
Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar*

Ali Kemal SAYIN**

ÖZET

Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin etkisiyle uzmanlık gerektiren işlerin çoğalması ve yaygınlaşması, işyerinde ikinci bir işveren olarak alt işverenlik uygulamasının doğumuna yol açmıştır. İşletmelere esneklik sağlamayı amaçlayan bu uygulama, işgücü maliyetlerinin azaltılması, yasal yükümlülüklerden kaçınma veya işçilerin örgütlenmelerini engelleme suretiyle işin ucuza yaptırılmasının aracı haline dönüştürülmeye başlanmıştır. İşçilerin haklarını koruma amacından uzaklaşılması nedeniyle oluşan katı mevzuat hâkimiyeti ise, bu ilişkiyi işlevsiz hale getirmiştir. Ülkemizde, özellikle kamu kuruluşlarının salt kamu ihale mevzuatı yöntemini esas alarak gerçekleştirdikleri personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımları, bu yöntemle çalışan işçilerin hak kayıplarını beraberinde getirmiş ve çalışma barışı olumsuz olarak etkilenmiştir. Bu kapsamda, işveren kesiminin değişen ekonomik ve teknolojik alt yapıya bağlı ihtiyaçları ile işçi kesiminin yaşadığı sorunları birlikte çözmeyi amaçlayan 6552 sayılı Kanun, iş mevzuatı ile kamu işveren mevzuatı arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanan sorunları gidermeyi amaçlamıştır.

Anahtar Kelimeler: *Alt işveren, muvazaa, kamu ihale, hizmet alımı, 6552 sayılı Kanun.*

* Makale Geliş Tarihi: 01.02.2017, Makale Kabul Tarihi: 10.03.2017

** Dr., Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı

ABSTRACT

Subcontracting Practice in Turkish Law: New Approaches Brought by Law No. 6552 to Public Organizations' Service Procurement Based on Staff Employment

With the impact of economic and technological developments, increase and spread of the jobs requiring specialization has led to the birth of subcontracting practice as a second employer in the workplace. This practice, which aims to provide flexibility to enterprises, began to be transformed into an instrument to reduce production costs by reducing labour cost, avoiding legal obligations and preventing workers to organize. The rule of strict regulations has made it functionless due to diverging from the purpose of protecting the rights of workers. In our country, particularly service procurements of public organizations for the employment of staff just based on "Public Procurement Law" have caused the loss of rights of the workers who are employed by this way, also the labour peace has been affected negatively.

In this context, Law No. 6552 which aims to solve the problems of workers together with changing economic and technological infrastructure requirements of employers also tries to eliminate the negative impacts caused by the inconsistency between labour legislation and public employer legislation.

Keywords: *Subcontractor, collusion, public procurement, service procurement, Law No. 6552.*

GİRİŞ

Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin etkisiyle hemen her alanda yaşanan hızlı değişim çalışma ilişkilerine de yansımıştır. Bu kapsamda, dünyada ve ülkemizde uzmanlık gerektiren işlerin çoğalması ve yaygınlaşması alt işverenlik uygulamasının doğumuna yol açmıştır. Küreselleşme olgusuyla birlikte, özellikle 1980'li yıllardan itibaren ulus devletlerin egemenlik sınırlarının en azından ticari açıdan belirginliğini yitirmesi, işletmelerin yalnızca ulusal değil küresel ölçekte de rekabet edebilir, esnek bir yapıya sahip olmasını gerektirmiştir. Bu süreçte işletmeler "yoğun bir biçimde, esneklik aracı olarak bir yandan üretimi diğer yandan istihdamı dışsal-laştırma stratejileri" (Güzel, 2004:33) izlerken; bu uygulamalardan biri olan alt işverenlik, hem kamu hem de özel sektörde yaygınlaşmaya başla-

mıştır¹. Bu durum, konuyla ilgili hukuki ve sosyal sorunları da beraberinde getirmiştir. Yasa koyucunun ayrıntılı düzenleme yapma ihtiyacı duyması ise bu ilişkiyi daha da karmaşık ve belirsiz hale getirmiş ve konunun özünden uzaklaşmıştır (Aytaç, 2015:115).

İşverenlerin, mal veya hizmet üretimine ilişkin işlerinin bir kısmını başka işverenlere yaptırılmaları tüm dünyada yaygın olarak karşılaşılan bir durumdur. Özellikle işin bir bölümünün ayrı bir uzmanlığı gerektirdiği durumlarda, kaliteli ve seri üretimin yapılması veya hizmetin görülmesi bu uygulamayı gerekli kılmıştır. Ülkemizde ise, daha çok işgücü maliyetlerini azaltılmak, yasal yükümlülüklerden kaçınmak ve işçilerin örgütlenmelerini engellemek amacıyla bu yola gidildiği görülmüştür (Canbolat, Ağustos 2010:103-104). Alt işverenlik uygulamasının belirtilen şekilde kötüye kullanımı nedeniyle, nihai olarak asıl işveren yararına çalışan alt işveren işçilerinin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması ya da kullanılamaz hale getirilmesi, alt işveren işçilerine ek güvence sağlamayı zorunlu hale getirmiştir².

Farklı gerekçelerle yapılmış olmakla birlikte, “işin ucuza yaptırılması” anlayışı kamu kesimi alt işveren uygulamalarına da yansımıştır. Özellikle KİT’lerde maliyetleri azaltmak amacıyla boşalan kadrolara yeni kamu

¹ Özellikle 1980 öncesi dönemde işletmeler, kendi işçileri, teknolojileri, üretim organizasyonları ile geleneksel üretime uygun bir şekilde faaliyet göstermekteydiler. Bu üretim paradigmasında, tek bir gerçek veya tüzel kişi olan işveren karşısında, ortak çıkarlara ve dolayısıyla dayanışma bilincine sahip olan bir “işçi topluluğu” mevcuttu. İşçi-işveren ilişkisinde güç dengesini kendi lehlerine dönüştürmek amacıyla örgütlenen bu işçi topluluğu uzun bir mücadeleyle sendikal hak ve özgürlük, toplu sözleşme ve grev hakkı gibi “insan hakkı” niteliğinde temel sosyal haklar elde etmiş ve yasal olarak da bu haklar güvence altına alınmıştır. İşçi-işveren ilişkilerindeki bu dönüşüm süreci, aynı zamanda bireyci hukuk anlayışını yansıtan Borçlar Hukuku ile bağlarını koparan, biçimsel eşitlik ilkesinin egemen olduğu bir alana (işyeri/işletme), somut eşitlik ilkesini (işçiyi koruyucu düzenlemelerle) egemen kılan bir çağdaş İş Hukukunun doğumu ile de özdeşdir. (Güzel, 2004, s.32).

² 4857 sayılı İş Kanununun konuya ilişkin 2’nci madde gerekçesinde bu amaç şu şekilde ifade edilmiştir: “İşyerlerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukuki dayanakları bulunan bir ilişki olduğu 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 kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır. 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.”

işçisi istihdam edilmemesi, kamu kurumlarının yardımcı hizmetlerinden başlamak üzere asli hizmetlere de sıçrayan biçimde alt işveren uygulamasının yaygınlaşmasına neden olmuştur. Bu durum, sürekli işçi olarak istihdam edilen ve sendikalı kamu işçilerinin yanında, aynı işi yapan fakat hizmet alımı yoluyla istihdam edildiğinden görece düşük ücretlerle ve çoğunlukla yasal hakları dolaylı olarak elinden alınan bir çalışan grubunu doğurmuştur. İşçinin feshe bağlı haklarını çoğunlukla öde(ye)meyen alt işverenler, her yıl yeni bir firma kurmak suretiyle işçilik haklarının yasal takibini de zorlaştırmıştır. Nitekim, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde³ yer alan hükümler rekabet olgusu ile birlikte değerlendirildiğinde, alt işverenin yaklaşık maliyetine kıdeme bağlı yasal hakların dâhil edilmesinin mümkün olmadığı ve toplu pazarlık hakkının dolaylı olarak engellendiği görülecektir. Bununla birlikte, uygulamada genellikle hangi işçilerin işe alınıp işten çıkarılacağı, işçinin çalışırken uyacağı kurallar, çalışma saatleri ve izin günlerine kadar tüm hususların asıl işveren tarafından belirlenmesi, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde sorunların katlanarak artmasına neden olmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu ile kamu ihale mevzuatında önemli düzenlemeler içeren 6552 sayılı Kanun⁴, işçi-işveren ilişkilerinin en önemli sorun alanı haline gelen alt işveren uygulamasına yeni yaklaşımlar ve çözümler getirmektedir. Çalışmada; alt işveren kavramı ve bu uygulamanın ülkemizdeki tarihsel süreci ile kamu kesiminde alt işveren uygulaması ele alınacak, sisteme yapılan eleştiriler ile kamu kurum ve kuruluşlarının

³ Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde (m.10); Personel çalıştırılmasına dayalı ihalelerde personel maliyetinin, asgari ücretin brüt tutarı ile bu tutar üzerinden hesaplanan işveren payı toplamından az olmamak üzere bulunan maliyetler dikkate alınarak hesaplanacağı; ihale konusu işte çalışacak personele ilişkin yemek, yol gibi maliyetlerin teklif fiyatına dahil edilmesinin öngörüldüğü hallerde yapılan hesaplamalara, bu maliyetlerin brüt tutarlarının da ekleneceği; personele asgari ücret üzerinden ödeme yapılmasının öngörülmesi halinde, bu ücretin brüt asgari ücretin en az yüzde kaç fazlası olacağına idarece belirlenerek bu oran üzerinden yaklaşık maliyetin hesaplanacağı ve idari şartnamede açıkça gösterileceği; ihale konusu işin niteliği dikkate alınarak işçi sayısı üzerinden teklif alınması idarece uygun görülmeyen iş kalemleri bulunması halinde, bu kalemlerin kapsamındaki işler dahil ihale konusu işin yerine getirilmesi için çalıştırılacak asgari personel sayısının ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, işçi sayısı yerine yaptırılacak işi oluşturan iş kalemi veya kalemleri üzerinde teklif alınacağı düzenlenmektedir. (R. G. Tarih: 04/03/2009, R. G. Sayısı:27159).

⁴ İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, R. G. Tarih: 11/09/2014, R. G. Sayısı: 29116 (Mükerrer).

personel çalışmasına dayalı hizmet alımlarında uyulacak esaslar 6552 sayılı Kanunla getirilen yeni yaklaşımlar kapsamında değerlendirilecektir.

1. TÜRK HUKUKUNDA ALT İŞVEREN

İşverenler ekonomik, teknik ya da başka birtakım nedenlerle üretimin veya hizmetin her aşamasını kendi işçileri ile gerçekleştirmemekte; özellikle temizlik, bakım ve onarım, yemek, servis, güvenlik gibi yardımcı işlerin görülmesi işlevini başka işverenlere bırakmaktadırlar. Bu gibi durumlarda işyerinde alt işveren olarak adlandırılan ikinci bir işveren ortaya çıkmaktadır. Alt işveren, bir işyerindeki mal ya da hizmet üretimini dışsallaştırmanın tipik örneğini oluşturmaktadır. Çünkü, işveren kendi işyerinde kendi işçileri ile gerçekleştireceği üretimi, başka bir işveren ve onun işçileri aracılığıyla sonuçlandırmaktadır (Güzel, 2004:38).

1.1 Tarihsel Süreç

Alt işverenliğe ilişkin ilk düzenleme 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı İş Kanunu ile mevzuatımıza girmiştir. Kanun 'alt işvereni' tanımlamamış, bu kavramın ikamesi olarak 'üçüncü şahıs' ifadesi kullanılmıştır. 3008 sayılı Kanunda, alt işverene verilebilecek işler de düzenlenmemiştir. İşverenin sorumluluğu, işçi ile 'üçüncü şahıs' (alt işveren) arasında yapılmış olan hizmet akdi ile sınırlı olarak tüm işçilere karşı "mukavele şartlarından asıl işveren mes'uldür" şeklinde somutlaştırılmıştır. 3008 sayılı Kanunda 5518 sayılı Kanunla⁵ yapılan değişiklik sonucunda, bu sorumluluğun müşterek ve müteselsil olduğu düzenlenmiş ve asıl işverenlerden iş alan kimseler 'aracı' olarak nitelendirilmiştir.

1971 tarihli 1475 sayılı İş Kanunu, alt işvereni 'diğer işveren' olarak nitelendirmiştir. Asıl işverenin sorumluluğu ise, işçinin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalıştırılıyor olmasına ve sorumluluğun asıl işverenden alınan işyeri ile ilgili olarak iş kanunundan veya hizmet akdinden doğan yükümlülüklerden kaynaklanmasına bağlanmıştır. Nihayet 2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunu, asıl işveren-alt işveren ilişkisini uygulama-

⁵ İş Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, R. G. Tarih: 31/01/1950, R.G. Sayısı:7420.

da karşılaşılan sorunlar ve Yargıtay'ın kararları doğrultusunda yeniden düzenlemiştir (Canbolat, 2010:4-7). Dolayısıyla, asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımının yapılması, unsurlarının ortaya konulması, müteselsil sorumluluğun muhtevasının belirlenmesi ve bu ilişkiye aykırılık hallerinde doğacak hukuki sonuçlar ilk kez 4857 sayılı Kanunda düzenlenmiş oldu (Aydınlı, 2014:78).

