

İŞ YASASINA GÖRE ALT İŞVEREN KAVRAMI VE ASIL İŞVEREN – ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN SINIRLARI

Prof. Dr. Ali GÜZEL*

I. Giriş

4857 sayılı İş Yasasının yoğun tartışmalara neden olan hükümlerinin başında, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin ve bunun sınırlarının düzenlendiği 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları gelmektedir. Yasama sürecinde tank olunan bu tartışmalar, yeni ve çağdaş bir İş Yasasının tartışmaları asgariye indireceği yönündeki umut ve beklentilerin aksine, Yasanın yürürlüğünden sonra da varlığını sürdürmektedir¹. Konuyu, alt işveren uygulamasının çalışma yaşamındaki

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

¹ Bkz. **Çelik**, N., İş Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2003, 45 vd; **Tunçomağ/Centel**, İş Hukukunun Esasları, 3. Bası, İstanbul 2003, 55 vd; **Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan)**, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2004, 30 vd; **Mollamahmutoğlu**, H., İş Hukuku, Ankara 2004, 133 vd; **Şahlanan**, F., Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, Türkiye, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Yeni İş Yasası, Seminer Notları, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, 26 vd; **Aynı Yazar**, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş Yayını, 2003, 70 vd; **Ekmekçi**, Ö., 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Türkiye, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Seminer Notları, 25-29 Eylül 2002, Marmaris, 65 vd; **Aynı Yazar**, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Temmuz 2003, 133 vd; **Demir**, F., İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara 2003, 27 vd; **Aynı Yazar**, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, Mercek, Temmuz, 2003, 89 vd; **Şen**, S., Yeni İş Yasasında Alt İşverenlik, Tanımlar ve Gerçekler, Petrol-İş, Sendikal Notlar, Ağustos 2003, 83 vd; **Özveri**, M., Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, 383

konumundan ve İş Hukuku kurallarının bu olguya temel bakış açısından soyutlayarak tartışmak, kimi yanlışları kaçınılmaz kılacaktır. Böyle bir yanlışlığa düşmemenin yöntemi ise, konuyu belirtilen boyutlarıyla ve karşılaştırmalı hukukun verilerinden de yararlanarak, İş Hukuku kurallarının varlık nedenini de asla gözardı etmeden irdelemeye çalışmak olmalıdır. Ayrıca, İş Yasasının inceleme konusu yaptığımız 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına verilecek anlam konusunda, Yasanın hazırlık çalışmalarına geniş bir yer ayrılmalıdır.

1. Bilindiği üzere, işletmeler geleneksel olarak, belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesine göre çalışan kendi işçileri, teknolojileri ve organizasyonlarıyla mal veya hizmet üretimini gerçekleştirir, çok sınırlı bir biçimde uzmanlık gerektiren işleri ve asıl işe yardımcı işleri taşeron ya da alt işveren olarak nitelendirilen başka işverenlere yaptırırlar. İş Hukuku anlamında işveren kavramı da, kendi organizasyonu ve kendisinin istihdam ettiği işçilerle üretimi gerçekleştiren kimse olarak tanımlanır. Aynı üretim süreci ve organizasyonu içinde istihdam edilen işçilerin de tek bir işvereni bulunur. Tek bir gerçek veya tüzel kişi işverene, iş sözleşmesi temelinde hukuki açıdan bağımlı olarak çalışanlar, işletme içinde bir “işçi topluluğu” oluştururlar. İşveren karşısında ortak çıkarlara ve dolayısıyla dayanışma bilincine sahip olan bu işçi topluluğu, işçi-işveren ilişkisinde güç dengesini kendi lehlerine dönüştürmek amacıyla örgütlenme yoluna gitmişlerdir. Çok uzun mücadeleler sonucu, sendika hak ve özgürlüğü, toplu sözleşme hakkı ve nihayet grev hakkı, uluslararası temel insan hakları belgelerinde ve ulusal anayasalarda, “insan hakkı” niteliğinde temel sosyal haklar olarak kabul edilmiş, kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve güvenceye kavuşturulmuştur. İş Hukuku da, tarihsel oluşum sürecinde bireysel ve kollektif iş ilişkileri boyutuyla bu model ekseninde biçimlenmiştir². Bu süreçte, İş Hukuku kuralları, bireyci hukuk anlayışını yansıtan Borçlar Hukuku ile bağı kopararak, liberal ekonomik düzenin aşırılıkları karşısında, sosyal ilerleme yönünde, işçileri koruma temel amacına yönelik olmuştur. Anılan bu kurallar, emeğin sömürülmesine engeller oluşturma çabasını sürdürürken, aynı zamanda sosyal ilişkileri ve işletmeyi, köklü bir biçimde yeniden yapılandırmıştır. Bu anlamda, biçimsel eşitlik kuralının (iş sözleşmesinin yanları

vd; **Taşkent**, S., *Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, 363 vd.

² Bkz. **Rivero**, J/**Savatie**, J., *Droit du travail*, Paris PUF, 1993, 102 vd; **Verdier**, J-M/ **Coélet**, A / **Souriac**, M-A, *Droit du travail*, Paris, mementos Dalloz, 12e édit., 2002, 345 vd; **Vacarie**, İ, *L'Employeur*, Paris Sirey, 1979,18 vd; **Couturier**, G., *Droit du travail*, 1/Les relations individuelles de travail, édit., Paris, PUF., 1996., 117 vd; **Le Goff J.**, *Droit du travail et société*, 1. les relations individuelles de travail, PUF, 2001, 152 vd.; **Ekonomi**, M., *Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik*, İzmir 1994, 57 vd; **Aynı Yazar**, *İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çimento İşveren Sendikası Yayınları*, Ankara, 1995, 29 vd; **Güzel**, A., *İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik*, Prof. Dr. Turan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 206 vd.

olarak işçi ve işverenin eşitliği) egemen olduğu bir alana (işyeri-işletme), somut eşitlik ilkesini (işçiyi koruyucu düzenlemelerle) egemen kılama çabası ön plandadır. Bununla birlikte, söz konusu kurallar, ilk planda işçi-işveren ilişkilerini düzenlerken, arka planda, toplumda yeni bir çalışma düzeni, yeni bir örgütlenme modeli oluşturarak toplumun oluşum ve işleyişine de önemli bir katkı sağlamıştır³. İşte, ancak bu anlamı içinde çağdaş İş Hukukundan söz edilebilir.

2. Ekonomik ve teknolojik gelişmeler, 1980'li yıllardan itibaren işletmelerin mal üretimine veya hizmet sunumuna ilişkin organizasyonlarında ve insan kaynakları yönetimlerinde, az önce açıklanan modelden kesin çizgilerle ayrılan yeni bir anlayışın egemen olması sonucunu doğurmuş; küreselleşme süreci ile birlikte, işletmeler, ekonomik kriz ve küresel pazarda rekabet koşullarına uyumlu stratejiler izlemeye başlamışlardır. Bu koşullar, uluslararası bir nitelik kazanmış, sermaye karşısında emeğin gücünü ve giderek sendikal örgütlenmenin etkisini zayıflatmıştır⁴. Belirtilen bu süreçte, işletmelerin yoğun bir biçimde, esneklik aracı olarak, bir yandan **üretimi**, öbür yandan da **istihdamı** dışsallaştırma stratejilerini izlediklerine tanık olmaktadır. İşverenlerin, işyerlerindeki mal üretimini ve hizmet sunumunu, kendi işçileriyle değil, başka işverenlerin işçileri aracılığıyla gerçekleştirmeyi hedeflemeleri, söz konusu stratejilerin ortak özelliğini oluşturmaktadır. Bu yönetime, daha rasyonel bir işletme yönetimini etkin kılmak amacıyla başvurulabileceği gibi, sadece işletmenin devamlı işçilerinin sayısını azaltarak, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunun yükümlülüklerinden kaçınmak, sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme düzeninin dışına çıkmak amaçlarıyla da başvurulmaktadır⁵. İstihdamın dışsallaştırılması, esas olarak ödünç ya da geçici iş ilişkisi yöntemine başvurularak gerçekleştirilir. İşveren, işyerindeki üretimi kendi işçileriyle değil, başka işverenlerin (ödünç işçi sağlayan işveren veya geçici istihdam işletmeleri) işçileriyle gerçekleştirmektedir. İşyerinde iki farklı işverenin işçileri aynı üretim sürecinde yan yana çalışmaktadırlar. Söz konusu bu modelin diğer bir uzantısı, üretimin asıl işverene klasik iş sözleşmesi (belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesi) ile bağlı olan işçiler tarafından değil, atipik iş sözleşmesi türlerine (belirli süreli, kısmi süreli, çağrı üzerine çalışma) göre çalışan işçilerle

³ Bkz. **Pélissier, J/ Supiot, A/Jemmaud A**, Droit du travail, 21 e édit., Dalloz, 2002, 41 vd; **Le Goff**, 26 vd; **J.J. Dupeyroux**, Liberté, égalité, fraternité...et droit du travail., Quelle questions, Dr. soc., 1990, 9; **Supiot, Alain.**, Critique du droit du travail, 1994, 2éd. PUF, 18 vd; **Aynı Yazar.**, Principe d'égalité et limites du droit du travail., Dr. Soc., 1985, 723).

⁴ Bkz. **A. Jemmaud**, les droits du travail a l'épreuve de la mondialisation, Dr. ouvr. 1998, 240; **G. Spyropoulos**, les relations professionnelles dans le tourbillon de la mondialisation, Dr. Soc., 1999, 230.

⁵ Bkz. **Verdier / Coeuret / Souriac**, 347; **Couturier**, 44; **G. Altieri**, Italie, la flexibilité du marché du travail: debat politique, pratiques du terrain, Chronique internationale de IRES, no 76-mai 2002.

gerçekleştirilmesidir⁶. Bütün bu uygulamalar sonucunda, bir işletme ya da işyerinde çalışan işçiler iki farklı sosyal statü içinde bulunurlar. Özellikle alt işveren işçileri ile geçici istihdam işletmeleri aracılığıyla işyerinde çalıştırılan işçiler, sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme düzeninin dışına itilmekte, daha ağır çalışma koşullarına tabi kılınmakta ve çok düşük ücret ve sosyal yardımlara sahip bulunmaktadırlar. Bu bağlamda, İş Hukuku kurallarının da, belirtilen kategori içinde bulunan işçiler açısından çok fazla bir anlam ve etkinliği söz konusu olamamaktadır. Söz konusu kurallar, sadece belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesine göre çalışan asıl işverenin işçileri için anlam ifade etmekte; bunun sonucu olarak da iki farklı “*istihdam pazarı*” ve buna bağlı iki farklı “*hukuk düzeni*” ortaya çıkmaktadır.

3. Belirtilen boyutlarıyla konu, ilk bakışta sadece işçileri ve onların sendikal örgütlerini ilgilendirir gibi görünmekle birlikte, arka planda ve çok daha önemli olarak, toplumun ekonomik, sosyal, siyasal ve hukuk düzenini de olumsuz yönde etkilemektedir. Bu nedenle, sorunun hukuki bir çerçeve içine alınması, çağdaş toplumların kaçınılmaz bir gündem maddesine dönüşmektedir. Hiç kuşkusuz, yaşanan derin ekonomik kriz, yasal düzenlemelerin etkinliğine büyük bir engel oluşturmakta ve üretimin dışsallaştırılması sürecinin geniş bir boyut kazanmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte, çağdaş bir toplumun hukuk düzeni bu tabloya seyirci kalamayacaktır. Nitekim, diğer bazı Avrupa ülkelerinin hukuk sistemleri incelendiğinde, yasa koyucuların çeşitli yönleriyle konuyu düzenleme çabasına girdikleri görülür. Örneğin, Fransız Hukukunda, bir yandan atipik iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler yapılırken, öbür yandan da alt işveren uygulamasına hukuki bir çerçeve oluşturma çabası sürdürülmüştür. Yasa koyucu, ödünç iş ilişkisinin geniş boyutlar kazanması üzerine, 1972 tarihli bir yasa ile bu tür ilişkileri sadece “geçici iş” veya “geçici istihdam işletmeleri” ile sınırlayarak düzenlemiştir. Bunun dışındaki uygulamaları yasaklamış ve Ceza Kanunu kapsamında suç niteliğinde kabul etmiş ve ağır yaptırıma bağlamıştır. 6 Temmuz 1973 tarihli Yasa, işçilere zarar verecek (normal ücret altında düşük ücretle çalıştırma, avantajların kaybı vb.) nitelikte, İş Hukuku kurallarının ve toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını önleyen kazanç amaçlı emek ticaretini yasaklamıştır (art. L. 125-1 C.trav.). Söz konusu düzenleme, insan ticaretinin sonuçlarını ağır cezai yaptırıma bağlamaktadır (art. L.152-3 C.trav.). Bu son hükme göre, m.L. 125-1 ve L. 125-3 hükümlerine aykırı davrananlar hakkında 2 yıl hapis ve 200 000 Frank para cezası uygulanır. Mahkeme ayrıca, bu esaslara aykırı hareket eden kişinin alt işveren olarak faaliyet göstermesini 2 ila 10 yıl arasında değişen bir süreyle yasaklayabilir. İşçiye, herhangi bir zararın verilmesi hükmün uygulanması açısından yeterli olacaktır. Ayrıca zarar verme kasdının aranmasına gerek

⁶ Bkz. Kuban., A., Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 1997 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 1997, 48 vd.

olmayacaktır. Fransız Yargıtay Ceza Dairesinin bir kararına göre, işyerinin devamlı işçisini sahip olduğu statüden yoksun bırakma sonucunu doğuran bir uygulama, suçun varlığı için yeterli olacaktır⁷. Yargıtay, daha da ileri giderek, işçinin iğreti bir statü içinde çalıştırılmasını, onun açısından bir zararın kabulü için yeterli saymaktadır⁸. 20 Aralık 1993 tarihli Yasa, tüzel kişilerin de bu suçtan dolayı sorumluluklarının söz konusu olabileceğini hükme bağlamıştır (art. L. 152-3 C.trav.).

