

Prof. Dr. Nuri ÇELİK

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2008/15362

**Karar No**: 2008/11408<sup>1</sup>

**Tarihi** : 5.5.2008

#### ÖZET

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde belirlenen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu tür işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 2. maddenin altıncı fıkrasına göre asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene verilebilecektir. Bu düzenlemede baskın öge, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla, işletmenin ve işin gereği an-

cak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki koşullar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından, iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır. Bu ilkeler doğrultusunda uyumsuzluk konusu olan olayda alt işverene verilen işlerin 2. maddeye uygun olarak verilip verilmediği incelenmeli ve verilebilecek işlerden ise söz konusu uygulamanın bir yıl sonra davacının sözleşmesini etkileyip etkilemediği, ayrıca feshin son çare olarak değerlendirilip değerlendirilmediği mahkemece araştırılmalıdır.

#### KARAR

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarıncaya temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi S. Göktaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, Ankara İstasyon Müdürlüğündeki bazı hizmetleri, İş Kanununa uygun olarak taşeron firmaya devretmesi sonucunda davacı personelden apron işçisi olarak hizmet almak olanaklı olmadığından ve görev yapacak(tan) başka bir ünite de bulunmadığından davacının iş sözleşmesinin tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece alt işverenlik uygulamasından sonra bir yıl daha çalıştırılan davacının hizmetine neden ihtiyaç duyulmadığı hususunun ispat yükü üzerinde olan davalının usulünce ispatlayamadığı, bununla birlikte feshin son çare olması ilkesine de uyulduğu hususunun davalı işverence kanıtlanmadığı, buna göre feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre davalı işverenin THY'nin uçuş programı dâhilindeki seferleri ile yükümlü olduğu hizmetleri 7.12.2005 tarihinde Çelebi Hava Servisi A.Ş. isimli şirkete devir ettiği; davacının iş sözleşmesinin ise 10.1.2007 tarihinde hizmetlerin taşeronu devredildiğinden söz edilerek feshedildiği anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir."

Alt işveren uygulaması bir işletmesel kareddir. Alt işverene devrin işletme gerekle-

rine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanunu'nun 2.inci maddesinin 6 ve 7. fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi(ni) arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşul la bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olamaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6. fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öge, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz ola-

çağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda öncelikle geçerli feshi kanıtlama yükümlülüğü olan işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme getirilmeli, bu sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesi kapsamında incelenmeli, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemeyeceği değerlendirilmeli, verilebilecek işlerden ise söz konusu uygulamanın bir yıl sonra davacının iş sözleşmesini etkileyip etkilemediği, varsa etkilemenin ne şekilde

olduğu, bütün bunlardan başka feshin son çare olarak değerlendirilip değerlendirilmediği araştırılmalı, sonucuna göre feshin kaçınılmaz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 5.5.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

### 1. Giriş

1. Yargıtay kararının konusunu oluşturan uyuşmazlıkta, davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini öne sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini mahkemeden istemiş, davalı işveren ise, işyerindeki bazı hizmetleri alt işverene devretmesi sonucunda apron işçisi olarak çalışan davacıdan hizmet almak olanağı bulunmadığından işçinin sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, alt işverenlik uygulamasından sonra bir yıl daha çalıştırılan davacının hizmetine neden ihtiyaç duyulmadığının ve ayrıca son çare ilkesine de uyulduğunun davalı tarafından usulünce ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

2. Yargıtay'ca, olayda alt işverene verilen işlerin İş Kanunu'nun 2. maddesine uygun olarak verilip verilmediğinin alt işverenlik sözleşmesi getirilerek incelenmesi ve verilebilecek işlerden ise söz konusu uygulamanın bir yıl sonra davacının sözleşmesini etkileyip etkilemediğinin, ayrıca son çare ilkesinin değerlendirilip değerlendirilmediğinin araştırılması gerektiği sonucuna varılarak mahkeme kararı bozulmuştur.

