetinilmemiştir. Bu Kanunla kamu ve özel sektörde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin şartları düzenlenmişken, Ceza Kanunu gibi diğer çeşitli Kanunlarda da kanuna aykırı işçi çalıştırılmasını engelleyici hükümlere yer verilmiştir. Haliyle kanuna aykırı işçi çalıştırma yollarından biri olarak işverenler alt işveren ilişkisini seçtikleri takdirde söz konusu yaptırımlarla karşı karşıya kalmaları kaçınılmaz olacaktır. Belirtelim ki, bizde çalışmamızda Fransız Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisini

⁴⁰⁰ Verdier-Coeuret-Souriac , a.g.e a.g.e., s. 64.

⁴⁰¹ Fransız hukukunda alt işverenlikle alakalı doğrudan yapılan ilk yasal düzenleme 75-1334 S.lı Kanundur. Birçok kez değiştirilen ve sonunda 1975 S.lı Kanun adını alan bu düzenlemenin alt işverenler için etkili bir araç haline gelmesi; Yargı sisteminin katı ve ısrarcı uygulamaları ile üst işverenlerin, asıl işverenleri bu Kanunu uygulayıp uygulamadıkları noktasındaki denetimler sonucu olmuştur (Maitre Carole Malinvaud, **Society Of Construction Law: Overview Of The Protection Of Subcontractors Under French Law**, London, 2006, s. 3).

⁴⁰² 1975 S.lı Kanun 4 bölümden oluşan bir Kanundur. Bu Kanunun birinci bölümünde genel hükümlere yer almaktadır. İkinci bölümde doğrudan ödemeler başlığı altında kamu ihale sözleşmelerine dayalı olarak kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin esasları düzenlenmektedir. Üçüncü bölüm de ise doğrudan eylemler başlığı altında özel sektör alt işverenliği ile alakalı düzenlemeler yer almaktadır. Kanun dördüncü yani son bölümünde ise çeşitli hükümleri içermektedir.

⁴⁰³ Malinvaud, a.g.e., s.3.

anlatılırken konuyla alakalı doğrudan ve dolaylı kanuni düzenlemelere yer vermeye çalışacağız.

1.2. FRANSIZ HUKUKUNDA ASIL İŞVERENİN ALT İŞVERENE İŞ VERMESİ

1975 sayılı Kanunun birinci maddesine göre bir eser veya genel bir sözleşmeyle⁴⁰⁴, asıl işveren tarafından asıl işin bir kısmını gerçekleştirmek üzere kendisiyle sözleşme imzalanan kişiye alt işveren denir. (Law 1975, art. 1)⁴⁰⁵. Bu işveren aynı zamanda asıl işveren olabilir. Yani asıl işverenden alt işveren sıfatıyla iş alan bir işveren aldığı işin belirli bir bölümünü bir başka işverene verdiği takdirde asıl işveren konumuna yükselir (Law 1975, art. 2).

Asıl işveren aynı işin belirli bölümleri için bir tek sözleşmeyle bir veya birden çok alt işverenle ilişki içine girebilir. Ancak bu iş ilişkisinin bütün alt işverenler tarafından onaylanması zorunludur. Bunun yanı sıra her bir alt işverenlik sözleşmesi için yapılacak ödeme koşullarının üst işveren tarafından onaylanması gerekir. Üst işveren, alt işverenlik sözleşmesini ya da alt işverenlere yapılacak ödeme koşullarını kabul etmediği takdirde, asıl işverenle alt işveren arasında kurulan sözleşme geçersiz olur. Diğer taraftan bu durum asıl işverenin, bu sözleşmeden dolayı alt işverene karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (Law 1975, art. 3).

Yine 1975 sayılı Kanuna göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için alt işverene yönelik bir takım koruyucu hakların sağlanması şart koşulmuş olup bu haklar kurulan ilişkinin kamu ihalesi alt işverenliği ve özel sektör alt işverenliği olmasına göre farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda, kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisini kamu ve özel sektör açısından ayrı ayrı ele almak gerekirse:

⁴⁰⁴ Burada 'public contract' genel bir sözleşme ifadesi için kullanılmıştır. Tercüme açısından bu daha yerinde bir yaklaşım olarak görülmüştür.

⁴⁰⁵ Değişiklik 6 Şubat 1998, Kanun no: 98-96, madde/11, Resmi gazetede yayınlanma tarihi, 7 Şubat 1998.

1.3. FRANSIZ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN KURULABİLMESİNİN ŞARTLARI

1.3.1. Özel Sektörde Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulabilmesinin Şartları

1975 sayılı Kanuna göre özel sektörde asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçerli olarak kurulabilmesi için, alt işverene üç farklı yönden koruma sağlanmalıdır. Bunlardan ilki ödeme teminatı; diğer bir adıyla banka teminatı, ikincisi üst işverenin alt işverene karşı bireysel sorumluluğu ve sonuncusu ödemeler konusunda alt işverenin doğrudan üst işverene başvurabilmesi hakkıdır⁴⁰⁶.

1.3.1.1 Banka Teminatı Sağlanması

1975 sayılı Kanuna göre alt işverenlik sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, asıl işverenin alt işverene karşı ödemeleri için bir banka kredisi sağlaması gerekir (Law 1975, art. 14). Belirtelim ki, 1975 sayılı Kanunun 14. madde düzenlemesi alt işveren açısından özel bir garantidir ve her bir alt işverenle ayrı ayrı sözleşme yapılmasını gerektirir. Öte yandan büyük şirketler çok sayıda alt işverenle ilişki içine girdikleri için her bir alt işverenle ayrı ayrı sözleşme yapmaları bir takım sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Bundan dolayı; bazı şirketler banka garantisi olarak adlandırılan tek bir sözleşmeyle, alt işverenlere garanti sağlama yolunu seçmektedirler. Fakat Yüksek Mahkeme 11 Ekim 1989 yılında D. 1990.119 sayılı kararla buna karşı çıkmıştır. Yüksek Mahkemeye göre alt işverenlerle toplu şekilde yapılan bir sözleşme her bir alt işverene için özel garanti sağlamamaktadır. Yüksek Mahkeme bu konuyla alakalı olarak 18 Aralık 2002 yılındaki D. 2002.IR.181 sayılı kararda ise banka kredisinin özel bir kredi konumuna yükselebilmesi için, her bir alt işverenin adı ve her bir alt işverene sağlanacak banka kredisi miktarının açıkça belirtilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁴⁰⁷.

Belirtelim ki, banka kredisi esasen alt işverenlik sözleşmesi yapıldığı anda sağlanmış olmalıdır. Ancak Yüksek Mahkemenin 1996 sayılı bir kararına göre alt işverenlik sözleşmesi kurulduktan sonra da bu garanti sağlanabilir. Fakat bu durumda alt işveren asıl işverenden herhangi bir ödeme talebinde bulunduğu zaman sözleşmenin geçersizliği noktasında herhangi bir problemle karşılaşmaması gerekir. 1975 sayılı Kanunun 14. maddesine göre; kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde, alt işverene herhangi bir teminat sağlanmamışsa, alt işveren asıl işverenle sözleşme imzaladığı andan başlamak üzere 5 yıl içinde sözleşmeyi feshedebilir. Ayrıca Yüksek Mahkeme 7 Şubat 2001 yılında vermiş olduğu bir kararda da alt işverene bu

⁴⁰⁶ Malinvaud, a.g.e., s. 3-4.

⁴⁰⁷ Malinvaud, a.g.e., s. 3.

yönde bir başka koruma daha getirerek; alt işverene ödemeler düzenli yapılırsa dahi, asıl işveren tarafından banka teminatı sağlanmadığı takdirde, alt işverene sözleşmeyi feshetme hakkı tanımıştır⁴⁰⁸.

Diğer taraftan Fransız Medeni Kanununun 1275. maddesindeki hükümden hareketle, asıl işveren alt işverene banka kredisi sağlamak yerine, alt işverene yapacağı bütün ödeme yükümlülüklerini üst işverene devredebilir. Ancak bu uygulamada çok az rastlanan bir durum olup asıl işverenin bu ödeme yükümlülüğünü üst işverene devretmesi “kusurlu” bir devrediş olarak nitelendirilir. Çünkü alt işveren kendisine yapılması gereken ödemeleri hala asıl işverenden talep edebilme hakkına sahiptir⁴⁰⁹.

1.3.1.2 Üst İşverenin Bireysel Sorumluluğunun Olması

1975 sayılı Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrası⁴¹⁰ üst işverene asıl işverenin alt işverene karşı sorumluluklarını yerine getirip getirmediği noktasında bir takım sorumluluklar yüklemektedir. Öncelikli olarak şu söylenmelidir; ilgili hüküm hem kamu hem özel sektör asıl işveren alt işveren ilişkisi için getirilmiştir. İlgili hükme göre, asıl işverenin ilişkiye girdiği alt işverenin üst işveren tarafından onaylanması gerekir. Üst işverenin ikinci sorumluluğu banka teminatı noktasındadır. Üst işveren, asıl işverenin yerine getirmesi gereken bu sorumluluğu denetleme noktasında başarısız olursa, üst işverenin alt işverene karşı sorumluluğu doğar. Diğer taraftan üst işverenin asıl işverenin ilişki içine girdiği alt işvereni onaylaması zorunluluğu yoktur. Ancak bu özgürlük sınırsız ve keyfi bir özgürlük değildir. Üst işveren, asıl işverenin alt işverenle ilişki içine gireceğini biliyorsa, ana sözleşmede yer alan alt işveren kullanımını sınırlayan sözleşme maddesini ileri sürerek alt işveren ilişkisini onaylamadığını ileri süremez. Zira Yüksek Mahkeme Şubat 2005 yılındaki JCP 2005.II. 10077 sayılı kararında; “üst işverenin alt işvereni reddi haklı gerekçelere dayanmalıdır” diyerek bu yönde üst işverenin sınırsız ve keyfi davranamayacağını kayıt altına almıştır. Tüm bunların yanı sıra kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçerli olabilmesinin bir diğer şartı ise; üst işverenin alt işverenin ileri sürdüğü bütün haksız fiillere karşı sorumluluğunun olmasıdır⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Malinvaud, a.g.e., s. 4.

⁴⁰⁹ Malinvaud, a.g.e., s. 5.

⁴¹⁰ İlgili yasal düzenleme 86-13 nolu Kanunla 6 Ocak 1986 tarihinde yapılmıştır. Amaç üst işverenin sorumluluklarını artırmak suretiyle alt işverenlere daha fazla güvence sağlamak. Resmi gazetede yayınlanma tarihi, 6 Ocak 1986.

⁴¹¹ Malinvaud, a.g.e., s. 5.

1.3.1.3. Alt İşverenin Üst İşverene Doğrudan Başvurabilmesi

Bu konuyla alakalı kanuni düzenleme 1975 sayılı Kanunun 12⁴¹² ve 13. maddelerinde yapılmıştır. Buna göre asıl işveren alt işverene karşı ödeme güçlüğüne düştüğü takdirde, bu durumu alt işverene bildiriminden bir ay sonra, alt işveren bu ödemeleri doğrudan üst işverenden isteyebilir. Ayrıca asıl işverenin ödeme gücüne düştüğüne dair belgenin bir kopyası da üst işverene gönderilmelidir (Law 1975, art. 12/1). Herhangi bir vazgeçme (feragat) geçersiz olup (Law 1975, art. 12/2), asıl işveren açısından tasfiye, yedeminlik veya yargılamanın geçici olarak askıya alındığı durumlarda da alt işveren üst işverene doğrudan başvurabilecektir (Law 1975, art. 12/3). Alt işverenin üst işverene karşı ileri süreceği doğrudan talepler alt işverenlik sözleşmesinde şart koşulan hizmetlere karşı ödemelerdir ve (Law 1975, art. 13/1) üst işverene düşen bu sorumluluk asıl işverenin ödeme gücüne düştüğüne dair belgenin bir kopyasının eline geçtiği tarihe kadarki miktarla sınırlıdır (Law 1975, art. 13/2).

Diğer taraftan maddede geçen “asıl işverenin sorumluluğu ifadesi” asıl işverenin sorumluluğunu sınırlandırma noktasında tartışmaları beraberinde getirmiştir. Buna göre asıl işverenin alt işverene karşı sorumluluğu genel sözleşmeye dayalı olarak mı yoksa alt işverenlik sözleşmesine dayalı olarak mı doğacaktır? Yüksek Mahkeme bu sorumluluğun alt işverenlik sözleşmesiyle sınırlı olacağına hükmetmiştir. Diğer taraftan alt işverenin üst işverene karşı direkt alacaklarını ileri sürebilmesi için, üst işverenin resmi olarak hem alt işvereni hem de alt işverene yapılacak ödeme şeklini onaylamış olması gerekir. Ancak bu durum alt işverenleri koruma altına alınmanın sınırlandırıldığı anlamına da gelmemelidir. Zira üst işverenin zımni kabulü onay için yeterlidir. Belirtmek gerekir ki Yüksek Mahkemenin 18 Temmuz 1984 tarihli JCP 84.IV.310 sayılı kararı da bu yöndedir. Yüksek Mahkeme “üst işverenin, alt işvereni ve alt işverene yapılacak ödemenin kabulünde açık bir irade beyanını ortaya koymasının gerektiğinin kabulü zımni kabullerin uygulanabilirliğini sınırladığı kararına varmıştır”. Ayrıca Yüksek Mahkeme 18 Mayıs 1982 yılında RDI 82.515 sayılı kararında alt işverenlik sözleşmesinin kurulmasından sonra ki onaylama işleminin de geçerli olacağını kabul etmiştir. Şu farkla bu kabul üst işveren tarafından alt işverenlik sözleşmesi kapsamındaki işe başlanmadan önce gerçekleşmelidir. Daha sonra Yüksek Mahkeme alt işverenleri daha fazla koruma amacından hareketle 31 Aralık 1985 tarihli RDI 87.57 sayılı kararla; alt işverenin işe başlamış olmasının sonuca etki etmeyeceğini belirterek, üst işverenin işe başlamadan sonra vereceği onayında geçerli olacağına hükmetmiştir. Nitekim Yüksek

⁴¹² Değişiklik 10 Haziran 1994, Kanun no: 94-475, madde 5 II, Resmi gazetede yayınlanma tarihi, 11 Haziran 1994, Yürürlük tarihi, 1 Ekim 1994.

Mahkeme 16 Ekim 1987 yılındaki JPC 1993.IV.1415 sayılı nihai kararıyla “alt işveren ödemeler için doğrudan üst işverene başvurduğu anda, üst işveren alt işverenlik sözleşmesini onaylarsa, işte bu durumda alt işveren üst işverenden direk alacak iddiasında bulunabilir” diyerek alt işverenlik sözleşmelerini daha fazla güvence altına almıştır⁴¹³.