Bu bağlamda, yasa dışı ödünç işçi sağlama ile gerçek anlamdaki alt işveren ilişkisi birbirinden ayrılmaktadır. İşin yürütüm sorumluluğu, işçilerin belirli bir statüye sahip olmaları, asıl işveren-alt işveren arasında iş saatlerine göre değil, maktu bir ücretin kararlaştırılmış olması, asıl işverenin işletmesinin genel faaliyet alanında ayrı uzmanlık gerektiren bir işin yapılması, suçun unsurlarının belirlenmesinin başlıca ölçütleri sayılmaktadır⁹. Görünürdeki alt işverenin sadece kendi işçilerinin emeğini başka işverenin hizmetine sunması, hiçbir organizasyona sahip olmaması, uzmanlık gerektiren bir işin yapılmaması halinde “**insan ticareti**”¹⁰ suçu söz konusu olacaktır¹¹. Sendikalar, işçilerin vekaleti olmadan da bu tür uygulamalara karşı hukuk davası ve bunun yanında işçilerin kolektif çıkarlarını savunmaya yönelik olarak İş Kodu m. 411-11 kapsamında bir davayı da açabileceklerdir¹². İtalyan Hukukunda, yasa koyucu daha 1960 yılında alt işveren uygulamasına tepki olarak 1369 sayılı Yasayı yürürlüğe koymuştur. Söz konusu Yasa, bir yandan danışıklık (muvazaalı) alt işveren uygulamasına engel olmayı amaçlarken, öbür yandan da gerçek anlamdaki alt işveren uygulamasının hukuki çerçevesini belirlemeyi amaçlamaktadır. Yasanın 1. maddesine göre, asıl işverenin, bir istisna sözleşmesi ya da başka bir sözleşme ile işin niteliği ne olursa olsun, muvazaalı olarak alt işverenin işçilerine kendi asıl işini yaptırması yasaktır. İtalyan Hukukunda bu tür uygulama, işletmeye “dahil olma”, “interposition” biçiminde adlandırılmaktadır. İtalyan Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, asıl işveren tarafından kendi otoritesi ve yönetim yetkisi altında çalıştırılmak, fakat alt işverenin işçileri gibi gösterilmek, yasak kapsamına girmek için yeterli sayılmaktadır. Öte yandan, 24 Haziran 1997 tarihli ve 196 sayılı Yasa geçici iş ilişkisini özel olarak

⁷ Crim., 23 juin 1987, **Verdier / Coeuret / Souriac**, 347 den.

⁸ Crim., 7 aout 1995, **Verdier / Coeuret / Souriac**, 347 den.

⁹ Crim., 25 fév. 1997, **Verdier / Coeuret / Souriac**, 348 den.

¹⁰ Belirtelim ki, “**insan ticareti**” bir suç olarak Türk Ceza Kanununda da düzenlenmiş bulunmaktadır. Gerçekten, Ceza Kanununun 201. maddesine 3.8.2002 t. ve 4771 sayılı K.’nın 2/B maddesi ile eklenen 201/a maddesi “göçmen kaçaklığı” suçunu, 201/b maddesi ise “insan ticareti” suçunu düzenlemektedir.

¹¹ Crim., 7 fév. 1987, **Verdier / Coeuret / Souriac**, 348; **G. Lyon-Caen**, Plasticité du capital et nouvelles formes d’emploi, Dr. Soc., sept-oct.1980,15).

¹² Crim., 15 nov. 1983, **Verdier / Coeuret / Souriac**, 348.

düzenlemiş ve bazı sınırlamalar öngörmüştür¹³. Alt işveren uygulamasının uluslararası bir boyut kazanması nedeniyle, ILO bir alt işveren statüsü oluşturma çabası içine girmiştir. Nitekim, konuyu 2002 yılında Genel Konferansın gündemine almış, ancak, işveren temsilcilerinin muhalefeti nedeniyle herhangi bir sözleşme kabul edilememiştir.

4. Yabancı hukuklara ilişkin olarak çok özet bir biçimde yansıtmaya çalıştığımız bu esaslar, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin bir zorlaması olarak, hukuk sistemlerinin alt işveren ve diğer atipik istihdam modellerini düzenler, işletmelere bu olanağı tanıırken, işçilerin korunması amacıyla önemli güvenceler ve sınırlamalar da içerdiğini; bu istihdam modelinin İş Hukukunda temel bir kural değil, bir istisna olarak değerlendirildiğini ortaya koymaktadır. Bu bakış açısının Yeni İş Yasamıza da egemen olduğunu, alt işveren, geçici iş ilişkisi ve belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeler (m. 2, 7, 11), çok belirgin bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu nedenle, Yasanın asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları yorumlanırken, bu bakış açısının esas alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Aksi halde, alt işveren uygulamasını, 1475 sayılı İş Yasası döneminde olduğu gibi temel bir kurala dönüştürme ve anılan düzenlemeyi anlamsız kılma tehlikesi ortaya çıkabilecektir.

5. Bilindiği gibi, Hukukumuzda, alt işveren kavramına ilişkin düzenleme 1475 sayılı İş Yasasının 1. maddesinin 5. fıkrasında yer almaktaydı. Ayrıca, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası da kendi kapsamı açısından bu kavramı tanımlamıştı (m.87). İş Yasası, alt işveren işçilerinin, İş Hukukundan doğan haklarını, Sosyal Sigortalar Yasası ise Kurumun prim alacaklarını güvenceye kavuşturmak amacıyla asıl işverenin alt işverenle müteselsil sorumluluğunu öngörmekteydi¹⁴. 1475 sayılı İş Yasası, alt işverenin asıl işverenin işyerinde, yardımcı iş-asıl iş ayırımı yapılmaksızın her türlü işi üstlenmesine engel herhangi bir kural içermemekteydi. Bunun sonucu olarak, alt işverene iş verme uygulaması yaygınlık kazanmış ve bu mekanizma ucuz işçi çalıştırmanın ve sendikasılaşmanın etkili bir aracına dönüşmüştür¹⁵. Bu olgu, 4857 sayılı İş Yasasının madde gerekçeleriyle de tescil edilmiştir. Bu gerekçe şöyledir: "...İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma

¹³ Ayrıntı için bkz. **Olivier, A.**, *Quelle réactions du droit du travail face a la sous-traitance ? les enseignements de l'exemple italien*, Mémoire, Université Paris X- Nanterre, Anné universitaire 2001-2002, 4 vd.

¹⁴ Bkz. **Canbolat, T.**, *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri*, İstanbul, 1992, 12 vd; **Aydemir, M.**, *Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları*, MESS yayını, İstanbul 1993, 119 vd.

¹⁵ Bkz. **Güzel, A.**, *Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri*, Çimento İşv. D., Eylül 1993, 3-11; **Şen, S.**, *Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri*, Selüloz-İş yayını, İstanbul, 2002; **Özveri, M.**, *Çalışma Yaşamında Yeni Boyutlarıyla Taşeronlaştırma*, VII. Otomotiv ve Sanayii Sempozyumu, Bildiriler Kitabı, TMMOB yayını, Bursa, 27 Ekim 2001; **Aynı Yazar**, *Alt işveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası*, 389.

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". Gerçekten, Yargıtay, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde kötüye kullanılmaları önlemek çaba ve duyarlılığı içinde olmuş, muvazaa ve kanuna karşı hile mekanizmaları ile görünürdeki asıl işveren-alt işveren ilişkisini geçersiz saymış ve işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi kabul etmiştir¹⁶. Madde gerekçesinde de vurgulandığı gibi, Yüksek Mahkemenin bu içtihadı, alt işveren uygulaması konusundaki kötüye kullanılmaları önlemede yeterli olmamış, konunun Yeni İş Yasasında bazı sınırlamalara tabi tutulması kaçınılmaz hale gelmiştir. Yeni düzenleme, diğer ülkelerde olduğu gibi, işletmelere işyerlerindeki asıl işe yardımcı işleri alt işverene verme konusunda, sınırsız olanak tanıırken, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesini önemli ölçüde sınırlamakta ve bazı hallerde de bu ilişkiyi kesin bir biçimde yasaklamaktadır. Tartışmaların ekseninde de bu hususlar yer almaktadır. Aşağıda bu hususlar ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹⁶ Ayrıntı için bkz. **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, İstanbul 2000, 46 vd; **Aynı Yazar**, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, 163vd.; **Süzek**, S., İş Hukuku, İstanbul 2002, 161 vd; **Ekonomi**, M., Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Tekstil İşv. D., Eylül 1991, 5 vd; **Tuncay**, C., Asıl İşveren- Alt İşveren ilişkisi, KİPLAS, Ocak 1991, 7 vd; **Şahlanan**, F., Türk İş Hukukunda Alt İşveren, İHD., Temmuz –Eylül 1992, 325 vd; ; **Canbolat**, T., Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları, TÜHİS, Mayıs- Ağustos 1997, 14 vd; **Şen**, S., Taşeronluk (Alt İşverenlik) Bakımından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1994-1996), TÜHİS, Kasım 1997-Şubat 1998, 37 vd; **Erdoğan**, M. Z., Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Kamu-İş, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, C: 7, 2004, S: 3, 385, 391; **Çankaya**, O. G., Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, C: 6, 2002, S: 4, 19.

II. Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Koşulları

1. Kavram

Alt işveren, bir işyerindeki mal ya da hizmet üretimini dışsallaştırmanın tipik örneğini oluşturmaktadır. Çünkü, işveren kendi işyerinde kendi işçileri ile gerçekleştireceği ve yarar sağlayacağı bir üretimi başka bir işveren ve onun işçileri aracılığıyla sonuçlandırmaktadır. Üretim, asıl işverene ait işyerinde gerçekleştirilmekle birlikte, burası alt işverenin ayrı bir işyeri olmakta ve asıl işverenle herhangi bir hukuki ilişki içinde olmayan bu ikinci işverenin işçileri tarafından yerine getirilmektedir. Asıl işin sahibi, bir anlamda, dışarıdaki bir işveren aracılığı ile ürettiği mal veya hizmetten kazanç elde etmektedir. Bu nedenle, alt işveren aracılığıyla üretimi gerçekleştirme, İş Hukuku kuralları tarafından yasaklanmamakla birlikte, bir istisna gibi algılanmaktadır. Çünkü, İş Hukukunda asıl olan, işverenin kendi işyerinde, kendi işçileri ile üretim yapmasıdır. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki temel hukuki ilişki istisna sözleşmesi olabileceği gibi taşıma veya kira sözleşmesi de olabilecektir¹⁷.

Öğretide, bazı yazarlar tarafından asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkiyi ifade etmek amacıyla “alt işveren (taşeron) sözleşmesi” deyimini kullanılmaktadır¹⁸. Bu deyim ile asıl işveren - alt işveren arasındaki belirli bir temel hukuki ilişkiden (örneğin istisna sözleşmesi) ziyade, uygulamada asıl-alt işverenlerin aralarındaki ilişkileri genel olarak düzenlemek amacıyla yaptıkları ve yüklenicilik sözleşmesi, teknik şartname vb. isimlerle anılan sözleşmelerin kastedildiği kanısındayız. Sözü edilen deyim, öğretide, asıl işveren ile alt işveren arasında söz konusu olabilecek temel hukuki ilişki çeşitlerinin genel nitelemesi olarak da kullanılmaktadır¹⁹.

1475 sayılı İş Yasası, alt işveren kavramını açık bir biçimde tanımlanmamış, asıl işverenlerin hangi durumlarda alt işverenin işçilerine karşı sorumlu olacaklarını düzenlemiştir²⁰. Anılan Yasadaki düzenlemeye göre, bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve

¹⁷ **Canbolat**, 38 vd; **Taşkent**, Alt İşveren, 363; **Demir**, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri, 89; **Erdoğan**, Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı, 385, 391; **Çankaya**, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, 19; Taşıma sözleşmesi açısından karşı. **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 16. Bası, 48.

¹⁸ **Demir**, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri, 87, 89; **Şahlanan**, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, 84.

¹⁹ **Demir**, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri, 89; **Çankaya**, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, 25.

²⁰ **Canbolat**, 16.

eklemlerinde çalıştıran diğer işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu yasadan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur (m.1/son). Öğreti ve uygulamada, maddede geçen “diğer işveren” deyiminin karşılığı olarak, “aracı”, “taşeron”, “müteahhit” veya “alt işveren” terimleri kullanılmaktadır²¹.

4857 sayılı İş Yasası, önceki dönemde uygulamada yaygınlaşan kötüye kullanmalara tepki olarak, alt işveren-asıl işveren ilişkisinin koşullarını daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş, bu konuda bazı sınırlama ve yasaklar öngörmüştür. İş Yasasının 2. maddesinin altıncı fıkrasında alt işveren kavramı, “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren*” biçiminde tanımlanmış ve aynı fıkranın devamında, bu işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki ise “asıl işveren-alt işveren ilişkisi” biçiminde nitelendirilmiştir. Yasa hükmü, terminoloji birliğini sağlamak amacıyla öteden beri uygulamada kullanılan “müteahhit”, “taşeron”, “aracı”, “alt yüklenici” deyimleri yerine, daha önce öğretilerde de ağırlıklı olarak benimsenmiş olan ve belirtilenleri de kapsayacak biçimde “alt işveren” deyimini esas almış bulunmaktadır. Söz konusu bu tanım esas alındığında alt işveren kavramından ve giderek alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edebilmek için aşağıdaki koşulların varlığı aranacaktır.

2. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Koşulları

a) Asıl işveren ve buna ait bir işyerinin varlığı

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu açısından aranacak ilk temel koşul, asıl işverene ait bir işyerinin bulunması ve burada işçi çalıştırılmasıdır. İş Yasası bu koşulu, “*Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde...*” iş alma biçiminde belirlemiştir (m. 2/VI, c. 1). En yalın anlamıyla alt işveren de, asıl işveren olarak adlandırılan başka bir işverenin işyerinde iş alan kimsedir. İş Yasasına göre, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir (m.2/I). İşçi çalıştırma, kaçınılmaz olarak, işyerinin varlığını gerekli kılar. İş Yasası da işyerini, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” biçiminde tanımlamış ve işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğunu hükme bağlamıştır (m.2/I, III). Bu hükümler, konumuzla sistematik bağlantı içinde değerlendirildiğinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin ön ve temel koşulu, belirtilen esaslar çerçevesinde, asıl işverenin kendisine ait bir işyerinin

²¹ Canbolat, 7 vd; Aydemir, 20 vd.; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 46-47; Ekonomi, M., İş Hukuku I, 53; Süzek, 161.

bulunması ve bu işyerinde işçi çalıştırmasıdır. Bu esasın bir sonucu olarak bir kimse kendisine ait bir işi, işçi çalıştırmaksızın tümüyle bir başkasına vermiş ise, örneğin, bir inşaatın yapım işi anahtar teslimi suretiyle başkasına yaptırılıyorsa, İşY. m. 2/VI anlamında bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olamayacaktır²². Çünkü, verilen örnekte, m.2/VI hükmünün zorunlu gördüğü yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünün değil, tamamının başkasına yaptırılması söz konusudur. Bunun gibi, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün İş Yasasının 6. maddesi anlamında ve kapsamında bir başka işverene devredilmiş olması halinde de asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olamayacaktır. Ekleyelim ki, üzerinde durduğumuz bu koşul, 1475 sayılı İş Yasasının m.1/V hükmü açısından da aynen geçerli²³ ve Yargıtayın yerleşik içtihadı ile açıklığa kavuşturulmuş bulunmaktaydı²⁴.

Bu noktada vurgulanması gereken diğer bir husus, asıl işverene yönelik olarak açıklanan koşulların alt işveren için de aynen geçerli olmasıdır. Alt işverenin de, İş Yasası anlamında bir işveren olması nedeniyle, işyerinin bulunması ve burada kendi işçilerini çalıştırması aranacaktır. Nitekim, İş Yasasının 3. maddesinin ikinci fıkrası, bu konuda daha önce ortaya çıkan duraksamaları²⁵ gidermek amacıyla, alt işverenin asıl işverene ait işi yaptığı yeri, o işveren yönünden de bağımsız bir işyeri olarak kabul etmiştir. Gerçekten, anılan hükme göre, “*Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür*”. Bu maddenin gerekçesine göre de, “.....Maddenin ikinci fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin oluşması halinde, alt işveren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için, onun da kendi adına kurduğu bu işyeri için gerekli bildirimleri yapması öngörülmüştür...”.

Belirtilen bu esaslar, asıl işveren-alt işveren ilişkisini belirleyen ve aşağıda üzerinde duracağımız diğer koşullar açısından da önem taşımaktadır. Gerçekten, alt işverenin böyle bir organizasyona sahip olmaması halinde, işçilerini asıl işverene ait işyerinde çalıştırması, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden çok, “iş aracılığı” ya da “geçici iş ilişkisi” kapsamında değerlendirilebilecek veya muvazaa biçiminde nitelendirilebilecektir. Yasanın öngördüğü yasak ve sınırlamalar dikkate alındığında, yeni dönemde bu tür uygulamaların da yoğunluk kazanacağı söylenebilecektir. Öte yandan, özellikle asıl işin bir bölümünde iş alma koşulu irdelenirken, asıl işverenin iş organizasyonu, teknolojisi ve istihdam ettiği

²² Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 48; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 46.

²³ Bkz. Canbolat, 20 vd; Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 49

²⁴ Örnek olarak Yarg.9.HD., 10.9.1992, 2463/9734, Tekstil İşv. D., Ocak- Şubat 1993, 43-44; 12.4. 1994, 13361/5427, Türk Kamu-Sen, Mart-Haziran 1994, 28; Yarg.21. HD.,21.4.1998, 1532/2796, Tekstil İşv. D., Ekim 1999, 17-18.

²⁵ Bkz. Canbolat, 51 vd.

personelin uzmanlığı ile alt işverenin işyeri organizasyonunun karşılaştırılması da önem taşıyacaktır. Bir işveren, başka bir işverenden aldığı iş için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuki bağımsızlığa sahip değilse, üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik bir faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden çok, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır. Bazı Avrupa ülkeleri hukukunda, örneğin, Fransız hukukunda bu tür bir ilişki “**insan ticareti**” kapsamında bir suç türü biçiminde nitelendirilmekte (art. L.125-1, L.152-3 C.trav.) ve ağır cezai yaptırıma bağli kılınmaktadır²⁶. Özellikle İş Yasasının, asıl işin bir bölümünde alt işverenin iş almasının koşullarını öngören m. 2/VI hükmü yorumlanır ve somut uyuşmazlıklara uygulanırken az önce açıklanan unsurun da gözardı edilmemesi gerekmektedir. Aksi halde, Yasa hükmünün, diğer yönleriyle de isabetli bir yorumuna ulaşamayacak ve yanlıklar kaçınılmaz olacaktır.

b) Alt işverenin asıl işverene ait bir işi üstlenmesi

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin ikinci koşulu, asıl işverene ait bir işin alt işveren tarafından üstlenilmesi ve kendi işçileri ile yürütülmesidir. İş Yasası, 2. maddesinin altıncı fıkrasında bu koşulu, asıl işverene ait işyerindeki yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde iş alma biçiminde belirlemiştir. Tarihsel süreçte, söz konusu ilişki daha çok inşaat sektöründe ve çok sınırlı bir biçimde ortaya çıkmıştır. “Taşaron” sözcüğü de, dilimize Fransızca “tacheron”, “tacheronage” sözcüklerinin karşılığı olarak girmiştir. Anılan sözcük, “verimsiz işleri yapan kimse” ya da “bina inşaatında bina sahibinin maktu bir ücret karşılığında iş verdiği kimse” biçiminde anlamlara sahip bulunmaktadır²⁷. Fransa’da, sözcüğün belirtilen anlamıyla, inşaat şantiyelerinde, inşaat sahibi, inşaat işinin yapılması amacıyla, işçilerin işe alınması ve yönetimini bir taşarona vermekte; bunun sayesinde de inşaat sahibi, inşaat işinin ilerleyen her aşamasında gerekli personeli sağlayabilme olanağına kavuşmaktaydı²⁸. Daha sonraki dönemlerde ise, inşaat sektörü dışında, ayrı bir uzmanlık ve organizasyon gerektiren temizlik, bahçe bakımı, yükleme-boşaltma işlerinin taşaronlara verildiği görülür²⁹. Yukarıda (I) açıklandığı gibi, günümüzde ise, işverenlerin, artan yoğunlukta, işyerlerindeki mal ve hizmet üretimine ilişkin olan ve kendi işçileri ile yapmak durumunda oldukları tüm işleri alt işverenlere verdikleri görülmektedir³⁰. İşte, hukuk normunun, alt işverene verilecek işlere yönelik sınırlama getirme gereksinimi de bu noktada

²⁶ Bkz. *Vacarie*, 32,54; *Couturier*, 120.

²⁷ Bkz. *Robert Methodiques*, 1379.

²⁸ *Vacarie*, 20.

²⁹ *Verdier/ Coeuret/ Souriac*, 345; *Le Goff*, 212 vd; *Çelik*, N., İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 47; *Başbuğ*, A., Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç ilişkisi ve Bu ilişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar, Kamu-İş, Ocak 1998, 61-78.

³⁰ *Verdier/ Coeuret/ Souriac*, 345; *Le Goff*, 212 vd.

karşımıza çıkmaktadır. Çünkü, İş Hukukunda asıl olan, işverenin kendi organizasyonu ve işçisi ile üretim yapması ya da hizmet sunmasıdır. Bu işleri başka işverenlere vermesi ancak istisnai durumlarda ve yasanın belirlediği sınırlar çerçevesinde olanaklı olmalıdır.

1475 sayılı İş Yasasında, alt işverenin asıl işverene ait işyerinde, asıl iş veya yardımcı iş niteliğinde her türlü işi üstlenebilmesini engelleyen bir kural mevcut bulunmamaktaydı³¹. Bu yasal boşluğun bir sonucu olarak, uygulamada işverenler, hiçbir sınır tanımaksızın, işyerlerindeki yardımcı veya asıl işleri, alt işverenlere devretme yöntemine başvurmuşlardır³². Oysa, öğretilerde isabetle vurgulandığı gibi, "...asıl işveren-alt işveren ilişkisinin inşaat işleri dışında, niteliği gereği ayrı bir uzmanlık ve organizasyon isteyen ve diğer bir işveren tarafından yapılması daha rasyonel olan yemek, temizlik, yükleme ve boşaltma, bahçe bakımı gibi işler için söz konusu olması gerekir"³³.

İşte, 4857 sayılı İş Yasasının, alt işverene verilecek işler konusundaki düzenlemesi (m.2/VI), belirtilen kötü uygulamalara bir tepki ve bu alandaki yasal boşluğu doldurma temel amacına yönelik bulunmaktadır. Söz konusu Yasa hükmü, az önce açıklanan görüşlere uygun olarak, alt işverene verilecek işler açısından "yardımcı iş" ve "asıl iş" ayrımını esas almış, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesini belirli koşullara bağlamış bulunmaktadır.

aa) Asıl işverenin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin bir işin alt işverene verilmesi

1475 sayılı Yasanın 1. maddesinin son fıkrasında, bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan kimse, diğer koşulların varlığı halinde alt işveren kabul edilmekteydi. Bu düzenleme, alt işverenin, asıl işverenden aldığı işin niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşlerin savunulmasına yol açmıştı. Bir görüşe göre, alt işverene verilen işin asıl işverenin işyerinde yürüttüğü işlerin belirli bir bölümünü oluşturması zorunludur. Asıl işin belirli bir bölümünün üstlenilmediği durumlarda asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olamayacaktır. Örneğin, bir dokuma fabrikasında yaptırılacak bir ilave inşaat dokuma işinin bir parçası değildir ve inşaatın yapımını üstlenen kimse, alt işveren sayılamaz³⁴. Bu konuda savunulan diğer bir görüşe göre ise, alt işverenlerin üstlendikleri işin asıl işin belirli bir bölümünü oluşturması zorunlu değildir. Alt işverenlerin üstlendikleri işler, asıl işin belirli bir bölümü olabileceği gibi bu işe yardımcı iş ya da başka herhangi bir iş de

³¹ Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 47; Tuncay, Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkisi, 9; Canbolat, 22.

³² Bkz. Güzel, Alt İşveren Uygulaması, 6-7; Şen, 12 vd; Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, 390.

³³ Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 47; Başbuğ, Alt İşveren İşçisi, 62-63.

³⁴ Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren ilişkileri, 11; Süzek, 161-162.

olabilir³⁵. Yargıtayın içtihadı ise öğretideki ilk görüş doğrultusunda idi. Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir fabrikanın tesisat onarımının başka bir işverene verilmesi halinde iki işveren arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olmayacağı ve dolayısıyla müteselsil sorumluluk esasının uygulanmayacağı sonucuna varmıştı³⁶. Aynı anlamda olmak üzere, Yarg. 21. HD.'nin bir kararında³⁷, otomobil fabrikasının onarım işini bir bütün olarak üstlenen işverenin yaptığı işin niteliği açısından asıl işten bağımsız olması nedeniyle işçinin uğradığı iş kazasından dolayı müteselsil sorumluluğun söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir.

4857 sayılı İş Yasası, Yargıtayın bu içtihadını esas alarak, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünde iş alınması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğacağını hükme bağlamış bulunmaktadır (m.2/VI). Maddenin gerekçesi şöyledir: *"...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" veya "yardımcı işlerinde" iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, buna karşı işyerinde yürütülen asıl ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır..."*³⁸. Şu halde, işyerinde yürütülen asıl ve yardımcı işler dışında iş alan bir işverenin, örneğin işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi olanaklı olmayacaktır.

Öğretide, alt işverene verilebilecek işler konusunda açıkladığımız noktadaki sınırlamanın isabetli olduğu, ne asıl ne de yardımcı iş sayılabilecek işlerin, örneğin işyeri binasının tadilatı, bahçede kuyu kazma, ek inşaat işlerinin bu ilişkiye konu olmasının isabetli olarak önlendiği ifade edilmektedir³⁹. Kanımızca, Yasada ve gerekçesinde yardımcı işler açısından getirilen ve asıl işverenlerin sorumluluğunu sınırlayıcı nitelikte olan bu düzenleme isabetli bulunmamaktadır. Çünkü, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin İş Yasasında düzenlenmesinin temel amacı, alt işveren işçilerinin haklarını, müteselsil sorumluluk esasıyla güvenceye kavuşturmadır. Bu olgu, İş Hukukunun işçiyi koruma ilkesiyle de uyum içindedir. Bu nedenle, madde

³⁵ Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 48; Aynı Yazar, İş Hukuku Dersleri, 16. Bası, 47; Ekonomi, İş Hukuku I, 53; Canbolat, 26-27.

³⁶ Yarg. HGK., 7.2.1996, 9-901/44, Çimento İşv. D., Mayıs 1996, 26-27.

³⁷ Yarg. 21. HD., 4.7.1995, 2660/3844, YKD., Ekim 1995, 1612-1614; karara ilişkin bir inceleme: A.Çifter, Çimento İşv.D., Mart 1997, 23-27.

³⁸ TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 73, 45. Birleşim, 5.

