

TÜRKİYE'DE ALT İŞVERENLİK UYGULAMASI

Ahmet TOZLU *
Mehmet Tarık ERASLAN **

ÖZET

1980'lerden itibaren gerek dünya ekonomisinde gerekse Türkiye ekonomisinde yaşanan hızlı ve teknolojiye dayalı değişim alt işverenliği yeni iş ilişkilerinin önemli bir parçası haline getirmiştir. Alt işverenlik hem uzmanlık gerektiren işlerin görülmesinde kolaylıklar sağlamakta hem de üretim maliyetlerinin azaltılmasına etki etmektedir. Bununla birlikte esnek bir çalışma biçimi olması alt işverenliği günümüz ekonomisinin vazgeçilmez uygulamaları arasına koymuş ancak asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki sebebiyle işçi haklarının zarar görmesi bu uygulamanın sorunlu bir alan haline gelmesine yol açmıştır.

Bu çalışmada alt işverenliğin Türkiye'de geldiği nokta ve uygulamadaki aksaklıklar üzerinde durulacaktır. Bu doğrultuda öncelikle kanuni bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin sahip olması gereken özellikler anlatılacak ardından Türkiye'de alt işverenliğin yasal gelişim süreci son değişiklikleri de içerecek şekilde aktarılacaktır. Son olarak asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişki muvazaa boyutuyla ele alındıktan sonra muhtelif Yargıtay kararları ışığında alt işverenlik uygulamasındaki sorunlu alanlara değinilecek ve bu paralelde çözüm önerileri getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Alt İşverenlik, Muvazaa, Esneklik, Maliyet, Yargıtay Kararları.

THE SUBCONTRACTING PRACTICE IN TURKEY

ABSTRACT

The rapid and technology based evolution both in the world economy and in the Turkish economy as of 1980s have rendered the practice of subcontracting an essential part of the new business relations. The practice of subcontracting not only facilitates performance of works that require specialization, but also has an impact on reducing the production costs. However, although it is proved to be one of the indispensable implementations of modern economy due to its flexible nature as a working method, it has turned into a problematic area since the labor rights are damaged by the relationship between the primary employer and the subcontractor.

* Kalkınma Bakanlığı Planlama Uzman Yardımcısı

** Kalkınma Bakanlığı Planlama Uzmanı

This study deals with the status of the subcontracting practice in Turkey as well as the problems in its implementation. Accordingly, the required nature of the lawful relationship between the primary employer and the subcontractor will first be explained and subsequently, the legal development process of the subcontracting practice will be described. Lastly, contractor-subcontractor relationship will be discussed in terms of collusion and in the light of various decisions of the Supreme Court, the problematic aspects of subcontracting will be handled and solutions to these will be presented.

Key Words: Subcontracting, Collusion, Flexibility, Cost, Supreme Court Decisions.

1. GİRİŞ

Teknoloji ve uzmanlaşmanın ağır bastığı yeni üretim sistemlerinin benimsenmesi küreselleşmenin dünya ekonomisi üzerindeki görünen etkileri arasındadır. Bu değişim Türkiye ekonomisinde de aynı şekilde görülmekle birlikte 1980’ler Türkiye için belirleyici yıllar olmuştur. Alt işverenlik ise uzmanlığın, teknolojinin ve maliyetlerin ön plana çıktığı bu ekonomik ortamda elverişli bir araç olarak görülmüştür. Tarihsel süreç bakımından Türkiye’de ve dünyada alt işverenlik ilişkisi, önceleri daha çok inşaat sektöründe görülmüş, sonrasında ise diğer sektörlerde de oldukça yaygın hale gelmiştir (Aykaç, 2011: 1).

Bilindiği üzere alt işverenlik, gerek kamu gerek özel kesim işyerlerinde sıkça kullanılan ve personel istihdamında esneklik sağlayan bir iş hukuku kurumudur (Akyiğit, 2011:1). Çalışma hayatında esneklik sadece personelin çalışma saatleriyle ilgili değil personelin çalıştırılma biçimiyle ve hizmet gördürme şekliyle de ilgilidir. Bu açıdan düşünüldüğünde bir işverenin diğer bir işverene iş gördürmesi üretimin dışsallaştırılmasının, dolayısıyla da esnekliğin bir örneğidir. Alt işverenliğin yaygınlaşması zamanla sendika ve toplu pazarlık hukuku alanında doğrudan işçilerin hak ve özgürlüklerinin ortadan kaldırılması amacına yönelmiş ve bu alanda sorunları da beraberinde getirmiştir (Şafak, 2004: 112). Uygulamada yaşanan aksaklıklar ve özellikle yargı sürecinde edinilen tecrübeler, zamanla karşılaşılan sorunlara ilişkin düzenlemeler yapılmasına temel teşkil etmiştir. Nitekim, Türkiye’de yasal geçmişi 1930’lara dayanan alt işverenlik uygulaması geçen süre zarfında isimden içeriğe kadar her açıdan değişmiş, ayrıntılı bir hal almış bu da ilgili yasal düzenlemelere yansımıştır. 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı İş Kanununda (İK) (R.G. T.10.06.2003, S.25134) yer alan hükümler ve 2008 yılında bu hükümlerin daha ayrıntılı ve somut hale getirilmesi amacını taşıyan Alt İşverenlik Yönetmeliği (AİY) (R.G., T.27.09.2008,S.27010) asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkiyi birçok açıdan ele almış, bu alanda yaşanan sıkıntıların engellenmesi doğrultusunda önemli adımlar olmuştur. Ancak bu düzenlemelerden sonra da suistimaller zaman zaman biçim

değiştirerek devam etmiştir. Çünkü asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki her olayda o olaya özgü sorunlar barındırabilmiştir. Karmaşık olan bu yapı birçok Yargıtay kararına da kendine özgü bir şekilde yansımıştır.

