

Prof. Dr. Ercan AKYIĞIT

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezasından Sorumluluk

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere alt işverenlik; aracı, taşeron, alt işveren gibi isimlerle anılarak 3008 sayılı ilk İş Yasamızdan bu yana hukuk sistemimizde mevcut olan ve zaman zaman lehinde ve aleyhinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş bulunan bir kurumdur. Personel istihdamında dışsallık sağlayan yöntemlerden birisi olarak algılanan bu ilişkide bir işveren işlerinden bazılarını ve/veya kimi bölümleri kendi işçileri ve personeliyle yapmak yerine başka işverene vererek onun sorumluluğunda ve onun personeline yapılmasını sağlamaktadır. Ancak işi alıp da kendi işçileriyle yürüten kişi bundan bağımsız bir işveren sayılmakta ve işi alıp yaptığı yer de ayrı bir işyeri olarak benimsenmektedir. İşin asıl sahibi (asıl işveren) kendi işini başkasının işçileriyle yaptırma imkanına kavuşmakta ama bu işte çalışan işçilerin bu çalışma esnasında kazandıkları işçilik haklarından dolayı da işçiye karşı onun gerçek işvereni (alt işveren) ile birlikte sorumluluk taşımaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu sisteminde durum böyledir (İşK. 2/6-7).

Aslında aynı kurum biraz farklı olarak 5510 sayılı SSGSSK'da da düzenlenmiş ve orada da asıl işverenin yasanın işverene yüklediği yükümlerden dolayı ilgili sigortalı ve/veya hak sahipleri ile Kuruma (SGK) karşı birlikte sorumluluğundan söz edilmiştir (SSGSSK 12/son fıkra). Bunun hukuki sorumluluk bağlamında bir sıkıntısı yoktur ancak gerek İşK. (İşK. 98 vd.) ve gerekse 5510 sayılı SSGSSK (md. 102) işverene düşen kimi yükümlerin ihlali halinde idari para cezası biçiminde de olsa cezai sorumluluk hükümleri de içermektedir.

Her iki yasa bağlamında birlikte sorumluluğun alt işverenlik nedeniyle kesilecek idari para cezalarında da bulunup bulunmadığı dikkat çekmekte ve tartışmalara neden olmaktadır. İşte bu çalışmada, alt işverenlik ilişkisi bağlamında kesilen idari para cezalarından asıl ve alt işverenin sorumlu tutulup tutulamayacağı ve tutulduğundaysa bunun birlikte mi yoksa başka (bireysel) bir sorumluluk mu olduğu incelenmeye çalışılacaktır.

Yalnız, bunun için önce kısaca alt işverenlik

ilişkisi ve gerçekleşme koşulları ile geçersizliği hakkında bilgi sunmanın, konumuz itibarıyla yararlı olacağı söylenebilir.

II. İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVERENLİK KAVRAMI VE GERÇEKLEŞME KOŞULLARI

1. Kavram ve Tarihsel Gelişim

Özellikle 1970'lerden bu yana yaşanan sürekli ekonomik kriz ve değişen personel yönetimi ile gelişen teknoloji, yeni uzmanlık alanları yaratmak ve uzmanlaşmaya yönelmek bir yana personelde esneklik gereğini de ortaya çıkarmıştır. İşte ekonomik nedenler ve işverenlerin özel uzmanlık gerektiren alanlarda kendisine ait personel istihdamı yerine bunu başka ve uzman bir kuruluş eliyle yaptırma düşünceleri gibi işgücü maliyetlerini azaltma yahut sorunsuz ve genellikle ucuz, sürekli istihdam anlayışı onları böyle bir yola itmiş olabilir¹. İş başkasına vermenin temelinde genellikle eser sözleşmesi (BK 355 vd.) bulunursa da başka bir sözleşmeye (kira, taşıma gibi) dayanmasına da engel yoktur. Böyle bir ilişkinin değişik şekillerde karşımıza çıkması mümkündür. Öyle ki bir kimse kendisi işveren sıfatı taşımaksızın veya taşısa da o işle ilgili olmaksızın belli bir işin yapımını bir müteahhide götürü olarak vermiş olabilir. Örneğin kendi arsasına bina yapımı işinin bir müteahhide verilmesi böyledir. Buna alelade eser sözleşmesi² veya müteahhitlik ilişkisi denilebilir. Fakat bazen, kendisi de o işle ilgili olarak orada işçi çalıştırırken asıl işin bir bölümünde veya işyerinin yardımcı işlerinde (çoğu kez eklentisinde) başka işverene iş alanın kendi işçileriyle yapılmak üzere götürü biçimde iş verebilir. Buna ise alt işveren ilişkisi denir³ ve özelliklerini aşağıda sunacağız. Bir diğer görünüm biçimindeyse bir müteahhit işin asıl sahibinden belli bir işi almakta ve fakat bunun tümünü kendisi işçileriyle yapmak yerine işi bölümlere ayırarak her bir bölümü bu kez kendisi başka müteahhitlere vermektedir. İşte bu sonuncu hal Alman Hukuku'nda "tali müteşebbis ilişkisi" (Subunternehmerverhältnis) diye anılmaktadır ve fakat yasada dü-

zenlenmiş değildir ve başta işçi ödünç verme olmak üzere çeşitli noktalarda sorunlarla karşılaşmaktadır⁴. Bu çerçevede tali müteşebbisiten söz edebilmek için işin sahibi (ısmarlayan) ve ona karşı belli bir projeyi gerçekleştirmeyi taahhüt eden kişi olarak "asıl müteşebbis" (Hauptunternehmer/Generallunternehmer) ve bu asıl müteşebbisin yapmakla yükümlü olduğu projenin bir kısmını onunla yaptığı bir (genellikle eser sözleşmesi) sözleşme çerçevesinde kendi personeliyle yerine getirmeyi üstlenen bir başka müteşebbisin yani "tali müteşebbis (Subunternehmer)"in varlığı şarttır⁵. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesine bakıldığında böyle bir müteşebbisin "taşeron" adıyla (BİGŞ 18/5; 33/3, 7, 9, 13, 39), kamu ihale mevzuatındaysa "alt yüklenici" diye anılarak (KİK 15, KİSK 7/d) bizde de mevcut olduğu görülür. Böyle bir hal bazen (üzerinde ayrıntılı duracağımız) bir alt işverenlik ilişkisi de oluşturabilir fakat alt işverenlik ilişkisinin oluşabilmesi için araya bir başka müteahhidin girmesi şart değildir. İş sahibinden eser sözleşmesi çerçevesinde aldığı işte kendi işçilerini çalıştıran müteahhidin durumu çeşitli uluslararası antlaşmalara da konu olmakta ve müteahhidin çalıştırdığı işçilere "istisna akdi işçisi" (Werkvertragsarbeitnehmer) denilmektedir. Bunun (yani istisna akdi ile iş almanın) da alt işverenlik teşkil etmesi kadar etmemesi de mümkündür. Bu konuya, değinen bir ikili anlaşmanın Türkiye ile F. Almanya arasında da bulunduğunu belirtelim⁶. Müteahhit eliyle iş yaptırma olgusuna değinen mevzuatımız olarak İşK. 2/6-9, 36 ve BİGŞ hükümleri yanında UÇÖ'nün 1949'da kabul edip ülkemizde de onaylanan "Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteahhitlik 94 sy. Sözleşmesinin⁷ ve "Kamu Kuruluşlarınca Yaptırılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları ile İlgili Esaslar"⁸ bulunduğu söylenebilir. İşte tüm bu mevzuat dikkate alındığında, mevzuatta deyim birliğinin bulunmadığı, örneğin anılan kavramın mülga 506 sy. SGK'da "aracı" (SGK 87) ve 94 sayılı Sözleşmede taşeron (Söz. 1/3) diye anıldığı ve fakat (ondan ve 1475 sayılı İşK.'dan farklı olarak) 4857 sayılı İşK.'da (İşK. 2/6, 7 vd.) ve (5510 sy. GSSSK'da SSGSSK 11/8, 12/son fıkra) açıkça alt

işveren biçiminde adlandırıldığı görülür. Ancak bu iki yasadaki düzenlemenin birbirinden bazı farklılıkları olduğu da belirtilmelidir.

Aslında 3008 sayılı İşK.'dan beri⁹ hukuk sistemimizde yer bulan alt işveren olgusu 3008 sayılı İşK.'da "üçüncü şahıs" ve "aracı" biçiminde anılmış (3008 sy. İşK. 1/4), 1475 sayılı İşK.'da "diğer işveren" diye dile getirilmişti (1475 sayılı İşK. 1/son fıkra) ve fakat bu yasal düzenlemede hem birçok eleştiri noktalarının bulunduğu hem de çeşitli yönleriyle uygulamada işçilik haklarının dolanımı sonucu doğuran bir takım kötüye kullanmalara imkan verdiği görülmekteydi. Gerçi Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği kararlarında muvazaa (BK. 18) ve kanuna karşı hile vs. kurumlarından hareketle kötüye kullanım olgularının önüne set çekmeye çalışıyordu ve burada belli ölçüde başarılı ve istikrarlı bir tutum izlediği söylenebilirdi¹⁰. Ancak, anılan yargısal engellemenin de sürekli olacağı söylenemezdi. Oysa alt işverenlikle ilgili sorunlara kanunen çözüm getirmenin daha isabetli olacağı açıktı. İşte yeni İş Kanunu hazırlanırken Bilim Komisyonu (Bil. Kom. tas. md. 1/ç) ve Hükümet Taslağı'nda alt işverenlikle ilgili konular da ele alınarak açık düzenleme yoluna gidilmişti. Yasa Tasarısı TBMM'de ele alınırken çeşitli önergelerle kimi noktalarda değişiklikler yaşamış ve nihayetinde alt işveren ilişkisini eskisine nazaran biraz daha sıkı kayıtlara bağlayan ama (başarılı gözükmeyen anlatım tarzı yüzünden) eskisinden daha tartışmalı biçimde düzenleyen bir hüküm getirilmiştir (İşK. 2/6, 7)¹¹. Kimi aksaklıklar içerip çeşitli tartışmalara yol açan bu hükme 01.07.2006 tarih ve 5538 sy. Kanun ile 12.07.2006'dan itibaren iki yeni fıkra daha eklenerek kamu sektöründeki alt işverenlikte yaşanan bazı hukuka aykırı olgulara sanki prim verilmek istenmiş gibi gözüktüğü söylenmektedir. (İşK. 2/8, 9)¹². Gerçi bu yasal değişikliğin kamu kesiminde yaşanan alt işverenliklerde muvazaa konusunda özel kesime nazaran her hangi bir farklılığa yol açmadığı, bizce de isabetli olarak bizzat Yargıtay'ca da dile getirilmektedir¹³ ama bunun çeşitli noktalardan tartışıldığı görülmektedir ve biz de ileriki sayfalarda buna değineceğiz. Fakat alt işverenlikte yaşanan gelişmeler bununla sınırlı kal-

mamış, 26.05.2008'de 15.05.2008 tarih ve 5763 sy. Kanun'la işyerini bildirme yükümü getiren İşK.3'de değişikliğe gidilerek alt işverenlikle ilgili önemli hükümler getirilmiş ve ardından Alt İşverenlik Yönetmeliği adıyla bir de yönetmelik çıkarılarak yürürlüğe konmuştur¹⁴. Bu son değişiklikler incelendiğinde, getirilen değişikliklerin sadece işyerinin bildiriyle değil alt işverenliğin esasıyla da ilgili önemli açılımlara yol açabilecek nitelikte oldukları görülür. Fakat alt işverenlik kavramı İşK.2'de düzenlenirken, işin esasına da etkili bir hükme bu madde yerine, işyerinin bildiriyle ilgili 3'üncü maddede yer verilmesi manidardır. Üstelik İşK. 3 hükmünün sadece sürekli işlerde uygulanacağı (İşK.10/2) dikkate alınırca, süreksiz işlerdeki alt işverenliğe de uygulanan İşK. 2/6 vd. hükmünden daha dar bir alanı kapsadığı söylenebilecektir¹⁵. Son bir gelişme olarak da Ağustos 2010'da ÇSGB tarafından sosyal taraflara sunulan İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı'nda yapılan ve İşK.'da değişiklik öneren hükümlerle alt işverenliğin tanımında ciddi değişikliğe yol açacak bir açılıma yer verildiği ve fakat kimi çevrelerden eleştiriler aldığı görülmektedir¹⁶.

2. Alt İşveren(lik) İlişkisi

Yukarıda değinilen yasanın ve yönetmeliğin ilgili hükümlerini dikkate aldığımızda alt işveren ilişkisi ve tarafları hakkında şunlar söylenebilir:

Kanunun bazen asıl işveren-alt işveren ilişkisi diye andığı (İşK. 2/6, 3; AİY 3 vd.) ve fakat bazen de bizim gibi alt işveren ilişkisi diye dile getirdiği alt işveren ilişkisi, kısaca asıl işverenle alt işveren arasında alt işverenlik sözleşmesiyle kurulan hukuki ilişki olarak anılabilir. Yasa bunu, "bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki" biçiminde uzun bir tanıma bağlamıştır (İşK. 2/6).

AİY'deki hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden de aynı sonuca varılabilir (AİY 3, 4).