1.2 Tanımı

Alt işverenlik ilişkisi uygulamada bazı işverenler tarafından kötüye kullanılmış; özellikle sendikal faaliyetin önlenmesi, işçi ücretlerinin düşürülmesi amacıyla başvurulan bir yöntem olarak kendini göstermiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Kanun alt işvereni, *“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”* (m.2/6) olarak tanımlamış ve kavramı oldukça daraltan düzenlemeye yer vermiştir. Buna karşın 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda⁶ alt işveren; *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir”* (5510 Sayılı K., m.12/6) şeklinde tanımlanmış olup, hiçbir sınırlamaya yer verilmemiştir.

1.3 Koşulları

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi, öncelikle işin bütününe yapılmasını başka bir işverene devretmemek suretiyle o işyerinde işçi çalıştırmaya devam eden asıl işverenin varlığına bağlıdır⁷. Alt işveren ise işin sadece bir kısmını almalıdır. İşin tamamı alınmışsa alt işveren ilişkisi oluşmayacaktır. Bu nedenle, her şeyden önce işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren mevcut olmalıdır. Asıl işverenin de, işyerinde işin bütününe yapılmasını başka bir işverene devretmemiş olması, işyerinde işveren

⁶ R.G.Tarih:16/06/2006, R.G. Sayısı: 26200.

⁷ Bu kapsamda, anahtar teslimi bir binanın yapımını üstlenen ile ihale makamı arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşmamaktadır. (Bkz: Y.9.H.D., 04/03/2010, Esas No: 2008/20640, Karar No: 2010/5868).

kimliğini koruması gerekmektedir. Şayet işveren işin yapılmasını tümüyle bir başkasına devretmişse bu ilişki doğmayacaktır⁸.

Bununla birlikte, alt işveren, ikinci bir işverenin işyeri veya eklentilerinde mal veya hizmet üretiminde bulunmalıdır. Mal veya hizmet üretimi asıl işverene ait bir işyerinde yapılmadığı takdirde uygulamadaki ifadesiyle fason üretim söz konusu olacaktır. Alt işveren, işçilerini bir başka (asıl) işverene ait işyerinde çalıştırmalıdır. Buna karşılık, bir işverenden iş alan, ancak işi kendi işyerinde gören işveren (fason üretim yapan) ile diğer işveren arasında böyle bir ilişki doğmayacaktır. Ayrıca, alt işverenin asıl işverenden aldığı iş için gerekli olan işçi grubunu da çalıştırması gerekir. Alt işveren, asıl işverenden aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırmalıdır. İşçiler sadece asıl işverene ait işyerinde değil de, farklı işverenlere ait çeşitli işyerlerinde çalışıyorlarsa, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir⁹.

Son olarak, işveren işçilerini, asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin “yardımcı işlerde” veya “asıl işin bir bölümünde”

⁸ Belirli bir işin bir bölümünü başkasına verip, diğer bölümünü kendi çalıştırdığı işçilerle bizzat yapan bir kişi, asıl işveren durumundadır. Kendisi işin bir bölümünde işçi çalıştırmayıp, işi bölerek, ihale suretiyle muhtelif kişilere veren iş sahibi “ihale makamı” İş Kanunu anlamında bir asıl işveren değildir (Y.9.H.D., 13/9/1994, E.: 1994/3429, K.: 1994/11465). “...İşyerinden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte ise, işi alan kimse aracı değil, bağımsız işverendir. İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, ... bir alt işverenlik dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde, işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek, ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) ...asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır.../ ...İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, ...iki bağımsız işveren bulunacaktır. / ...işin niteliği ve yürütümü bakımından dokuma işinden tamamen farklı ve bağımsız nitelikleri, ihale ile verildiği anlaşılan ek inşaat işinde sigortalı çalıştırmayan dokuma işvereni davalı (K) A.Ş.’nin ...asıl işveren olarak ...sorumluluğuna karar verilmesi mümkün değildir (H.G.K.. 5/5/2004, E.: 2004/ 10-233, K.: 2004/262). Bu durum, madde gerekçesinde de şu şekilde ifade edilmektedir: “Asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla beraber görüş ayrılıklarına sebep olan bir konuda 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.”

⁹ Yargıtay, bir bankanın temizlik hizmetlerini kendi işçileri ile yerine getiren işverenin bu işçilerini yalnızca bankada çalıştırmayıp, başka işyerlerinde de çalıştırmamasından ötürü alt işveren-asıl işveren ilişkisinin bulunmadığına karar vermiştir. (Y.9.H.D., E.: 1990/11890, K.: 1991/3190, 4/3/1991).

çalıştırmalıdır. Alt işverenin yaptığı işin asıl işverenin işinin “tamamlanmasına yardımcı” olan bir iş olması gerekir. Bu bağlamda, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan temizlik ve yemek hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım, yükleme ve boşaltma gibi işlerde alt işveren ilişkisi serbestçe kurulabilecektir. Buna karşılık, asıl işin bir bölümü ile ilgili olarak ise *“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde”* bu ilişki gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla, alt işveren işçilerini asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin olmayan bir işte çalıştırıyorsa, bu tür bir ilişki doğmayacaktır. Bir diğer ifadeyle, alt işverenin yaptığı işin asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe yapılabilen devamlı bir iş olması, asıl işverenin yaptığı işten “bağımsız” olmaması gerekmektedir¹⁰.

1.4 Sınırlamalar

Alt işverenlik, işçileri iş yasalarının koruyucu düzenlemelerinden ve toplu iş sözleşmesinden yoksun bırakmak amacıyla her dönemde kötüye kullanılmıştır. Bu nedenle 4857 sayılı Kanun (m.2), bu ilişkiye oldukça sınırlı olarak imkân tanımıştır.

İlk olarak, maddedeki düzenleme nedeniyle, işveren işyerinde yürütülen asıl (temel) işi tümüyle başka bir işverene bırakamayacak; ancak, belirli koşulların varlığı halinde asıl işin bir bölümü alt işveren eli ile gördürülebilecektir. Yasa, asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesini *“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş”* olma-

¹⁰ Güvenlik ve itfaiye işlerinin işyerinde “yardımcı işler” kapsamında yer aldığı, bu işlerin taşeron devri için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşullarının aranmayacağı hükmüne varılmıştır (Y.9.H.D., 01/06/2005, E.: 2005/12985, K.: 2005/20130). Asıl işi otomobil ve buna benzer araçlar üretmek olan bir işverenin başka bir işverene çatı tamirata yaptırması halinde, yapılan işin asıl işten bağımsız ve ayrı bir iş olması nedeniyle aradaki ilişkinin alt işveren-asıl işveren ilişkisi olmadığı sonucuna varılmıştır (Y.21.H.D., 4/7/1995, E.: 1995/2660, K.: 1995/3844). İşin bütünüyle bir işverene devri veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda artık alt işveren-asıl işveren ilişkisi söz konusu olmayacaktır (Y.21.H.D., 24/10/2002, E.:2002/7988, K.:2002/9046). Taşeron işçilerinin asıl işçilerle aynı işi yaptıkları uzmanlık gerektiren ve asıl iş olan soğutma sonu ve bant paketleme işinin taşeron firmalara verildiği, taşeron şirketlerin kuruluş sözleşmesinde bu işin öngörülmediği, asıl kuruluş amacının temizlik işi olduğu, taşeron işçilerinin sendikaya üye olmaları üzerine, iş sözleşmelerinin feshedildiği ve davalı gerçek işverenin iş sözleşmeleri sona eren ve taşeron işçileri yerine, aynı gün daha fazla sayıda işçi aldığı belirtilerek alt işveren-asıl işveren ilişkisi bulunmadığı, asıl işveren olduğu belirtilen işverenin gerçek işveren olduğu sonucuna varılmıştır (Y.9.H.D. 31/1/2005, E.: 2004/31850, K.: 2005/2487).

sı ölçütüne bağlamaktadır. O halde, sadece asıl işin bir bölümü olmakla birlikte, işletmenin ve işin gereği göz önünde tutularak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş alt işverene gördürülebilecektir. Maddede geçen “ile” sözcüğünü “veya” anlamında kabul eden görüşler ileri sürülmüş ve savunulmuştur (Süzek, 2009:146; Aktay/Arıcı/Kaplan/ Senyen, 2009:68; Alpagut, 2008:1357).

Madde ile hedeflenen amaç dikkate alındığında “ile” sözcüğünü “olarak” biçiminde değerlendirmek daha doğru olacaktır. Asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesi için, bunun işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir. Sözgelimi, işveren ekonomik neden öne sürerek sadece “işletmenin ve işin gereği” olarak asıl işi bölüp alt işverene vermemelidir. Aksi takdirde “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sınırlamasının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Bu durumda, işveren sadece işletmenin ve işin gereği olduğunu öne sürerek asıl işi kolaylıkla bölüp, alt işverene verebilecektir. Bu nedenle, mevcut yasal düzenlemede uygulamadaki ihtiyacı da karşılayacak şekilde bir değişikliğe ihtiyaç bulunmaktadır.

Öte yandan, asıl işin bir bölümü alt işverene verildiğinde, o işte asıl işverene ait bir işçinin çalıştırılması da mümkün değildir. Buna karşılık, mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde bu tür bir ilişkinin kurulması için yukarıdaki ölçüt aranmayacaktır. İşveren, belirtilen sınırlamalara uymak kaydıyla, mal üretilen bir işyerinde teknik servis, temizlik, yemek, işçilerin taşınması gibi yardımcı işleri alt işverenlere bırakabilecektir.

İkinci olarak, asıl işverenden iş alan alt işveren, asıl işverenin işçilerini işe alıp çalıştırmak yoluyla, bu işçilerin haklarında kısıtlama yapamayacaktır. Burada önem taşıyan husus, bu yolla işçinin mevcut haklarında bir kısıtlamaya gidilmemesidir. Düzenleme, asıl işverenlerin ücretleri belirli bir düzeye yükselmiş işçileri işten çıkarmalarını; bu işçilerin daha düşük bir ücretle işe alınıp o yerde çalıştırılmak suretiyle hak kaybına uğratılmalarını önlemeyi amaçlamıştır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde bir kötüye kullanma (muvazaa) örneği olan bu uygulama biçimi Yasada belirtilmiş ve yaptırıma bağlanmıştır¹¹.

¹¹ “Davacının davalı belediye işyerinde çalışırken asıl işi olan temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi günü taşeron şirket tarafından düşük

Son olarak, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacaktır. Alt işveren ilişkinin kötüye kullanılmasının uygulamada görülen diğer bir yöntemi de bu olduğundan, o işyerinde çalıştırılan kimsenin işten ayrılıp sağladığı işçilerle işi yürütmesi ve bu yolla işyerinde sendikasız ve ucuz işçi çalıştırılmasının gerçekleşmesi önlenmek istenmiştir. Burada amaç, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasını, bu ilişki dolayısıyla çalışanların hak kaybına uğramalarını önlemektir. Böyle bir durum yoksa, sırf bu nedenle alt işveren sıfatı ortadan kaldırılamayacak ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı söylenemeyecektir.

1.5 Hukuki İlişki Biçimi

4857 sayılı Kanunda alt işveren, 1475 sayılı Kanun ile aynı şekilde diğer işveren olarak nitelendirilmiştir. “Asıl işverenle arasında bir iş veya vekâlet akdi değil istisna, kira, taşıma gibi bir sözleşme bulunmaktadır. Bunun yanı sıra aldığı işi asıl işveren adına değil, kendi adına ve hesabına ayrı bir işveren olarak kendi işçileriyle yürütmektedir” (Süzek, 2009:142). Dolayısıyla alt işveren, asıl işverenin emir ve direktifleri altında çalışmak zorunda değildir. Her iki işveren arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır; önemli olan şartlara uygun eseri meydana getirmektir. Alt işveren, üstlendiği işi sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütecek, çalıştırdığı işçilerle kendi adına iş sözleşmesi yapacak, gerekli talimatları verecek, ücretleri ödeyecek, ücret bordrolarını düzenleyecek ve sosyal güvenlik primlerini yatıracaktır. Bu nedenle, her iki işveren arasındaki ilişki, işin niteliğine göre, eser, taşıma, kira gibi sözleşmelere dayanmaktadır.