### II. Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi

#### 1. Alt İşverene Verilen İşin Yasal Düzenleme Kapsamına Girip Girmediği

##### a. Yargıtay'ca Ortaya Konulan Esaslar

Yargıtay kararındaki dava özetinde, bir yandan, apron işçisi olarak çalışan davacının hizmetine ihtiyaç kalmadığından söz edilerek apron işlerinin alt işverene verildiği ortaya konulmakta, öte yandan, işyerindeki bazı hizmetlerin alt işverene devredildiği ifade edilmektedir. Böylece, olayda alt işverene devredilen işlerin sadece apron işlerinden ibaret olmadığı anlaşılmaktadır. Herhalde bu nedenle, Yargıtay'ın bozma kararında alt işverenlik sözleşmesinin getirilerek incelenmesi ve buna göre alt işveren tarafından yapılan işlerin İş Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında yardımcı işleri ya da asıl işin bir bölümünü oluşturup oluşturulmadığının araştırılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Olayla ilgili işyerinde yapılan işlerin söz konusu alt işverenlik türlerinden hangisine girdiğinin belirsizlik göstermesi karşısında Yargıtay'ca dava konusu uyuşmazlığın kesin ve somut olarak çözümü yoluna gidilememiştir. Bununla birlikte kararda mahkeme tarafından yapılacak araştırmada ortaya çıkabilecek sonuca ilişkin olarak olasılıklara göre alt işverenlik ve hatta asıl işveren-alt işveren ilişkilerindeki muvaza-

alı işlemler ile ilgili Yargıtay görüşünü belirten açıklamalarda bulunulmuştur. Yargıtay'ın yurkarıda değinilen konulardaki görüşlerinin bu kararlar ortaya konulmuş olması aynı konuda açılacak davalar açısından aydınlatıcı ve ayrıca öğretilerdeki tartışmalara katkı sağlayıcı niteliği dolayısıyla yararlı olmuştur.

### **b. Değerlendirme**

#### *aa. Alt işverene devredilen yardımcı işin bir koşula bağlı olmaması*

Yargıtay'a göre, İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması<sup>2</sup> nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla, alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir.

Yargıtay'ın görüşü yasal düzenlemeye ve öğretilerde ortaya konulan görüşe tam bir uygunluk göstermektedir. Ancak Yargıtay'ın kararında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaa olmaması kaydına konuyla ilgisi oranında değinilmekle yetinilmemiş, kararın önceki iki bölümünde, öğretilerdeki tartışmalarla bağlantılı olarak, 2. maddenin yedinci fıkrasında düzenlenen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırları üzerinde de açıklamalarda bulunulmuştur. Bu konudaki değerlendirmelerimize aşağıda (2.) yer verilmiştir. Burada sadece, karardaki yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlı olmaması yönünde isabetle ortaya konulan görüşün yasaya uygunluğu konusuna yönelik olarak öğretilerde öne sürülen bir itirazın yerinde olmadığını açıklamaya çalışacağız. Bu noktada ortaya atılan görüşe göre, Kanun'un 2. maddesinin altıncı fıkrasındaki "mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş" sözü karşısında, bu işleri üretime ilişkin olmak-

la birlikte ikinci planda kalan işler olarak kabul etmek, asıl faaliyet olan mal ve hizmet üretimi ile ilgisi bulunmayan bir faaliyeti yardımcı iş olarak kabul etmemek gerekir. O halde, "bir dişli fabrikasının temizlik ve yemek işi işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi ile maddi bir ilişkisi bulunmadığından alt işverenlik bağlamında yardımcı iş olarak kabul edilemeyecekken bir hastanenin temizlik ve yemek işi bu bağlamda yardımcı iş kabul edilebilecektir"<sup>3</sup>. Oysa, yardımcı işlerin niteliği ve herhangi bir koşula bağlı olmaması bakımından 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenleme ile 4857 sayılı Kanun'daki düzenleme arasında bir fark yoktur. Yeni kanunda, eski düzenlemedeki yardımcı işlerin alt işverene koşulsuz olarak verilebilmesi olanağı tekrar sağlanmış ve pekiştirilmiş bulunmaktadır<sup>4</sup>. Zira, 2. maddenin altıncı fıkrasındaki işyerinde yürütülen "mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş" ibaresi aynı maddenin ilk fıkrasında yer verilen işyeri tanımındaki "mal ve hizmet üretmek" amacıyla ilgilidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu unsura yer veren işyeri tanımı ise eski kanundakinin öteden beri kabul edilen esaslarla geliştirilmiş hali olup herhangi bir yenilik getirmiş değildir<sup>5</sup>. Kaldı ki, işyeri tanımının yenilik getirdiğini öne süren yazarlar da yardımcı iş kavramına farklı bir anlam vermemektedirler.

