

KAMU İŞYERLERİNDEKİ ALT İŞVEREN UYGULAMASI VE İŞÇİ ALACAĞI SORUNU

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK*

ÖZET:

Günümüz ekonomik şartları ve ulaşılan teknolojik gelişmeler, daha fazla uzmanlaşmaya dayalı iş bölümünü kaçınılmaz hale getirmiştir. Çalışma hayatında duyulan ihtiyaçtan dolayı, kamu işyerlerinde asıl işveren - alt işveren ilişkisi kurulması uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Kamu işyerlerinde yükleniciler vasıtasıyla işçi çalıştırılarak devlet, asgari maliyetle dolaylı istihdam sağlamaktadır. Halbuki, böyle bir uygulama ile kamu işyerlerinde çalışan işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması veya bu hakların işçilerin elinden alınması düşünülemez. Uygulamada kamu işverenleri ile alt işverenler arasında pekâlâ Kanuna aykırı ve/veya muvazaalı işlemler yapılabilmektedir. O nedenle, hâkim, önüne gelen her somut olayı, Kanunun düzenlenme amacına uygun olarak yorumlayıp; alt işveren uygulamasında, özel - kamu işvereni ayrımı yapmadan soruna çözüm bulması gerekir.

ANAHTAR KELİMELELER: alt işveren ilişkisi, devreden-devralan, kamu işyerleri, işçi alacakları, iş sözleşmesinin feshi

* Yalova Üniv. Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD. Öğretim Üyesi.

THE IMPLEMENTATION OF SUB-CONTRACTORS AT PUBLIC WORKPLACES AND THE CONFLICTS ABOUT WORKERS' PAYMENTS

ABSTRACT:

Today's economic conditions and the technological developments which have been reached, have made it inevitable to have labour division based on specialization. Owing to the need in working life, the setting of relationships between the main employer and the sub-employer in public establishments has frequently been encountered in practice. The government provides employment due to minimum expense by running workers via contractors in public establishments. However with such an application in public establishments, it is unthinkable to limit or take away the collective and individual rights of workers. In practice, illegal and collusive operations can be well performed between the public employers and sub-employers. For that reason, the judge should have find a solution to the problem without making any distinction between private and public employer in the application of sub-employer by interpreting every concrete event in accordance with the purpose of law regulation.

KEYWORDS: *sub-contractor relationships, the transferor - transferee, public workplaces, workers' claims, termination of labour contract*

GİRİŞ

Ürettikleri mal ve hizmetlerinden kazanç sağlama amacı güden ticari işletmeler, öncelikle bu süreçteki maliyetlerini mümkün mertebe minimize etmeleri gerekir. O nedenle günümüz rekabet piyasası şartlarının baskısı altında kalan çoğu işveren, önemli maliyet unsuru olarak gördükleri işçi giderlerini; ister istemez, asgari düzeyde tutmak zorunda kalmaktadır. Buna karşılık kamu kurum ve kuruluşları vasıtasıyla çalışma hayatında aktif rol alan devlet ise; sosyal devlet ilkesi gereği, mal ve hizmet üretiminde öncelikle kamu hizmeti ve kamu menfaatini gözetmektedir. Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmektedir

(An.md.65). Her ne kadar kar sağlama amacı gütmese de devlet; kamu menfaati için de olsa, verilen hizmet ve yapılan üretimde piyasa şartlarını da göz önünde bulundurmak zorundadır.

Öte yandan, işsizlik sorununu kamu kesiminde istihdam yaratarak kısmen gidermeye çalışan devlet, mali disiplin içerisinde harcamalarını da kontrol altında tutmak durumundadır. Aslında devlet, bir taraftan kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam sağlamaya çalışırken, diğer taraftan özel kesim işverenleri gibi işçi maliyetlerini minimize etme paradoksu içine girmektedir. Nitekim 2007 yılına kadar uygulanan geçici işçi istihdamı buna en güzel örnektir. O zamana kadar işe alınanlar geçici işçi sıfatıyla, belirli süreli iş sözleşmesiyle, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilmiştir. Fakat Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri Hakkındaki 5620 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra bu uygulamanın yolu kapanmıştır.

Kamu kurum ve kuruluşlarında işçi alımının sınırlandırılması nedeniyle kamu işverenlerinin ihale yoluyla iş gördürmesi sıklıkla başvurulan bir yol haline gelmiştir¹. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı sözleşmeleri yapılarak, kamu işyerlerinde yükleniciler vasıtasıyla işçi çalıştırılmaktadır. Bu şekildeki devlet, asgari maliyetle dolaylı istihdam sağlamaktadır. Fakat şu da bir gerçek ki, kamu işyerlerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatında duyulan ihtiyaçtan dolayıdır ve 4857 sayılı İş Kanunu da buna imkân vermektedir. Fakat böyle bir uygulama ile kamu işyerlerinde çalışan işçilerin bireysel ve kollektif haklarını sınırlandırılması veya bu hakların işçilerin elinden alınması düşünülemez. Maalesef, kamu işverenleri ile alt işverenler arasındaki muvazaalı işlemler², geçen yıllar içinde yargıyı en çok meşgul eden konuların başında gelmiştir ve gelmeye de devam etmektedir. İlk başta kamu işyerinde muvazaalı işlem yapılması düşündürücü gelse de³, yargı kararlarına bakıldığında

¹ **AYKAÇ** Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.457.

² Alt İşveren ilişkisi ve muvazaa sorununa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **AYDINLI** İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu (Alt İşveren), Ankara 2008, s.145 vd.

³ Bu yönde verilmiş Yargıtay kararı için bkz. Yarg.HGK. 14.11.2001,

uyuşmazlık konusu muvazaalı işlemlerin azımsanmayacak kadar çok olduğu görülecektir⁴. Öte yandan kamu işyerlerinde yaşanan alt işveren ilişkileri ve işçi alacaklarına ilişkin uygulama sorunlarının sürekli uyuşmazlık konusu olduğu dikkate alındığında, bu hususta içtihat birliğinin henüz tam olarak oluşmadığı anlaşılmaktadır. Yaşanan sorunların istikrarlı bir şekilde çözüme kavuşturulması amacıyla iş mevzuatındaki konuya ilişkin düzenlemeleri (değişiklikleri), Yargıtay kararları ve öğreti görüşlerini dikkate alarak değerlendirmekte yarar görüyoruz.

I. KAMU İŞYERLERİNDEKİ ALT İŞVEREN UYGULAMASI

A) Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu

1) Genel Olarak

Günümüzde ulaşılan teknolojik gelişmeler, daha fazla uzmanlaşmaya dayalı iş bölümünü kaçınılmaz hale getirmiştir. Bununla beraber rekabet koşullarının ağırlaşması, sık sık yaşanan ekonomik krizler ve bunun doğurduğu ekonomik sonuçlar, işverenleri yönetim ve organizasyon konusunda yeni stratejiler belirlemek ve insan kaynakları yönetiminde bir takım önlemler almak zorunda bırakmıştır. O nedenle, işverenler maliyetleri düşürmek amacıyla, kendi mal ve/veya hizmet üretim veya sürümünü bir başka işverene franchise sözleşmesiyle vermeyi ya da fason üretim ile işin bir kısmını doğrudan başka bir işverenin işyerinde gerçekleştirmeyi veyahut kendi işyerinde başka bir işverenin işçilerinin de çalıştırılması suretiyle alt işveren ilişkisi kurmayı

E.2001/9-711, K.2001/820, Çimento İşveren, Temmuz 2002, s.54-60, kararın değerlendirmesi için bkz. **SÜZEK** Sarper, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2001 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s.11-14.

⁴ Hatta, kamudaki muvazaa olaylarının özeldekinden hiç de aşağı kalır bir yanı olmadığı ve belki daha da yaygın bulunduğu söylenebilir (**AKYİĞİT** Ercan, “Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?” (Kamuda Alt İşverenlik), TÜHİS, C.23, S.4, Mayıs 2011, s.15).

tercih etmek durumunda kalmışlardır⁵. Mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri başka işverenlere vermek, kendilerine daha az maliyetli ve sorunsuz bir istihdam imkânı sağlamıştır. İşverenlerin bu gibi teşebbüsleri; ekonomik açıdan makul karşılanabilirse de, alt işveren ilişkilerinde görüldüğü gibi, maliyetleri düşürmek adına çoğu zaman çalışan işçilerin bir takım haklarının kısıtlanması sonucunu doğurmuştur. İşverenlerin, daha düşük ücret ve çalışma şartlarıyla işçi çalıştırmak üzere alt işveren ilişkisi içine girmeleri ve muvazaalı şekilde işçi aleyhine işlemlerde bulunmalarından kaynaklanan uygulama sorunları, asıl işveren alt işveren ilişkisine ilişkin Kanun hükmünün ayrıntılı olarak düzenlenmesine yol açmıştır.

Kanun koyucuyu asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenlemeye sevk eden asıl neden, kuşkusuz alt işveren işçilerini koruma amacıdır⁶. Fakat kamu işyerlerinde çalışan (alt işveren) işçiler(i) ile ilgili sorunların artması, Kanun koyucuyu soruna çözüm olarak ek düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Gerek kanunlaşma aşamasında yapılan tasarı değişiklikleri ve gerek ise daha sonra eklenen madde hükümleri, İş Hukukunda asıl işveren - alt işveren ilişkisini bugün halen tartışılmakta ve eleştirilmekte olan bir sorun haline getirmiştir⁷.

⁵ **EKONOMİ** Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi” (Alt İşveren İlişkisi), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal, Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı, İstanbul 2008, s.22; **GÜZEL** Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, (Alt İşveren İlişkisinin Sınırları), Çalışma ve Toplum, 2004/1 (1), s.33.

⁶ **NARMANLIOĞLU** Ünal, “Asıl İşveren- Alt işveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, (Alt işveren - Sorumluluk), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal, Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı, İstanbul 2008, s.53.

⁷ Bkz. **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.23 ve dn.9’da gösterilen kaynaklar; **ÇELİK** Nuri, İş Hukuku, İstanbul 2008, s.47-48; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.31-65; **TAŞKENT** Savaş, “Alt İşveren”, Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.363-366. **AKYİĞİT**, Ercan, “Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları” (Kamu İşyerlerinde Muvazaa), SİCİL İSGHD., Mart 2010, s.138-159; **aynı yazar**,

2) Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi

Aslında asıl işverenin bazı işlerini alt işverenlere yaptırması bir ihtiyacın sonucudur. Ülkemizde; özellikle inşaat ve sanayi sektörlerinde, hizmet alım ihalelerinde alt işveren uygulamasına sıkça rastlanmaktadır. İşveren, aldığı işi zamanında yerine getirebilmek, kendisinde bulunmayan bilgi, teknoloji ve ekipmanlardan (makine ve teçhizat) ve insan kaynaklarından yararlanabilmek veya kendi uzmanlık alanı dışındaki işlerde daha kaliteli üretim veya hizmet sunabilmek için, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünü, bu işte uzman başka işverenlere devretmeyi daha uygun bulmaktadır. Bu durum, o bölümde ya da işte, başka işverenlere ait işçilerin çalıştırılmasını gerektiren alt işveren ilişkisini ortaya çıkarmaktadır. Böylece, asıl iş sahibi olan işveren, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde çalıştırmak için başka işçi almaksızın işlerini gördürmektedir⁸. Bu uygulama, sadece özel kesim işverenleri için değil,

“Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı”, TÜHİS, Kasım 2009-Şubat 2010, s.1-38; “Kamuda Alt İşverenlik”, s.4; **ÖZVERİ** Murat, “Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası”, Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.383-399.

⁸ **SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010, s.141 vd.; **EKONOMİ**, s.54; **ESENER** Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, s.79; **ÇELİK**, s.45 vd.; **NARMANLIOĞLU** Ünal, İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri-I, İzmir 1998, s.111-112; **CENTEL** Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.66; **aynı yazar**, Tankut, “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, SİCİL İSGHD., S.10 Haziran 2008, s.5; **ŞAHLANAN** Fevzi, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN Anısına, İstanbul 1997, s.191; **aynı yazar**, “Türk Hukukunda Alt İşveren”, İHD., C.2, S.3, Temmuz-Eylül 1992, s.325; **GÜZEL**, Ali, “Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri” (Alt İşveren (Taşeron) Uygulaması), Çimento İşveren, C.7, S.5, Eylül 1993, s.7; **TUNCAY** A. Can, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi (Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçilerine Karşı Sorumluluğu - Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları), Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri (16-19 Mayıs 1991) Ankara 1991, s.65; **SOYER** Polat, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl

kamu işverenleri için de geçerlidir. Alt işveren, gerçek veya tüzelkişi (özel hukuk yahut kamu hukuku tüzel kişisi) olabileceği gibi, kişiliği olmayan bir kamu kurumu veya kuruluşu da alt işveren olması mümkündür⁹.

Alt işveren, asıl işverenden aldığı işte (işyerinde) kendi nam ve hesabına iş alan ve işçi çalıştıran diğer bir işverendir. O nedenle alt işverenin (göstermelik işveren sıfatı bulursa dahi yasal olarak) asıl işverenin işçisi veya işveren vekili olması düşünülemez. Şu halde, asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, kendi nam ve hesabına asıl işverenin işyerinde işçi çalıştıran iki ayrı işveren söz konusudur. İş veren kişi, işi tamamen bir başka işverene bırakıyor ve kendisi hiçbir işçi çalıştırmıyor ise, yasal anlamda (asıl) işveren sıfatı olmadığı için, taraflar arasında asıl

İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları” (Alt İşveren İlişkisi), SİCİL İSGHD., Mart 2006, s.20 vd.; **SÜMER**, Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010, s.18-19; **KAPLAN** E. Tuncay, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu”, Prof. Dr. A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul 2005, s.153 vd.; **CANBOLAT**, Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s.12; **AYDEMİR**, Murteza, Türk İş Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul 1993, s.119; **AYDINLI**, Alt İşveren, s.153 vd.; **AKTAY**, Nizamettin, “Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar”, Kamu-İş, Ocak 1994, s.11-12; **GEREK** Nüvit/**ORAL** İlhan, “Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverene Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar”, SİCİL İSGHD., Mart 2006, s.29 vd.; **ŞEN** Sebahattin, “Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2006/3 (10), s.71 vd.; **ÖZDEMİR**, Burhan, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Yargıtay’ın Konu Hakkındaki Yeni Kararı”, Çimento İşveren, C.11, S.2, Mart 1997, s.3-4; **ELBİR**, H.Kemal, “Asıl İşveren-Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler”, İHD., Ocak-Mart 1991, s.5; **ÇANKAYA** Osman Güven, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar”, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL’a Armağan, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002, s.15 vd.; **AYKAÇ**, s.31 vd.; **ÖZVERİ**, s.383 vd.

⁹ **AYDINLI**, Alt İşveren, s.159; **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.5.

işveren - alt işveren ilişkisinin bulunduğundan söz edilemez¹⁰. Örneğin ihale makamının anahtar teslimi şartıyla, işin bütünüyle bir başkasına devir ve tesliminde, müteahhit ile ihale makamı arasında kurulan ilişki asıl işveren - alt işveren ilişkisi değildir¹¹.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulmasında taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin bir önemi yoktur¹². Asıl işveren - alt işveren ilişkisi çoğunlukla eser (istisna) sözleşmesi ile kurulmakla birlikte, bunun dışında kira veya taşıma sözleşmesi ile de böyle bir ilişki oluşturulabilmektedir¹³.

Asıl işverene ait iş organizasyonu içinde olup, alt işverenin nezdinde çalışan işçiler alt işverene iş sözleşmesiyle bağlıdır. Çalıştıkları işyeri fiziki olarak asıl işverenin işyeri olmakla birlikte, yasal olarak alt

¹⁰ **SÜZEK**, s.142; **CANBOLAT**, s.26; **AYDEMİR**, s.123. Asıl işi tümüyle bir başkasına veya bölümler halinde ayrı ayrı kişilere veren ve kendisi sadece yardımcı işlerde işçi çalıştıran kimse, asıl işveren olarak nitelendirilemez (**AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.5).

¹¹ **ÇELİK** Nuri, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları” (Uygulama Sorunları), Kamu-İş, Münir EKONOMİ 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s.165; **aynı yazar**, İş Hukuku, s.51; **SÜZEK**, s.142; **MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008, s.166-167; **NARMANLIOĞLU**, s.114; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.40; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.17; **TASKENT**, “Alt İşveren”, s.363; **CANBOLAT**, s.20; **SÜMER**, Uygulamalar, s.20; **ALPAGUT** Gülsevil, “4857 İş Yasası İle Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı” (Alt İşveren), Ankara 2004, s.16-17; **UŞAN**, M. Fatih, “Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunundan Doğan Borçlarından Sorumluluğu, (Yargıtayın 10. Hukuku Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, Kamu-İş, C.7, 1, 2002, s.81 vd.; Yarg.HGK., 24.5.1995, E.1995/9-273, K.1995/548, Tekstil İşveren, Eylül 1996, s.3; Yarg.21.HD., 14.5.2003, E. 2003/4721, K.2003/4643, Çimento İşveren, Eylül 2003, s.33-34.

¹² Yarg.21.HD. 21.6.2005, E.2005/791, K.2005/6574, Legal İSGHD, 2006, S.10, s.733.

¹³ **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.25, 28-31; **ÇELİK**, “Uygulama Sorunları”, s.16; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.17; **SÜMER**, Uygulamalar, s.19; **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.1-2; **CANBOLAT**, s.38 vd.; ayrıntılı bilgi için bkz., **AYKAÇ**, s.31 vd.

işverenin (sicile kayıtlı olan) işyeridir (İş K.md.3/2)¹⁴. İşçiler, alt işverenin emir ve talimatı altında çalışmaktadır. Ücret ve diğer haklarını alt işveren ödemekle yükümlüdür¹⁵. Kanunen birlikte sorumlu tutulmuş olsa da, asıl işverenin; işyerinde işçi sağlığı iş güvenliği tedbirleri konusunda asıl işverenin vereceği genel nitelikteki talimatları dışında, alt işveren işçilerine doğrudan emir ve talimat verme yetkisi bulunmamaktadır. Asıl işverenin alt işveren işçileri hakkında disiplin cezası vermesi de mümkün değildir¹⁶.

¹⁴ Bkz., **AYKAÇ**, s.74 vd.

¹⁵ **CANBOLAT**, s.35; **SÜMER**, Uygulamalar, s.19.

¹⁶ **NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren – Sorumluluk”, s.57; **ÇANKAYA**, s.19. Öğretide, alt işveren işçisi, asıl işverenin işçisi olmadığı ve aralarında bir sözleşme bulunmadığı halde, işçinin asıl işverenin çevresine dâhil olması ve sosyal bir temas içinde bulunması sonucu olarak iş sözleşmesini meydana getirdiği edim yükümlülüklerinden bağımsız bir şekilde koruma yükümü getiren borç ilişkisi olduğu, işyerinde işçi sağlığı iş güvenliği tedbirleri alınması bakımından alt işveren sorumlu olmasa bile, edim yükümlerinden bağımsız bir fiili iş ilişkisi tarafı olarak asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı işveren sıfatıyla sorumlu olacağı ileri sürülmüştür (**BAŞBUĞ** Aydın, “Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar”, Kamu-İş, Ocak 1998, s.71). Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYDINLI** İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (Edimden Bağımsız Koruma), Ankara 2004). Bununla birlikte, alt işveren işçilerinin işyeri düzenine ve davranış yükümlülüklerine aykırı hareketi sonunda sözleşmenin ihlali hükümlerine göre sorumlu olacağını, asıl işveren tarafından disiplin cezası uygulayabileceğini, ancak sözleşmenin tarafı olmamakla ve fesih hakkı bulunmamakla beraber, asıl işverenin alt işveren işçisinin işyeri çevresinden çıkarılması cezası verebileceği ileri sürülmüştür (**BAŞBUĞ**, s.73; **AYDINLI**, “Edimden Bağımsız Koruma”, s.176; Karşı görüşte, **NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.64). Kanaatimizce; böyle bir yetkinin asıl işverene tanınması keyfi davranışlara kapı açma ihtimali karşısında, bu yetkinin ancak işçinin asıl işvereni olan alt işverene bırakılması, disiplin cezasını gerektirir aykırı davranışların alt işverene bildirilerek gereğinin yerine getirilmesinin beklenmesi yerinde olacaktır. Örneğin bir hastanede alt işveren işçisi olarak çalışan işçinin bir hemşireye cinsel tacizde bulunması halinde hastane yönetiminin vereceği disiplin cezası alt işveren işçisi için hukuken bağlayıcı olmayacaktır. Oysa

Alt işveren ilişkisinde asıl işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene (alt işverene) veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzelkişi yahut kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlardır (Alt İşverenlik Yönet.md.3/ç). Alt işveren, asıl işverenin işyerinde; mal ve hizmet üretiminin esasını oluşturan, asıl işin bir bölümünde¹⁷ veya yardımcı işlerde iş almakta ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırmaktadır (İşK.2/6, AİY.3/a)¹⁸. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında “asıl iş bölünerek” alt işverenlere verilemez (İş K.md.2/7; Alt İşv.Yönt.md.3-5,10 vd.)¹⁹. Başka bir ifadeyle, aynı bölümde, aynı işlerde asıl işverenin işçileriyle alt işverenin işçileri birlikte çalıştırılmaz.

durum alt işverene bildirildiğinde, alt işveren, İş.K.md.25/II-(c) hükmünü doğrudan uygulayamasa da işçisinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışından dolayı iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme konusunda yasal bir hakka sahiptir.