Kısaca açılmak istenirse, alt işverenlik ilişkisinde yukarıda verdiğimiz tanımda, kendi yürüttüğü işin (asıl işin) bir bölümünü veya yardımcı işlerinde başka bir işverene işveren birisinin (asıl işveren) ve ondan bu alanda belli gerekçelerle iş alıp kendi işçileriyle bağımsız biçimde yapmayı üstlenen diğer bir işverenin (alt işveren) ve bunun sırf bu işe özgüleyerek çalıştırdığı işçiler'in (alt işveren işçileri) bulunduğu görülür. Dolayısıyla işin personel istihdamında esneklik içinde yaptırılmasını öngören üçlü bir ilişki yahut iş hukukuna ait bir üçlü ilişkinin (arbeitsrechtliche Drittbeziehung)¹⁷ varlığı göze çarpar.

Bu üçlü ilişki iş hukukuna ait diğer benzer üçlü ilişkilerden kimi yönleriyle farklılık taşımaktadır¹⁸.

3. Gerçekleşme Koşulları

Yasada net biçimde ifade edilmese de Alt İşverenlik Yönetmeliği alt işveren ilişkisinin doğumu için bazı koşulların varlığından söz etmektedir (AİY 4) ve öğretide de buna dair açıklamaların yapıldığı görülmektedir. İşte tüm bunlar dikkate alındığında, alt işverenlik ilişkisinin gerçekleşebilmesi için kısaca; kendisi de işçi (kamuda işçi dışı personel de olabilir) çalıştıran bir işveren bulunmalı, bir başkası bundan belli biçimde iş almalı, iş alan kişi daha önce bu işyerinde çalıştırılmamış olmalı, iş alan kişi bu işte çalıştırdığı işçilerini bu işe özgülemeli ve ilişkiyi geçersiz kılacak bir olgu bulunmamalı biçiminde sayabiliriz.

A. Kendisi de İşçi Çalıştıran Bir İşveren Bulunmalıdır

Alt işverenlik, asıl işverene nazaran anlaşılabilen bir kavram olduğundan, alt işverene işyerinde iş veren bir işverenin bulunması gerekir¹⁹. İşte buna asıl işveren adı verilir. Bir kimsenin asıl işveren sıfatını edinebilmesi için, alt işverene verdiği iş vesilesiyle işveren niteliği taşıması, kendi adına bu işyerinde geri kalan işlerde işçi çalıştırması gerekir. Hiç işveren sıfatı bulunmadan (örneğin bir memurun arsasına inşaat işini bir müteahhide vermesi) yahut alt işverene verdiği iş değil de başka bir iş vesilesiyle işveren sıfatı taşıyan (örneğin bir

fabrikatörün dokuma fabrikasına ek bina inşaat işini bir müteahhide vermesi gibi) kimsenin asıl işveren niteliği yoktur. Kısacası, asıl işverenin işveren sıfatının, bir kısmını alt işverene verdiği asıl işin geri kalan kısmında yahut alt işverenlik yardımcı işlerde yaşanıyorsa bunun dışındaki alanda kendi adına işçi çalıştırmadan kaynaklanması zorunludur²⁰. Nitekim yönetmeliğin "asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır" biçiminde dile getirdiği husus (AİY 4/a) budur. Yargıtay'ın 1475 sayılı İşK. dönemindeki uygulamasının da bu yönde olduğu ve yeni İşK. çerçevesinde de geçerlilik taşıdığı belirtilmelidir²¹. Gerçekten de işi anahar teslimi verenin veya işi bölümlere ayırarak her bölümü bir başka müteahhide veren ve kendisi bu işte işçi çalıştırmayan kimsenin (iş sahibinin) asıl işveren olarak kabulü günümüzde de mümkün değildir²².

Ancak, bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için, onun kamu veya özel kesim işvereni olması fark etmediği (AİY 3/ç) gibi²³, alt işveren(ler)e verdiği işlerin kalan kısmında çalıştırdığı işçilerin sayısı da ilke olarak önemli değildir. Fakat bazen, o işyerinin İşK.'na tabi olup olmaması bakımından (İşK. 4) sorun oluşturabilir²⁴. Yalnız, kamu kuruluşları bakımından, bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için, alt işverene verdiği kısım dışında mutlaka kendi işçilerinin mi bulunması gerekeceği, yoksa işçisi olmasa da memur vs. sıfatla kendisine bağlı personel çalıştırmasının da mı yeteceği üzerinde durulabilir. Biz SSGSSK 12/1 ve 4/1-a, c hükümlerinden de destek olarak böyle bir ihtimalin bile asıl işverenlik için yetebileceğini düşünüyoruz²⁵. Çünkü, sırf kendisine bağlı işçi çalıştırmıyor diye kamudan iş alan müteahhidin işçilerini kamu kuruluşunun asıl işveren niteliğiyle birlikte sorumluluğundan dışlamak tatminkar gözükmez. Kaldı ki, zaten 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 sy.

Yasa bakımından işveren ve şartları varsa sosyal güvenlik hukuku bakımından asıl işveren sayılırken (SSGSSK 12/son), iş hukuku açısından asıl işveren niteliğinden yoksun olacağını söylemek isabetli görülemez kanısındayız²⁶.

Şüphesiz, asıl işveren-alt işveren ilişkisi İşK.'da yer aldığından, asıl işveren niteliğinin de İşK.'na tabi bir iş vesilesiyle edinilmesi gerekir. Yoksa örneğin BK'na yahut Basın İşK.'na tabi bir işte işçi çalıştıran bir işverenin bu işin bir kısmını alt işverene vermesi halinde 4857 sayılı İşK.'na tabi bir ilişkiden söz edilemez²⁷. Asıl (ve alt) işverenin alt işverene verdiği iş nedeniyle sahip olduğu işveren niteliğinin alt işveren ilişkisi kurulurken zorunlu olup, sonrasında hiç işçisi (veya kamu işvereniye hiç personeli) ve işverenlik sıfatı kalmasa da asıl işverenliğin devam edeceği ileri sürülmektedir²⁸ ama kamu kuruluşları dışında bunun tereddütlerle karşılanması gerekir. Böyle bir hal, muvazaalı alt işverenliklerin varlığına işaret edebileceği gibi, aslında ortada alt işverenliğin bulunmadığı sonucuna da götürülebilir inancındayız.

Yine değinilecek bir husus; bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için işin asıl sahibi olmasının gerekmediğidir. Asıl işveren işin gerçek sahibi olabileceği (buzdolabı fabrikası sahibi (B)'nin işin bir bölümünü başkasına vermesi örneği) gibi işin asıl sahibinden işin tümünü veya bir kısmını alan ve bunun bir bölümünü bir alt müteahhide veren kimse de (geri kalan kısımda kendi işçilerini çalıştırıyorsa) asıl işveren kabul edilir. Borçlar Hukuku alanında alt istisna sözleşmesi veya taşeronluk sözleşmesi diye anılan²⁹ bu son olguda işin asıl sahibinin asıl işveren pozisyonu yoktur³⁰.

Yine önemli bir nokta; bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için işyerini ve işçilerini (Bölge Md., SGK gibi) ilgili mercilere gereğince bildirmiş olması zorunlu değildir. Zira, o gerekli bildirimleri yapsa da yapmasa da, İşK.'na tabi bir faaliyette buldukları takdirde bildirim gününe bakılmaksızın ilgili yasaya tabi olurlar (İşK. 1/son). Kısacası anılan bildirim yükümü (İşK. 3) kurucu değil açıklayıcı bir niteliğe sahip olduğundan, ilgilinin asıl işveren (ve/veya alt işveren) sıfatı da öyle bir faaliyete fiilen geçmekle de kazanılmış olur³¹.

B. Bir Başkası Bu İşverenden Belli Nedenlerle İş Almalıdır

Alt işveren ilişkisinin bir diğer koşulu, yukarıda sunulan (asıl) işverenden başka bir kimsenin kendi adına ve kendi işçileriyle yapmak üzere, belli nedenlerle iş almasıdır. Yasanın “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 ...” diye değindiği (İşK. 2/6) bu kişi “alt işveren” diye anılır. Aynı yönde bir tanıma AİY'de de yer verilmiştir (AİY 3/a). O halde, İşK. açısından alt işveren ilişkisinin gerçekleşebilmesi için, alt işveren diye anılan bir kimsenin asıl işverenden yukarıda kısaca belirtilen özelliklere sahip iş alması gerekmektedir. Ancak önceki iş yasalarımızda (3008 sy. İşK. 1/4 ve 1475 sy. İşK. 1/son) ve halen yürürlükteki 5510 sayılı Yasa'daki alt işveren tanımında (SSGSSK 12/son fıkra), İşK.'daki aşağıda değinilecek özelliklerin aranmadığını belirtmeliyiz (ileride sosyal güvenlik hukukuyla ilgili kısımda konu hakkında ayrıntılı bilgi sunulmuştur).

1475 sy. İşK. döneminde asıl işverenden işinin herhangi bir kısmında veya işyerinin eklenmelerinde serbestçe iş alınabilirken, 4857 sayılı İşK.'nun bu keyfilik ve serbestlik sisteminden ayrıldığı görülmektedir³². Öyle ki, yeni yasa ve yönetmelik incelendiğinde, asıl işverenden alınacak işin ya “asıl işin bir bölümünde” veya “mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde”³³ olması gerektiği görülür. Asıl işin tamamının başkasına verilip kendisinin sadece yardımcı işlerde işverenliğini muhafaza ederek işçi çalıştırma halinde alt işverenliğin bulunmadığını düşünüyoruz. Böylesi hallerde işyerinin devri³⁴ veya muvazaadan söz etmek düşünülebilir. Zira yasa, asıl işte alt işverene iş vermenin sadece asıl işin bir bölümünde olabileceğini işaret etmektedir. Ancak yardımcı işlerden biri veya bir kısmı yahut tümünün alt işverene verilmesi mümkündür. Şüphesiz asıl iş, o işyerine/işletmeye gerçek karakterini veren teknik amaca (üretim) yönelik faaliyetlerdir³⁵. Nitekim yönetmelikten evvel yaptığımız bu tanımın yö-

netmeliğe de yansdığı söylenebilir. Öyle ki, yönetmeliğe göre de asıl iş; mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş'tir (AİY 3/c). Örneğin bir buzdolabı fabrikasındaki asıl iş, buzdolabı üretimi; bir oteldeki asıl iş konuklarına konaklama vs. hizmetler sunumudur. PTT'nin posta dağıtım hizmeti de böyledir³⁶. İşte işyerine gerçek karakterini veren bu işin içinde yer alan ve tek başına bile yapılabilir nitelik taşıyan prosedür alanına ise "asıl işin bölümü" (bölümleri) denilebilir³⁷. Eğer asıl iş zaten tek bir süreçten ibaret olup da bu yüzden üretim bütünlüğünü bozmadan bölünemiyorsa, bunun parçalanarak alt işverene verilmesinden söz edilemez. Zira yasanın amacı; işyerinin asıl/genel üretim prosedürünü bozmadan, bağımsız yürütülebilecek birimlerinde alt işverenlere iş verilip geri kalanında asıl işverenin üretimi sürdürebilmesidir. Yoksa, asıl işin az çok bağımsız yürütülebilir süreçlere ayıramadığı hallerde bunun keyfi bölümü yoluyla alt işverenlik oluşturulamaz³⁸. Buradaki bağımsızlık, asıl işin (geri kalan kısımlar anlamını kaybetmeden) bölünebilirliğine ve ayrı bir işverence yürütülebilirliğine yöneliktir. Yoksa, alt işverene verilen iş de asıl işin bir bölümü olduğuna göre, asıl iş ile zorunlu bağlantısı kendiliğinden anlaşılır. Asıl işle ilgisiz bir faaliyeti onun bir bölümü saymak düşünülemez³⁹.

Asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilmesi için yasa önemli ve fakat ne anlama geldiği pek de anlaşılamayan tartışmalı bir özellik aramaktadır. Öyle ki, yasa asıl işin bir bölümünde iş alınabilmesi "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" mümkün görmekte (İşK. 2/6) ve bunu bir başka fıkrada "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." diyerek tekrarlayıp vurgulamaktadır (İşK. 2/7). Aynı yönde hükümlere Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde de rastlanmaktadır (AİY 3-5, 10 vd.). Belirtilsin ki böyle bir hüküm Bilim Komisyonunca hazırlanan Tasarıda mevcut değildir. Hükümet Taslağında ise (asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde) "işin gereği ve teknolojik nedenlerle" iş almaktan söz edilmiş (Tas. 2/6) ve "işin gereği ve

teknolojik nedenler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." denmişti (Tas. 2/7). Görüldüğü gibi Hükümet Tasarısı asıl işin "işin gereği ve teknolojik nedenlerle" bölünüp alt işverene verilebileceğini belirtmekte ve fakat "işletmenin gereği"nden ve "uzmanlık"tan bahsetmiyordu. Bunlar, yasa tasarısının ilgili maddesinin TBMM'de ikinci kez görüşülmesi sırasında maddeye eklenerek yasalaşmıştır. Anılan hüküm maddeye eklenirken "işletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlıkla bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir." biçiminde gerekçelendirilmiştir⁴⁰.

Gerçekten de anılan hüküm, 1475 sayılı İşK. dönemindeki keyfi alt işverenliğe sınır çizmek amacıyla getirilmiştir⁴¹. Ancak, bunda ne ölçüde başarılı olunduğu tartışmaya açıktır. Zira hükmün Türkçe açısından pek de başarılı olduğu söylenemeyecek kaleme alınış tarzı, ona verilecek anlamın/içeriğin ne olacağı konusunda tartışmalara yol açmıştır.