1.6 Birlikte Sorumluluk

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde yasa koyucu konuyu işçiyi koruma yönünden değerlendirmiş ve asıl işvereni, alt işverenin işçilerine karşı bu işyeri ile ilgili olarak yasadandan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile

ücretle çalıştırılmaya başlandığı ... anlaşılmalıdır. /...asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır” (Y.9.H.D., 11/7/2005, E.: 2005/18822, K.: 2005/24469).

birlikte sorumlu tutmuştur¹². Çünkü, genellikle alt işverenler, asıl işverene göre ekonomik bakımdan daha güçsüz durumdadırlar. Öte yandan, alt işverenin işçisinin yaptığı iş sonuçta asıl işverene yarar sağlamaktadır. Dolayısıyla, alt işverenin işçisinin kendi işvereninden (alt işverenden) ücret veya diğer haklarını elde edememesi durumunda, her iki işverenin birlikte sorumluluğu kabul edilmiştir. Buna göre, alt işverenin işçisi yasadan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret veya diğer bir hakkını ister kendi işvereninden, ister asıl işverenden, isterse her ikisinden birlikte talep edebilecektir¹³. Hiç kuşkusuz, asıl işverenin alt işverene rücu hakkı saklıdır. Ancak, asıl işveren bakımından söz konusu sorumluluk, alt işverenin işçisinin o işyerindeki çalıştığı süre ile sınırlı olacaktır.

1.7 Sınırlamalara Aykırılığın Yaptırımı

Yukarıda belirtilen sınırlamalara aykırı davranışın yaptırımı 4857 sayılı Kanunda (m.2) açıkça belirtilmiştir. Bunlara uyulmadığı hallerde ve genel olarak asıl işveren ile alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edildiğinde ya da (işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında) asıl iş bölünerek alt işverenlere verildiğinde, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceklendir. Böyle bir durumda, sözü edilen işçiler asıl işverenin işçilerine yaptığı, ancak kendilerine yapılmayan tüm ödemeleri talep etme hakkına sahip olacaklardır.

¹² Bkz.:Y.9.H.D., 05/10/2009, E.:2008/43245, K.: 2009/25694.

¹³ Davacı işçinin alt işverenin işçisi olmasından ötürü, asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı belirtilmiştir (Y.9.H.D., 24/1/2005, E.: 2004/30506, K.: 2005/1232). Asıl işveren işçilik hakları bağlamında alt işverenle birlikte borcun tamamından ve aynı derecede sorumlu olduğundan, işçi bu haklarını kendi işvereninden isteyebileceği gibi, direkt asıl işverene karşı açacağı bir "alacak davası" ile de isteyebilir. Asıl işverenin buradaki sorumluluğu, işin alt işverene verildiği tarihte başlar (Y.9.H.D., 22/2/2001, E.: 2000/19790, K.: 2001/3151). Davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu, davacı alt işverenin işçisi olduğundan asıl işveren hakkında işe iadeye yönelik hüküm kurulamayacağı, asıl işverenin sadece işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretinden müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir (Y. 9.H.D., 6/2/2006, E.: 2005/17213, K.: 2006/2266).

2. KAMU KESİMİNDE ALT İŞVEREN UYGULAMASI

Devletin temel görevi niteliğindeki kamu hizmetleri, genel idare esasına göre yürütülmekte ve “emanet usulü” olarak adlandırılan yöntemle doğrudan yerine getirilmektedir. Kamu hizmetinin piyasa koşullarında işletmecilik esasına göre yürütülmesindeki temel özellikler ise, kar amacı güdülmesi, finansmanın yararlanıcıların ödediği bedellerle karşılanması ve personel statüsünün ilke olarak ‘işçi’ statüsünde olması durumudur.

İkinci Dünya Savaşını takip eden dönemde güçlenen sosyal devlet ilkesi ile kamu örgütleri belirtilen esaslara göre mal ve hizmet sunumu için genişlemiş, 1980’lerden itibaren ise ‘büyük ama verimsiz’ devletin küçültülmesi eğilimi ön plana çıkmıştır. Bu dönemde kamu hizmetlerinin işletmecilik esasları ile piyasa koşullarında yürütümü, kamu istihdam biçimlerindeki değişimi de beraberinde getirmiştir. Ülkemizdeki alt işverenlik uygulamalarının da bu dönemde ortaya çıktığı görülmektedir.

Kamuda alt işverenlik uygulamasına, özellikle KİT’lerde hizmet alımı adı altında kadrolu işçi istihdam edilememesi ve maliyetleri azaltmak amacıyla başlandığı görülmektedir (Özveri, 2010:119). Kamu kurumlarının yardımcı hizmetlerinden başlamak üzere asli hizmetlere de sıçrayan biçimde; merkezi yönetim, yerel yönetim ve KİT’lerde her bir idari birimin niteliğine uygun olarak farklı biçimlerde uygulanabilmektedir (Aslan, 2005:391). Emekli olan ya da değişik nedenlerle kamudan ayrılan işçilerin yerine kamu işçisi alınmaması, ihtiyacın hizmet satın alma yoluyla alt işverenlere bırakılması sonucunu doğurmuştur (Başbuğ, 2010:112). Bu kapsamda, 2015 yılındaki toplam kamu alımı tutarının yüzde 40,2’sinin Belediyeler tarafından gerçekleştirildiğini, bu kurumları sırasıyla diğer özel bütçeli kuruluşların, Sağlık Bakanlığının ve KİT’lerin izlediği görülmektedir¹⁴.

2.1 Hizmet Alımının Yasal Dayanağı

Hizmet alımının yasal dayanağını, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulle-

¹⁴ Bkz.: Kamu Alımları İzleme Raporu 2015, s.13.

ri belirleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu¹⁵ oluşturmaktadır. Bununla birlikte, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu¹⁶ ile Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Ayrıca yargı kararlarında sıklıkla atıfta bulunulan 5393 sayılı Belediye Kanunu¹⁷ ile diğer bazı Kanunlarda¹⁸ da hizmet alımına yönelik düzenlemeler yer almaktadır.

Alt işverenlik ile ilgili ilk uygulamaların yaşandığı KİT'ler açısından her yıl yayımlanan Genel Yatırım ve Finansman Kararnamesi¹⁹ de hizmet alımının diğer bir yasal dayanağını oluşturmaktadır. 30/9/2014 Tarihli ve 2014/6842 sayılı Kararname Eki'nde 2015 yılı için istihdam ve ihale yoluyla hizmet alımına ilişkin usul ve esaslar tespit edilmiştir. Kararname'de KİT'lerin kadrolu personel alımı sayısal olarak²⁰; ihale yoluyla hiz-

¹⁵ R.G. Tarihi:22/01/2002, R.G. Sayısı: 24648.

¹⁶ R.G. Tarihi:22/01/2002, R.G. Sayısı: 24648.

¹⁷ R.G. Tarihi: 13/7/2005, R.G. Sayısı: 25874; 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 67. maddesinde: "... Park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir." hükmü yer almaktadır.

¹⁸ 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda, "...park, bahçe ve havuz bakımı; araç kiralama, kontrollük, temizlik ve yemek hizmetleri; araç, bilgisayar, faks, fotokopi ve diğer teknolojik ürünlerin bakım ve onarım işleri süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen üçüncü ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir." hükmü bulunmaktadır. Ayrıca, 10/7/2003 tarih 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 11. maddesi ile 657 sayılı yasanın değiştirilmesiyle Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri sınıfına dâhil olan, sağlık hizmetlerinde mesleki eğitim görerek yetişmiş olan sağlık personeli ve benzeri sağlık personeli tarafından yerine getirilmesi gereken tüm sağlık hizmetleri, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilmektedir.

¹⁹ Kararname; KİT'lerin yıllık programları, bütçe transferleri ve yatırımları ile istihdam (daimi personel ve geçici işçi alım izinleri), fazla mesai, ihale yoluyla hizmet alımı, temettü ödemesi ve tasarruf tedbirleri gibi faaliyetlerde uyulacak esaslar her yıl belirlenmektedir. (R. G. Tarihi: 17/10/2014, R. G. Sayısı: 29148)

²⁰ 2014 yılında ayrılan eleman sayısının en fazla %75'i kadar personelin açıktan ve/veya naklen atanması hususunda kamu teşebbüsünün yönetim kurulu yetkilidir. (Kararname Eki Karar, m.4/1-a).

met alımı tutar olarak kısıtlanırken²¹, KİT ile yüklenici firma ilişkisinin muvazaalı sayılmasını önlemeye yönelik hükümlere²² de yer verilmiştir.

2.2 Kamu İşverenine Ayrıcalık Tanınması

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen düzenlemeler, 1980 sonrası dönemde yaşanan muvazaalı uygulamaların önlenmesi düşüncesi ile alt işveren ilişkisinin kurulabilmesini sınırlandırmak amacını belirgin bir biçimde öne çıkarmıştır. Ancak söz konusu sınırlamalar, özellikle kamu kesiminde hizmetlerin sürekliliği ve etkinliği, maliyetlerin düşürülmesi ve verimlilik artışı gerekçesiyle reel işçi ücretlerini düşürmek için kullanılan bir mekanizmaya dönüşmüştür.

2.2.1 Özel Kanun Düzenlemeleri

4857 sayılı İş Kanunundaki sınırlamalar, özellikle ‘asıl işlerin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektirmesi’ halinde alt işverene verilebileceği hükmü, uygulamada özellikle kamu işyerleri için sorunlara neden olmuştur (Canbolat, 2010:8). Nitekim Yargıtay kararlarında bir üniversite hastanesi için hastabakıcılık ya da belediye için temizlik ve çöp toplama işleri asıl iş kapsamında sayılarak alt işverenlik ilişkisinin geçersizliğine hükmedilmiştir²³. Bu durum karşısında, 5393 sayılı Belediye

²¹ Program hedefleri ve işletme bütçesi kısıtları dahilinde, 2015 yılında ihale yoluyla alınacak hizmetlerin tutarı, Program kapsamında ve kamu teşebbüsü bazında üçer aylık mali ve/veya mali olmayan belirlenen hedefler tutarını aşamayacaktır. 2014 yılında yüklenici firma (alt işveren) aracılığıyla sağlanan hizmetlerin 2015 yılında teşebbüs (asli) personelle yapılması veya bu hizmetlere ihtiyaç kalmaması durumunda, anılan hizmet alımları için ayrılan hizmet alımı tutarı, 2011 yılı tavanından düşürülecektir. (Kararname Eki Karar, m.12/4, m.22/1).

²² İhale yoluyla yapılacak hizmet alımlarında, yüklenici firmanın istihdam ettiği işçinin muhatabı teşebbüs değil yüklenici firma (alt işveren) olacaktır ve sözleşmeler bu çerçevede düzenlenecektir. Yüklenici firma tarafından istihdam edilen işçilerin kamu teşebbüsü ile olan ilişkilerinde, iş hukukuna göre devamlılık arz edebilecek hükümlere ve uygulamalara sözleşmelerde yer verilmeyecektir. Kamu teşebbüsleri, hizmet alımı yaptıkları yüklenici firmalarda çalışan personelin ücretleri ile sosyal güvenlik ve işsizlik sigortası primlerinin düzenli yatırılıp yatırılmadığını takip etmekle yükümlü olacaklar ve ödenmemesi durumunda sözleşmenin feshedileceğine yönelik hizmet alım ihale şartname ve sözleşmelerine hüküm konulacaktır. (Kararname Eki Karar, m.14/1-2).

²³ Bu yönde kararlar için bkz.: “İşletmenin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğinden temizlik işinin belediyelerin asli işi olduğundan işin taşeron şirkete devri geçerli kabul edilemez. İşin taşeron devri nedeniyle yapılan fesih geçerli sayılamaz. Davacının feshi takip eden gün davalı belediyenin taşeron ile yaptığı sözleşme uyarınca olsa da taşeron nezdinde çalışmaya başlatılması feshin geçersizliğinin istenilmesinde hukuki yarar bulunmadığını göstermez.” (Y.9.H.D., 11/07/2005, E.:2005/18822, K.:2005/24469);

Kanununda (m.67) neredeyse tüm belediye hizmetleri sayılarak alt işverenlik sınırlarını zorlayan bir yasal değişiklik gerçekleştirilmiştir. Öyle ki bu değişiklik, belediyeler açısından alt işverenliği iş ayrımı yapılmadan kullanılacak bir istihdam biçimine dönüştürmüştür. Yargıtay tarafından verilen kararların değişimi de bu olguyu destekler nitelikte görünmektedir²⁴.