#### *bb. Asıl işin bir bölümünün devrinde yasal ögenin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olması*

Yargıtay'a göre, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öge "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. "Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır"<sup>6</sup>. Kararda yer verilen bu açıklama ile Yargıtay, öğretilerdeki iki karşıt görüşten birini oluşturan ve aşağıda ilk olarak açıklanan görü-

**Yeni kanunda, eski düzenlemedeki yardımcı işlerin alt işverene koşulsuz olarak verilebilmesi olanağı tekrar sağlanmış ve pekiştirilmiş bulunmaktadır.**

şü benimsemiş olmaktadır. Yargıtay'ın önceki kararlarında bu karardaki görüşüne uygunluk gösteren ifadeler yer verilmiş olmakla birlikte incelemekte olduğumuz bu karardaki açıklıkta bir görüşüne rastlanılmış değildir. Gerçekten, Yargıtay'ın yukarıda belirtilen yasal esasla ilgili yeterli bir açıklamada bulunmaksızın vermiş olduğu bir kararında, işverenin asıl işi olan soğutma sonu ve bant paketleme işi “uzmanlık gerektiren” bir iş olarak nitelenmiş, daha sonraki bir kararında, kauçuk ve plastik hortum üretimi işinin davalı şirketin asıl işi olup işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş niteliğinde olduğunun ispatlanamamış olması karşısında, söz konusu işin bölünerek alt işverene verilmeyeceği sonucuna varılmıştır. Bunun gibi, Yargıtay'ca, PTT'nin posta tekeli dışında kalan, gönderilenin kabulü, nakli ve dağıtım işinin yardımcı iş sayılmayacağı ve bu işin asıl iş olup teknolo-

nirlamasının hiçbir anlamı kalmaz. Zira böyle bir yorum doğrultusunda işveren işletmenin ve işin gereği olduğunu öne sürerek asıl işi kolaylıkla bölebilir; alt işverene verebilir. Bu da maddenin konuluş amacı ile bağdaşmaz; yapılan düzenlemeyi anlamsız kılar”<sup>9</sup>.

Buna karşı, herhalde, aşırı kısıtlayıcı nitelikteki yasal düzenlemeye makul bir uygulama olanağı sağlamak düşüncesiyle, hükümdeki “ile” sözcüğünün “veya” olarak anlaşılması gerektiği görüşü öne sürülmüştür. Bu görüşü savunanlara göre, söz konusu 2. madde hükmüyle getirilen ölçüt bölünebilir nitelikte olup bir bütün olarak yorumlanamaz<sup>10</sup>. Zira, alt işverene sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin verilmesi istenseydi, “işletme ve işin gereği” ibaresine kanunda yer verilmezdi. Aksi yöndeki görüşün kabulü hukuka, pratik hayatın ihtiyaçlarına uygun düşmeyeceği<sup>11</sup> gibi, amaçsal yorum ilkesine,

## Alt İşveren Yönetmeliği'nde yer verilen ve İş Kanunu'ndaki koşulların “birlikte gerçekleşmesi halinde” asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebileceğini öngören düzenlemenin kanundaki unsurları aşan nitelikte ve hukuka aykırı olduğu açıktır.

jik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yönü de bulunmadığından alt işverene verilemeyeceği sonucuna varılmıştır<sup>7</sup>.

Yargıtay'ın kararında varılan sonucun öğretilde bu yönde öne sürülen görüşe uygunluk gösterdiğini yukarıda belirtmiştik. Bu konuda öğretilde yasal düzenlemedeki sözün ve amacın<sup>8</sup> dikkate alınması durumunda “ile” sözcüğünün “olarak” biçiminde anlaşılması gerektiği noktasından hareket edilmektedir. İsabetli bulduğumuz bu görüşe göre, yasal düzenlemenin anlatımı karşısında asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesi için bunun işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir ve buradaki ölçüt bütünlük göstermekte olup bölünemez niteliktedir. “Bunun tersi kabul edildiğinde teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler sı-