Öyle ki; bu konuda savunulan bir anlayışa göre, asıl işin bir bölümünde geçerli bir alt işverenliğin oluşabilmesi ancak "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" mümkündür. Buradaki cümle bir bütün olarak algılanmalı ve sadece işletme gereği yahut sadece işin gereği veya yalnızca teknolojik uzmanlık nedeniyle asıl işin bir bölümü alt işverene verilememelidir⁴². Pek başarılı olmasa da, yasada kullanılan "ve" ile "ile" bağlacı bunun bütünlük içinde anlaşılmasını gerektirir⁴³. Çünkü, yasada açıkça "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." denilmektedir. Maddenin amacı da dikkate alınırca bu ifadede yer alan "ile" sözcüğünü "olarak" biçiminde değerlendirmeli ve böylece asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesi için, bunun "işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş" olması gerekir⁴⁴. Nitekim Yargıtay'a göre de "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 olacak(tır) ...”⁴⁵.

Oysa aynı düşünceye dahil diğer yazarlar da madde metninde yer alan “ile” sözcüğünün “olarak” anlaşılması yönünde bir eğilimin bulunmadığı söylenebilir.

Konuyla ilgili ve bir kararında Yargıtay’ın da katıldığı görülen⁴⁶ bir başka anlayışa göre ise; asıl işin bir bölümünde alt işverenliğin gerçekleşebilmesi için, ona “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” iş verilmesi gerekir. Yani madde-deki ifadenin bir bütün olarak değil yukarıda dile getirilen 2 ayrı hal olarak algılanması gerekir. Bu anlayış yasal metindeki “ile” bağlacını “veya” olarak anlama taraftarıdır⁴⁷. Buna göre, asıl işin bir bölümünün işletme ve işin gereği olarak alt işverene verilebilmesinin aslında maliyet ve kalite kavramlarını öne çıkardığı ve böylece maliyetlerin (işgücü maliyetinin de) düşürülmesinin işletme ve işin gereği olduğu söylenebilecektir. İşletme ve işin gereği vermede uzmanlık aranmaz. Uzmanlık sadece teknolojik nedenlerle iş verildiğinde aranır. Örneğin işyerindeki bilgisayar sisteminin yürütülmesi işin uzman bir kuruluşa verilmesi, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilebilmesinin tipik bir örneğidir⁴⁸. Fakat genel olarak herhangi bir işyerindeki bilgisayar sisteminin işletiminin o işletmenin asıl işi mi olduğu sorusu zihinleri bulandırabilir.

Diğer bir düşünce ise, yasal düzenlemenin asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilmesini “uzmanlık” koşuluna bağladığı ve fakat bu uzmanlığın “işletmenin ve işin gereği uzmanlık” ile “teknolojik nedene bağlı uzmanlık” biçiminde anlaşılacağı yönündedir. O halde asıl işin bir bölümü “işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren işler” söz konusu olduğunda alt işverene verilebileceği gibi “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” de alt işverene verilebilecektir⁴⁹. Bu anlayış, asıl işin bir bölümünde sadece uzmanlık gereği alt işverenliğin oluşabileceğini kabullenirken, uzmanlık olmadan da işletmenin ve işin gereği

alt işverenliği dışlamaktadır. Ancak, uzmanlığı 2 ayrı uzmanlık şeklinde ele alan açılımıyla da ilk anlayıştan (bütünlük düşüncesinden) ayrılmakta ve böylece ortalama bir çözüm niteliği taşımaktadır, denilebilir. Fakat bu görüş açısından da teknolojik nedene bağlı uzmanlık pek problem oluşturmayacaksa da “işletmenin ve işin gereği uzmanlık”ın ne anlama geldiğini saptamak sanıldığı kadar kolay olmayacak gibi gözükmektedir.

Son bir anlayış ise asıl işin bir bölümündeki alt işverenliğin “işletmenin gereği” yahut “işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık” gereklerinden herhangi biriyle olacağı yönündedir⁵⁰. Fakat bir başka eğilimde ise, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilemeyeceği dile getirilmektedir⁵¹. Bunun doğal uzantısı, herhalde, asıl işin teknolojik uzmanlık gerekçesiyle alt işverene verilemeyeceğidir. ÇSGB’da İŞİG Kanun Tasarısı Taslağı’nda Ağustos 2010’da değişiklik önererek, bu hükümden dönüş sinyalleri vermiştir (İŞİG Tas. Taslağı md.28). Gerçekten de bakanlık getirdiği bir hükümlerle (md. 28) alt işverenlikle ilgili İşK. 2/6 hükmünün yürürlükten kaldırmak istemekte ve bunun yerine “veya asıl işin bir bölümünde işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan”dan söz ederek, asıl işin bir bölümünde alt işverenlik için artık yukarıda dile getirilen üç olgunun birlikte aranmasından vazgeçmektedir. Fakat bu tutum, asıl işlerde alt işverenliği istisnadan kurula çevireceği, sistemde köklü ama işçiler aleyhine bir değişiklik olarak algılanıp eleştiriyi karşılanmıştır⁵². Gerçekten de anılan değişiklik, asıl işlerdeki alt işverenliğin “işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” biçiminde iki ayrı şekilde gerçekleşmesine ve doğal olarak da uygulamada yaygınlaşmasına neden olabilecek gözükmektedir. Ama bu değişiklik önerisinin bile bu haliyle istenileni veremeyeceğini söyleyebiliriz. Zira İŞİG Tas. Taslağı sadece İşK. 2/6 hükmünü yürürlükten kaldırmakta ve fakat aynı anlamda olarak İşK. 2/7’de yer alan düzenlemeyi kaldırmayı unutmuştur⁵³. Hal böyle olunca, anılan değişiklik önerisinin, mevcut tartışmalara son vermek bir yana, ya-

nına yenilerini ekleyeceğini söylemek münecimlik olmasa gerektir.

Bu alanda yaşananları böylece sunduktan sonra mevcut duruma geldiğimizde; yukarıda da belirtildiği üzere, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde bize de isabetli geleni; asıl işin bir bölümünün ancak işyeri ve işletme gereği olarak teknolojik uzmanlık gerekçesiyle (olgularının tümü birden gerçekleşince) alt işverene verilebileceği, aksi halde alt işverenliğin geçersiz olacağıdır. Yargıtay'ın da bu yönde kararları olduğu tekraren belirtilmelidir⁵⁴. Bu tartışmalardan sonra çıkarılan AİY'de yukarıda belirtildiği üzere bu anlayışı yansıtır bir ifadeye sahiptir (AİY 11/3). Gerçekten de anılan hükme göre, "asıl iş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilir." (AİY 11/3). Hatta yönetmelik daha da ileri giderek işletmenin ve işin gereği ile

Fakat maalesef, bilhassa belediyeler dahil kamu kurum ve kuruluşlarında yaşanan çoğu olaylarda, yukarıda değinilen işyerine ve işletmeye ait gerekler ile teknolojik uzmanlık koşulu gerçekleşmeden anılan işlerin alt işverenlere verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kimi isabetsiz yargı kararlarında, genel olarak kamu kurumlarının hizmet alımı sözleşmeleri çerçevesinde bir yasa hükmünün adeta bir idarî birimce yapılan düzenlemeyle dahi kaldırılacağı sonucuna meyledilmiştir⁵⁵. Gerçi bir kararında Yargıtay, belediyelerin asli işi olan temizlik işini alt işverene veremeyeceğine işaret etmişti⁵⁶. Bunda belki de, 5272 sy. BeldK.'nun belediyelerin temizlik dahil yasada sayılan işlerini bir başkasına ancak geçici bir süre için vererek yaptırabileceğini öngören hükmünün (md. 67)'de etken olduğu söylenebilirdi. Fakat daha sonra verilen bazı Yargıtay kararlarında da belediyeler için, onların asıl işlerinin bir bö-

Gerek asıl işin ve bölümünün ve gerekse de yardımcı işin, her bir asıl işverenin faaliyet alanına göre değişebileceği gözden ırak tutulmamalıdır.

teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işin ne olduğunu da tanımlamaktadır. Buna göre, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş; "mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iş"tir (AİY 11/1). Kanımca bu tanım, anılan nedenlerle uzmanlığı dar bir alana özgüleyip, ilgili işletmenin/işyerinin uzmanlığı dışında bir alana yönelmiştir. Oysa bir işletmedeki asıl iş ve bölümleri genelde o işletmenin derecesi tartışılrsa da uzmanlık taşıdığı bir alan olarak karşımıza çıkar. Belirtilecek önemli bir husus, yasadaki şartların (anlatımı isabetli olmasa da) özel/kamusal ve bildirim yükümü olan olmayan bütün alt işverenliklerde uygulanacağıdır. Zira, asıl işin bir bölümünde alt işverene iş vermenin gerçekleşme koşulları konusunda, yasadaki asıl işverenin kamu ya da özel kesim işvereni olduğuna bakılmamıştır.

lümünü (örneğin temizlik işini) işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu aranmadan yasa gereği alt işverene geçerli biçimde verebileceği, zira 5393 sy. BeldK. md.67'de İşK.2'ye yasal bir istisna getirildiği kabul edilmiştir⁵⁷. Bunun isabetsizliği açıktır. Gerçekten de bu tutumu haklı görmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü; alt işverenliği düzenleyen İşK. hükümlerinde böyle bir ayırım yapılmadığı gibi, 5393 sayılı Belediyeler Kanunu md.67'deki hükümden de belediyeler alt işverene iş vererek iş yaptırma yoluna giderlerse, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için İşK.'nin aradığı "işletme ve işyerine ait gerekler ile teknolojik uzmanlık gerektirme" koşulundan belediyelerin muaf tutulduğu sonucuna götürecektir bir emare çıkarmak mümkün gözükmemektedir. Bizce, 5393 sy. Kanun'un getirdiği şey, Yargıtay'ın "belediyeler asıl işini alt işverene veremeyip mutlaka

kendisi yerine getirmelidir.” biçimindeki yanlış anlayışını ortadan kaldırmaya matuftur. Yani bizce, 5393 sy. Kanun 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 getirilmiştir. Buna amacını aşan bir anlam vermek, isabetli değildir. Nitekim daha önceki bir kararında, açıkça, taşıma işinin belediyelerin asıl işi olduğu ve bunu ancak İşK. 2/6’da aranan koşulların gerçekleşmesi halinde alt işverene verebileceği belirtilmişti⁵⁸. Keza bir başka kararda belediyelerin asıl işlerini alt işverenlere vermesinde “genel muvazaa hükümleri”nin sınır oluşturduğu ve bunun dışında bir sınırlama olmadığı dile getirilmişti⁵⁹. Fakat bununla anılan işlerin alt işverene İşK. 2/6 vd.’deki koşullar aranmadan verileceği değil, sanki “hiç alt işverene verilemez” biçimindeki yerel mahkeme (ve Yargıtay’ın 5272 sayılı BeldK. dönemindeki) anlayışından farklı olarak, “bu işler de alt işverene verilebilir” denmiş gibi görünüyordu. Oysa 09.06.2008-40942/14420 ve 21.01.2010-41520/669 sayılı Kararlarında bu tereddüt giderilerek açıkça İşK. 2’ye istisna getirildiğinden söz edilmiştir. Bu anlayışı haklı kılacak bir ifadenin Yasada yer almadığını ve bu tutuma katılmadığımızı bir kez daha vurgulayalım.

Alt işverenlik ilişkisi bakımından “asıl işin bir bölümü” ile “yardımcı iş”in ne olduğunun bilinmesi de önemlidir. Ancak yasa bunları tanımlamamıştır. Bununla birlikte gerek asıl işin ve bölümünün ve gerekse de yardımcı işin, her bir asıl işverenin faaliyet alanına göre değişebileceği gözden ırak tutulmamalıdır⁶⁰. Bununla birlikte asıl iş, o işyerine/işletmeye gerçek karakterini veren üretim biçimidir, denilebilir. Nitekim Yasadan sonra çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği de asıl işi “mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş” biçiminde tanımlamaktadır (AİY 3/c). Bunun bir bölümü ise; üretim sürecinde yer alan ve ayrıldığında bağımsız bir şekilde işlevini sürdürebilen birim olarak algılanabilir⁶¹.

Yardımcı işlere gelince; “yardımcı iş”in ne olduğu da yasada düzenlenmiş değildir ama

Kanun Tasarısı TBMM’de görüşülürken alt işverenle ilgili maddeye ilişkin verilen değişiklik önergesinin gerekçesinde örneklerle bu kavrama açıklık getirilmiştir. Bu gerekçeye göre yardımcı işler; “... doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin (yardımcı işler...)”dir. Öğretide de kavramı böyle anlayanlar bulunduğu gibi bunun yetersizliğini dile getirenler de vardır. Öyle ki, bir anlayışa göre, asıl iş-yardımcı iş kavramı belirlenirken o işin doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alıp almadığı ölçüt olarak alınabilecektir⁶². Keza bir işin yardımcı iş sayılıp sayılmamasında “işin devamlılık arz edip etmediği, çok kısa süreli bir iş olup olmadığı” da ölçüt olarak düşünülebilecektir. Bu bağlamda üretim yapan bir fabrikanın yemek veya temizlik işi (hijyen ve verim gibi nedenlerle) asıl işi ne derece tamamlayıp asıl işin yapım sürecine ne ölçüde katkıda bulunuyor ve bunun sonucu olarak yardımcı iş sayılıyorsa, bir çatı onarım işi de (çatısı akan bir binada üretim yapılamayacağına göre) yardımcı iş sayılmalıdır⁶³. Kişisel düşüncemiz, bu eğilimin yardımcı iş kavramını oldukça geniş tuttuğu yönündedir⁶⁴. Nitekim İşK. 2’nin gerekçesinde de ek bina işinin veya bina onarımı işinin verilmesi halinde alt işverenliğin oluşmayacağı dile getirilmektedir. Alt İşverenlik Yönetmeliğine göre ise; “yardımcı iş; işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş”i anlatır (AİY 3/g). Kanımca yardımcı iş, ilgili asıl işverenin gerçek üretim sürecinde yer almayan ama onu ve onda çalışan personelin kimi ihtiyaçlarının tatminini hedefleyen, asıl işle bağlantılı, yan-destekleyici nitelikteki faaliyetlerdir. Bunun alt işverene verilebilmesi için, işletme ve işin gereği yahut teknolojik uzmanlık gerektirmesi gibi koşulların aranmayacağını belirtmeliyiz⁶⁵.