Bu çerçevede çalışmada öncelikle alt işverenlik uygulamasının ne anlama geldiği çeşitli alt başlıklar altında incelenmiştir. Yasal bir alt işverenlik ilişkisinde bulunması gereken unsurları, Türk iş hukukunda bu alandaki tartışmaların odak noktalarından biri olan asıl iş yardımcı iş ayrımını, alt işverenliğin hangi konular açısından sınırlandırılmış olduğunu açıklamak suretiyle asıl işveren alt işveren ilişkisi geniş bir perspektifle ele alınmıştır. İkinci bölüm alt işverenlik müessesesinin tarihsel süreç içinde Türkiye’deki gelişimini aktarmaktadır. Bu gelişim sürecinin son ve en önemli parçası 4857 sayılı İş Kanunu ve selefi olan 1475 sayılı eski İş Kanunu’na ayrıca değinilmiş ve geçiş süreci karşılaştırmalı olarak sunulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın son bölümü ise asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin uygulamadaki en kritik noktalarından biri olan muvazaayı ele almaktadır. Bu bölümde muvazaa, borçlar hukukundaki ve iş hukukundaki düzenlemeler ışığında açıklanmış, çalışma hayatında idari ve yargısal açılardan inceleme aşamalarına yer verilmiştir.

Çalışma boyunca ilgili konular altında, asıl işveren alt işveren ilişkisinin uygulamadaki tartışmalı hususlarına yönelik çeşitli Yargıtay karar ve görüşlerine yer verilerek meselenin daha açık ve anlaşılır bir hale getirilmesi amaçlanmıştır.

2. ALT İŞVERENLİĞİN UYGULAMASI VE İÇERDİĞİ UNSURLAR

2.1. Alt İşverenlik Kavramının Unsurları

İş Kanunu’nda bir alt işveren tanımı bulunmamasıyla birlikte asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımlanmış olmasından hareketle alt işverenliğin ve alt işverenin sahip olması gereken unsurlar belirlenebilmektedir. İK m. 2/VI’ya 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 alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi”*denir.

Yasadaki tanıma göre meşru bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için ilk koşul işin bir *“işveren”*den alınmış olmasıdır. Yani alt işveren asıl işverene ait bir işi üstlenmiş olmalıdır. Bu doğrultuda kimlere işveren denilebileceği sorusu önem kazanmaktadır. Gerek İK’da gerek başka kanunlarda çeşitli işveren tanımları yapılmış olmakla birlikte alt işverenlik uygulaması açısından belirleyici olan işi veren işverenin yani asıl işverenin konumudur. Zira asıl işveren-alt işveren

ilişkinin kurulabilmesi için kişinin verdiği işin diğer kısımlarında çalışan işçilerinin bulunması gerekmektedir. Ayrıca alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır (Aktay vd, 2011:66). Yine bu şart sebebiyle alt işveren de almış olduğu işi kendisi işçi çalıştırmadan başka birine devredemeyecektir. Asıl işveren işin tümünü bir başkasına yaptırıyorsa müteahhitlik, işin bir kısmını kendisi yapıyor ve bir kısmını başkasına yaptırıyorsa alt işverenlik söz konusudur (Şen, 2002:29). Aynı şekilde asıl işveren alt işverene gördürdüğü işte kendisi de işçi çalıştırmazsa bu durum *“anahtar teslim iş”* olarak nitelendirilmekte ve asıl işveren ikili ilişkideki işverenlik özelliğini kaybetmektedir.

Birçok Yargıtay kararı da anahtar teslim biçiminde iş gördürmeye ilişkin hükümler içermekte olup bir kararda *“iş bölerek ihale suretiyle muhtelif kişilere işveren iş sahibinin İş Kanunu anlamında asıl işveren olmadığına”* hükmedilmiştir (Yargıtay HGK, 24.05.1995, E.1995/9-273, K.1995/548). Başka bir sınırlamaya göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için, alınan işin asıl işe *“bağımlı”* ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden *“süreklili”* bir iş olması gerekmektedir (Şafak, 2004: 122).

Yüksek mahkeme bazı kararlarında birbirinden bağımsız iş yapıyor olmayı asıl işveren alt işveren ilişkisindeki birlikte sorumluluğu ortadan kaldıran bir durum olarak nitelendirmiştir (Yargıtay 9. HD. 13.09.2001, 4151/3844). Nitekim Yargıtay bir kararında *“...Asıl işveren taşeron ilişkisinin varlığı için öncelikle işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka ifade ile, asıl işverenin işverenlik sıfatına sahip olması, asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir. İşin belirli bir bölümünde değil de, tamamının bir bütün halinde, ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatının haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenler de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Aracı sıfatının kazanılmasında, diğer koşullar ise, asıl işverenden istenilen işin, asıl iş ya da işyeriyle ilgili işin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinde alınmış olması ve bu işte işi alanın kendi işçilerinin çalıştırılması ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olunmasıdır...”* şeklindeki açıklamasıyla asıl işveren ve alt işveren sıfatlarının kazanılabilmesi için gerekli hususları ayrıntılandırmıştır (Yargıtay 10. HD. 04.12.2006, 9448/15892).

Alt işverenlik uygulamasındaki ikinci unsur ise alınan işin asıl işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı bir iş olması veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmasıdır. Yardımcı işlere örnek olarak yemek, temizlik, güvenlik, personel taşıma, depoculuk,

hazır yemek ve yükleme ve boşaltma faaliyetleri gösterilebilir (Süzek, 2011:143). Asıl iş ve yardımcı iş ayrımı alt işverenlik ilişkisinde önemli bir yer tutmaktadır. Bir işletmenin veya bir işyerinin teknik amacını gerçekleştirmeye yönelik olan olmazsa olmaz faaliyetine asıl iş denir (Mollamahmutoğlu, 2004b: 7).