¹⁷ Bu konuda bilgi için bkz., **EKONOMİ** Münir, “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Kamu-İş, Ankara 2000, s.340-341; **CENTEL**, Tankut, “İşyerinin Bir Bölümünün Devri’nde Fiziki Mekan”, SİCİL İSGHD., Mart 2008, s.5-10.

¹⁸ Bu işyerinde aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini değişik işyerlerinde çalıştıramaz. Bir kısım işçisini sürekli olarak o işyeri için tahsis etmiyor, başka işyerlerine de gönderiyorsa, kurulan ilişkinin yasal anlamda asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğu söylenemez (**SÜZEK**, s.151;**MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.173; **EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN** Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.42; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.20; **SÜMER**, Uygulamalar, s.25).

¹⁹ **ÇELİK**,52-54; **SÜZEK**, s.146; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.43-44; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.167-173; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.50; **SÜMER**, Uygulamalar, s.25; **AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/KAPLAN-SENYEN E. Tuncay**, İş Hukuku, Ankara 2009, s.70.

Alt işverene verilebilecek işler, asıl işverenin işyerinde²⁰ yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin olan, asıl işin bir bölümündeki işler ve yardımcı işler olabilir²¹. Kanun gereği asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakılabilmesi için verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olması şarttır. Fakat, “işletmenin ve işin gereği” koşulu ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun birlikte mi aranacağı, yoksa bunlardan sadece birisinin bulunmasının yeterli mi olacağı, nasıl anlaşılması gerektiği, halen öğretilerde tartışılan önemli bir konudur²². Şüphesiz, Kanun

²⁰ İşi kendi işyerinde fason üretim yapan kişi alt işveren olarak nitelendirilemez. Bkz., **SÜZEK**, s.143; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.39 vd.; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.17; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.363-364; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.42; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.172; **CANBOLAT**, s.26-27; **SÜMER**, Uygulamalar, s.26.

²¹ **SÜZEK**, s.144; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.47-48; **ÇELİK**, s.50; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.26; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.364-365; **CANBOLAT**, s.20; **NARMANLIOĞLU**, s.112-113; **AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN**, s.67; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.167; **SÜMER**, Uygulamalar, s.20 vd.; **ALPAGUT**, “Alt İşveren”, s.18; İşveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl iş veya yardımcı iş dışında kalan işlerle ilgili olarak yaptığı sözleşmelerle bir başka işverene iş verse ve kendi işçilerini bu işyerinde çalıştırsa dahi kurulan ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilemez (Örneğin kağıt üretimi yapılan bir fabrika'nın ek bina inşaatı için yapılan (eser) sözleşme(si) dolayısıyla işi üstlenen işveren alt işveren niteliği kazanamaz. Bu nedenle, uyuşmazlık halinde davalar iş mahkemesinde değil genel mahkemelerde açılmalıdır (**EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.33).

²² Hükümet Tasarısı asıl işin “işin gereği ve teknolojik nedenlerle” bölünüp alt işverene verilebileceğini belirtmekte ve fakat “işletmenin gereği”nden ve “uzmanlık”tan bahsetmediği halde, daha sonra yasa tasarısının ilgili maddesinin TBMM’de ikinci kez görüşülmesi sırasında bu ifadeler de maddeye eklenerek yasalaşmıştır. İşletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlıkla bağlantısı kurulmak suretiyle alt işveren ilişkisine getirilen kısıtlama uygulamada daha fazla sorunlara yol açmıştır. Eleştiriler için bkz. **ÇELİK**, s.47-48; **ÖZVERİ**, s.394; **SÜZEK**, s.145 (Yazara göre, “yasanın sadece muvazaalı alt işveren uygulamalarını önleme

hükmü ne şekilde değerlendirilirse değerlendirilsin, alt işveren ilişkisinin mevcut veya Kanuna aykırı ve/veya muvazaalı olması kabul edileceği için, o işyerinde çalışan işçilerin hukuki durumu ve alacakları bakımından önemli hukuki sonuçlara yol açacaktır.

Öğretide bir görüşe göre, Kanunun açık hükmü ve konuluş amacı gereği her iki ifadeyi bir bütün (“ile” sözcüğünü “ve”) olarak değerlendirmelidir. Asıl iş bölünerek alt işverene verilecek ise, bunun işletmenin ve işin gereği ve aynı zaman da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir. Yoksa, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin sınırlandırılması hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Bu durumda işveren sadece işletmenin ve işin gereği olarak asıl işi bölüp alt işverene verme imkânına sahip olacaktır ki, bu da madde hükmünün düzenlenme amacı ile bağdaşmamaktadır²³. Bu görüşü teyiden, Alt işverenlik Yönetmeliğinde ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde asıl iş bölünerek alt işverene verilebileceği belirtilmekte (AİY.11/3) ve işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işin, “mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iş” olduğu açıklanmaktadır (AİY.11/1)²⁴.

amacını taşıdığı ileri sürülemez. Onun belirli ölçüde alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını önlemeyi amaçladığının kabulü de zorunludur”).

²³ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.43-44; **SÜZEK**, s.147; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.48-49; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.364-365; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.169-170; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.19; **AKYİĞİT**, “Kamuda Muvazaa”, s.148 vd.; **aynı yazar**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.11-12; **SÜMER**, Uygulamalar, s.22-24; **ÖZVERİ**, s.393-394; **AYKAÇ**, s.134-138.

²⁴ **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.11-12. Benzer diğer bir görüşe göre, yasal düzenlemenin asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilmesini “uzmanlık” şartına bağladığı ve fakat bu uzmanlığın “işletmenin ve işin gereği uzmanlık” ile “teknolojik nedene bağlı uzmanlık” olarak anlaşılmalıdır. Şu halde asıl işin bir bölümü “işletmenin ve işin gereği olan (ancak) uzmanlık gerektiren işler” söz konusu olduğunda alt işverene verilebileceği gibi “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” de alt işverene verilebilecektir (**MOLLAMAHMUTOĞLU**, 169-

Diğer öğreti görüşüne göre, asıl işin bir bölümünde alt işverenliğin gerçekleşebilmesi için, alt işverene, “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” iş verilmesi gerekir. Fakat, işverenin alt işverene iş verilebilmesi için her iki koşulun birlikte bulunmasını şart koşturmak, geçerli bir alt işveren ilişkisinin kurulmasını zor hale getirir. O nedenle madde hükmündeki “ile” bağlacı “veya” olarak anlaşılmalıdır²⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin genel kanaati, teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmedikçe asıl işin bir bölümünün alt işverenlere verilemeyeceği yönündedir. Yüksek Mahkeme; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. Maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından yola çıkarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği görüşündedir²⁶.

Kanaatimizce madde hükmünde yer alan “ile” ibaresini “veya” olarak değerlendirmek Kanunun ve Alt İşverenlik Yönetmeliği açık ifadesi karşısında mümkün değildir. Zira, asıl işin bir bölümünde iş alınabilmesi “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” mümkündür (İşK.2/6, Alt İşv.Yönt.md.3) ve “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” (İşK.2/7, Alt

170; Karş. ŞEN, s.92 vd.).

²⁵ SÜZEK, s.146-147; EKONOMİ, “Alt İşveren İlişkisi”, s.42 vd.; ŞAHLANAN Fevzi, “Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İş İade Davasında Sorumluluk - Karar Değerlendirmesi (Yardımcı İşte Muvazaa İddiası), Tekstil İşveren, Mart 2007, S.326, s.2-4; SOYER, “Alt İşveren İlişkisi”, s.19 vd.; ALPAGUT, “Alt İşveren”, s.18-19; TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, s.57; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.68.

²⁶ Yarg.9.HD. 15.03.2010, E.2009/50102, K.2010/6641, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.196-200).Ayrıca bkz.Yarg.9.HD. 01.03.2010, E.2009/48087, K.2010/5216, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.218-223; Yarg.9.HD.21.01.2010, E.2008/12349,K.2010/582,Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s.449-451; Yarg.9.HD.05.05.2008, E.2008/15362, K.2008/11408, www.kazanci.com.tr; SOYER, “Alt İşveren İlişkisi”, s.19.

İşv.Yönt.md.11). Bununla beraber, mevzuattaki sınırlamanın alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını zorlaştıracığı da bir gerçektir. Hükmün düzenlenme amacını dikkate alan bizim de katıldığımız öğreti görüşünde ifade edildiği gibi, alt işveren uygulamasını bu şekliyle güçleştiren normatif ölçütlerin daraltılması yönünde kanun değişikliği yapılarak konuya açıklık getirilmelidir²⁷.

Öte yandan, işyerlerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin alt işverene verilmesi, bunun işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olma şartı aranmamaktadır. Diğer bir ifade ile doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerlerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işler bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir²⁸.

3) Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Sorunu

İşverenin alt işveren ilişkisine girmesi, işletmenin veya işin bir gereği, ekonomik veya teknolojik nedenlere dayanmaktadır. Ancak, ülkemizdeki uygulama ise, daha çok, ucuz işgücü sağlama amacına yönelmiştir²⁹. Görünürde alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmakta olan bir çok işçi, gerçekte asıl işverenin işçisi olarak çalışmaktadır. Bilindiği üzere, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yeterli iş güvencesine sahip olmayan işçiler, sürekli işverenin iş sözleşmelerini feshetme tehdidi altında çalışmakta idi. Asgari ücretin üstünde bir ücret ödemek istemeyen ve özellikle sendikal örgütlenmeye karşı olan işverenler, böyle bir uygulama ile işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan doğan ücrete

²⁷ ÇELİK, s.47; SÜZEK, s.151; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.169-170; SÜMER, Uygulamalar, s.24.

²⁸ SÜZEK Sarper, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, Legal İSGHD., 2010/27, s.941; aynı yazar, İş Hukuku, s.144-145; ŞAHLANAN, “Yardımcı İşte Muvazaa İddiası”, s.4; EKONOMİ, “Alt İşveren İlişkisi”, s.48-50; Yarg.9.HD. 01.06.2005, E.2005/12985, K.2005/20130, Legal İSGHD, 2005, S.8, s.1705-1706.

²⁹ EKONOMİ, Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Tekstil İşveren, S.161, Eylül 1991, s.6; GÜZEL, “Alt İşveren (Taşeron) Uygulaması”, s.7; ÖZDEMİR, s.4.

ilişkin haklarını kısıtlama yoluna gitmekte idi. İş güvencesine ilişkin mevzuat değişikliğine rağmen, bugün de aynı sorun devam etmektedir. İşverenlerin kendi işçilerini daha düşük ücret ve çalışma şartlarıyla çalıştırılmak üzere alt işverene devretmesi ya da işçileri işten çıkarıp alt işveren nezdinde kendi işyerinde tekrar çalıştırmaya devam etmesi uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur.

Yine uygulamada sıkça görüldüğü üzere, alt işveren adı altında faaliyet gösteren bu kimseler, çalıştırdığı işçilerin sadece resmiete işvereni olarak gözükmekle birlikte, aslında yapacağı işin gerektirdiği teknik donanımına sahip olmayan, yeterli sermayesi ve düzenli bir örgütlenmesi dahi bulunmayan kimselerdir. Bu kimselerin alt işveren niteliklerine tam olarak sahip olduklarını söylemek de mümkün değildir. Özellikle büyük işletmelerde, asıl işin neredeyse önemli bir kısmı belirtilen şekilde alt işverenlere bırakılmaktadır. Sonuç itibariyle, günümüzde alt işveren uygulamalarında ciddi bir artış görülmektedir.

Oysa, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasına göre, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Madde hükmüne göre, bu iki özel halde (aksi halde) ve (bu iki özel durumun dışında) genel olarak, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler³⁰. Aslında yasal olarak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında, asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. Verildiği takdirde, aynı şekilde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır³¹.

³⁰ **GÜZEL** Ali, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2005 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, s.15; **aynı yazar**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.61-62; **ÇELİK**, s.54-55.

³¹ **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.52; **SÜZEK**, s.162; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.366; **YENİSEY** Kübra Doğan, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2006 Yılı Kararları), Yargıtayın İş

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, Kanun koyucu alt işveren uygulamasının kötüye kullanılmasına engel olmak amacıyla, bir takım sınırlamalarda bulunmuştur. Öncelikle, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Çoğu zaman, asıl işveren işçileri ile birlikte aynı işte çalıştıkları halde, işçilerin resmi kayıtlarda alt işveren nezdinde çalışıyor gösterilmeleri bilinen bir gerçektir. Sendika örgütlerinin de yakındığı üzere, kurulan muvazaalı alt işveren ilişkisi ile de sendikal örgütlenmenin önü kesil(ebil)mektedir³².

Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmek suretiyle hakları kısıtlanamayacağına göre, bu hükmün yasaklayıcı değil, sınırlayıcı bir hüküm olduğunu söylemek gerekir. Diğer bir ifade ile Kanun koyucu bu madde hükmüyle, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmamasını değil, işe alınan bu işçilerin haklarının kısıtlanmamasını öngörmektedir³³. Şu halde, işyeri devri veya iş sözleşmesinin devri ile işçilik hakları ve çalışma şartları değişmiyorsa, salt işveren değişikliği muvazaa nedeni gösterilemez. Kaldı ki, asıl işveren işçisinin belli bir süre geçtikten sonra aynı işyerinde ve fakat alt işveren işçisi olarak işe başlatılmasına yasal bir engel bulunmadığı gibi, bunun tek başına muvazaalı bir işlem olarak değerlendirilmesi doğru değildir³⁴.

Yine aynı gerekçelerle, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi takdirde, asıl işveren alt işveren

Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s.13; Karş. **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.19-20.

³² Asıl işverenin toplu iş sözleşmesi yetkisi almaması için bu yola başvurduğu somut olaydan anlaşılması halinde asıl işveren alt işverenin muvazaalı olduğuna hükmedilir (Yarg.9.HD., 21.2.2005, E.2004/32666, K.2005/5738, www.kazanci.com.tr).

³³ **SÜZEK**, s.155; **ENGİN** Murat, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006, s.4; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.44; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.56-58.

³⁴ **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.22; **SÜMER**, Uygulamalar, s.31

ilişkinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. Bu hüküm, teşebbüs ve sözleşme yapma özgürlüğünü engellediği ve bu yönüyle Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle öğretilde haklı olarak eleştirilmiştir³⁵. Fakat “alt işveren ilişkisi kurulamaz” ifadesi, anılan hükmün mutlak emredici hüküm olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, somut olay karşısında bu hüküm işçi lehine dahi yorumlanamaz. Halbuki, bu hükmün uygulamada pek etkili olabileceğini sanmıyoruz³⁶. Çünkü, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile değil de, örneğin bir yakını (eşi) ile de pekâlâ resmi olarak alt işveren ilişkisi kurularak, bu madde hükmü rahatlıkla aşılabılır. Hâkimin her somut olayı kendi özelliklerini dikkate alarak, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığına hükmetmesinin daha isabetli olacağı görüşünderiz³⁷.

Yargıtay, asıl alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde bir takım kriterleri dikkate almaktadır³⁸. Şöyle ki; her somut olayda, biri asıl diğeri hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığının, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıklarının, alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya

³⁵ **ÇELİK**, s.52-53; **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.46-47; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.22-23; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.59; **AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN**, s.70; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.184; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.56-57; **SÜMER**, Uygulamalar, s.32-33; **SÜZEK**, s.147 (Yazarın da isabetle belirttiği gibi, teşebbüs özgürlüğü de Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlerle kanunla sınırlandırılabilir, fakat bu sınırlama söz konusu hakkın özüne dokunacak genişlikte olamaz. Yine yazarın ifadesiyle, hükmün amacı, daha önce o işyerinde çalışanların aynı işyerinde taşeron olmalarını mutlak bir şekilde engellemek değil, muvazaalı uygulamaları önlemektir, s.157).

³⁶ Bir kısım yazarlar, Kanun hükmünün mutlak emredici olduğu ve bu isabetsiz düzenlemenin kaldırılması görüşündedir. Bkz. **ÇELİK**, s.53; **SÜMER**, Uygulamalar, s.33; **AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN**, s.69-70.

³⁷ Aynı görüşte, **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.181-182.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYDINLI**, Alt İşveren, s.240 vd.; **AYKAÇ**, s.363 vd.

hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığının, alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığının, alt işveren de daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığının, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığının, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığının, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığının, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığının, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kollektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir³⁹.

İş Kanunu, asıl işveren alt işveren ilişkisinin amacına aykırı olarak kullanılmasını önlemek için alt işveren sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunlu kılınmıştır. Bunu yanı sıra, bölge müdürlüğünce tescili yapılan alt işverenin işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenebilmektedir⁴⁰. İnceleme sonucunda işlemin muvazaalı olduğu tespiti halinde, gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir ve rapora karşı işveren tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Süresi içinde itiraz edilmez veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onarsa, tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır (İş K.md.3/2). İşyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı idari para cezası verilir (İş K.md.98).

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığını ortaya koymak amacıyla tespit davası açılmasında; zaten işlem baştan itibaren geçersiz olacağı için, işçinin herhangi bir menfaati bulunmamaktadır. İş sözleşmesi sona eren işçinin açacağı işe iade davası veya bir eda davasında muvazaa konusu zaten yargılamada hâkim

³⁹ Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.467-471.

⁴⁰ Hükümün eleştirisi için bkz., ÇELİK, s.64-65.

tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Nitekim Yargıtay, Kanunun açık düzenlemesi karşısında açılacak eda (ve yetki uyuşmazlığı) davasında işyerindeki tüm alt işverenlik ilişkilerinin muvazaalı işleme dayandığı ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmak suretiyle karar verilmesi talep edilebileceğinden, sadece (mücerret) tespit talebiyle dava açılmayacağı görüşündedir⁴¹.

B) Kamu İşyerlerindeki Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu

1) Genel Olarak

Kamu işyerinde asıl işveren - alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için her şeyden önce İş K.md.2/6 anlamında bir asıl (kamu) işverenin, bir de alt işverenin bulunması gerekir. İş Kanunu, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmelerin tarafı olan kamu işverenlerinin, Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip olan ortaklıklar olduğunu belirtmiştir⁴² (md.2/8).

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin genel esasları, kamu işyerindeki uygulamalar için de geçerlidir. Bir kamu işvereninden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilir. Bu ilişkide kamu işvereni, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur (İş K.md.2/6).

⁴¹ 20.1.2004, 23864/468, **CENDEL** Tankut, "Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa (Karar İncelemesi), **Tekstil İşveren**, Haziran 2004, s.34; Karşı görüşte, **SÜMER**, Uygulamalar, s.34.

⁴² "Kamu kurum ve kuruluşlarını genel olarak tanımlamak yerine kurduğu ilişkide İş K.md.2/6 şartlarına göre asıl işveren niteliğini kazanan kurum ve kuruluşlar denilmesi madde içinde bütünlüğü sağlayabilirdi" (**EKONOMİ**, "Alt İşveren İlişkisi", s.24).

Uygulamada, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı sözleşmeleri yapılarak, kamu işyerlerinde alt işverenler (yükleniciler) vasıtasıyla işçi çalıştırılmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşları bazen ihale makamı olarak işçi çalıştırmaksızın da belli bir işin görülmesini bir müteahhide verebilmektedir. Örneğin Başbakanlık Toplu Konut İdaresi (TOKİ)'nin konut inşaatlarını ihale yoluyla müteahhitlere vermesi gibi, kamu idaresi ile müteahhit arasında eser sözleşmesi söz konusu olabilir. Daha önce belirtildiği üzere, işi veren kişi, işi tamamen bir başka işverene bırakıyor ve kendisi hiçbir işçi çalıştırmıyorsa, taraflar arasında asıl işveren - alt işveren ilişkisinin bulunduğu söz edilemez⁴³. Örnekteki TOKİ'nin anahtar teslimi şartıyla, işi tümüyle müteahhite devir ve tesliminde, müteahhit ile ihale makamı arasında kurulan ilişki asıl işveren - alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilemez⁴⁴.