Alt işverene verilen işin 30 işgününden az veya çok sürmesi de bu ilişkinin oluşumu veya

İşK.'na tabiliği açısından herhangi bir role salıp değildir. Bu durum 1475 sayılı İşK. döneminde de böyleydi⁶⁶. Yeni İşK. çerçevesinde de böyledir. Zira ilgili maddeden (İşK. 10) iş süreksiz olsa bile bunda İşK.'na tabi alt işverenliğin (İşK. 2) gerçekleşeceği anlaşılmaktadır. Yani 30 işgününü aşmayan işlerdeki alt işverenlik yasanın uygulanma alanından dışlanmamıştır. İşin 30 işgününü aşmamasının (belki de yasanın gözden kaçırması sonucu ortaya çıkan) bir önemli yanı, alt işverene işyerini bildirim yükümü getiren hükmün (İşK. 3/2) süreksiz işlerde uygulanmayacağına belirtilmesidir (İşK. 10/2). AİY de yasayla paralel kural getirmiş olup, yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve bu sözleşme ve ekleriyle birlikte bildirim yükümü süreksiz işlerdeki alt işverenlikte uygulanamayacaktır. Hatta aynı şey Yönetmelikte sayılan diğer kimi şartlar ve muvazaa diye gösterilen hallerde de geçerlidir. Böylece anılan Yönetmeliğin bir isabetsiz yanı daha ortaya çıkmaktadır⁶⁷. Aslında gerek İşK. 3'de ve gerekse buna bağlı olarak getirilen düzenlemelerin bu maddede değil, İşK. 2'de ve uygun bir içerikte yapılması gerekirdi. Bu yola gidilmeyince böylesi aksaklıkların yaşanması doğaldır.

Alt işverene verilen işte alt işveren işçileri yanında asıl işveren işçilerinin de çalışmasının mümkün olup olmadığı da önemli bir konudur fakat öğretilerde tartışmalıdır.

Bu konudaki bir anlayışa göre, (asıl işin bir bölümü-yardımcı iş ayırımı yapılmadan) alt işverene verilen işte artık asıl işverenin işçilerinin çalıştırılmaması alt işverenlik için zorunlu bir unsurdur. Aksi halde alt işverenlik oluşmaz⁶⁸. Diğer bir düşüncede ise, alt işverene asıl işin bir bölümünde iş verildiği hallerde bu işte alt işveren işçileri yanında asıl işverenin işçilerinin de çalıştırılması mümkün değildir⁶⁹. 4857 sayılı İş Kanunu olmak üzere hazırlanan Hükümet Taslağının ilgili madde gerekçesinde de bu anlayışla paralel olarak şöyle denilmektedir; "... bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin bir bölümünde iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence diğer kısmınınsa alt işverence yürütülmesine madde

düzenlemelerinin imkan vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır." (Hük. Ts. md.2 gerekçesi)⁷⁰

Ancak öğretilerde, anılan gerekçenin böyle bir sonucu sağlamaya yetmeyeceği, zira yasada bu anlama gelecek bir ifadenin kullanılmadığı da belirtilmektedir. Bu anlayışa göre, maddede sadece asıl işin bir bölümünde iş almaktan söz edilmiş, o bölümde artık hiç asıl işveren işçisi çalıştırılmayacağından söz edilmediği gibi, yorum yoluyla da böyle bir sonuca varılması mümkün değildir⁷¹.

Aslında yasa metnini incelediğimizde, gerçekten böylesi bir olgunun açıkça yasaklandığı söylenemez. Fakat asıl işin bir bölümünün ancak işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle "uzmanlık gerektiren işlerde" alt işverene verilebileceğinden söz eden metnin (İşK. 2/6, 7) madde gerekçesiyle birlikte değerlendirilmesi bizi belli bir noktaya götürebilir. Zira, madem ki bu iş uzmanlık nedeniyle yani asıl işverenin bu konuda uzmanlığı bulunmadığı gerekçesiyle verilmektedir, o halde işi alan uzman kuruluşun bunu kendi uzman elemanlarıyla yapmasını beklemek doğaldır. Eğer asıl işverenin elinde bu işi yapabilecek yeterliğe sahip uzman elemanlar varsa, bu işin alt işverene gerçekten uzmanlık nedeniyle verildiği söylenebilir mi? Bu yüzden, biz, asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakıldığı hallerde artık bu işte asıl işverenin işçilerinin çalıştırılmamasının uygun düşeceği kanısındayız. Aksi halde anılan işçiler de sözde alt işverenin değil asıl işverenin işçisi sayılırlar⁷². Ama bunun, asıl işverenin elemanlarınca işin gidişatının kontrolünü engellemeyecek bir içerikte uygulanması beklenir. Nitekim Yönetmelikte alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevli asıl işveren işçilerinin çalışabileceği ve bunun yasak görülmediği anlamında bir hükme yer verilmiştir (AİY 12/e).

Buna karşın alt işverene yardımcı işlerde iş verildiği hallerde, bunun için uzmanlık koşulu öngörülmediğinden, alt işveren işçileri yanında asıl işverenin işçilerinin de çalıştırılması mümkündür. Örneğin işyerinin yemek işini alt işverene veren asıl işveren burada alt işveren elemanlarıyla birlikte (aşçı, garson gibi) kendi

işçilerini de çalıştırabilir. Yasada bunu engelleyebilecek en ufak bir emare dahi gözükmemektedir⁷³.

Alt işverenlik bakımından önemli bir husus; alt işverenin asıl işverenden aldığı işin tümünü veya bir kısmını başka bir işverene verip veremeyeceğidir. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, bir alt işverenin aldığı işi bölerek başka alt işverenlere verebileceği (yani zincirleme alt işverenlik) kabul ediliyordu⁷⁴. Ancak, yeni İş Kanunu bakımından durumun değişik ihtimaller içinde ele alınmasında yarar vardır.

1. Asıl işverenden işi alan (ilk) alt işveren henüz alt işverenlik devam ederken, kendisi ilişkiden çıkacak biçimde asıl işverenin de rızasıyla işin tümünü bir başkasına devrediyorsa, ortada zincirleme değil yine tek bir alt işverenlik bulunur. Deyim yerindeyse, böyle bir durumda alt işverenlik konumunun devri söz konusudur ve sözleşmenin devri kurumu açıkça düzenlenmediğinden, işyerinin devriyle ilgili kurallara (İşK. 6) tabidir. İşK' da ve AİY'de Yönetmelikte bunu engelleyen bir kuralın bulunmadığını düşünüyoruz. Ancak böyle bir devrin geçerlilik taşıyabilmesi için, asıl ve mevcut alt işveren ile devralacak kişinin devre yönelik rızasının varlığı ve devralan kişinin yine Yasaca alt işverenlik bakımından aranan özellikleri (İşK. 2/6-7) taşıması şarttır. Yani hem alt işverenlik hangi işte yaşanırsa yaşansın asıl işverenin buna rızası şarttır, hem de asıl işin bir bölümündeki bir alt işverenliğin devri varsa, kanunen aranan uzmanlık vs. şartlarının bulunması gerekir. Yoksa, gerçekten uzmanlık koşulunu sağlayan bir alt işverene verilen işin daha sonra böyle devir yoluyla hiç de uzman vs. olmayan birisine devrine imkan tanınmış olur ki, böyle bir şey kanuna karşı hile ihtimallerini artırır. Buna karşın yardımcı işlerde alınan bir alt işverenliğin devrinde taraflar (devreden-devralan ve asıl işveren) razı olduğu takdirde, uzmanlık vs. aranmadan alt işveren konumunun devrinin (yasal koşullara uymak kaydıyla) pekala mümkün olduğunu düşünüyoruz⁷⁵. Kamu işyerlerindeki bilhassa hizmet alımı sözleşmelerinin işi alan alt işveren (yüklenici) tarafından bir başkasına (başka yükleniciye) devri ise yasal sistemde mümkün görülmektedir (KİSK 16, 94 sy. Söz.

1/3). Fakat bunun için, hem devri gerektiren zorunlu bir hal olmalı ve ihale yetkilisinin yazılı izninin bulunması ve hem de devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların bulunması gerekir (KİSK 16, DİK. 66). Ayrıca, devreden kişi devirden itibaren 3 yıl içinde bir daha sözleşme devredermez ve devralamaz (KİSK 16 ile krş. DİK 66). Hizmet alımı sözleşmesinin alt işverenlik oluşturduğu hallerde de bunun geçerli olacağı düşünülür. Devralanda ihaleyi alan ilk alt işverende koşulların aranması isabetlidir ve bilhassa asıl işin bir bölümünün hizmet alımına konu edildiği hallerde alt işverenliğin geçersizliğini önler. Fakat ihale makamından yazılı izin alınmadan devir olgusunun ihale makamını bağlamaması gerekir. Bu yüzden olsa gerek, yasa izinsiz devredilen sözleşmelerin feshinden söz etmektedir (KİSK 16/son cümle). Burada (olay alt işverenlikse) tümüyle alt işverenliğin devri dile getirilmiş gözükmemektedir, denilebilir.

2. Alt işverenler arası işyeri (belki doğrusu alt işverenlik konumunun) devrinin tarafların açıkça anlaşmaları halinde sorunsuz biçimde yaşanabileceği açıktır ama genel olarak örtülü devrin oluşup oluşmayacağı ve alt işverenler sürekli değiştiği halde işçilerin belirli süreli gösterilen sözleşmelerle hatta bazen hiç böyle bir sözleşme de düzenlenmeden aynı yerde ve aynı şekilde çalışmasını sürdürdüğü hallerin alt işverenler arası örtülü biçimde işyeri devri mi sayılacağı problemleriyle karşılaşmaktadır. Bu noktada denebilir ki; olay değerlendirilirken, işyerinin ve/veya iş ilişkisinin devri ve fesih gibi iş hukuku kurumları yanında, alt işverenliği de kapsayan iş hukukuna ait üçlü ilişkilerde işçinin tek işverene bağlı çalıştığı normal-ikili iş ilişkisindekinden daha kötü konuma konulamayacağı yönündeki espriyi de dikkate almak gerekir. Dolayısıyla, bulunacak çözümün bir yandan işletmelerdeki personel esnekliğine engel olmaması ve diğer yandansa ilgili işçileri anlamsız hak kayıplarıyla karşı karşıya bırakmaması gerekir.

İşte bu anlamda;

a. Yasal biçimdeki alt işverenliği bir şekilde sona eren mevcut alt işveren, yeni ihaleyi almayınca işçilerini de alarak oradan ayrılıyorsa, orasını yeni alan kişiyle ikisi arasında bir işyeri

devrinden ve işçilerinin iş ilişkilerinin yeni alt işverene devrinden söz etmek uygun düşmez. Fakat istenirse, henüz kendi alt işverenliği sona ermeden, açıkça böyle bir devir yoluna gitmeleri de mümkündür. Bu durumda hem işyeri ve hem de isimleri sözleşmede belirtilen işçilerin iş ilişkilerinin yeni alt işverene devredildiği; isimleri listede yer almayan ve işverenlerince başka yerde çalıştırılmak için bildirimde bulunmayan işçilerin sözleşmelerinin ise mevcut alt işverence feshedildiği kabul edilmektedir⁷⁶. Bunlar daha sonra yeni alt işveren yanında işe girseler de durumları ilke olarak değişmez. Böyle hallerde duruma göre, yeni alt işverenle sıfırdan başlayan bir iş ilişkisi düşünülebileceği gibi şartları varsa işçilerin iş ilişkilerinin bireysel olarak devri de gündeme gelebilir.

b. Buna karşın, taraflar arasında böylesi açık bir işyeri devri sözleşmesi olmadığı ve hatta olayların çoğunda önceki-sonraki alt işverenler birbirini tanımadığı halde, alt işverenler sürekli

mehtir. Bu gibi durumlarda çözüm; ya anılan alt işverenlikleri muvazaa (işçi temini bulunduğ-u) nedeniyle geçersiz saymak ve işçiyi asıl işverene bağlamak ya da işçilerin iş sözleşmelerinin ve/veya işyerinin örtülü biçimde önceki alt işverenden sonraki alt işverene devredildiğini kabullenmek yönünde olabilir. Aksi halde yani işçilerin ilişkisinde sürekliliği sağlamayan bağımsız sözleşmelere meyledildiğinde, bu işçilerin yıllık izin ve kıdem tazminatı gibi önemli işçilik haklarından anlamsızca yoksun bırakıldığı görülür. Çünkü, uygulamada ihaleler ve alt işverenlikler genelde 11'er aylık yapılmakta ve henüz bir yıl dolmadan ihale ve alt işverenlik ve buna bağlı olarak da işçilerin iş sözleşmeleri sona ermektedir. Hal böyle olunca, anılan haklar alt işveren için de oluşmamakta ve gerek alt işverenin işveren sıfatıyla ve gerekse de asıl işverenin birlikte sorumluluğunun koşulları oluşmamaktadır. Halbuki, bir asıl işverendeki alt işverenliğin onun bilgisi ve isteği olmadan