Benzer şekilde, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun²⁵ 15 inci maddesindeki “elektrik enerjisi üretim, iletim ve dağıtım faaliyeti gösteren kamu tüzel kişileri gerekli hallerde üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletilmesi ve bakım onarım işlerini tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde hizmet alınması yoluyla yaptırabilirler” hükmüne dayanarak 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın kamu işverene muafiyet (imtiyaz) tanıyan hükümler Yargıtay kararları²⁶ ile desteklenmiştir. İş Kanununun açık hükmüne rağmen söz

“Temizlik ve çöp nakil işi belediyelerin asıl işlerindedir. Belediyelerin asıl işlerinden olan temizlik hizmeti işini 4857 sayılı iş kanununun 2/VI-VII maddesi uyarınca taşeronlara devretmesi mümkün olmadığından bu tür taşeronluk sözleşmeleri geçerli sayılamayacağından davalı belediyenin işe iade ve sonuçları yönünden sorumlu tutulması gerekir.” (Y.9.H.D., 30/05/2005, E.: 2005/14421, K.:2005/13804); “Davalı Üniversite Tıp Fakültesindeki yardımcı iş niteliğindeki genel temizlik işini ihale yolu ile diğer davalı şirkete vermiştir. Hastabakıcılık hizmeti ihale ile yüklenilen genel temizlik işi dışındadır ve Üniversiteye ait hastanenin asıl işleri arasındadır. Diğer taraftan, genel temizlik işini ihale ile alan şirketin hastabakıcıları işyerine getirdikten sonra Üniversite görevlilerine teslim ettiği, bundan sonra karışmadığı, çalışacakları bölümleri ve mesailerini Üniversite görevlilerinin belirlediği saptanmıştır. Davalı şirketin davacı işçi açısından belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa da sahip olmadığı da anlaşılmaktadır. O halde davacı işçi başlangıçtan beri 4857 sayılı İş Kanununun 2/7 maddesi uyarınca davalı Üniversitenin işçisidir. Kayıt üzerinde gösterilen diğer davalı şirketin davacı işçi açısından işverenlik sıfatı bulunmaktadır. Davacının davalı üniversite yönünden kabulüne, davalı şirketin işverenlik sıfatı bulunmadığından, davanın adı geçen şirket yönünden ise reddine karar verilmesi gerekir.” (Y.9.H.D., 23/02/2009, E.2008/22857, K.:2009/3226 ve Y.9.H.D., 29/01/2007, E. 2007/309, K. 2007/1006).

²⁴ Bu yönde karar için bkz.: “...belediyelerin asıl işi olan temizlik, çöplerin toplanması ve nakline ilişkin hizmetlerin 5393; sayılı Kanun’un 67. maddesi uyarınca başkasından satın alınması mümkündür. Buna göre davalılar arasındaki ilişkinin 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesine uygun olduğu kabul edilmelidir.” (Y.9. H.D., 01/03/2010, E.:2009/48077, K.:2010/5206).

²⁵ 20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Kanunun “Özelleştirme” başlıklı 15. maddesi, 14/3/2013 tarih ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (m.30/5) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yargıtay’ın bozma kararı, ihalenin yapıldığı tarih gerekçe gösterilerek mülga madde hükmüne dayandırılmıştır.

²⁶ Bu yönde kararlar için bkz.: “...Asıl işin bir bölümü alt işverene verilmesi bile de kanunda özel hüküm bulunması hallerinde, yardımcı iş olduğuna bakılmaksızın asıl işin bir kısmı alt işverene bırakılabilir.../... Anılan madde doğrultusunda... 4857 sayılı Kanunun 2/6 maddesi kapsamında kalan asıl işveren ilişkisi bulunduğu dikkate alınmaksızın muvazaa bulunduğundan bahisle fark alacaklara hükmedilmesi hatalı olup, bozma nedenidir (Y.7.H.D., 1/4/2014, E.: 2013/25583, K.:

konusu ayırık düzenlemeler; işçi lehine yorum, sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkesine, işçilerin örgütlenme ve toplu pazarlık temel hak ve özgürlüklerine aykırı bulunmuştur (Akyiğit, 2015:53).

2.2.2 İş Yasasında Yapılan Ayırık Düzenleme

Kamu kurum ve kuruluşlarında, görünürde alt işverenler yanında çalıştırılan işçilerin durumunu daha da zorlaştıracak nitelikteki ilk yasal müdahale, 2006 yılında 5538 sayılı Kanunun 18 inci maddesi²⁷ ile 4857 sayılı Kanunun 2 inci maddesine eklenen iki fıkra ile olmuştur. Bu değişiklikle kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklara ayrıcalık tanınmıştır²⁸. Ancak, kamu kurumlarını alt işveren sisteminin dışına çıkarmayı amaçlayan bu düzenleme, eşitlik ilkesine aykırı oluşu ve aynı maddenin yedinci fıkrası ile çelişki içermesi nedeniyle yargı içtihatları ve doktrinde kabul görmemiş ve uygulama alanı bulamamıştır (Aydın, 2014:78).

2014/7210). "...Somut olayda davalıya verilen iş tesisinin işletilmesi, bakımı ve temizliği olduğundan ve davacı da bu işlerde çalıştırıldığından taşeron işçilerinin denetlenmesi ve EÜAŞ işçileriyle birlikte çalışmaları 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu 15. maddesine uygun olduğundan, kanuna uygun ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren- alt işveren ilişkisi mevcut olup işçi temini ve muvazaalı işlerde çalıştırılma söz konusu olmadığından bu yönde bir iddia da bulunmadığından davanın reddi gerekirken mahkemece davalılar arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığının kabulüyle yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir" (Y.7.H.D. 3/4/2014, E.: 2013/25332, K.: 2014/7330). "...Seri halinde incelenen dosyalarda davalının elektrik üretim görevini yapan bir kamu tüzel kişisi olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki imtiyazdan yararlanmasında kuşku yoktur. Sözü edilen düzenleme ile asıl işin tamamı ya da bir kısmı 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen sınırlamalara tabi olmaksızın alt işverene verilebilir.../... Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçisi asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Bu itibarla, alt işverenin işçisi olan davacının davaları asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan alacak isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir" (Y.22.H.D. 23/6/2014, E.: 2014/14983, K.: 2014/18510).

²⁷ Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. Tarihi:12/07/2006, R. G. Sayısı: 26226.

²⁸ 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine 5538 sayılı Kanunla eklenen hükme göre, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar (yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar dahil), bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak; çalıştırıldıkları kamu işyerlerindeki kadro veya pozisyonlara atanmaya ve bu 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 kazanamayacaklardır.

Özel sektör işverenlerine karşı korunan bir kamu kesimi oluşturulmasından hareketle, Anayasa'nın eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı nedeniyle eleştirilen uygulama, kullandığı 'yüklenici' kavramı ile de sorunlu bulunmuştur. 4734 sayılı Kanuna özgü olan 'yüklenici' kavramı, "üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanmış istekli" olarak tanımlanmaktadır. Yüklenici kavramının alt işveren kavramı yerine kullanılmasındaki sakıncaları, yüklenicinin aldığı işi bizzat kendisi yapabileceği gibi kendi idare ve kontrolü altında başkasına da yaptırabilmesi, dahası işin bir bölümünü başkasına da devredebilmesi olarak belirtilmektedir (Gerek, 2007:83-84).

Bunun yanı sıra hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; işe alınacak kişilerin belirlenmesi, işten çıkarma yetkisinin kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarına bırakılması veya hizmet alım sözleşmeleri kapsamında ya da geçici işçi olarak aynı işyerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması yönünde hükümler konulması da yasaklanmıştır. Bu düzenleme, Yargıtay'ın çoğu kararında muvazaaya hükmederken kullandığı "işçi üzerindeki yönetim hakkının tamamen asıl işverence kullanılması" gerekçesini önlemeye yönelik olarak yapılmıştır.

5538 sayılı Kanunla getirilen ayrık düzenlemeler, yargıya intikal etmesi muhtemel muvazaalı alt işverenlik uygulamalarından kamu kesimini kurtarmayı amaçlamıştır. Ancak Yargıtay kararlarında, kamu kuruluşları için yapılan ayrık düzenlemelerin muvazaanın koşullarını değiştirmedeği, farklı bir uygulamaya gidilmesinin de hukuken korunamayacağı açıkça ifade edilmektedir²⁹. Buna karşılık, alt işveren işçileri çoğu kez alt işveren

²⁹ Bu yönde kararlar için bkz.: "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 ayrık 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 (Yargıtay 9.H.D. 24/10/2008 gün 2008/33977 E, 2008/ 28424 K.)" (Y.9.H.D., 19/02/2009, E.:2007/33290 K:2009/2942 ; Y.9.H.D., 01/03/2010, E.2009/48077 K.2010/5206).

veya alt işveren vekilleriyle değil asıl işveren vekilleriyle muhatap oldukları; işin görülmesi ile ilgili talimatları onlardan aldıkları, yine onlar tarafından denetlendikleri ve izin için onlara başvurdukları belirtilmektedir (Gerek, 2007:87). Ancak Yargıtay, bazı kararlarında asıl işverenin müteselsil sorumluluğu nedeniyle bu tür uygulamaları 'olağan' bulmuş, hatta alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olmasını alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli görmemiştir³⁰. Benzer uyumsuzluklara ilişkin bazı kararlarında ise, muvazaanın tespit edilmesine bağlı olarak alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren kamu işçisi olduğuna hükmetmiştir³¹. Sonuç olarak, bu işçiler kamu kurum ve kuruluşlarında işe girme ko-

³⁰ Bu yönde karar için bkz.: "Hizmet alım sözleşmesinde, idari ve teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin yüklenicinin bilgisi olmadan değiştirilmemesi, yıllık izin kullanma sürelerinin belirlenmesi konusunda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda hareket edilmesi gibi düzenlemeler yer almakta ise de asıl işverenin denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğu nedeniyle bu tür düzenlemelere yer verilmesi olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle sözü edilen hükümler alt işverenlik sözleşmesinin, muvazaaya dayandığını göstermez. Keza, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olması da alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli değildir." (Y.9.H.D., 01/03/2010, E.:2009/48077, K.:2010/5206).

³¹ Bu yönde kararlar için bkz.: "Somut uyumsuzlukta, alt işveren işçilerinin devam cetveli ve devamsızlıklarının davalı belediye başkanlığı tarafından tutulduğu, asıl işverenin talimatı ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiği, alt işveren işçilerinin kullandığı araçların belediye başkanlığı tarafından temin edildiği anlaşılmaktadır. Bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacı başlangıçtan itibaren belediye başkanlığı işçisidir. Muvazaa olgusunun bu gerekçe ile kabul edilmesi gerekirken aksi yönde karar verilmesi yasal değildir." (Y.9.H.D, 12/2/2007, E.: 2007/2254 K.: 2007/2962); "Davalı Sağlık Bakanlığı'nın hastane işyerinde ihale ile verdiği temizlik hizmet işi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi anlamında yardımcı iş olup, alt işverene verilebilecek işlerdendir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren üstlendiği işi, sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Bir başka anlatımla, yönetim hakkı tamamen kendi yetkisindedir. Asıl işverenin sadece denetim yetkisi vardır. Alt işveren çalıştıracağı işçileri kendisi işe alır, kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SSK primlerini yatırır ve işten çıkarmada da yetkili kendisidir. Oysa davalı Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastane yönetimi ile temizlik hizmetini alan taşeron şirketler arasındaki ihale sözleşmeleri, teknik şartnameler incelendiğinde, işçilerin işe alınmalarında ve işlerine son verilmesinde tek yetkilinin hastane idaresi olduğu, hastane idaresi tarafından kurulacak komisyonun bu görevi yapacağı, firmaların işçi alım ve çıkarılmasında kesinlikle tasarruf sahibi olmayacağı anlaşılmaktadır. Keza çalışacakların çalışma koşullarının da Hastane yönetimince belirleneceği açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, alt işverenlerin çalıştırdıkları işçilerin üzerindeki yönetim hakkı tamamen asıl işveren tarafından kullanılmaktadır. Burada gerçek anlamda bir alt işveren-asıl işveren ilişkiden söz edilemez. Sözleşmeye göre, işçiler hastanenin yönetimi altında çalışırken, fesih kararını yine hastane vermektedir. Alt işveren kendi işçileri üzerinde yönetim hakkı kullanmamaktadır. Davacı işçi başlangıçtan itibaren davalı Sağlık Bakanlığı işçisidir. Temizlik işi verilen firmaların işverenlik sıfatı

şulu ya da işçi kadrosu olmaması nedeniyle istihdam edilememekte ve bu nedenle yasal hakları ödenerek işten çıkarılmaktadırlar. Bu durum eşitlik ve adalet duygusunu zedelerken, kamu kurum ve kuruluşlarına büyük bir mali yükümlülük getirmektedir.

3. ALT İŞVEREN UYGULAMASINA YAPILAN ELEŞTİRİLER

Alt işveren uygulamasına yapılan eleştiriler ve yaşanan sorunların ağırlıklı kısmını muvazaa konusu oluşturmaktadır. Yasada açıkça belirtilmeyen hususların Alt İşverenlik Yönetmeliği³² ile düzenlenmesi ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin “işveren” kimliğinin oluşmaması sorunu daha da karmaşık bir hale getirmektedir.

3.1 Muvazaa Uygulaması

Alt işverenlik uygulamasında 2003 yılından önceki yasal düzenlemelerde müteselsil sorumluluğun düzenlenmesi ile yetinilmiştir (Centel, 2008:39). 4857 sayılı Kanunla birlikte, alt işverene verilebilecek işler sınırlandırılmış, getirilen sınırlamalara aykırılık veya muvazaa halinde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu yaptırım türü Türk hukukuna özgüdür ve diğer ülkelerde böyle bir düzenlemeye rastlanmamaktadır (Canbolat, Ağustos 2010:104). Yasada muvazaalı uygulamanın yaptırımını düzenlerken, alt işverenlik ilişkisi bakımında hangi uygulamaların muvazaa sayılacağına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, Yasada yer almayan muvazaa tanımının Alt İşverenlik Yönetmeliği ve yüksek mahkeme kararlarıyla genişletilmesi haklı olarak eleştirilmektedir³³. Çünkü, muvazaa kavramı Borçlar Kanununun konusu olup, tarafla-

bulunmamaktadır.” (Y.9.H.D., 29/01/2007; E.: 2007/309, K.:2007/1006).