Alt işverenlik tanımında yer alan *“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme”* unsurlarının birlikte mi ayrı ayrı mı aranacağı literatürde önemli bir tartışma konusu olmuştur. Bu konuda Yargıtay’ın görüşü açıktır. Buna göre Yüksek Mahkeme; *“...4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır...”* şeklindeki açıklamasıyla bir alt işverenlik uygulamasında iki unsurun da aynı anda bulunması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak burada kesin olan husus yardımcı işler için uzmanlık ya da teknoloji gerektirme gibi bir şart aranmaması ve bu anlamda bir sınır olmaksızın yardımcı işlerin alt işverenlik sözleşmesine konu edilebileceğidir.

Başka bir unsur işi alan işverenin çalıştırdığı işçilerin sadece bu işyerinde aldığı işte çalışmasının gerekliliğidir. Esasen bu unsur 1475 sayılı İş Kanununda *“münhasıran”* çalıştırma olarak ifade edilmiş ve asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı sorumluluğunun şartı olarak düzenlenmişken, 4857 sayılı İK’da bu sorumluluğa ek olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin şartı olarak düzenlenmiştir (Baybora, 2010:20).

Yasadaki ilgili hükümlerin dışında 2008 yılında çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği’nden yola çıkarak alt işverenin daha önce işyerinde çalıştırılan bir kimse olmaması ve alt işverenlik sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması da asıl işveren alt işveren ilişkisinde bulunması gereken unsurlar olarak gösterilebilir. Ancak alt işverenlik uygulamasında daha önce işyerinde çalışmış işçiye yönelik bulunan bu sınırlama, emeklilik ya da herhangi bir sebeple işten ayrıldıktan sonra ustalığı alanında bir girişimci olarak çalışan kişinin iyi niyetli olarak eski işvereni ile alt işverenlik ilişkisi kurması halinde bu ilişkinin muvazaalı sayılmasına yol açabilmektedir. (Şahlanan, 2003:34; Arıcı, 2006:496). Aynı durum işverenin işten ayrılan ancak güvenilir bulunduğu eski işçisiyle uzun bir müddet sonra alt işverenlik ilişkisi kurmak istediği zaman da görülebilecektir (Çelik, 2011:55). Bu görüşe göre, mahkemenin dürüstlük kuralını ve olayın özelliklerini birlikte göz önüne alarak, daha önce o işyerinde çalışan kişinin bağımsız bir işveren olup olmadığını ve eski

çalışmanın üzerinden ne kadar zaman geçtiğini belirlemesi İK’daki hükmün mutlak emredici şekilde yorumlanmayarak olası mağduriyetlerin önlenmesini sağlayacaktır (Süzek, 2008:157; Eyrenci vd., 2006: 44).

2.2. Asıl İşveren Alt İşveren Arasındaki Sorumluluk İlişkisi

4857 sayılı İK’ya göre asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İK’dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Yasa koyucu alt işverenin işçilerini yeterli derecede güvencede görmemesi nedeniyle alt işverenin işçilerinin yasal haklarından dolayı asıl işvereni de sorumlu tutmuştur (Tan, 2006:5). Eğer kanuna uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusuysa müteselsil sorumluluk gereği borçlulardan her biri borcun tamamından sorumludur ve alacaklının istediği borçluya veya ikisine birden başvurma hakkı bulunmaktadır (Çankaya ve Çil, 2009:53). Yargıtay birçok kararında asıl işverenin, işçinin ücret ve diğer işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumlu tutulabilmesi için “işçinin münhasıran asıl işverenin işyerinde çalışması gerekliliği” unsurunu kullanmaktadır.

Asıl işverenin söz konusu bu sorumluluğunun cezaların kişiselliği ilkesi gereği cezai değil hukuki bir sorumluluk niteliği taşıdığı unutulmamalıdır. Bunun yanı sıra asıl işverenin birlikte sorumluluğu idari sorumluluğu da içermez. Buna göre idari para cezaları da her işverenin şahsına yönelik olup asıl işverenin de bu cezalardan sorumlu olduğu söylenemez (Aykaç, 2011:290).

İK madde 6’nın gerekçesinde açıkça ifade edilen ve asıl işverenin birlikte sorumluluk ilkesi çerçevesindeki konumunu belirleyen kısım, asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin işçisinin o işyeriyle ve orada çalıştığı süreyle sınırlı olduğudur. Buradan hareketle de asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin işçisinin asıl işverenin işyerinde fiilen işe başlamasıyla başladığı söylenebilir (Mollamahmutoğlu, 2004a:7).

Asıl işveren ile alt işveren arasında birlikte sorumluluğun ortadan kaldırılması yönünde bir hüküm üzerinde anlaşılmaz. Zira Yargıtay da müteselsil sorumluluğu düzenleyen hükmü kamu düzenine ilişkin bir hüküm olarak değerlendirmekte ve işçinin aleyhine değiştirilmesinin de mümkün olmadığını ifade etmektedir (Yargıtay 9. HD. 18.03.1988, 517/3080; Demir, 2003:42).

Son olarak muvazaa ve bunun sonucunda doğacak işçilik alacaklarından asıl işveren ve alt işverenin hangi oranda, ne şekilde sorumlu olduğu uyuşmazlığın içeriğine bağlı olduğunu ve durumun yargı sürecinde kesinleştiğini belirtmekte fayda vardır. Bunun yanı sıra muvazaa iddiasıyla açılmış bir davada mahkemenin muvazaa olmadığı yönünde bir kararı ile muhatap tamamen değişebilir. Örneğin bir işe iade

davasında, davalının sadece asıl işveren olarak gösterilmesi ancak muvazaa iddiasına rağmen mahkemenin ilişkide muvazaa olmamasına kanaat getirmesi durumunda da husumet yokluğu sebebiyle dava reddedilebilecektir (Aykaç, 2011:298) .