Alt işverene verilen iş 4857 sayılı İşK.'ya tabi bir iş olduktan sonra ekonominin her alanında yaşanabilir.

değişmesine rağmen işçilerin hiçbir şey olmamışçasına aynı yerde ve aynı şekilde çalışmalarını sürdürdüğü hallerde durumun ne olacağı tartışmalıdır. Yargıtay'ın da katıldığı bir anlayış, böylesi hallerde alt işverenler arasında örtülü biçimde bir işyeri devrinin yaşandığı yönündedir⁷⁷. Fakat bir diğer eğilimde ise örtülü şekilde işyerinin devrinin buna uymadığı dile getirilmektedir⁷⁸. Ancak Yargıtay nispeten daha eski bir kararında, bu tür durumlarda işçinin asıl işverenin işçisi sayılacağı sonucuna varmıştır⁷⁹. Böylesi hallerde ilgili işçilerin çoğu kez bilgisi dahi olmadan alt işverenler sürekli değişmekte ve işçilerle önceki alt işverenliğin bitimini müteakip matbu form şeklindeki sözleşmeler imzalatılarak işçiler yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmasını sürdürmektedir ve yine olayların çoğunda, alt işverenlerin somut olarak işçileri görmediği, sadece işçilerin başına ihaleyi alan kişi olarak hukuken geçtiği görül-

gerçekleşemeyeceği ve başka birisine devrinin oluşamayacağı; alt işverenler sürekli değiştiği halde işçilerin hep aynı yerde aynı şekilde çalışmalarını sürdürmelerinin, alt işverenler arasında örtülü biçimde işyeri devri sayılacağı anlayışının işçileri anlamsız hak kayıplarından koruduğu ve ilişkilerinde sürekliliği sağladığını düşünüyoruz. Dolayısıyla böylesi durumlarda asıl işverenin de örtülü irade açıklamalarıyla oluşan bir "alt işverenler arasında işyerinin devri" olgusunun bulunduğu düşüncesi, işin doğasına uygun çözüm sunabilen bir yoldur. Kaldı ki, işyerinin devrinin herhangi bir şekle bağlı olmadan ve ilgili işçinin/işçilerin bilgi ve rızası da aranmadan yaşanabileceği gerçeği de bunu desteklemektedir. Ancak bunun gerçekleşebilmesi; fiziki mekan olmadan sadece işçilerin bir işverenden başkasına geçmesiyle de işyerinin bölüm devrinin gerçekleşebileceğinin kabulüne bağlıdır⁸⁰. O halde sonuçta denebilir

ki; alt işverenlik konumunun devrinin caiz olduğu hallerde, böyle bir olgu çoğu kez işyerinin devri sonucunu doğurur ve ilk alt işveren (devreden)'in işçilerinin de devralana geçmesini sonuçlayabilir (İşK. 6). Alt işverenliğin ister açık isterse örtülü biçimde başkasına devri halinde, ilişkinin üçlü ilişki niteliği dikkate alınca; devreden ve devralan gibi asıl işverenin uygun rızasının da varlığı aranır, aksi halde öyle bir devir asıl işverene karşı anlamsızdır⁸¹. Fakat bu işveren (alt işveren) değişikliğine bir şekilde işçilerin de dahil varsa, bu durumda işyeri devri yerine ilgili işçilerin iş sözleşmelerinin devrinden söz etmek de düşünülebilir. Ancak iş sözleşmesinin devri yasada açıkça düzenlenmediğinden, sonuçta işyerinin devri hükmünden kıyasen yararlanmak gerekir. Aslında bu şıklardan hangisi benimsenirse benimsensin, ilgili işçiler için yeter koruma sağlanmakta ve olay işçi temini değil, geçerli bir alt işverenlik olarak görülmek gerekmektedir. Ayrıca mevcut alt işverenliğin bitiminden ve hatta sonraki ihale arasında bir süreç yaşanıp işçinin bu arada asıl işverende çalışması hallerinde uygun çözüm, ilgili işçilerin iş ilişkilerinin devri kurumu olmalıdır.

3. Tümüyle alt işverenlik konumunun değil de, asıl işverenden alınan işin bir kısmının başka işverenlere (alt işverenlere) verilip verilemeyeceği konusuna gelince, bunun daha nazik bir nitelik taşıdığı görülür. Keyfi alt işverenliklerin yaşandığı 1475 sayılı İşK. döneminde caiz görülen bu olgunun yeni İş Kanunu kapsamında da mümkün olup olmadığı tartışmayı davet eder niteliktedir. Her şeyden önce böyle bir devrin de, yine mutlaka asıl işverenin rızasına bağlı bulunduğunu söyleyebiliriz. Kanımca bu soruna bir ayırımla cevap aranabilir. Öyle ki, eğer alt işverenlik asıl işin bir bölümünde alınmışsa, bu bölümün tekrardan parçalanabilip parçalanamayacağı bir yana, işi alan sahip olduğu uzmanlıktan ötürü bunu aldığına göre, uzmanı olduğu bu işi kendi işçileriyle yapmak yerine başkalarına da vermesi yasanın amacıyla bağdaşır gibi gözükmemektedir. Zira, eğer yeterli değilse bu işi almamalıdır, denilebilir. Aksine tutum, işi alan ilk alt işverenin gerçekten uzmanlık ve yeterlik şartlarını taşıyıp taşımadı-

ğında şüpheye götürür⁸². Nitekim yönetmelikte bu düşüncemize uygun olarak asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverenin, üstlendiği bu işi bölerek başka işverene veremeyeceğini açıkça belirtmiştir (AİY 11/4). Bunun alt işverenlik teşkil eden kamu hizmet alımı sözleşmelerindeki işin kısmen alt yükleniciye verilmesinde (KİK 15, KİSK 7/d) de dikkatten kaçırılmaması gerekir.

Fakat asıl işverenden yardımcı işlerde iş alınması halinde, bunun için özel bir uzmanlık vs. aranmadığından, asıl işverenin de rızasıyla ve bölünebilirlik niteliği varsa, bu durumda işin bir bölümünün başkasına verilmesi mümkündür⁸³. Böylesi hallerde alt işverenden iş alanın işin asıl sahibi asıl işveren karşısındaki konumu, alt müteahhitlik yahut taşeronluktan ibarettir. Bu ilişki iş hukukunu ilgilendirmez ve işin asıl sahibi bu ikinci alt işverenin işçilerine karşı herhangi bir sorumluluk taşımaz. İlk alt işveren ise kendisinin iş verdiği bu ikinci işverene karşı "asıl işveren" konumu taşır. Bunun sonucunda da onun işçilerine karşı müteselsil sorumlulukla karşılaşır. Burada tartışılan ihtimalde, işin sahibi asıl işverenden işi alan ve bölerek bir kısmını başkasına veren kişinin (ilk alt işverenin) işin geri kalan kısmında işçi çalıştırıyor olması⁸⁴ söz konusudur. Yani kendi alt işverenlik sıfatı da devam etmektedir. Buna karşın bu kimse asıl işverenden aldığı işte hiç kendi işçisini çalıştırmayıp işi bölümlere ayırarak başkalarına vermişse; kendisini alt işveren de sayamayız, kendisinden iş alanlara karşı asıl işveren de göremeyiz. Önceki dönemde olduğu gibi⁸⁵ bunun muvazaalı ilişki sayılması uygun düşer.

Alt işverene verilen iş 4857 sayılı İşK.'na tabi bir iş olduktan sonra ekonominin her alanında yaşanabilir. Bu konuda tek sınır ve şart, işin İşK.'na tabi olmasıdır. Zira İşK. ve bunda düzenlenen alt işverenlik yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki faaliyetlerde uygulama alanı bulur. Yalnız bu koşulun gerçekleşebilmesi için hem asıl işverenin geri kalan işinin ve hem de alt işverene verdiği işin (yani yardımcı işin veya asıl işin bir bölümünün) İşK.'na tabi olması gerekir.

Alt işveren ile asıl işveren arasındaki ilişki-

nin hukuki kökeninin genellikle eser sözleşmesi olduğu görülmekle birlikte, bu zorunlu değildir. Kira, taşıma sözleşmesi⁸⁶ gibi başka bir sözleşme olması da mümkündür. Aslında alt işverenliğin işyerinin kısmen devri yoluyla gerçekleşmesi de tartışmalıdır⁸⁷. Yeni İşK.'nda bunu engelleyen bir kural bulunmamaktadır.

a. Asıl İşverenden Alman İşin Yapılacağı Yer

Alt işverenden kavramının oluşabilmesi için, asıl işverenden alınan işin asıl işverenin işyerinde yapılması gerekip gerekmediği eski dönemde tartışmalıydı⁸⁸. Yeni Yasa da eskisi gibi bu konuda bir açıklık içermemektedir ve bu yüzden konu yine tartışmayı davet eder gözükse de kişisel düşüncemiz, işin asıl işverene ait işyerinin coğrafi sınırları, daha doğrusu asıl işverenin iş organizasyonu içinde yapılması gerektiği yönündedir⁸⁹. Bu tezimiz asıl işin bir bölümünün üstlenimi halinde olduğu gibi yardımcı işlerde iş alınması halinde de geçerlidir. O halde örneğin bir dokuma fabrikasının desen oluşturma işinin bir başka kimseye ihale edilmesi halinde, o bunu götürüp kendisine ait olan ve başkalarına da hizmet sunan bir atölyede yapıyorsa, alt işverenlik oluşmaz. Onun işçilerine karşı işi verenin de bir sorumluluğu gündeme gelmez. Keza aynı fabrikanın işçilerine yemek verme işini üstlenen bir kimse bunu işyerinden ayrı ve belki yakın bir yerde bulunan kendi lokantasında belli saatlerde yemek yedirmek şeklinde sunuyorsa, yine alt işverenliğin oluşacağını düşünmüyoruz. Böyle hallerde BK'na tabi bir eser sözleşmesinin bulunduğu fakat alt işveren ilişkisinin gerçekleşmediği kabul edilmelidir⁹⁰. Öğretide asıl işverenin “işyerinde yürüttüğü” ve “bu işyerinde aldığı” iş biçimindeki deyimlerden hareket edilerek, örneğin işverenin işçilerinin evden işe işten eve götürülüp getirilmesi işinin verilmesi halinde alt işverenliğin gerçekleşmeyeceği söylenir⁹¹. Ancak öğretide eskiden olduğu⁹² gibi, yeni dönemde de bu konuda işin niteliğine bakılacağı ve asıl işverenin işyeri dışında kalan yerlerde de alt işverenliğin ifa edilebileceği dile getirilmektedir. Örneğin bir termik santrale kömür taşınması işinin alt işverene verilmesi hali böyle değerlendirilmektedir⁹³. Termik santralin ana

maddesinin kömür olduğu ve kömür çıkarılan yerin (yahut hiç olmazsa kömürün) de termik santrale ait bulunduğu dikkate alınrsa, bu işin uzandığı yerin termik santral işverenin iş organizasyonu içinde yer aldığı ve aslında onun işyerine dahil olduğu, bu yüzden de işin başka yerde yapımının bulunmadığı söylenebilir.

b. Alt İşveren Sıfatının Edinimi İçin Asıl İşverenden Alman İş Dışında İşveren Sıfatının Bulunması Gerekip Gerekmediği

Bir kimsenin alt işveren sayılabilmesi için, asıl işverenden aldığı iş dışında bendine ait bağımsız bir işyerinin/işinin bulunması gerekip gerekmediği önceki dönemde tartışmalıydı⁹⁴. Bunun yeni yasada da açıkça yer almadığı görülür. O, sırf (ilk defa) asıl işverenden aldığı iş nedeniyle işçiye/işyerine ve dolayısıyla da işveren sıfatına sahip birisi olsa da, zaten evelden beri işvereni olduğu bir işyeri bulursa da kanımca eskiden olduğu gibi yeni 4857 sayılı İşK.'nda da alt işveren sayılacaktır⁹⁵. Ancak, İşK. 3/2'deki alt işverenden işyeri için bildirim hükmünden de hareketle artık 4857 sayılı İşK. kapsamında alt işveren olabilmek için onun, asıl işverenden aldığı iş dışında bağımsız bir işveren sıfatının yani “kendi nam ve hesabına işlettiği bağımsız bir işyerinin) bulunması gerektiğini ileri sürenler vardır⁹⁶.