İfade edelim ki, Fransız Yüksek Mahkemesi, alt işverenlerin mağdur olmaması için verdiği kararlarda alt işverenler lehine her türlü korumayı sağlama çabası içine girmiştir. Söylediklerimizi bu yöndeki bir başka kararla örneklendirmek gerekirse: Üst işveren sıfatıyla Fransız bir şirket olan Basel, Alman uyruklu Salzgitter Anlagenbau şirketi ile kurduğu sözleşme ilişkisinde, Salzgitter Anlagenbau asıl işveren sıfatıyla bir başka Fransız uyruklu şirket olan Agintis ile aldığı işin bir bölümü için alt işverenlik sözleşmesi imzalamıştır. Söz konusu sözleşme ilişkileri Alman Hukukuna göre kurulmuştur. Kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisine göre alt işveren aldığı işi tamamlamış olmasına rağmen asıl işveren alt işverene ücret ödeme yükümlülüğünden kaçınmıştır. Bunun üzerine alt işveren sıfatıyla “Agintis” üst işverene yani Fransız uyruklu “Basele”e başvurarak bu ödemeleri ondan talep etmiştir. Fakat Basel sözleşmelerin Alaman Hukukuna göre yapıldığını ileri sürerek alt işverenin bu isteğini reddetmiştir. Bunun üzerine Agantis 1975 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak dava açmıştır⁴¹⁴.

Mahkeme Dava konusu olayın Alman Hukuku açısından geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme kararın devamında ise; 1975 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasının uluslararası arenada uygulanması zorunlu bir kural olmadığını ancak buna bakılmaksızın madde hükmünün uygulanmak zorunda olduğunu ileri sürerek alt işveren lehine karara varmıştır. Kararın temyizinde ise Yüksek Mahkeme kararı esas yönünden bozmuş ve fakat 19 Haziran 1980 tarihli Roma Antlaşmasının 3. ve 7. maddelerine istinaden söz konusu davanın 1975 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasına maddesine göre karara bağlanabileceğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme; “1975 sayılı Kanun bir *“loi de police”* yani zorunlu bir kuraldır. Çünkü bu Kanun alt işverenleri korumak amacıyla düzenlenmiş bir

⁴¹³ Malinvaud, a.g.e., s. 6.

⁴¹⁴ Fransız Yüksek Mahkemesi 1975 sayılı Kanunun 12. Maddesi ile alakalı olarak 2007 ve 2008 yıllarında verdiği dört davada Roma Anlaşmasının ilgili maddelerini referans almıştır. Bu dört davanın ilki (yukarıda da metin içinde anlatılan dava), 23 Ocak 2007 tarihli olup, söz konusu davaya konu olan ilişki de sözleşmeler bir başka ülke hukukuna göre yapılmıştır. İkinci dava ise 30 Ekim 2007 tarihli bir dava olup bu dava da ilk davada ki karar referans alınarak karara bağlanmıştır. Daha sonra 2008 yılının 30 Ocak ve 8 Nisan tarihlerinde 12 madde ile ilgili olarak Yüksek Mahkemeye taşınan 2 davada da sözleşme ilişkileri bir başka ülke hukukuna göre yapılmış olmasına rağmen Yüksek Mahkeme önceki yıl verdiği kararlardan hareketle 1975sayılı Kanuna göre davaları sonuçlandırmıştır. İlgili kararlar ve kararların ayrıntılı analizleri için bakınız (Andrea Bonomi-Paul Volken, **Yearbook Of Private International Law**, Volume X, Lausanne, 2008, s. 593-616).

ekonomik kamu politikasıdır. Ayrıca iş ilişkisinin Fransa’da gerçekleştirilmiş olması da davanın 1975 sayılı Kanuna göre çözüme kavuşturulması açısından bir başka etmendir” diyerek karar gerekçesini özetlemiştir⁴¹⁵.

Üst İşverene karşı doğrudan ileri sürülebilecek talepler konusunda tartışmalı bir başka konu ise; alt işveren aldığı iş için bir başka alt işverenle alt işverenlik sözleşmesi kurması halinde bu ilişkinin 1975 sayılı Kanununun 12. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bir diğer anlatımla böyle bir ilişkide de doğrudan iddialar için üst işverene başvurulabilir mi başvurulamaz mı sorusu tartışma konusudur. Belirtelim ki, böyle bir ilişkisi halinde ikinci alt işveren, talepleri için sadece üst işverene ve sözleşme ilişkisi kurduğu işverene başvurabilir. Fakat hak iddiası ile ne asıl işverene “eğer ilişki kapsamında başka alt işverenlerle sözleşme imzalanmışsa”, ne de diğer alt işveren veya alt işverenlere karşı bu talepleri ileri süremez⁴¹⁶.

Öte yandan alt işveren üst işverene başvurmadan önce, resmi olarak asıl işverenden ödeme talebinde bulunmalıdır. Alt işveren bu talebi bir mahkemenin yazılı kararıyla ya da iadeli taahhütlü bir mektupla yapabilir. Alt işveren bu başvuru belgelerinin bir nüshasını da üst işverene göndermek zorundadır⁴¹⁷.

1.3.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kapsamında Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisinin Kurulabilmesinin Şartları

Kamu ihalesi sözleşmesinin tanımı 1975⁴¹⁸ sayılı Kanununun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre devlet tarafından gerçekleştirilen alım satım v.b işlemler için yapılan sözleşmeler kamu ihaleleri sözleşmesi olarak adlandırılır. Bu sözleşmeler devlet tarafından, yerel yönetimler tarafından ve kamu kurum ve kuruluşları tarafından gerçekleştirilen işlemler için yapılır (Law 1975, art. 4). Belirtmek gerekir ki 1975 sayılı Kanununun 4. maddesine göre; sözleşmelerin kamu ihalesi sözleşmesi olup olmadığını belirleyen şey, bu sözleşmelerin yapılmasının kar amaçlı olup olmadığıdır⁴¹⁹. Buna göre kamu ihalesi sözleşmeleri kapsamında kurulan asıl işveren alt işveren ilişkilerinde (madde üçe aykırı olmamak koşuluyla), asıl işveren tarafından kurulacak her bir alt işverenlik ilişkisinin

⁴¹⁵ Bonomi-Volken, a.g.e., s. 594-595.

⁴¹⁶ Malinvaud, a.g.e., s. 7.

⁴¹⁷ Malinvaud, a.g.e., s. 7.

⁴¹⁸ 1975 sayılı Kanununun ikinci bölümünde “madde 4’ten madde 10’ kadar olan kısım”, kamu ihale sözleşmeleri kapsamındaki asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulma şartları ve alt işverene sağlanan güvenceler ve bu güvencelerin hangi hallerde sağlanacağı düzenlenmiştir.

⁴¹⁹ Malinvaud a.g.e., s. 7

hangi amaçla kurulduğu, alt işverene verilecek işlerin neler olduğu, bu işler için görevlendirilecek alt işverenlerin sayısı ve kimler olduğu açıkça üst işverene bildirilmelidir (Law 1975, art. 5). Söz konusu koşul, kamu ihale sözleşmeleri kapsamındaki alt işverenlerin haklarının korunması amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Şöyle ki alt işveren kamu ihale sözleşmeleri kapsamında doğrudan ödemeler için direkt üst işverene başvurabilmesi için bu madde hükmünde yer alan şartların yerine getirilmiş olması gerekir. Bu hükme uyulmamasının yaptırımını iki yıl hapis veya 18.000 € para cezasıdır⁴²⁰.

1975 sayılı Kanun 6.⁴²¹ maddesinde ise ödemelerin ne şekilde yapılacağı düzenlenmiştir. Buna göre: Üst işveren tarafından onaylanan alt işveren veya alt işverenlere yapılacak doğrudan ödeme ilk alt işverenlik sözleşmesinin devamı niteliğindeki ikinci bir sözleşme aracılığıyla yapılmalıdır (Law 1975, art. 6/1). Kamu ihaleleri kapsamında kurulan alt işverenlik sözleşmelerinin geçerliği için aranan bu doğrudan ödeme hükmü 600 Eorunun altında kalan ödemeler için geçerli değildir. Diğer taraftan bu sınır alt bir sınır olup, değişen ekonomik koşullar göz önünde tutularak Bakanlar Kurulu Kararıyla bu sınır yükseltilebilir. Bu miktarın altında kalan ödemeler ise aynı Kanunun üçüncü bölüm hükümlerine göre (Law 1975, art. 6/2). Bunun yanında Savunma bakanlığı tarafından yapılan sözleşmelerde ise Bakanlar Kurulu Kararıyla Farklı bir oran uygulanabilir (Law 1975, art. 6/3).

Belirtelim ki, tasfiye, yedimlilik veya geçici olarak yargılamanın askıya alındığı durumlarda da asıl işveren bu ödemeyi yapmak zorundadır (Law 1975, art. 6/4). Zira doğrudan ödemelerle ilgili herhangi bir vazgeçme (feragat) hükümsüzdür (Law 1975, art. 7).

Kamu ihale sözleşmeleri kapsamında esaslı bir başka korumada 26 Mayıs 2005 tarihinde yapılan bir düzenlemeyle getirilmiştir. Buna göre ilgili Kanunun 14. maddesinin 1. fıkrası bu tarihten itibaren kamu ihale sözleşmeleri kapsamındaki alt işveren ilişkileri için de uygulanmaya başlanmıştır. Buna göre ilgili hüküm çerçevesinde; zincirleme alt işveren ilişkisinde, alt işverenler sorumluluklarını yerine getirmedikleri takdirde bundan üst işveren sorumlu tutulacaktır. İfade edelim ki, kamu ihalesi sözleşmeleri kapsamındaki alt işverenler için getirilen esas koruma alt işverenlere doğrudan ödeme yapılmasının kayıt altına alınmış olmasıdır. Sağlanan bu hak asıl işveren ödeme güçlüğüne düştüğü zaman başvurulacak ikincil bir mekanizma olarak düşünülmemelidir. Esasen bu durumda asıl işverenin yapacağı ödemeyi

⁴²⁰ Malinvaud, a.g.e., s. 5-7.

⁴²¹ Değişiklik 19 Eylül 2000, Kanun no: 2000-916, madde 5 V, Resmi gazetede yayınlanma tarihi, 22 Eylül 2000, Yürürlük tarihi, 1 Ocak 2002.

üst işveren yerine getirir. Belirtelim ki, direkt ödeme kusurlu bir delegasyondur. Zira bu hak asıl işverenin alt işverene karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Diğer taraftan, taraflar asıl işvereni ödeme yapma zorunluluğundan muaf tutabilirler⁴²².

1.4. FRANSIZ HUKUKUNDA KANUNA AYKIRI KURULAN ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Fransız Hukukunda kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkisinin hüküm ve sonuçlarını doğrudan düzenleyen bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Ancak Fransız Hukukunda çeşitli kanuni düzenlemelerde kanuna aykırı işçi çalıştırılmasını yasaklayıcı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bağlamda kurulan alt işveren ilişkisi kanuna aykırı işçi sağlama amacını taşıyan bir sözleşme ilişkisine dayandığı takdirde, kanuna aykırı işçi çalıştırılması yasaklayan ilgili hükümler bu iş ilişkisi içinde geçerli olacaktır. Belirtelim ki, uzun süre sınırlı bir yasak olan kanun aykırı işçi çalıştırma 6 Temmuz 1973 tarihli Kanunla ağır yaptırımlara bağlanmıştır. 1973 tarihli Kanunun ilgili maddesine göre: İşverenlerin İş Hukuku kurallarını dolamak veya toplu iş sözleşmelerinin uygulanabilirliğini ortadan kaldırmak ya da işçilere zarar verecek bir biçimde (normalin altında ücretlerle çalıştırma, avantajların kaybı v.b), kazanç getirici bütün eylemleri kanuna aykırı işçi çalıştırma kapsamında kabul edilir (art. L. 125-1). 25 Temmuz 1985 tarihli Kanunun 88. maddesiyle hem asıl işverenlerin ve alt işverenlerin bu ilişkiden doğan yükümlülükleri hem de işçilerin hakları genişletilmiştir (art. L. 125-3, al. 2, C. trav.). Bu Kanunla doğan düzenlemelere uyulmadığı takdirde kar amacı güden yasal olmayan alt işveren ilişkisine uygulanan cezalar uygulanacaktır (art. L. 152-3, C. trav.)⁴²³. Bu son hükme göre, art. L. 125-1 ve art. L. 125-3'e aykırı davranan kişilere 2 yıl hapis cezası ve 200 000 Frank para cezası verilir. Ayrıca ilgili maddelere aykırı davranan kişilerin 2 ile 10 yıl arasında değişen bir zaman dilimi içinde alt işveren olarak iş alması da yasaklanabilir⁴²⁴. İşveren herhangi bir işçiyi zarara uğratma kastı gütmese bile, söz konusu ilişkinin herhangi bir ücretli açısından risk oluşturma ihtimali bile ilişkinin kanuna aykırı nitelik taşıması için yeterlidir. Örneğin işverenin geçici bir işçi çalıştırmasının bir ücretlinin daimi işçi statüsünden mahrum kalmasına sebep olması (Crim., 23 Haziran 1987), geçici işçiler için sağlanması gereken özel korumadan yoksunluk, içtihat yerleşik hal alıncaya kadar çalışanların bu benzer durumlardaki belirsizlik nedeniyle zarara uğraması (Crim., 7 Ağustos 1995) v.b nedenlerin hepsi kanuna aykırı işçi çalıştırma olarak

⁴²² Malinvaud, a.g.e., s. 7.

⁴²³ Verdier-Coeuret-Souriac a.g.e., s. 65-66.

⁴²⁴ Ali Güzel (2004), a.g.e., s. 34.

kabul edilir ve insan ticareti suçu kapsamında değerlendirilir⁴²⁵. Fransız Hukukunda kanuna aykırı işçi çalıştırma ile ilgili olarak 20 Aralık 1993 tarihli Kanunla sorumluluğun kapsamı daha da genişletilerek, işçi tedarikçilerinin yanı sıra tüzel kişilerin, ana kullanıcı işletmelerin veya bu işletmelerin yetkilendirdiği vekillerin dahi zikredilen suçtan dolayı sorumluluklarının gündeme gelebileceğine hükmedilmiştir (art. L. 152-3, C. trav)⁴²⁶.

Kanuna aykırı işçi çalıştırmayla alakalı bir başka düzenleme de 1972 tarihli Kanunla yapılmıştır. Kanun koyucu usulsüzlükleri veya hakların kötüye kullanımını engellemek amacıyla 1972 tarihli Kanunla, kar amacı güdülen özel ödünç işçiliğiyle ilgili her türlü ilişkinin, geçici işçi düzenlemesi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini öngörmüştür (art. L. 125-3, C.trav.). Ancak yapılan bu düzenlemede de bu ilişki daha önce de belirtildiği gibi ücretleri aşağı çeken cezayı gerektirecek nitelikte bir ilişki olmamalıdır denmiş ve ilgili Kanun maddesinin devamında yasak olan ya da işçi sağlayan araçların özel amaçlarına hizmet eden her türlü ilişki bu düzenleme kapsamı dışındadır denmiştir (art. L. 152-3, C. trav)⁴²⁷.