3. TÜRKİYE’DE ALT İŞVERENLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ

3.1. Türkiye’de Alt İşverenliğin Yasal Gelişim Süreci

Alt işverenliğin hukukumuzdaki ilk uygulaması 1936 yılında kabul edilen ancak 15.6.1937’de tarihinde yürürlüğe giren 3008 sayılı yasada görülmektedir (R.G., T.08.06.1936, S.3330). 3008 sayılı yasayı yürürlükten kaldıran 1967 tarihli 931 sayılı yasa da alt işverenliğe ve buradaki müteselsil sorumluluğa kısmen yer vermiş olmakla birlikte yasanın ömrü uzun olmamış ve 1970 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından esas yönünden iptal edilmiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 14.05.1970 Tarih, 1970/40 E. 1970/26 K. sayılı Kararı.). İptal edilen yasanın 1. maddesinin son fıkrasında *“Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur”* hükmüne yer verilmiştir. Ancak yerine kabul edilen 1971 tarihli 1475 sayılı İş Kanunu birçok hükümde olduğu gibi alt işverenlikle ilgili hükümde de 931 sayılı yasanın metnine aynen sadık kalmıştır (R.G., T.01.09.1971, S.13943).

1475 sayılı yasanın alt işverenlik uygulaması konusundaki hükümleri mevcut İK’nın hükümlerine göre daha ayrıntısız ve sınırlıdır. Öncelikle 1475 sayılı yasanın 1. maddesinde yer alan hükümden de anlaşılacağı üzere asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için *“belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alma”* yeterli görülmüştür. Eski yasanın alt işverenlik uygulaması için öngörmüş olduğu bu *“kriterlessiz”* durum 1980’lerle birlikte birçok suiistimali beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla bu yasa döneminde kamuya ait işyerleri de dahil olmak üzere pek çok işyerinde alt işveren uygulamasına gidilmiş ve bazı işyerlerinde asıl işveren işçisinden daha çok alt işveren işçisinin çalıştığı görülmüştür (Çankaya ve Çil,2006:54).

1475 sayılı kanunun da kendinden önceki iki iş kanunu gibi alt işverenlik ve unsurlarına dair düzenleme yapmaktansa müteselsil sorumluluk kavramı ile olası sıkıntıları bertaraf etme amacına yöneldiği söylenebilir. Öyle ki yakın geçmişte yürürlükte olan 1475 sayılı iş kanunu bile alt işveren kelimesini telaffuz etmemiş bu durumu karşılamak üzere 3008 sayılı kanundaki *“üçüncü bir şahıs aracılığıyla”* ifadesine karşılık *“diğer bir işveren”* ifadesini kullanmıştır.

Yürürlükten kaldırılan 1475 sayılı İş Kanunu’nun alt işverenlik ilişkisini de kapsayan idari para cezası hükümleri bulunmaktaydı. Kanun 97. maddesinde işyeri

bildirimini işaret ederek, bu konuyla ilgili usulsüzlük yapan işverene çalıştırdığı işçi sayısına göre bir ayırım yaparak idari para cezası vereceğini belirtmişti. Ayrıca 107. madde, çalışma hayatındaki yasal olmayan ve özel cezası belirtilmeyen her türlü faaliyete karşı torba bir yaptırım hükmü niteliğindedir. Buna göre “*Bu bölümde cezası özel olarak gösterilmemiş olan yasaklara aykırı hareket eden veya zorunluluklara uymayan işveren veya işveren vekillerine ikiyüzbin lira para cezası verilir.*” denilerek bir sonraki maddede de idari para cezalarının gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verileceği ifade edilmiştir. 4857 sayılı İK’da da iş yeri bildirim ve diğer işlemler için genel nitelikte idari para cezası hükümleri getirilmiş, bunun yanı sıra AİY’de de muvazaanın tespiti halinde para cezasının söz konusu olacağı ifade edilmiştir.

4857 sayılı İK, 1475 sayılı eski yasa döneminde ortaya çıkan ve birçoğu yargısal süreç içerisinde çözülmek zorunda kalan sorunların önlenmesi amacıyla daha kesin ve ayrıntılı ifadeler içeren bir yasa olabilme amacı taşımıştır. Bu doğrultuda, yasa koyucu İK madde 2’nin gerekçesini “*...Yargıtay’ın 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.*” şeklinde belirterek asıl işveren alt işveren ilişkisinde o güne dek görülen suiistimalleri önlemeyi hedeflemiştir.

İK’nın madde 2’nin alt işverenlikle ilgili hükümlerine son şekli ise 2006 yılında getirilen iki ek fıkra vermiştir. 2006 yılında 5538 sayılı yasa ile ilgili maddeye eklenen 9. ve 10. fıkralarla kamu kurum ve kuruluşlarına alt işverenlik uygulamasında muvazaa ve sonuçları çerçevesinde özel sektördeki işverene kıyasla bir takım farklılıklar ve avantajlar sağladığı tartışmaları başlamıştır (Ekmekçi, 2006:1176). Hatta tartışmada bu görüşü savunanlar düzenlemenin Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık taşıdığını da belirtmişlerdir (Süzek, 2008: 164). Zira, “*...yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;*

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

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

hak kazanamazlar” düzenlemesiyle muvazaanın tespiti halinde alt işverenin işçilerinin başından beri asıl işverenin işçisi gibi sayılacağı ve hak kaybının bu şekilde giderileceği yönündeki kesin kuralın kamu kurumları için uygulanmayacağı düşüncesi gündeme gelmiştir. Ancak, Yargıtay çeşitli kararlarında kamudaki işverenlerle özel

sektördeki işverenler arasında bu açıdan bir farklılık olmadığını değerlendirmiştir. Bu kararlardan birinde Yargıtay “...5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayırık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaalı öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu içtihatlar bu doğrultudadır...” açıklamasını yapmıştır. (Yargıtay 9. HD. 21.01.2010, 41520/669). Nitekim söz konusu iki fıkranın kamu kurumlarına ayrıcalık getirmediğini ve bir değişiklik yapılmasının gerekmediğini ifade eden yazarların bir bölümü de bu konuda muvazaalı halde işçilerin asıl işverenin işçisi sayılacağını belirtmişlerdir (Göktaş, 2008:104; Çankaya ve Çil, 2009:48).