³² R.G. Tarihi: 27/09/2008, R.G. Sayısı: 27010.

³³ Eleştiriler için bkz.: Centel, a.g.m., s.41; Alpagut, a.g.m., s.1356; Aynı yönde diğer bir eleştiride ise şu şekildedir: İş Hukuku alanında özellikle alt işverenlik uygulamasında sıklıkla tarafların görüşünde yaptıkları sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını istedikleri görülmektedir. Bunun teknik olarak muvazaa şeklinde nitelendirilmesi mümkün değil iken Yargıtay kararlarında ve Alt İşveren Yönetmeliğinde böyle nitelendirilmesi uygulamadaki yozlaşmanın vardığı boyutu göstermesi açısından ilginçtir. Ayrıca Alt İşverenlik Yönetmeliğinin ile 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

rın üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşmadır. Muvazaada, üçüncü kişileri aldatmak kastı ile sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir³⁴. Dolayısıyla muvazaalı bir alt işverenlikte, görünürde bir alt işveren ilişkisi kurulmakla birlikte, gerçekte tarafların amacı alt işverenin işçilerine karşı asıl işverenin işveren sıfatını devam ettirmesi olmalıdır (Alpagut, 2008:1356).

Bununla birlikte Yargıtay, muvazaalı işlemlere işyeri devri hükümlerini uygulamıştır. Yüksek mahkeme, alt işverenler değiştiği halde işçilerin aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi ve son çalıştığı işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde, işçinin daha önceki alt işverenler nezdindeki haklarından da son alt işverenin sorumlu olduğuna hükmetmiştir³⁵. Bu husus, özellikle kamu kesiminde hizmet alımı ile çalıştırılan alt işveren işçilerinde sık karşılaşılan bir durumdur. Alt işveren iyi niyetli de olsa, sadece son bir yıldır çalıştırdığı bir işçinin daha uzun bir süreye ait kıdem tazminatını ve kıdeme bağlı diğer haklarını ödememesi veya ödememesi nedeniyle, sonuçta işçi ancak asıl işverene başvurmak suretiyle yasal haklarını alma yolunu tercih etmelerine yol açmaktadır. Asıl işverenin ödediği miktar için alt işverene rücu etmesi hukuken mümkün olması- na rağmen, uygulamada neredeyse imkânsız bir durumu yansıtmaktadır.

3.2 Kanunun Amacını Aşan Yönetmelik Hükümleri

5763 sayılı Kanun³⁶ ile yapılan değişiklik ve bu değişikliği takiben çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliğinde, “alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması bakımından alışılmışın dışında yeni bir yöntem öngörülmekte ve muvazaanın idari bir işlemle tespit edilebileceği” (Yılmaz, 2009:6) düzenlenmektedir. Bu düzenlemede, muvazaayı tespit yetkisinin iş müfettişlerine tanınması en çok eleştiri alan hususlardan biri olmuştur³⁷. Bununla birlikte, muvazaa incelenmesinin alt işverenlik ilişkisinin sınırlarının çi-

suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini içeren alt işverenlik sözleşmelerinin “kanuna aykırılık” hali nedeni ile geçersizliği hatalı olarak “muvazaa” olarak sayılmıştır. (Canbolat, Ağustos 2010, s.109).

³⁴ Y.9.H.D., 01/03/2010, E.: 2009/48077, K.: 2010/5206.

³⁵ Bkz.: Y.9.H.D., 05/05/2008, E.: 2008/13627, K.: 2008/11315; Y.9.H.D., 17/05/2007, E.: 2007/41208, K.: 2009/12875; Y.9.H.D., 07/12/2006, E.: 2006/13876 K.: 2006/32223.

³⁶ İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. Tarih: 26/05/2008 - R. G. Sayısı: 26887.

³⁷ Bkz.; Yılmaz, s.8; Centel, s.39-42; Alpagut, s.1356.

zildiği kanun hükmü ile sınırlı tutulması gerekirken, alt işverenliğin kurulma koşullarını içerecek şekilde genişletilmiştir. Ayrıca, asıl işveren ile alt işveren arasında yapılacak sözleşmede bulunması gereken konuları düzenleme yetkisinin idare tarafından belirlenmesine olanak yaratacak biçimde Yönetmeliğe bırakılması, Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesiyle de bağdaşmamaktadır (Centel, 2008:40; Alpagut, 2008:1353, 13656).

Yönetmeliğin, asıl işin ancak 'işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi' şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebileceğini açıkça belirtmesi de eleştiri konusu olmaktadır (Centel, 2008:41). Buna karşın, yüksek yargının "ile" ibaresini "ve" olarak kabul ederek³⁸, madde içerisinde anılan tüm koşulların birlikte gerçekleşmesini aramaktadır (Tuncel, 2010:54)³⁹.

Alt İşverenlik Yönetmeliği ile ilgili diğer bir eleştiri, alt işverenin üstlendiği işi bölerek bir başkasına verme yasağı ile (m.11/son) esnekliği engellediği ve Yasada yer almayan bir sınırlama getirerek hukuka aykırılık oluşturduğu, yargıyı ilgilendiren bir konu olan muvazaanın yasal düzenlenmeye konu olmasının küresel çağın temel özelliği olan esnekliğe aykırı olduğu şeklindedir (Centel, 2008:42). Ayrıca, Yönetmeliğin girişim özgürlüğü ve çalışma yaşamının gereklerine uygun olmadığı ileri sürülmektedir. Buna göre, işletmelere esneklik ve rekabet gücü sağlayan istihdamın dışsallaştırılması yöntemlerinden biri olan alt işveren ilişkisinin gereğinden fazla sınırlandırılmasının işverenleri fason üretim gibi farklı yöntemlere sevk edebileceğini, buna karşın, müteselsil sorumluluk hükmüyle alt işveren ilişkisinin işçi bakımından çok daha koruyucu nitelikte olduğu belirtilmektedir (Alpagut, 2008:1351, 1354).

Nihayet, Yönetmelikte alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübe-ye sahip olup olmadığı ile istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapıla-

³⁸ "4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde Yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 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." (Y.9.H.D., 01/03/2010, E.:2009/48077, K.:2010/5206).

³⁹ Aksi yönde görüşler: Süzek, s.146; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, s.68; Çelik, s.46; Alpagut, s.1357.

çak işe uygun olup olmadığının incelenmesi düzenlenmiştir (m.12/2; ç ve d bentleri). Bu iki esası tespit etme gereği ve imkânı olmadığı gibi, yeterli nitelikte işçisi olmadığı gerekçesiyle bir alt işverenlik ilişkisini muvazaa olarak nitelendirmek, temel haklar ve hukuk düzeninin genel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

3.3 İşveren Kimliğinin Oluşmaması

Alt işverenlerin, “fiili ve hukuki işveren” olmaktan ziyade “kaydi işveren” “bordro işveren” şeklinde faaliyet göstermeleri, onların işveren sıfatının sorgulanmasına neden olan bir diğer sorun alanını oluşturmaktadır. İşçiler; ücret bordrolarında, SGK bildirgelerinde, muhtasar beyannamelerde alt işverenin adına işlem görmelerine rağmen, işe alımlarda, iş sözleşmesinin devamı süresince emir ve talimat verilmesinde ve iş sözleşmesinin feshinde asıl işverenin müdahil olduğu görülmektedir. İşyerinde çalıştırılan alt işveren işçilerinin dolaylı veya doğrudan asıl işverenden talimat almaları, onun emir ve direktiflerine göre hareket etmeleri kendilerini asıl işverenin işçileri şeklinde kabul etmelerine yol açmaktadır. Özellikle kamu işyerlerinde karşılaşılan bu durum, alt işverenlik kurumunun kaydi bir takım formalitelerin ötesine gidilmediği göstermektedir. Bu durum, asıl işverenlik alt işverenlik ilişkisini, “personel temini” veya “bordro işverenliği”nden öteye taşıyamamaktadır (Koç, 2016:69-70).

4. 6552 SAYILI KANUNUN GETİRDİĞİ YENİ YAKLAŞIMLAR

10/9/2014 tarihinde kabul edilen 6552 sayılı Kanun, birçok kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklik yapmakta ve yeni düzenlemeler içermektedir. Yasanın çıkarılış amacını ise, yeraltı işlerinde özellikle de madenlerde çalışan işçilere yönelik düzenlemeler ile işçi işveren ilişkilerinin en önemli sorun alanı haline gelen alt işverenlik uygulamasına ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır⁴⁰.

⁴⁰ 30/5/2015 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan Kanun Tasarısının Genel Gerekçe bölümü şu ifadelerle başlıyor: “İşverenlere işyerindeki mal ve hizmet üretimini bir başka işverenin işçileri aracılığıyla gerçekleştirme imkanı sağlayan asıl işveren-alt işveren ilişkisi, 1936 tarihinden bu yana mevzuatımızda yer almakla birlikte son yıllarda daha çok öne çıkan bir uygulama haline gelmiştir. 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden bu yana, uygulamada karşılaşılan sorunlar, yargı kararları açısından yapılan değerlendirmeler ve akademik çalışmalar incelendiğinde, çalışma hayatının tüm taraflarının asıl işveren-alt işveren

Çalışma hayatının gereksinimlerinden biri olan ve ekonomik koşulların etkisiyle 1980'li yıllarda yaygınlaşmaya başlayan alt işverenlik uygulaması, 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanunun sınırlayıcı düzenlemesine rağmen son dönemde özellikle de kamu kesimi uygulamalarında yaşanan sorunlar nedeniyle yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Yardımcı işler ile işin bir bölümünün ayrı uzmanlık veya teknoloji gerektirmesi ve buna bağlı olarak kaliteli mal veya hizmet üretiminin yapılabilmesi için kabul edilebilir görülen alt işverenlik uygulaması; işgücü maliyetlerinin azaltılması, yasal yükümlülüklerden kaçınılması veya işçilerin örgütlenmelerinin engellenmesinin bir aracı haline dönüştürülmüştür. Nitekim, aldığı işi kendi işçi grubuyla bağımsız bir biçimde yürütmesi gereken alt işverenin, hangi işçilerin işe alınacağı ve işten çıkarılacağı, çalışma koşulları, iş süreleri, izin günleri gibi 'emir ve talimat verme' yetkisinden mahrum bırakılması, bu ilişkinin varlığını tartışmalı hale getirmiştir. Alt işveren işçisini daha zayıf bir statüye getiren bu uygulama, çalışma hayatında adeta yeni bir işçi türü algısı yaratmıştır. Kamu kurumlarının personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımları nedeniyle ortaya çıkan alt işverenlik ilişkisinde bu durumun daha yoğun bir biçimde yaşandığı görülmektedir.

Alt işveren işçilerinin uğradığı hak kayıpları ile kullanılmayan yasal haklarını güvence altına almayı amaçlayan 6552 sayılı Kanun, 4857 sayılı İş Kanunu ile kamu ihale mevzuatında köklü değişiklikler öngörmektedir.

4.1 Kamu İhale Mevzuatında Yapılan Değişiklikler

Alt işverenlik uygulamaları bakımında 6552 sayılı Kanunda yapılan düzenlemeler; kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan alt işverenlik sözleşmeleri ve uygulamalarının iş mevzuatına uyumunun sağlanmasını, alt işveren yanında çalışan işçilerin hak kayıplarının sosyal hukuk devleti olmanın gereklerine uygun olarak ortadan kaldırılmasını ve alt işverenlik ilişkisinin kanuni sınırlar içinde özellikle kamu kesiminde daha sınırlı fa-

ilişkisinin değişime ihtiyaç duyulan bir alan haline geldiğini göstermektedir. Bu kapsamda; -Alt işveren işçilerinin iş mevzuatından kaynaklanan haklarını kullanmalarını sağlayan, hak kayıplarını ortadan kaldıran, ücretlerini garantiye alan, -Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan alt işverenlik sözleşmeleri ve uygulamalarının iş mevzuatına uygunluğunu sağlayan, -Alt işverenlik ile ilgili düzenlemeler ile alt işveren yanında çalışan işçilerin hak kayıplarının sosyal hukuk devleti olmanın gereklerine uygun olarak ortadan kaldırılması, alt işverenlik ilişkisinin kanuni sınırlar içinde özellikle kamu kesiminde daha sınırlı fakat işlevsel olarak kullanılmasına imkan sağlayan, /... düzenlemeler yapılmaktadır." (Bkz.: <http://www.tbmm.gov.tr>)

kat işlevsel olarak kullanılmasını amaçlamıştır. Bu başlık altında, öncelikle kamu kurumlarının hizmet alım ihaleleriyle ilgili olmak üzere getirilen yeni yaklaşımlar incelenecektir.