girişim ve sözleşme özgürlüğüne de aykırı olacaktır<sup>12</sup>. Hemen belirtelim ki, bu görüş, kanundaki düzenlemenin sözüne ve amacına uygun düşmemekte, sadece katı ve açık kanun hükmü uygulama ihtiyaçlarına uygun hale getirme hedefini gütmektedir. Kanun'un yalnız bu hükmünün değil, 2. maddesindeki asıl işveren-alt işveren ilişkileri ile ilgili yedinci fıkrasının da olması gereken hukuk kurallarına uygun olmadığı, her iki hükmün isabetsiz ve sorunlar yaratan düzenlemeler niteliğinde olduğu açıktır. Gerçekten, aşağıda belirtildiği üzere, yedinci fıkradaki “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz” hükmü girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırı ve kaldırılması gereken bir yasal düzenleme niteliğindedir. Ancak her iki düzenlemeye, 1475 sayılı Kanun dönemindeki alt işverenlik ilişkisinin kötüye kullanılma-

## Kanun'un 2. maddesindeki asıl işveren-alt işveren ilişkileri ile ilgili yedinci fıkrasının olması gereken hukuk kurallarına uygun olmadığı açıktır.

sı uygulamalarını en aza indirmek amacıyla kanunda yer verilirken ölçülülük ilkesine uygunluk sağlanamamıştır. Ne var ki, her iki düzenlemedeki sözlerin açıklığı karşısında, bunlara yorum yoluyla uygulama ihtiyaçlarına uygun anlam vermek şeklindeki düşüncenin kabulü olanaklı bulunmamaktadır. Yedinci fıkra konusundaki görüşümüz aşağıda açıklandığından burada yalnız altıncı fıkraya ilişkin birkaç noktayı belirtmekle yetineceğiz. Söz konusu fıkranın sözü ile ilgili olarak karşı görüş tarafından, alt işverene sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin verilmesi istenseydi, o takdirde “işletme ve işin gereği” ibaresine kanunda ayrıca yer verilmezdi yolunda öne sürülen düşünce isabetli değildir. Tam tersine, katıldığımız görüş tarafından belirtildiği ve yukarıda açıklandığı üzere, karşı görüşün kabulü halinde, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler sınırlamasının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Zira böyle bir yorum uyarınca işveren “işletme ve işin gereği” olduğunu öne sürmek ve asıl işi kolaylıkla bölmek suretiyle bunun bir bölümünü alt işverene verebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalarla yasal düzenlemenin isabetli olmadığı, ancak maddenin amacı ve düzenlemedeki ifadenin açıklığı karşısında yorum yoluyla ihtiyaca uygun bir uygulamaya gidilemeyeceği sonucuna varmaktayız. Karşı görüşün Yargıtay'ca benimsenmemesini yerinde buluyoruz. Bu önemli sorunun çözümü için uygulama ihtiyacını dengeli olarak giderecek biçimde yasal değişikliğe gidilmesinin uygun olacağı kanısındayız<sup>13</sup>. Ayrıca belirtelim ki, bu konuda tartışılabilir nitelikteki yasal düzenleme varlığını sürdürürken aşağıda değindiğimiz Alt İşverenlik Yönetmeliği ile bu düzenlemeyi katıldığımız görüşe uygun bir şekilde getirerek ifade etmenin yasal esaslarla ve Anayasada da

ifadesini bulan hukuk normları hiyerarşisiyle bağdaşır bir yanı yoktur. Bu nedenle, söz konusu yönetmelikte yer verilen ve İş Kanunundaki (m. 2/VII) koşulların “birlikte gerçekleşmesi halinde” asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebileceğini öngören düzenlemenin (m. 11/3) kanundaki unsurları aşan nitelikte ve hukuka aykırı olduğu açıktır<sup>14</sup>.

### 2. Alt İşverene Verilen İşin Muvazaalı Bir İşleme Dayanmaması

#### a. Yargıtay'ca Ortaya Konulan Esaslar

Yargıtay'ın kararında sadece uyumsuzluk ile doğrudan ilgili olarak yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin muvazaalı olmaması halinde sözleşme feshinin geçerli olacağı hususunun açıklanması ile yetinilmemiş, muvazaanın Borçlar Hukukundaki tanımına ilişkin genel esaslara değinildikten sonra asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırları ve bunlara aykırılığın yaptırımına ilişkin 2. maddenin yedinci fıkrasındaki haller muvazaalı işlemler ile bağlantılı olarak gösterilmiştir. Gerçekten, karara göre, “işverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir”.