³⁹ Şahlanan, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, 26; Ekmekçi, Yeni İş Kanunu, 133; Aynı Yazar, İş Kanunu Tasarısı, 66.

gerekçesinde belirtildiği gibi, asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen hükmü, üzerinde durduğumuz yönüyle “*kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline*” getirmek, işçileri güvenceden yoksun bırakmak anlamını taşıyacaktır. Öncelikle, Yargıtay’ın isabetli olmayan ve belirtilen temel ilke ile çelişen kararlarını pozitif bir düzenlemeye dönüştürmek, isabetli bir yasa yapma tekniği olarak da değerlendirilemez. Öte yandan, kapsam dışı bırakılan işler de, diğerleri gibi asıl işverene ait işlerdir ve her ikisinde de bu işverenin ortak yararı söz konusudur. Öğretide isabetle vurgulandığı gibi, alt işverenin, belirtilen işlerde, işin bitimine kadar işçilerini sadece bu işlerde çalıştırması, uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur⁴⁰. İşçilerin, sadece asıl işverene ait ve onun yararına bir iş yaptıkları dönem için, asıl işverenin işyerinde yürütülen bir iş ile bağlantısı olmadığı gerekçesiyle, bu işçileri güvenceden yoksun bırakmanın mantığını kavramak olanaklı değildir. Ayrıca, örneğin bina veya çatı onarımı işinin, yardımcı iş sayılmak açısından, yemek veya temizlik işinden bir farkı da bulunmamaktadır. Gerçekten, örneğin üretim yapan bir fabrikanın yemek veya temizlik işi, -hijyen, verim gibi sebeplerle- asıl işi ne derece tamamıyor, asıl işin yapım sürecine ne derece katkıda bulunuyor ve bunun sonucu olarak yardımcı iş sayılıyor ise, çatı onarımı işi de, çatısı akan bir binada üretim yapılamayacağına göre, o derece yardımcı iş sayılmalıdır. Bu konuda, sözü edilen işlerin yardımcı iş sayılıp sayılmayacağından ziyade, işin devamlılık arz edip etmediği, çok kısa süreli bir iş olup olmadığı bir ölçü olarak düşünülebilir.

bb) Asıl işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin “yardımcı işlerinde” iş alma

4857 sayılı Yasa uyarınca, asıl işveren alt işveren ilişkisi, herşeyden önce, asıl işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde iş alma biçiminde kurulabilecektir (m.2/VI). Hükmün anlam ve kapsamını daha iyi belirlemek amacıyla hazırlık çalışmalarına göz atmakta yarar vardır. Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarıda, üzerinde durduğumuz konuda madde metni şöyleydi: “**Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan...**” . TBMM Başkanlığı’na sunulan Tasarı metni ve TBMM Genel Kurulunda, 13.3.2003 günlü ve 45. Birleşim oturumunda oylanarak kabul edilen madde metni de Bilim Komisyonu’nun madde metni ile özdeşlik içinde bulunmaktaydı⁴¹.

Tasarının görüşülerek kabul edilen diğer bazı maddeleri (4, 7, 11, 107) gibi, 2. maddenin de yeniden görüşülmesi yönündeki önerge üzerine yapılan değişikliklerle madde metni “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde...*” biçiminde kabul edilerek

⁴⁰ Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 48.

⁴¹ Tutanak Dergisi, 180.

yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Maddeye ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesinde yardımcı iş kavramına da açıklık getirilmiştir. Buna göre, "...Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır...". Bu madde ile ilgili olarak, Çorum Milletvekili A. Kafkas'ın yaptığı konuşmada; yardımcı işlerde taşeron çalıştırılması imkanının, bir kurala bağlı olmaksızın işverenlere tanıdığı ifade edilmiştir⁴². Önemle belirtelim ki, verilen bilgiler ve yasama çalışmalarında yardımcı iş kavramının anlamı konusunda ilk bakışta herhangi bir belirsizliğin bulunmadığı anlaşılmakla birlikte, uygulamada, özellikle yardımcı iş-asıl iş ayırımı kimi duraksamaları ve uyuşmazlıkları beraberinde getirebilecek niteliktedir. Bu konuda, maddenin değişiklik gerekçesinde de belirtildiği gibi, alt işverene verilen işin asıl işverenin **doğrudan üretim organizasyonu** içinde yer alıp almadığı ayırıcı bir ölçüt olabilecektir.

cc) Asıl işverene ait işyerinde yürütülen "asıl işin bir bölümünde" iş alma

4857 sayılı Yasa, asıl işverene ait asıl işin alt işverene verilmesini, yardımcı işlerden farklı olarak bazı koşulların varlığına tabi kılmıştır. Gerçekten, konuyu düzenleyen 2. maddenin altıncı fıkrasına göre, " Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya **asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde** " iş alınması ve işçilerin sadece bu işlerde çalıştırılması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olabilecektir. Anılan bu hükmün içerdiği koşullara verilecek anlam öğretide yoğun tartışmalara yol açmış bulunmaktadır. Tartışmaların sağlıklı bir temele yaslanması ve yapılacak yorumlarda yanlışlara düşülmemesi için, konunun çok geniş bir bakış açısı içinde irdelenmesi gerekmektedir. Bu yöntem çerçevesinde üzerinde durulması gereken ilk husus, alt işverene iş verilmesinin, İş Hukukunun ilkeleri bakımından temel bir kural ya da istisna olup olmadığıdır. Çünkü, üzerinde durduğumuz hükmü geniş bir yoruma tabi tutan görüşler, alt işverene iş verilmesini temel bir kural biçiminde algılamaktadırlar. Böyle bir bakış açısı, daha başlangıçta bilimsel bir temelden yoksun kalmaktadır. Gerçekten, daha önce de vurgulandığı gibi, çeşitli ülkelerin hukuk sistemleri incelendiğinde ve İş Hukukunun varlık nedeni ve temel ilkeleri esas alındığında, alt işverene iş verilmesinin temel kural değil, istisna oluşturduğu görülecektir. İş Hukukunda asıl olan, bir işverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile üretimde bulunmasıdır. İş Hukukunun kurum ve kuralları da bu

⁴² TBMM Genel Kurulu, 22 Mayıs 2003, 83. Birleşim.

modele göre oluşmuştur. İşverenin kendi işyerinde yürütmekle yükümlü olduğu işleri, başka bir işverenin işçileri ya da atipik iş sözleşmelerine göre istihdam edeceği işçiler aracılığıyla yerine getirmesi, esneklik yönünde kapsamlı düzenleme içeren hukuk sistemlerinde bile hep istisna olarak kabul edilmekte ve bu işçileri korumak amacıyla da çeşitli koşul ve sınırlamalar öngörülmektedir. Aksi halde, İş Hukuku kurallarının varlığı ve temel amacı inkar edilmiş olacaktır. 4857 sayılı İş Yasası da, isabetli olarak, asıl işlerin alt işverene verilmesinin kural değil, istisna oluşturduğu esastan hareketle bu konuda bazı koşul ve sınırlamalar öngörmüş bulunmaktadır.

Üzerinde durduğumuz hükmün konuluş amacı da, belirtilen esasları doğrulayacak önemli verileri dikkatlerimize sunmaktadır. Bilindiği ve daha önce de açıklandığı üzere, 1475 sayılı İş Yasası, alt işverenin asıl işverene ait işyerinde, asıl iş veya yardımcı iş niteliğinde her türlü işi üstlenmesini engelleyen bir kural içermemekteydi. Bunun sonucu olarak, işverenler, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın, asıl veya yardımcı işleri alt işverenlere devretmekteydiler. Alt işveren uygulaması, istisna olmaktan çıkmış, temel bir kurala dönüşmüştü. Bu ise, alt işveren işçilerinin bireysel işçilik hakları (daha düşük ücret, daha ağır çalışma koşulları) yanında, günümüzde tüm evrensel insan hakları belgelerinde temel bir “**insan hakkı**” niteliğinde kabul edilen sendika, toplu sözleşme ve grev haklarından da yoksun kalmaları sonucunu doğurmaktaydı. Çünkü, İş Hukuku düzenlemeleri, belirtilen konularda bu işçiler için yeterli güvence içermemekteydi. İşte, 4857 sayılı Yasa, bu temel soruna çözüm getirmek amacıyla alt işverene asıl işin verilmesini belirli koşulların varlığına tabi kılmıştır. Yasanın madde gerekçesi ve yasama çalışmalarını dikkatli bir biçimde incelendiğinde bu husus daha da belirginlik kazanacaktır.

Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarıda 1. maddenin (ç) bendi şöyle düzenlenmişti: “*Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan...*” . Dikkat edilirse, bu düzenlemede, “*asıl işin bir bölümünde*” alt işverene iş verilmesi, çok isabetsiz olarak herhangi bir koşul ve sınırlamaya tabi kılınmamıştır. Maddenin, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu’nda⁴³ kabul edilen ve TBMM Başkanlığı’na sunulan metni ise şu biçimi almıştır: “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işin gereği ve teknolojik nedenlerle iş alan...*”. Maddenin bu metnine göre, alt işverene, “*asıl işin bir bölümünde*” veya “*yardımcı işlerinde*” iş verilmesi, hiçbir ayırım yapılmaksızın, “*işin gereği ve teknolojik nedenlere*” bağlanmıştır. TBMM Sosyal İşler Komisyonu, Bilim Komisyonu tarafından kaleme alınmış madde gerekçesini aynen yinelemiş ve buna şu ilaveyi yapmıştır: “... Ayrıca, asıl işverenin alt işverenden iş alabilmesi işyeri gereklerine ve teknolojik nedenlere

⁴³ Bkz. İş Kanunu Tasarısı ve Raporu, 1/534.

bağlanmıştır”⁴⁴. TBMM’nde 2. madde görüşülürken verilen bir önerge⁴⁵ ile İş Kanunu Tasarısının 2. maddesinin altıncı fıkrası ile yedinci fıkrasının değiştirilmesi teklif edilmiştir. Söz konusu teklifin içeriği ve üzerinde durduğumuz nokta ile ilgili hükmü şöyledir: *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle iş alan...”*. Değişiklik gerekçesi ise şöyledir: *“Bu önergeyle, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin kurulabileceği...”*. Bu önerge, 13.3.2003 günlü ve 45. Birleşim oturumunda oylanarak aynen kabul edilmiştir⁴⁶. Belirtilen bu değişiklikte, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde alt işverene iş verilmesi, *“...işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlere”* bağlı kılınmıştır.

Tasarının tüm maddeleri ve bu arada 2. maddesi görüşülüp kabul edildikten sonra TBMM Başkanlığı’na sunulan bir önergeyle⁴⁷, İş Kanunu Tasarısının daha önce görüşülerek kabul edilen 2, 4, 7, 11 ve 107. maddelerinin, Tasarının diğer maddelerinde yapılan değişiklikler nedeniyle, İçtüzüğü’nün 89. maddesi gereğince yeniden görüşülmesi talep edilmiştir. Yeniden müzakere görüşmeleri sırasında Tasarının 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında değişiklik yapılması teklif edilmiştir⁴⁸. Değişiklik teklifinin konumuzla ilgili bölümü şöyle kaleme alınmıştır: *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...”*. Bu değişiklik önergesinin gerekçesi ise şöyledir: *“Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler gibi kriterler getirilmiştir./Bu düzenlemeyle, asıl işverenler, ihtiyaç duydukları teknolojileri kullanma olanağına kavuşmaktadırlar. Böylece, işyerlerinde mal ve hizmet üretiminin ihtiyaç duyabileceği şartların kolaylıkla oluşturularak rekabet güçlerinin artırılması amaçlanmıştır./Diğer yandan, alt işveren (taşeron) uygulamasının istismarının önlenmesine ilişkin sınırlamalar getirilmiştir”*. Yapılan oylamada değişiklik önergesi aynen kabul edilmiştir.

⁴⁴ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem :22, Yasama Yılı 1, 45. Birleşim, S. Sayısı :73.

⁴⁵ Ahmet Büyükkakşar (Konya) ve arkadaşları tarafından verilen önerge.

⁴⁶ Tutanak Dergisi, 180.

⁴⁷ Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Başkanı Mahfuz Güler (Bingöl) tarafından 22 Mayıs 2003 günlü oturumda TBMM Başkanlığı’na verilen önerge.

⁴⁸ A K P Milletvekilleri Agah Kafkas, Nevzat Doğan, Haluk İpek, Ünal Kacı, Sadullah Ergin, Hüseyin Tannverdi, Cevdet Erdöl ve Nükhet Hotar tarafından verilen değişiklik önergesi.

İşte, yürürlükte olan İş Yasasının 2. maddesinin burada inceleme konusu yaptığımız altıncı fıkrasının birinci cümlesi, bu değişikliği yansıtmaktadır. Yasama sürecinde belirtilen esaslar çerçevesinde maddede yapılan değişikliğe göre, yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde, herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Buna karşılık, asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilmesi, ancak **“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde”** söz konusu olabilecektir⁴⁹.

Bu düzenleme, asıl işe dahil olan bir işin alt işverene verilebilmesini, bu işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması koşuluna bağlanmış bulunmaktadır. Söz konusu bu düzenleme, anlatımındaki kimi belirsizliklere karşın, yukarıda açıkladığımız gibi, İş Hukukunda geçerli olan, bir işverenin işlerini kendi uzmanlığı ve organizasyonu ile kendi işçilerine gördürmesinin asıl olduğu; işlerinin bir kısmını başka işverenlerin işçilerine yaptırabilmesinin ise istisna olduğu biçimindeki temel anlayışa uygun bulunmaktadır ve bu nedenle, sözü edilen hükmün bu anlayışa göre yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, bir işveren işyerinde yürüttüğü asıl işin bir bölümünü ancak bu işin ayrı bir uzmanlığı gerektirmesi halinde alt işverene verebilecektir.