Oysa bu gerekçe pek tatminkar değildir. Zira, alt işverenin bildirim yükümü hem (İşK.'da olmasa da) eskiden de SGK'da vardı (SGK 87). Buradaki bildirim yükümünün İşK. açısından da geçerli olacağı kabul ediliyordu. Bizce 4857 sayılı İşK.'daki bildirim yükümünden, onun asıl işverenden iş alıp işçilerini çalıştırdığı yer (işyeri) dışında bir işyerine sahip olması gereğini çıkartmak zordur. Kanımca, İşK. 3/2'deki bildirim yükümü, asıl işverenden alınan işin yapıldığı yerin alt işveren işyeri olarak bildirim yapılması anlamında⁹⁷ olup (1475 sayılı İşK.'nun eksik bıraktığı fakat uygulamada zaten kabul gören bir olgunun) 4857 sayılı İşK.'da buna açıkça yer verildiği anlamındadır. Nitekim AİY'de “bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir.” demektedir (AİY 5/3). Alt işvere-

nin asıl işverenden iş alıp artık kendi işçilerini çalıştırdığı bu yerin bağımsız bir işyeri olarak bildirimünün nasıl yapılacağı hususu 15.05.2008 tarih ve 5763 sy. Kanunla yapılan değişiklikle bizzat Yasada (İşK. 3/2) ve yasal hükme dayanılarak çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir (AİY 5, 6, 7). Keza sosyal sigortalar bakımından da bildirim yükümü mevcut olup bunun nasıl olacağı yasada gösterilmiştir (SSGSSK 11/8). Fakat bu yasal bildirimlerin yapılmamış olması, alt işverenlik için diğer koşulları taşıyan ve işletilmeye başlanan yerin alt işveren işyeri olmadığı anlamına gelmez⁹⁸. Sadece idari kimi yaptırımların uygulanması gündeme gelebilir. Çünkü, anılan bildirim yükümü alt işverenlik bakımından kurucu değil açıklayıcı bir işleve sahiptir.

Bir kimse böylece işveren/alt işveren sıfatını aldıktan sonra, onun özel kesim işvereni mi yoksa kamu işvereni mi olduğunun farklılığa yol açmayacağı söylenebilir. Yani alt işveren genelde özel kesim işvereni şeklinde karşımıza çıkarsa da onun bir kamu işvereni olması da mümkündür ve ikisi arasında gerçekleşme koşulları ve tabi olacağı sonuçlar bakımından herhangi bir farklılık bulunmaması gerekir. Ancak 12.07.2006'da yürürlüğe konulan fıkralar (İşK. 2/8-9) bakımından bu noktada kimi tartışmalar mevcuttur ve buna da anlamsızca yapılan anılan eklemelerin neden olduğu bir gerçektir. Fakat bu konuda kamu-özel kesim arasında ayırım hukuk devleti mantığına terstir⁹⁹.

4. İş Alan Kişi Daha Önce O İşyerinde Çalıştırılmamış Olmalıdır

Gerek 3008 sayılı İş Kanunu ve gerekse 1475 sayılı İş Kanunu döneminde alt işveren olacak kişinin daha önce asıl işverenin bu işyerinde (iş aldığı işyerinde) çalıştırılmış olup olmaması bir farklılığa yol açmazdı. Ancak zamanla, halen veya kısa bir süre önce asıl işverenin işyerinde genellikle yönetici, konumunda çalışan kişiler bu işyerindeki kimi işlerde alt işveren olarak iş alıp işçi çalıştırmaya kalkışmış ve bu noktada kimi kötüye kullanma olgularıyla karşılaşmıştı. Böyle bir durumda gerçek bir alt işverenliğin

mi yoksa bir işveren vekilliği¹⁰⁰ yahut muvazaa yüzünden geçersizliğin mi bulunduğu tartışılıyordu. Uygulamadaysa Yargıtay çeşitli ek unsurlarla da desteklenen kimi olaylarda bu tür durumlarda alt işverenliği geçersiz saymakta ve sözde alt işveren işçilerinin aslında asıl işverence işe alınmış sayılacağını kabul etmekteydi¹⁰¹. Ancak, kanuna karşı hile ve muvazaa dışında bunu önleyen özel bir kurala Yasada yer verilmemişti.

İşte 4857 sayılı İş Kanunu geçmişte yaşanan bu kötüye kullanma olgularına adeta bir tepki niteliğinde özel bir düzenleme getirerek “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz.” demiştir (İşK. 2/son). Aynı maddenin ve fıkranın izleyen cümlesindeyse, biraz karışık ve tartışmaları davet eden bir başka ifadeye de yer vermiş bulunmaktadır (İşK. 2/son, fıkra c.2). Keza 27.09.2009 tarihli Alt İşverenlik Yönetmeliği de alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamasını aramıştır (AİY 4/d, c.1).

İşte işi alan kişinin daha önce o işyerinde çalıştırılmamış olması olgusunu bu her iki düzenlemeyi de dikkate alarak şöyle inceleyebiliriz:

Alt işveren olacak kişinin daha önce o işyerinde çalıştırılmamış olması; bizce, sadece gerçek kişiler için uygulanabilir¹⁰² ve alt işveren olarak iş aldığı işyerinde o işyerinin (işverenin) personeli olarak çalışmamış olmayı anlatır. Bunu sadece işçilikle sınırlamayı (AİY 4/d, c.2)¹⁰³ haklı gösteren bir olguya Yasada yer verilmemiştir. Bu yüzden biz oranın işçisi olarak çalışmak gibi kamu işyerlerinde memur veya sözleşmeli personel gibi idare hukukuna ait bir sıfatla oranın personeli olarak çalışmış olmanın da alt işverenliğe engel oluşturacağı kanısındayız¹⁰⁴. Buna karşın çırak ve stajyer gibi bir konumda faaliyet göstermenin, sonradan o işyerinde alt işverenliğe engel oluşturmayacağını söyleyebiliriz. Öğretide ortak yahut memur veya sözleşmeli personel olarak çalışanlar dışındaki tüm çalışanların yasadaki çalışan kavramına katıldığı görülmektedir¹⁰⁵. Bu anlayışa katılmıyoruz. Kaldı ki, çırakların işyerindeki işçi sayısına katılmayacağı bizzat Yasada açıklanmıştır (MEK 11/c.2). Keza, daha

önce o işyerinde alt işveren yahut ortak gibi bir sıfatla faaliyet göstermenin de şimdi orada alt işverenliğe engel oluşturan bir çalışma olduğunu sanmıyoruz. Bizce alt işverenliğe engel olan şey, o işyerine ve işverenin otoritesine tabi (bağımlı) çalışmadır. Keza bu durum tüzel kişilerde oluşmayacağı için gerçek kişiyle tüzel kişi arasında yapılmış anlamsız bir ayırım olarak da göze çarpar¹⁰⁶.

O işyerinde çalıştırılmaktan kastın, hukuken oranın personeli olarak faaliyet göstermeyi anlattığı, bunun içine mutlaka tüm çalışmanın fiilen o işyerinde geçmesi gerekmediği kanısını taşıyoruz. Bu bağlamda o işyerinin örneğin işçisi olarak çalışırken bir süre başka işverenlere ödünç verilmesi halinde ilgili işçinin fiilen olmasa da hukuken ödünç verenin işyerinde çalıştığı kabul edilmeli; ödünç alanın işyerinde fiilen çalışmasına rağmen buradaki çalışma orada alt işverenliğe engel görülmemelidir. Zira, işçi ödünç esnasında da hukuken ödünç verenin işçisi sayılıp, ödünç alanın işçisi olarak işlem görmez. O halde işçinin ödünç verenin işçisi sıfatını taşıdığı işyerinde alt işverenliğine engel durum olacağı belirtilmelidir¹⁰⁷.

Yine alt işverenden olunacak işyerinde daha önce çalıştırılmanın, işçinin aynı işverenin değişik işyerlerine geçici nakiller halinde, asıl-sürekli bağlı olduğu işyeri bakımından gerçekleştiği kabul edilmeli, nakil sonucu geçici bir süre çalışılan işyerlerinde alt işverenliği engellenmemelidir. Acaba nakil geçici amaçla yapılmamakla birlikte karşılıklı anlaşma sonucu işçinin süreklilik amacıyla aynı işverenin değişik işyerlerinde istihdamı durumunda çalıştığı tüm işyerlerinde mi alt işverenliği engellenmelidir? Konunun çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine elverişli olduğu söylenebilir. Belki de en son veya en çok çalışmanın geçtiği işyerinde alt işverenlik alamayacağı düşünülebilir¹⁰⁸.

Fakat belirtilecek önemli bir husus, ilgili kişinin şu an iş alacağı işyerindeki önceki (tek veya baskın) çalışmasının ne kadar sürdüğünün önem taşımadığıdır. Örneğin bay (A)'nın o işyerinde 10 yıl çalışması halinde de 10 ay çalışması durumunda da alt işverenlik bakımından yasakla karşılaşacağını söyleyebiliriz¹⁰⁹.

Yine, yasağın “o işyerinde çalıştırılma”ya

yöneltildiği, o işyerinde yaşanan işveren değişikliklerinin de bu çalıştırılma olgusunu silemeyeceği anlamını verir. Yani kendisi orada çalışırken oranın işvereni sonradan değişse ve şimdi başka bir işveren oranın sahibi olsa da durum değişmeyecek, yasak devam edecektir¹¹⁰. Çünkü, yasak işverene değil işyerine özgülenmiştir. Bu yüzdendir ki, kendisinin çalıştığı dönemdeki işveren o işyerini başkasına devredip başka bir işyeri işletmeye geçtiğinde, işçinin bu yeni işyerinde alt işverenlik alması yasak olarak görülemez.

Ayrıca şimdi alt işveren olacak kişinin daha önce o işyerinde çalışırken yaptığı iş ile şimdi alt işveren olarak almak istediği işin aynı veya farklı bulunması yasak bakımından farksızdır.

Bu hüküm bağlamında, işçinin şu an alt işverenlik almak istediği işyerindeki geçmiş çalışmasının, tam süreli yahut kısmi süreli, belirli ya da belirsiz süreli, tipik-atipik iş sözleşmesine dayanması farksızdır¹¹¹. Ayrıca “daha önce o işyerinde çalıştırılma”nın, ilgili kişinin orasının yetkilileriyle ilişkisinin henüz sıcak olduğu sonucuna götürebilecek belli bir zaman dilimiyle sınırlanması uygun olurdu. Örneğin, bu konuda kamu ihale mevzuatındaki 5 yıllık süre (HA-İUY 51/e) baz alınabilirdi. Bu yapılmadığından, belki 30-40 yıl önce çalışılan bir işyerinden alt işverenlik alınamayacaktır¹¹². Kanımca, muvazaadan (danışıklılık) bağımsız olarak getirilen (Krş. AİY 12/2-c) böylesine uzun süreli veya ebedi yasak Anayasa'daki eşitlik ilkesi (AY 10) ile herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne (AY 48) aykırılık oluşturur. Kaldı ki daha önce o işyerinde çalıştırılmanın daha önce orada alt işveren olarak faaliyette bulunmayı içerdiği de söylenemeyeceğinden, bu gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında yapılmış haksız bir ayırım olarak da gözüktür¹¹³. Nitekim bu hüküm Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla AYM'ne götürülmüş ve fakat AYM konu hakkında henüz karar vermemiştir¹¹⁴.

Bu arada belirtilsin ki, daha önceki çalışma işçilikte geçmiş olsa da şimdi alt işveren olarak orada iş alma yasağı, sadece o kişinin tek başına bağımsız bir işveren olarak iş almasını engellemeye yöneltilmiştir. Daha sonra oradan iş alan bir adi ortaklık veya tüzel kişi ortaklı-

ğin ortaklarından olmanın yasak kapsamında olmadığı Yönetmelikte açıkça belirtilmektedir (AİY 4/d, c.2). Ancak, Yönetmelik bu kişinin anılan ortaklıktaki pay derecesine bakmadan hüküm sevk etmiştir ve bu tutum somut olayın özellikleri farklı sonuca varmayı gerektirebilir. Örneğin bu kişi alt işveren olarak iş alan firmanın tüm veya baskın hissesinin sahibiyse durum böyledir.

Yasanın “daha önce o işyerinde çalıştırılan biriyle alt işveren ilişkisi kurulamayacağı”nı öngören hükmünün, bir muvazaa halini mi öngördüğü yoksa muvazaa ile ilgilenmeksizin alt işverenliği geçersiz mi saydığı tartışmaya açıktır ve nitekim bu konuda farklı fikirler ileri sürülmektedir.

Anılan hükmün önceki kötüye kullanım olgularına bir tepki fakat aşırı bir tepki olarak getirildiğini benimseyen bir öğreti eğilimi ile Yönetmelik (AİY 3/1-g-2; 12/c) ve uygulamada Yargıtay¹⁵ bunun muvazaaya işaret ettiği kanısındadır. Ama öğretide bunun çok katı biçimde yorumlanmamasının uygun olacağı, hükmün bu haliyle AY 48’e uygunluğunun tartışılacağı de ileri sürülmektedir¹⁶. Bu eğilim, söz konusu yasağı mutlak bir yasak olarak algılamakta ve hiç bir istisna tanınmadığından söz etmektedir¹⁷.

Yine olayı bir muvazaa hali olarak kabullenen bir diğer düşünce de, burada bir muvazaa karinesinin (kanuni bir karinenin) düzenlendiği yönündedir. Buna göre; böyle bir durumla karşılaşıldığında, bu kural olarak muvazaa sayılacak ve fakat ilgililerin bunun muvazaa oluşturmadığını kanıtlamasına imkan tanınacaktır. Eğer ilişkinin muvazaaya dayanmadığı kanıtlanırsa, bu durumda ilişki geçerli bir alt işveren ilişkisi olarak kabul edilecektir. Maddenin Anayasa’ya aykırılığı yerine böylece uygun bir yorumu mümkündür¹⁸.