Ayrıca 5763 sayılı yasa ile İK m.3’e getirilen ek düzenleme ile eski iş kanunundan farklı olarak alt işverenlik sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunlu kılınmış ve alt işverenlik uygulamasına dair usul ve esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir (Centel, 2008:6).

İK’nın asıl işveren alt işveren ilişkisi içinde kendinden önceki yasa döneminde gerçekleşmiş sorunların göz önüne alarak bu konuda düzenleme yapma niyeti de alanda yaşanan sorunları tam olarak sona erdirememiştir. Gerek İK’nın bu hedefi doğrultusunda gerekse yasanın ilgili hükümlerinin uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla 2008 yılında daha somut düzenlemeler içeren AİY çıkarılmıştır.

Alt işverenlik uygulamasına yer veren bir diğer düzenleme ise 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun Gelecek Yıllara Yaygın Hizmet Yüklenmeleri başlığını taşıyan 67. maddesinde yer alan “Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, ..., temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri;... sağlıkla ilgili destek hizmetleri;...toplulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir.” hükmüdür. Bu düzenleme ile birlikte belediyelere asıl işlerini de İK m.2/VII’deki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere gördürülebilme imkanı getirilmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme bir kararında “...Keza Belediyeler Kanunu’nun 67’nci maddesi uyarınca bir işin belediye

tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır (Dairemizin 21.04.2008 gün ve 13500-9243 sayılı kararı)...” diyerek, belediyelerin girmiş olduğu alt işverenlik ilişkisinin muvazaa açısından denetlenebileceğini ifade etmiştir. (9. HD 21.02.2011-1929/20008; 9.HD 21.02.2011- 1483/20008).

4. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA VE SONUÇLARI

4.1. Türk Hukukunda Muvazaa

Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olmasının yanı sıra kendine has özellikleri sebebiyle iş hukukunda da düzenlenmiştir. Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini istemedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatma amacı söz konusudur ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir (Çankaya ve Çil, 2006:60).

Bu anlamda muvazaaya ilişkin önce borçlar hukuku çerçevesinde genel bilgi verildikten sonra iş hukuku alanına ilişkin olarak özel olarak inceleme daha uygun olacaktır.

4.1.1. Borçlar Hukuku Kapsamında Muvazaalı İlişki

Muvazaa durumu, 11.01.2011 tarihinde kabul edilen ancak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilen 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 19. maddesinde “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” şeklinde açıklanmıştır. Borçlar hukuku mutlak muvazaa ve nispi muvazaa olmak üzere ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre mutlak muvazaa, işlemin taraflarının gerçekte bir işlem yapmayı düşünmedikleri, istemedikleri halde 3. kişileri aldatma amacıyla onlara bir işlem yapmış izlenimi uyandırarak görünüşte (zahiri) bir işlem yapmaları hali olarak tanımlanırken nispi muvazaa, tarafların aralarında yaptıkları işlemi (gizli işlemi), kendi iç iradelerine uymayan ve dışa yansıyan başka bir işlemle (görünürdeki işlemle) saklamaları şeklinde tanımlanmaktadır (Oğuzman ve Öz, 2009:109). Bu tanımlardan hareketle bir ilişkide muvazaa olduğunu söyleyebilmek için üç unsurun varlığının şart olduğu söylenebilir;

- Görünürdeki işlem
- Muvazaa anlaşması
- Aldatma kastı

(Ancak nispi muvazaanın varlığı halinde yukarıdaki üç unsura ek olarak bir de “gizli işlem” in bulunması gerekmektedir. Gizli işlem, içeriği ve işlevi gereği gerçek işlem olarak da adlandırılır.)

Muvazaalı işlemleri taraflar ve zarar gören 3. kişileri ileri sürebilir. Taraflar muvazaa iddialarını yazılı olarak ispat etmek zorundayken 3. kişiler tarafından ileri sürülen muvazaanın yazılı olarak ispat edilmesine gerek yoktur.

4.1.2. İş Hukuku Kapsamında Muvazaalı İlişki

Muvazaanın Borçlar Kanunundan ayrı bir şekilde düzenlenme ihtiyacı eski iş kanunlarından mevcut İK’ya gelene dek giderek artmış ve 4857 sayılı İK’ya ek olarak gerek asıl işveren alt işveren ilişkisi gerek muvazaa konusu Alt İşverenlik Yönetmeliği ile sınırları daha belirgin hale getirilmeye çalışılmıştır. 4857 sayılı İK bir muvazaa tanımı yapılmamakla birlikte, madde 2 ve madde 3/II’de muvazaaya ilişkin bir takım bilgilere yer verilmiştir. 2003 tarihli İK’da muvazaaya ilişkin yer alan düzenlemelerin ardından işçi işveren ve alt işveren arasında yaşanan sorunların önüne istenilen ölçüde geçilemediği görülmüş ve 2008 yılında çıkarılan AİY ile bu üçlü ilişki gerekse muvazaa halleri netleştirilmeye çalışılmıştır. Yönetmeliğin madde 3/g fıkrasında ise muvazaa olarak kabul edilen sözleşmeler şu şekilde sıralanmıştır:

- *İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,*
- *Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,*
- *Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,*
- *Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri*

içeren sözleşmeler muvazaalı kabul edilmiş ve aynı zamanda bu koşullardan hareketle de geniş bir muvazaa tanımı yapılmıştır.