4.1.1 Yardımcı işlerin belirlenmesi

Alt işverenlik, işyerinde işçi çalıştıran (işin tamamını başka bir işverene devretmeyen) asıl işverenin varlığına bağlı bir ilişkidir. Bununla birlikte, işin asıl işverene ait işyerinde yapılıyor olması gerekmektedir. Alt işveren işçileri de, asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin 'yardımcı işlerde' çalıştırılmalıdır. Alt işveren ilişkisinin 'asıl işin bir bölümünde' kurulabilmesi ise, *'işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren'* bir işin varlığına bağlıdır. Ayrıca, asıl işverene ait işçinin alt işveren işçisi ile birlikte çalıştırılmaması gerekmektedir. Bu kurallara uyulmayarak özellikle kamu kesiminde alt işveren işçilerinin hizmet alımı yoluyla asıl işlerde, görece düşük ücretlerle ve yasal hakları kullandırılmadan çalıştırılmaları çok sayıda muvazaa kararına yol açmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda (m.62/1-e) değişiklik yapılarak personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında kamu makamlarının uyması gereken kurallar belirlenmiştir (6552 sayılı Kanun, m.10). Buna göre, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde ihaleye çıkılabilecektir. Yardımcı işlere ilişkin hizmet türleri ise idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuat, yerleşik yargı içtihatları ve İş Kanunundaki düzenlemeler dikkate alınmak suretiyle Bakanlar Kurulunca belirlenecektir. Dolayısıyla, kamu idarelerinde 'yardımcı iş' olarak belirlenecek olan işlerde hizmet alım suretiyle personel istihdam edilebilecek; 'asıl işin bir bölümünde' hizmet alım suretiyle personel istihdam edilebilmesi 'işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme' koşulu varsa mümkün olabilecektir.

Yapılan düzenleme, yargı kararları ve 4857 sayılı İş Kanunu ile uyumlu olup, iş davalarında önemli ölçüde azalmaya yol açacaktır. Ancak, kamu kesiminde yardımcı iş ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş kriteri dikkate alınmadan asıl işlerin de alt işverene devredildiği, alt işverenlik uygulamasına ilişkin bu fiili durum nedeniyle yeni düzenlemeye uyum sağlamanın oldukça uzun bir zaman alacağı ileri sürülmektedir (Aydın, 2015:24).

4.1.2 Uygun Görüş Alınarak İhaleye Çıkılması

4734 sayılı Kanunun 62'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamındaki (danışmanlık hizmet alımları hariç) personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında, ihaleye çıkılmadan önce ilgili mercilerden uygun görüş alma zorunluluğu getirilmiştir (6552 sayılı Kanun, m.11). Kamu kurum ve kuruluşlarının yürüttükleri mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işlerinde, İş Kanunu hükümlerini dikkate almayarak alt işveren işçisi çalıştıran kamu görevlilerine de hukuki ve idari sorumluluk yüklenmiştir⁴¹.

4734 sayılı Kanunda (Ek Madde 8) yapılan düzenleme ile; kamu kuruluşlarının 'asıl' veya 'yardımcı' işlerinde, personel çalıştırılmasına dayalı hizmetler için ihaleye çıkılmadan önce ilgisine göre Maliye Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı veya Özelleştirme İdaresi Başkanlığından 'uygun görüş' alınması zorunlu kılınmıştır. Düzenleme; personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihaleleri kapsamında çalıştırılan personelin ihale ve sözleşme konusu iş dışında başka bir işte çalıştıramayacağı veya görevlendirilemeyeceğini de hükme bağlanmıştır.

Bu kapsamsa; personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihalesine çıkılmaması gerektiği halde çıkılması, uygun görüş alınması gereken hallerde uygun görüş alınmadan ihaleye çıkılması, ihale kapsamında çalıştırılan personelin sözleşme konusu işler dışında çalıştırılması ya da İş Kanununa aykırılık oluşturacak şekilde işlem ve eylem yapılması nedeniyle idare aleyhine oluşacak zararlar, zarara neden olduğu tespit edilen kamu görevlisinden rücu edilmek suretiyle tahsil edilecektir. Bununla birlikte, disiplin hükümleri saklı kalmak üzere, kamu görevlisine her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemenin *beş katı tutarında* idari para cezası uygulanacaktır⁴².

⁴¹ Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlendiği yönetmelik, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konulmuştur. (Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Uygun Görüş Alınması, Görevlilerin Sorumlulukları ile Yaptırımlar Hakkında Yönetmelik, R. G. Tarihi: 6/2/2015, R. G. Sayısı: 29259)

⁴² 4/4/2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanun (Geçici Madde 1), kamu görevlilerine sorumluluk getiren 4734 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasını 31/12/2015 tarihine

4.1.3 Toplu İş Sözleşmesi Fiyat Farkı Ödenmesi

Alt işveren ilişkisinin genelde bir yıl ve daha az süreli kuruluyor olması, alt işveren işçilerinin değişik işyerlerinde farklı zamanlardaki çalışmaları ve çalıştıkları asıl işveren işyerlerinin girdikleri işkoluna dâhil edilmemeleri gibi yapısal sorunlar, alt işveren işçilerinin sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık haklarını önemli ölçüde engellemektedir. Bu hukuki özellikleri nedeniyle toplu sözleşmeden yararlanmaları yok denecek kadar az olan alt işveren işçilerinin, muvazaa hükümleri (4857/m.2/7) kapsamında açtıkları davalar sonucunda (alt işveren işçisinin asıl işveren işçisi sayılması şeklinde verilen yargı kararları ile) asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanabildikleri görülmektedir (Aydınlı, 2014:94).

Söz konusu soruna çözüm getirmeyi amaçlayan 6552 sayılı Kanun (m.13), kamuda faaliyet gösteren alt işveren işyerlerinde toplu iş sözleşmesi sürecine ilişkin olarak daha önce benzeri ve uygulaması olmayan bir yöntemle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri kapsamında ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi kamu kurum ve kuruluşlarında faaliyet gösteren alt işveren işyerlerinde bağıtlanacak olan toplu iş sözleşmelerinde, kamu işveren sendikalarının alt işveren adına yer almasına olanak tanımıştır (Aydın, 2015:27-28).

4735 sayılı Kanunda (m.8/3) yapılan düzenleme ile; kamu kurumlarınca alt işverene verilen işlerde çalıştırılan alt işveren işçilerinin örgütlendiği işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla 'kamu işveren sendikalarından birisi tarafından' yapılacak olan toplu iş sözleşmelerinde, ihale bedelinde oluşacak 'ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı' ödeneceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda çıkarılan Yönetmelik⁴³, işçi sendikasının sözleşme konusu işin 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olduğuna ilişkin ihale sözleşmesini yürüten kamu kurum ve kuruluşundan alacağı belgeyi yetki tespit başvurusuna eklemesini (Yönetmelik, m.4/2) zorunlu kılmıştır. Ayrıca, alt işverenin yetki belgesinin kendisine tebliğ

ertelemiştir (R. G. Tarihi: 23/4/2015, R. G. Sayısı: 29335).

⁴³ Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin belirlendiği yönetmelik, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınarak Maliye Bakanlığınca yayımlanmıştır (Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesine Dair Yönetmelik, R. G. Tarihi: 22/1/2015, R. G. Sayısı: 29244; Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, R. G. Tarihi: 17/3/2015, R. G. Sayısı: 29298).

edildiği tarihten itibaren en geç on gün içerisinde yetkilendirmeyi yapması (Yönetmelik, m.4/3) gerekli kılınmıştır.

4.1.4 İhalelerin Üç Yıllık Yapılması

Kamuda çalışan alt işveren işçilerinin en temel sorunlarının başında; ihalelerin birer yıllık yapılması nedeniyle kıdeme bağlı haklarını kazanamamaları, sürekli olarak işlerini kaybetme endişesi taşımaları ve toplu sözleşme yapma konusunda fiili imkânsızlık yaşamaları gelmektedir. Kamu hizmet alımlarının daha düzenli bir yapıya kavuşturulması ve mali yönden daha güçlü yüklenicilerin sözleşmenin tarafı olması amacıyla, süreklilik arz eden ihale sürelerinin üç yıllık yapılması öngörülmüştür (6552 sayılı Kanun, m.14/2). 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda (m.28) yapılan bu değişiklik, yüklenici (alt işveren) yanında çalışan işçilerin bireysel ve toplu iş hukuku mevzuatından kaynaklanan yasal haklarını daha etkin kullanmasına imkân sağlamayı ve sözleşme süresinin sona ermesi nedeniyle alt işveren işçilerinin her yıl işten çıkarılma endişesi yaşamalarını önlemeyi amaçlamaktadır.

Buna göre, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin 4734 sayılı Kanunun 62'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olan işlerden yemek (malzemesiz), koruma ve güvenlik, temizlik gibi sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımlarında yüklenme süresi *üç yıl* olarak belirlenmiştir. Ancak, işin niteliğinden veya süresinden kaynaklanan zorunlu hallerde, gerekçe gösterilmek kaydıyla ilgili idarenin üst yöneticisinin kararıyla bu süre kısaltılabilecektir.

4.2 İş Kanununda Yapılan Değişiklikler

Kamu kesiminde yıllarca aynı işyerinde çalışmalarına rağmen, alt işveren işçilerinin değişen alt işverenler nedeniyle kıdeme bağlı haklarını ya hiç alamadıkları ya da uzun yargı süreçleriyle karşı karşıya kaldıkları bilinmektedir. Benzer uygulama, alt işveren işçilerinin ücretlerinin ödenmesinde (hiç ödememe, geç ödeme, eksik ödeme) de görülmektedir. Bu başlık altında, *asıl işveren-alt işveren* uygulamasına yönelik olarak 4857 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ele alınacaktır.

4.2.1 İşyerini Bildirme

4857 sayılı Kanunun “işyerini bildirme” başlığıyla düzenlenen 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası 15/5/2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değiştirilmiş ve aynı maddeye ek fıkralar eklenmiştir. Bu kapsamda, alt işverenin asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve diğer gerekli bilgilerle birlikte mal ve hizmet ürettiği kendi işyerinin tescili için bildirim yapmakla yükümlü bulunduğu; bildirim üzerine yapılacak tescil işleminin ardından alt işverenin işyerine ait belgelerin ‘gerektiğinde’ iş müfettişleri tarafından inceleneceği ve yapılan inceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespit edilmesi halinde buna ilişkin gerekçeli müfettiş raporunun işverene tebliğ edileceği; işverenin de, tebliğ edilen müfettiş raporuna yetkili iş mahkemesine altı iş günlük süre içinde itiraz edebileceği ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olacağı hükme bağlanmıştı. Muvazaalı alt işveren ilişkisinin tespitinin iş müfettişlerince yapılmasını amaçlayan söz konusu düzenleme, müfettiş raporuna yönelik işveren itirazlarının da ilk derece mahkemesinde kesin sonuca bağlanmasını öngörmüştür. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına dayanılarak çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği, müfettişlere yön gösteren muvazaa ölçütlerini belirlemiştir. Muvazaalı alt işveren ilişkisinin tespiti halinde ise idari para cezası öngörülmüştür. Ayrıca, teftiş incelemesi sonucuna yönelik üst yargı yolu imkânı olmaksızın verilen ilk derece mahkemelerinin kesinleşmiş muvazaalı alt işveren ilişkisi kararları, işçi alacaklarına ilişkin açılan davalarda kesin hüküm ya da kesin delil teşkil etmiştir (Aydın, 2014:78-79).

4857 sayılı Kanunun “İşyerini bildirme” başlıklı 3’üncü maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik sonucu *altı iş günlük* itiraz süresini *otuz güne* çıkarılmış, işverenin müfettiş raporuna itirazı üzerine kesin olan iş mahkemesinin kararına karşı *temyiz yolunu* açılmıştır (6552 sayılı Kanun, m.1). Aynı madde ile muvazaanın varlığına ilişkin müfettiş raporuna itirazın iş mahkemesi ve temyiz merciinde görülme usulü de düzenlenmiştir. Buna göre, itiraz üzerine görülecek olan davanın seri muhakeme usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılacağı, mahkemece verilen kararın temyizi halinde ise Yargıtay’ın altı ay içinde kesin olarak karar vereceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca kamu idarelerinin (asıl işveren), müfettişin muvazaa tespit raporuna karşı yetkili iş mahkemesine ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurması zorunlu tutulmuştur⁴⁴.

⁴⁴ 6552 sayılı Kanunla (m.11) kamu görevlilerine sorumluluk getiren 4734 sayılı Kanunun ek

Ancak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde tamamıyla hukuki bir konu olan muvazaa tespitinin iş müfettişinin yetkisine bırakılmasına ilişkin düzenlemenin devam edecek olması, bu konudaki tartışmaların ve eleştirilerin devam etmesi sonucunu doğuracaktır (Ertürk, 2015:177-178). Kanaatimizce, işverenlere tek bildirim yükümlüğü getiren 5838 sayılı Kanun⁴⁵ nedeniyle 4857 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının idari işlemlerin tekrarının önüne geçmek ve mevzuatın sadeleştirilmesi sağlamak amacıyla madde metninden çıkartılması daha uygun olacaktır⁴⁶. Bununla birlikte, alt işverenlik ilişkisinin muvazaa olduğu dair müfettiş raporuna karşı, kamu idareleri için yeterli olmayan *altı iş günlük* itiraz süresinin *otuz güne* çıkartılmış olması ve içtihat oluşması açısından iş mahkemesinin kararına karşı *temyiz* yolunun açılması olumlu bir adım olarak değerlendirilmektedir.