Taraflar arasında bir alt işveren sözleşmesi yapılacak ise, her iki tarafın işveren sıfatını (niteliğini) taşıması aranır. Diğer bir ifadeyle kamu işvereni de alt işveren gibi o işyerinde işçi çalıştırmalıdır. Ancak öğretilerde bir görüşe göre, kamu işverenlerinin asıl işveren sıfatını edinmeleri için mutlaka işçi çalıştırmaları zorunlu görülmemelidir. Bu görüşe göre, “kamuda sadece işçi çalıştırılmadığı, önemli sayıda (memur, sözleşmeli personel gibi) işçi sıfatı bulunmayan kimseler de çalıştırılmaktadır. Bu nedenle sırf kendisine bağlı işçi çalıştırmıyor diye kamudan iş alan

⁴³ **SÜZEK**, s.142; Asıl işi tümüyle bir başkasına veya bölümler halinde ayrı ayrı kişilere veren ve kendisi sadece yardımcı işlerde işçi çalıştıran kimse, asıl işveren olarak nitelendirilemez (**AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.5); Ayrıca bkz., **KESER** Hakan, 4857 Sy. İş Kanunu ve İlgili Mevzuat Çerçevesinde Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, İzmir 2003, s.175 vd.

⁴⁴ **ÇELİK**, “Uygulama Sorunları”, s.165; **SÜZEK**, s.142; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.167; **NARMANLIOĞLU**, s.114; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.40; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.17; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.363; **CANBOLAT**, s.20; **SÜMER**, Uygulamalar, s.20; **ALPAGUT**, “Alt İşveren”, s.16-17; **UŞAN**, s.81 vd.; Yarg.HGK., 24.5.1995, E.1995/9-273, K.1995/548, Tekstil İşveren, Eylül 1996, s.3; Yarg.21.HD., 14.5.2003, E. 2003/4721, K.2003/4643, Çimento İşveren, Eylül 2003, s.33-34.

müteahhidin işçilerini kamu kuruluşunu nasıl işveren niteliğiyle birlikte sorumluluğundan dışlamak doğru değildir. Kaldı ki, 5510 sayılı SSGSSK.12/1'de sosyal güvenlik bakımından işveren tanımlanırken işçi (md.4/1-a) veya işçilik dışı bir sıfatla (md.4/1-c) gerçekleşen sigortalı çalıştırması gereğinden söz edilmiştir. Şimdi memur vs. gibi işçilik dışı bir nitelikte personel çalıştıran bir kamu kuruluşu 5510 sayılı Kanun bakımından işveren ve varsa şartları sosyal güvenlik hukuku bakımından asıl işveren sayılırken (SSGSSK.12/son), iş hukuku açısından asıl işveren niteliğinden yoksun olacağını söylemek isabetli görülememektedir⁴⁵.

Yasal düzenlemeler (ve İş K.md.3/son uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği) karşısında bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira; alt işveren ilişkisinin düzenlendiği, İş Kanunu, 4.maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır (İş K.md.1/2). Bu açıdan başka mevzuat hükümlerine tabi olarak çalışanları bu kapsamda değerlendirilmesi yanlış olur. Kamu işverenleri hakkında istisnai bir hüküm düzenlenmiş olsaydı, bu yaklaşım yerinde kabul edilebilirdi. Kaldı ki, SSGSSK. bu görüşü destekler nitelikte olduğu da söylenemez. Çünkü, Kanun tüm çalışanları; hukuki statülerini muhafaza ettikleri halde, sosyal güvenlik politikası nedeniyle tek çatı altında toplamaktadır. O nedenle sadece memur ve bunun gibi işçilik dışı bir nitelikte personel çalıştıran bir kamu kuruluşunun 5510 sayılı Kanun bakımından işveren ve şartları varsa sosyal güvenlik hukuku bakımından asıl işveren sayılması (SSGSSK.12/son), iş hukuku bakımından da asıl işveren niteliğinde kabulünü gerektirmediği görüşünderiz.

Asıl işverenle alt işveren arasındaki hukuki ilişki, eser sözleşmesi, taşıma sözleşmesi veya işletme kirası gibi alt işverenin belirli bir işin yapılmasını üstlendiği sözleşmelerle düzenlenir. Yoksa, belirli işlerde çalıştırılmak üzere işçi teminine yönelik bir sözleşme, asıl işveren alt işveren ilişkisine esas teşkil etmez⁴⁶.

⁴⁵ AKYİĞİT, "Kamuda Alt İşverenlik", s.5-6.

⁴⁶ Yarg.9.HD., 18.12.2006, E.2006/32431, K.2006/33405, Çalışma ve Toplum, 2007/3 (14), s.255-257;Yarg.9.HD. 26.06.2006, E.2006/15117,

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, alt işveren işçilerini sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırması gerekir. O işyeri aynı zamanda alt işverenin işyeridir. İşyerinde çalıştırılacak işçi sayısı önemli değildir. Örneğin hasta kabul otomasyonu için kurulan bilgisayar programının işleyişini takip için, alt işveren, bir işçisini supervisor olarak hastanede istihdam edebilir. Uygulamada kamu ihaleleri yapılırken teknik şartnamelerde, alınan bilgisayar programı ile birlikte bu programın takibi için ayrıca bir işçinin de istihdamı istenir. Sadece bilgisayar programı yapan bir yazılım şirketinin sırf bu iş için teknik bir eleman bulup hastanede istihdam etmesi işçi temini olarak değerlendirilebilir mi? Kanımızca yazılım programı sadece bir operatör tarafından işletilebilecek basitlikte olsa dahi, işin; daha sonra çıkabilecek, fakat derhal giderilmesi gereken arızalar nedeniyle işletmede aksaklıklara yol açabileceği için, teknik takibi gerekir. Sağlık kuruluşunun teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bu işi, alt işverene vermesi Kanuna uygundur. Alt işveren isterse yanında hiç çalışmamış birisini piyasadan temin ederek, isterse herhangi bir işçisini sadece bu işte istihdam etmek durumundadır. Aksi halde, işçi çalıştırmadığından alt işveren sıfatına sahip olduğu ve taraflar arasındaki ilişkinin asıl işveren - alt işveren ilişkisi olduğu söylenemez.

İş Kanunu'nun 2. maddesine yapılan ek düzenlemede “yüklenici (müteahhit)” kavramına yer verilmiştir⁴⁷. Aslında yüklenicinin kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklara ait işyerlerinde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Yüklenici, bu hizmeti kendi işyerinden de sağlayabilir. İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin

K.2006/18653, Legal İSGHD, 2006, S.12, s.1477-1479; Yarg.9.HD. 05.06.2006, E.2006/9825, K.2006/16147, Legal İSGHD, 2006, S.12, s.1520-1522; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.30-31; **SÜZEK**, s.159; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.40-41; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.17.

⁴⁷ Bir görüşe göre, Asıl işveren alt işveren ilişkisinde genellikle istisna (eser) sözleşmesi ile kurulur. İş üstlenen taraf yasal olarak müteahhit, taşeron ve alt işveren tabir edilirken uygulamada sözleşme taraflarının kullandıkları “yüklenici” kelimesinin kullanılması uygun görülmez (**EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.24 dn.11).

ihalesine teklif veren müteahhit (tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi), alt yüklenicilere (taşeronlara) yaptırmayı düşündükleri işleri belirterek, tüm işi kendi işçileriyle yapmak yerine Kamu İhale Kanunu ve Teknik Şartnamelere uygun olarak işin bir bölümünü bir başka müteahhite verebilmektedir⁴⁸. Bu ise, konumuz dışındadır. Eğer yüklenici ihale alınan kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklara ait işyerlerinde işçi çalıştırıyor ve İş K.md.2/6'da öngörülen unsurlar mevcut ise, kamu işvereni ile alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilir⁴⁹.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisini meydana getiren sözleşmeler genellikle belirli süreli yapılırlar. Bu ilişki geçici veya sürekli olabilir⁵⁰. Taraflar, sözleşmeye, sözleşmenin yenilenmesi ve/veya sona ermesine ilişkin özel hükümler koyabilirler.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, kurulan asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, kamu (asıl) işvereni, müteahhit (alt işveren) işçi alacaklarından dolayı hem İş K.md.2/6, hem de İş K.md.36 hükümlerine göre sorumludur. Eğer ihale makamı sıfatıyla, anahtar teslimi iş yaptıran bir kamu işvereni söz konusu ise, o işte işçi çalıştırmadığı için, sadece İş K.md.36 hükümlerine göre sorumlu olur.

2) Kamu Kurum ve Kuruluşları İle Bunların Sahip Oldukları Ortaklıklardaki Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu

Kamu işverenlerinin kalite, verimlilik ve rekabet gücü elde etmek için mal ve hizmet üretim sürecinde asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işleri bir alt işverene bırakması çalışma ekonomisi bakımından yadrganacak bir durum değildir. Elbette kamu işletmesinin asıl amacı

⁴⁸ Alman hukukunda buna “tali müteşebbis ilişkisi” (subunternehmerverhaeltnis) denilmektedir (AKYİĞİT, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.2-3).

⁴⁹ Bu halde, İş K.md.2/7 ve 8. fıkralarındaki alt işveren işçileri için getirilen sınırlamalar uygulama alanı bulabilir (EKMEKÇİ Ömer, “Kamu İşvereni'nin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar”, Legal İSGHD, S.12, 2006, s.1179-1180).

⁵⁰ ÇELİK, s.48; EKONOMİ, “Alt İşveren İlişkisi”, s.31-33; CANBOLAT, s.11.

mal ve hizmet üretimini kamu menfaatine daha iyi sunabilmektir. Fakat; bu amaç dışında, yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin işçi maliyetlerini düşürmek amacıyla yapılan muvazaalı işlemleri Kanun korumaz⁵¹.

Kamu işyerlerinde çalışan alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyerinin asıl işçileri oldukları iddiaları karşısında, bu durumun önüne geçmek amacıyla⁵², 5538 sayılı Kanununun 18. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine kamu kuruluşları lehine ayrıcalık tanıyan iki fıkra hükmü eklenmiştir⁵³. Bu düzenleme ile kamu işverenleri asıl işin bir bölümünü herhangi bir sınırlama olmaksızın alt işverene verme imkânı tanınmıştır.

Yapılan düzenlemeye göre, Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun

⁵¹ Uygulamada sendikal örgütlenmenin ve faaliyetinin engellenmesi amacıyla asıl iş bölünerek alt işverene verildiği haller de söz konusudur (Yarg.9.HD. 10.04.2008, E.2008/12851, K.2008/8003, Çalışma ve Toplum, 2009/3 (22), s.212-214). Fakat bu, çalışma konumuzun dışında kalan, ayrı bir konudur.

⁵² Yargıtay, bir kararında, çoğunluğu kendi kadrosunda çalışmasına rağmen, alt işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran asıl işverenin bu tutumunu muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak nitelendirilmesi için yeterli görmemiştir (Yarg.9.HD. 15.5.2006, E.2006/11741, K.2006/14066, <http://www.kazanci.com.tr>; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.31-32)

⁵³ Yapılan düzenleme ile ilgili eleştiriler için bkz. **SÜZEK**, s.164-165; **ÇELİK**, s.45-46; **EKMEKÇİ**, s.1176 vd.; **TARCAN** Nurseli, “Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı”, **SİCİL İSGHD.**, Eylül 2006, s.86-91; **AKYİĞİT**, “Kamu İşyerlerinde Muvazaa”, s.138vd.; **AYKAÇ**, s.458 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.184-185; **ÇANKAYA** Osman Güven/**ÇİL** Şahin, “4857 sayılı İş Kanununa Göre Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisi” (Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisi), **SİCİL İSGHD.**, Eylül 2006/3, s.69 vd.; Yarg.9.HD. 19.02.2009, E.2007/33290, K.2009/2942, Çalışma ve Toplum, 2010/1 (24), s.431-434; **GEREK** Nüvit, “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, 2007/4 (15), s.86.

hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla sözleşme yapılabilmektedir (İş K.md.2/8). Öğretideki çoğunluk görüşüne göre, anılan kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarında alt işveren uygulaması muvazaalı olsa da, muvazaalı ilişki içinde çalıştırılan işçilerin muvazaayı ileri sürmesi engellenmekte ve muvazaalı işlemin taraflarına haklı ve fakat mantıklı olmayan bir dayanak sağlanmaktadır. Özel - kamu kesimi arasında haksız bir ayırım yapılmakta ve kanun önünde eşitlik ilkesi çiğnenmektedir⁵⁴.

Hatta bir görüşe göre, kamu işverenleri ile özel sektör işverenleri arasında anayasal eşitlik bakımından ayrımcılık oluşturan bu hükümler, kamuda alt işveren uygulamasındaki muvazaa kriterlerini ortadan kaldırmıştır. Çünkü, alt işveren işçileri, İş K.md.2/8'e göre, anılan kamu kuruluşlarına ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamazlar. Bu durumda, İş Kanununa aykırı ve/veya muvazaalı olarak işleme dayanarak kurulan alt işveren ilişkileri söz konusu olsa da, İş K.md.2/7 hükmünün uygulanması mümkün görülmemektedir. İşçi, kamu işverenin asıl işçisi sayılarak işlem görmesi mümkün olmayacaktır⁵⁵.

Yalnız belirtmek gerekir ki, bu fıkra hükmünü tek başına değil 2. madde kapsamında değerlendirmek gerekir. Şu halde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığına ilişkin yasal karine, kamu işyerlerindeki alt işveren uygulaması bakımından da geçerlidir. O nedenle, ihale yoluyla da olsa, kamu işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz ve daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde, yapılan işlem muvazaalı kabul edilerek alt

⁵⁴ **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.24-25; **SÜZEK**, s.164; **ÇELİK**, s.45-46; **GEREK**, s.84-85; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.184-185; **AYDINLI**, Alt İşveren, s.296-297; **EKMEKÇİ**, s.1173-1180; **TARCAN**, s.86-91.

⁵⁵ **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.25; **AYDINLI**, s.297; **EKMEKÇİ**, s.1176-1177.

işverenin işçisi başlangıçtan itibaren kamu işverenin işçisi sayılarak işlem görür⁵⁶. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir⁵⁷.

Teorik tartışmalar bir yana, uygulamada kamu işverenleri kendi işyerlerindeki asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde istihdam etmek istedikleri işçileri, kendilerinin de ortaklığı bulunan işletmeler vasıtasıyla temin edebilmektedirler. Belediyeler buna en güzel örnektir. Hizmet alımı ihalesi yoluyla genellikle yemek, temizlik ve güvenlik görevlisi olarak yardımcı işlerde ve büro hizmetleri, hasta bakıcılığı, teknik servis elemanı olarak asıl işin bir bölümünde işçi çalıştırabilmektedirler. Yardımcı işlerde çalıştırılmak üzere alınan örneğin bir temizlik işçisinin resmi olarak alt işveren işçisi olarak gösterilip, hizmet içi eğitim verilerek veya asıl iş için aranan nitelikte olduğu için başta yardımcı işlerde ve sonra da asıl işte istihdam edildiği hallerle karşılaşmamak mümkün değildir. Hatta hiçbir teknik bilgisi ve alt yapısı bulunmadığı halde şirket kurarak, kamu ihalelerine katılıp iş alanların, yaptığı işin sadece işçi temininden öteye geçmediğini söylemek de yanlış olmaz. Bu tip uygulamalar karşısında Yargıtay, “bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren - alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacağını

⁵⁶ **GÖKTAŞ** Seracettin “Alt işverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları” SİCİL İSGHD., Aralık 2008 S.12 Y.3 s.104, **ÇANKAYA** Osman Güven/**ÇİL** Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkileri, Ankara 2009, s.48-51; **aynı yazarlar**, “Asıl işveren Alt işveren ilişkisi”, s.69 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.185; **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.4, 17; **AYKAÇ**, s.462-467.

⁵⁷ Yarg.9.HD. 12.7.2010, E.2010/24882, K.2010/22740, www.kazanci.com.tr; Yarg.9.HD. 19.02.2009, E.2007/33290, K.2009/2942, Çalışma ve Toplum, 2010/1 (24), s.431-434; Yarg.9.HD. 1.3.2010, E.2009/48077, K.2010/5206, www.kazanci.com.tr; Yarg.9.HD. 01.03.2010, E.2009/48087, K.2010/5216, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.218-223; Yarg.9.HD. 15.3.2010, E.2009/50102, K.2010/6641, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.196-200; Yarg.9.HD. 15.3.2010, E.2009/50104, K.2010/6643, www.kazanci.com.tr.

belirtmektedir⁵⁸. Bu tür alt işveren ilişkilerinin Kanuna aykırı ve aynı zamanda muvazaalı olarak değerlendirilmesi sonucu işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edileceği şüphesizdir.

Birçok yargı kararına konu olduğu üzere⁵⁹, alt işverenler değiştiği halde, kamu işyerinde çalışan işçinin alt işveren işçisi olarak çalışmasını sürdürdüğü görülmektedir. Öyle ki, bazen çoğu işçi, hangi alt işveren işçisi olduğunu dahi bilmemektedir. Ancak yine de bu durum, taraflar arasındaki ilişkinin kesin olarak muvazaalı olduğunu göstermez. Böyle bir uygulama gerçekten muvazaalı olabilir. Buna karşın, ihaleyi alan alt işverenin o işyerindeki düzeni bozmadan daha önce aynı işyerinde çalışan işi bilen işçilerden yararlanmak da isteyebilir veya gerçek anlamda (muvazaalı olmayan) işyerinin (bir bölümünün) devri veyahut iş

⁵⁸ “ ... Dosya içeriğine göre davalı şirketin Belediye Başkanlığı 'nm asıl işlerinden olan ve 5393 sayılı yasa uyarınca verilebilen temizlik işini ihale ile aldığı, bu şekilde asıl alt işveren ilişkisinin kurulduğu anlaşılmaktadır. Ancak temizlik işini alan şirket dava dışı Trabzon Belediye Başkanlığı tarafından kurulmuştur. En büyük hissedarı belediye olup, şirket yönetiminde belediye çalışanları bulunmaktadır. Davacı ise üstlenilen temizlik işi dışında çalıştırılmıştır. Temizlik işi dışında belediyenin diğer işlerinde çalıştırılan davacı işçi, temizlik işinin ihale edileceği ve davalı şirketin üstlendiği işin bitimine 2 gün kala temizlik işinde görevlendirilmiş, temizlik hizmeti ihalesini başka bir taşeronun alması üzerine de, yeni taşeronda çalışmayı kabul etmeyen davacı işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Davacı işçi üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırıldığı gibi davalı şirketin diğer Belediye tarafından yönetilmesi nedeni ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olmadığı, Belediye Başkanlığı için hizmet yerine işçi teminine aracılık ettiği, bu anlamda davalı ile dava dışı Belediye başkanlığı arasında asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı sabittir” (Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.467-471); Ayrıca bkz. Yarg.9.HD. 22.12.2008, E.2008/41361, K.2008/34689, Çalışma ve Toplum, 2009/22, s.413-416; Yarg. 9. HD., 26.06.2006, E.2006/15117, K.2006/18653, Legal-İSGHD, 2006, S.12, s.1477-1479.

⁵⁹ Bkz. Yarg.9.HD., 5.6.2006, E.2006/9825, K.2006/16147, Legal İSGHD, 2006, S.12, s.1520-1522; Yarg.9.HD. 03.07.2006, E.2006/15573, K.2006/19347, Legal İSGHD, 2007, S.13, s.352-353.

sözleşmesinin devri de söz konusu olabilir⁶⁰. O nedenle her somut olayı kendi şartları içinde değerlendirmek gerekir.

Yargıtay, son yıllarda daha çok kamu işverenleri lehine görüş bildirmektedir. Örneğin, Yüksek Mahkeme verdiği bazı kararlarında şunu ifade etmektedir "... davalı Bakanlığın yardımcı işlerini alt işverene vermesi 4857 sayılı İş Kanununun 2. Maddesinin 6. ve 7. fıkraları uyarınca mümkündür, 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 vermesi 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"⁶¹.