Sunduğumuz bu iki eğilimin, aslında yasal düzenlemeyi “aksi halde ... asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.” biçiminde düşündüğü söylenebilir.

Buna karşın, anılan hükmü “aksi halde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işve-

renin işçisi sayılarak işlem görürler.” şeklinde kabullenen farklı bir anlayış, burada muvazaa ile ilgilenilmeksizin bir yasaklama getirildiği yönündedir¹⁹. Bizce de, yasakoyucu burada muvazaa ile ilgilenmeksizin mutlak bir yasak getirerek yasağa aykırılık halinde ilgili işçilerin sözde alt işveren değil asıl işveren tarafından işe alınmış (onun işçisi) sayılacağını öngörmüştür. Bu durumda sözde alt işverenin bu işe özgüleyip çalıştırdığı tüm işçilerin sözde alt işverenliğin başladığı tarihten itibaren asıl işverenin işçisi sayılmaları gerekir. Bunun sonucundaysa, onlara asıl işverenin işyerindeki çalışma koşulları ve TİS uygulanacak, sendikalaşma, TİS yetkisi ve iş mücadelesinde de asıl işverenin işçisi olarak hesaba katılmaları gerekecektir²⁰. Bu yüzden yönetmeliğin bu olguyu da muvazaa hallerinden birisi sayan düzenlemesi (AİY 3/1-g-2; 12/2-c) isabetsizliği bir yana, yasaya da aykırıdır²¹.

5. İş Alan Kişi (Firma) İşçilerini Buraya Özgülenmiş Biçimde Çalıştırmalıdır

Yasa alt işveren ilişkisini tanımlarken, “... bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran” diğer işverenden (alt işverenden) söz etmektedir (İŞK. 2/6 vd.). İlk iş yasamız olan 3008 sy. İŞK’da hiç değinilmeyen ama mülga 1475 sayılı İŞK.’nda işçilerini münhasıran orada çalıştırma biçiminde ifade edilen bu koşul yeni yasada yukarıdaki biçimde yer almıştır. Yasanın bu hükmünden çıkarılacak ilk önemli sonuç; alt işverenin, asıl işverenden aldığı işte sadece işçileri mi çalıştıracaktır? Acaba işçileri yanında ve/veya yerine işçi sıfatı taşımayan bir personeli de çalıştırabilir mi? Örneğin bir stajyeri veya çırağı yahut da (alt işveren kamu kuruluşuysa) memuru/sözleşmeli personeli burada çalıştırabilir mi? Kanımızca, bu işte sadece bu tür personel çalıştırımı halinde zaten bunlar iş hukukunun, özellikle de İŞK.’nun kapsamına girmeyeceğinden (MEK 11), konunun alt işverenlikle de ilgisi olmaz. Asıl sorun, işçiler yanında bu tür işçi niteliği bulunmayan personelin de orda çalıştırılıp çalıştırılmayacağı, çalıştırıldığında da bunun

ilişkiyi alt işveren ilişkisi olmaktan çıkarıp çikaramayacağıdır. Önemli olanı, “işçi olarak bu işte görevlendirdiği personelin bu işe özgülenmesidir.” denebilirse, bu işçiler yanında zaman zaman veya devamlı biçimde orada başka nitelikte eleman bulundurmamak mümkün görülebilir ve bunun, işi alanın alt işveren sayılmasına engel bir yanı da yoktur, denilebilir. Bunun belki de soru uyandırabilecek tek yanı, özel uzmanlık gereği alınan böyle bir işte henüz uzman niteliği taşımayan bir stajyerin çalıştırılmasının anlamsız düşebileceği ihtimalidir. Yani asıl işin bir bölümünde iş alma halinde sırf stajyer ve çirak için bu soruyu haklı görmek gerekir. Zira, asıl işin bir bölümünün ancak özel uzmanlık gerekçesiyle verilebileceği baskın öğretisi ve yasal düzenlemeler tarafından benimsenmektedir. Nitekim AİY’de alt işverenin istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılan işe uygun olmasını arayıp, aksi hali muvazaaya emaresi saymaktadır (AİY 12/2-ç).

Buna karşın yardımcı işlerde iş alınması halinde, bu işte işçi yanında çirak ve stajyer istihdamı da mümkün olup ilişkiye zarar vermez kanısındayız. Örneğin bir fabrikanın yahut otelin yemekhane kısmını üstlenen alt işverenin bu işte aşçı, komi vs. gibi sifata sahip işçileri yanında turizm ve otelcilik veya aşçılık okulundan stajyer de çalıştırması yahut çirak bulundurması mümkündür ve işin asıl sahibiyle işi alan arasındaki ilişkinin alt işveren ilişkisi sayılmasına engel bir yanı yoktur.

Memur ve sözleşmeli personel çalıştırma ise ancak alt işverenin bir kamu kuruluşu olması halinde gündeme gelebilir ve ister asıl işin bir bölümünde isterse de yardımcı işlerde işçiler yanında çalıştırılmaları mümkündür. Zira, öyle memurlar vardır ki, işte uzmanlık açısından bir çok işçiden daha uzman ve niteliklidir¹²².

Bu konuyu böylece hallettikten sonra şimdi, işçilerin sadece bu işte çalıştırımı olgusunu açmaya çalışalım.

İçerik ve detayını aşağıda sunmaya çalışacağımız bu olgunun aslında iki yanı vardır, öyle ki acaba;

a. İşçileri sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırma ne demektir?

b. İçerik ve anlamı ne olursa olsun bu olgu,

alt işverenliğin mi yoksa alt işveren işçilerine karşı asıl işverenin de sorumluluğunun mu bir şartıdır?

Şimdi sırayla bu sorulara cevap aramaya çalışalım.

a. İşçileri Sadece Asıl İşverenden Alınan İşte Çalıştırma

Yasanın “... bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırma”dan kastı; alt işverenin her bir asıl işverenden aldığı işte istihdam ettiği işçileri sırf bu işe özgülemiş biçimde çalıştırmasıdır¹²³. Nitekim AİY de bu anlama gelecek bir ifadeye sahiptir (AİY 4/c). Yoksa, alt işverenin bu asıl işverenden iş alıp işçilerini çalıştırdığı yerden başka işyerlerinin de bulunmasına engel olunmuş değildir. Yani bir alt işverenin işveren sıfatıyla sahip olduğu tüm işçilerinin belli bir veya birkaç asıl işverenden alınan işte çalıştırılıyor bulunması mümkün olmakla birlikte zorunlu değildir. Örneğin o, bir yerde bağımsız bir işveren olarak lokanta veya otel işletirken bir firmanın yemek işini de alt işveren olarak almış olabilir. Bu konuda geçmişte olduğu gibi günümüzde de bir sıkıntı yoktur. Alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece asıl işverenden aldığı işe özgüleyerek çalıştırmasından arzulanan, bir alt işverenin herhangi bir asıl işverenden iş alması halinde, bu işte görevlendirdiği işçilerini zaman zaman bizzat kendi ayrı işinde (örneğin kendi inşaat firmasının bir biriminde) veya diğer asıl işverenlerden aldığı işlerde (farklı asıl işverenlerin işinde) çalıştırmasını önlemektir¹²⁴. Yalnız bu hüküm değerlendirilirken anlaşılması gereken, ilgili alt işveren işçisinin yasal tüm çalışma süresini (örneğin haftada 45 saatin tümünü) bu asıl işverenden alınan işe özgüleyerek geçirmesinin hukuken mümkün ama zorunlu olmadığıdır. Bizce, ilgili işçiyle alt işveren arasında yapılan iş sözleşmesi ister tam, isterse kısmi süreli olsun, önemli olanı, iş sözleşmesinde işçinin Yasaya uygun biçimde üstlendiği çalışma süresini buraya özgülemesidir. Yani eğer işçi tam süreli bir iş ilişkisiyle alt işverene bağlıysa, onun bu tam sürenin gereği olan çalışma süresini asıl işveren alınan bu işe özgülemesi beklenir. Fakat iş sözleşmesi kısmi süreliyse, bu kez

sadece o kısmi süreyi bu işe özgüleyerek geçirmesi düşünülür. Kısacası, işçinin asıl işveren- den alınan işe özgüleyeceği süre, alt işverenlik olmasaydı bile kendi işvereni olan alt işverene karşı çalışmayı üstlendiği süreden fazla olamaz. Bu durum, asıl işverenden alınan işin her gün yapılması gereken bir iş olması halinde olduğu gibi, bu işin haftada bir-birkaç gün yapılacak bir iş niteliği taşıdığı durumlarda da böyledir. Gerek bu son durumda ve gerekse kısmi süreli çalışmada işçinin geri kalan süreyi bağımsız bir faaliyetle veya başka bir işte işçi olarak geçirmesinin, bu alt işverene özgülenmiş şekilde çalıştığı gerçeğini değiştirmeyeceğini düşünüyoruz. Görüldüğü gibi, işçinin asıl işverenden alınan işe özgülenmiş biçimde çalıştırılmasının nasıl gerçekleşeceği çeşitli sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Ancak, bunun gerçekten gerekli olup olmadığı ve hangi amaca hizmet ettiği tartışmaya açık olduğu gibi içeriğinin belirlenmesinde de kimi hususlara dikkat etmek gerekir. Bu bağlamda değinilecek hususlardan birisi, “alt işveren” niteliğinin edinimi bakımından, onun asıl işverenden alınan bu işe özgülenmiş biçimde çalıştıracağı işçinin mutlaka kendi işçisi mi olması gerektiğidir. Acaba bir başkasından ödünç aldığı işçileri sırf buraya özgüleyerek çalıştırma mümkün müdür? 1475 sayılı İşK. döneminde tartışıp olumlu yaklaştığımız¹²⁵ bu durumun yeni yasa çerçevesinde tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Öyle ki, Yasadaki ve Yönetmelikteki “... işçilerini ...” deyimine, verilecek anlam problemin çözümünde önem taşımaktadır. Eğer buna, bu işte çalışırken kendi otoritesine tabi olan ve işçi statüsü taşıyıp da hukuken kendi işçisi olması zorunlu bulunmayan kişi anlamını verebilirsek, alt işverenin bu işte başkasından ödünç aldığı işçileri de çalıştırabileceği sonucuna varırız. Fakat “işçileri” deyimini, “kendisine iş sözleşmesiyle bağlı kişi” diye algıyorsak; bu durumda sadece kendisine bağlı işçileri çalıştırabileceği ortaya çıkar. Kanımızca, ilişkiyi atomize etmemek ve kimi karışıklıklara yol açmamak için, tüm işçilerin ödünç alınan işçilerden oluşması tereddütle karşılanmalıdır ve bu bağlamda ödünç alınan işçilerin asıl işverenden alınan işte çalıştırılmayacağı düşünülebilir¹²⁶. Ama işte gerçekten

kendi işçileri olduktan sonra bunların yanında birkaç ödünç aldığı işçiyi istihdam etmesinde sıkıntı bulunmadığını düşünüyoruz.

Kendisine iş sözleşmesiyle bağlı işçilerden bu işte (asıl işverenden alınan işte) görevlendirildiği işçileri sadece bu işte çalıştırmaya gelinece; bu işçilerin sadece bu işte çalıştırılmaları, onlara başka işverenlerden alınan işlerde veya alt işverenin başka bir işinde iş vermeme anlamına geleceğini yukarıda söylemiştik. Ancak, bu olgunun, alt işverenin bu işte çalıştırdığı işçilerin tümünü mü bu işe özgüleyeceği anlamına gelip gelmeyeceği yani bunun alt işverenliğin mi yoksa asıl işverenin de birlikte sorumluluğunun mu koşulu olduğu, evvelden beri tartışmalıdır. Bir anlayış, bu işte görevlendirilen tüm alt işveren işçilerinin bütün çalışmalarını bu işe özgülemesi gerektiği yönündedir. Aksi halde alt işverenlik oluşmaz¹²⁷. Fakat bir başka düşünceye göre ise; işçilerden bazılarının buraya özgülenmiş biçimde çalıştırılmaları gerekli ve yeterlidir. Diğer bazılarını başka işlerde de görevlendirmesi mümkündür. Zira, bu anlayışta, işçilerin sırf orada çalıştırılmaları alt işverenliğin değil asıl işverenin onlara karşı sorumluluğunun bir ön koşuludur¹²⁸. 1475 sayılı İş Kanunu’ndaki düzenlemenin sorumluluk açısından ele alınması makul ise de 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki hükmün sorumluluktan bahseder cümlede değil de ayrı bir cümlede bu noktayı ele alması; işçileri sırf o işe özgülenmiş biçimde çalıştırmaya alt işveren ilişkisinin tanımında yer vermesi, yeni dönemdeki hükmün daha katı olduğu kanısı uyandırmaktadır. Yargıtay ise bir kararında konuyu sessiz geçiştirmiştir¹²⁹. Ancak, daha sonraki tarihli bir kararında, işçinin asıl işverenden alınan işe özgülenerek çalıştırılmaması halinde de alt işverenlik oluştuğunu ama bu işçiye karşı asıl işverenin birlikte sorumluluğunun oluşmayacağını kabul etmiştir¹³⁰. Fakat Yargıtay daha yeni bir kararında bunu alt işverenliğin oluşmasının bir koşulu sayarak, işçinin sırf asıl işverenden alınan işe özgülenmiş biçimde değil de farklı işverenlerden alınan işlerde çalıştırılması durumunda asıl işverenin birlikte sorumluluğu bir yana, alt işverenliğin dahi oluşmayacağını dile getirmiştir. Gerçekten de Yargıtay’a göre; “alt

işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. İşçiler sadece asıl işverene ait işyerinde değil de, farklı işverenlere ait çeşitli işyerlerinde çalışıyorlarsa, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemez¹³¹. Aslında, işçileri sırf orada alınan işe özgüleyerek çalıştırmanın, alt işverenliğin varlık veya yokluğuna götürüp götürmemesi ve nasıl gerçekleşeceği tartışmaları bir yana, ayrıca bunun yalnızca ilişkinin kuruluşu esnasında mı yoksa alt işverenliğin tüm süresi boyunca mı varlığını sürdürmesinin aranacağı da önemlidir. Çünkü; alt işverenlik sözleşmesinde ve yapılan bildirimlerde ilgili işçi veya işçiler bu işte çalıştırılacak dendiği ve gerçekten öyle de çalıştırıldığı halde, bir süre sonra alt işverenin onu başka işyerlerinde aynı tür veya başka işlerde görevlendirdiği görülmektedir. Durum böyle olunca; anılan olguyu alt işverenliğin geçerlilik şartı sayanlar bakımından, böyle hallerde, alt işverenliğin tümüyle mi yoksa sadece bu işçiler için mi geçersiz olacağı¹³², ayrıca alt işverenlik ilişkisi de bir hukuki işlem olduğuna ve geçersizliğin ancak işlem yapılırkenki koşullara göre oluşabileceği dikkate alınırsa, sonradan yaşanan böyle bir olgunun ilişkiyi nasıl geçersiz kılacağı da problem olarak karşımıza çıkar. Şüphesiz en sağlıklı olanı, işçinin alt işverenle olan iş ilişkisi elverdiği takdirde asıl-alt işveren ilişkisinin tüm devamı süresince orada çalıştırılmasıdır¹³³.