4.2.2 Hakedişlerden Ücret Kesme Yükümlülüğü

Alt işveren işçilerinin aylık ücretlerinin tam veya zamanında ödenmemesi temel sorun alanlarından bir diğerini oluşturmaktadır. Bu sorunun çözümü amacıyla 4857 sayılı Kanunun “Kamu makamlarının ve asıl iş-

8 inci maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde; 4857 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen itiraz veya diğer kanun yollarına başvurmayan kişilere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil, yapılan bir aylık net ödemelerin *iki katı tutarında idari para cezası* uygulanacağı düzenlenmiştir.

⁴⁵ 18/2/2009 tarihli Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (R. G. Tarihi: 28/2/2009 (Mükerrer), R. G. Sayısı: 27155).

⁴⁶ 4857 sayılı İş Kanununun ikinci fıkrasında yer alan işyeri bildirimine ait düzenleme, 18/2/2009 tarih ve 5838 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile 31/5/2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen “Kuruma yapılan bazı bildirimlerin yeterli sayılması” başlıklı Ek Madde ile işlevsiz hale gelmiştir. Bu madde hükmüne göre Bakanlık ve Türkiye İş Kurumunun ilgili birimlerine yapılacak bildirimlerin Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılması yeterli görülmekte ayrıca 5510 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin sekizinci fıkrasında alt işverenin işyeri bildirimini düzenlenmektedir. Ayrıca ikinci fıkrada yer alan fakat işyeri bildirimini ile ilgili bir düzenleme olmayan alt işverenlik sözleşmesinin gerekli görüldüğü durumlarda incelenmesine ilişkin hüküm, uygulamada etkin olarak kullanılmamaktadır. Bunun yanı sıra, işyeri bildirimlerinin tek bildirim esas alınarak Sosyal Güvenlik Kurumu aracılığıyla alınması nedeniyle ikinci fıkranın fiilen uygulanması mümkün görülmediğinden, mevzuatın sadeleştirilmesi amacıyla yürürlükten kaldırılmalıdır. Üçüncü fıkrada yer alan ticaret sicil memurluklarınca yapılan bildirimle ilişkin düzenleme de, bildirim aynı zamanda Sosyal Güvenlik Kurumuna da yapılması nedeniyle idari iş süreçlerinde tekrarın önlenerek tek bildirim yeterli sayılması dikkate alınarak yürürlükten kaldırılması gerekmektedir. Dördüncü fıkrada yer alan ve uygulamada sorunlara yol açan Yönetmelik düzenlemesinin de, alt işverenlerin, aldıkları işin niteliğine uygun sözleşme yapması ve işyeri bildirimine ilişkin genel hükümlere uyması yeterli sayılacağından yürürlükten kaldırılmalıdır.

verenlerin hakkeğişlerinden ücret kesme yükümlülüğü” başlıklı 36 ncı maddesinin beşinci fıkrası değiştirilmiştir (6552 sayılı Kanun, m.3). Alt işveren işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğinin kontrol edilmesi, sınırlı kapsamdaki işler (her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işleri) için ve sadece kamu işverenlerine bir yükümlük getirmektedir (m.36/1-2-3). Özel sektör işverenlerinin bu yetkiyi kullanabilecekleri hükme bağlanmış, ancak zorunlu tutulmamıştır. Maddenin beşinci fıkrası “İşverenler, alt işverene iş vermeleri halinde, bunların işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin başvurusu üzerine veya aylık olarak resen kontrol etmekle ve varsa ödenmeyen ücretleri hak edişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür.” şeklinde değiştirilerek, özel sektör işverenleri için ihtiyari olarak kullanılan bu yetki, kamu-özel tüm işverenler için zorunlu hale getirilmiştir.

Kanun koyucu, asıl işverenlere aylık kontrol ve resen ödeme yapma yükümlülüğü getirmekle yetinmeyerek, asıl işverence verilen asıl ya da yardımcı işin konusu bakımından önceki düzenlemede yer alan sınırlamalar ile hakediş dönemi içindeki üç aylık ücret sınırını da kaldırmak suretiyle ödenmeyen ücretlerin tamamını kapsamına almıştır. Asıl işverene alt işveren işçisinin ücret alacağını kontrol etme ve ödenmeyen ücretlerin tamamını hakedişten kesme yükümlülüğü ile alt işveren işçilerinin ücretlerini tam olarak ve zamanında almaları sağlanmış oldu. Bununla birlikte, alt işveren tarafından ödenmeyen işçi ücretlerine ilişkin asıl işverenin kanundan doğan müteselsil sorumluluğundan dolayı açılacak olan alacak davalarının ortaya çıkardığı maliyetler de önlenmiş olacaktır (Aydınlı, 2014:84).

4.2.3 Yıllık Ücretli İznin Kullandırılması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren değiştığı halde işçinin aynı işyerinde aralıksız olarak çalışmaya devam ettiği sıkça görülmektedir. Bunun en tipik örneğini, hastanenin temizlik işini alan firmanın sözleşme süresi sona ermesi nedeniyle ayrılması, ihaleyi kazanan başka bir temizlik firmasının aynı işçilerle çalışmaya devam etmesi oluşturmaktadır (Ertürk, 2015:185).

Değişen alt işverenler yanında aynı işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanmaları ve bu izni kullanmalarına ilişkin uygulama sorununun giderilmesi amacıyla, 4857 sayılı Kanunun “Yıllık ücretli iznin

uygulanması” başlıklı 56 ncı maddesine yedinci fıkraya eklenmiştir (6552 sayılı Kanun, m.3). Düzenleme ile, aynı işyerinde bir yıllık çalışma süresini dolduran alt işveren işçisinin hak ettiği yıllık ücretli izin, iş edimini sunduğu son işverence kullanılacağı hükme bağlanmış ve alt işverenin ayrıldığı fakat işçilerin aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği durumlarda işçilerin yıllık izin açısından hak kayıpları önlenmiştir. Bununla birlikte, asıl işverenlere alt işveren işçilerinin yıllık ücretli izinlerini kullanıp kullanılmadığını denetleme yükümlülüğü de getirilmektedir. Bu kapsamda, asıl işveren, alt işveren işçisinin bu izni kullanıp kullanmadığını kontrol etmek ve kullanmadıysa kullanılmasını sağlamakla; alt işveren de, tutmak zorunda olduğu izin kayıt belgesinin bir örneğini asıl işverene vermekle yükümlü tutulmuştur.

4.2.4 Kıdem Tazminatının Ödenmesi

Alt işveren işçilerinin temel sorunlarının başında, kıdem tazminatına hak kazanamamaları veya hak kazandıkları halde alamamaları gelmektedir. Alt işverenlerin her yıl değişmesi nedeniyle alt işveren işçilerinin büyük bir kısmı bir yıllık çalışma koşulunu sağlayamadıkları, kıdem koşulu sağlansa bile alt işverenlerin ihale konusu işin maliyetini hesaplarken kıdem tazminatını bu hesaplama dâhil etmemeleri nedeniyle bu tazminatın öden(e)mediği bilinmektedir. Bu kapsamda doğan uyumsuzluk durumunda alt işverene ulaşmakta güçlük çekilmesi nedeniyle birlikte sorumluluk esas alınarak ödemenin tümünün asıl işverene (kamuya) bırakıldığı, bunun da ötesinde, işçilerin alt işverene hiç başvurmadan doğrudan asıl işverene dava açma yoluna başvurduğu görülmektedir (Aydınlı, 2014:90-91).

Alt işveren işçilerinin hak kazandığı kıdem tazminatı tutarının ilgili kamu kurumu tarafından doğrudan işçinin banka hesabına yatırılmasını sağlamak amacıyla 4857 sayılı Kanunun “Bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kıdem tazminatı” başlıklı 112’inci maddesinde bir dizi düzenleme yapılmıştır (6552 sayılı Kanun, m.8). Belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenlemeden sadece Kamu İhale Kanununun 62’nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında çalıştırılan alt işveren işçileri yararlanabilecektir⁴⁷.

⁴⁷ Bu madde kapsamında alt işveren yanında çalışan işçilerin bu işyerlerinde geçen hizmet süresinin hesabı, alt işverenden ve alt işveren işçisinden istenecek belgeler ve ödeme süresi ile ilgili diğer usul ve esasları öngören yönetmelik, Maliye Bakanlığı ve Kamu İhale Kurumunun görüşleri alınarak

Alt işveren işçilerinin kıdem tazminatının kamu kurumu tarafından ödemesi, üç farklı duruma göre ayrı ayrı düzenlenmiştir.

1. Aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde çalışmış olan alt işveren işçileri: Bu kapsamdaki işçilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarında, aynı ya da farklı işverenlerce çalıştırılıp çalıştırılmadıklarına bakılmaksızın işyerindeki toplam çalışma süreleri, son alt işverenle yapılan iş sözleşmeleri kıdem tazminatını hak edecek şekilde sona ermesi kaydıyla, ilgili kamu kurum veya kuruluşu tarafından, banka hesaplarına yatırılmak suretiyle ödenecektir (m.112/2-a).

2. Aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi kapsamında farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan alt işveren işçileri: Bu işçilerin kıdem tazminatları; iş sözleşmesi kıdem tazminatını hak edecek şekilde sona ermesi kaydıyla, çalıştırıldıkları son kamu kurum veya kuruluşu tarafından, farklı kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenecektir (m.112/2-b).

3. Alt işverenle yapılan iş sözleşmesi sona ermeyen, ancak 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında (özel sektörde) çalışırken kıdem tazminatına hak kazanan işçiler: İşçinin, alt işveren ile Kamu İhale Kanunu kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalışmasına ilişkin yapmış olduğu iş sözleşmesi devam ederken, alt işveren tarafından, bu işyerleri dışında bir işyerinde çalıştırılması durumunda ödenecek kıdem tazminatı farklı özellik taşımaktadır. Bu şekilde çalışmakta iken kıdem tazminatını hak edecek şekilde iş sözleşmesi sona eren işçinin kıdem tazminatı; yazılı talebi üzerine, kıdem tazminatının söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen süreye ilişkin kısmı, kamu kurum veya kuruluşlarına ait çalıştığı son işyerlerindeki ücretinin yılları itibarıyla asgari ücret artış oranları dikkate alınarak güncellenmiş miktarı hesaplanarak, son kamu kurum ve kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenecektir (m.112/3).

İşçinin farklı kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalışması halinde, ödeyecekleri kıdem tazminatı için merkezi yönetim kapsamı dışın-

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yayımlanmıştır. (Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımları Kapsamında İstihdam Edilen İşçilerin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi Hakkında Yönetmelik, R. G. Tarihi: 8/2/2015, R. G. Sayısı: 29261).

daki kamu idarelerinin birbirlerine rücu etmeleri zorunlu tutulmuştur (m.112/4).

Kamu kurum ve kuruluşlarının alt işveren işçisinin kıdem tazminatını hangi bütçe ya da gider kaleminden ödeyeceği de açık bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, kıdem tazminatı tutarının, 4734 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında belirtilen işyerleri için *açılacak bütçe tertibinden*, (b) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde ise *hizmet alımı gider kaleminden, ödeneğin yetip yetmediğine bakılmaksızın* ödenmesi gerekmektedir (m.112/5).

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin etkisiyle tüm dünyada hemen her alanda yaşanan hızlı değişim çalışma ilişkilerine ve çalışma hayatını düzenleyen hukuk düzenine de yansımıştır. Alt işverenlik konusunda, özellikle 1980 sonrası dönemde ülkemizde birçok olumsuzluk yaşanmıştır. Alt işverenlik uygulaması, işveren kesiminin değişen ekonomik ve teknolojik alt yapıya bağlı ihtiyaçlarından doğmuştur. Alt işverenliği sınırlayan düzenlemeler ise, işçi kesiminin yaşadığı sorunlardan kaynaklanmıştır. Bu amaçla, asıl işveren-alt işveren ilişkisi uygulamada karşılaşılan sorunlar ve Yargıtay'ın kararları doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu ile yeniden düzenlenmiştir. Ancak, 2003 tarihinde ve sonrasında yapılan her düzenleme sorunu derinleştirip daha da karmaşık bir hale getirmiştir.

2003 yılı ve sonrasında yapılan düzenlemeler sonucunda, alt işverenlik ilişkisinin katı bir mevzuatın hâkimiyetine girdiği ve işletmelere esneklik sağlaması umulan bu uygulamanın işlevsiz hale getirildiği sıkça dile getirilen bir husustur. Buna karşılık, alt işverenlik ilişkisindeki aşırı kuralsızlığın çalışanlar üzerinde sömürüye yol açma riskini taşıyacağı gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle, alt işverenin üstlendiği işi bölerek bir başkasına verme yasağı, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaması ve benzeri sınırlar çizen düzenlemeler yapılmış, bu ilişkinin görece zayıf konumunda bulunan nesnesini koruyacak sosyal devlet refleksi ile hareket edilmiştir.