Dışarıdan işçi teminin belirli şartlar altına başvurulabilmesinin ve şartları ihlal eden ilişkilerin yasaklanmasının altındaki temel amaç; alt işverenlik ya da ödünç iş ilişkisinin yasak ilişki kapsamında olmadığı ayrımı gösterme çabasıdır kaynaklanmaktadır. Belirtmek gerekir ki bir işveren kendi emri altındaki işçilere yaptırdığı belirli bir işi, bir başka işçiyle yeni bir sözleşmeyle götürü bir ücret üzerinden yaptırırsa burada kanuna aykırı bir ilişki içine girilmiş olunur (Crim., 18 ve 25 Nisan 1989). Kurulan bu ilişkinin yasal bir ilişki olup olmadığının saptanmasında göz önünde bulundurulacak kriterler; işin yürütme sorumluluğu, işçilerin belirlenmesi, çalışma saatleri dikkate alınmadan götürü usulü ücretlerin hesaplanması, kullanıcı veya yararlanıcı işletmelerin genel aktivite farklılığı başlıca ölçütler arasındadır (Crim.,28 Şubat 1997). Buna göre görünürdeki alt işverenin kendi işçilerini bir başka işverene tahsis etmesi, bu işverenin hiçbir organizasyona sahip olmaması, uzmanlık gerektiren bir işin yapılmaması halinde kanuna aykırı işçi çalıştırılmış olacaktır (Crim.,22 Kasım 1988)⁴²⁸.

Kanuna aykırı işçi çalıştırılması durumunda yaptırımın ne yönde olacağına gelince: Hukuk veya ceza mahkemelerine bu yönde bir dava intikal ettiği takdirde, mahkeme konuyla ilgili olması gereken gerçek olguların ne olması gerektiğinden hareketle söz konusu ilişkinin niteliğini düzeltilmesi yönünde karara varabilir(Crim., 18 ve 25 Nisan 1989). Hatta mahkeme

⁴²⁵ Verdier-Coeuret-Souriac,a.g.e., s. 65.

⁴²⁶ Verdier-Coeuret-Souriac,a.g.e., s. 65.

⁴²⁷ Verdier-Coeuret-Souriac a.g.e., s. 65.

⁴²⁸ Verdier-Coeuret-Souriac a.g.e., s. 65-66; Ali Güzel“İş Yasasına Göre.....” a.g.e., s. 35.

konuyla ilgili olarak işçilerin daimi olarak istihdamına dahi karar verebilir. Belirtelim ki, kanuna aykırı işçi çalıştırılması halinde yetkili sendikanın da dava açma hakkı vardır. Yetkili sendikanın dava açabilmesi için işçiden izin alması gerekmez. Bunun yanı sıra yetkili sendika hukuk davası açabileceği gibi, işçilerin kolektif haklarını korumak amacıyla İş Kanununun 411-11 maddesine kapsamında dava açabilecektir⁴²⁹.

2. ALMAN HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

2.1. ALMAN HUKUKUNDA ASIL İŞVERENİN ALT İŞVERENE İŞ VERMESİ

Almanya’da özellikle inşaat sektöründe yaygın olan asıl işveren alt işveren ilişkisi istisna sözleşmesiyle kurulur⁴³⁰. İstisna sözleşmesi Alman Medeni Kanunun (BGB art. 631/1)’de düzenlenmiş olup, bir işletmede işverenin koyduğu esaslar doğrultusunda üretim gerçekleştirmek üzere yüklenici ve işletme sahibi arasında imzalanan sözleşmeye istisna sözleşmesi denir. İstisna sözleşmesine göre yüklenici bir edim borcunu üstlenirken bunun karşılığında işverende yükleniciye bir ücret ödemek zorundadır⁴³¹. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise asıl işveren alt işveren ilişkisi düzenlenmiş olup buna göre alt işveren; kendi işçilerine sahip olan bir işveren olup bu işveren belirli bir iş için asıl işverenle sözleşme imzalayan ve sadece asıl işverenden aldığı işi yerine getirme sorumluluğunu taşıyan kişidir. Her ne kadar bu yönde düzenlemeye 2001 yılında Medeni Kanunda yer verilmişse⁴³²; Kanunda bu yönde düzenleme yapılmadan önce Alman Yüksek Mahkemesi iş alan alt işverenin aldığı işin sınırlarını çizme yetkisinin olduğunu belirtmiştir⁴³³. Buna göre Bir inşaat yapımı işini üstlenen asıl işverenin evin döşeme işlerini yapmak üzere alt işverene vermesiyle asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Asıl işveren söz konusu işin tüm döşeme işlerini alt işverene verebileceği gibi bunu merdiven, bodrum, odalar v.b alanlar şeklinde sınırlandırması da mümkündür⁴³⁴.

⁴²⁹ Verdier-Coeuret-Souriac),a.g.e., s. 66; Ali Güzel Ali Güzel“İş Yasasına Göre....”a.g.e., s. 35.

⁴³⁰ Almanya’da asıl işveren alt işveren ilişkisi esasen ilk inşaat sektörüne yönelik olarak düzenlenmiştir. Bunun temel nedeni ise bu ilişkinin daha çok bu sektörde giderek yaygınlık kazanmasıdır. Ancak ilerleyen bölümlerde de görüleceği üzere 2001 yılında ilk etapta inşaat sektörüne yönelik olarak yapılan asıl işveren alt işveren ilişkisine ilişkin düzenlemelerin alanı posta servisleri v.b alanları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu bağlamda bu çalışmada Almanya’da asıl işveren alt işveren ilişkisi anlatılırken, ilişki kurumsal açıdan değil genel olarak ele alınacaktır.

⁴³¹ Martina Salzmann Hennersdorf, **Das Leiharbeitsverbot im Baugewerbe (§ 1 b AÜG)**, Marburg, 2003, s. 57; Eser Sözleşmesi 2001 yılında Medeni Kanunda yapılan değişikliklerle (BGB 2001 I, 3183), Kanunun 631 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir (Sır Basıl Markesims, Hannes Unberath ve Angus Johnston, **The German Law of Contract, A Comparative Treatise**, Second Edition, Oxford and Potland, Oregon, 2006), s. 155.

⁴³² Markesims-Unberath-Johnston,a.g.e., s. 155.

⁴³³ Hennersdorf, a.g.e., s. 57.

⁴³⁴ Hennersdorf, a.g.e., s. 57.

Belirtelim ki, kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde, asıl işverenin alt işverene verdiği işten dolayı bir takım yetkileri vardır. Buna göre asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren, alt işverene verdiği işin çeşidini, tarzını, üretim sürecini tayin etmekte yetkilidir. Buna dayalı olarakta asıl işveren alt işverenin ne kadar sayıda işçi çalıştıracacağı, işin başlama ve bitiş tarihleri v.b konularda söz sahibidir. Diğer taraftan alt işverene verilen işten dolayı gerekli araç gereç ve malzemeler asıl işveren tarafından temin edilmelidir⁴³⁵.

Alman Hukukunda da esas olan asıl işverenin işi kendisinin yapmasıdır. Belirtmek gerekir ki; Alman Yapım İşleri Performansı için Genel Sözleşme Koşullarında (VOB/B)⁴³⁶ da buna işaret edilerek; bir işverenin alt işverene iş vermesi ancak işin belirli bölümleri için ve asıl işverenin verilecek işten ötürü yeterli tecrübeye sahip olmaması halinde mümkün olacağı belirtilmiştir. Bunun yanında asıl işverenin alt işverene iş verebilmesi için üst işverenden yazılı izin alması gerekir (art. 4 No 8 para 1 sentence 2 VOB/B). Zira bu yolla üst işveren, asıl işverenin işin ehli olmayan ve verimsiz bir alt işverene iş vermesi halinde korunmuş olur. Alt işverene verilecek işin asıl işin bir bölümü değilse, yani alt işverene verilecek iş asıl işin dışında özel bir iş ise bu durumda asıl işverenin üst işverenden bu ilişki için izin alması şartı aranmaz (art. 4 No 8 para 1 sentence 3 VOB/B). Ancak bu istisnai bir durum olarak yorumlanmalıdır. Çünkü bir işveren prensipte aldığı özel işleri yapabilecek niteliklere sahip olduğu için üst işverenden iş alır⁴³⁷.

Diğer taraftan üst işveren, asıl işverene sözleşmeye dayalı olarak yerine getirmek zorunda olduğu işlerden dolayı, alt işverenlerle ilişki içine girmesini yasaklayabilir. Bu yöndeki hükümler (VOB/B section 4. No.8)'de yer almaktadır. Hatta üst işveren asıl işverenle yaptığı sözleşmede asıl işverenin önceden tayin edilmiş alt işverenlerle ilişki içine girmesini veya alt işverenlerin yerine getirmek zorunda olduğu minimum standartları tayin edebilir⁴³⁸.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde zincirleme alt işveren ilişkisi içine girmekte mümkündür. Bu bağlamda alt işveren asıl işverenden aldığı işin bölümlerini başka alt işverenlere devredebilir. Bu yolla kurulan zincirleme alt işveren ilişkisinde üst işveren

⁴³⁵ Hennesdorf, a.g.e., s. 57-58.

⁴³⁶ BGB (Medeni Kanun) hükümlerinin aksine, VOB/B'de yer alan hükümler kanunlaşmamıştır. VOB/B'de yer alan hükümler genel terimler ve şartları içerir(AGB). Sonuç olarak, VOB/B açıkça ve etkin bir şekilde taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası olarak uygulanabilir. Bir diğer anlatımla genel olarak kurulan sözleşmenin BGB hükümlerine göre kurulduğu kabul edilir. Şayet taraflar VOB/B'de yer alan hükümlerin sözleşmenin bir parçası olarak uygulanacağına karar verirlerse VOB/B hükümleri söz konusu sözleşmenin tamamlayıcı bir parçası olur ve sözleşme VOB/B sözleşme olarak adlandırılır (Michael Mütze, Thomas Senff, Jutta C. Möller, **Real Estate Investments in Germany Transactions and Development**, Berlin 2007, s. 149-150).

⁴³⁷ Markesinis-Unberath-Johnston, a.g.e., s. 364-365

⁴³⁸ Mütze-Senff-Möller, a.g.e., s. 155-156.

sözleşmeden kaynaklanan taleplerini alt işverenlere karşı ileri süremez. Üst işveren bu taleplerini yalnızca sözleşme ilişkisi içine girdiği asıl işverene karşı ileri sürebilir⁴³⁹. Zira asıl işveren alt işverene verdiği işten dolayı sorumluluktan kurtulmaz çünkü asıl işveren kendi sorumluluğundaki işi alt işverene vermiştir⁴⁴⁰. Ancak asıl işverenin üst işverene karşı olan sorumluluğundan dolayı alt işverene rücu etme hakkı vardır.⁴⁴¹

Asıl işverenin sorumluluğu (BGB art. 278) kapsamında bir sorumluluktur. İlgili hüküm bir işverenin kanuni temsilcisinin ve istihdam ettiği işçilerinin hatalarından dolayı sorumluluğu esasını düzenler. Buna ek olarak bir işveren kendi sorumluluğu altındaki işleri bir başka işverene verdiği takdirde de sorumluluğu söz konusu olur⁴⁴². Bu bağlamda asıl işveren alt işverene iş verdiği takdirde, alt işverenin hatalarından dolayı bir işçi gibi üst işverene karşı sorumlu olur. Asıl işveren kusursuz olduğunu ileri sürerek bu sorumluluktan kurtulamaz⁴⁴³.

2.2. ALMAN HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN KURULABİLMESİNİN ŞARTLARI

Alman Hukukuna göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı bir çalıştırma ilişkisine dönüşmemesi için asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluk esası benimsenmesi yoluyla ilişkinin kurulmasına müsaade edilmiştir. Zira Gönderilen İşçilerin Çalışma Koşullarının Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun (AentG art. 1a) ve Sosyal Güvenlik Kanununun 4. Kitabı (SGB IV art. 28e (3a)) ve devamındaki maddelerinin düzenleniş amacından yola çıkarak bunu söylemek mümkün görünmektedir. Buna göre; Alman Sosyal Güvenlik Kanunu 4. Kitabı 28e(3a) ve devamı⁴⁴⁴ ilk kez 23 Temmuz (BGB I p.2787) 2002 yılında kanuna aykırı işçi çalıştırılmasını engellemek amacıyla düzenlenmiştir. Çünkü Almanya'da 1990 ve sonrasında kanunlara aykırı istihdam ve kaçak işçilik giderek yaygınlık kazanmıştır. Bu durum ise işçilerin mağdur olmasının yanında hem rekabeti hem de Sosyal güvenlik rejimini olumsuz yönde etkilemeye başlamıştır⁴⁴⁵. Buna dayanarak Alman Sosyal Güvenlik Kanunu 4. Kitabı 28e(3a) ve devamında alt işverenin sosyal güvenlik katkı

⁴³⁹ Mütze-Senff-Möller, a.g.e., s. 155.

⁴⁴⁰ Markesinis-Unberath-Johnston, a.g.e., s. 363.

⁴⁴¹ Mütze-Senff-Möller, a.g.e., s. 155-156.

⁴⁴² Sır Basıl Markesinis Hannes Unberath, **The German Law of Torts, A Comparative Treatise**, Fourth Edition, Oxford and Potland, Oregon, 2002, s. 703.

⁴⁴³ Mütze-Senff-Möller, a.g.e., s. 364-365, 527.

⁴⁴⁴ Söz konusu düzenleme ilk kez 23 Temmuz 2002'de kabul edilmiştir (BGB I p. 2728) ve 1 Ağustos 2002'de ise yürürlüğe girmiştir. Madde 1 Nisan 2006'da değiştirilmiş ve 24 Nisan tarihinde ise yürürlüğe girmiştir (BGB I p. 926) s. 4.

⁴⁴⁵ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, **Liability in Subcontracting Processes in the European Construction Sector: Germany**, Dublin, 2008, s. 2.

paylarıyla alakalı yükümlülüklerinden dolayı asıl işverenin sorumluluğunu esası benimsenmiştir⁴⁴⁶.

Asıl işverenin alt işveren çalıştırmasıyla alakalı bir başka düzenleme ise yukarıda da zikredildiği gibi, (AEntG art. 1a)'sıdır. İlgili madde düzenlemesi ile asgari ücretleri ve izin fonu katkılarını ödeyen alt işverenlerin desteklenmesi hedeflenmiştir. Bu düzenleme ise 1999 yılında yapılmıştır. İlgili madde, asıl işverenlerin ekonomik sebeplerden ötürü alt işverenlere iş verme eğilimi içinde olmaları ve bu yolla asgari ücretleri ve ücretli izi katkılarını ödemeyerek maliyetleri aşağı çekme çabalarının bir sonucu olarak yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki, asıl işverenlerin bu yola başvurmaları halinde hem bu şekildeki bir ilişkinin ispatlanmasının zor olması hem de yaptırımların yetersiz olması asıl işverenlerin bu yolla ilişki içine girmelerini kolaylaştırmıştır. 1999 yılında yapılan düzenlemenin çok fazla ihlali nedeniyle ilgili madde yeniden revize edilerek 25 Nisan 2007 yılında yeniden düzenlenerek Medeni Kanunda (BGB1 I p. 576) yer almıştır. Kanuna aykırı işçi çalıştırılmasını engellemek amacıyla söz konusu madde yeniden düzenlenmiş şekliyle uygulama alanı yapım işlerinin yanında eser ve hizmetleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ancak bununla da yetinilmemiş 21 Aralık 2007'de belirli posta servisleri de düzenleme kapsamına alınarak, ilgili düzenleme 28 Aralık 2007'de yürürlüğe konmuştur (BGB1 I p. 3140)⁴⁴⁷.