#### b. Değerlendirme

Yargıtay kararındaki iki sınırlamaya ilişkin açıklama, aynı fıkroda bu sınırlamalardan sonra yer alan “Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” düzenlemesine kanımızca isabetsiz olarak verilen anlamla ilgili bulunmaktadır. Bize göre, bu ifade ile anlatılmak istenen herhalde “aksi halde ve genel olarak” sözlerinin birlikte ele alınmasını sağlamak ve ilk cümledeki iki sınırlama ile muvazaalı işlem

arasında bağlantı kurmak değildir. “Aksi halde” sözü muvazaâ incelemesine gerek görülmeyen bu sınırlamaları sadece ikinci cümledeki yaptırma bağlayıcı niteliktedir. “Genel olarak” sözü ise bu sınırlamalar dışında kalan hallerle ilgilidir<sup>15</sup>. Kanundaki yedinci fıkranın ikinci cümlesini “Bu sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” şeklinde anlamak gerekir. Bundan sonraki cümlede, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği belirtilmiştir. Bunun yaptırımını da ikinci cümle hükmünün oluşturduğu kabul edilmelidir. Tasarının kanunlaşmasından önceki değişiklikte son cümleye isabetli şekilde fıkranın ikinci cümlesi olarak yer verilmişken, yapılan değişiklik sırasında sıralama değiştirilmiş, asıl işin bölünemeyeceğine ilişkin hüküm fıkranın sonuna getirilmiştir.

Yukarıdaki açıklamamızın sonucu olarak, işçi ile işveren arasında söz konusu sınırlamalara ilişkin bir uyumsuzluğun çıkması durumunda, böyle bir sınırlamaya aykırılığın ispatı maddi vakıaların ispatından ibaret kalacak ve asıl işveren ile alt işverenin üçüncü kişileri aldatmak yolunda bir anlaşma yaparak muvazaalı işlemde bulduklarını işçinin ispat etmesi gibi zor bir yükümlülük işçiye yükletilemeyecektir.

Öne sürmüş olduğumuz görüş İş Kanunu’nun madde gerekçesine de uygun bulunmaktadır. Gerekçeye göre, “İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukuki dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılmaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyumsuzluklarla da doğrulanmıştır. Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları önemli bir fren oluşturmuşsa da, yüksek mahkemenin

görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür”. Böylece, söz konusu düzenlemeye Kanun Tasarısında yer verilirken, gerekçede belirtildiği gibi 1980’li yıllarda kullanılamaz hale gelen işçi haklarının sağlanması ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi için eski İş Kanunu dönemindeki Yargıtay kararları ile ortaya konulan muvazaalı işlemlerle ilgili belirli ölçütlerin kanuna alınması düşünülmüştür. Görüldüğü gibi, Tasarıya 2. maddenin yedinci fıkrasındaki sınırlamalar konulurken, muvazaalı işlemleri engelleyecek bazı ölçütlere yer verilmesi amaçlanmıştır. Bunlar dışında kalan muvazaalı işleme dayalı hallerde ise bu işlemlerin muvazaaya dayalı olup olmadığının mahkemece araştırılması suretiyle sonuca gidileceği açıktır. Ancak, hemen belirtelim ki, 5763 sayılı Kanunla<sup>16</sup> İş Kanunu’nun 3. maddesine eklenen bir fıkra ile bu konuda yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu fıkra uyarınca, alt işveren, kendi işyerinin tescili için bölge müdürlüğüne bildirim yapmakla yükümlü olup tescili yapılan işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. Söz konusu fıkranın bundan sonraki bölümünde yer verilen gereksiz ve isabetsiz bir hükme göre, “İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı işgünü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır”. Yargıcın yetkisinde olan muvazaâ tespitinin idari bir makama verilmesinin yerinde olmadığı yönünde haklı

**Yargıcın yetkisinde olan muvazaâ tespitinin idari bir makama verilmesinin yerinde olmadığı haklı olarak eleştirilmektedir.**

olarak eleştirilen<sup>17</sup> bu düzenleme ile yetinilmemiş, aynı madde uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin<sup>18</sup> 3. maddesinde gereksiz bir şekilde muvazaanın tanımı yapılmış ve 11. maddede alt işverene verilecek asıl işin koşullarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş<sup>19</sup>, 12. maddesinde de muvazaanın incelenmesi usulü düzenlenmiştir.