4.2. Çalışma Hayatında Muvazaanın İdari ve Adli İnceleme Süreci

Asıl işveren alt işveren arasında muvazaaya dayalı bir ilişkinin olup olmadığının incelenmesi idari ve yargısal iki farklı şekilde yapılabilmektedir. Literatürde tartışmalı olan nokta ise idari incelemede bulunan müfettişlerin vermiş oldukları kararların zaman zaman sonuçları itibarıyla yargının yetki alanına girdiği ve bunun da kuvvetler ayrılığına aykırı biçimde fonksiyon gaspı niteliği taşıdığıdır.

4.2.1. İdari İnceleme

Alt işverenlik uygulamasına ilişkin yapılan idari denetimin sözleşmenin tescil edilmesi aşamasında başladığı görülmektedir. Zira İK madde 3/II’ye göre alt işveren kendi işyerinin tescili için bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirim yapmakla yükümlü tutulmuştur. Buna göre alt işverenin bildirmiş olduğu sözleşme ve belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenecektir. Yaptığı inceleme sonunda muvazaalı bir işlem tespit eden müfettişin hazırlamış olduğu gerekçeli rapor ilgili işverenlere tebliğ edilecektir. İşverenler tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz etmezlerse muvazaanın varlığına ilişkin yapılan tespit kesinleşecek ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır. AİY madde 7’ye göre alt işverenin işyerinin tescil edilerek işyeri için bir sicil numarası verileceği, bilgi ve belgelerin eksik veya gerçeğe aykırı olması hâlinde ise işyerinin tescilinin yapılmayacağı ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesi ise bir işyerinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasını yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirmektedir.

İdari işlemlerin gerekçeli olması kuralına paralel şekilde iş müfettişlerinin muvazaaya dair hazırladıkları raporun gerekçeli olduğunun özellikle belirtilmesi yerinde bir uygulamadır. Ancak muvazaa tespiti yargısal bir incelemeyi gerekli kılarken, İK m.3/II ve yönetmelik ile yargısal bir yetkinin idari bir makama tanınması yerinde olmamıştır (Centel, 2008:8; Yılmaz, 2009:8). Bu durumların varlığına dair incelemeyi yapacak müfettişin muvazaanın tespitine ilişkin hazırlamış olduğu rapora, sonuçları itibarıyla yargısal bir karar niteliği verilmiştir (Süzek, 2008:161). Rapora itiraz edilmesi halinde ise muvazaaya yönelik yargısal inceleme safhası başlamış olacaktır.

4.2.2. Yargısal İnceleme

İK madde 3’e göre asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa olduğu yönünde bir tespit içeren gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edildikten sonra altı işgünü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edebilir. Yetkili iş mahkemesi ise 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu madde 5’e göre davanın açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesi veya işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Bir asıl işveren alt işveren ilişkisi İK madde 3 hükümleri doğrultusunda muvazaa konusuyla yargı önüne gelebileceği gibi İK madde 2 hükümleri doğrultusunda da muvazaayla ilgili olarak yargı önüne gelebilir. İlk durumda işçinin davaya müdahil

olması gibi bir durum söz konusu değildir, zaten davanın işverenlerce açılabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca bu durumda idarenin müfettişler vasıtasıyla karar verme yetkisi olabilmektedir. İkinci durumda ise idari bir inceleme söz konusu olmayıp doğrudan işçi-işveren ilişkisi sebebiyle konu yargıya taşınmış olacaktır ve işçiler de davanın tarafı olabilecektir.

Alt işverenlikte yargısal incelemeye dair belirtilmesi gereken başka önemli bir nokta ise Yargıtay’ın önüne gelen davalarda izlenmiş olduğu yöntemdir. Zira asıl işveren alt işveren ilişkisi her özel durum için ayrı ayrı farklılıklar içerebilmekte kimi zaman husumet kimi zaman asıl işe dair yapılan tespit kimi zaman ise diğer açılardan her olay diğerinden farklılaşabilmektedir. Bu da Yargıtay’ı konuyu kendi sınırları içinde değerlendirmeye yöneltmektedir. Bu sebeple Yargıtay, sağlıklı bir sonuca varabilmek için gerekirse işyerinde bilirkişi aracılığıyla tespit yapılmasını da isteyebilmektedir (Çankaya ve Çil, 2009: 172-173).

4.3. Muvazaanın Sonuçları

Muvazaanın ilk ve en önemli sonucu hem İK’da hem AİY’de belirtilen alt işverenin yanında çalışan işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmasıdır. Bunun yanı sıra İK madde 98’deki düzenlemeye göre işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı idari para cezası verilecektir. Aynı maddeye göre işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası idari para cezası öngörülmüştür. Ayrıca para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanacaktır. İK madde 108 tüm bu idari para cezalarının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü tarafından gerekçesi belirtilerek verileceğini belirtmiştir.

5. SONUÇ

Çalışma boyunca asıl işveren alt işveren arasındaki ilişki, mevzuatta düzenlenen tüm ayrıntılarıyla ele alınmış ve çizilmiş olan bu çerçeve içerisinde bugüne dek yaşanmış sorunlara dikkat çekilmiştir. Bahsi geçen aksaklıkların giderilmesinde öncelik birincil ve ikincil mevzuatta yapılan değişiklikler olmalıdır. Mesele, birincil mevzuat açısından ele alındığında alt işverenliğe ait hükümlerin yer aldığı İK madde 2 ve madde 3’ün uygulamada yetersiz kaldığı görülmektedir. Her ne kadar kendinden önceki yasal düzenlemelere göre nispeten kapsamlı hükümler içermiş olsa da İK’nın da bazı açılardan sorunları bulunmaktadır.