Alman Hukukunda asıl işverene yüklenen sorumluluk özel sektörde kurulan alt işverenlik sözleşmeleri ve kamu ihalesi kapsamında kurulan alt işverenlik sözleşmeleri açısından farklılık arz etmektedir. Bu nedenle bu sorumluluğu iki sektör açısından ayrı ayrı ele alınması gerekir.

2.2.1. Özel Sektörde Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulabilmesinin Şartları

Özel sektör kapsamında kurulan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin sosyal güvenlikle alakalı bütün sorumluluklarını yerine getireceğine dair gerekli bütün önlemleri alacağını garanti etmesi gerekir. Asıl işverenin bu sorumluluğu toplam değeri 500.000 Euro ve daha fazla olan yapım işleri açısından geçerli olacağı (SGB IV art. 28e (3e))'de kayıt altına alınmıştır. Ancak bu değer hesaplanırken söz konusu işin proje değerinden ziyade yapılacak işin toplam değeri göz önünde bulundurulmalıdır. Belirtelim ki asıl işverene yüklenen bu sorumluluk doğrudan borçlu adına borcun ödenmesi yükümlülüğü altına giren bir kimsenin sorumluluğudur (BGB art. 773(1), No.1 and 771). Bu Sorumluluk,

⁴⁴⁶ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 4.

⁴⁴⁷ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 3-5.

(SGB IV art. 24)'e göre gecikmiş sosyal güvenlik ödemelerini ve (SGB IV art. 76 (2) No 1)'e göre gecikmiş ödemelerin faizlerini kapsar. Ancak asıl işverene bu sorumluluktan kurtulmak için bir şansa tanınmıştır⁴⁴⁸.

Zincirleme alt işveren ilişkisi kurulması halinde ise asıl işverenin sorumlu olup olmayacağına gelince; asıl işverenlerin alt işverenlerin sosyal güvenlik ödemelerinden dolayı sorumlulukları yalnızca kendi alt işverenleri açısından geçerli bir sorumluluktur. Yani zincirleme bir alt işveren ilişkisinin kurulması halinde asıl işverenin diğer alt işverenlerden dolayı herhangi bir sorumluluğunun olması istisnai bir durumdur⁴⁴⁹.

Gönderilen İşçilerin Çalışma Koşullarının Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun (AEntG art. 1a) ile alt işverenlerin seçiminde ve onların denetlenmesinde asıl işverenlerin sorumluluk esasını benimsenmiştir. Kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi açısından yukarıdaki sorumluluklara ek olarak; alt işveren işçilerinin kabul edilmiş net asgari ücretlerini izinli ücret ödeme fonu katkılarından dolayı asıl işverenin sorumluluğuna hükmedilmiştir. Asıl işverene yüklenen bu sorumluluk aynen sosyal güvenlik katkılarında olduğu gibi; doğrudan borçlu adına borcun ödenmesi yükümlülüğü altına giren bir kimsenin sorumluluğudur. Yani (BGB art. 769, 774 (2) 426)'de tanımlandığı üzere asıl işverenin bu sorumluluğu müşterek ve müteselsil sorumluluk kapsamında bir sorumluluktur. Belirtelim ki, bu sorumluluk sadece asıl işverenin ilişki içine girdiği alt işverene karşı yerine getirmesi gereken bir sorumluluk olarak düzenlenmemiştir. Yani zincirleme kurulan alt işveren ilişkilerinde, asıl işveren alt işverenlerin işçilerine karşı da bu ödemelerden sorumlu olacaktır. Asıl işverenin bu sorumluluğunun gereği olarak, hem alt işverenin işçileri hem de yetkili sağlık kuruluşu alt işverene başvurmadan doğrudan asıl işverene başvurarak bu alacakları talep edebileceklerdir⁴⁵⁰.

Diğer taraftan asıl işverenin AEntG'den kaynaklanan sorumluluğu garantör sorumluluğuyla da sınırlandırılmayabilir. Zira asıl işverenin alt işverene karşı doğan bu sorumluluğu sosyal güvenlik ödemelerinden farklı bir sorumluluktur. Asıl işveren sosyal güvenlik ödemelerinden dolayı herhangi bir hatasının olmadığını ispatlamak suretiyle bu sorumluluktan kurtulabilirken AEntG'den kaynaklan sorumluluğunda bu yönde bir kanıt

⁴⁴⁸ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 7-9; Belirtelim ki, Alman Federal Hükümeti yasadışı işçiliği engellemek amacıyla daha kapsamlı düzenlemeleri öngörmüştür. Öyle ki; Hükümet aracı işverenler içinde üst işverenin sorumluluklarına benzer sorumluluklar yüklemeyi ve hükümet alınan işte herhangi bir maliyet sınırı olmadan bütün işlerde bu maddenin uygulanmasını hedeflemiştir. Ancak düzenleme yukarıdaki şekilde yapılmıştır (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 2).

⁴⁴⁹ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 19.

⁴⁵⁰ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 19.

sunarak sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü asıl işverenin bu borcu “bir kusur olmaksızın alt işverenin borcu yanında” bir borçtur⁴⁵¹.

2.2.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kapsamında Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulabilmesinin Şartları

Kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi kamu ihalesi sözleşmesi kapsamında bir ilişki olması halinde, alt işveren tarafından ücretlerin, sosyal güvenlik primlerinin ve mali yükümlülüklerinin ödenmemesini engellemek için Alman Kamu İhalesi Kanunu asıl işverene “özel sektör asıl işverenlerine nazaran” daha fazla sorumluluk yüklemektedir. Kamu eser sözleşmeleri, kamu tedarik sözleşmeleri ve kamu hizmet sözleşmelerinin koordinasyon süreçlerini düzenleyen 2004/18/EC ve 2004/17/EC sayılı Direktiflerini esas alan Alman Kamu İhalesi Kanunuyla asıl işverene yüklenen bu sorumluluk kamu yapım işleriyle sınırlı bir sorumluluktur. Alman Kamu İhalesi Kanununa göre asıl işverenin kamu ihalesi kapsamında iş alabilmesi için Rekabeti Kısıtlamaya Karşı Yasanın (GWB art. 97(4)) ve (VOB⁴⁵²/A art. 2 No. 1)’ine göre yeterli kapasiteye ve tecrübeye sahip olması gerekir. Aynı madde hükümlerine göre asıl işveren kapasite ve tecrübesinin yanında güvenilirliğini ispat etmek zorundadır. Asıl işverenin güvenilirliğinin ispatı ise (VOB/A art. 8 No. 3(2))’e göre Yapım Şirketlerinin Ön Yeterliliği için Dernekler listesinde kaydının bulunmasına bağlıdır. Bu kayıta (AenG art. 1)’e göre minimum ücretlerin ödenmesine ilişkin sorumluluğunda belirtilen kabullerde yer almalıdır⁴⁵³.

Ayrıca asıl işveren (VOB/A art.4 No. 8(2))’e göre yapım işlerini alt işverene havale ettiği takdirde VOB’nin B ve C bölümlerini dikkate almak zorundadır. Fakat bu noktada, GWB ve VOB/A’da yer alan uygunluk kriterlerini dikkate alma zorunluluğu yoktur. Bu durumun istisnası, asıl işveren kamu ihalesi kapsamında iş almasıdır. Sonuç olarak, işveren ön yerlilik belgesi olan alt işverene iş vermek zorundadır⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 12.

⁴⁵² Belirtelim ki, Alman İhale ve Sözleşme Komitesi tarafından yapım işleri için geliştirilmiş olan VOB üç bölümden oluşur. Bölüm A (part A), yapım işleri için sözleşme ihalelerinin genel hükümlerini içerir. Bölüm B (part B), yapım işlerinin performansı için genel sözleşme koşullarını içerir. Bölüm C (part C), yapım işleri için genel teknik sözleşme şartlarını içerir. Yapım işlerinin performansı açısından bölüm B ve C hayati önem taşır. Şayet bir sözleşme de VOB/B’nin hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılmışsa bölüm C’nin de uygulanacağı VOB/B’nin 1. Bölüm, No. 1. 2 cümlesine göre kabul edilmiş demektir (Mütz- Senff-Möller s. 150).

⁴⁵³ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 9-11.

⁴⁵⁴ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 11.

2.3. ALMAN HUKUKUNDA KANUNA AYKIRI KURULAN ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Özel sektör yapım işleri kapsamında kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde, alt işverenin sosyal güvenlik katkı paylarını ödememesini engellemek amacıyla doğrudan bir yasal düzenleme mevcut değildir. Ancak bu durum Kanunun dolanılabileceği anlamına gelmemelidir. Zira asıl işveren (SGB IV art. 111 (1) No. 2b) dayalı olarak kendi sosyal güvenlik ödemeleriyle alakalı ödevlerinin ya da iş ilişkisine girdiği alt işverenin sosyal güvenlik katkılarından dolayı (SGB IV art. 28e(3c)'den kaynaklanan sorumluluklarını gereği gibi yerine getirmediği takdirde yine aynı maddenin 2. cümlesine göre asıl işveren yetkili sağlık kuruluşunun talebi üzerine bütün alt işverenlerinin adreslerini ve adlarını bildirmek zorundadır⁴⁵⁵.

Diğer taraftan (SGB IV art. 28e 3(b))'e göre asıl işveren alt işverenin sosyal güvenlik katkılarından dolayı sorumluluğundan muaf olması mümkündür. Asıl işveren alt işverenin sosyal güvenlik ödemeleriyle alakalı olarak her türlü özeni gösterdiğini ve bundan dolayı herhangi bir hatasının olmadığını ispatlayarak bu sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin asıl işverenin ilgili sağlık sigortası kuruluşu tarafından yayınlanan iyi ödeme davranışı içinde olduğunu gösteren teminat belgelerini sunması buna örnektir. İşverenin bu garantiyi sağlamamış olması, alt işverenler tarafından sosyal sigorta katkılarının ödenmemesi ihtimaline karşı yükümlülüğünde bir risk oluşturması anlamına gelir. Asıl işverenin koruyucu tedbir anlamında bu zorunluluğu ihlal etmesi halinde €50.000 ceza öder (SGB IV art. 111 (4) No. 4). Ayrıca asıl işverenin bu sorumluluktan muaf olmaması halinde ilgili sosyal güvenlik ödemeleriyle alakalı olarak Yetkili sağlık kuruluşu Sosyal Güvenlik Kanununun Onuncu Kitabının genel idari yargı hükümlerinden hareketle ödemeler için asıl işverene başvurabilir. Diğer taraftan bu ödemelerin yerine getirilmemesi halinde işçilerin doğrudan başvurusu için herhangi bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Ancak bu ödemeler yerine getirilmediği takdirde işçiler yetkili sağlık kuruluşuna bu konuda başvurarak bilgi verebilir⁴⁵⁶.

Özel sektörde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi açısından net asgari ücretlerin ve ücretli izinler açısından getirilen düzenlemeye göre ise; asıl işveren alt işverenle ilişki kurarken (AEntG art.1)'i ihlal ettiği takdire ve yine (AEntG art.1)'i ihlal eden alt işverene iş vermesi halinde asıl işveren alt işveren ilişkisine aykırı davranmış olur. Bir diğer anlatımla asıl işverenin, işçileri için gerekli ödemeleri yapmayan bir alt işverene iş vermesi halinde ya

⁴⁵⁵ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 9.

⁴⁵⁶ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 9-10.

da alt işveren tarafından ödenmeyen sosyal güvenlik fonu ödemeleri ve ücretli izinleri de içeren asgari ücretler açısından asıl işveren kendi üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmediği takdirde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi geçersiz olmaz ve fakat asıl işveren (AEntG art. 5(2)) göre €50.000 kadar bir para cezası yaptırımla karşı karşıya kalır⁴⁵⁷.

İfade edelim ki, asıl işveren kamu ihale sözleşmeleri kapsamında alt işverene iş vermesi halinde ciddi bir araştırma yapması gerekir. Kamu ihale sözleşmeleri kapsamı dışında kalan asıl işveren alt işveren ilişkilerinde asıl işverenin sorumluluğu (AEntG art. 5(2))'den kaynaklanan bir sorumluluktur. Belirtelim ki, AEntG kapsamında uygun bir araştırma, asıl işverenin sadece alt işveren tarafından AEntG'yi ihlal ettiğine dair somut delillerin varlığı halinde böyle bir araştırma yapacak olması nedeniyle gerçek anlamda araştırma yapılmasına imkân vermemiş olacaktır. Bu bağlamda alt işverenin AEntG kapsamında yer alan sorumluluklarını yerine getireceğine dair yazılı onayı, doğrudan bir kontrol olarak kabul edilmeyebilir. Buna dayalı olarak asıl işveren alt işverenden ücretli izinleri de içeren ücretleri ve sosyal fon ödemelerini yaptığını kanıtlamasını talep edebilir. Alt işveren işçilerinin alt işverenin gerekli ödemeleri yaptığını dair beyanları bu yönde bir ispat niteliği taşır. Ayrıca asıl işveren (Leave And Wage Equalisation Fund of the Building Industry) ULAK'tan alt işverenin sosyal fon ve ücretli izin ödemelerini yapıp yapmadığına dair bilgi isteyebilir⁴⁵⁸.

AEntG 1a maddesine göre asıl işveren veya alt işveren bir başka alt işverene iş verdikleri takdirde minimum ücret ödemeleri için ve geri ödemeler için veya sosyal güvenlik kuruluşlarına karşı olan ödemeler için sorumlulukları vardır. AEntG 1a maddesinde ayrıca işçilere minimum ücretlerle alakalı olarak doğrudan üst işverene veya asıl işverene başvurma hakkı tanınmıştır. AEntG'nin madde 1, 1a ve madde 7'de yer alan istihdam ve anlaşma koşullarının uygulanması için asıl işveren alt işveren ilişkisinin devam ettiği dönemde bir Alman İş Mahkemesine başvurmadan önce adli kovuşturma başlatabilir (AEntG madde 8).

Tatil izin haklarına gelince bu durumda da işçiler ULAK'a (Leave And Wage Equalisation Fund of the Building Industry) başvurabilirler. ULAK işçiler için izin koşullarının yerine getirilmesini sağlar.

⁴⁵⁷ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 12.

⁴⁵⁸ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 12.

3. BELÇİKA HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

3.1. GENEL OLARAK

Belçika Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisiyle alakalı doğrudan yapılan yasal düzenleme 27 Haziran 1969 tarihli Kanunun sosyal güvenlikle alakalı 30. maddesidir. Alt işveren ilişkisinde sosyal ve mali sorumluluklardan kaynaklanan müteselsil sorumluluğa dayalı düzenleme; “gangmasters” olarak adlandırılan ve özellikle tarım sektörü gibi mevsimlik işlere işçi sağlayan işçi simsarlarına yönelik olarak yapılmıştır. Çünkü adı geçen işverenler yanlarında çalıştırdıkları işçiler için vergi idaresine ve sosyal güvenlik kuruluşlarına bildirimde bulunmalarına rağmen, işçilerin sosyal güvenlik katkı paylarını ve ücretler üzerinden ödenmesi gereken vergiler için herhangi bir ödeme yapmadıkları gibi, yetkili mercilerde tespit edilmeleri halinde ise hayalet işverenlere dönüşmekteydiler. Belirtelim ki, söz konusu düzenleme, bir alt işveren şirketinin istihdam ettiği bin işçisinin sosyal güvenlik katkılarını ve ücretler üzerinden alınması gereken vergileri ödememesi üzerine Federal Devlet Finansman Servisinin alt işverenliğin yasaklanmasına yönelik teklifi sonucunda yapılmıştır. Yapılan düzenleme esasen inşaat sektörüne yönelik olarak yapılmıştır. Bu bağlamda inşaat sektöründe, sosyal ortakların işbirliği düzenlemenin uygulanması açısından hayati önem taşımaktadır⁴⁵⁹.