⁴⁹ Değişikliğin anlam ve kapsamı ile hükmün konuluş amacı,TBMM Genel Kurulu'nda maddenin yürürlükteki biçimiyle değiştirilmesini sağlayan önergeyi veren Milletvekilleri arasında yer alan Çorum Milletvekili Agah Kafkas, alt işveren konusunda yapılan ve Genel Kurul'da kabul edilen yeni düzenleme konusunda şu görüşleri açıklamıştır: “...Taşeron uygulamasına baktığımız zaman, şu andaki yapılan düzenleme, 1475 sayılı Kanundaki düzenlemelerden fevkalade ileri bir düzenlemedir. Mevcut İş Yasasındaki düzenlemede, asıl işin bir bölümünde de yapılabileceği veriliyor ve sınırsızlık, limitsizlik vardı, bunun bir kısmını Yargıtay doldurmaya başlamıştı. İş Kanununun bilim heyeti tarafından hazırlanan bölümüne baktığımız zaman da, yine, bugünkünden çok daha geriydi. Orada diyor ki: ‘ Bir işverenden, bir işyerinde yürüttüğü mal veya hizmetin üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işi alan, bu iş için görevlendireceği işçiler” diye devam eden, kısıtlama olmadan taşeron çalıştırma yetkisi vermişti bilim heyeti. Sayın Bakanın başkanlığında, daha sonra bizzat benim de katıldığım, sosyal taraflar ile bütün işçi, işveren örgütlerinin yaptıkları uzun çalışmalar sonucunda, bildiğiniz gibi, tasarıda, bilim heyetinin işçi lehine hazırladığından daha iyi bir nokta yakalamıştık. / Şimdi, burada, işin gereği ve teknolojik nedenlerle, asıl işin bir bölümünün verilebileceği söyleniyordu; yani yardımcı işlerin dışındaki işlerde kısıtlama getirilmişti. Şimdi, bizim yaptığımız bu düzenlemenin metni, çalışma hayatımızda, çok değerli işçi konfederasyonlarımızın, kimi çok değerli ve herkes tarafından bilinen ve saygı duyulan hukukçularımızın ortak hazırladıkları metindir. Taşeron meselesi, taşeron müessesesiyle ilgili bugünün koşulları içerisinde, hem işletmelerin gereğini yerine getirebilecekleri, işletmeleri tıkamayacak hem de istisna önleyecek bir düzenleme getirilmişti burada ve bu düzenlemede, yardımcı işlerde taşeron çalıştırılması imkanı, bir kurala bağlı olmaksızın işverenlere tanıyanken, asıl işin bir bölümünde taşeron çalıştırmak için,işin, işletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlık bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama, taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir...” (TBMM Genel Kurulu, 22 Mayıs 2003, 83. Birleşim).

Ayrı bir uzmanlık gereksinimi doğuran nedenler ise Yasada, “*işletme ve işin gerekleri ve teknolojik nedenler*” olarak öngörülmüştür ve yukarıda belirtilen anlayışın sonucu olarak bu nedenler ilişkinin doğumu açısından *birlikte* aranacaktır. Öngörülen ölçüt bir bütündür, bölünmesi olanaklı değildir. Bunun sonucu olarak, örneğin, sadece “işletmenin ve işin gereği” olarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesine, Yasa kuralı olarak tanınamaktadır⁵⁰. Bu açıdan, asıl işverenin, asıl işi ancak “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler”de bölüp alt işverene verebileceği, yönündeki görüşün de⁵¹ madde hükmü ile uyum içinde bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Açıkladığımız gerekçelere dayalı olarak, sadece işletmenin ve işin gereklerinin, örneğin maliyet, rekabet edebilirlik veya kalitenin asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için yeterli bir neden oluşturacağı yönündeki görüşe de⁵² katılamamaktayız. Gerçekten, bu görüşler kabul edildiği, yani hükümdeki “ile” bağlacı “veya” biçiminde yorumlandığı takdirde, düzenlemenin eskisinden bir farkı kalmayacaktır. Yasa maddesinin değişiklik gerekçesinde belirtilen ve burada açıkladığımız diğer nedenlerle, asıl işin bir bölümünde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için sadece işletmenin ve işin gereği yeterli sayılmayacak, bunun yanında alt işverene verilen işin “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” bir iş olması da mutlaka aranması gereken bir ölçüt olacaktır. Bu nedenle, maddenin, “mutlaka teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler verilir, onun dışında verilemez” gibi bir yoruma kapalı olduğunun söylenemeyeceği, “ve üretim süreci belli aşamalardan geçiyorsa, örneğin iplik boyama ünitesi varsa, boyamadan sonra dokumaya geçiyorsa, dokumadan sonra konfeksiyona geçiyorsa, yani işyerinde belli süreçler varsa bu süreçlerin taşeronla verilmesine bir engel yoktur” biçimindeki görüşü⁵³ paylaşmak olanaklı değildir. Çünkü, maddede sonradan yapılan değişiklikle, “uzmanlık gerektiren işler” ibaresinin eklenmesindeki amaç, asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi yönündeki istismanın engellenmesi olduğu açık bir biçimde ifade edilmiştir. Verilen örneği ve savunulan görüşü esas alırsak, bir dokuma fabrikasında, üretim sürecinin her aşamasındaki asıl iş (boyama, dokuma, konfeksiyon) veya işlerin ayrı ayrı ve başka hiçbir koşul aranmaksızın alt işverene verilmesi söz konusu olabilecektir. Böyle bir sonucun ise, maddenin konuluş amacı ve metni ile hiçbir uyumlu yönü bulunmamaktadır. Nitekim, daha önce de açıkladığımız gibi, maddenin değişiklik gerekçesinde, alt işverene verilecek asıl iş bakımından “işin, işletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların

⁵⁰ Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 31; Taşkent, Alt İşveren, 364-365; Mollamahmutoglu, 137; Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, 393-394.

⁵¹ Tunçomağ/Centel, 57.

⁵² Şahlanan, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, 90; Ekmekçi, Yeni İş Kanunu, 134.

⁵³ Şahlanan, F., 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk- İş yayını, 2003, 71.

uzmanlık bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama, taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir” görüşüne yer verilmiştir⁵⁴.

Su halde, daha önce de vurgulandığı gibi, asıl işin bir bölümünde asıl – alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için sadece işletmenin ve işin gereği yeterli sayılmayacak, bunun yanında alt işverene verilen işin “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” bir iş olması da aranacaktır. Verilen örnekte, bir dokuma fabrikasındaki boyama, dokuma veya konfeksiyon işinin alt işverene verilebilmesi, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması koşuluna bağlı olacaktır. Bu ise, asıl işverenin, söz konusu işleri, kendi teknolojisi, kendi personelinin uzmanlığı ile yerine getirememesi, farklı teknoloji ve uzmanlığa gereksinim duyması anlamına gelmektedir. Ters durum, yani asıl işverenin işyerindeki teknolojisi ve üretim için çalıştırdığı işçilerin uzmanlığı ile yapacağı bir işi alt işverene vermesi, madde hükmü karşısında olanaklı bulunmamaktadır. Aksi halde, yapılan düzenlemenin, 1475 sayılı Yasadaki düzenlemeden ya da Bilim Komisyonu tarafından hazırlanmış olan Tasarı metninden hiçbir farkı ve anlamı kalmayacak; alt işverene iş verme istisna değil, kural haline dönüşecektir.

Öte yandan, 4857 sayılı Yasanın 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre, alt işverene asıl işe dahil olan bir iş verilmek istenirse, bu iş ancak **bölüm** olarak verilebilecek; aynı bölümde hem asıl işveren, hem de alt işveren işçileri çalıştılamayacaktır⁵⁵. Buna karşılık, öğretide asıl işin bir bölümünde iş almak ifadesinden böyle bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığı, maddede sadece asıl işin bir bölümünde iş almaktan söz edilip, o bölümde artık hiç asıl işveren işçisi çalıştılamayacağından söz edilmediği, yorum yoluyla da böyle bir sonuca varılmasının mümkün olmadığı görüşü savunulmaktadır⁵⁶. Bu görüşe göre, sözü edilen durum sadece bir muvazaa ölçüsü olarak dikkate alınabilir⁵⁷. Belirtmek gerekir ki, yeni düzenlemenin sonucu olarak aynı bölümde asıl işveren ve alt işveren işçilerinin birlikte çalıştılamayacakları görüşü yorumdan ziyade hükmün gerekçesinin açıklanmasından ibarettir. Gerçekten sözü edilen hükmün gerekçesine göre, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin bir bölümünde iş alınması, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı biçiminde anlaşılacaktır ve işlerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemeleri imkan vermemektedir.

⁵⁴ TBMM Tutanak Dergisi, C:15, S:48, K:15.

⁵⁵ Çelik, 50; Şahlanan, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, 27; Tunçomağ/Centel, 57; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 31; Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, 393.

⁵⁶ Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısı, 66.

⁵⁷ Ekmekçi, aynı yer.

c) Alt işverenin işçilerini “sadece” asıl işverene ait işte çalıştırması

İş Yasasının 2. maddesinin altıncı fıkrasında, “Bir işverenden..... iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren...” denilerek üzerinde durduğumuz unsur vurgulanmış bulunmaktadır. 1475 sayılı İş Yasasında, aynı anlamda “münhasıran” ibaresine yer verilmişti. Şu halde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için alt işverenin işçilerini sadece alt işverene ait işte çalıştırması gerekecektir. Alt işverenlerin, asıl işverenden aldıkları iş dolayısıyla ve bu işte işçilerini çalıştırmaları nedeniyle işverenlik sıfatları söz konusudur. Asıl işverenden alınan işlerde işçi çalıştırmadan, başka işlerde işçi çalıştırılması nedeniyle işveren sıfatına sahip olmaları, bu kimselere aldıkları iş nedeniyle alt işveren sıfatını kazandıramaz. Bunun gibi, aldığı işte işçi çalıştırmadan bu işi bizzat yapan kimse de alt işveren sayılamaz. Çünkü bu kimsenin, ikili ilişkide işçi çalıştırmaması nedeniyle işverenlik sıfatı bulunmamaktadır⁵⁸. Alt işverenin işçilerini başka işverenlere ait birden çok işyerinde çalıştırması halinde, asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olmayacaktır. Şu halde, alt işveren, üstlendiği işin, örneğin işyerinin temizliğinin yürütümü için gerekli işçileri “sadece” o işyerinde çalıştırmayıp, başka işverenlerin işyerlerinde de çalıştırmakta ise, o takdirde İş Yasasının üzerinde durduğumuz hükmü kapsamında bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz ve dayanışmalı sorumluluk kuralı uygulanmaz. Belirtilen bu esas, 1475 sayılı Yasa döneminde Yargıtay kararlarıyla da benimsenmişti. Yüksek Mahkemeye göre, temizlik müteahhidinin işçilerini münhasıran davalı banka işyerinde çalıştırmak zorunda olmadığına, başka ve değişik işyerleri arasında değiştirebileceğinin tespit edilmesi nedeniyle, 1475 sayılı İş Yasasının 1. maddesine göre banka işvereni sorumlu tutulamaz⁵⁹.

Önemle belirtelim ki, dayanışmalı sorumluluk kuralı, işçilere karşı söz konusu olduğundan; anılan koşul, alt işveren ve iş aldığı diğer işverenler yönünden değil, işçiler açısından değerlendirilecektir. Alt işverenin işçilerinin bir bölümünün sadece asıl işverene ait işte çalıştırılması, bu işçiler açısından müteselsil sorumluluk kuralının uygulanması için yeterli sayılacaktır. İşçilerin diğer bir bölümünün, bu işverenle birlikte, farklı işverenlere ait işi de yapması halinde anılan kuralın, bu işçiler açısından uygulanması söz konusu olamayacaktır⁶⁰.

⁵⁸ Canbolat, 29 ve dn. 84 ve 85’de belirtilen yazarlar.

⁵⁹ Yarg. 9.HD., 4.3.1991, 11890/3190, YKD., Ağustos 1991, 1204-1205; aynı yönde: 25.6.1992, 6240/ 7357 ve T. Canbolat’ın incelemesi, İHD, Ocak- Mart 1993, 89-93; 19.11.2001, 18581/ 17882, Çelik, 48, dn. 11.

⁶⁰ Canbolat, 68; Çelik, 48, dn. 10 ve orada anılan yazarlar.

III. Geçerli Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Alt İşverenin İşçilerine Karşı “Müteselsil Sorumluluk”

Çağdaş İş Hukuku, belirli sınırlar çerçevesinde alt işveren uygulamasına kapıları açar, işverenleri bu olanağa kavuştururken, alt işverenin işçilerinin haklarını da güvence altına almayı hedefler. Bunun başlıca nedeni, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde temel sorun, aynı işyerinde iş yapan ve İş Hukuku kapsamında bulunan iki işçi grubu (asıl işverenin işçileri ile alt işverenin işçileri) arasında, statü farklılığının ortaya çıkmış olmasıdır. Statü sözcüğünü, bireysel ve toplu iş hukuku kurallarıyla işçilere tanımlanmış tüm haklar katalogu biçiminde düşünmek gerekir. En kapsamlı ve anlamlı güvence, hiç kuşkusuz, bu statü farklılığını ortadan kaldıran ve dolayısıyla her iki işçi grubu arasında, belirtilen tüm haklar açısından eşitlik ve hakkaniyeti sağlamaya yönelik güvencedir. Bu alanda ikinci güvence, alt işverenin işçilerinin işçilik haklarının güvenceye kavuşturulmasıdır. Bunun hukuki yöntemi ise, işçilerin emeği sayesinde artı değer elde eden işverenlerin müteselsil sorumluluğudur. İşte, ancak bu iki yönlü güvenceyi sağlayan bir İş Hukuku, çağdaş uygarlığın kaçınılmaz değerleriyle kucaklanmış ve toplumu da çağdaş uygarlıkla bütünleştirmiş bir İş Hukuku olarak nitelendirilecektir.