Asli işlerin alt işverene gördürülmesinde hangi şartların birlikte aranacağı belirsiz olması, muvazaa halleri konusunda yeterince ayrıntıya yer verilmemiş olması ve benzeri açılardan yasada sıkıntılar bulunmaktadır. Bu gibi sorunlara

çözüm getirmek açısından 2008 yılında çıkarılan alt işverenlik yönetmeliği daha ayrıntılı hükümler içermiştir. Hem kanunun hem yönetmeliğin düzenlenmesinde Yargıtay kararları yol gösterici olmuştur. Örneğin, muvazaa hallerinin belirlenmesine bakıldığında AİY’nin İK’ya göre Yargıtay kararlarının ise AİY’ye göre daha somut ve ayrıntılı hükümler içerdiği görülmektedir. Bu sebeple, yapılacak yeni düzenlemelerde de Yargıtay kararlarının takip edilmesi rasyonel bir karar olacaktır. Hatta alt işverenliğin bu kararlar ve diğer tecrübelerden de yararlanarak kendine ait bir yasasının olması daha ciddi bir adım olacaktır.

Mevcut mevzuatta yer alan ve ele alınması gereken ilk husus İK madde 2’de yer alan *“İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez”* hükmünün özellikle Yargıtay kararları dikkate alınarak netleştirilmesi olmalıdır.

Mevzuata dair önerilerden devam edilecek olursa başka kanunlarda alt işverenliğe dair yer alan düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması gerekecektir. Zira diğer kanunlarda da konuyla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkisi olan hükümlerin İK’daki düzenlemelerle ya da ayrıca çıkarılacak bir alt işverenlik yasasıyla paralel hale getirilmesi gereklidir. Örneğin, daha önce değinilen, 5393 sayılı Belediyeler Kanununun 67. maddesinde ve İK madde 2/IX-X’da yer alan hükümler standart dışı birer alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında bilindiği üzere alt işverenlik ilişkisi kamudaki ihaleler sebebiyle Türkiye’deki ihale mevzuatıyla yakından ilgilidir. Başta 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu olmak üzere diğer ilgili kanunların da alt işverenliğe dair mevcut ya da getirilecek düzenlemelerle, özellikle *“sınırlamalar”* açısından benzerlik göstermesi önemli bir husustur. Bu şekilde bir yol izlenmesi hem kamu kurumlarına karşı açılan davalarda maddi açıdan külfet getirecek kararlarla karşılaşılmasını engelleyecek hem de işçinin, alt işverenin ve bir asıl işveren olarak kamu kurumlarının hak ve yükümlülüklerine karşı daha duyarlı olmasını sağlayacaktır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işverenin işçisi olarak çalışan işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan haklarının zarara uğratıldığı belirtilmişti. Bu mağduriyetlerden birine örnek olarak sendikal haklara erişim konusunda alt işverenin işçilerinin yaşadığı sıkıntılar verilebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 60. maddesinde sendika kurulabilecek 28 adet iş kolu sayılmış ve *“Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır.”* ifadesi eklenmiştir. Bu düzenleme, 22. maddede yer alan *“Bir işyerindeki işçiler yardımcı işte çalışsalar bile ancak işyerinin bağlı olduğu işkolunda kurulu sendikaya üye olabilirler.”* hükmüyle birlikte düşünüldüğünde alt işveren işçileri için bir kısıtlamaya yol açmaktadır.

Çalışma hayatında önemli ve temel bir hak olan sendika üyeliğinin bu şekilde

kısıtlanması, alt işverene iş gördürmenin önemli olduğu ülkemizde düzeltilmesi gereken bir durum olup bu vesileyle alt işverenlik uygulamasının olumsuz yanlarından biri daha bertaraf edilerek daha uygulanabilir kılınacaktır. Nitekim İK da kendinden önce Yargıtay tarafından tavsiye edilen *“asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden alt işveren işçisinin de yararlanacağı”* hükmüne yer vererek bu konuda öngördüğü durumu ifade etmiştir. Ancak yine bu aksaklık özelinde de ilgili kanuna paralellik kazandırılması yararlı olacaktır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi içerisinde çalıştırılan işçilerin çalışma düzenlerine ilişkin olup yine öncelikli olarak yasal düzenleme ardından etkin bir denetim gerektiren sorunlar da vardır. Bunların başında sıkça dile getirilen kıdem tazminatı sorunu sayılabilir Uygulamada bir işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için öngörülmüş *“en az 1 yıl çalışmış olma”* koşulu iş hukukunun genelinde sorunlara yol açabilmekle birlikte özellikle alt işveren işçileri için önde gelen bireysel mağduriyetlerdendir. Zira alt işverenlerin, işçilerin sözleşmelerini bir yıl dolmadan yenilemeleri işçilerinse bunun amacını kavrayamamaları veya kavrasa dahi denetim eksikliğinden ötürü bu durumun kontrol edilememesi işçilerin kıdem tazminatı hakkını elinden almaktadır. Bu doğrultuda, eğer kıdem tazminatına hak kazanabilmek için öngörülen bir yıl şartına dair bir değişiklik yapılmayacaksa, sözleşme yapma koşullarının sıkılaştırılması (süre ve diğer yönlerden), konuya ilişkin somut muvazaa kriterleri getirilmesi veya kamu kurumları için ihalelere ve ihaleleri alan işverenlerin işçileriyle yapacakları sözleşmelere ihale süresiyle orantılı süre sınırlarının konulması bazı aksaklıkları giderebilecektir.

Daha önce işyerinde çalışmış bir işçinin bu işten ayrıldıktan sonra ilerleyen zamanlarda eski işvereninden iş alarak alt işverenlik ilişkisi kurmasının belirli şartlar dahilinde yasal hale getirilmesi de çalışmada daha önce belirtilen iyi niyetli bir takım girişimlerin önünün açılmasına yardımcı olacaktır.