Uygulamada dikkat çeken bir başka husus; bazen alt işveren ticaret ünvanını değiştirerek, başka bir ticaret ünvanı altında ihaleye katılmakta ve ihaleyi aldıktan sonra da yeni alt işveren olduğunu gerekçe gösterip, mevcut işçi alacaklarını ödemekten kaçınmaktadır. Alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılması söz konusu olduğu bu gibi hallerde, hâkim böyle bir durumu öngörerek, re'sen dikkate alması ve Ticaret Sicilinden ünvan değişikliğinin olup olmadığını sorması gerekir. Böyle bir değişikliği gerektirecek esaslı bir faaliyet yapılmıyor veya buna teşebbüs edilmemiş ise, şirket adının değiştirilmesinin muvazaalı işlem yapıldığına karine oluşturacağını belirtmek isteriz.

⁶⁰ **ŞAHLANAN**, "Yardımcı İşte Muvazaa İddiası", s.4; **SÜZEK**, s.190; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.29.

⁶¹ Yarg.9.HD. 15.03.2010, E.2009/42282, K.2010/6655, <http://www.kazanci.com.tr>; Yarg.9.HD.01.03.2010, E.2009/48087, K.2010/5216, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.218-223; Yarg.9.HD.01.11.2010, E.2010/36161, K.2010/31045, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.337-341.

Alt işveren uygulamasında tüzelkişiliğin perdelenmesi de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁶². Gerçek ve/veya tüzelkişinin aynı anda birden fazla ortaklık nezdinde aynı işçileri çalıştırması uygulamada sıkça rastlanmaktadır. İşçi kayıtları; ekonomik durumu diğerlerine göre daha kötü olan işveren tarafından, kâğıt üzerinde tutularak, işçi alacak haklarından yoksun bırakılabilmektedir. Oysa ki, işçinin salt işyeri belgeleri ve sigorta kayıtları asıl işverenin kim olduğunu göstermeye yetmemektedir. O nedenle, mutlaka tüzelkişilik perdesinin aralanması (kaldırılması) gerekir. Tüzel kişilik perdesinin kötüye kullanıldığı hallerde perdenin kaldırılarak farklı kişiliklerin gerisinde yatan gerçek kişilerin birlikte sorumluluğuna gidilerek işçinin mağduriyetine çözüm bulmak yerinde olacaktır⁶³.

3) Özellikle Belediyelerdeki Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu

Kamu kurum ve kuruluşları içerisinde birçok alanda kamu hizmeti sunan kurum şüphesiz belediyelerdir. 5393 sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinde görev alanları açıkça belirtilen belediyeler, "imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar".

Birçok değişik sosyal alanlarda kamu hizmeti sunan belediyeler, uygulamada bu hizmetlerin birçoğunu ihale yoluyla alt işverenlere vermektedir. Hatta temizlik, çöp toplama ve nakil işlerini dahi alt işverene verdiği görülmektedir⁶⁴. Yargıtay, geçmiş yıllarda temizlik, çöp toplama ve nakil işlerinin belediyenin asıl işi olduğuna, işletmenin ve işin

⁶² Bkz., MOLLAMAHMUTOĞLU, s.158-160.

⁶³ YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.38.

⁶⁴ Bkz. GEREK/ORAL, s.29-35.

gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğine hükmetmiştir⁶⁵.

19.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren, 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyelerin asıl işlerini de İş K.md.2/6'daki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebilme imkânı doğmuştur. Bu düzenleme ile artık, temizlik işleri, park ve bahçe işleri, bakım ve onarım, toplu taşıma işleri; belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkündür⁶⁶. Kamu işverenlerine alt işveren ilişkilerinde böyle bir imkân tanınmak suretiyle İş Kanunu'nun 2. maddesine istisna getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır⁶⁷. Ancak, bu hüküm belediye ihalelerinde muvazaa iddialarının araştırılmasına da engel değildir⁶⁸. Alt işveren

⁶⁵ Yarg.9.HD. 30.05.2005, E.2005/14383, K.2005/19766, Legal İSGHD, 2005, S.8, s.1714-1715; Yarg.9.HD. 11.07.2005, E.2005/18822, K.2005/24469, Legal İSGHD, 2006, S.9, s.273-274;bkz., **GEREK/ORAL**, s.32 vd.; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.26; **CANBOLAT** Talat, “Türk Hukukunda Alt İşveren (Borçlar Hukuku Bakımından), Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar Ve Çözüm Arayışları (Seminer Çalıştay) Kamu-İş, Antalya-Belek 29 Nisan- 02 Mayıs 2010, s.8; **ŞEN**, s.85.

⁶⁶ Yarg.9.HD. 21.01.2010, E.2009/41520, K.2010/669, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s.440-444; Yarg.9.HD.23.01.2007, E.2006/28847, K.2007/440, Tekstil İşveren, S.335, Ocak 2008, s.5-6.

⁶⁷ Öğretide bir görüşe göre, 5393 s.K.md.67'de sadece, “belediyeler anılan hizmetleri isterlerse bizzat kendi elemanlarıyla kendileri sunabilir ve isterlerse de başkalarına (alt işverenlere) vererek onlar tarafından sağlanması yoluna gidebilirler” anlamında bir düzenleme getirmiştir. Buna amacını aşan bir anlam vermek, isabetli değildir” (**AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.12-13).

⁶⁸ Yarg.9.HD. 12.7.2010, E.2010/24882, K.2010/22740, www.kazanci.com.tr. “...Keza, Belediyeler Kanunu'nun 67'nci maddesi uyarınca bir işin belediye tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır (Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.470).

uygulanmasında muvazaalı işlem yapıldığının ispatı halinde, söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesi nedeniyle işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verilecektir.

Nitekim Yargıtay, Belediyeler Kanunu'ndaki değişiklik öncesinde verdiği bir kararında, belediye işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmeleri suretiyle haklarının kısıtlanması halinde, İş K.md.2/7 hükmü gereğince alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna hükmetmiştir⁶⁹. Başka bir kararında ise, işçi Belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin alt işverene devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi gün alt işveren tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı tespiti üzere, İş

⁶⁹ “... ihale ile alt işverenlere verilen temizlik ve çöp toplama işinin davalı Belediyenin asıl işlerinden olduğu ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7 maddeleri uyarınca bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği sabittir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, 5393 sayılı yasa, davalı Belediye'ye asıl işi olan temizlik ve çöp toplama hizmetini, alt işverene verme olanağı tanımıştır. ... Ne var ki, davacı ve diğer işçilerin Belediye Yasasından önce davalı Belediye'nin asıl işinde çalışması ve ayrıca yasa çıktıktan sonra davalı ile dava dışı alt taşeron arasındaki temizlik işi ihalesinin uzatılmış hali ile 28.02.2006 tarihine sona ermesi ve davacının bu tarihten sonra yeni ihalenin yapıldığı 01.05.2006 tarihine kadar ihale yapılmadan davalı Belediye işyerinde çalıştırılması ve bu süre zarfında davalı Belediye Başkanlığı işçisi alması karşısında, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi nedeni ile davacının Belediye Başkanlığı işçisi olarak çalıştığı kabulü gerekir. ... Burada dikkat edilmesi gereken nokta, asıl işin hizmet alımı yolu ile ihale edilmesidir. Yapılan ihalede, ihale yapan Belediye tarafından araç temini sağlanır, asıl işte alt taşeron işçileri ile Belediye işçileri birlikte çalışıyorlar, yönetim hakkı Belediye de, kısaca ihale işçi teminine yönelik ise, Belediye ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir. Somut uyuşmazlıkta, 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 gerekirdi” (Yarg.9.HD. 10.4.2007, E.2007/6094, K.2007/10224, Çalışma ve Toplum, 15, 2007/4, s.284-288).

K.md.2/7 hükmü uyarınca Belediye (asıl işveren) işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmeleri suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı gerekçesiyle, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığını kabul ederek, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren Belediyenin işçisi sayılacağına hükmetmiştir⁷⁰.

Yargıtay'ın bir belediye başkanlığının taraf olduğu başka bir davada dikkat çektiği önemli bir hususa değinmekte yarar vardır. Şöyle ki, dava konusu olay asıl işin hizmet alımı yolu ile ihale edilmesidir. Yapılan ihalede, ihale yapan kurum veya kuruma ait bağlı kuruluş tarafından araç temini sağlanmakta, asıl işte alt işveren işçileri ile hizmeti alan işveren işçileri birlikte çalışmakta ve yönetim hakkı hizmeti alana ait ise, kısaca ihale işçi teminine yönelik ise, ihaleye veren ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren - asıl işveren ilişkisinden söz edilemez. Çünkü, hizmet alımı yapma ile bu hizmetin yürütülmesi için personel (işçi) temini farklı olgulardır. Hizmet alımı ve hizmetin yaptırılması ibarelerinin, iş mevzuatının yasakladığı ticari amaçlı işçi teminine imkân tanıdığı şeklinde yorumlanarak, sonuca ulaşılması hukuken mümkün değildir. Burada kamu yararı da olmadığı için bu yönde yapılan ihale sözleşmeleri geçersizdir. Diğer taraftan, bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok, olayda asıl işverene işçi temini söz konusu olur⁷¹.

C) Kamu İşyerlerinde İşçi - (Alt) İşveren İlişkisi

1) Genel Olarak

Kamu işyerlerinde iş alan alt işveren nezdinde çalışan işçiler, her ne kadar asıl işverene ait iş organizasyonu içinde bulunsalar da, iş

⁷⁰ Yarg.9.HD. 11.07.2005, E.2005/18822, K.2005/24469, Legal İSGHD, 2006, S.9, s.273-274; **GÜZEL**, Yargıtayın 2005 Yılı Kararları, s.16; ayrıca bkz., **SÜZEK**, s.156 dn.71'de gösterilen kaynaklar ve s.163.

⁷¹ Yarg.9.HD. 03.05.2010, E.2009/19368, K.2010/11949, Çalışma ve Toplum, 2011/1 (28), s.390-397.

sözleşmesiyle alt işverene bağlıdırlar ve onun emir ve talimatı altında çalışmaktadırlar. Taraflar arasındaki sözleşme koşulları, genelde alınan ihaleler göz önünde bulundurularak belirlenmektedir. İhale alınan işte, asıl işverenin (kamu işverenin) veya alt işverenin (işçinin gerçek işverenin) değişmesi doğal olarak sözleşme ilişkisini de etkilemektedir. İşyeri veya iş sözleşmesinin devri durumlarında, alt işveren işçisinin işyerindeki çalışmalarını sürdürüp sürdürmemesine bağlı olarak bir takım hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu değişiklikler alt işveren işçisinin özellikle iş güvencesi ve işçi alacakları bakımından büyük önem taşır. O nedenle, bu hususların üzerinde durmakta yarar görüyoruz.

2) Kamu İşyerinde İş Alan Alt İşveren İle İşçisi Arasındaki Sözleşme İlişkisi

Kamu ihalesini alan alt işverenler (yükleniciler); uygulamada sıkça görüldüğü üzere, bu işte çalıştıracağı işçilerle genellikle belirli süreli iş sözleşmesi yapmaktadırlar. İş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması, bu sözleşmelere bağlanan hukuki sonuçları bakımından önemlidir. Kamuda ihale süreleri, görülecek işin belirli süreli olması veya belli bir işin tamamlanmasına göre uzun veya kısa süreli olabilmektedir. Uygulamada en çok yapılan ihaleler, hizmet alım ihaleleridir ve bu ihaleler genelde bir yıl sürelidir. Bu nedenle ihaleyi alan alt işveren, ihale sonucunu (bitimini) gözeterek, çalıştırdığı işçilerle bir yıl süreli belirli süreli iş sözleşmesi yapmaktadır. Fakat bu uygulama daha sonra iş sözleşmesinin sona ermesi ile taraflar arasında uyumsuzluk konusu olmaktadır.

Bilindiği üzere, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması halinde, sözleşmesi sona eren işçinin bir takım tazminat ve alacağını talep hakkı doğar. Ayrıca, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli olma koşuluna bağlıdır.

Kamu ihalesi alan alt işverenin işçileri ile yaptığı iş sözleşmelerinin belirli süreli olup olmadığının belirlenmesinde işverenin işi hangi tip sözleşmeyle aldığı değil, yapılan işin niteliği belirleyici olmalıdır. İhalenin ne zaman sona ereceğinin öngörülebilir olması, taraflar arasındaki sözleşmenin belirli süreli yapılması için yeterli değildir. Çünkü yasal olarak, belirli süreli iş sözleşmesi, ancak belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılabilir (İş

K.md.11). Ancak bazen Kamu İhale Kanunu gereği, bazen de işletmenin çalışma biçiminden kaynaklanan nedenlerden dolayı, güvenlik, temizlik ve yemek hizmeti alım ihalelerinin (sözleşmelerinin) hemen hemen tümü, belirli süreli yapılır. Fakat, sırf işin ihale ile alınması, o işte çalıştırılan işçilerle yapılacak sözleşmelerin belirli süreli olmasını gerektirmez⁷².

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, Yüksek Mahkeme, iş ilişkisi, işin niteliği ve amacını dikkate alındığında; örneğin, su sayacı okuma işinde, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif bir nedenin bulunmadığına karar vermiştir⁷³. Gerçekten, işyerinde sürekli bir biçimde yürütülen faaliyetlerde çalışan işçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılabilmesi için objektif bir nedenin bulunması gereklidir. Aksi takdirde, sözleşme belirsiz süreli kabul edilir⁷⁴.

Bir başka kararında Yargıtay, bir hastaneden ihale ile iş alan alt işverenin bu iş kapsamında bir güvenlik görevlisi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapmasında, davacı işçinin konumunu ve ifa edilen işin niteliğini dikkate alarak, taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif neden bulunmadığına hükmetmiş, fakat ihale yoluyla iş alan davalı alt işverenin davacı işçi ile bu ihale süresince sözleşme yapıp yapmadığının belirlenmesi, buna göre belirli süreli sözleşme olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁵.

⁷² YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.44.

⁷³ Yarg.9.HD. 16.10.2006, E.2006/5882, K.2006/27048, Legal-İSGHD, 2007, S.13, s.307-308; YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.42.

⁷⁴ EKONOMİ Münir, “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I), - Kavram, Süre ve Yenileme-”, Legal İSGHD, S.9, 2006, s.28-29; ÇELİK, s.87; SÜZEK, s.222-224; GÜZEL, Yargıtayın 2005 Yılı Kararları, s.20-21; YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.42; karşı görüşte, TAŞKENT Savaş, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılabilmesi”, Legal İSGHD, S.9, 2006, s.37-38. Yazara göre, yasanın “yapılamaz” dediği, belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı neden olmaksızın birden fazla yapılması ve üst üste yapılmasıdır. Yoksa, esaslı bir neden olmadan bir kez yapılabileceği gibi, sözgelimi her yıl belli dönemlerde olmak üzere aralıklı da yapılabilir.

⁷⁵ Yarg.9.HD. 20.11.2006, E.2006/22123, K.2006/30722, Çalışma ve Toplum, 2007/2 (13), s.279-280; YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.43.

Bu son karar, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir⁷⁶. Çünkü, “bir iş ilişkisinin belirli süreli kurulmasını haklı kılan objektif sebep, işverenin ihale ile aldığı işin süresinden ziyade işverenin kendi faaliyeti bakımından iş gücü ihtiyacının geçici veya sürekli olmasıdır. Eğer işverenin faaliyet konusu sürekli olarak bu şekilde ihale ile iş alıp yapmak ise ve bu işlerde bir güvenlik görevlisine sürekli olarak ihtiyaç olacaksa veya süre sonunda işveren tekrar ihaleye girip aynı işi sürdüreceksen, belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan objektif bir sebebin bulunduğu söylenemez. Aksi takdirde, uygulamada ihale ile iş alan alt işverenlerin işçileri ile yapılan sözleşmelerin çoğu belirli süreli hale gelecektir. Oysa, bir işverenin aldığı ihale süresi ile sınırlı olarak işçiyi çalıştırmak, yeni bir ihale alamazsa sözleşmeyi yenilememek şeklinde işletme riskini işçiye yüklemesi İş K.md.11 anlamında bir objektif sebep değildir”⁷⁷.

Bununla birlikte, İş Kanununun 11. maddesi uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir neden bulunmadıkça birden fazla üst üste yapılamaz. Kanunun objektif neden şartı sadece sözleşmenin kurulması aşamasında değil, yenilenmesinde de aranır⁷⁸. Uygulamada ihale alınan işte çalışan alt işveren işçilerinin önce altı aylık, sonra bir yıllık olmak üzere üst üste belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırıldığı görülmektedir. Oysa, belirli süreli iş sözleşmesi, ancak esaslı bir neden bulunduğu

⁷⁶ **ALP** Mustafa, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s.148; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.44-45. Yazara göre, ancak bu durum, ihale ile alınan işlerde hiçbir biçimde belirli süreli sözleşme yapılamayacağı biçiminde yorumlanmamalıdır. İşin teslim tarihine işin yetiştirilmesi veya alınan işin normal iş hacmini aşan istisnai niteliği gibi objektif nedenlerin bulunması halinde işçi ile işveren arasında belirli süreli sözleşme yapılması için gerekli objektif nedenlerin bulunduğu kabul edilebilir.

⁷⁷ **ALP**, s.148.

⁷⁸ Süreklilik arz eden bir işte çalışan işçi ile sözleşmenin belirli süreli yapılmasını gerektiren bir olgu varsa, bu işi yapan diğer işçinin hastalanıp rapor alması, ücretsiz izne çıkması gibi, işçi ile işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.45.

takdirde, üst üste yenilenebilir. Aksi halde, sözleşme baştan itibaren belirsiz süreli kabul edilir⁷⁹.

Uygulamada ihale alan çoğu alt işveren işçisiyle bir yıl süreli belirli süreli iş sözleşmesi yapmaktadır. Aslında, işçinin gördüğü iş sürekli nitelikte bir iş olduğu için, iş sözleşmesinin belirli süreli olmasını gerektiren objektif esaslı bir neden çoğu kez bulunmamaktadır. Hatta açılan bazı davalarda, davalı işveren tarafından davacıya kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı ödenmiş veya ödendiği iddiasına rastlamak da mümkündür. Zaten Yargıtay bu gibi çelişkili hallerde taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulü yönünde karar vermektedir⁸⁰.

3) Kamu İşveren- Alt İşveren İlişkisinde Meydana Gelen Değişikliklerin Alt İşveren İşçilerine Etkisi

a) Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sona Er(diril)mesi

aa) Genel Olarak

Asıl işveren – alt işveren ilişkisi için aranan kurucu unsurlardan birinin ortadan kalkması böyle bir ilişkinin hukuki niteliğinin kaybına ve doğal olarak ilişkinin sona ermesine yol açar⁸¹. Keza, ilişkide muvazaa söz konusu ise, Kanun gereği alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilir.

Genel olarak asıl işveren – alt işveren ilişkisi taraf iradeleriyle veya sözleşme gereğince son bulur. Bazen kamu ihalesini alan alt işverenin (müteahhidin), ihale süresi içinde değişik nedenler ileri sürerek veya hiçbir neden beyan etmeksizin işi bırakması (kaçması)⁸², bazen de

⁷⁹ Yarg.9.HD. 03.04.2006, E.2006/4680, K.2006/8238, Çalışma ve Toplum, 2006/3 (10), s.192-194.

⁸⁰ Yarg.9.HD. 16.06.2005, E.2005/16581, K.2005/21564, Çalışma ve Toplum, 2005/4 (7), s.203-205; GÜZEL, Yargıtayın 2005 Yılı Kararları, s.24-25; YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.24, 42-43.

⁸¹ AYKAÇ, s.361.

⁸² İhale alan alt işverenin ihale süresi içinde işi bırakması halinde işçilerin iş ilişkisi ve alacakları sorun oluşturur. Kamu ihale makamları işi bırakan veya kötü yöneten alt işverenlere bir daha iş verme konusunda temkinli olmalıdır. O nedenle bu hususta merkezi bir kayıt tutulması ve ihaleye

kamu işverenin, sözleşme koşullarına uyulmadığından dolayı, sözleşmeyi feshederek alt işvereni işten el çektirmesi, uygulamada karşılaşılan asıl işveren – alt işveren ilişkisini sona erme halleridir. Kamuda alt işveren sözleşmeleri (ihaleler) genellikle (bir yıl) süreli yapılırlar. İhale alınan işin tamamlanması veya sürenin bitimiyle taraflar arasındaki sözleşme de ve bunun sonucu alt işveren ilişkisi de sona ermiş olur⁸³.

Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin son bulması halinde, alt işveren işçileri, İş K.m.d.2/6 uyarınca, işçi alacakları için her iki işverene başvurma hakkına sahiptir.

bb) Asıl İşverenin İşyerini Devretmesi

Kamu işyeri, asıl işveren tarafından hukuki bir işleme dayalı olarak devredildiği takdirde, İş K.m.d.6 hükümleri uygulanır⁸⁴. İhale (edilen iş veya süre) tamamlanmadan önce kamu işvereni, yapılan işin bedelini ve alt işverenin (müteahhidin) zarar ve giderlerini ödeyerek, o işyerindeki faaliyetine son vermek suretiyle sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin son bulması karşısında alt işveren ile işçileri arasındaki sözleşme ilişkisi de ister istemez etkilenir. Alt işveren, işçilerini başka bir işte çalıştırabilme imkânı bulamaz ise, bu durum işçiler ile olan sözleşmenin feshinde geçerli neden oluşturur⁸⁵.

Bununla birlikte, işyeri devredildiği halde alt işverenin o işyerinde faaliyetini sürdürme olasılığı da bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, işyerinin devri ile daha önceden kurulmuş olan alt işveren ilişkisi otomatikman devralana geçmez. İş K.m.d.6, işyeri veya işyerinin bir bölümü (ancak) hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devrinden bahsetmektedir. Öğretiye göre bu durumda külli halefiyet veya tarafların bunu açıkça kararlaştırmış olması gerekir⁸⁶.

katılanların iş bakımından kötü sabikasının olup olmadığı sorgulanması isabetli olur.

⁸³ **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.51.

⁸⁴ **ÇANKAYA/ÇİL**, s.62-63.

⁸⁵ **AYKAÇ**, s.327.

⁸⁶ **ALPAGUT** Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı (İşyerinin Devri), İstanbul 2010, s.95; **AYKAÇ**, s.322.

Binaenaleyh, asıl işverenin değişmesi ile yeni bir alt işveren ilişkisinin kabulü o işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinin; kıdemin esas alındığı haklarında, önemli kayıplara yol açacaktır. İşyeri devrinde bu hususta yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Şüphesiz, Kanundaki düzenleme boşluğu karşısında işçilerin mağdur edilmemeleri gerekir. Öğretide ifade edildiği üzere, bunun için İş K.md.2 ve md.6 hükümlerinin amacından hareketle; külli halefiyet veya tarafların bu konuda açık bir anlaşması olmasa da, alt işveren ilişkisinin işyerini devralan asıl işveren ile devam ettiği kabul edilmelidir⁸⁷.

b) Alt İşverenlik İlişkisinde Asıl İşverenin Değişmesi

aa) Asıl İşveren Değiştığı Halde İşçilerin Aynı Alt İşverene Bağlı Olarak Çalışmalarını Sürdürmeleri

Alt işveren, her alt işveren ilişkisi sonunda başka bir işverenden iş alabilir. Aynı alt işverene bağlı olara, ard arda değişik asıl işverenlerden alınan işlerde çalışan işçiler açısından değerlendirildiğinde, asıl işverenlerin değişmesi, işyeri devri olarak değerlendirilemez. Çünkü her bir asıl işverenin işyeri birbirinden bağımsızdır. Bu durumda ayrı ayrı işverenlerle kurulmuş asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olup, işçi alt işveren nezdinde çalışmalarını aralıksız sürdürmektedir⁸⁸.

Şüphesiz, böyle bir uygulama, sorumluluğu üzerine almak istemeyen (asıl) işverenlerin alt işverenler vasıtasıyla, özellikle kıdemin esas alındığı işçi alacaklarından kurtulmasına imkân sağlamaktadır. Uzun yıllar alt işveren nezdinde belirli bir işverenin işyerinde çalıştırılan işçilerin iş sözleşmeleri sonlandırılmadan başka bir işverenden alınan işte kısa bir süre çalıştırdıktan sonra iş sözleşmelerinin feshedilmesi halinde, işçilerin önceki asıl işverenden feshe bağlı tazminatları ve izin ücretini talep etmesi mümkün olmayacaktır⁸⁹.

Daha önce de belirtildiği üzere, kamu ihaleleri ile alt işverenlere (müteahhitlere) verilen işler, ya belirli bir süre (ki bu genelde bir yıl) veya belirli bir işin tamamlanması içindir. Bu nedenle ihale sonunda, eğer

⁸⁷ SÜZEK, s.191; Asıl işverenin işyerinin bir bölümünü devri hakkında bkz. AYKAÇ, s.323.

⁸⁸ ÇANKAYA/ÇİL, s.70.

⁸⁹ ÇANKAYA/ÇİL, s.27; AYKAÇ, s.328-329.

ihtiyaç varsa tekrar bir ihale açılır. Daha önce ihaleyi alan alt işveren sonraki ihaleyi kazanamaması durumunda, münhasıran o ihale için kurulmamış ise, işçileri ile olan sözleşme ilişkisi devam eder. Yapılan işin özelliğinden dolayı, alt işverenler yaptıkları sözleşmelerde işverenin değişik işyerinde çalışacağına ilişkin işçilerden baştan taahhüt almaktadır. Saklı tutma hakkı kötüye kullanılmadığı sürece işçi İş K.md.22'yi ileri süremez, işyeri değişikliğine uymak durumundadır⁹⁰. İhaleyi kaybeden alt işveren aynı çalışma koşullarını kendisine sağlandığı halde işçi bunu kabul etmez ise, alt işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

bb) Alt İşveren İşçisinin Asıl İşverene Bağlı Olarak Çalışmaya Başlaması

İhale sonunda üstlendiği işi sona erdiği halde alt işveren işçileri o işyerinde aynı veya başka işlerde çalışmaya devam etmesi mümkündür. O işyerinde çalışan işçilerin asıl işverene geçmesi taraflarca açık veya örtülü bir şekilde kararlaştırılmış olsa bile bu işyeri (veya bölümünün) devri olarak nitelendirilemez⁹¹. Çünkü, ihale sonucunda alt işverenin o işyerindeki faaliyeti sona ermiştir. Bu durumda işçilerinin sözleşmeleri alt işveren tarafından feshedilmiş kabul edilir ve feshe bağlı haklardan alt işveren ve asıl işveren birlikte sorumlu olur. Alt işverenin böyle bir tasarrufu söz konusu değil iken, işçinin kendi isteğiyle ile o işyerinde asıl işverene bağlı olarak çalışmaya devam etmesi, alt işverenle olan sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği anlamına gelir. Asıl işveren işçinin alt işveren nezdindeki çalışmalarından doğan haklardan dolayı müteselsilen sorumlu olmakla birlikte, kendisine bağlı olarak çalışmaya başladığı tarihten sonraki haklardan doğrudan kendisi sorumludur⁹².

c) Alt İşverenlik İlişkisinde Alt İşverenin Değişmesi

İhaleye özgü yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi söz konusu değil ise, salt ihale alınan işin sona ermesi, alt işveren ile işçileri arasındaki sözleşme ilişkisini kendiliğinden sona erdirmez. İhale sonunda üstlendiği işi sona eren alt işveren, o işyerinde yeniden iş alamazsa bile, işçilerini

⁹⁰ AYKAÇ, s.331.

⁹¹ AYKAÇ, s.333.

⁹² AYKAÇ, s.334.

başka işyerlerinde aldığı işte çalıştırma imkanına sahiptir. Diğer bir ihtimalle, ihaleyi kaybeden alt işveren işçilerin sözleşmelerini feshedebilir. Bu durumda alt işveren işçileri feshe bağlı haklarını İş K.md.2/6 uyarınca alt işverenden ve onunla birlikte sorumlu olan asıl işverenden talep edebilecektir. Bununla birlikte, iş sözleşmesi sona eren alt işveren işçisinin aynı işyerinde yeni ihaleyi kazanan diğer alt işveren yanında işe başlaması da mümkündür.

Öte yandan, ihaleyi kaybeden alt işveren, işçisini başka yerde aldığı işe davet ettiği halde, işçi yeni ihaleyi alan alt işveren nezdinde çalışmayı tercih edebilir. Şu halde, işçi önceki alt işverenle olan sözleşmesini feshetmiş sayılır⁹³. Nitekim Yargıtay, alt işverenin ihaleyi kaybetmesi üzerine işçisini aynı ildeki başka bir yemekhanesinde çalışmaya davet ettiği halde, işçinin davete icabet etmemesini sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş olduğuna karar vermiştir⁹⁴.

Kamu işyerlerinde ihale sonrası alt işverenler değiştiği halde, o işyerinde çalışan alt işveren işçilerinin çalışmaya devam etmesi sıkça karşılaşılan bir durumdur. Alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin o işyerinde çalışmalarını sürdürmesi, alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı konusunda karine oluşturur⁹⁵. Muvazaa söz konusu değil ise, işçilerin aralıksız olarak, değişen alt işverenler nezdinde çalıştırılması

⁹³ Yarg.9.HD. 12.06.2006, E.2005/37343, K. 2006/1667, kararın değerlendirilmesi için bkz., **SAHLANAN** Fevzi, “İşyeri Devri İle Asıl İşveren - Alt İşveren” - Karar İncelemesi (Asıl İşveren - Alt İşveren), *Tekstil İşveren*, Kasım 2007, S.333, s.2-4; Ayrıca bkz. **ALPAGUT**, *İşyerinin Devri*, s.108-109; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.18; **ÖZKARACA** Ercüment, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul 2008, s.101-102; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.79-80; **AYKAÇ**, s.331-332.

⁹⁴ Yarg.9.HD. 2.5.2000, E.2000/2387, K. 2000/6493, TÜHİS, Kasım 2000-Şubat 2001, s.68-69.

⁹⁵ **SOYER** Polat, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2008 Yılı Kararları), Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Ankara 2010, s.48; **ÖZKARACA**, s.102; **AYKAÇ**, s.339.

hukuken mümkündür⁹⁶. Böyle bir durum alt işverenler arasında herhangi bir hukuki işlem olmaksızın gerçekleşebileceği gibi, bir hukuki işleme dayalı olarak da oluşabilir⁹⁷.

aa) Alt İşveren Değişikliğinin Hukuki Bir İşleme İle Gerçekleşmesi

Alt işveren aldığı işin tamamını veya bir bölümünü, asıl işverenin de rızasını alarak devredebilir. Böyle bir durumda alt işverenlik konumu da değişmiş olur⁹⁸. Alt işveren işyerini, asıl işverenle olan sözleşmesi devam ettiği sırada veya sözleşmenin sona ermesinden sonra, başka bir alt işverene devredebilir⁹⁹. Asıl işverenden aldığı işin tamamını bir başka alt işverene devretmesi İş K.md.6 göre, işyeri devri niteliğinde kabul edilmektedir¹⁰⁰. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir¹⁰¹.

Buna karşılık “asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremez” (Alt İşv.Yönt.md.11/4). Asıl işin bir bölümünün devri için, devredilmek istenen işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir. Bu şartla, alt işveren üstlendiği işin bir bölümünü başka bir (alt) işverene verebilir. Keza, alınan iş yardımcı ise ve bölünebilir nitelikte ise; anılan şart aranmaksızın, yine asıl işverenin rızasıyla bir başka işverene devri mümkündür¹⁰². Alt işverenin asıl işverenden aldığı işin bir kısmını kanuna uygun bir şekilde başka bir işverene bırakması halinde, alt işveren ile iş verdiği işveren arasında yeni

⁹⁶ SÜZEK, s.190-191; YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.29; SOYER, Yargıtayın 2008 Yılı Kararları, s.48; ÖZKARACA, s.102; AYKAÇ, s.339.

⁹⁷ AYKAÇ, s.339 vd.

⁹⁸ AYDINLI, Alt İşveren, s.161; AYKAÇ, s.339-340; ÇANKAYA/ÇİL, s.75; Ayrıca bkz., DEMİR Fevzi, “Alt İşverenler Arasında Devre İlişkin Karar İncelemesi, SİCİL İSGHD., Aralık 2009, S.16, s.85; GÖKTAŞ, s.100.

⁹⁹ ÖZKARACA, s.98, dn.340; ÇANKAYA/ÇİL, s.75; AYKAÇ, s.340, dn.564.

¹⁰⁰ ÇANKAYA/ÇİL, s.75.

¹⁰¹ Yarg.9.HD. 10.4.2007, E.2006/32995, K.2007/10190, www.kazanci.com.tr.

¹⁰² SÜZEK, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”,s.941; AYKAÇ, s.342.

bir alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Devreden alt işveren iş verdiği diğer işverenin işçilerine karşı asıl işveren sıfatıyla İş K.m.2/6 anlamında birlikte sorumlu olur¹⁰³. Yargıtay, aynı asıl işveren alt işveren ilişkisinde, birden fazla asıl işveren veya alt işverenin bulunmasını mümkün olamayacağı için, alınan işin bir bölümünün usulüne uygun olarak alt işveren tarafından başka bir işverene devri halinde, bu ilişki dışında kalan (ilk) asıl işverenin işçi alacaklarından dolayı sorumluluğunun bulunmadığı görüşündedir¹⁰⁴.

İş Kanununun 6. maddesi uyarınca, bir işyeri veya işyeri bölümü devri halinde devredilen işyeri veya işyeri bölümünde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden devralan işverenle devam eder. Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz (İş K.md.6/5). İşyeri devri halinde işçinin yeni işveren yanında çalışmak istememesi iş sözleşmesinin bildirimli feshi olup, bu halde işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmaz. Eğer devirden önce iş sözleşmesi feshedilmişse ve bu fesih geçerli bir nedene dayanıyorsa, devralan işverene geçen bir iş sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Bu nedenle devirden önce gerçekleşen bir fesih işleminin geçersizliği ve işe iade talebiyle açılan bir davanın devreden işverene karşı açılması gerekir. Davanın devamı sırasında işçinin çalışabileceği bir işyerinin bulunmaması devreden işverenin taraf sıfatını etkilememelidir¹⁰⁵.

Öte yandan, alt işveren işçilerinin onayını da alarak iş sözleşmelerini başka bir işverene devredebilir¹⁰⁶. Bu ilişkide işçilerin iş

¹⁰³ **AYKAÇ**, s.344.

¹⁰⁴ Yarg.9.HD. 10.4.2007, E.2006/32995, K.2007/10190, www.kazanci.com.tr.

¹⁰⁵ **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.38-39.

¹⁰⁶ İş sözleşmesinin devri yasayla düzenlenmemesine rağmen, öğreti ve yargı kararlarıyla benimsenmiştir. Bkz. **EKONOMİ** Münir/**EYRENCİ** Öner, “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s.1218-1220; Yarg.9.HD. 12.7.2006, E.2006/1892, K.2006/20661, karar değerlendirmesi için bkz. **ŞAHLANAN** Fevzi, “İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları” - Karar Değerlendirmesi (İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devri), Tekstil İşveren, S.324, Ocak 2007, s.2-4).Bu rızanın verilmemesi nedeniyle iş

sözleşmeleri feshedilmediği için feshe bağlı haklar işçi tarafından talep edilemez. Fakat işçinin önceki alt işverenin işyerinde geçirdiği süreler, ilerde ihbar ve kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İş sözleşmesinin devri Kanunda öngörülmemiştir. Bu durumda işyeri devrine ilişkin İş K.md.6/3 hükmü kıyasen uygulanmalıdır¹⁰⁷. Buna göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

bb) Hiçbir Hukuki İşlem Olmadan İşçilerin Yeni Alt İşverene Bağlı Olarak Çalışmalarını Sürdüremeleri

Alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin o işyerinde çalışmalarını sürdürmesi, alt işveren ilişkisinde muvazaanın bulunduğu yönünde kuşku uyandırır. Ancak Yargıtay, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olmasını, alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunun kabulü için yeterli görmemiştir¹⁰⁸. Hâkim bir hukuki işlemi geçersiz kılacak itiraz konusu her şeyi re'sen dikkate almak durumunda olduğu için, her somut olay bu kuşku ile değerlendirilmesi gerekir.

Yargıtay, alt işveren değişmesine rağmen işçilerin çalışmayı sürdürmeleri durumunda işyeri(nin bir bölümünün) devrine ilişkin kuralların (İş K.md.6) uygulanması gerektiğine hükmetmektedir¹⁰⁹.

sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi hukuken mümkün değildir (YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.36-37); Yarg.9.HD. 27.2.2006, E.2005/22422, K.2006/664, Çalışma ve Toplum, 2006/3 (10), s. 268-269.

¹⁰⁷ EKONOMİ, "Alt İşveren İlişkisi", s.94.

¹⁰⁸ Yarg.9.HD. 15.03.2010, E.2009/42282, K.2010/6655, <http://www.kazanci.com.tr>; Yarg.9.HD. 01.03.2010, E.2009/48087, K.2010/5216, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.218-223; Yarg.9.HD. 01.11.2010, E.2010/36161, K.2010/31045, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.337-341.

¹⁰⁹ Dosya içeriğine göre, davalının ... Hastanesi işyerinde hizmet alım sözleşmesine göre işçilerini çalıştırdığı, söz konusu ihalenin 31.5.2006 tarihinde sona erdiği, davalının yeni ihaleyi alamadığı, hastane yönetimi ile

Yüksek Mahkemeye göre, alt işverenler arasında devre ilişkin bir hukuki işlemin bulunması gerekmektedir¹¹⁰.

bu kez ... San ve Tic Ltd Şti arasında sözleşme yapıldığı, SSK kayıtları ve tanık anlatımlarına göre de davacının 1.6.2006 tarihinden itibaren ihaleyi alan bu yeni firma nezdinde çalışmaya devam ettiği anlaşılmaktadır, işçi ihaleyi kazanan yeni şirketin işverenliğinde çalışmasını sürdürmektedir. Müteahhit değişikliği sadece işyeri devri niteliğindedir.., (Yarg.9.HD. 18.01.2010, E. 2008/14578, K. 2010/295, Çalışma ve Toplum, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s.460-461; Ayrıca bkz. Yarg.9.HD. 07.07.2009, E. 2008/40398, K. 2009/19939, Çalışma ve Toplum, 2010/1 (24), s.320-323; Yarg.9.HD. 18.9.2008, E.2006/26306, K.2008/23980, Çalışma ve Toplum, 2009/1 (20), s.269-273; Yarg.9.HD. 25.12.2008, E. 2007/33274, K.2008/35297, Çalışma ve Toplum, 2009/3 (22), s.372-375; Yarg.9.HD. 12.06.2006, E.2005/37343, K.2006/16607, Çalışma ve Toplum, 2006/4 (11), s.226-227. Konunun değerlendirilmesine ilişkin bilgi için bkz. **SÜZEK**, s.191; **ŞAHLANAN**, “Yardımcı İşte Muvazaa İddiası”, s.4-5; **SOYER**, Yargıtayın 2008 Yılı Kararları, s.46-49. **YENİSEY**, Kübra Doğan, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s.187 vd.; **aynı yazar**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.33 vd.; **ÇANKAYA/ÇİL**, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, s.65; **ÖZKARACA** Ercüment, “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk”, Karar İncelemesi, , Çalışma ve Toplum, 2009/1 (20), s.137 vd.

¹¹⁰ AB Adalet Divanı içtihadına ve Alman Federal İş Mahkemesine kararlarına göre, işyeri devrinden söz edebilmek için faaliyeti sürdüreceği yeni işveren ile eski işveren arasında bir sözleşme ilişkisine gerek yoktur. Federal Mahkeme, faaliyeti üstlenen işverenin işçileri rızasıyla çalıştırmaya devam etmesini işyeri devri bakımından yeterli görmekte ve eski organizasyon yapısı içinde faaliyetin devamını sağlayacak sayı ve nitelikte işçinin devredilmiş olması aranmaktadır (**SOYER**, Yargıtayın 2008 Yılı Kararları, s.47-49). Asıl işveren alt işveren ilişkisi ile işyeri devri arasındaki ilişki için bkz. **YENİSEY**, s.244 vd. Yazara göre, Adalet Divanı'nın yerleşik içtihadı haline gelmiş, Schmidt ve Süzen kararlarında ortaya konulduğu gibi, sırf işgücünün devri bazı hallerde işyeri bölümünün devri olarak nitelendirilebilir. Ancak bunun için işyerinin kimliğini belirleyici unsur işgücü olmalıdır. Yoksa her durumda sırf işçilerin devrinden yola çıkarak işyeri veya işyeri bölümü devri bulunduğu sonucuna varılamaz (**YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.34-35); Ayrıca bkz., **ALPAGUT**, İşyerinin Devri, s.91-92.

Gerçek anlamda işyeri(nin bir bölümünün) devrinden söz edebilmek için, öncelikle asıl işveren- alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmaması gerekir. Aksi halde, 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. Alt işverenin değişmesi durumunda muvazaa sözkonusu ise, işyeri(nin bir bölümünün) devrinden söz etmek mümkün değildir¹¹¹.