Bazı Avrupa ülkelerinin hukuk sistemleri incelendiğinde her iki yöndeki güvencenin alt işverenin işçilerine sağlanmaya çalışıldığı görülür. Örneğin, İtalyan Hukukunda, asıl işverenin işçileri ile alt işverenin işçileri arasında bireysel ve toplu iş hukuku hakları açısından eşitlik ilkesinin gözetilmesi asıldır. Bu kuralın temel gerekçesi ise, alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işletmesinde üretim sürecine dahil olması (*l'insertion dans le cycle de production*) ile açıklanmaktadır. Belirtilen kuralın sonucu olarak, alt işverenin işçisi, eşitlik ilkesinin gözetilmesini talep edebilecek ve dolayısıyla asıl işverenin işçisinin sahip olduğu tüm haklara sahip olabilecektir. Örneğin, asıl işverenin işçilerine tanımlanmış toplu hizmetlerden (ulaşım, yemek... vb) yararlanabilecektir. Asıl işverenin işçilerinin sahip olduğu sendikal haklara da sahip olması söz konusudur. Aynı kollektif statüden, özellikle asıl işverenin bağlı olduğu işkolu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir. Belirtilen çerçevede, alt işverenin işçisinin asıl işverenin işçisi gibi varsayılması söz konusudur. Ancak teknik hukuk açısından alt işveren işçileri asıl işverenin işçileri değildir. Asıl işveren ile bu işçiler arasında hiçbir bağımlılık ilişkisi söz konusu değildir. Gerçek anlamdaki işverenleri alt işverendir. Bunlar hakkında disiplin yaptırımını uygulamak veya işten çıkarma yetkisi alt işverene aittir. Bununla birlikte, asıl işverenin işletmesindeki üretim sürecine dahil olma, az önce belirtilen haklar açısından eşitlik ilkesinin uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Böylece, aynı üretim sürecine dahil tüm işçilere (asıl işveren veya alt işveren işçileri ayrımı yapılmaksızın) eşit hakların tanınması söz konusu olmaktadır. İtalyan Profesör Ballestrero' a göre, “...aynı koşullarda çalışanlar aynı haklara sahip olmalıdır. Asıl işverenin işçileri ile alt işverenin işçileri aynı üretim sürecine dahil olduklarında aynı işletmede

çalışmaktadırlar”⁶¹. Önemle belirtelim ki, eşitlik ilkesi alt işveren işçilerinin sadece asıl işverene ait işletmede çalışması halinde geçerli olacaktır. Başka işverenlere ait işyerlerinde çalışma halinde bu kural uygulanmamaktadır⁶². Alt işveren işçilerinin, asıl işverenin işçilerinden farklı uzmanlık alanına giren bir işi yaptıkları, bu işlerin asıl işverenin işletmesinin üretim sürecine dahil olmadıkları durumlarda da eşitlik kuralı uygulanmayacaktır. Ayrıca, İş Müfettişi, kısa süreli ya da geçici nitelikte, dolayısıyla işletmenin normal üretim sürecine dahil olmayan işler açısından da anılan kuralın (1369 sayılı Yasa, m.3) uygulanmasına izin verebilir. Bu yönleriyle İtalyan Hukuku, “yapısal” - “konjonktürel” alt işveren ayırımını⁶³ esas almakta; yapısal nedenlerle alt işverene bir işin verilmesi halinde işçiler arasında eşitlik ilkesinin gözetilmesi söz konusu olmakta, geçici ya da konjonktüre bağlı nedenlerle alt işverenin işçilerine bir işin yaptırılması halinde ise bu kural uygulanmamaktadır. Bu yönüyle İtalyan Hukuku, gerçek anlamda eşitlik ilkesini yaşama geçirmekten çok, alt işveren uygulamasını caydırıcı kılma ve sınırlama amacına yönelik bulunmaktadır. Oysa, eşitlik ilkesinin uygulanması, sadece işçiler açısından değil, serbest pazar ekonomisinde işletmeler arasında rekabet dengesinin sağlanması yönünden de yararlıdır⁶⁴. İtalyan Hukukunda, asıl işveren, az önce açıklanan kural uyarınca, sadece eşitlik ilkesi kapsamına giren konularda değil, İş Hukukunun alt işveren işçilerine tanıdığı tüm hakların uygulanmasından da, alt işverenle birlikte dayanışmalı olarak sorumlu tutulmuştur⁶⁵.

Fransız Hukukunda, eşitlik ilkesi konusunda İtalyan Hukukundakine benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, iş sağlığı ve güvenliği konularında, iki işveren arasında danışma ve bilgilendirme prosedürü öngörülmüş; işçilerin işyerinde yönetime katılma çerçevesinde, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçisi gibi dikkate alınması, alt işveren işçilerinin şikayetlerinin asıl işletmenin yönetime katılma organları (işletme komitesi, personel delegeleri, sendika temsilcileri) tarafından da dikkate alınması veya iki işletme için ortak yönetime katılma organlarının oluşturulması esaslarına yer verilmiştir⁶⁶. Uygulamada, konunun özellikle insan ticareti suçu ile olan bağlantısı nedeniyle Fransız Yargıtay Ceza Dairesi, gerçek anlamdaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin koşulu olarak, alt işveren işçilerinin eşit haklara sahip olması yönünde bir ölçüt oluşturmuş bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Dairesinin bir kararına göre, asıl işverenin işçileriyle aynı çalışma koşullarına sahip alt işveren işçilerinin aynı haklara sahip olmaması

⁶¹ Bkz. **Olivier**, 31.

⁶² Bkz. **Olivier**, 33.

⁶³ H. **Blaise**, A la frontie du licite et de l'illicite: la fourniture de main d'oeuvre, Dr. soc., 1990, 418, **Olivier**, 33, dn. 142'den.

⁶⁴ **Olivier**, 34-35.

⁶⁵ **Olivier**, aynı yer.

⁶⁶ **Ray**, J.-E., Droit du Travail, Paris, Edit. Liaisons, 1995, 69.

halinde, gerçek anlamda bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi değil, sadece kazanç amaçlı işçi sağlamaya yönelik bir uygulama söz konusudur ve insan ticareti suçu kapsamında cezai yaptırıma tabi bulunmaktadır⁶⁷. Fransız Hukukunda da, işçilik hakları açısından asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı sorumluluğu kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak bu dayanışmalı (müteselsil) sorumluluk biçiminde düzenlenmemiştir. Alt işverenin işçileri, işverenlerinin taleplerini karşılayamaması, ödeme aczine düşmesi halinde ancak asıl işverene başvurulabilmektedir (art. L. 125-2 C.trav)⁶⁸. Ayrıca, söz konusu sorumluluk, sadece alt işverenden olan işçilik alacakları ile sınırlandırılmıştır. Alt işverenin ticari işletme sahibi olması (ticaret siciline kayıtlı olması) veya esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olması halinde asıl işverenin belirtilen yönde bir sorumluluğu da söz konusu olmamaktadır⁶⁹.

İsviçre Hukukunda alt işveren kavramı 8 Ekim 1999 tarihli asgari çalışma ve ücret koşullarını öngören özel bir Yasa (LTD) ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu Yasanın 5. maddesine göre, genel merkezleri veya ikametgahları İsviçre dışında olan alt işverenlere iş yaptırılması halinde asıl işveren, alt işveren ile yaptığı sözleşmede, anılan Yasanın hükümlerine uymayı zorunlu kılmaktadır. Aksi halde, Yasanın 2. maddesinde öngörülen asgari koşullardan hukuken sorumlu olacaktır. Burada dayanışmalı sorumluluk söz konusudur. Bunun sonucu olarak, alt işverenin işçileri, bu işverenleri tarafından verilmemiş, ancak Yasanın 2. maddesinde öngörülmüş hakları, asıl işverenden de talep edebileceklerdir. Aynı kural ve sorumluluk, alt işverenin başka bir işverene iş yaptırması halinde de söz konusu olacaktır. Başlangıçtaki asıl işveren, bu yöndeki bir kuralı ilk alt işverenle yaptığı sözleşmeye koymak zorundadır. Böylece, İsviçre Hukukunda, asıl işverenle, alt işverenler arasında zincirleme müteselsil sorumluluk esasını benimsemiş bulunmaktadır. Söz konusu Yasa, açıklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyen asıl işverenler için ayrıca bir milyon İsviçre Frangı tutarında para cezası da öngörmektedir⁷⁰.

Hukumumuzda, alt işveren işçilerinin bu işverenlerinden olan ücret ve diğer haklarını güvenceye kavuşturmak amacıyla, asıl işveren de işçilere karşı sorumlu tutulmuştur. Gerçekten, İş Yasasının 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Yasasından, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Madde gerekçesi şöyledir: “...Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin madde şartlarına göre doğmuş olmasının en önemli sonucu her iki işverenin, alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumlu olmalarıdır. Bu sorumluluk, alt işverenin işçisinin o işyeriyle ve orada çalıştığı süreyle

⁶⁷ Crim., 25 juin 1985, Couturier, 120, dn. 3.

⁶⁸ Ayrıca bkz. Rivero/Savatier, 103.

⁶⁹ Olivier, 36-37; Rivero/Savatier, 103.

⁷⁰ Bkz. Wylter, R., Droit du travail, Berne, 2002, 583 vd.

sınırlı olup, alt işverenin işçilerinin İş Kanunundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kapsamaktadır. Mevcut düzenlemede toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden söz edilmemekle beraber, yargı kararlarında ve doktrinde benimsenmiş bu yükümlülük maddede açıkça düzenlenmiştir⁷¹. Dikkat edilirse Yeni İş Yasasının anılan hükmü, 1475 sayılı İş Yasasının konuya ilişkin m.1/son hükmünü aynen yinelemekte, ancak buna ilave olarak, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklar açısından da asıl işvereni sorumlu tutmaktadır. Maddede düzenlenen birlikte sorumluluğun BK. m. 50, 51 anlamında müteselsil sorumluluk olduğu hususunda öğreti ve uygulamada görüş birliği sağlanmış bulunmaktadır⁷². Bilindiği üzere, Yargıtay 1987 yılında verdiği bir kararda, alt işverenin sendika üyesi olan işçisinin asıl işverenle yapılan toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı sonucuna varmıştı⁷³. Ancak, Yüksek Mahkeme, 1996 yılında ve sonraki yıllarda verdiği kararlarında aksi çözümü benimsemiştir. Yüksek Mahkemeye göre, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi varsa o toplu iş sözleşmesinin hükümleri uyarınca hesaplanacak haklardan asıl işverenin de birlikte sorumlu olması gerekir. Aksi durumda, yani alt işverenin işçilerini kapsayan bir toplu iş sözleşmesi yoksa alt işveren işçisinin asıl işverenin tarafı olduğu sözleşme hükümlerinden yararlandırılması doğru değildir⁷³.

4857 sayılı İş Yasası, Yüksek Mahkemenin öğretide de benimsenen bu görüşü doğrultusunda, alt işveren işçileri için, mevcut sisteme göre zaten olanaklı olan ayrı bir toplu iş sözleşmesinin yapılması esasını bir kez daha ve açıkça öngörmüş bulunmaktadır. Bu hükme göre, asıl işveren, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Söz konusu düzenlemenin isabetli olduğu hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Ancak, ülkemiz koşullarında, alt işveren işçilerinin sendikal örgütlenmeye giderek toplu sözleşme düzenine kavuşmaları ve bu sayede anayasal değerdeki temel sosyal haklarını (sendika özgürlüğü, toplu sözleşme ve grev hakkı) etkin bir biçimde kullanmalarının fiilen olanaklı olmadığı herkesçe kabul edilen bir gerçektir. Zaten temel sorun da buradan kaynaklanmakta, işyerlerinde iki farklı statüde işçilerin bir arada çalışması, sosyal ve ekonomik açıdan çözümü güç sorunları toplumun gündemine taşımaktadır. Yeni dönemde de bu sorunların varlığını sürdüreceği öngörülebilecektir. İş Yasasının, sınırlamalara aykırılık veya genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde, alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmaları

⁷¹ Çenberci, M., İş Kanunu Şerhi, 120-121; Ekonomi, İş Hukuku I, 54; Çelik, 47; Tunçomağ/Centel, 55; Canbolat, 70 vd; Süzek, 164; Demir, İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, 28.

⁷² HGK., 4.11.1987, 9-166/ 815 ve karara ilişkin bir inceleme N. Çelik, İHU, TSGLK. 9, No.4.

⁷³ Örnek olarak Yarg. 9. HD., 11.3.1996, 2554/4851, YKD., Eylül 1996,1414-1415 ve bu karara ilişkin bir inceleme: N. Çelik, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 71-75; HGK., 14.11.2001, 9-711/820, Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, 1197-1203.

yönündeki hükmü isabetli ve etkin bir güvence oluşturmakla birlikte, önemli olan alt işverenin işçileri ile asıl işverenin işçileri arasında, iş ilişkisi devam ederken bir statü farklılığının ortaya çıkmaması ve dolayısıyla bunu engelleyici kuralların oluşturulmasıdır.

IV. Asıl İşveren -Alt İşveren İlişkisinin Sınırları

1. Asıl İşveren İşçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmaması

1475 sayılı Yasa döneminde, gerçekte asıl işverenin işçileri olmakla birlikte, görünürde alt işverenin işçileri gibi gösterilerek asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulması yönündeki uygulama yaygınlık kazanmış bulunmaktaydı. Yargıtay bu tür uygulamaları, muvazaa ya da yasaya karşı hile biçiminde kabul ederek, işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri saymaktaydı. Yeni İş Yasası belirtilen yöndeki uygulamaya tepki olarak, “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının” kısıtlanamayacağını hükme bağlamış bulunmaktadır (m. 2/son). Söz konusu bu hüküm, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarıdaki biçimiyle aynen kanunlaşmış bulunmaktadır. Bu hükümlerle, asıl işverenden iş alan alt işverenin, daha önce asıl işverenin işçisi olarak çalışmış işçileri işe alarak bunların haklarında kısıtlama yapmaması amaçlanmıştır⁷⁴. Yasa koyucu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin, muvazaa ya da yasaya karşı hile olgularının en yoğun yaşandığı bir konuya açıklık getirmek istemiş, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin, belirtilen unsurlardan arınmış olarak gerçek anlamı içinde kurulmasını amaçlamıştır. Böylece, alt işverenin asıl işverenin işçilerini değil, dışarıdan istihdam edeceği işçileri çalıştırması söz konusu olacaktır⁷⁵. Üzerinde durduğumuz kuralın bu temel amacı dikkate alındığında, öğretilerde savunulan, asıl işverenlerin alt işverenlere, onların da başkalarına iş vermesi halinde, anılan düzenlemedeki sınırlamanın her bir işi verenle işi alan arasında geçerli olacağı, bir sonraki ilişkiyi ise etkilemeyeceği biçimindeki görüşe⁷⁶ itibar etmemek gerekir. Söz konusu kural, aynı ilişki zinciri içinde yer alan tüm işverenleri kapsamaktadır. Aksi halde, Yasa hükmünün konuluş amacından sapılmış, işçilerin haklarının kısıtlanmasının da yolu açılmış olacaktır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisini çalıştırılacak işçiler yönünden sınırlayan bu hükmün anlatım biçimi, hak kısıtlaması olmaması koşuluyla, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılabilecekleri yönünde bir yoruma elverişli gözükmektedir. Nitekim, öğretilerde savunulan bir görüşe göre, “...burada önem taşıyan husus, bu yolla işçinin mevcut haklarında bir kısıtlama meydana

⁷⁴ Taşkent (Eyrenci /Taşkent/Ulucan), 32.