Alt işveren ilişkisinde müşterek ve müteselsil sorumluluğu düzenleyen 1969 sayılı Kanunun 30. maddesi⁴⁶⁰ birçok kez değişikliğe uğramıştır. Kanunda son yapılan değişiklik Avrupa Adalet Divanının 9 Kasım 2006 C-433/04 sayılı “sosyal güvenlikte taraflar için mali eşitliği sağlamak” amacıyla verdiği kararlar olmuştur. Avrupa Adalet Divanının bu kararını takiben 27 Haziran 1969 tarihli Kanunun 30. mükerrer maddesi 21 Aralık 2007 tarihli Program Kanunuyla son şeklini almıştır⁴⁶¹.

3.2. ASIL İŞVERENİN ALT İŞVERENE İŞ VERMESİ

Kanuni düzenlemelerde alt işverenlik sözleşmesinin tanımı olmamakla birlikte alt işverenlik sözleşmesini şöyle tanımlayabiliriz. Asıl işverenin, belirli bir iş için kendi ad ve

⁴⁵⁹ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, **Liability in Subcontracting Processes in the European Construction Sector: Belgium**, Dublin, 2008, s. 1

⁴⁶⁰ Kanunda ilk değişiklik 17 Ağustos 1978 S.11 Bakanlar Kurulu kararı ile 1969 S.11 Kanununun 30. Maddesi revize edilerek, 4 Ağustos 1978 Tarihli Kanunda yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyi 1992 tarihli Doğrudan Gelir Kanununun 400. maddesi izlemiştir.

⁴⁶¹ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e., s. 2; ayrıca bakınız, Yves Jorens, Tineke Van Buynder, “Self Employment and Bogus Self-Employment in the European Construction Industry in Belgium” <http://www.efbww.org/pdfs/Annex%2010%20-%20Final%20report%20Belgium.pdf> (10.04.2011), s. 40.

hesabına çalışan bir işverenle ilişki kurması halinde imzaladığı sözleşmeye alt işverenlik sözleşmesi denir. Asıl işverenin alt işverenle girdiği bu sözleşme ilişkisinde, alt işverenin asıl işvereni herhangi bir temsil sorumluluğu yoktur ve alt işveren aldığı işi, asıl işverene karşı herhangi bir bağımlılık ilişkisi olmadan gerçekleştirir. Belirtelim ki, kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işveren genelde kendi araç ve gereçlerini kullanarak aldığı işi gerçekleştirir. Ayrıca alt işverenin aldığı iş asıl işverenin işçileriyle birlikte yaptığı işten bağımsız bir iş olduğu için Türk İş Hukukunda olduğu gibi; bir iş yerinde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulması halinde alt işverenin işçileriyle asıl işverenin işçilerinin birlikte çalışarak bir işi gerçekleştirmeleri veya alt işverenin asıl işverenle aynı işi yapması mümkün değildir⁴⁶².

Her ne kadar alt işveren asıl işverenden aldığı işi asıl işverenden bağımsız olarak gerçekleştirse de; kurulan iş ilişkisinden dolayı asıl işverenin bir takım yetkileri vardır. Buna göre asıl işveren alt işverene verdiği işin istenilen kalite de ve sözleşmedeki şartlara uygun olarak yerine getirilmesi için talimat verme yetkisine sahiptir. Ayrıca 4 Ağustos 1996 tarihli Kanunun 4. bölüm ödünç işçiler veya işletme dışındaki işletmeler tarafından yerine getirilen işlerle ilgili özel hükümlerin ilgili maddelerine göre asıl işverenin kurulan bu iş ilişkisinden kaynaklanan gözetme borcu esastır. Bu gözetme borcu kapsamında asıl işveren alt işveren ve işçileri için işyerinde gerekli olan bütün güvenlik tedbirlerini almak zorundadır. Buna karşın asıl işverenin alt işveren ve alt işveren işçilerinin işyerindeki güvenlik tedbirlerine ne kadar uyduklarını denetleme yetkisi vardır.

Asıl işverenin alt işverene iş verebilmesinin bir şartı olarak gündeme gelecek en önemli unsur ise; asıl işverenin bu ilişkiden dolayı alt işverene karşı müşterek ve müteselsil sorumluluğunun gündeme gelmesidir. Daha öncede belirtildiği gibi alt işveren ilişkisinin yasak bir iş ilişkisine dönüşmemesi için yapılan düzenlemeyle; asıl işveren, alt işverenin 1969 tarihli Kanunun mükerrer 30(3) maddesinde yer alan sosyal güvenlik ve vergilerle alakalı borçlarının olması veya alt işveren ilişkisi boyunca alt işverenin sosyal güvenlik ve vergilerle alakalı olarak borçlanması halinde, 1969 tarihli Kanunun mükerrer 30 (4) maddesi gereğince alt işverene ödeme yapacağı tarihte, ödemeyi yapmadan önce kaynaktan kesme usulü ile gerekli ödemeleri ilgili kuruluşlara yapmakla yükümlü kılınmıştır⁴⁶³.

Zincirleme kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde de, aynı sorumluluk esas olup, böyle bir durumda da asıl işverenden iş alan alt işveren, bir başka alt işverenle alt işverenlik

⁴⁶² Jorens-Buynder, a.g.e., s. 9-12.

⁴⁶³ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions , a.g.e, s. 3.

ilişkisi kurması ve alt işverenin sosyal güvenlik ve vergilerle alakalı borçlarının olması ya da alt işverenlik ilişkisi devam ederken bu tür borçların oluşması halinde, asıl işveren sıfatını kazanan alt işverenin ilgili borçlar için kesinti yapma zorunluluğu vardır⁴⁶⁴.

Söz konusu düzenleme belirli işleri yürüten işverenlere yönelik olarak yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki; bu işler daha çok inşaat sektöründe yer alan işler olup, bu işler 27 Aralık 2007 tarihli Kraliyet Kararnamesinin 1. maddesinde sıralanan işlerdir⁴⁶⁵. Ancak 1. maddede sıralan işlerden beton karıştırma tesisi işleten işverenler ve inşaat malzemesi satan işverenler bu kapsam dışındadır. İşçiler açısından düzenlemenin kapsamını ele almak gerekirse; maddede geçen işleri yapan işverenlerin istihdam ettikleri bütün işçiler bu düzenleme kapsamında yer alırlar⁴⁶⁶.

Belirtelim ki, asıl işveren sosyal güvenlik kurumunun internet sitesinde yer alan veri bankaları aracılığıyla ilişki içine girdikleri işverenin sosyal güvenlikle alakalı borcunun olup olmadığını öğrenebilirler. Ayrıca stopaj borç oranı ile sınırlı olup, borçların sosyal güvenlikle alakalı olması halinde ise kaynaktan kesme sosyal güvenlik borcunun yüzde 35'ini geçemez. Diğer taraftan vergi borçları için bu yönde bir veri bankası söz konusu olmadığından asıl işveren vergi borçlarından dolayı herhangi bir kaynaktan kesme işlemi gerçekleştiremeyebilir⁴⁶⁷.

Diğer taraftan kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi kamu ihale sözleşmesine dayalı olarak kurulması halinde ise; Kamu İhale Mevzuatının ilgili maddelerine göre, ihaleyi kazanan teklif sahibinin, alt işverenin sosyal yükümlülüklerinin ifası için ihale verene karşı sorumluluğu esastır. Belirtelim ki, Kamu ihalelerine yalnızca 20 Mart 1991 tarihli Kanunundaki ilgili koşulları sağlayan işverenler veya ticaret siciline kayıtlı işverenler başvurabilir⁴⁶⁸.

3.3. YASAL OLMAYAN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

Belçika Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisiyle alakalı doğrudan yasal düzenleme müşterek ve müteselsil sorumluluğa yönelik olarak düzenlendiği için, Kanuna aykırı alt işveren ilişkisi ve buna yönelik yaptırımlar için doğrudan herhangi bir yasal düzenlemenin mevcut olmayışı, kanuna aykırı alt işveren ilişkisinin bütün şekillerini ortaya

⁴⁶⁴ Jorens-Buynder, a.g.e., s. 42.

⁴⁶⁵ ilgili madde 27 Aralık 1992 tarihli KDV'lerin ödenmesi ile ilgili 1 nolu Kraliyet Kararnamesinin madde 20(2)'sine istinaden düzenlenmiştir.

⁴⁶⁶ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e, s. 5.

⁴⁶⁷ Jorens-Buynder , g.e., s. 41-42.

⁴⁶⁸ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions , a.g.e, s. 6.

koyabilme açısından bir engel teşkil etmektedir. Bu bağlamda bu çalışmada yer alan Kanuna aykırı alt işveren ilişkileri dışında da alt işveren ilişkilerinin olabileceği göz ardı edilmemelidir.

Kanuna aykırı alt işveren ilişkisinin ilk şekli asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğuna dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. 1 Ocak 2008 tarihinden itibaren yürürlüğe giren düzenlemeye göre, asıl işveren alt işverenin sosyal güvenlik ve vergi borçlarından dolayı kaynaktan kesme işlemini gerçekleştirmediği takdirde, 1969 sayılı Kanunun mükerrer 30. maddesi gereğince, borçların ödenmesi noktasında sorumluluğu esas olacaktır. Belirtelim ki, asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin vergi borçlarından dolayı gündeme geliyorsa, asıl işverenin sorumluluğu alt işverene verdiği işin değerinin yüzde 35 ile sınırlı olacaktır. Ancak bu borca KDV dahil değildir. Sosyal güvenlikle alakalı borçlar da ise asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğu alt işverene verdiği işin değerinin tamamını kapsar. Alt işverenin hem vergi borcu hem de sosyal güvenlikle alakalı borçlarının olması halinde asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğu sosyal güvenlik borçlarının yüzde 65'i, vergi borçlarının ise yüzde 35'i kadarıyla sınırlı olacaktır⁴⁶⁹.

Belirtelim ki, asıl işverenin sorumluluğu sözleşmeden doğan bir sorumluluktur. Bu bağlamda asıl işveren ve alt işveren kendi sorumluluklarını yerine getirmediği takdirde alt işveren işçilerinin de asıl işverene başvurma yetkisi vardır. İşçiler hukuki olarak çok çeşitli yollarla asıl işverene başvurarak haklarını talep edebilmekle hakkına sahip olmakla birlikte; işçiler doğrudan yetkili iş mahkemesine dava açarakta haklarını talep edebilirler. Ya da işçiler ilgili sendikal yetkililer tarafından temsil edilmek suretiyle haklarını arayabilirler. Ancak bu durum ilgili sendika için herhangi bir mali yük oluşturmaması halinde mümkün olabilecektir. İşçiler için bir başka yol ise iş müfettişlerine doğrudan başvurudur. Belirtelim ki, iş müfettişine doğrudan bir başvuru yapılması halinde, iş müfettişi ikaz niteliğinde ilgili işvereni uyarabileceği gibi Savcılığa suç duyurusunda bulunabilir. Savcı gerekli gördüğü takdirde ceza mahkemesine veya iş mahkemesine dava açabilir veya savcı davanın düşmesine karar verebilir. Savcı davanın düşmesine karar verse bile Federal Devlet İstihdam Servisinin hala idari para cezası uygulama hakkı saklı olacaktır⁴⁷⁰.

Kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkisinin bir başka şekli ise; asıl işverenin kendi işçisiyle alt işveren ilişkisi kurmasıdır. Ancak asıl işverenin işçisi ile alt işveren ilişkisi kuramaması sınırlı bir yasaktır. Şöyleki, yasak iş sözleşmesinin devam ettiği süre için ve iş

⁴⁶⁹ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, a.g.e, s. 4.

⁴⁷⁰ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions , a.g.e., s. 6-7.

sözleşmesi sona erdikten sonraki altı ay için geçerli olup, söz konusu dönemlerde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi hileli bir alt işveren ilişki olarak nitelendirilir⁴⁷¹.

Bir işverenin, alt işveren sıfatını taşımadığı halde, alt işveren sıfatıyla asıl işverenle alt işverenlik ilişkisi kurması halinde, sosyal güvenlik hukuku, iş hukuku ve ceza hukuku açısından yaptırımları söz konusu olur⁴⁷².

Buna göre; kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin bu sıfatı taşınamaması halinde, sosyal güvenlik katkıları-yani işçi ve işveren katkıları- Ulusal Sosyal Güvenlik Ofisi tarafından alt işveren sıfatıyla iş alan kişiden geriye dönük olarak talep edilir. Böyle bir durumda sosyal güvenlik katkı payları için yüzde 10'luk bir zam ve yüzde 7'lik bir faiz artışı söz konusu olacaktır. Belirtelim ki, sosyal güvenlik katkılarının, sosyal güvenlik katkılarına yansıtılan zam ve faizi geri isteme süresi 5 yıla sınırlı olup, bu süre sosyal güvenlik katkı paylarının ödenmediği yılı takip eden yılın 3. ayının son gününden itibaren başlar. Sosyal güvenlik katkılarının ve bu katkılara yansıtılan artış ve faizlerin 5 yıllık süre içinde tahsil edilememesi durumunda, katkı payları, katkı paylarına yansıtılan artış ve faizler ödenmiş sayılır. Vergi katkıları da alt işveren sıfatıyla iş alan kişiden istenir⁴⁷³.

Kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin bu sıfatı taşınamaması halinde İş Hukuku açısından uygulanacak yaptırım ise; asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşme ilişkisinin başladığı andan itibaren, aradaki sözleşme iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Buna bağlı olarakta sözleşmenin kurulduğu andan itibaren asıl işveren ücret ve ücrete ilişkin bütün eklerden sorumluluğu esas olacaktır. Diğer taraftan asıl işverenden talep edilebilecek ücret ve ücrete ilişkin eklerin asıl işverenden istenebilmesi için belirli bir süre tanınmıştır. Buna göre asıl işverenin alt işveren sıfatını taşımayan bir kişiyle alt işveren ilişkisi kurması halinde, kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkmasından sonraki bir yıl içinde istenmelidir. Asıl işveren kendi işçisiyle iş sözleşmesi devam ederken, işçiyle alt işveren ilişkisi kurması halinde ise; iş sözleşmesinin sona erdirilerek bu ilişkinin kurulduğu iddiasının gündeme geldiği günden itibaren 5 yıl içinde, asıl işverenden ücret ve ücrete ilişkin bütün ekler talep edilebilecektir⁴⁷⁴.

Ayrıca kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin bu sıfatı taşınamaması halinde asıl işverene yönelik uygulanacak olan yaptırımlar Ceza Kanununun ilgili

⁴⁷¹ Jorens- Buynder, a.g.e., s. 11-12.