Alt işveren değiştiği halde, işçilerin halen aynı kamu işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde bunun işyeri devri olarak kabul edilmekle birlikte, ihale sonrasında ihaleyi kaybeden alt işverenin işçisini başka bir işyerinde çalıştırmak istemesi durumunda ne olur? Böyle bir durum karşısında yine işyeri devri söz konusu mudur? İşçinin sözleşmesi yeni alt işveren ile devam ettiği kabul edilebilir mi? Doğrusu buna olumlu yanıt vermek zordur. Zira, işçi önceki alt işverenin işçisidir, onun emir ve talimatı altında çalışmaktadır. İhalenin tekrar alınamaması durumunda, alt işverenin o işçi ile bu şartlar dışında sözleşme ilişkisini devam ettirmeyecek ise, işçinin kamu işyerinde işini sürdürmesini işyeri devri kapsamında değerlendirmek gerekir. Buna karşın, alt işveren işçisini (belki ihale aldığı) başka işyerinde çalıştırmak istese, işçi ancak iş sözleşmesini esaslı değişiklik nedeniyle feshedip, ihaleyi alan işveren ile yeni bir sözleşme yaparak, aynı kamu işyerinde çalışmasını sürdürebileceğini düşünüyoruz. Şu şartla ki, esaslı değişiklik hususu daha önceden sözleşmede işçi tarafından kabul edilmemiş olsun. Bu kabul ile sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçi, hiç olmazsa feshe bağlı alacaklarını önceki alt işvereninden talep edebilme imkânına sahip olacaktır.

İhaleyi kazanan alt işveren, yeni ihale dönemine kadar o işyerinde çalışmış olan işçileri çalıştırmaması uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur. Eski işçilerle çalışmayı kabul etmeyen yeni alt işveren, bazen hiçbir gerekçe göstermeden işçileri işe kabul etmezken, bazen de sanki sözleşmenin tarafı gibi fesih bildiriminde bulunmaktadır. İşten ayrılma bildirgelerinde işin sona ermesinin nedeni iş bitimi olarak gösterilmektedir. Bu uygulama karşısında iş güvencesi bulunan işçiler

¹¹¹ SÜZEK, s.159-160; SOYER, “Alt İşveren İlişkisi”, s.27 dn.47; aynı yazar, Yargıtayın 2008 Yılı Kararları, s.48.

genelde, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini gerekçe göstererek feshin geçersizliğine ve işe iade talebiyle dava açmaktadır.

4) Kamu İşyerinde Çalışan Alt İşveren İşçisinin İş Güvencesi ve İşe İade Sorunu

Kamu işyerlerinde çalışan alt işveren işlerinin iş sözleşmesinin sona ermesi taraflar arasındaki sözleşmenin belirli - belirsiz süreli olmasına göre farklı hukuki sonuçlar doğurur. Bilindiği üzere, yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri süre sonunda kendiliğinden sona ermekte ve işçi herhangi bir tazminat talep edememektedir. Oysa, alt işveren işçilerinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması halinde ise, yasal iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçinin sözleşmesi ancak geçerli bir nedene dayanılarak veya haklı bir neden ile feshedilebilir. İşçi, feshin haksız olduğu iddiasında ise, Kanununun 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurarak feshin geçersizliğine karar verilmesini talep edebilir (md.25/son)¹¹².

Geçerli bir alt işveren ilişkisi söz konusu ise, işe iade talebi sadece alt işverene karşı yapılabilir. Açılan davada asıl işveren ile alt işveren birlikte hasım gösterilmiş¹¹³ olsa da, işe iade yükümlülüğü asıl işverene değil, alt işverene aittir. Eğer alt işveren ilişkisi muvazaaya dayanmıyorsa, asıl işverene karşı işe iade davası açmak yerinde değildir¹¹⁴. Çünkü, mahkemenin işe iade kararı tespit niteliğindedir. Alt

¹¹² SÜZEK, s.455-456; ÇELİK, s.273-276; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.216-217; SÜMER, Uygulamalar, s.214; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.750-752; Karş., KAPLAN, s.166-167.

¹¹³ “Muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren işçisi olarak çalışan işçinin işe iade davasını ya sadece alt işverene ya da alt işverenle birlikte işe iadenin sonuçları yönünden müteselsilen sorumluluğu bulunan asıl işverene karşı açması gerekir. Başka bir anlatımla işe iade davası sadece asıl işverene karşı açılmaz. Bu nedenle sadece davalı asıl işverene karşı açılmış olan davanın husumet yönünden reddine karar verilmelidir. Mahkemece işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru olmamıştır” (Yarg.9.HD. 3.3.2008, E.2007/26148, K.2008/3017, <http://www.kazanci.com.tr>); Yarg. 9.HD. 08.11.2010, E.2010/36824, K.2010/32093, Çalışma ve Toplum, 2011/3 (30), s.413-415.

¹¹⁴ Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.469; “Likit ve kesin olmayan, miktarı kesin olarak

işveren işe iade kararını yerine getirmemesi halinde, işçi daha sonra açacağı bir alacak davası ile işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ile boşta kalan süreler ile ilişkin ücretini, İş K.md.2/6 uyarınca hem alt işverenden, hem de asıl işverenden talep edebilir. Bununla birlikte, işçi işe iade davası açmasa da, asıl işverenin yasal sorumluluğu devam etmektedir¹¹⁵.

Uygulamada en çok sıkıntı duyulan hususlardan biri de muvazaa hallerinde işe iade davasının kime karşı açılacağıdır. Her iki işverene karşı açılacak davanın sonunda hüküm kısmen kabul, kısmen ret şeklinde olacağı için, davacı işçi gereksiz yere harç ve vekâlet ücreti ödemek zorunda kalacaktır¹¹⁶. Sadece alt işveren aleyhine işe iade davası açılır ve somut olayda muvazaa tespit edilirse, husumet yokluğu nedeniyle dava reddedilecek, fakat bu sefer de süresi içinde gerçek işverene dava açamama sorunu ile karşı karşıya kalınacaktır. Uygulamada davacı işçi tarafı her iki işverene karşı iki ayrı dava açarak dosyaların birleştirilmesini sağlamak zorunda kalmaktadır. Bu uygulama sorununa çözüm olarak; öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere, işçinin herhangi bir işverene karşı işe iade davası açması halinde dava açmak için öngörülen bir aylık hak düşürücü sürenin kesileceği ve muvazaa nedeniyle husumet hatasının işçi lehine değerlendirilerek davanın gerçek işverene karşı açılmış gibi kabul edilmesi yerinde olacaktır¹¹⁷.

Yargılama sonunda, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu ve bu ilişkinin yasal unsurlarını taşımadığı tespit edildiği takdirde, asıl işveren başlangıçtan itibaren işçinin işvereni kabul edilerek, yapılan

bilinmeyen özellikle ifasının gerektiği ve miktarı bir dava sonunda kesinleşecek hakların asıl işverenden önceden talep ve dava edilmesi mümkün değildir. Örneğin, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin devamı sırasında sözleşmesi feshedilen ve iş güvencesi kapsamında olan bir alt işveren işçisinin işe iade davası açmış olması durumunda davanın müteselsil sorumluluğundan dolayı asıl işverene yöneltilmesi mümkün değildir” (NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.71); AYKAÇ, s.298.

¹¹⁵ ŞAHLANAN, “Yardımcı İşte Muvazaa İddiası”, s.5; ÇANKAYA/ÇİL, s.53-54; AYKAÇ, s.298, 300.

¹¹⁶ ÇANKAYA/ÇİL, s.54.

¹¹⁷ ÇANKAYA/ÇİL, s.54.

feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine, aksi halde boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatından (asıl) işverenin sorumlu olacağına karar vermek gerekir. Ayrıca alt işverenin işçi açısından işverenlik sıfatı bulunmadığından, alt işveren bakımından husumet yokluğu nedeniyle dava ret edilmelidir¹¹⁸.

II. KAMU İŞYERLERİNDE ÇALIŞAN ALT İŞVEREN İŞÇİSİNİN ALACAK SORUNU

A) Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'na göre asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte (müteselsil) sorumludur (md.2/6)¹¹⁹. Alt işveren ilişkisinin tarafı olan asıl işverenin de bu ilişkide menfaatinin bulunması bir yana, alt işveren işçilerinin ücret ve diğer işçi alacaklarını öde(ye)meme ihtimali karşısında, asıl işveren ile alt işveren birlikte sorumlu tutularak işçi alacakları güvence altına alınmıştır¹²⁰.

Kanunda öngörülen birlikte sorumluluk esası, işçi alacakları güvence altına almanın yanı sıra, alt işveren seçiminde asıl işverenin gerekli dikkat ve özeni göstermesini ve bu ilişkide sorumlu olarak hareket etmesini sağladığı da bir gerçektir¹²¹. Zira, asıl işveren ile alt işveren, borcun tamamı için ve aynı derecede; müştereken ve müteselsilen, sorumlu tutulmuştur¹²². İşçi alacağını kendi işvereninden

¹¹⁸ ŞAHLANAN, “Yardımcı İşte Muvazaa İddiası”, s.5; Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.469; Yarg.9.HD. 14.05.2007, E.2007/3132, K.2007/14914, Çalışma ve Toplum, 2007/4 (15), s.240-243.

¹¹⁹ Sorumluluğun niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AYKAÇ, s.282 vd.

¹²⁰ ÇELİK, s.49; SÜZEK, s.152-153; NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.67; SOYER, “Alt İşveren İlişkisi”, s.23; GÜZEL, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.52; TUNCAY, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, s.67; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.175; ÇANKAYA/ÇİL, s.43; aynı yazarlar, “Asıl işveren Alt işveren ilişkisi”, s.66; SÜMER, Uygulamalar, s.27; CANBOLAT, s.71; AYKAÇ, s.280-281.

¹²¹ AYKAÇ, s.281-282.

¹²² Yarg.9.HD. 21.7.2008, E.2008/23429, K.2008/20721, www.kazanci.com.tr.

alamayan alt işveren işçisi, doğrudan doğruya asıl işverene başvurma ve ödenmediği takdirde dava ve takip hakkına sahiptir¹²³. Bu sorumluluk, işin alt işverene verildiği tarihten itibaren başlar. Alt işveren işçisinin ölümü halinde ise, bu sefer mirasçılara karşı birlikte sorumlu olurlar¹²⁴.

Asıl işverenin alt işveren işçilerinin alacaklarından dolayı yasal sorumluluğunun doğması için öncelikle taraflar arasında kurulmuş muvazaaya dayanmayan, İş K.md.2 anlamında geçerli asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmuş olmalıdır. Alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi olmadığı halde, asıl işveren yasal olarak sorumlu tutulmuştur. Asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumluluğu ile sınırlıdır. İşçiler kendi işverenlerinden talep edebileceklerinden fazlasını asıl işverenden isteyemezler¹²⁵. Şüphesiz asıl işveren - alt işveren ilişkisi Kanuna aykırı veya muvazaalı olduğu sonucuna varılırsa, işçi baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceği için tüm alacağını asıl işverenden talep edecektir.

Asıl işveren - alt işveren sorumluluğuna ilişkin Kanun hükmü kamu düzenine ilişkin olup, emredici niteliktedir. Taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmaları, Kanuna aykırı olduğundan geçersiz olup, işçiyi bağlamaz¹²⁶. Cezaların şahsiliği ilkesi nedeniyle, asıl işverenin cezai

¹²³ Alt işveren işçisi, alacak hakkını sadece alt işverenden veya sadece asıl işverenden veyahut her ikisinden ortak olarak talep edebilir (ÇELİK, s.49; SÜZEK, s.152; NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.69; TUNCAY, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, s.68; ÇANKAYA/ÇİL, s.42-43; CANBOLAT, s.71; AYDEMİR, s.125; AYDINLI, Alt İşveren, s.190 vd.; AYKAÇ, s.285).

¹²⁴ SÜMER, Uygulamalar, s.28-29; SOYER, “Alt İşveren İlişkisi”, s.28; AYDEMİR, s.129; AYDINLI, Alt İşveren, s.190 vd.; AYKAÇ, s.291.

¹²⁵ NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.65.

¹²⁶ SÜZEK, s.153; NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.67; SOYER, “Alt İşveren İlişkisi”, s.23; TUNCAY, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, s.68; CANBOLAT, s.71-72, 166; SÜMER, Uygulamalar, s.30-31; AYKAÇ, s.289; Yargıtay bir kararında, asıl işveren ile alt işveren arasında imzalanmış bulunan teknik şartnamede, her türlü sorumluluğun işi yapan firmaya (alt işverene) ait olacağını kararlaştırılmasının işçiyi bağlamayacağını ve kanun hükmünün kamu düzenine ilişkin olduğu ve işçi

sorumluluğu sözkonusu olamayacağından, İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan hukuki, cezai ve idari yükümlülükler dolayısıyla asıl işverenin sadece hukuki sorumluluğu bulunmaktadır¹²⁷.

Yalnız belirtmek gerekir ki, asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülükler ile sınırlıdır (md.2/6)¹²⁸. Ayrıca, asıl işverenin sorumluluğu işçinin tüm hizmet süresine ilişkin değil, sadece o işyerinde görülen iş süresince doğan işçi alacaklarını kapsar¹²⁹.

İşçi, alacağı için asıl işverene ya da alt işverene veyahut her ikisine birden başvurabilir. Alacağını her hangi birinden tahsil ettiği takdirde, müteselsil sorumlu diğer işveren borçtan kurtulur. Yaptığı

aleyhine değiştirilemeyeceğine karar vermiştir (Yarg.9.HD. 18.3.1998, 517/3080, bkz., **CANBOLAT**, s.166).

¹²⁷ **NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.68; **CENTEL**, s.67-68; Sosyal Güvenlik Kurumu alt işverenden alamadığı ceza miktarını asıl işverenden talep edemez (**SÜMER**, Uygulamalar, s.29-30).

¹²⁸ Bunun dışında başka kanun, sözleşmelerden ve asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumluluklar yasa hükmü dışındadır (**NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.65-66); **SÜMER**, Uygulamalar, s.28; **CANBOLAT**, s.72; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.43; **AYDINLI**, Alt İşveren, s.195; **AYKAÇ**, s.303-305; İşçi sağlığı iş güvenliği konusundaki yükümlülüklerine uyulmaması nedeniyle alt işverenin işçisinin iş kazasına uğraması halinde bundan doğan maddi-manevi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatından da asıl işveren ile alt işveren birlikte sorumludur (**AYKAÇ**, s.305-306).

¹²⁹ **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.23; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.174-175; **NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.66; **TUNCAY**, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, s.68; **SÜZEK**, Yargıtayın 2001 Yılı Kararları, s.10; **TAŞKENT**, “Alt İşveren, s.366; **CANBOLAT**, s.70-72; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.47; **AYKAÇ**, s.309-311. Yarg.9.HD. 11.5.2004, E.2004/1126, K.2004/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, s.57-58.

fazlaya ilişkin ödemeler dolayısıyla, asıl işverenin, alt işverene karşı rücu hakkı saklıdır¹³⁰.

Uygulamada, sözleşmesi feshedilen alt işveren işçisinin işçi alacaklarından dolayı alt işveren karşı dava açtığı ve dava lehine kesinleştiği halde, işçinin çoğu zaman alt işverene ulaşması mümkün olmamaktadır. Mahkeme kararı ile kesinleşen işçilik alacaklarını tahsil edemeyen işçi, bu nedenle asıl işveren aleyhine dava açmak zorunda kalmaktadır. Her ne kadar davalı kamu kurumu, işin alt işverene ihale ile verildiğini ve kendisine husumet yöneltilemeyeceğini ileri sürse de, somut olayda asıl işveren sıfatı bulunan kamu kurumunun da, alt işverenin sorumlu olduğu alacaklardan yasal olarak birlikte sorumludur¹³¹.

Asıl işveren ile alt işverenin müteselsil sorumluluğu dolayısıyla, açılacak işçi alacağına ilişkin davada zorunlu dava arkadaşlığı sözkonusu değildir¹³². Çünkü, işçi herhangi birine veya her ikisine karşı husumet yöneltebilir. Ancak işçilik hakları ödenmiş veya iş sözleşmesini aslında işçinin tarafından feshedilmiş olması gibi durumlar davanın sonucuna etkili olacağı için diğer davalının da bundan haberdar edilmesi gerekir. Her ne kadar taraflar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmasa da, ileride rücu hakkının kullanılabilmesi için, alt işveren işçisinin asıl

¹³⁰ Hukuka uygun bir alt işveren ilişkisi varsa; birlikte sorumluluktan dolayı, asıl işverenin alt işveren işçilerine yaptığı fazlaya ilişkin ödemeleri alt işverenden faizi ile birlikte geri isteyebilir. Fakat, geçersiz bir alt işveren ilişkisinde asıl işverenin rücu hakkından söz edilmese gerektir. Bkz. **CANBOLAT**, s.75; **ÇELİK**, s.49; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.23; **SÜZEK**, s.153; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.366; **NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.70; **AYDINLI**, Alt İşveren, s.203 vd.; **AYDEMİR**, s.125; **AYKAÇ**, s.317-320. **SÜMER**, Uygulamalar, s.27-28; **DEMİR** Fevzi, “ 4857 Sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, Mercek, Temmuz 2003, s.88; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.44.

¹³¹ Yarg.9.HD. 21.01.2010, E.2008/12349, K.2010/582, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s.449-451.

¹³² **AYKAÇ**, s.295-297.

işverene yönelttiği talepler asıl işveren tarafından alt işverene ihbar edilmelidir¹³³.

Ekleme gerekir ki, Kamu kurum ve kuruluşları ihale makamı olarak işçi çalıştırmıyorlarsa, yasal olarak asıl işveren sayılmazlar. O nedenle ihaleyi alan müteahhit işçilerinin ücretlerinden İş K.md.36 kapsamında sınırlı sorumludur. Bunun dışında ihale makamının işçinin kıdeme dayalı hakları konusunda sorumluluğu bulunmamaktadır.

Uygulamada görüldüğü üzere, işveren veya işyeri değişikliği, iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde, her seferinde işçi alacağı sorunu ile karşılaşmaktadır. Uzun yıllar kamu işyerlerinde alt işverene bağlı olarak çalışan işçilerin sözleşmelerinin sona ermesi halinde, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti ve diğer haklarını kimden talep edebileceği ve bu alacakların nasıl hesap edileceği hususu önemli uygulama sorunu haline gelmiştir. Bu nedenle bu konunun üzerinde durulmasında yarar görüyoruz.

B) Ücret Alacağı Talep Hakkı

Alt işveren işçileri, alt işverenin emir ve talimatı altında çalışmaktadır. Ücret ve diğer hakları alt işveren tarafından ödenmektedir¹³⁴. Alt işveren işçilerinin o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile asıl işveren de birlikte sorumludur (İş K.md.2/6). Şu halde, asıl işveren, kanundan, sözleşmeden ve işyeri uygulamalarından doğan alt işveren işçilerinin ödenmeyen ücretlerinden ve fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin ücretlerinden, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından sorumludur¹³⁵.

İşçinin alt işveren işçisi olarak çalıştığı sırada asıl işverenin değişmesi halinde, İş K.md.6 uyarınca devir anında doğmuş bulunan işçi

¹³³ ÇANKAYA/ÇİL, s.47; AYKAÇ, s.297.

¹³⁴ CANBOLAT, s.35; SÜMER, Uygulamalar, s.19.

¹³⁵ ÇANKAYA/ÇİL, s.43; Yarg.9.HD. 18.02.2008, E.2007/24560, K.2008/186, Çalışma ve Toplum, 2008/3 (18), s.367-369; Yarg.9.HD. 21.7.2008, E.2008/23429, K.2008/20721, www.kazanci.com.tr; SOYER, "Alt İşveren İlişkisi", s.28 dn.62; AYKAÇ, s.307.

alacaklarından alt işverenin yanı sıra, devralan ve devreden asıl işverenler 2 yıl süreyle birlikte sorumludur. İşyeri devrinin ardından doğan işçi alacakları bakımından ise, alt işverenle ile sadece devralan işveren sorumlu olur¹³⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere, Yargıtay göre, kamu işyerinde iş alan alt işverenin yeniden ihaleyi alamaması, ihalenin başka bir alt işverene verilmesi halinde, o işyerinde çalışmaya devam eden önceki alt işveren işçileri bakımından işyeri devri söz konusudur. İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden İş K.md.6 uyarınca devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan işçi alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğu yoktur. Bu alacaklardan devralan işveren ile asıl işveren sorumludur¹³⁷.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı sözleşmeleri ile kurulan ilişkide yasal sorumlu ilgili kamu kuruluşu asıl işveren olabileceği gibi, işçi çalıştırmayan, işveren sıfatı bulunmayan ihale makamı da olabilir. Yalnız kamu (asıl) işverenleri İş K.md.36 hükümleri ile birlikte İş K.md.2/6 hükümlerine göre de müteahhit (alt işveren) işçilerinin ücret ve diğer haklarından sorumludur. Anahtar teslimi iş yaptıran ihale makamı ise, o işte işçi çalıştırmadığı için sadece 36. madde hükümlerine göre sorumlu olur¹³⁸.