### **3. İş Sözleşmesini Feshin Geçerli Sebebe Dayanıp Dayanmadığının Araştırılması**

#### **a. Yargıtay'ca Ortaya Konulan Esaslar**

Yargıtay'ın kararında alt işverene verilen işin 2. maddenin altıncı fıkrasına uygun bulunmaması halinde bazı hizmetlerin alt işverene devrine ilişkin uygulamanın iş sözleşmesinin asıl işverence feshi için geçerli neden olamayacağı belirtilmiştir. Ancak, karara göre, bu konuda mahkemece yapılacak inceleme sonunda alt işverene verilen işin Kanuna uygun bir işleme dayandığının tespiti halinde söz konusu uygulamanın bir yıl sonra davacı işçinin iş sözleşmesini etkileyip etkilemediği, etkileme durumu varsa bunun ne şekilde olduğunun ve bunlardan başka feshin son çare olarak değerlendirilip değerlendirilmediğinin araştırılması gerekir.

#### **b. Değerlendirme**

Yargıtay kararında yer verilen alt işverene devredilen işin kanuna uygunluğu için bulunması gereken koşullara ilişkin açıklamalar konusundaki değerlendirmeyi yukarıda yapmış bulunuyoruz. Burada sadece kararın alt işverenlik uygulamasının Kanuna uygunluk göstermesi durumunda mahkemece yapılması gereken inceleme konusundaki bölümünü ele alacağız.

Kararda öncelikle, alt işverenlik uygulamasının bir yıl sonra işçinin iş sözleşmesini etkileyip etkilemediğinin, etkileme durumu varsa bunun ne şekilde olduğunun araştırılması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Bunu isabetli bir tespit olarak görmekteyiz. Gerçekten, apron işçisi olarak çalışan davacının bazı hizmetlerin ve bu arada apron işlerinin alt işverene devrinden sonra çalışmasını sürdürmüş ve ancak bir

yıl sonra sözleşme feshinin devir işlemine dayandırılmış olması feshin geçerliliği konusunda duraksamaya neden olabilecek bir nitelik göstermektedir. Davalı işverenin savunmasında, apron işçisi olarak çalışan davacıdan bu işin alt işverene devri sonucunda hizmet olmak olanağı olmadığından ve kendisine görev verilecek başka bir ünite de bulunmadığından sözleşmesinin feshi yoluna gidildiği belirtilmiştir. Ne var ki, bu savunmada, davacıya görev verilecek başka bir ünitenin bulunmadığından söz edilirken devirden sonraki bir yıl içinde nasıl ve nerede çalıştırıldığı cevapsız kalmaktadır. İşçinin bir yıl sonra işini sürdürmesinin neden olanaksız hale geldiği de açıklığa kavuşturulmalıdır.

Kararın sonunda, ayrıca, feshin son çare olarak değerlendirilip değerlendirilmediği noktası üzerinde durulmaktadır. Kararın ifadesinden, davacıya sadece bir yıl daha yaptırılan işin sürdürülüp sürdürülmeyeceğinin değil, son çare ilkesine göre, işverence feshin önlenmesine yarayacak başka bir yola başvurulması olanağının da araştırılıp araştırılmadığının mahkemece tespitinin gerektiği sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır. Böylece kararda, Kanunun 2. maddesi gerekçesinde belirtilen son çare ilkesi uyarınca işçiyi başka bir işte çalıştırma olanağının veya işverence ihtiyaç duyulan bir iş için işçiyi yeniden eğitmek gibi bir girişimin olayda var olup olmadığı mahkemece araştırılması ve buna göre uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiği isabetli bir biçimde ortaya konulmuş olmaktadır.