⁴⁷² Jorens- Buynder a.g.e., s. 44.

⁴⁷³ Jorens- Buynder, a.g.e., s. 44.

⁴⁷⁴ Jorens- Buynder, a.g.e., s. 44.

hükümlerine göredir. Buna göre kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin bu sıfatı taşımaması halinde, hem Sosyal güvenlik katkı paylarından dolayı hem de bildirimden dolayı ihlal söz konusu olacağından, Ceza Mahkemesi asıl işvereni dava edilebilir. Bu durumda asıl işveren 8 günden 3 aya kadar hapse ve/veya 26 EUR’ dan 500 EUR’a kadar para cezasına çarptırılır. Asıl işverene uygulanacak para cezası kanuna aykırı yollarla çalıştırılan işçi sayısı ile çarpılır. Ancak bu ceza 1000 EUR’u geçemez⁴⁷⁵.

Kanuna aykırı alt işveren ilişkisinin bir başka şekli ise; genelde mevsimlik tarım işlerinde geçici veya göçmen işçi çalıştıran ve “gangmaster” olarak nitelendirilen işverenlerin çalıştırdıkları bu kişileri girdikleri iş ilişkilerinde yasadışı yollarla kullanmalarındadır. Bu işverenler yanlarında getirdikleri bu işçileri daimi işçilerle bir arada çalıştırmaktadırlar. Bu şekilde çalıştırılan işçiler için sosyal güvenlik katkıları ödenmediği gibi, bu işçilere çoğu zaman ücrette ödenmemektedir. İşçilere ücret ödenmemesinin nedeni ise işçilerin çok uzun saatler çalışmalarına rağmen yaptıkları işlerin ücret almaya hak kazanacak düzeyde görülmemesinden kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan işçilere ücret ödense bile ödenen bu ücret minimum ücret düzeylerinin çok çok altında kalmaktadır. Bu şekilde çalışma ilişkisi özellikle büyük işletmelerde kanuna aykırı alt işveren ilişkisine başvurma daha yaygın olmaktadır. Çünkü büyük şirketlerde çoğu zaman alt işveren işçileri ile daimi işçiler bir arada çalışmalarına rağmen bu işçiler arasında ayırım yapmak çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu bağlamda kanuna aykırı bir alt işverenlik iddiasının gündeme gelmesi halinde işveren-müteahhit ilişkisinin ispatlanması gerekir. Diğer taraftan; bu şekilde kurulan bir iş ilişkisi hileli bir alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilmekten ziyade insan ticareti suçu kapsamında değerlendirilir ve cezai yaptırım Ceza Kanununun ilgili maddelerine göre olacaktır⁴⁷⁶.

4. İNGİLİZ HUKUKUNDA ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

4.1. GENEL OLARAK

İngiltere’de asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması ve kurulan ilişkinin Kanunlara aykırı olması halinde yaptırımının ne yönde olacağını belirtmeden önce İngiliz Hukuk sisteminden bahsetmekte yarar vardır. Belirtelim ki, İngiliz Hukuk sisteminin en temel özelliği yargıçlar tarafından yaratılmış ve geliştirmiş bir hukuk sistemine dayanmasıdır. Ortak Kanun olarak adlandırılan bu hukuk düzeni yazılı olmayan hukuk kurallarından oluşmaktadır. İfade edelim ki, İngiltere’de yazılı hukuk kaynakları da mevcut olup bunlar ikinci derecede

⁴⁷⁵ Jorens- Buynder , a.g.e., s. 44-45.

⁴⁷⁶ Jorens- Buynder, a.g.e., s.39.

öneme sahiptir⁴⁷⁷. Buradan hareketle belirtelim ki, İngiliz Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması ve ilişkinin özüne aykırılığın yaptırımı konusu oldukça sınırlı bir şekilde ele alınacaktır.

Genel Olarak; asıl işveren alt işveren ilişkisine sıklıkla inşaat sektöründe başvurulmaktadır. Denilebilir ki, inşaat sektörü denilince akla gelen ilk unsur asıl işveren alt işveren ilişkisi olmaktadır. Zira, su tesisatından, elektrik tesisatına, badanadan çatı yapımına çeşitli işler alt işveren tarafından yerine getirilmektedir. Belirtelim ki, büyük şirketlerin ayakta kalabilmek için başvurdukları bu iş ilişkisi giderek daha fazla yaygınlık kazanmaktadır. Bu bağlamda belirli alanlarda uzmanlaşmış alt işverenlerin yapacakları işin kalitesi bir inşaat şirketinin başarılı bir iş ortaya koyabilmesi açısından oldukça önemli olmakla beraber müteahhitler alt işverene iş verirken, alt işverenlerin uzmanlıklarından ziyade onların işi kabul etmede sundukları fiyatı daha çok tercih etmektedirler⁴⁷⁸.

4.2. İNGİLİZ HUKUKUNDA ASIL İŞVERENİN ALT İŞVERENE İŞ VERMESİ

Alt işveren, uzmanlık gerektiren belirli bir işi gerçekleştirmek üzere genellikle bir eser sözleşmesiyle asıl işverenden iş alan bir işveren olarak tanımlanabilir. Belirtelim ki, tanımdan da anlaşılacağı üzere alt işveren kendi hesabına yani bağımsız çalışan bir işverendir. Bu bağlamda alt işveren asıl işverenden aldığı işi kendi nam ve hesabına gerçekleştirir. Böylece alt işverenin asıl işverene karşı herhangi bir temsil sorumluluğu yoktur. Ayrıca alt işverenin asıl işverenden aldığı işi ne kadarlık bir zaman diliminde gerçekleştirebileceği ise işin doğasına bağlı olarak değişecektir⁴⁷⁹.

İfade edelim ki, İngiliz Hukuku açısından asıl işveren alt işveren ilişkisine yönelik olarak tespit edebildiğimiz tek düzenleme; 1998 tarihli Yapım İşleri Kanunudur. Yapım İşleri Kanunu “alt işverene yapılacak ödemelerin garanti edilmesi ve kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin işi zamanında bitirememesi tehlikesine karşılık alıkonulan paranın asıl işveren tarafından kesilmesini engellemek ve alt işverenlik sözleşmelerinde yaşanan suiistimalleri ortadan kaldırmak için yapılmıştır⁴⁸⁰. Belirtelim ki, alt işvereni koruma amacından hareketle yapılan düzenlemenin özellikle ve sadece inşaat sektöründe yer alan alt işverenlere yönelik olarak düzenlenmesinin nedeni daha öncede belirtildiği üzere bu sektörde

⁴⁷⁷ Uğur Mumcu, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/323/3204.pdf> (12.07.2011), s. 38-40.

⁴⁷⁸ Andrew R. J. Dainty-Geoffrey H. Briscoe-Sarah J. Millett, “Subcontractor Perspectives on Supply Chain Alliances”, **Construction Management And Economics**, 2001, <http://www.tandf.co.uk/journals>, (10.01.2010), s. 842-845.

⁴⁷⁹ Stephen Taylor-Astra Emir, *Employment Law An Introduction*, Second Edition, New York, 2009, s. 69.

⁴⁸⁰ Dainty-Briscoe-Millett, a.g.m., s. 845.

sıklıkla alt işveren ilişkisine başvurulması ve İngiltere’de en büyük sektörlerin başında inşaat sektörünün gelmesidir⁴⁸¹.

1998 sayılı Kanunla inşaat sektörüne yönelik olarak oldukça geniş kapsamlı düzenlemeler getirilmiştir. İfade edelim ki, bu kapsamlı düzenlemelerden biride inşaat sektöründe⁴⁸² kurulacak her bir sözleşme için asıl işveren tarafından alt işverene yapılması gereken ortalama ödeme tutarının tespit edilmiş olmasıdır. Bunun yanı sıra asıl işveren tarafından alt işverene yapılacak ödemelerin en son hangi tarihte yapılması gerektiği de adı geçen Kanunla düzenlenmiştir. Ayrıca belirtelim ki, Kanunun ilgili maddelerine göre; asıl işveren tarafından alt işverene ödeme yapılması gereken tarihte, asıl işverenin bu ödemeleri geçerli neden olmadan yapmadığı takdirde, Kanun alt işverene yapacağı işi askıya alma hakkı tanımıştır⁴⁸³.

4.3. İNGİLİZ HUKUKUNDA KANUNA AYKIRI KURULAN ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

İngiliz Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisine aykırılık gerek Yapım İşleri Kanununa aykırı kurulan asıl işveren alt işveren gerekse diğer Kanuni düzenlemelerde yer alan asıl işveren alt işveren ilişkilerine aykırı davranmak suretiyle söz konusu olacaktır. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi İngiliz Hukukunun yazılı olmayan ortak kurallardan oluşuyor olması, kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişki şekillerinin tespitini oldukça zora sokmaktadır. Bu bağlamda bizim İngiliz Hukuku açısından kanuna aykırı alt işverenlik konusunda tespit edebildiğimiz tek unsur, alt işveren ilişkisine işçi teminine yönelik olarak başvurulmasıdır. Nitekim 2002 yılında dava konusu olan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde, alt işveren kendi hesabına çalışan bir işveren olarak vergi yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen, Mahkeme alt işverenin kurduğu iş ilişkisinde asıl amacının asıl işverene işçi sağlamak olduğu gerekçesiyle ilişkinin geçersizliğine karar vermiştir⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Paul Robert Lynch, “HGCRA: Re-Addressing the Balance of the Power Between Main Contractors and Subcontractors?”, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/construction/TheBalanceOfPowerBetweenContractors.pdf>, (03.04.2011), s. 4.

⁴⁸² Kanunda inşaat işi kapsamında değerlendirilecek işlerin listesi de ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Binaların yapımı, yıkımı ve onarımı, duvar, yol, tünel, köprü, demiryolu, kanalizasyon, haberleşme hatlarının döşenmesi, kalorifer döşeme, aydınlatma, klima tesisatının kurulması bu işlerden bazıları olup, inşaat işi kapsamına giren diğer bütün işler kanunda ayrıntılandırılmıştır (Lynch, a.g.m., s. 7).

⁴⁸³ Lynch, a.g.m., s. 5-7.

⁴⁸⁴ Taylor- Emir, a.g.e., s. 70.

SONUÇ

Fransız, Alman, Belçika ve İngiliz hukuklarında asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi ve kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkisinin hüküm ve sonuçları bazı yönlerden Türk İş Hukukundaki düzenlemelerle örtüşürken bazı yönlerden de Türk İş Hukukundaki düzenlemelerden farklılaşmaktadır. Bu bağlam da ülke hukuklarındaki düzenlemeleri Türk İş Hukukundaki düzenlemelerle karşılaştırdığımızda:

Asıl işveren alt işveren ilişkisi için hem doğrudan hem de dolaylı düzenlemelerin yapıldığı Fransız Hukukunda Türk İş Hukukunda olduğu gibi alt işverenin asıl işverenle kurduğu iş ilişkisinde aradaki sözleşmenin niteliğinin bir önemi yoktur. Nitekim bunun önemli olmadığı 1975 sayılı Kanunun 1. maddesinde söz konusu sözleşmenin eser sözleşmesi veya genel nitelikli bir sözleşme olabileceği yönündeki hükümlerle belirtilmiştir. Yine Fransız Hukukunda Türk İş Hukukunda olduğu gibi asıl işverenin aynı anda birden çok alt işverenle ilişki içine girmesi ve alt işverenlerinde asıl işverenden aldıkları işi bölümlere ayırmak suretiyle zincirleme asıl işveren alt işveren ilişkisi içine girebilmeleri iki ülke açısından ortak bir başka özelliktir. Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğunun alt işveren sözleşmesi kapsamında bir sorumluluğu aşmaması ve sözleşmenin kurulduğu dönemle sınırlı olması asıl işveren alt işveren ilişkisinde iki ülke hukuku açısından bir başka benzer yöndür. Ayrıca alt işverenin asıl işverenden belirli bir işi alması, söz konusu işi kendisine iş sözleşmesiyle bağlı işçilerle yerine getirmesi gibi birçok nokta Fransız ve Türk İş Hukukunda benzerdir.

Diğer taraftan asıl işveren alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı olması noktasında iki ülke hukukunun yaptırımlarının farklı olduğunu söylemek mümkündür. Daha açık bir ifade ile Türk İş Hukukunun 2. maddesinin alt işverenlikle alakalı fıkralarında asıl işveren alt işveren ilişkisinin kanuna aykırılığının muvazaa ile sonuçlanacağı belirtilmiştir. Belirtelim ki; Fransız Hukukunda ise asıl işveren alt işveren ilişkisine amacı dışında başvurulması halinde bu iş ilişkisi içinde çalıştırılan işçilerin yasadışı işçi çalıştırma kapsamında kabul edilmesi ve bu şekilde iş ilişkisine başvuran işverenlerin işledikleri suçun insan ticareti kapsamında değerlendirileceğinin hüküm altına alınmış olması iki ülke hukuku açısından kanuna aykırı

asıl işveren alt işveren ilişkisine ilişkin yaptırımın farklı olduğunun ifadesidir. Zira bir ihlalin ceza kanunu kapsamında değerlendirilmesi söz konusu ihlalin kamu düzenini bozucu nitelikte kabul edildiğinin bir göstergesidir. Nitekim 1985 tarihli Kanunun 88. maddesiyle asıl işveren alt işveren ilişkisine ilişkin hükümlere aykırı davranıldığı takdirde Ceza Kanunun ilgili hükümlerine göre yaptırımının uygulanacak olmasının belirtilmesiyle söz konusu hususa işaret edilmiştir.

Alman Hukukundaki düzenlemeler açısından ele almak gerekirse; Türk İş Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisi doğrudan düzenlenmiş olmasına rağmen Alman İş Hukukunda bu konuyla ilgili doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Ülke Hukukunda çeşitli Kanunlarda düzenlenmiş olan asıl işveren alt işveren ilişkisi Türk İş hukukunda düzenlenmiş olan asıl işveren alt işveren ilişkisi ile birçok yönden benzer hükümler içermektedir. Buna göre Alma Medeni Kanunun ve Alman Yapım İşleri Performansı için Genel Sözleşme Koşullarının ilgili maddelerine göre asıl işveren asıl işi ancak belirli durumlarda bölerek alt işverene verebilir. Asıl işverenden asıl işin bir bölümünü alan alt işveren aldığı işi kendi işçileriyle birlikte yerine getirmek zorundadır ve bu bağlam da alt işverenin aldığı işten dolayı asıl işverene karşı herhangi bir temsil sorumluluğu söz konusu değildir. Ayrıca yine çalışma içinde açıkça görüleceği üzere asıl işverenin alt işveren işçilerine verdiği işten dolayı herhangi bir yönetim hakkının olmaması ve fakat iş sağlığı ve iş güvenliği ile işin istenilen kalitede gerçekleştirilmesi için emir ve talimat verebilme konularının ayrık tutulması Türk İş Hukukuna göre kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisiyle birebir örtüşmektedir. Ayrıca asıl işveren alt işveren ilişkisinde zincirleme alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi bir başka ortak yöndür.