İş Kanunu'nun 36. maddesi, kamu makamlarının ve asıl işverenlerin, ücretleri ödenmemiş işçilerin ücretlerinin müteahhit veya

¹³⁶ ÇANKAYA/ÇİL, s.74.

¹³⁷ Yarg.9.HD. 02.12.2009, E.2009/106676, K.2009/33101, www.kazanci.com.tr; ÇANKAYA/ÇİL, s.93; AYKAÇ, s.325.

¹³⁸ Yarg.9.HD. 11.5.2004, E.2004/1126, K.2004/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, s.57-58; Yarg.9.HD. 10.4.2007, E.2006/32995, K.2007/10190, www.kazanci.com.tr; AKYİĞİT, "Kamuda Alt İşverenlik", s.21; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.526.

taşeronların hakedişlerinden ödenmesini öngörmüştür¹³⁹. Buna göre, genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar¹⁴⁰; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa ilgili müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri, bunların hakedişlerinden ödemek zorundadır (md.36/1). Ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez (md.36/2).

Madde hükmünden anlaşıldığı üzere, anılan kamu kuruluşları işçilerin her hakediş dönemi için ve en fazla üç aylık ücret alacaklarından sorumludur ve bu sınırlı sorumluluk sadece bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işleri için geçerlidir¹⁴¹. Ayrıca, ücret¹⁴² dışında kalan tazminat niteliğindeki alacaklar ve diğer işçilik hakları da bu hükmün kapsamı dışındadır¹⁴³.

¹³⁹ Müteahhit ve taşeron işçilerinin ücretlerinin ödenmesine ilişkin güvence hakkında bkz. **KESER**, s.180-185.

¹⁴⁰ Öğretide bir görüşe göre, Kanunun öngördüğü yetki ve sorumluluğun, anılan kamu kuruluşları ile sınırlıdır (**USTA** Osman, “Müteahhit Eliyle Yapılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları, Çimento İşveren, Ocak 1998, s.11-28).

¹⁴¹ **CENTEL** Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1981, s.349; **SÜZEK**, s.340-342; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.24; **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.23; **CANBOLAT**, s.72; **DEMİR**, s.88; **KESER**, s.182-183; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.21; **AYKAÇ** s.313.

¹⁴² Öğretiye göre, burada sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olup, işçinin fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil, yıllık izin ücretleri ile primler, ikramiyeler, sosyal yardımlar gibi unsurlarda ücrete dahildir (**KESER**, s.181; **USTA**, s.20-21).

¹⁴³ “... Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, anahtar teslimi suretiyle ihale edilen işlerde kamu makamlarının fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatili alacakları yönlerinden sorumluluğu

Bunun için hakediş ödeneceği ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilan tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilan asılmak suretiyle duyurulur (md.36/2). Ücretleri ödenmeyen işçilerin başvurusu üzerine ücretleri, ilgili müteahhit veya taşeronların hakedişlerinden ödenir (md.36/1). İşyerindeki yazılı uyarıya rağmen işçi idareye başvurmamışsa, yeterli araştırmayı yapmış olan kamu kurumunu sorumlu tutulamaz. Hatta başvuruda bulunamaması haklı bir nedene dayansa da idare yine sorumlu değildir. Tabiatıyla, uyuşmazlık halinde hakim durumu somut olayın kendi içinde değerlendirecektir¹⁴⁴.

Kamu işvereni Kanunun kendisine tanıdığı yetkiyi kullanarak kamu işyerinde çalışan alt işveren işçilerinin ücretlerini, alt işverene yapacağı ödemediği Kanunda öngörülen sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla kesmek suretiyle ödeyebilir. Ancak bu tutarı aşan ücret borcu ve diğer işçi hakları bakımından birlikte sorumluluğu devam eder¹⁴⁵.

Anılan müteahhitlerin bu işverenlerdeki her çeşit teminat ve hakedişleri üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi bu işte çalışan işçilerin ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder (md.36/3).

bulunmamaktadır (Yargıtay 9.H.D., 9.10.2003 gün, 2003/3219 E, 2003/16714 K; Yargıtay 9.H.D. 2.7.1998 gün, 1998/8607 E.1998/11121 K.). Böyle olunca, davalı Toplu Konut İdaresi Başkanlığının sorumluluğu 4857 sayılı İş Kanununun 36 maddesi uyarınca son üç aylık dönemi aşmamak üzere belirlenmeli ve sonucuna göre istekle ilgili karar verilmelidir. Davacının fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücreti alacakları yönünden davalı işverenin sorumluluğu ile yetinilmesi gerekirken, ihale makamı konumundaki davalı Toplu Konut İdaresi Başkanlığı yönünden de tahsile dair hüküm kurulması hatalı olmuştur” (Yarg.9.HD. 19.01.2010, E. 2009/12079, K. 2010/383, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s.454-455); **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.24; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.24; **AYKAÇ** s.313.

¹⁴⁴ **KESER**, s.182.

¹⁴⁵ **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.24; **SÜMER**, Uygulamalar, s.30-31; **AYKAÇ** s.317.

Bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş ve tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder (md.36/4).

C) Kıdeme Bağlı Talep Hakları

Alt işveren işçilerinin en çok mağduriyetleri kıdeme bağlı haklarda olmaktadır. Zira, kamu işyerinde alınan ihalelerin bir yıldan az sürmesi veya yapılan ihalenin başka bir alt işveren tarafından alınması bir başka ifade ile işçinin aynı işyerinde farklı işverenlere bağlı olarak çalışması, işçinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin (ücret)leri bakımında mağduriyetlerine yol açabilmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu ILO'nun 94 No'lu Bir Amme Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Mütteallik Sözleşmesi ile alt işverene iş veren ihale makamı, ihale kapsamında çalıştırılacak işçilerin ücretleri de dâhil tüm özlük hakları konusunda, uygulamaya yönelik gerekli tedbirleri almakla görevlendirilmiştir. İş mevzuatında ihtiyaç duyulan düzenlemeler yapılmaya çalışılırken, çıkan uyuşmazlıklar sonucunda da bu konuda zengin bir içtihat oluştuğu söylenebilir.

1) Kıdem Tazminatı Talep Hakkı

Kıdem tazminatı, kanunda belirtilen asgari bir yıllık çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin kanunda sayılan nedenlerden biriyle sona ermesi halinde, işveren tarafından işçiye veya ölümü halinde mirasçılara ödenen paradır¹⁴⁶. Kıdem tazminatı, bir işyerinde ya da bir işverenin emri altında veya belirli bir meslekte uzun süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde, işyerine katkıda bulunmuş olması, işinde yıpranması ve yeni bir iş bulmada karşılaşılabilecek zorluklar dikkate alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık; yasanın öngördüğü şartlarda,

¹⁴⁶ **AKYİĞİT**, Ercan, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı (Öğreti-Uygulama), Ankara 1999, s.25; **NARMANLIOĞLU** Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, s.4, 326; **ÇELİK**, s.250-251; **SÜZEK**, s.679; **SÜMER**, s.109.

işveren tarafından işçiye yapılan toplu bir ödemedir¹⁴⁷. İş sözleşmesinin işçi tarafından bildirimli feshi (İş K.md.17), işveren tarafından haklı nedenle derhal fesih (İş K.md.25/II) veya tarafların anlaşmaları hallerinde sona ermesi ya da belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolması ile sona ermesi durumunda yasal olarak kıdem tazminatı ödenmesi söz konusu değildir.

Kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için işçinin işe başladığı tarihten itibaren en az bir yıl geçmesi gerekir. Kamu işyerinde özellikle eser sözleşmesine konu olan ihaleler uzun sürebilirken, asıl işveren- alt işveren ilişkisinin olduğu hizmet alım ihalelerinde ise, ihaleler yıllık yapılmaktadır. O nedenle, ihaleyi kazanan alt işveren her yıl veya birkaç yılda bir değişmektedir. Buna rağmen çoğu zaman, alt işveren işçileri o işyerinde çalışmalarını sürdürmektedir. Bu durumda işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı, değişik ihtimallere göre değerlendirilmelidir¹⁴⁸.

Birinci ihtimal, alt işveren yeniden ihaleyi alamaması halinde işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesidir. E.İş K.md.14'deki koşulları sağlıyorsa işçi kıdem tazminatına hak kazanır. İş K.md.2/6 uyarınca işçinin kıdem tazminatı alacağından dolayı asıl işveren - alt işverenle birlikte sorumludur¹⁴⁹.

İkinci ihtimal, ihaleyi alamayan alt işveren, işçiyi başka işyerinde çalıştırmak istemesi. Bu durum, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturuyorsa, işçinin bunu kabul etmeyip, İş Kanununun 22. ve 24/II-(f)'ye dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi halinde, kıdem tazminatı hakkı doğar. Buna karşılık işyeri değişikliği esaslı bir değişiklik oluşturmuyor veya böyle bir değişiklik sözleşme ile daha önce işçi tarafından kabul edilmiş ise, işçi alt işverence gösterilen işyerinde işe başlaması gerekir. Aksi halde, işveren İş K.md.25/II-(g) uyarınca iş

¹⁴⁷ NARMANLIOĞLU, Kıdem Tazminatı, s.360; KAPLAN, s.115.

¹⁴⁸ Bkz. ÇANKAYA/ÇİL, s.88 vd.

¹⁴⁹ "... Alt işveren işçisinin sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatlarından asıl işveren Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü de birlikte sorumludur" (Yarg.9.HD. 11.04.2006, E.2005/30239, K.2006/9500, Legal İSGHD, 2006, S.11, s.1035-1036).

sözleşmesini feshedebilir. Yine İş K.md.22'de öngörüldüğü üzere, işveren, çalışma koşullarında geçerli nedenle değişikliğe gidebilir. İşçi, bu değişikliğe razı olmazsa, işveren işçinin ihbar ve kıdem tazminatını ödeyerek sözleşmesini feshedebilir¹⁵⁰.

Üçüncü ihtimal, ihale sonrası alt işveren işçilerinin yeni ihaleyi alan diğer alt işverenin yanında aynı işyerinde çalışmaya devam etmeleri. Yukarıda açıklandığı üzere, bu durum işyeri devri olarak kabul edilmektedir. İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığı gibi, kural olarak işçiye sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. İşçinin sözleşmesi devralan alt işveren ile devam ettiği için, işçi kıdem tazminatı talep edemez¹⁵¹. Ancak, ihaleyi alan yeni alt işveren işçileri işe başlatmaz ise, iş sözleşmeleri ihale süresi sona eren alt işveren tarafından feshedildiği kabul edilir. Bu durumda yeniden ihaleyi alamayan alt işveren ile asıl işveren, işçilerin

¹⁵⁰ ÇELİK, s.67.

¹⁵¹ Yargıtay işyeri devri ile iş sözleşmesinin devrine ilişkin yaptığı bir değerlendirmede şöyle bir sonuca ulaşmıştır: ... İşyeri devri davacıya başlı başına işyerini devralan yeni işverenin yanında çalışmama hakkı vermeyeceğinden işçinin ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmelidir. Ancak işyeri devri söz konusu değilse kanunlarımızda düzenlenmeyen ancak yargı koşulları ile kabul edilen iş sözleşmesinin devri söz konusu olacaktır. İş sözleşmesinin devrinde üçlü bir ilişki mevcuttur. Somut olayda işçinin muvafakati olmadığı için iş sözleşmesi devrinden söz edilemeyeceği ve bu nedenle davacı işçinin yeni işverenin yanında çalışmaya devam etme mecburiyeti olmadığı isabetli bir şekilde vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu durumda işverenin feshi haksız bir fesih olarak nitelenecek ve işçinin kıdem tazminatı talebi yerinde görülecektir (Yarg.9.HD. 12.7.2006, E.2006/1892, K.2006/20661, karar değerlendirmesi için bkz. ŞAHLANAN, “İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devri”, s.2-4); SÜZEK, s.187; YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.36-37; İşyerinin devri sonucunda iş sözleşmesi sona ermez, sözleşme yeni işverenle aynen devam eder. Dolayısıyla işçi feshe bağlı hakları, örneğin ihbar ve kıdem hakkı doğmayacağı için, işyerini devreden işverene dava açıp talepte bulunması yersizdir (Yarg.9.HD. 12.06.2006, E.2005/37343, K.2006/16607, Çalışma ve Toplum, 2006/4 (11), s.226-227).

ödenmeyen kıdem tazminatlarından İş K.md.2/6 gereği birlikte sorumlu olurlar¹⁵².

Alt işverenler arasında açık veya örtülü işyeri devri söz konusu ise, işçilerin kıdemleri tüm alt işveren nezdinde geçen çalışmalar üzerinden ve son ücrete göre hesaplanır. Kıdem tazminatını hak kazandıran bir nedenle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, alt işveren, kendinden önceki alt işverenlerin dönemi de dâhil işçinin tüm çalışma süresine göre hesaplanacak kıdem tazminatından asıl işverenle birlikte sorumludur. Yalnız devreden alt işverenlerin işçiye karşı sorumluluğu devir tarihindeki ücret ve kendi çalıştırdıkları süre ile sınırlıdır (İş K.md.6, 1475 s.K.md.14/2)¹⁵³.

İşçinin aynı alt işveren bağlı olarak değişik asıl işverenler nezdinde birbiri ardına çalışması halinde, birden fazla asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olur. 1475 s.K.md.14/2 uyarınca önceki asıl işverenin kıdem tazminatından kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu tutulması gerekir¹⁵⁴.

İş Kanunundaki alt işverenin işçilerine karşı asıl işverenin müteselsil sorumluluğu işçinin alt işverenden olan ve ödenmeyen kıdem tazminatı alacağından sorumluluğunu kapsar ise de, alt işveren işçisinin daha sonra asıl işverenin emrinde çalışmış olması halinde, önceki çalıştığı sürelerin kıdemden sayılması mümkün değildir. Çünkü her ne

¹⁵² “İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 Sayılı Yasa'nın 14/2 maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde söz edilen devirden işveren için 2 yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olamaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi veya sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir” (Yarg.9.HD. 02.12.2009, E.2009/106676, K.2009/33101, www.kazanci.com.tr).

¹⁵³ ÇELİK, s.50; ÇANKAYA/ÇİL, s.90-91; AYKAÇ, s.325; Ancak asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumluluğunun ötesine geçemez. Yarg.9.HD. 22.04.2004, E.2003/20352, K.2004/9190, Çalışma ve Toplum, 2005/1 (4), s.215-216.

¹⁵⁴ ÇANKAYA/ÇİL, s.70.

kadar çalışmalarını asıl işverenin (aynı) işyerinde sürdürmüş olsa da, aslında işyerleri ve işverenleri farklı olduğu için işçinin çalışma sürelerinin kıdemden sayılarak birleştirilemez¹⁵⁵.

Belirtildiği üzere, işçinin kıdemi, devreden işverenin yanında işe başladığı tarihten, devralan işverenin yanında söz konusu hakları elde ettiği tarihe kadar olan sürenin toplamı üzerinden hesaplanır. Ancak, işyerinin devrinden önce iş sözleşmeleri sona ermiş ve devirden sonra tekrar işe alınan işçiler için; eğer kanuna karşı hile söz konusu değilse, devralan işverenin, devreden işverenin yanında geçirilen hizmet süreleri bakımından sorumluluğu yoktur¹⁵⁶.

2) İhbar Tazminatı Talep Hakkı

İşveren işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini (iş güvencesine sahip ise geçerli bir nedene dayanarak), Kanunda düzenlenmiş olan bildirim sürelerine uyarak, süre sonunda veya bu sürelerle ilişkin ücreti peşin ödemek suretiyle derhal sona erdirebilirler (İş K.md.17).

Asıl işveren - alt işveren ilişkisi devamı sırasında, alt işveren işçisinin sözleşmesinin bildirimli feshi halinde, işçiye tanınacak ihbar süreleri işçinin alt işverene bağlı olarak işyerinde çalıştığı sürelerle göre belirlenir. Daha önce asıl işverenin gerçek işçisi olarak bir süre çalıştıktan sonra alt işverene verilen iş kapsamında ve hakları kısıtlanmaksızın çalışmaya devam etmesi halinde, asıl işverene bağlı çalıştığı süreler de o işyerinde çalıştığı sürelerle dâhil edilerek işçinin bildirim süreleri hesaplanmalıdır. Bununla birlikte, asıl işverenin değişmesi bildirim sürelerini etkilemez¹⁵⁷.

Bildirim şartına uymayan işveren, usulsüz fesihden dolayı işçinin bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında ihbar tazminatı ödemek zorundadır (İş K.md.17/4). Yasal olarak asıl işveren alt işveren işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan doğan bu yükümlülükten

¹⁵⁵ NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.58; Yarg.9.HD. 03.07.2003, E.2003/1412, K.2003/12429, Legal İSGHD, Ocak-Şubat-Mart 2004, S.1, s.233-234.

¹⁵⁶ SÜZEK, s.185, ÇELİK, s.61; GÜZEL, Yargıtayın 2005 Yılı Kararları, s.39-40.

¹⁵⁷ ÇANKAYA/ÇİL, s.71-72.

dolayı alt işverenle birlikte sorumludur (İş K. m. 2/6)¹⁵⁸. Yalnız, asıl işverenin sorumluluğu sadece kendi dönemiyle sınırlıdır¹⁵⁹. Örneğin, işçi alt işveren tarafından başka işyerinde 3 yıl çalıştırılmış ve son olarak asıl işverenden alınan işte 3 ay çalıştırdıktan sonra sözleşmesi feshedilmiş ise, İş K.md.17/2 uyarınca alt işveren, işçiye 8 haftalık ihbar tazminatı ödemekle yükümlü iken, birlikte sorumlu olan asıl işverenin ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü ise, 2 hafta ile sınırlıdır¹⁶⁰. Ayrıca, işçi ihbar tazminatı alacağı için asıl işverene başvurduğu takdirde müteselsil sorumluluktan dolayı ödemede bulunan asıl işverenin alt işverene rücu hakkı saklıdır¹⁶¹. Asıl işverenin ihbar tazminatından sorumlu olması için, sözleşmenin feshedildiğinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması gerekir¹⁶².

Alt işverenler arasında işyeri devri gerçekleştiğinde sözleşmesi daha sonra feshedilen işçiye o işyerindeki diğer alt işverene bağlı olarak çalıştığı süreler de bildirim süresi hesabında dikkate alınmalıdır. Usulüne uygun ihbar önelinde bulunmamışsa son alt işveren ihbar tazminatından sorumlu olur. İşyerini devreden alt işverenin bundan dolayı herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁶³.

¹⁵⁸ Yarg.9.HD. 11.04.2006, E.2005/30239, K.2006/9500, Legal İSGHD, 2006, S.11, s.1035-1036.

¹⁵⁹ SÜZEK, s.185.

¹⁶⁰ “Alt işveren işçisinin toplam çalışma süresine göre hak ettiği ihbar tazminatı belirlenerek asıl işveren nezdindeki çalışma süreleri toplam süreden mahsup edilerek asıl işverenden talep edilebilecek ihbar tazminatı hesaplanacaktır. Bu hesaplama ihbar önellerinin bölünmezliği esasına aykırılık oluşturmaz. Çünkü bu şekilde ihbar önelini bölünmemiş sadece sorumluluk asıl işveren alt işveren arasında paylaştırılmış olmaktadır” (ÇANKAYA/ÇİL, s.71-72; AYKAÇ, s.311).

¹⁶¹ SÜZEK, s.152-153.

¹⁶² ÇANKAYA/ÇİL, s.72.

¹⁶³ Devralan işveren ihbar tazminatından dolayı tek başına sorumludur (Yarg.9.HD. 2.12.2009, E.2009/106676, K.2009/33101, www.kazanci.com.tr). İhbar tazminatı ödemek durumunda kalan son alt işveren ile asıl işverenin, işyerini devreden önceki alt işverenlere rücu hakkı bulunmamaktadır. ÇANKAYA/ÇİL, s.92; SÜZEK, s.185.

Alt işveren; işçinin kıdemine uygun olarak, ihale süresi sonuna göre bildirim önelinde bulunmuşsa ya da işçi kendisi iş sözleşmesini feshetmişse, ihaleyi alan yeni alt işveren nezdinde çalışmaya başlayan işçinin önceki alt işveren nezdindeki hizmet süreleri dikkate alınmaz. Sözleşmeyi usulsüz fesheden her alt işveren ihbar tazminatı ödemek zorundadır¹⁶⁴.