### **III. Sonuç**

Yargıtay kararındaki alt işverene verilen işin yardımcı iş veya asıl işin bir bölümü kapsamında olup olmadığı araştırılması konusu ile ilgili olarak yasal düzenlemede yer alan esasların yorumuna ilişkin bölümde ve sonuç bölümünde yapılan açıklamaları ana hatları itibarıyla yerinde buluyoruz. Ancak, alt işverene verilen işin muvazaalı bir işleme dayanmaması konusunda 2. maddenin yedinci fıkrasındaki sınırlamalarla ilgili olarak Yargıtay'ca ortaya konulan görüşe katılamıyoruz. Zira bu görüş, söz konusu fıkradaki sınırlamalardan sonra gelen düzenlemeye isabetsiz olarak verilen bir anlama dayandırılmış bulunmaktadır.



## DİPNOTLAR

- 1 Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (Legal İHD), 2008/19, 1117–1119.
- 2 Yasal düzenlenmenin yürürlükteki şekline getirilmesine ilişkin tasarı değişikliği teklifi gerekçesinde bu nokta vurgulanmıştır (Güzel, 46–47); aynı yönde Taşkent, Alt işveren, 365; Süzek, 144; Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren, 48.
- 3 Mollamahmutoğlu, 170–171.
- 4 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 16. Bası, 2003, 46 ve 21. bası, 48.
- 5 Çelik, 56 vd.; Ulucan (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 103-104; Aydın, İşverenin Koruma Yükümlülükleri, 151; Ekonomi, İşverenin Kapatılması, 414; Doğan Yenisey, 9; tanımın yenilik getirdiği görüşü M. Kutsal, İstanbul Barosu'nca düzenlenen Yeni İş Yasası Sempozyumu'ndaki konuşması, toplantı yayını, İstanbul 2003, 66-67; Şahlanan, aynı sempozyum, 68; Ayan, 506, dn. 21.
- 6 Aynı yolda, Yarg. 9. HD. 28.4.2008, E. 2007/19452, K. 2008/10426, Legal İHD, 2008/19, 1134-1135.
- 7 Sırasıyla, Yarg. 9. HD. 31.1.2005, E. 2004/31850 K. 2005/2487, Tekstil İşveren D. Mayıs 2005, 41-42; 12.2.2007, E. 2006/32217 K. 2007/3258, Toprak İşveren, Eylül 2007, 22-23; 14.5.2007, E. 2007/3132 K. 2007/14914, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 240-243.
- 8 Bu konuda Güzel, 46 vd.; Kanunun aşağıda ele alınan madde gerekçesinde, 1475 sayılı Kanun döneminde özellikle 1980'li yıllardan itibaren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmış olmasına dikkat çekilerek bu konudaki muvazaalı işlemlerin önlenmesi için yasal düzenleme yapılmasının amaçlandığı belirtilmiştir.
- 9 Taşkent (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), 43-44; aynı yazar, Alt İşveren, 364-365; Özveri, 393 vd.; Güzel, 48 vd.; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, 2004, 46 ve 21. Bası, 47; Uzun, 29; Kılıçoğlu, 9, 25-26; Çankaya/Çil, 19; Ayan, 509-510; Aydın, Alt İşveren İlişkisi, 175 vd.; Göktaş 98-99.
- 10 Ekmekçi, 134; Şahlanan, Konferans Notları, 70-71; Tunçomağ/Centel, 59-60; Alpagut, Alt İşveren, 18-19; Arslanoğlu, 107 vd.; Soyer, 19 vd.; Kaplan-Senyen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen), 67; Gerek/Oral, 31-32; Arıcı, 492 vd.; Süzek, 146-147. Ancak yazara göre, salt maliyetleri düşürmek amacıyla alt işveren ilişkisi kurulamaz (148); Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren, 42 vd.; değişik görüş Mollamahmutoğlu, 169-170; Ünsal, 543-544; Engin, 16 vd.; Şen, 92. vd.
- 11 Soyer, 19-20.
- 12 Süzek, 147.
- 13 Çelik, 47; aynı görüş Göktaş, 99.
- 14 Haklı eleştiri için Ekonomi, Sayısal Esneklik, 12; Centel, Alt İşverenlik Yönetmeliği, 56-57; Alpagut, Alt İşverenlik Yönetmeliği 58-62; Mollamahmutoğlu, 170; Aktekin, 7.
- 15 Çelik, İş Hukuku, 16. Bası, 2003, 51 ve 21. Bası, 54-55;