Diğer taraftan Alman Hukukuna göre asıl işverenin alt işveren ilişkisinde asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğun esası benimsenmek suretiyle asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasına müsaade edilmiştir. Zira Alman Hukukunda asıl işveren alt işveren konusunu doğrudan düzenleyen Gönderilen İşçilerin Çalışma Koşullarının Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun (AentG art. 1a) ve Sosyal Güvenlik Kanunun 4. Kitabı (SGB IV art. 28e (3a)) ve devamındaki maddelerden yola çıkarak bunu söylemek mümkündür. Oysaki Türk İş Hukukunda ise asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasının bir sonucu olarak asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğu gündeme gelmektedir. Yine tespit edebildiğimiz kadarıyla; Alman Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisinin kanuna aykırılığına ilişkin düzenlemeler asıl işverenin yerine getirmesi gereken müşterek ve

müteselsil sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin ihlaline dayalı olarak gündeme gelmekte ve söz konusu yaptırımlar buna dayalı olarak uygulanmaktadır.

Öte yandan Alman Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisiyle alakalı doğrudan yasal düzenleme müşterek ve müteselsil sorumluluğa yönelik olarak düzenlendiği için, Kanuna aykırı alt işveren ilişkisi ve buna yönelik yaptırımlar için doğrudan herhangi bir yasal düzenlemenin mevcut olmayışı, kanuna aykırı alt işveren ilişkisinin şekillerini ortaya koyabilme açısından bir engel teşkil etmektedir. Bu bağlam da belirtelim ki; alt işveren ilişkisine aykırılığın diğer farklı formlarını tespit edemediğimiz için, Alman Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı olarak diğer şekillerinin gündeme gelmesi halinde bu ilişki formlarına uygulanan yaptırımın Türk İş Hukukuna göre aykırı olan asıl işveren alt işveren ilişkisine uygulanan muvazaa yaptırımı ile benzeşip benzeşmediği noktasında bir değerlendirme yapmaya fırsat tanımamaktadır.

Belçika Hukukunda ise asıl işveren alt işveren ilişkisi Türk İş Hukukunda olduğu gibi 1969 sayılı Kanunla doğrudan düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeyle asıl işveren alt işveren ilişkisinden doğan sosyal ve mali sorumluluklar için asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğu esası benimsenmiştir. Türk İş Hukukunda da asıl işveren alt işveren ilişkisinden dolayı asıl işverenin alt işveren işçilerine müşterek ve müteselsil sorumluluğunun olması iki ülke hukuku açısından benzer bir özelliktir. Ancak asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğu Türk İş Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasının bir sonucu olmasına rağmen, Belçika Hukukunda alt işverenin işçilerine karşı sosyal ve mali yükümlülüklerinden dolayı asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğu esası asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin bir şartıdır. Zira çalışma içinde Belçika Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisi anlatılırken ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere; işçi simsarları olarak adlandırılan ve işverenlere geçici işçi sağlayan ve fakat işçilerinin sosyal güvenlikten doğan haklarını ihlal eden işçi simsarlarının yaygınlığı nedeniyle alt işveren ilişkisinin yasaklaması önerisini sunan Federal Devlet Servisinin bu önerisine karşılık, 1969 sayılı Kanunla asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin ancak asıl işverenin müşterek ve müteselsil sorumluluğu şartıyla kurulabileceğine kanunla hükmedilmiş olması bunun göstergesidir. Her ne kadar iki ülke hukuku açısından bu yönde bir farklılık olsa da; Belçika Hukukuna göre alt işverenin asıl işverenden aldığı işten dolayı asıl işverene karşı herhangi bir temsil sorumluluğunun olmaması, alt işverenin aldığı işi genellikle kendi araç gereçleriyle gerçekleştirmesi, alt işverenin aldığı işin asıl işverenin işinden bağımsız olması, bir diğer anlatımla asıl işveren işçileri ile alt işveren işçilerinin bir arada çalışmaması gibi

özellikler iki ülke hukuku açısından benzer olan yönlerdir. Ayrıca asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı müşterek ve müteselsil sorumluluğu esasına dayalı olarak, alt işverenin sosyal güvenlikle ve vergi borçlarıyla alakalı borçlarını yerine getirmediği takdirde alt işveren işçilerinin alt işverene başvurmadan doğrudan bunu asıl işverenden talep edebilmeleri, asıl işverenin sorumluluğunun dereceli bir sorumluluk olmadığını gösterir. Belirtelim ki; bu durum ise Türk İş Hukukuna göre kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisiyle ortak bir başka yöndür.

Diğer taraftan Belçika Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisiyle alakalı doğrudan yasal düzenleme müşterek ve müteselsil sorumluluğa yönelik olduğu için, bu sorumluluğa aykırılık dışındaki diğer tüm kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkileri ve bunlara ilişkin yaptırımlar çeşitli kanunlarda dolaylı olarak düzenlenmiştir. Bu yönüyle Türk İş Hukukundaki asıl işveren alt işveren ilişkisine düzenlemelerden farklılık gösterse de; asıl işverenin kendi işçisiyle iş ilişkisi devam ederken alt işveren ilişkisi içine girmesinin yasak olması, asıl işveren alt işveren ilişkisine işçilik teminine yönelik olarak başvurulamaması gibi yönlerden ise benzerlik göstermektedir. Ayrıca asıl işverenin kendi işçisi ile alt işveren ilişkisi kurması halinde veya alt işverenin alt işveren sıfatının bulunmadığı halde asıl işverenle alt işverenlik ilişkisi kurması halinde her ne kadar bu şekilde ki alt işverenlik ilişkileri hileli bir iş ilişkisi olarak nitelendirilse de; söz konusu ilişkiye bağlanan yaptırım Türk İş Hukukunda muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisine bağlanan yaptırımla aynıdır. Nitekim Belçika İş Kanununun ilgili hükümlerine göre; asıl işveren kendi işçisi ile alt işveren ilişkisi kurduğu andan itibaren işçi asıl işveren işçisi olarak kabul edilecek ve iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlarını asıl işverenden talep edebilecektir. Bu bağlam da Belçika Hukukuna göre hileli asıl işveren alt işveren ilişkilerinin Türk İş Hukukundaki gibi muvazaalı bir ilişki olarak nitelendirilebileceğini söylemek mümkün gözükmektedir. Diğer taraftan Türk İş Hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkilerinin kanuna aykırılığının her şekli muvazaalı olarak nitelendirilir ve her muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisine bağlanan yaptırım ise aynıdır. Oysaki bu durum Belçika Hukuku açısından farklılık arz etmektedir. Nitekim işçi simsarları aracılığıyla asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması halinde söz konusu iş ilişkisi insan ticareti kapsamında değerlendirilir ve bu şekildeki bir iş ilişkisinin cezası da Ceza Kanununun ilgili hükümlerine verilir.

İngiliz Hukukunda ise; Türk İş Hukukunda olduğu gibi alt işveren kendi ad ve hesabına kendi istihdam ettiği işçilerle bağımsız çalışan bir işverendir. Bu bağlam da asıl işverenden iş alan alt işverenin kendi emri altındaki işçilerle söz konusu işi gerçekleştirmesi

ve asıl işverenden aldığı işten dolayı belli bir uzmanlığa sahip olması gibi yönleriyle Türk İş Hukuku kapsamında kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi içinde yer alabilecek alt işverenin taşınması gereken vasıflarla ortak özellik sergilemektedir. İngiliz Hukukunda Türk İş Hukukunda olduğu gibi işçilik teminine yönelik olarak asıl işveren alt işveren ilişkisi içine girmenin yasak olması da iki ülke hukuku açısından ortak bir başka noktadır. Ayrıca 1998 tarihli Yapım İşleri Kanunuyla alt işverene yapılacak ödemelerin koruma altına alınmış olması, ülke hukukunda Türk Hukukunda olduğu gibi konuya özel bir hassasiyetin verildiğini göstermektedir. Diğer yandan asıl işveren alt işveren konusunda İngiliz Hukuku açısından yeterli bilgi ve belgeye ulaşamamış olmamız konuyla ilgili başka değerlendirme yapmamıza fırsat tanımamaktadır.

KAYNAKLAR

- AKINCI Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi: Genel hükümler**, Konya, 2000.
AKINCI Şahin, **Roma Hukuku**, Konya, 2000.
- AKTAY Nizamettin, Arıcı, Kadir ve E.S. Kaplan, Ankara, 2006.
- AKYİĞİT Ercan, “Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. XXIII, S. 4, Ankara, 2011, s. 17, ss. 1-33.
- AKYİĞİT Ercan, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ankara, 2006.
- ALPAGUT Gülsevil, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. V, S. 20, İstanbul, 2008, ss. 1348-1358.
- ANDREAS Tuhr von, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci C.**, (Çev. Cevat Edege), İstanbul, 1952.
- ARICI Kadir, “Yeni İş Kanunu Ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu” <http://iibf.kocaeli.edu.tr/ceko/armaganlar/tokerdereli/26.pdf>, ss. 486-508.
- ARSEBÜK Esat, **Borçlar Hukuku, Birinci C.I**, İstanbul, 1943.
- ASLANOĞLU Mehmet Anıl, **İş Hukukunda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler-Geçici İş İlişkisi-Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi**, İstanbul, 2005.
- AYBAY Aydın, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1975.
- AYDIN Ufuk, “İş Kanununda Alt İşveren-Sosyal Sigortalarda Aracı”, **II. Çalışma Yaşamı Kongresi**, Ankara, 2008, ss. 123-149.
- AYDINLI İbrahim, **Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi Ve Muvazaa Sorunu**, Ankara, 2008.
- AYDINLI İbrahim, **İşverenin Sosyal Temas Ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri Ve Sonuçları**, Ankara, 2004.
- AYDINLI İbrahim, **Türk İş Hukukunda İşyeri Ve İşletme Kavramları**, Ankara, 2001.
- BAŞBUĞ Aydın, “Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar”, **KAMU İŞ, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. IV, S. 3, Ankara, 1998, ss. 61-78.
- BAŞBUĞ Aydın, **Alt İşveren İlişkisi ve Güncel Sorunları**, Ankara, 2010.

- BAŞBUĞ Aydın, **Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları**, TES-İŞ Eğitim Yayınları, Ankara 2010.
- BONOMİ Andrea-VOLKEN Paul, **Yearbook of Private International Law**, Volume X, Lausanne, 2008.
- BY FTPO, **Industry Spotlight: Rail Subcontracting in France (Z134)**, Dated:26 October, 2009.
- Talat Canbolat, “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları”, **TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. XIV, S. 2-3, Ankara, 1997, ss.14-30.
- CANBOLAT Talat, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren”, **KAMU İŞ, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. X, S. 3, Ankara, 2011.
- CANBOLAT Talat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Alt İşveren (Alt Müteahhit=Taşeron) Uygulamasıyla İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları Ekli**, İstanbul, 1992, ss.
- CENTEL Tankut, “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, **SİCİL, İş Hukuku Dergisi**, S. 10, Yıl 3, İstanbul, 2008, ss. 5-13.
- CENTEL Tankut, **İş Hukuku**, C. I, İstanbul, 1994.
- CLARK G. De N., “ Industrial Law and The Labour-Only Sub-Contract”, **The Modern Law Review**, Vol. 30, No. 1, 1967.
- Çalışma Hayatıyla İlgili Yargıtay Kararları: 2005-2007**, Kamu İş, Ankara, 2008.
- ÇANKAYA Osman Güven, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden doğan Bazı Sorunlar”, **KAMU İŞ, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 6, S. 4, Ankara, 2002. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf> (10.10.2010).
- ÇANKAYA Osman Güven, ÇİL Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Ankara, 2006.
- ÇELİK Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 20. Basım, İstanbul, 2007.
- ÇUBUKÇU Erdoğan, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Tanım Ve Kavramlar”, **TÜHİS İş Hukuku Ve İktisat Dergisi**, S. 2-3, C. 21, Ankara, 2007-2008, ss. 1-7.
- ÇUBUKÇU Erdoğan, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri”, **TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. VII, S. 4-5, Ankara, 2002, ss. 19-31.
- DAINTY Andrew R. J. - BRISCOE Geoffrey H. - MILLETT Sarah J., “Subcontractor Perspectives on Supply Chain Alliances”, **Construction Management And Economics**, 2001, <http://www.tandf.co.uk/journals>, (10.01.2010), ss. 841-848.
- DEMİR Fevzi “ Genel Hükümler ve Temel Kavramlar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: Yeni İş Yasası Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2003, ss. 25-38.

- DEMİR Fevzi, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 4. Baskı, İzmir, 2005.
- DEMİR Fevzi, **Sorularla Bireysel İş Hukuku, C.I**, Ankara, 2006.
- DEMİRCİOĞLU Murat, TANKUT Centel, **İş Hukuku**, 11. Basım, İstanbul, 2006.
- EKİN Nusret, **Ekonomik Ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren**, İstanbul, 2002.
- EKONOMİ Münir, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Kurulması Ve Sona Ermesi”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, (Yayına Haz. Mehmet Uçum), İstanbul, 2008, ss. 21-52.
- ELBİR Halid Kemal, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, 1987.
- ENGİN Murat, “Üçlü İş İlişkileri”, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), 21-25 Eylül 2005**, Bodrum: Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, 2005.
- ENGİN Murat, İş Kanununda Yeni İstihdam Biçimleri Ve Üçlü İş İlişkileri”, **I. Çalışma Yaşamı Ve İş Denetimi Kongresi**, Ankara, 2008 ss. 65-83.
- AKYİĞİT Ercan, “Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı”, **TUHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi C. XXII, S. 4-5**, İstanbul, 2009-2010, s. 19.
- ERDOĞAN M. Zafer, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı”, **KAMU İŞ, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 3**, Ankara, 2004, ss.1-10.
- ERDÜT Zeki, “Uluslararası Deneyimler Işığında Türkiye İçin Öneriler”, **Çalışma Hayatında Esneklik Semineri**, Ankara, 30 Kasım 1999.
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, İstanbul, 2008.
- ERGÜNEY Hilmi, **Mecelle Külli Kaideleri**, İstanbul, 1965.
- ERGÜNEY Hilmi, **Türk Hukukunda Lügat ve İstilahlar**, İstanbul, 1973.
- ERKUL İhsan, Karaca, Nuray Gökçek, **Türk İş Hukuku**, Eskişehir, 2000.
- ESENER Turhan, **İş Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 1978.
- ESENER Turhan, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameler: Hukuki Mahiyeti-Hüküm ve Neticeleri İtimada Müsterit Muamelerle Mukayesesi Kanun İhtilafları**, İstanbul, 1956.
- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, **Liability in Subcontracting Processes in the European Construction Sector: Germany**, Dublin, 2008.
- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, **Liability in Subcontracting Processes in the European Construction Sector: Belgium**, Dublin, 2008.

EVANS Yara ve diğeri, “Subcontracting Bye Stealth In London’s Hotels: Impacts And Implications For Labour Organising”, **Just Labour: A Canadian Journal Of Work and Society**, Volume 10, United Kingdom, 2007.

EYRENCİ -TAŞKENT-ULUCAN, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, 2006.

GEREK Nüvit- ORAL İlhan, Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri Ve Bunun Yarattığı Sorunlar, **SİCİL, İş Hukuku Dergisi**, S. 1, İstanbul, 2006, ss. 29-35.