⁷⁵ Bkz. Tunçomağ/Centel, 57.

⁷⁶ Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısı, 132, 134; Çelik, 49.

getirilmemesidir. Yasa bununla, asıl işverenin ücretleri belirli bir düzeye yükselmiş işçileri işten çıkarmalarını; bu işçilerin daha düşük bir ücretle işe alınıp o yerde çalıştırılmak suretiyle hak kaybına uğratılmalarını önlemek istemiştir...”⁷⁷. Ne var ki, daha önce asıl işverenin işçisi konumundaki kimselerin alt işverence işe alınıp çalıştırılmaya devam ettirilmesinin her hal ve koşulda hak kısıtlamasına yol açtığı ve yasal düzenlemeyle bunun önlenmesinin amaçlandığı da söylenebilecektir⁷⁸. İşçinin alt işveren ilişkisi kurularak kısıtlanamayacak hakları kavramı, bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan hakları da kapsayacak biçimde geniş bir anlama sahip bulunduğu⁷⁹, ülkemiz uygulamasında hükmün belirtilen yöndeki yorum biçiminin genel bir uygulama alanı bulacağı, sonucuna varılacaktır. Söz konusu düzenleme, öğretilerde bazı yazarlar tarafından, belirtilen anlamı ile uygulamada sakıncalı sonuçlar doğuracağı, iyiniyetli uygulamaları da engelleyici nitelikte olduğu ve işçinin çalışma özgürlüğünü zedelediği gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁸⁰. Bu düzenlemenin, örneğin iş güvencesi kurallarına tabi işyerlerinde geçerli bir sebeple işten çıkarılan bir işçinin alt işverence işe alınmasını önleyeceği, bu durumda işçinin çalışma özgürlüğünün zedeleneyeceği hususunun açık olduğu, söz konusu kuralın iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında kalan işyerleri için değer taşıdığına söylenebileceği, ancak, bu işyerlerinde de bu yoldaki her uygulamanın muvazaalı olduğunun kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁸¹. Ancak bu görüş de, mevcut düzenleme karşısında asıl işverenin işçilerinin alt işverence çalıştırılmayacağı, aksi halde böyle bir ilişkinin bir incelemeye gerek olmaksızın muvazaalı sayılacağı sonucuna varmaktadır⁸².

Öğretilerde savunulan bir görüşe göre, Yasada yer alan işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği düzenlemesi ile asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmaması yolundaki düzenleme bir çözümsüzlüğü beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, bu görüş uyarınca, işyerinin bir bölümünün alt işverene devri, çoğunlukla işyerinin kısmen devri niteliğindedir ve Yasa bir yandan işyerinin kısmen devrine bağlı olarak iş sözleşmelerinin feshini yasaklamakta, diğer yandan bu kısımda çalışan işçilerin alt işveren işçisi olarak çalışmasına izin vermemektedir⁸³. Bu soruna çözüm olarak, işyerinin kısmi devri ile birlikte kurulan asıl işveren - alt işveren ilişkilerinde asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmayacağı biçimindeki 2. madde kuralının uygulanmayacağı, kuralın kısmi devir dışındaki işler için geçerli sayılacağı ifade

⁷⁷ Taşkent (Eyrenci /Taşkent/Ulucan), 32; Taşkent, Alt işveren, 365.

⁷⁸ Çelik, 49.

⁷⁹ Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, 397.

⁸⁰ Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısı, 67; Şahlanan, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, 27-28.

⁸¹ Çelik, 49.

⁸² Çelik, 49, 51.

⁸³ Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısı, 132, 134; Çelik, 49.

edilmektedir⁸⁴. Ne var ki, İŞY.m.2 anlamında alt işverene iş verilmesi olgusu ile m.6 anlamında bir bölümünün de olsa işyerinin başka bir işverene devri, birbirinden bağımsız hukuki mekanizmalardır. Teknik hukuk anlamında, işyerinin devri halinde –bu devir bir bölüm devri ve devre temel teşkil eden işlem kira sözleşmesi gibi geçici süreli bir ilişki kuran bir işlem de olsa- asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olmayacaktır. Yani, kanımızca, işyerinin devredilen kısmı artık yeni işverene geçmiştir ve bu yer açısından başkasına iş verdiği söylenen devreden işverenin işverenlik sıfatı bulunmamaktadır. İşyerinin devredilen bölümünde çalışan işçiler, asıl işveren – alt işveren ilişkisinden farklı olarak sadece tek bir işveren –devralan işveren- yararına çalışmaktadırlar. Zira, Yasanın gerekçesinde de belirtildiği üzere, işyerinin devri halinde iş ilişkisinin işveren tarafı kanunen değişmektedir. Sonuç olarak, Yasanın anılan maddeleri arasında bir çatışma bulunmadığı kanısındayız.

2. Daha önce asıl işverenin işyerinde çalışan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaması

İş Yasasının yoğun tartışma yaratan düzenlemelerden bir diğeri de “...**daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz...**” biçimindeki kuraldır (m.2/son). Bu hükmün konuluş amacı, uygulamada sıkça görülen, işverenin daha önce kendi işçisi konumundaki bir kimseyle alt işveren ilişkisi kurarak, daha düşük ücretle işçi çalıştırma yönündeki kötüye kullanımlara engel olmaktadır. Bu yöntem, sadece ucuz işçiliğin değil, sendikasız işçi çalıştırmanın da bir aracı olarak kullanılmaktaydı. Gerçekten, bu konuda verilmiş Yargıtay kararları incelendiğinde, belirtilen biçimiyle alt işveren uygulamasının, sendikasızlaştırma ve giderek, toplu iş sözleşmesinin yapılmasının engellenmesi amacıyla sıkça kötüye kullanıldığını, kamu işyerleri de içinde olmak üzere, yasaya karşı hilenin etkili bir aracı olduğunu ortaya koymaktadır⁸⁵. Salt bu olgu, madde gerekçesinde de vurgulandığı gibi, hükmün isabet derecesini belirgin kılma açısından yeterli sayılmalıdır. Kuralın, bazı iyiniyetli uygulamalara da engel oluşturması⁸⁶ yasal düzenlemenin isabetsizliğini ortaya koymada yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır. Bu nedenle, “...Eski dönemde bu yola gitmenin temel nedeni, birlikte sorumluluk dolayısıyla alt işverenin işlemlerini yasalara uygunluk yönüyle denetlemek zorunda olan işverenin eskiden işyerinde çalışan ve kendisi için güvenilir bulunduğu kişiyi alt işveren olarak tercih etmesiydi.” biçimindeki görüş⁸⁷, hiç kuşkusuz, kimi iyiniyetli uygulamalar için doğru olmakla birlikte, temel nedenin

⁸⁴ Çelik, 50.

⁸⁵ Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, 397.

⁸⁶ Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısı, 67; Şahlanan, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, 28; Çelik, 50.

⁸⁷ Çelik, 50.

bu olduğu yönünde bir sonuç ve kanıya ulaşmak, az önce açıklanan nedenlerle gerçek ve yaygın uygulamayı tam olarak yansıtmaktan da uzak bulunmaktadır.

Yasa koyucu da, uygulamadaki yaygın kötüye kullanımlara engel olmak amacıyla anılan kurala yer vermiş bulunmaktadır. Nitekim, belirtilen yönde 2. maddede değişiklik önermesini veren milletvekilleri arasında yer alan Çorum Milletvekili Agah Kafkas, TBMM Genel Kurulu'nda yaptığı konuşmada bu hususu şu sözlerle dile getirerek yasa koyucunun iradesini açıklığa kavuşturmuş bulunmaktadır: “Yine, bu maddede getirilen önemli bir kazanım da, şu: Bugüne kadar Türkiye’de, işyerlerinin uygulamalarında gördüğümüz bir fotoğraf vardı, o neydi; işyerinde ustabaşlarına veya işçilere, makineler “sen bu makinenin taşeronusun” diye veriliyordu ve işyerindekilere kullanırdıydı. **Bir işyerinde çalışanların, artık, orada taşeron olarak çalışamayacağı düzenlenmiştir.** Bu düzenleme, bence, bugüne kadar, Türk İş Hukuku sistemi içerisinde, çalışanları koruyan, ama, işletmenin dengesini gözetin; ama, taşeron müessesesini istismar ederek, iş güvencesinin de içini boşaltacak bir anlayıştan bu işi kurtarabilecek aklın, sağduyunun ve mantığın gereği olarak yapılmıştır. Bu düzenlemeyle, ben, bir adaletin sağlandığına ve haksızlığın ortadan kaldırıldığına inanıyorum....”⁸⁸.

Ekleyelim ki, söz konusu kural, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarıdaki biçimiyle aynen kanunlaşmış bulunmaktadır. Önceki dönemde Yargıtay içtihadı⁸⁹ ile üzerinde durulan kötüye kullanımlar muvazaa nedeniyle geçerli kabul edilmemekle birlikte, Yasa koyucu konuyu yargı kararlarına bırakmayarak pozitif düzenleme konusu yapmak istemiştir. Bir konunun yargı kararlarıyla çözümlenmiş olması, her durumda yeterli bir güvence oluşturmamaktadır. Nitekim, anılan kuralı kaleme almış bulunan Bilim Komisyonunun madde gerekçesinde: “... 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”⁹⁰ denilerek pozitif düzenlemenin gereğine vurgu yapılmış bulunmaktadır.

Bu hüküm, mutlak emredici bir niteliğe sahip olup, herhangi bir istisna ve süre sınırlaması içermemektedir. Asıl işveren – alt işveren ilişkisi kurulmak istendiği tarihte asıl işverenin işyerinde çalışmakta olan bir işçi ile alt işveren ilişkisi kurulmasını engellediği gibi; o tarihte bu işyerinde çalışmayan ancak daha önce çalışmış olan örneğin, emekli olan bir işçi ile de alt işveren ilişkisi kurulmasını engellemektedir. Bu nedenle, kötüye kullanılmanın olmadığı, örneğin alt işverenin asıl işverene ait işyerinde 2-3 yıl önce çalışmış olması halinde hükmün uygulanma

⁸⁸ TBMM Genel Kurulu, 22 Mayıs 2003, 83. Birleşim.

⁸⁹ Örnek: Yarg. 9. HD., 12.4.1991, 7302/7518, Çelik, 50, dn.20.

⁹⁰ Bkz. İş Kanunu Tasarısı ve Gereçesi, Mess yayınları, 70.

alanı bulamayacağı yönündeki görüşün⁹¹, olması gereken hukuk açısından isabet derecesi bulursa bile, hükmün belirtilen mutlak emredici niteliği ile uyum sağladığı söylenemeyecektir.

3. Asıl işin bölünerek alt işverene verilememesi

Asıl işin bölünerek alt işverenlere yaptırılması yönündeki uygulamanın yaygınlık kazanması karmaşık hukuki ve sosyal sorunları beraberinde getirmiş ve bu nedenle de yoğun eleştirilere yol açmıştır. Yargı kararlarına da yansıyan bu tür kötüye kullanımların bir örneğini de, üretim bandının bir tarafından asıl işveren, öbür yanında alt işveren işçilerinin çalıştırılması oluşturmuştur⁹². Yargıtay bu tür uygulamaları muvazaa nedeniyle geçerli saymamakla birlikte, yasa koyucu, yukarıda açıklanan konularda olduğu gibi bu konuda da sorunun yasal düzenlemeyle çözüme kavuşturulmasını daha uygun bulmuş⁹³ ve İş Yasasının 2. maddesinin son fıkrasında “*İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez*” hükmüne yer vermiş bulunmaktadır. Bu kural, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan İş Kanunu Tasarısı metninde yer almamaktaydı. TBMM’ne sunulan Tasarının ilk metni ise şöyleydi: “... İşin gereği ve teknolojik nedenler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. Aksi durumlarda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren alt işverenin işçisi sayılırlar”⁹⁴. TBMM’nde 2. madde görüşülürken verilen bir önerge⁹⁵ ile İş Kanunu Tasarısının 2. maddesinin altıncı fıkrası ile yedinci fıkrasının değiştirilmesi teklif edilmiştir: Söz konusu teklifin içerdiği ve konumuzla bağlantılı 7. fıkra hükmünün son cümlesi şöyle kaleme alınmıştır: “... İşin gereği ve teknolojik nedenler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” . Önerge, 13.3.2003 günlü ve 45. Birleşim oturumunda oylanarak aynen kabul edilmiştir⁹⁶. Ancak, Tasarının tüm maddeleri görüşülüp kabul edildikten sonra 22 Mayıs 2003 günlü oturumda TBMM Başkanlığı’na sunulan bir önergeyle⁹⁷ İş Kanunu Tasarısının daha önce görüşülerek kabul edilen 2, 4, 7, 11 ve 107. maddelerinin, tasarının diğer maddelerinde yapılan değişiklikler nedeniyle, İçtüzüğü’nün 89. maddesi gereğince yeniden görüşülmesi

⁹¹ Bkz. Taşkent (Eyrenci /Taşkent/Ulucan), 32; Tunçomağ/ Centel, 57; Taşkent, Alt İşveren, 336; Mollamahmutoglu, 143.

⁹² Çelik, 50.

⁹³ Çelik, 51.

⁹⁴ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı 1, 44-47. Birleşim, S. Sayısı: 73, C: 7, 173.

⁹⁵ Ahmet Büyükkakşar (Konya) ve arkadaşları tarafından verilen önerge.

⁹⁶ Tutanak Dergisi, 180.