3) Yıllık İzin (Ücreti) Talep Hakkı

Alt işveren işçisinin işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de dâhil olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olmak koşuluyla yıllık ücretli izin hakkı vardır (İş K.md.53/1). Dinlenme hakkı anayasal bir haktır (An.md.50). Bu nedenle yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez (İş K.md.53/2)¹⁶⁵. Yıllık ücretli izin hakkı kullandırılmaması halinde işçinin buna ilişkin ücreti talep hakkı doğar.

Yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından işçinin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışması önemli değildir. Yeter ki, işçi bir yıl süreyle çalışmış olsun¹⁶⁶. Kamu ihaleleri dolayısıyla alt işveren tarafından işe alınan işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması işçinin bu haktan yoksun kalmasına neden olmaz. Kaldı ki, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçinin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştığı süreler birleştirilerek göz önüne alınır. Şu kadar ki, bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçisinin aynı işverenin işyerlerinde bu Kanun kapsamına girmeksizin geçirmiş buldukları süreler de hesaba katılır (İş K.md.54/1). O halde, alt işveren işçisinin aralıklı olarak çalışması halinde de yıllık ücretli izin hakkının doğumunda ve izin süresinin hesaplanmasında bu süreler birleştirilmesi gerekir¹⁶⁷.

Alt işveren işçisinin sözleşmesinin sona ermesi halinde kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret dolayısıyla asıl işveren ile

¹⁶⁴ ÇANKAYA/ÇİL, s.92.

¹⁶⁵ SÜZEK, s.773-774.

¹⁶⁶ SÜZEK, s.775;

¹⁶⁷ ÇELİK, s.356; SÜZEK, s.774; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.252.

birlikte sorumludur¹⁶⁸. Asıl işveren feshe bağlı haklardan sorumlu tutulabilmesi için fesih anında alt işveren ilişkisinin mevcut olması aranmaktadır¹⁶⁹.

İşyeri devrinde, devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (İş K.md.6/2). O bakımdan, alt işverenin işyerini başka bir alt işverene devri halinde yıllık izin ücreti alacağından; önceki alt işveren yanındaki süreler de göz önünde tutularak, devralan alt işveren sorumlu olur¹⁷⁰. Asıl işveren de İş K.md.2/6 uyarınca alt işverenle birlikte sorumludur. İhbar tazminatında olduğu gibi, kullandırılmayan izinler yönünden son alt işverenin kendinden öncekilere rücu imkânı bulunmamaktadır¹⁷¹.

İşçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin süresine ilişkin ücreti için ancak iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde talep hakkı doğar (İş K.md.59). İş sözleşmesi devam ederken işçi kullanmadığı izin günlerine ilişkin ücretini talep edemez¹⁷². Ayrıca, işyeri devri dışında değişik zamanlarda farklı alt işverenlere bağlı yapılan çalışmalar yıllık izin süresi hesabında dikkate alınmaz¹⁷³.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasında karşılaşılan tereddütlere açıklık getirilmesi ve bu hususlarda uyulması gerekli esasların belirlenmesi hakkında Kamu İhale Kurumu tarafından bir Genel Tebliğ

¹⁶⁸ Ancak, öğretide bir görüşe göre bu sorumluluk, kendisinden alınan iş kapsamında işçinin çalıştırıldığı süreyle sınırlı olmalıdır. Alt işverenin değişik işyerindeki çalışmaları dolayısıyla asıl işverenin izin ücreti ödemesi beklenemez (ÇANKAYA/ÇİL, s.73).

¹⁶⁹ Yarg.9.HD. 21.7.2008, E.2008/23429, K.2008/20721, www.kazanci.com.tr; Yarg.9.HD. 11.5.2004, E.2004/1126, K.2004/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, s.57-58.

¹⁷⁰ SÜZEK, s.784; ÇANKAYA/ÇİL, s.92.

¹⁷¹ ÇANKAYA/ÇİL, s.92.

¹⁷² GÜZEL, Yargıtayın 2005 Yılı Kararları, s.40-41, 68; SÜZEK, Yargıtayın 2001 Yılı Kararları, s.53.

¹⁷³ ÇANKAYA/ÇİL, s.93.

yayımlanmıştır¹⁷⁴. Tebliğin 78.25. maddesine göre, yapılan ihalelerde, 4857 sayılı Kanunun 55. maddesi uyarınca izne hak kazanan işçilerin izin hakları idarenin belirleyeceği takvim çerçevesinde kullanılacak ve izin kullanan işçiler fiilen çalışan işçi sayısına dâhil kabul edileceğinden, izin kullanan işçilerin yerine başka işçilerin getirilerek sayının tamamlanması talep edilmeyecektir. İdarelerin, ihale konusu işte çalıştırılması istenen personel sayısını bu hususu dikkate alarak belirlemeleri gerekmektedir. İdareler, yıllık ücretli izin haklarının kullanılmasına ilişkin olarak sözleşmenin uygulanması aşamasında 4857 sayılı Kanunun 53, 54 ve 55. maddelerinde belirtilen hükümlere uyulup uyulmadığını kontrol edeceklerdir. Aslında asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçinin izin kullanma dönemini belirlemek alt işverenin yönetim hakkına girer. Geçerli bir alt işveren ilişkisinde asıl işverenin işçiyi izne gönderme hakkı yoktur¹⁷⁵. Fakat birlikte sorumluluk esası gereği kamu işverenin bunu kontrol etmesi yerinde olup, bu yetkinin yine alt işveren tarafından kullanılabilmesini kabul etmek gerekir.

D) İşçinin İşe İadesinden Doğan Talep Hakları

Alt işveren işçisinin açtığı işe iade davası sonucunda mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığına ve işçinin işe iadesine karar verilmiş ise, işveren karar tarihinden itibaren bir ay içinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşveren mahkemenin kararına rağmen işçiyi öngörülen süre içinde işe başlatmazsa, işçiye tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Kanuna göre, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak, mahkemece en az 4 aylık ve en çok 8 aylık ücret tutarında olmak üzere iş güvencesi tazminatına hükmedilir. Bununla birlikte işçinin dört aylık ücreti ve diğer haklarını talep hakkı da bulunmaktadır (İş K.md.21)¹⁷⁶. Kanundan doğan işçi alacağından asıl işveren, alt işverenle birlikte

¹⁷⁴ 22 Ağustos 2009 tarih, 27327 sayılı RG.

¹⁷⁵ ÇANKAYA/ÇİL, s.73.

¹⁷⁶ "...davacının çalıştırılmadığı dört aylık ücret ve diğer haklardan davalıların birlikte sorumluluğuna karar verildiği halde işe başlatmama tazminatı ile ilgili birlikte sorumluluk konusunda hüküm kurulmamış olması hatalıdır" (Yarg. 9. HD., 26.6.2006, E. 2006/15271, K. 2006/18903, Legal-İSGHD, 2006, S. 12, s. 1473-1474).

sorumludur (İş K.md.2/6)¹⁷⁷. Yalnız birlikte sorumluluktan bahsedebilmek için, işçinin iş sözleşmesinin asıl işveren alt işveren ilişkisinin devamı sırasında son verilmiş olması gerekir¹⁷⁸.

Tabii işçi, çıkarıldığı işinde çalışmaya devam etmek istiyorsa, kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. İşçi, belirtilen süre içinde başvuruda bulunmazsa, işverence yapılan fesih geçerli fesih sayılacak ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacaktır (İş K.md.21/5). Fakat bu durumda, işçi iş güvencesi tazminatı ile 4 aya kadar olan ücret ve diğer haklarını talep edemeyecektir. İşçiye hak etmiş ise, sadece kıdem ve/veya ihbar tazminat(lar)ı ödenecektir¹⁷⁹. İşçi bundan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir^{180 181}. Ayrıca, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu tespit edilirse, işçi eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığı gerekçesiyle sözleşme feshedilmese de ayırıcılık tazminatı talep hakkına sahiptir¹⁸².

¹⁷⁷ **AYDINLI**, Alt İşveren, s.195; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.45; **AYKAÇ**, s.305.

¹⁷⁸ **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.27.

¹⁷⁹ **UŞAN M. Fatih**, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş C.10 S.1, 2008 (İşe İade Davalarının Sonuçları), s.4-11, 33-34.

¹⁸⁰ **AYKAÇ**, s.304-305.

¹⁸¹ Asıl işveren ile alt işveren işçinin ihbar, kıdem, kötüniyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumludur (Yarg.9.HD. 24.01.2011, E.2009/44022, K.2011/162, İşveren, Yargıtay Kararları, Özel Eki, C.49, S.4, Mayıs-Haziran 2011, s.7; Yarg.9.HD. 14.07.2008, E.2007/42401, K.2008/20147, Çalışma ve Toplum, 2009/2 (21), s.139-142).

¹⁸² Yarg.9.HD. 27.03.2006, E.2006/4860, K.2006/7479, Legal İSHD, 2006, S.11, s.1024-1026; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.20; **AYKAÇ**, s.304.; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.28; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.44-45.

SONUÇ

Çalışma hayatında duyulan ihtiyaçtan dolayı kamu işyerlerinde alt işverenlere iş verilmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı sözleşmeleri yapılmak suretiyle, kamu işyerlerinde yükleniciler vasıtasıyla işçi çalıştırılmaktadır. Bu şekilde Devlet, asgari maliyetle dolaylı istihdam sağlamaktadır. Fakat, böyle bir uygulama ile kamu işyerlerinde çalışan işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması veya bu hakların işçilerin elinden alınması düşünülemez. Uygulamada kamu işverenleri ile alt işverenler arasında pekâlâ muvazaalı işlemler yapıldığı görülmektedir. Hâkim, önüne gelen her somut olayı Kanunun düzenlenme amacına uygun olarak yorumlayıp alt işveren uygulamasında özel - kamu işvereni ayrımı yapmadan soruna çözüm bulması gerekir. Zaten Yargıtay kararlarının zaman içerisinde sürekli değişikliğe uğraması, hakkaniyete uygun çözüm bulma arayışındandır. Şüphesiz, alt işveren uygulamasında içtihat birliği oluşturulması uygulamacıların en büyük temennisidir.

Öte yandan, alt işveren uygulamasına ilişkin iş mevzuatında sürekli değişikliklerin yapılması dikkat çekicidir. Şüphesiz yapılan tüm değişiklikler işçi haklarının korunmasına yöneliktir. Kamu kurum ve kuruluşları ile kurulan alt işveren ilişkisinde, alınan ihalenin belirli süreli olması, işveren değişiklikleri ve benzeri sebeplerden dolayı, işçiler özellikle kıdeme dayalı haklardan yararlanamama sorunuyla karşılaşmaktadır. Yapılacak bir düzenleme ile ihaleli işlerde aynı kamu kurumuna ait işyerinde değişik işverenlere bağlı olarak çalışan işçilerin tüm çalışma sürelerinin kıdemine esas kabul edilmesi ve ihaleyi veren asıl işverenin de kıdeme dayalı haklardan sorumlu tutulması, en azından alt işveren işçilerinin hak kayıplarını önlemiş olacaktır. Böyle bir düzenleme kamu işverenlerini de ihalelerde daha dikkati davranmaya sevk edecektir.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinden kaynaklanan uygulama sorunları yukarıda anlatılanlarla sınırlı olmadığı kesindir. Bu çalışmamızda, yıllardır süre gelen ve halen de yaşanan kamu işyerlerindeki alt işveren sorunlarını dile getirmeye çalıştık. Son olarak, önemli bir hususa dikkat çekmek isteriz. Bilindiği üzere, uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınarak asıl işveren - alt işveren ilişkisine

ilişkin Kanun ve Yönetmeliklerde bir dizi düzenlemelere gidilmiştir. Yapılan bilimsel değerlendirmelerden sonra siyasi düşüncelerle mevzuat hükümlerinde yapılan bir takım değişiklikler, gerçekten içinden çıkılması güç uygulama sorunlarının artmasına yol açmıştır. Alt işveren ilişkisindeki örneğin; “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” hükmüne ilişkin “ve” - “veya”- “ile” bağlaçları, öğreti ve uygulamada ciddi tartışma konusu olmuştur. Aslında Türk Milleti adına yasama erki kullanılırken, yasa koyucunun, yasamanın son aşamasına kadar yasa metnindeki değişiklikleri bilim kurulunun nihai denetiminden geçirmesi elzemdir. Aksi takdirde, çalışma mevzuatında yapılan düzenlemeler, uygulama sorununa cevap vermekten çok, her seferinde öğretinin tartışma zemini oluşturacaktır. Nitekim kamu işyerindeki alt işveren uygulamasına ilişkin İş Kanununda yapılan ek düzenlemeler öğreti ve uygulamada yoğun tartışma konusu haline gelmiştir. Zaten kamu işyerlerindeki alt işveren uygulaması ve işçi alacakları sorunu çözüm beklerken bu tarz devletçi yaklaşım, sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmamaktadır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR*

- AKTAY** Nizamettin/ İş Hukuku, Ankara 2009.
- ARICI** Kadir/
- KAPLAN-SENYEN** E.Tuncay,
- AKTAY** Nizamettin, “Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar”, Kamu-İş, Ocak 1994.
- AKYİĞİT** Ercan, “Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?” (Kamuda Alt İşverenlik), TÜHİS, C.23, S.4, Mayıs 2011.
- AKYİĞİT** Ercan, “Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları” (Kamu İşyerlerinde Muvazaa), İSGHD., Mart 2010, s.138-159.

* Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- AKYİĞİT** Ercan, “Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı”, TÜHİS, Kasım 2009-Şubat 2010, s.1-38.
- AKYİĞİT** Ercan, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı (Öğreti-Uygulama), Ankara 1999.
- ALP** Mustafa, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009.
- ALPAGUT** Gülsevil, “4857 İş Yasası İle Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı” (Alt İşveren), Ankara 2004.
- ALPAGUT** Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı (İşyerinin Devri), İstanbul 2010.
- AYDEMİR** Murteza, Türk İş Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul 1993.
- AYDINLI** İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu (Alt İşveren), Ankara 2008.
- AYDINLI** İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (Edimden Bağımsız Koruma), Ankara 2004.
- AYKAÇ** Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.
- BAŞBUĞ** Aydın, “Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar”, Kamu-İş, Ocak 1998.
- CANBOLAT** Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992.
- CANBOLAT** Talat, “Türk Hukukunda Alt İşveren (Borçlar Hukuku Bakımından), Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar Ve Çözüm Arayışları (Seminer Çalıştay) Kamu-İş, Antalya-Belek 29 Nisan- 02 Mayıs 2010.

- CENTEL** Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.
- CENTEL** Tankut, “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, SİCİL İSGHD., S.10 Haziran 2008.
- CENTEL** Tankut, “İşyerinin Bir Bölümünün Devri”nde Fiziki Mekan”, SİCİL İSGHD., Mart 2008.
- CENTEL** Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1981.
- CENTEL** Tankut, “Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Haziran 2004.
- ÇANKAYA** Osman Güven, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar”, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL’a Armağan, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002.
- ÇANKAYA** Osman Güven/ “4857 sayılı İş Kanununa Göre Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisi” (Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisi), SİCİL İSGHD., Eylül 2006/3.
- ÇİL** Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkileri, Ankara 2009.
- ÇANKAYA** Osman Güven/
ÇİL Şahin, İş Hukuku, İstanbul 2008.
- ÇELİK** Nuri, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları” (Uygulama Sorunları), Kamu-İş, Münir EKONOMİ 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993.
- DEMİR** Fevzi, “Alt İşverenler Arasında Devre İlişkin Karar İncelemesi, SİCİL İSGHD., Aralık 2009, S.16.
- DEMİR** Fevzi, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, Mercek, Temmuz 2003.
- EKMEKÇİ** Ömer, “Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa’nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar”, Legal İSGHD, S.12, 2006.

- EKONOMİ** Münir, İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984.
- EKONOMİ** Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi” (Alt İşveren İlişkisi), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı (Semineri), İstanbul 2008.
- EKONOMİ** Münir, “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Kamu-İş, Ankara 2000.
- EKONOMİ** Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Tekstil İşveren, S.161, Eylül 1991.
- EKONOMİ** Münir, “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I), - Kavram, Süre ve Yenileme”, Legal İSGHD, S.9, 2006.
- EKONOMİ** Münir/**EYRENCİ** Öner, “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul 2001.
- ELBİR** H. Kemal, “Asıl İşveren - Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler”, İHD., Ocak-Mart 1991.
- ENGİN** Murat, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006.
- ESENER** Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978.
- EYRENCİ** Öner/
TAŞKENT Savaş/
ULUCAN Devrim,
GEREK Nüvit, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
- “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, 2007/4 (15).

- GEREK** Nüvit/**ORAL** İlhan, “Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverene Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar”, SİCİL İSGHD., Mart 2006.
- GÖKTAŞ** Seracettin, “Alt işverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları” SİCİL İSGHD., Aralık 2008 S.12, Y.3.
- GÜZEL** Ali, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2005 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007.
- GÜZEL** Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, (Alt İşveren İlişkisinin Sınırları), Çalışma ve Toplum, 2004/1 (1).
- GÜZEL** Ali, “Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri” (Alt İşveren (Taşeron) Uygulaması), Çimento İşveren, C.7, S.5, Eylül 1993.
- KAPLAN** E. Tuncay, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu”, Prof. Dr. A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul 2005.
- KESER** Hakan, 4857 Sy. İş Kanunu ve İlgili Mevzuat Çerçevesinde Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, İzmir 2003.
- MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008.
- NARMANLIOĞLU** Ünal, İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri-I, İzmir 1998.
- NARMANLIOĞLU** Ünal, “Asıl İşveren- Alt işveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, (Alt işveren - Sorumluluk), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal, Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı, İstanbul 2008.
- NARMANLIOĞLU** Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973.
- ÖZDEMİR** Burhan, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Yargıtay’ın Konu Hakkındaki Yeni Kararı”, Çimento İşveren, C.11, S.2, Mart 1997.

- ÖZKARACA** Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- ÖZKARACA** Ercüment, “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk”, Karar İncelemesi, , Çalışma ve Toplum, 2009/1 (20).
- ÖZVERİ** Murat, “Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası”, Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004.
- SOYER** Polat, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları” (Alt İşveren İlişkisi), SİCİL İSGHD., Mart 2006.
- SOYER** Polat, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2008 Yılı Kararları), Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Ankara 2010.
- SÜMER** Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010.
- SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010.
- SÜZEK** Sarper, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2001 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003.
- SÜZEK** Sarper, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, Legal İSGHD., 2010/27.
- ŞAHLANAN** Fevzi, “Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İş İade Davasında Sorumluluk - Karar Değerlendirmesi (Yardımcı İşte Muvazaa İddiası), Tekstil İşveren, Mart 2007, S.326.
- ŞAHLANAN** Fevzi, “İşyeri Devri İle Asıl İşveren - Alt İşveren” - Karar İncelemesi (Asıl İşveren - Alt İşveren), Tekstil İşveren, Kasım 2007, S.333.

- ŞAHLANAN** Fevzi, “İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları” - Karar Değerlendirmesi (İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devri), Tekstil İşveren, S.324, Ocak 2007.
- ŞAHLANAN** Fevzi, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof.Dr. Kemal OĞUZMAN Anısına, İstanbul 1997.
- ŞAHLANAN** Fevzi, “Türk Hukukunda Alt İşveren”, İHD., C.2, S.3, Temmuz-Eylül 1992.
- ŞEN** Sebahattin, “Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2006/3 (10).
- TARCAN** Nurseli, “Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı”, SİCİL İSGHD., Eylül 2006.
- TAŞKENT** Savaş, “Alt İşveren”, Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004.
- TAŞKENT** Savaş, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılabilmesi”, Legal İSGHD, S.9, 2006.
- TUNCAY** A. Can, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi (Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçilerine Karşı Sorumluluğu - Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları), Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri (16-19 Mayıs 1991) Ankara 1991.
- TUNÇOMAĞ** Kenan/
CENTELE Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005.
- USTA** Osman, “Müteahhit Eliyle Yaptırılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları, Çimento İşveren, Ocak 1998.
- UŞAN** M. Fatih, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş C.10 S.1, 2008 (İşe İade Davalarının Sonuçları).
- UŞAN** M. Fatih, “Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunundan Doğan Borçlarından

YENİSEY Kübra Doğan,
YENİSEY Kübra Doğan,

Sorumluluğu, (Yargıtayın 10. Hukuku Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, Kamu-İş, C.7, 1, 2002.

İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.

“Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2006 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009.