Çalışanları koruma saikıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasını güçleştirici katı kurallar konulması, işverenlerin kayıt dışılığa kayması

sonucunu da doğurmamalıdır. Bu konudaki öncelik, alt işverenliği olabilirdiğince sınırlamalardan uzak, fakat çalışanların bu süreçte kötü niyetli uygulamalardan etkilenmeyecekleri şekilde haklarının güvence altına almak olmalıdır. Bu nedenle, mevcut düzenlemeye daha katı bir anlam yüklemek yerine, çalışanların haklarını güvence altına alan bir sistem geliştirmek daha işlevsel olacaktır. Çünkü, alt işverenlik ilişkisinin tamamen kötü niyetli uygulamaları içermediği ve bir ihtiyaçtan doğduğu görüşü genel kabul gören bir husustur. Ayrıca, işsizliğin halen önemli bir sorun olarak görüldüğü ülkemizde, alt işverenlik uygulamasını işletmelerin esneklik ihtiyacına cevap veremeyecek derecede kısıtlayarak uygulanamaz hale getirmenin rasyonel olmadığı da açıktır.

Bu kapsamda, alt işveren uygulamasında yaşanan sorunlara çözüm üretmek amacıyla çıkartılan 6552 sayılı Kanunun getirdiği temel yaklaşım özetlenerek, sisteme ilişkin eksiklikler ile yapılması gereken yasal düzenlemeler hususunda öneriler sunulacaktır.

1. 6552 Sayılı Kanunun Genel Yaklaşımı

- Yardımcı işlere ilişkin hizmetlerde personel çalıştırılmasına dayalı ihalelere, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelinin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde çıkılabilecektir. İhaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini ise, idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı yayımlanmamıştır.
- Personel çalıştırılmasına dayalı hizmetler için ihaleye çıkılmadan önce Maliye Bakanlığında (KİT'lerde Hazine Müsteşarlığı, özelleştirme programındaki kuruluşlarda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı) uygun görüş alınacaktır.
- Uygun görüş almadan alt işveren ihalesine çıkan veya ihale konusu iş dışında işçiyi çalıştıran kamu görevlisi hakkında idari para cezasının uygulanacağı düzenlenmiş ve neden olacağı zarardan sorumlu tutulmuştur. Bu hükmün yürürlüğü sürekli ertelenmiş ve uygulama alanı bulamamıştır.
- Süreklilik arz eden hizmet alımlarının üç yıllık yapılması sağlanarak alt işverenliğin daha düzenli hale getirilmesi, işçilerin de

iş mevzuatından kaynaklanan kıdeme bağlı haklarını elde etmeleri amaçlanmıştır. Bu hüküm yürürlükte olmasına rağmen uygulanmamaktadır.

- Alt işverenlikle ilgili yargı kararlarına Yargıtay'da temyiz imkânı sağlanmış ve içtihat oluşmasının yolu açılmıştır.
- Alt işveren işçilerinin örgütlendiği işçi sendikası ile alt işverenin yetki verdiği kamu işveren sendikası arasında toplu iş sözleşmesi yapılması durumunda ihale bedelinde oluşacak artışın idare tarafından ödenmesi sağlanmıştır. Ancak, kamu işveren sendikaları yetkilendirilmelerine rağmen yeterli kurumsallaşma sağlayamadıkları için toplu pazarlık süreçlerine katılamamakta, uyuşmazlık durumunda ise sözleşmenin bir yıldan az olamayacağı gerekçesiyle toplu iş sözleşmesinden imtina etmektedirler. Bu nedenle fiyat farkı ödenmesi Yüksek Hakem Kurulunca karara bağlanan sözleşmelerle sınırlı kalmaktadır.
- Asıl işverenlere, alt işveren işçilerinin ücret alacaklarını aylık olarak kontrol etmesi ve varsa ödenmemiş ücretlerini doğrudan işçinin banka hesabına yatırması yükümlülüğü getirilerek, işçilerin ücretlerinin tam ve zamanında ödenmesi sağlanmıştır.
- Değişen alt işverenler yanında aynı işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanmaları ve bu izni kullanmaları iş edimini sunduğu alt işverenin sorumluluğuna verilmiş; alt işveren işçisinin bu izni kullanıp kullanmadığını kontrol etme, kullanmadıysa kullanmasını sağlaması ise asıl işverene yüklenmiştir.
- Alt işveren işçilerinin hak kazandığı kıdem tazminatı tutarının ilgili kamu idaresi tarafından doğrudan işçinin hesabına yatırılması sağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, alt işveren uygulamaları bakımından özellikle kamu kesiminde çalışan alt işveren işçilerinin uygulamadan kaynaklanan nedenlerle hak kazanmadığı yasal hakları büyük ölçüde güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, 6552 sayılı Kanunun esasını oluşturan birçok hüküm ne yazık ki uygulama alanı bulamamıştır. Bu hükümlerin en başında ise, kamu idareleri için ihaleye çıkılabilecek yardımcı işleri belirleyecek Bakanlar Kurulu Kararının çıkarılamamış olması gelmektedir.

2. Alt İşverenlik Düzenlemesindeki Eksiklikler

İş Yasasının asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen 2 nci ve 3 üncü maddelerinde (temyiz düzenlemesi hariç) herhangi bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle sistemin işeyişindeki temel sorun alanları giderilememiştir. Çözüm üretilmeyen hususları şu şeklide özetlemek mümkündür.

- Asıl işler bakımından yasadaki 'işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler' ifadesine herhangi bir açıklık getirilmemiştir.
- Türk iş hukukuna özgü bir yaptırıma bağlanan ve muvazaa halinde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağı hükmü korunmuştur.
- Borçlar hukukunun konusu olan muvazaa kavramının İş Yasasında düzenlenmesi ve yasal düzenlemenin öngörmediği şekilde yönetmelik ve yargı kararlarıyla genişletilmesine getirilen eleştiriler karşılanmamıştır.
- Muvazaalı işlemlere yargı kararlarıyla işyeri devri hükümlerinin uygulanmasına rağmen, bu konuya ilişkin yasal bir düzenleme yapılmamıştır.
- Tümüyle hukuki bir konu olmasına rağmen, muvazaanın tespiti nin idari bir işlemle iş müfettişlerinin yetkisine bırakılması uygulamasına devam edilmiştir.
- Kamu kuruluşlarına imtiyaz tanımak için konulmasına rağmen uygulama imkânı bulmayan hükümler korunmuştur.
- İş mevzuatı ile kamu ihale mevzuatındaki kavramların farklı anlamlar taşıdığı yönündeki eleştirilere çözüm üretilmemiş, iş mevzuatı ile kamu ihale mevzuatı yeterince uyumlaştırılmamıştır.

3. Yapılması Gereken Düzenlemeler

- Alt işverenlik uygulamasına ilişkin 6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemelerin uygulanması sağlanmalı, uygulanma güçlüğü yaşanan hükümleri ise yeniden düzenlenmelidir.

- İş mevzuatı ile kamu ihale mevzuatı mutlak olarak uyumlaştırılmalıdır. Kamu ihale mevzuatı, iş ve sosyal güvenlik mevzuatı dikkate alınarak revize edilmelidir. Personel çalıştırılmasına ilişkin tüm ihaleler için 4857 sayılı İş Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu hükümlerinin saklı olduğuna ilişkin bir hüküm getirilmelidir.
- Kamu idareleri bakımından ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türleri Bakanlar Kurulu Kararı ile veya çıkarılacak özel bir yasa ile belirlenmelidir. Kamu idarelerindeki yardımcı işlerin yasal düzenleme ile belirlenmesi durumunda, İş Kanunu 2 inci maddesi kapsamında işlem yapılamayacağından muvazaa konusu da kendiliğinden ortadan kalkmış olacaktır.
- Asıl işlerin bölünerek alt işverene verilebilmesi için ‘işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi’ şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Yüksek yargının “ile” ibaresini “ve” olarak kabul ederek madde içerisinde anılan tüm koşulların birlikte gerçekleşmesini araması uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Bu nedenle, soyut bir kavram olan ‘işletmenin ve işin gereği’ ifadesi yasa metninden çıkarılmalıdır. Bununla birlikte, ‘teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme’ şartlarının birlikte aranması uygulamada neredeyse imkânsız bir durumu yansıtmaktadır. Tanım karmaşasının ortadan kaldırılması ve uygulanabilir olması açısından bu ifadenin ‘teknoloji veya uzmanlık gerektiren’ olarak değiştirilmelidir.
- Borçlar hukukunun konusu olan ‘muvazaa’ kavramı yerine ‘kanuna aykırılık’ kavramı getirilmelidir. Muvazaa halinde alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağı hükmü yasa metninden çıkarılmalıdır. Bu ifadenin yerine, ‘kanuna aykırılık halinde emsal ücret ödenir’ hükmü konulmalıdır.
- Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde tamamıyla hukuki bir konu olan muvazaa tespiti iş müfettişinin yetkisine bırakılmasına ilişkin düzenleme yasadan çıkarılmalıdır. İş müfettişleri, 4857 sayılı Kanunun diğer düzenlemelerinde olduğu gibi, “Çalışma

Hayatının Denetimi ve Teftişı” başlıklı Yedinci Bölümünde düzenlenen hükümler kapsamında denetim ve teftiş görevini yerine getirmelidir.

- İşverenlere tek bildirim yükümlüğü getirilmesi nedeniyle (5838 sayılı Kanun) 4857 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının idari işlemlerin tekrarının önüne geçmek ve mevzuatın sadeleştirilmesi sağlamak amacıyla madde metninden çıkartılmalıdır.
- Kamu kuruluşlarını muvazaalı işlemde muaf tutmayı amaçlayan, ancak muvazaanın koşullarının değiştirmemesi ve farklı bir düzenlemenin hukuken korunmayacağı gerekçesiyle uygulanma alanı bulamayan ayrık düzenlemeler yasa metninden çıkartılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. Nizamettin, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Kaplan/Senyen. İş Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Akyiğit, Ercan. “Kamuda Asıl İşin Bir Bölümü Altışverene Verilirken Muafiyet Var mıdır?”, Çalışma ve Toplum (2014/2): 15-63.
- Alpagut, Gülsevil. “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (20/2008): 1349-1351.
- Aslan, Onur Ender. “Kamu Personel Rejimi: Statü Hukundan Esnekliğe”, Ankara: TODAİE Yayını, 2005.
- Aydın, Ufuk. “6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşvere- Alt İşveren İlişkileri”, SGD Sosyal Güvenlik Dergisi, Ankara, 2015, Cilt:5, Sayı:1, 9-31.
- Aydınlı, İbrahim. “6552 Sayılı Kanunla Alt İşveren Kurumunda Yapılan Yeni Düzenlemeler ve Değişiklikler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2014, Cilt: XVIII, Sayı: 3-4, 77-99.
- Aytaç, Hande Bahar. “Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş-Yardımcı İş Ayrımı”, Çalışma ve Toplum (2015/3): 95-121.
- Başbuğ, Aydın. “İş Mevzuatımız Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlara Çözüm Üretmekte Yetersizdir”, TES-İŞ Dergisi (Ağustos 2010): 112-114.
- Canbolat, Talat. “Türk Hukukunda Alt İşveren: Borçlar Hukuku Bakımından”, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları (Seminer/Çalıştay). Belek, Antalya: Kamu-İş, (29 Nisan-02 Mayıs 2010): 3-43.
- . “Yozlaşmış Alt İşverenlik (Taşeronluk).” TES-İŞ Dergisi (Ağustos 2010): 103-111.
- Çelik, Nuri. İş Hukuku. 22. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2009.
- Centel, Tankut. “Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, Sicil III.12 (2008): 39-42.

- Ertürk Arslan, Arzu. "6552 Sayılı Kanunun 4857 sayılı İş Kanunu ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Getirdiği Yenilikler", Çalışma ve Toplum (2014/2): 173-195.
- Gerek, Nüvit. "Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alımı İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar", Çalışma ve Toplum (2007/4): 81-91.
- Güzel, Ali. "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Ası İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", Çalışma ve Toplum (2004/1): 31-65.
- Kamu İhale Kurumu. Kamu Alımları İzleme Raporu 2015, Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Ankara, Mart 2016.
- Koç, Müzaffer. "Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik", Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, (Eylül 2016): 65-90.
- Özveri, Murat. "Alt İşveren: İş Hukukunun Altının Oyulması ve Yargı Kararları", TES-İŞ Dergisi (Ağustos 2010): 110-122.
- Süzek, Sarper. İş Hukuku. 5. Baskı. İstanbul: Beta, 2009.
- Tuncel, Ferhan. "Alt İşverenlik Konusunda Neler Oluyor?", Çalışma ve Toplum (2010/4): 51-54.
- Yılmaz, Ejder. "Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası", Çimento İşveren Dergisi XXIII.1 (2009): 4-21.