Muvazaanın incelenmesi aşamasında iş müfettişlerinin rolünün, müfettiş raporlarına atfedilen sonuçlar açısından düzeltilmesi veya sürecin değiştirilerek yeniden ele alınması hukukun genel ilkelerinin hakim kılınması açısından yararlı olacaktır. Yine, rapora itiraz halinde mahkemenin vermiş olduğu kararın temyize götürülememesi de bu çerçevede düşünülmelidir. Zira, işi işveren arasındaki uyuşmazlıklarda mahkemenin verdiği karara karşı temyiz yolu açıkken alt işveren ve asıl işveren arasındaki ilişkiye dair mahkemenin verdiği karara temyiz yolunun açık olmaması bir çelişkidir.

Mevzuatın iyileştirilmesi ve alt işverenliğin bu şekilde daha işler hale getirilmesinin dışında getirilebilecek öneriler de bulunmaktadır. Bunların başında alt işverenlik uygulamaları üzerindeki denetimin etkin hale getirilmesidir. Elbette idari denetimin nicelik ve nitelik olarak geliştirilmesi salt alt işverenliği değil tüm çalışma

hayatını ilgilendiren bir konudur. Ancak alt işverenliğin kayıt dışı istihdamla olan güçlü ilişkisi düşünüldüğünde denetimlerin artırılmasının en etkili sonuçlarının alt işverenlik ve kayıt dışı alanlarındaki sorunlar üzerinde alınacağı söylenebilir. Bunun yanı sıra asıl işveren alt işveren ilişkisindeki muvazaa ve diğer kanuna aykırı durumlar için öngörölmüş idari para cezalarının uygulanabilir gerçeklikte ama caydırıcı olması da önemlidir.

Özel sektördeki alt işverenlik uygulamalarını kapsamasa da en azından kamu sektöründeki usulsüzlöklere çözüm getirmek amacıyla kamu kurum ve kuruluşlarından ihale alan alt işverenlerin işçi haklarını kısıtlaması durumunda belirli bir süre ihalelere girmesinin men edilmesi ayrı bir seçenek olarak değerlendirilebilir.

Günümüzde mal ve hizmet üretiminde uzmanlaşmanın bir gereği olan alt işverenlik müessesesinin, maliyetlerin azaltılmasındaki etkisi sebebiyle verimliliği artırmanın önemli bir aracı olduğu ve işverenler için rekabet edebilirliğin getirdiği bir zorunluluk haline geldiği unutulmamalıdır. Sağlamış olduğu esneklik ve verimlilik artışından ötürü kamu sektöründe de kendine önemli ölçüde yer bulan bu uygulamanın yasal düzlemde daha açık hatta mümkünse ayrı bir kanunla düzenlenmesi önemlidir. Alt işverenliğin Türk iş hukukunda daha somut ve anlaşılır hale getirilmesi çalışmaları bu uygulamanın bir esnek üretim aracı olduğu gerçeğini göz ardı etmeden dengeli bir şekilde yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Aktay, A. Nizamettin&Arıcı, Kadir&Kaplan/Senyen, E. Tuncay (2011), “İş Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Akyiğit, Ercan (2011),” Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhide İş Verme Özeldekinden Farklı Mıdır?”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 23, Sayı 4, s. 1-33.

Aykaç, Hande B. (2011), “ İş Hukukunda Alt İşveren”, Beta Yayınları, İstanbul.

Arıcı, Kadir (2006), “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkinin Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1,s. 485-509.

Baybora, Dilek (2010), “İşletmelerde Asıl İşveren-Alt İşveren Uygulaması ve Ortaya Çıkan Sonuçlar”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, s. 19-26.

Centel, Tankut (2008), “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 10, s. 5-12.

Çankaya, O. Güven&Çil, Şahin (2006), “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”,Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 3, s. 54-80.

Çankaya, O. Güven&Çil, Şahin (2009), “ İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, Yetkin Yayınları, Ankara.

Çelik, Nuri (2011), İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul.

Demir, Fevzi (2003), “İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri”, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara.

Göktaş, Seracettin (2008), “ Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 12, s. 97-105.

Ekmekçi, Ömer (2006), “ Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa’nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,Sayı:12,s.1173-1180.

Eyrenci, Öner&Taşkent, Savaş& Ulucan, Devrim (2006), “ Bireysel İş Hukuku”, Legal T-Yayıncılık, İstanbul.

Mollamahmutoğlu, Hamdi (2004a), İş Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara.

Mollamahmutoğlu, Hamdi (2004b), “ 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 7, Sayı 4, s. 1-37.

Oğuzman, M. Kemal & Öz, M. Turgut (2009), “ Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık”,

Süzek, Sarper (2008), “İş Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul.

Süzek, Sarper (2011), “İş Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul.

Şafak, Can (2004), “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 51, s. 111-132.

Şahlanan, Fevzi (2003), “Yeni İş Kanununun Getirdikleri, Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri”, TİSK Yayını, No:235, s. 29-43.

Şen, S. (2002), “ Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkisi”, Selülöz İş Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul.

Yılmaz, Ejder (2009), “Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası”, Çimento İşveren Dergisi. Sayı 1, s. 4-21.

<http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/csgb.portal?page=mevzuat&id=2> (Erişim Tarihi:03.01.2012)

<http://www.lutfiinciroglu.com/> (Erişim Tarihi: 05.01.2012)

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=311&content= (Erişim Tarihi: 10.01.2012)

<http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx> (Erişim Tarihi: 11.01.2012)

<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr> (Erişim Tarihi: 12.01.2012)

www.tisk.org.tr/hukuk/yasalar.asp (Erişim Tarihi: 12.01.2012)

<http://www.calismatoplum.org/arama.htm> (Erişim Tarihi: 13.01.2012)

<http://oktaytan.net/makale.htm> (Asıl İşveren İle Alt İşveren Arasındaki Hukuki İlişki, (Erişim Tarihi: 18.01.2012)