- aynı yönde Şahlanan, Temel Kavramlar, 42; Özveri, 397; Güzel, 61-62; ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için Aydın, Alt İşveren İlişkisi, 266 vd.; aksi görüş Soyer, yukarıda dn.5'te anılan İş Yasası Sempozyumu, 40; Eyrenci, 22.
- 16 RG 26 Mayıs 2008, 26887.
- 17 Centel, Son Değişiklik, 7,11; Ekonomi, Sayısal Esneklik.
- 18 RG 27 Eylül 2008, 27010.
- 19 Bu maddelerdeki esasların eleştirisi için Alpagut, Seminer, 32-44; Aktekin, 7; Mollamahmutoğlu, 182; Göktaş, 103.

## KAYNAKÇA

- Aktekin, Şeyda: Alt İşveren Müessesesi Tarihi mi Karşıyor, MESS İşveren Gazetesi, Ekim 2008, 7.
- Alpagut, Gülsevil: 4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumunda Yeni Yapılanma, İNTES ile İÜHF İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma Merkezi'nce ortaklaşa düzenlenen "Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı" konulu toplantı, Ankara 2004, 16-24 (Alt İşveren).
- Alpagut, Gülsevil: Alt İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği İle İdari Para Cezalarına İlişkin düzenlemeler, TİSK/PERYÖN tarafından ortaklaşa düzenlenen seminer yayını, İstanbul 2008, 32-44 (Seminer).
- Alpagut, Gülsevil: Alt İşverenlik Yönetmeliğinin Hukuka Aykırılığı Üzerine, İşveren Dergisi, Kasım 2008, 58-62 (Alt İşverenlik Yönetmeliği).
- Arıcı, Kadir: Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu, İÜİFM, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006, 485-509.
- Arslanoğlu, Mehmet Anıl: İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul 2005.
- Ayan, Özge: Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi, Legal İHD, 2006/10, 499-531.
- Aydın, İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004 (İşverenin Koruma Yükümlülükleri).
- Aydın, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi, Ankara 2008 (Alt İşveren İlişkisi).
- Centel, Tankut: Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, 5-13 (Son Değişiklik).
- Centel, Tankut: Alt İşverenlik Yönetmeliği, İşveren Dergisi, Kasım 2008, 56-57.
- Çankaya-Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008.
- Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.
- Ekmekçi, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı,

- Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, Mercek, Temmuz 2003, 132-139.
- Engin, Murat: Üçlü İş İlişkileri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam sanayi İşverenleri Sendikası'nca Düzenlenen "III. Yılında İş Yasası" semineri yayını, İstanbul, 2005, 12-26.
  - Ekonomi, Münir: İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 409-457 (İşyerinin Kapatılması).
  - Ekonomi, Münir: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, 21-52 (Asıl İşveren-Alt İşveren).
  - Ekonomi, Münir: 4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, 5-23 (Sayısal Esneklik).
  - Eyrenci, Öner: 4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İHD, 2004/1, 15-55.
  - Gerek, Nüvit/Oral, İlhan: Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, 29-35.
  - Göktaş, Seracettin: Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, 97-105.
  - Güzel, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, 2004/1, 31-65.
  - Kılıçoğlu, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2006.
  - Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008.
  - Özveri, Murat: Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İHD, 2004/2, 383-400.
  - Senyen-Kaplan, Emine Tuncay: Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen, İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007.
  - Soyer, Polat: 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, 16-28.
  - Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008.
  - Şahlanan, Fevzi: Genel Hükümler ve Temel Kavramlar, İB/GS Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003 (Temel Kavramlar).
  - Şahlanan, Fevzi: 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları, Türk-İş Bolu Semineri, Türk-İş Dergisi Eki, Ankara 2003, 66-81 (Konferans Notları).
  - Şen, Sabahattin: Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma ve Toplum, 2006/3, 71-98.
  - Taşkent, Savaş: Alt İşveren, Legal İHD, 2004/2, 363-366.
  - Taşkent, Savaş: Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
  - Tunçomağ/Centel: İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, İstanbul 2008.
  - Ulucan, Devrim: Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
  - Uzun, Bekir: Yeni İş Yasası Semineri, İTO yayını, İstanbul 2004.
  - Ünsal, Engin: 4857 Sayılı Yasaya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, Legal İHD, 2005/6, 538-544.