⁹⁷ Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Başkanı Mahfuz Güler tarafından verilen önerge.

talep edilmiştir. Yeniden müzakere görüşmeleri sırasında verilen bir önergeyle⁹⁸ Tasarımın 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarının değiştirilmesi talep edilmiş ve değişiklik istenen 7. fıkranın konumuzla ilgili cümlesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez”. Değişiklik teklifi gerekçesinde de “... Diğer yandan, alt işveren (taşeron) uygulamasının istismarının önlenmesine ilişkin sınırlamalar getirilmiştir” ifadesine yer verilmiştir. Yapılan oylamada değişiklik önergesi aynen kabul edilmiştir. İşte, asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesine ilişkin sınırlama, belirtilen yasama sürecinin bir ürünü olarak yürürlükteki madde metninde yerini almış bulunmaktadır. Hükümle izlenen amacın alt işveren (taşeron) uygulamasının istismarının önlenmesi olduğu, değişiklik gerekçesinde bir kez daha vurgulanmış bulunmaktadır.

Şu halde, yukarıda da açıklandığı gibi, asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi için “*İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren*” bir iş olması koşulu aranacaktır. Maddenin aradığı koşul ya da ölçüt, bir bütün oluşturmakta, dolayısıyla ayrı ayrı değerlendirilmesi söz konusu olmamaktadır. Öte yandan, üzerinde durduğumuz madde hükmü, belirtilen koşullarda asıl işin bölünerek alt işverene verildiği durumlarda, asıl işverenin aynı bölümde kendisinin işçi çalıştırmaya devam etmesine de engel oluşturmaktadır⁹⁹.

4. Sınırlamalara aykırılığın hukuki yaptırımı

Yasanın 2. maddesinin yedinci fıkrasında, asıl işveren – alt işveren ilişkisine getirilen sınırlamalara aykırılığın hukuki yaptırımı da düzenlenmiştir. Madde metni, yukarıda açıklanan ilk iki (m.2/son, cümle 1) sınırlamadan sonra, “Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” (m.2/VII, cümle 2) biçimindedir. Yasada kullanılan “aksi halde” sözcüğünün sonucu olarak, özel olarak düzenlenen iki halde, yani asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması hallerinde bir muvazaalı inceleme gerektirilmeksizin alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır¹⁰⁰. Hükümde sözü edilen “genel olarak” ifadesi ise, bu iki sınırlamanın dışında kalan durumlar için kullanılmıştır. Öğretide isabetle vurgulandığı gibi, Yasadaki son fıkranın ikinci cümlesini, “Bu sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme

⁹⁸ AKP Milletvekilleri Agah Kafkas, Nevzat Doğan, Haluk İpek, Ünal Kacı, Sadullah Ergin, Hüseyin Tannverdi, Cevdet Erdöl ve Nühket Hotar tarafından verilen önerge.

⁹⁹ Tunçomağ/Centel, 57; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 31.

¹⁰⁰ Çelik, 51; Şahlanan, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, 27; Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısı, 67.

dayandığı hallerde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” biçiminde anlamak gerekir¹⁰¹. Öte yandan, maddenin 7. fıkrasının üçüncü cümlesinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği belirtilmiştir. Buna aykırılığın yaptırımını da ikinci cümle hükmü oluşturmaktadır¹⁰². Tasarının TBMM Başkanlığı’na sunulan ilk metninde üzerinde durduğumuz 7. fıkra hükmünden sonra ve daha isabetli olarak “Aksi durumlarda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılırlar” biçiminde 8. fıkra hükmü yer almaktaydı¹⁰³. Ancak, görüşmeler sırasında verilen bir önerge ile madde hükmü yürürlükteki biçimini almıştır. Maddenin sistematik bütünlüğü içinde, asıl işin yasaya aykırı biçimde bölünerek alt işverene verilmesi halinde, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaklardır.

Maddenin öngördüğü hukuki yaptırımın doğal sonucu ve gereği olarak, alt işveren işçileri, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren asıl işyerinin işçisi kabul edilerek, bu işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilecekler; asıl işverenin yasal yükümlülükleri de, söz konusu bu işçiler de hesaba katılarak belirlenecektir¹⁰⁴. Ayrıca, bu işçiler asıl işverenin daha önce kendi işçilerine yaptığı, ancak alt işverence kendilerine verilmeyen tüm işçilik haklarını da asıl işverenden talep edebileceklerdir¹⁰⁵.

Öğretide, Yasada araştırmaya gerek kalmaksızın muvazaalı sayılacağı belirtilen hallerle ilgili olarak, bu tür alt işveren ilişkilerine temel teşkil eden (eser, taşıma, kira) sözleşmelerinin Borçlar Kanunu’na göre doğuracağı hüküm ve sonuçlar açısından “hukuken geçerli” olduğu; geçersizliğin İş Kanununa göre doğuracağı hüküm ve sonuçlar açısından söz konusu olacağı ifade edilmekte ve bu konuda da işçi lehine – işçi aleyhine hüküm ve sonuçlar ayırımı yapılmaktadır¹⁰⁶. Bu görüşe göre, örneğin, daha önce işyerinde işçilik yapan kişiler ile hiçbir şekilde alt işveren ilişkisi kurulamayacağını iddia etmek, onların çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile bu özgürlüğün özüne, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır¹⁰⁷. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yasada, muvazaalı sayılan asıl işveren - alt işveren ilişkisinin İş K’na göre geçersiz sayılacak hükümleri arasında işçi lehine – aleyhine doğuracağı sonuçlar ayırımı yapılmamış olup, “...asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri

¹⁰¹ Çelik, 51.

¹⁰² Çelik, 51.

¹⁰³ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı 1, 44-47. Birleşim, S. Sayısı: 73, C: 7, 173.

¹⁰⁴ Tunçomağ/Centel, 57.

¹⁰⁵ Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 32.

¹⁰⁶ Demir, İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri, 89; Aynı Yazar, İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, TES-İŞ yayını, 30.

¹⁰⁷ Demir, aynı yer.

başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” hükmü yer almaktadır (m.2/VII). Bu durumda artık muvazaalı sayılan ve dolayısıyla geçersiz kılınan önceki ilişkide işçi lehine veya aleyhine ne gibi durumlar vardı şeklinde bir incelemeye yer olmadığı kanısındayız. Bu konu ile bağlantılı olarak anılan görüş, İşK.’na göre muvazaalı sayılan alt işveren ilişkilerinin BK açısından tüm sonuçlarını doğuracağını da savunmaktadır¹⁰⁸. Kanımızca, bu konuda da hukuk dalları arasında ayırma gidilmemelidir. Şöyle ki, muvazaa, hukuki işlemlerin başlıca kesin hükümsüzlük hallerinden biridir ve İşK.’nun anılan 2/VII hükmünde, ilişkinin muvazaalı işleme dayandığı ifadesi yer almaktadır. Burada kastedilen işlem, istisna sözleşmesi olup bu işleme muvazaa unsuru yükleyen de daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimseye iş verilmesi veya asıl işverenin işçilerinin alt işverence işe alınması halleridir. Muvazaa söz konusu olunca artık ilişki BK açısından da geçersiz olacaktır. Zaten hükmün muvazaaya bağladığı sonuç, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçisi sayılmalarıdır. Böyle olunca işveren, görünürde alt işverene verdiği işi artık muvazaa sebebiyle kendisinin sayılan işçilerle yapacaktır.

V. Genel Değerlendirme ve Sonuç

1. Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin bir zorlaması olarak, hukuk sistemleri alt işveren ve diğer atipik istihdam modellerini düzenler, işletmelere bu olanağı tanıırken, işçilerin korunması amacıyla önemli güvenceler ve sınırlamalar da içermekte; bu istihdam modelini İş Hukukunda temel bir kural değil, bir **istisna** olarak değerlendirmektedirler. Çünkü, İş Hukukunda asıl olan, işverenin kendi işyerinde, kendi işçileri ve organizasyonu ile üretim yapmasıdır. Bu bakış açısının, temel esaslarını incelediğimiz diğer bazı yabancı hukuk sistemleri (Fransız ve İtalyan hukukları) ile Yeni İş Yasamıza da egemen olduğunu, alt işveren, geçici iş ilişkisi ve belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeler (m.2, 7, 11), çok belirgin bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu nedenle, Yasanın asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları yorumlanırken, bu bakış açısının esas alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

2. 4857 sayılı İş Yasası, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümünde iş alınması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğacağını hükme bağlamış bulunmaktadır (m.2/ VI). Maddenin gerekçesine göre, işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işverenin, örneğin işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi olanaklı olamayacaktır. Kanımızca, Yasada ve gerekçesinde yardımcı işler açısından getirilen ve asıl işverenlerin sorumluluğunu sınırlayıcı nitelikte olan bu düzenleme isabetli bulunmamaktadır. Çünkü, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin İş Yasasında düzenlenmesinin temel amacı, alt işveren işçilerinin haklarını, müteselsil

¹⁰⁸ Demir, aynı yer.

sorumluluk esasıyla güvenceye kavuşturulmaktadır. Bu olgu, İş Hukukunun işçiyi koruma ilkesiyle de uyum içindedir. Bu nedenle, madde gerekçesinde belirtildiği gibi, asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen hükmü, üzerinde durduğumuz yönüyle “*kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline*” getirmek, işçileri güvenceden yoksun bırakmak anlamını taşıyacaktır. Bu konuda, sözü edilen işlerin yardımcı iş sayılıp sayılmayacağından ziyade, işin devamlılık arz edip etmediği, çok kısa süreli bir iş olup olmadığı bir ölçü olarak düşünülebilir.

3. 4857 sayılı Yasa uyarınca, asıl işveren alt işveren ilişkisi, her şeyden önce, asıl işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde iş alma biçiminde kurulabilecektir (m.2/VI) ve yardımcı işlerde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulması açısından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Buna karşılık, Yasa, asıl işverene ait asıl işin alt işverene verilmesini, yardımcı işlerden farklı olarak bazı koşulların varlığına tabi kılmıştır. Söz konusu bu düzenleme, İş Hukukunda geçerli olan, bir işverenin işlerini kendi uzmanlığı ve organizasyonu ile kendi işçilerine gördürmesinin asıl olduğu; işlerinin bir kısmını başka işverenlerin işçilerine yaptırabilmesinin ise istisna olduğu biçimindeki temel anlayışa uygun bulunmaktadır ve bu nedenle, sözü edilen hükmün bu anlayışa göre yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, bir işveren işyerinde yürüttüğü asıl işin bir bölümünü ancak bu işin ayrı bir uzmanlığı gerektirmesi halinde alt işverene verebilecektir. Ayrı bir uzmanlık gereksinimi doğuran nedenler ise Yasada, “*işletme ve işin gerekleri ve teknolojik nedenler*” olarak öngörülmüştür ve bu nedenler ilişkinin doğumu açısından *birlikte* aranacaktır. Aynı durum, İş Yasasının 2. maddesinin son fıkrasında düzenlenen, asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi konusunda da geçerlidir. Öte yandan, 4857 sayılı Yasanın 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre, alt işverene asıl işe dahil olan bir iş verilmek istenirse, bu iş ancak *bölüm* olarak verilebilecek; maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, aynı bölümde hem asıl işveren, hem de alt işveren işçileri çalıştıramayacaktır.

4. Yeni İş Yasası, “*asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının*” kısıtlanamayacağını hükmü bağlamış bulunmaktadır (m. 2/son). Yasa koyucu, bu düzenlemeyle asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, muvazaa ya da yasaya karşı hile olgularının en yoğun yaşandığı bir konuya açıklık getirmek istemiş, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin, belirtilen unsurlardan arınmış olarak gerçek anlamı içinde kurulmasını amaçlamıştır. Bu nedenle, asıl işveren-alt işveren ilişkisini çalıştırılacak işçiler yönünden sınırlayan bu hükmün anlatım biçimi, hak kısıtlaması olmaması koşuluyla, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılabilecekleri yönünde bir yoruma elverişli gözükmemekte ise de; daha önce asıl işverenin işçisi konumundaki kimselerin alt işverence işe alınıp çalıştırılmaya devam ettirilmesinin her hal ve koşulda hak kısıtlamasına yol açtığı ve yasal düzenlemeyle bunun önlenmesinin amaçlandığı sonucuna varılacaktır. Bu temel düşüncenin sonucu olarak söz konusu kural, aynı ilişki zinciri içinde yer alan tüm işverenleri kapsamaktadır.

5. Yeni İş Yasasına göre, “...daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz...” (m.2/son). Bu hükmün konuluş amacı, uygulamada sıkça görülen, işverenin daha önce kendi işçisi konumundaki bir kimseyle alt işveren ilişkisi kurarak, daha düşük ücretle işçi çalıştırma yönündeki kötüye kullanmalara engel olmaktadır. Bu yöntem, sadece ucuz işçiliğin değil, sendikasız işçi çalıştırmanın da bir aracı olarak kullanılmaktaydı. Salt bu olgu, madde gerekçesinde de vurgulandığı gibi, hükmün isabet derecesini belirgin kılma açısından yeterli sayılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm, mutlak emredici bir niteliğe sahip olup, herhangi bir istisna ve süre sınırlaması içermemektedir. Bu nedenle, kötüye kullanmanın olmadığı, örneğin alt işverenin asıl işverene ait işyerinde 2-3 yıl önce çalışmış olması halinde hükmün uygulanma alanı bulamayacağı yönündeki görüşün, olması gereken hukuk açısından isabet derecesi bulunsa bile, hükmün belirtilen mutlak emredici niteliği ile uyum sağladığı söylenemeyecektir.

6. 4857 sayılı Yasanın 2. maddesinin yedinci fıkrasında, asıl işveren – alt işveren ilişkisine getirilen sınırlamalara aykırılığın hukuki yaptırımını düzenlenmiştir. Bu 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” (m.2/VII, cümle 2). Yasada kullanılan “aksi halde” sözcüğünün sonucu olarak, özel olarak düzenlenen iki halde, yani asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması hallerinde bir muvazaa incelemesine gerek olmaksızın alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaklardır. Hükümde sözü edilen “genel olarak” ifadesi ise, bu iki sınırlamanın dışında kalan durumlar için kullanılmıştır. Belirtmek gerekir ki, maddenin 7. fıkrasının üçüncü cümlesinde yer verilen, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği yönündeki kurala aykırılığın yaptırımını da ikinci cümle hükmü oluşturmaktadır.