GEREK Nüvit, “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar, **Çalışma ve Toplum**, C. IV, S. 15, İstanbul, 2007, ss. 81-90.

GÖKTAŞ Seracettin, “Alt İşverenlik Uygulamasında Bazı Önemli Sorunlar”, **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, S. 12, Yıl 3, İstanbul, 2008, ss. 97-105.

GÜNAY İlhan Cevdet, , **İş Davaları**, Açıklama, Dava Dilekçesi, İlgili Mevzuat, Yargı Kararları, Ankara, 2008.

GÜNAY Meryem, “Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı”,Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2007.

GÜVEN Ercan, Aydın, Ufuk, **Bireysel İş Hukuku**, 2. Baskı, Eskişehir, 2007.

GÜZEL Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, **Çalışma ve Toplum**, C. 1, S. 1, İstanbul, 2004, ss. 31-61.

GÜZEL Ali, **İşverenin Değişmesi İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi**, İstanbul, 1987.

HENNERSDORF Martina Salzmann, **Das Leiharbeitsverbot im Baugewerbe (§ I b AÜG)**, Marburg, 2003.

<http://www.nadr.co.uk/articles/published/construction/TheBalanceOfPowerBetweenContractors.pdf>, (03.04.2011)

İktisat Dergisi, C. XIV, S. 2-3, Ankara, 1997, ss. 14-30.

İNCİROĞLU Lütfi, **Güncel Yargıtay Kararları Işığında Yeni İş Kanunu: Sorulu-Cevaplı-Uygulamalı**, İstanbul, 2006.

İşlerin Alt İşverene Verilmesi”,
<http://www.tekstilisveren.org/content/view/62/34/>.

JOHN Atkinson, DENİS Gregory, “A Flexible Tuture, Britain’s Dual Labour Force”, **Marxism Today**, Nisan 1986.

JORENS Yves- BUYNDER Tineke Van, “Self Employment and Bogus Self-Employment in the European Construction Industry in Belgium”
<http://www.efbww.org/pdfs/Annex%2010%20%20Final%20report%20Belgium.pdf>.

- KILIÇOĞLU Ahmet Mustafa, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Ankara, 2002.
- KILIÇOĞLU Mustafa, Şenocak, Kemal, **İş Kanunu Şerhi, C. I**, Güncellenmiş Ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2008.
- KIZILOĞLU Hakkı “Alt İşverenlik Mevzuatında Son Durum”, **SİCİL, İş Hukuku Dergisi**, S. 15, Yıl 4, İstanbul, 2009, ss. 97-102.
- LYNCH Paul Robert, “HGCRA: Re-Addressing the Balance of the Power Between Main Contractors and Subcontractors?”, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/construction/TheBalanceOfPowerBetweenContractors.pdf>, (04.04.2011), ss. 1-54.
- MALINVAUD Maitre Carole, **Society of Construction Law: Overview of The Protection of Subcontractors Under French Law**, London, 2006.
- MARKESINIS Sır Basıl- UNBERATH Hannes, **The German Law of Torts, A Comparative Treatise**, Fourth Edition, Oxford and Potland, Oregon, 2002.
- MARKESINIS Sır Basıl- UNBERATH Hannes-JOHNSTON Angus, **The German Law of Contract, A Comparative Treatise**, Second Edition, Oxford and Potland, Oregon, 2006.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, “4857 S.lı İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, **Kamu İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. VII, S. 4, Ankara, 2004.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Baskı, 2005.
- MUMCU Uğur, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/323/3204.pdf> (12.07.2011), ss. 38-40.
- MÜTZE Michael-SENFF Thomas-MÖLLER C. Jutta, **Real Estate Investments in Germany Transactions and Development**, Berlin 2007.
- NARMANLIOĞLU Ünal “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, (Yayına Haz. Mehmet Uçum), İstanbul, 2008, ss. 53-72.
- NARMANLIOĞLU Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş 3. Baskı, İzmir, 1998.
- OFTİNGER Karl, **Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları**, Çev. Kemal Dayınlı, Ankara, 1985.
- OKCAN NECDET- BAKIR Onur, “ İşletmenin ve İşin Gereği Taşeronlaştırma Taşeron Cumhuriyetine Doğru”, **Çalışma ve Toplum**, C. IV, S. 27 İstanbul, 2010, ss. 55-74.
- ÖNEN Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1999.

- ÖZ. M. Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 7. Baskı (Gözden Geçirilmiş & Baskının Tıpkısı), İstanbul, 2009.
- ÖZKAYA Eraslan, **Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları**, Ankara, 2004.
- ÖZTÜRK, Osman, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İstanbul, 1973, s: 377.
- REİSOĞLU Safa, **Borlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2006.
- REYNARDPIERRE Claude, “Manufacturing Strategies in the Eighteenth Century: Subcontracting for Growth among Papermakers in the Auvergne”, **The Journal Of Economic History**. Volume 58, No. 1, 1998.
- RÜÇHAN Işık, “Esnekliğin Küresel Görünümü”, **Çalışma Hayatında Esneklik Semineri**, Ankara, 30 Kasım 1999.
- SAYMEN F. Halit-Elbir K. Halit, **Türk Borçlar Hukuku, I, Umumi Hükümler**, İstanbul, 1958. Sharpston Michael, “ International Sub-Contracting”, **Oxford Economic Papers, New Series**, Volume 27, No. 1, 1975.
- SOYER Polat “4857 S.lı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları” **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, S. 1, Yıl 1, İstanbul, 2006, ss. 16-28.
- SÜMER Haluk Hadi, “Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka Alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi Ve Sonuçları”, **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, S. 15, Yıl 4, İstanbul, 2009, ss. 104-112.
- SÜZEK Sarper, “ Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, **LEGAL, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010/25, İstanbul, 2010, ss. 13-29.
- SÜZEK Sarper, **İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, 2006.
- ŞAFAK Can, “4857 S.lı İş Kanunu Çerçevesinde (Alt İşveren) Meselesi”, http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/taseron_alt_isveren.pdf.
- ŞAKAR Müjdat, “Alt İşveren (Taşeron) Kullanımının İşçi İçin Doğurduğu sorunlara Karşı Alınan Yasal Tedbirler Hakkında Düşünceler”, **Mali Çözüm İSMMMO Yayın Organı**, S. 88, Temmuz-Ağustos, 2008.
- ŞEN Murat-Aslı NANEÇİ , “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, **SİCİL, İş Hukuku Dergisi**, S. 15, Yıl 4, İstanbul, 2009, ss. 24-54.
- ŞEN Sabahattin, “Alt İşverenlik Ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, **Çalışma Ve Toplum**, C. III, S. 10, İstanbul, 2006, ss. 71-97.
- ŞEN Sabahattin, “Yeni İş Yasasında Alt İşverenlik”, **Sendikal Notlar**, S. 13, İstanbul, 2002, ss. 84-101.
- ŞEN Sabahattin, **Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri**, 2. Baskı, İstanbul, 2002.

ŞENKAL Abdülkadir, **Sendikasıız Endüstri İlişkileri-Genel Olarak Dünyada ve Türkiye’de**, Ankara, 1999.

Talat Canbolat, “Türk Hukukunda Alt İşveren: Borçlar Hukuku Bakımından”, **Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları (Seminer/ Çalıştay)**, 29 Nisan-02 Mayıs 2010, Antalya, 2010, ss. 1-42.

TAYLOR Stephen –EMİR Astra, **Employment Law An Introduction**, Second Edition, New York, 2009.

TEKİNAY Sulhi, ve Diğerleri, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, 1993.

ULUCAN Devrim, “Alt İşveren Uygulaması ve Sorunları”, **2000’li Yıllarda Endüstri İlişkilerine Bakış Semineri**, 2-7 Kasım 1994.

UMUR Ziya, **Roma Hukuku**, İstanbul, 1982.

UNIDO, **International Conference On Building A Modern And Effective Development Service Industry For Small Enterprises**, Rio de Janeiro, 1999.

UŞAN M. Fatih, “ Asıl İşverenin Alt işverenin Sosyal Sigortalar Kanundan Doğan Borçlarından Sorumluluğu”, **KAMU İŞ, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 7, S. 1, Ankara, 2002.

UŞEN Şelale, **Avrupa Birliği’nde Ödünç İş İlişkisi: İtalya Uygulaması ve Türkiye**, İstanbul, 2006.

UYGUR Turgut, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar**, Ankara, 1980.

ÜRÇAN Gülümnden, “Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler”, **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 19, İstanbul, 2008, 958-1004. Ss.959-1004.

VERDIER Jean Maurice – COEURET Alain - SOURİAC Marie Armelle, **Droit du Travail**, Vol. II, Dalloz,

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 1996/5435, K. 1996/6135, K.T. 25.03.1996, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1996.pdf>. (10.10.2010).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 1997/16673, K. 1997/19164, K.T. 08.11.1997, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf> (10.10.2010).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2000/7291, K. 2000/11615, K.T. 14.19.2000, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000_2005.pdf (10.10.2010).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2002/24158, K. 2002/21785, K.T. 19.11.2002, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2000_2005.pdf (10.10.2010).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2003/20352, K. 2004/9110, K.T. 22.04.2004, <http://www.calismatoplum.org/sayi4/abc/y9/7.pdf>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/17098, K. 2004/17431, K.T. 08.07.2004, Devrim Ulucan’ın karar incelemesi, **Çalışma ve Toplum**, C. III, S. 3, İstanbul, 2004, ss.145-152.

- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2004/32616, K. 2005/5688, K.T. 21.02.2005, **Çalışma ve Toplum**, C.I, S. 12, İstanbul, 2007, ss. 299-301.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/12985, K. 2005/20130, K.T. 01.06.2005, “Yardımcı
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2005/14492, K. 2006/4826, K.T. 11.04.2006, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2005_2007.pdf, ss. 128-130.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/11741, K. 2006/14086, K.T. 15.05.2006, **Çalışma Hayatıyla İlgili Yargıtay Kararları: 2005-2007**, Kamu İş, Ankara, 2008, ss. 126-128.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/13218, K. 2006/15765, K.T. 29.05.2006, “Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk”, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/522/34/> (10.10.2010).
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/1920, K. 2006/26775, K.T. 10.10.2006, **Çalışma ve Toplum**, C. II, S. 13, İstanbul, 2007, ss. 300-301.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/24492, K. 2006/22445, K.T. 14.09.2006, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 12, İstanbul, 2007, ss. 270.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2006/29128, K. 2007/441, K.T. 23.10.2007, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 12, İstanbul, 2007, ss. 342-344.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/16559, K. 2007/30529, K.T. 15.10.2007, **Çalışma ve Toplum**, C. III, S. 18, İstanbul, 2008, ss. 367-370.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/19452, K. 2008/10426, K.T. 28.04.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. II, S. 17, İstanbul, 2008.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/19452, K. 2008/10426, K.T. 28.04.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. II, S. 17, İstanbul, 2008.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/24560, K. 2008/186, K.T. 18.02.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 16, İstanbul, 2008, ss. 367-369.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/26306, K. 2008/23980, K.T. 18.09.2008, , **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 20, İstanbul, 2009.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/26306, K. 2008/23980, K.T. 18.09.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. I, Sayı 20, İstanbul, 2009.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/29135, K. 2008/6700, K.T. 28.03.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 16, İstanbul, 2008, ss. 273-275.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/29931, K. 2008/7460, K.T. 04.04.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. IXX, S. 4, İstanbul, 2008.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/3132, K. 2007/14914, K.T. 14.05.2007, **Çalışma ve Toplum**, C. IV, S. 15, İstanbul, 2007, ss. 147-150.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/32136, K. 2007/37354, K.T. 10.12.2007, **Çalışma ve Toplum**, C. II, S. 17, İstanbul, 2008, ss. 249-250.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/32233, K. 2007/34649, K.T. 19.11.2007, **Çalışma ve Toplum**, Cilt 2008/2, Sayı 17, İstanbul, 2008, s: 317-318.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/33274, K. 2008/35297, K.T. 25.12.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. III, S. 22, İstanbul 2009, ss. 320-323
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/33274, K. 2008/35297, K.T. 25.12.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. III, Sayı 22, İstanbul 2009, ss. 320-323.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/33290, K. 2009/2942, K.T. 19.02.2009, **Çalışma ve Toplum** C. I, S. 24, İstanbul, 2010, ss. 325-327.

- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/33290, K. 2009/2942, K.T. 19.02.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 24, İstanbul, 2010.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/6094, K. 2007/10224, K.T. 10.04.2007, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2005_2007.pdf (20.10.2010), ss. 144-148.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/12851, K. 2008/8003, K.T. 10.04.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 16, İstanbul, 2008, ss. 212-215.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/1289, K. 2008/1991, K.T. 25.02.2008, **LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. V, S. 18, İstanbul, 2008, ss. 707-709.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/13627, K. 2008/11315, K.T. 05.05.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. II, S. 13, İstanbul, 2007, ss. 226-228.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/13627, K. 2008/11315, K.T. 05.05.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. II, Sayı 13, İstanbul, 2007, ss. 226-228.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/16527, K. 2009/50, K.T. 19.01.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. III, S. 22, İstanbul, 2009, ss. 366-370.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/16527, K. 2009/50, K.T. 19.01.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. III, Sayı 22, İstanbul, 2009, ss. 366-370.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/32916, K. 2008/26551, K.T. 13.10.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. II, S. 21, İstanbul, 2009, s. 213-216.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/39868, K. 2008/34788, K.T. 22.12.2008, **Çalışma ve Toplum**, C. III, S. 22, İstanbul, 2009, ss. 419-421.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/40398, K. 2009/19939, K.T. 07.07.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 24, İstanbul, 2010, ss. 320-323.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/40398, K. 2009/19939, K.T. 07.07.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. I, Sayı 24, İstanbul, 2010, ss. 320-323.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/41355, K. 2008/34683, K.T. 22.12.2008, <http://www.asmevzuat.com/documents?orgs%5B%5D=%5B%5D&ara=&page=4> (20.10.2010).
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/35910, K. 2009/25679, K.T. 05.10.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. I, S. 24, İstanbul, 2010, ss. 314-316.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/3836, K. 2009/15040, K.T. 01.06.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. IV, S. 23, İstanbul, 2009.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2009/9436, K. 2009/15249, K.T. 02.06.2009, **Çalışma ve Toplum**, C. IV, S. 23, İstanbul, 2009, ss. 220-222.
- YAVUZ Nihat, **Uygulamada ve Öğretide Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları**, Ankara, 2008.

YENİSEY Kübra Doğan, **İş Hukukunda İşyeri Ve İşletme Kavramları**, İstanbul, 2007.

YILMAZ Ejder, "Alt Müfettişlik İlişkinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası", **Çimento İşveren Dergisi**, C. XXIII, S. 1, Ankara, 2009, ss. 2-19.

YÜKSEL Ebru Bozkurt, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinde Sorumluluk ve Sınırları", **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, S. 9, İstanbul, Yıl 3, 2008, ss. 47-56.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Zeynep ACA

Doğum Yeri : Erzurum

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

Yüksek Lisans Öğrenimi : Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
:Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana
Bilim Dalı

Bildiği Yabancı Diller : İngilizce

e-posta Adresi : zeynepaca@uludag.edu.tr

Tarih : 2011