Fakat İşK. 22 çerçevesinde ilgili işçinin kendi rızasıyla yahut bir TİS hükmü gereği geçici bir süre için alt işverenin başka bir işine nakli halinde, durumun naziklik arzedeceği kanısındayız. Örneğin 3 yıldan beri asıl işveren (A)'dan alınan işte çalıştırılan (S) adlı işçinin, alt işveren (B) tarafından 3-5 gün süreyle başka bir işte çalıştırılması halinde, artık (A) - (B) arasındaki ilişkinin alt işverenlikten çıktığı veya alt işverenlikten çıkmasa bile asıl işverenin bu işçiye karşı hiç birlikte sorumluluk taşımadığı söylenebilecek midir? Kanımca buna olumlu (yani alt işverenlik oluşmaz veya asıl işverenin sorumluluğu gündeme gelmez biçiminde) cevap vermek dürüstlük kuralına aykırı düşer.

Bizce bu konuda şunlar söylenebilir: Alt işveren ilişkisinin doğumu ve asıl işverenin de

bu alt işveren işçilerinden müteselsil sorumluluğunun oluşabilmesi için, işi üstlenen kişinin bu işte çalıştıracığı işçilerini sırf buraya özgülemesi gerekir. Ancak, alt işverenin buradaki tüm işçilerini mi buraya özgüleyeceği konusu, eskiden olduğu gibi yeni yasa döneminde de tartışmalıdır ve buna yukarıda işaret edilmiştir. Fakat değerlendirme yapılırken, iş arkadaşlarının kimlerden olacağını ve somut olarak işyerini kendisi seçemeyen ve genelde bu konuda işverene inisiyatif tanıyan sözleşmeleri imzalamak zorunda kalan bir işçinin¹³⁴, sırf iş arkadaşlarından kimileri veya kendisi işverenin yasal olarak kullandığı yetkiyle başka yerlerde görevlendirildi diye asıl işverenin birlikte sorumluluğundan tümüyle uzaklaşması¹³⁵ ve ilişkinin İşK. 2-3 süzgecinden kurtulması sıkıntıya yol açar niteliktedir. Bu yüzden, asıl işverenin böyle hallerde tümüyle sorumluluktan kurtulması değil, sadece işçinin başka işyerinde (işte görevlendirildiği dönemle sınırlı olarak sorumluluğunun oluşmaması uygun düşer¹³⁶. Fakat Yargıtay yukarıda dile getirilen daha yeni bir kararında da, işçinin sırf asıl işverenden alınan işe özgülenmiş biçimde değil de farklı işverenlerden alınan işlerde çalıştırımı durumunda asıl işverenin birlikte sorumluluğu bir yana alt işverenliğin dahi oluşmayacağını belirtmiştir¹³⁷.

Alt işveren işçilerinin asıl işverenden alınan işte çalıştırılması bağlamında ele alınacak bir uygulama örneği ise; alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerine özgülenmiş ve fakat alt işverene verilen işte değil de asıl işverenin başka bir işinde çalıştırılması durumudur. Örneğin hastanenin temizlik işinin verildiği alt işverenin orada çalıştırdığı işçilerin temizlik yerine veya yanında hemşirelik/hastabakıcılık, hatta doktorluk yapıp hastalara bakması böyledir. Böylesi hallerde alt işverenliğin paravan yani geçersiz olup, ilgili işçilerin aslında baştan beri asıl işverenin işçisi olduğu benimsenmelidir. Nitekim temizlik işinin (yardımcı işin) verildiği alt işveren işçisinin en baştan itibaren asıl işverence firmanın asıl işlerinde eğitime tabi tutulup bu çerçevede çalıştırıldığı bir olayda Yargıtay'da haklı olarak alt işverenliği muvazaa nedeniyle geçersiz görüp ilgili işçiye baştan beri asıl işverenin işçisi saymıştır¹³⁸. Yargıtay böy-

lesi hallerde, alt işverenlik değil, asıl işverene işçi temini olgusunun bulunduğu ve işçilerin baştan beri asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceğini dile getirmektedir¹³⁹ ve biz de buna katılıyoruz. Çünkü; alt işveren işçilerinin asıl işverenden alınan işe özgülenerek çalıştırılması kuralı, işçilerin hem alt işverenin başka işinde ve işyerinde çalıştırmayı ve hem de asıl işverenin başka işinde çalıştırmayı yasak görmeyi gerektirir¹⁴⁰.

Değinilecek konulardan birisi de, “alt işverenin asıl işverenden aldığı bu işte belirli süreli sözleşme” ile işçi çalıştırabilip çalıştıramayacağıdır. Konu öğretilerde tartışmalıdır. Şüphesiz sorunun yanıtı, bir yandan alt işveren ilişkisinin diğer yandansa yasanın belirli süreli sözleşmelere ilişkin rejiminin/sisteminin bilinmesine bağlıdır. Ancak sorun öğretilerde tartışmalıdır. Öyle ki;

a. Bir anlayışa göre, alt işveren işi belirli bir süreyle alıp işçilerle sözleşmeyi de o süre için yaptığında, niteliği gereği işin bitimiyle bulunan bir belirli sürelilik vardır ve bu durumda belirli süreli sözleşme için yasanın aradığı objektif koşul (sözleşmeyi süreye bağlamayı haklı kılan neden) gerçekleşmiş demektir¹⁴¹. Üstelik alt işveren işçisinin sırf bu işe özgülenmiş biçimde çalıştırılıp başka işte çalıştırılmaması da katı biçimde uygulanırsa, sırf bu işe özgü süreli sözleşmeye saygı duymak gerekir.

b. Fakat buna karşı çıkan diğer bir eğilime göre ise; yukarıdaki düşünce, alt işveren işçilerinin çalıştırıldığı işin değil sadece o kimsenin alt işverenliğinin belirli bir süre sürdüğünü¹⁴² gözden kaçırmaktadır. Somut bir alt işveren değişse (onun alt işverenliği sona erse) de, bir süre ona verilen iş asıl işverenin işi olarak devam ettiğine göre işin bitiminden ve buna bağlı olarak yapılan sözleşmelerin belirli süreliliğinden söz edilemez. Alt işveren işi belli bir süreye alsa da bu işte çalıştıracağı işçilerle belirsiz süreli sözleşme yapmalıdır. Onun alt işverenliğinin bitimiyle de bu işçilerin sözleşmelerinin (işyeriyle birlikte) asıl işverene (veya yeni alt işverene) geçmiş sayılmalıdır¹⁴³.

Kanımızca, bu noktada genel olarak belirli süreli sözleşmeye ilişkin sistemden ayrılmayı gerektirecek bir özellik yoktur. Buna göre de,

belirli süreli sözleşme bir defa yapıldığında¹⁴⁴ onu belirli süreye bağlamayı haklı kılan objektif bir neden varsa belirli süresi geçerli sayılır. Bu objektif nedenden birisini “işin bitimi” olgusu oluşturduğundan (İşK. 11/1), alt işveren ilişkisinin belirli süreli olarak (genelde birer yıllık) kurulduğu hallerde, bu süre bitince alt işverenin buradaki işi de son bulmuş olur. Hal böyle olunca, alt işverenin bu işin (alt işverenlik süresinin) bitimine dek bu işe belirli süreli sözleşmeyle işçi alması mümkün ve geçerli görülmelidir. Böylesi hallerde, alt işverenlikle birlikte ilgili işçilerin sözleşmeleri de kendiliğinden son bulacak demektir. Nitekim Yargıtay’da bir kararında, hastanenin özel güvenlik işini alt işveren olarak alan firmanın bu işte çalıştıracığı güvenlik görevlisiyle yaptığı iş sözleşmesinin sırf bu işe özgülenmesi halinde belirli süreli sayılacağını benimsemiştir¹⁴⁵.

Ancak, aynı alt işverenin bu işte (mevcut ilişki bitmeden, biterken ya da çok kısa süre sonra) yeniden belli bir süreyle alt işverenlik kazanması halinde, aynı işçilerle zincirleme biçimde yeniden belirli süreli sözleşme yapması nasıl değerlendirilecektir? Yeniden belirli süreyle ihale alınması, o işçilerle zincirleme biçimde belirli süreli sözleşme yapmayı haklı kılan bir olgu olarak değerlendirilebilir mi? Kanımızca asıl sorun burada kendisini göstermektedir. Ancak, öğretilerde, işi başka bir alt işverenin alması yahut asıl işverenin kendisinin yapması halinde bile işçilerle (bir defalık dahi) belirli süreli sözleşme yapılamayacağı ileri sürülmektedir. Sorun bir ölçüde, alt işverenler değişmekle birlikte işçinin hep aynı yerde ve şekilde çalışmasını sürdürmesiyle de bağlantılıdır¹⁴⁶. Bu hallerde Yargıtay ve ona katılan bir kısım öğreti, ortada alt işverenler arası bir işyeri devri bulunduğunu, hatta bunun örtülü biçimde dahi gerçekleşebileceğini kabul etmektedir¹⁴⁷. Tabii olayın değerlendirilmesinde kıdem tazminatı bakımından işyerinin her türlü el değiştirmesi halinde kıdem bütünlük içinde hesaplanacağından söz eden 1475 sy. İşK. 14/II hükmünün de gözden irak tutulmaması gerekir. Bu hükmün alt işverenler değiştiği halde işçinin sözleşmesi önceki alt işverence feshedilmeden aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği halleri

kapsayabileceği düşünülmalıdır¹⁴⁸. Fakat öğretilerde örtülü devri reddeden ama sözleşmenin devri yahut işyeri devri gibi açıkça yapılan devir işlemlerinin varlığında kıdem bütünlüğünü kabul ederek yukarıda dile getirilen düşünceye karşı çıkan bir eğilimin¹⁴⁹ varlığından da söz etmek gerekir.

Önemli bir problem; asıl işverenin işçilerinin alt işverence işe alınarak çalıştırmaya devam ettirilmesinin mümkün olup olmadığı ve mümkünse de daha düşük koşullarda çalıştırılıp çalıştırılmayacağıdır. Önceki dönemde serbest olup kimi sorunlara yol açan bu konuda¹⁵⁰ yeni yasa açık bir hüküm getirerek şöyle demektedir; “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz ... aksi halde ... alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.” (İşK. 2/7). Sonradan yürürlüğe giren AİY’de de bu sonuca götürecek hükümler mevcuttur (AİY 3/1-g-3).

Kanımca bu hükmün açılımı olarak, asıl işveren işçilerinin alt işverence işe alınmasının yasaklanmadığı¹⁵¹, yasaklananın onların asıl işveren yanındakinden daha düşük koşullarla çalıştırılmaya devam ettirilmesi olduğu söylenebilir. Bunun içine ise, gerek bireysel iş hukukuna ve gerekse de toplu iş hukukuna ait işçilik hakları/iş koşulları girebilir. Örneğin ücret, yıllık izin, sendikalaşma ve TİS’den yararlanma gibi. Bunda bile değişik ihtimaller dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Kanımca hükmün açılımı bakımından tartışmasız olanı, alt işverenliğin kurulduğu, asıl işverenden işin alındığı anda bu işçilerin asıl işverenin işçisi sıfatını taşımalarıdır.

ba. Eğer böyleyse, bu işçilerin asıl işverence işten çıkarılıp daha sonra da düşük koşullarla alt işverence işe alınması halinde işlemin muvazalı olduğu bile akla gelebilme ihtimali taşır (AİY 3/1-g-3) ve bunun neticesinde ilgili işçilerin halen asıl işverenin işçisi sayılarak asıl işverendeki iş koşullarının uygulanmasına devam edileceği sonucuna varılır. Asıl işverence işten çıkarmanın ve alt işverence işe alınmanın, sıcağı sıcağına birbiri peşi sıra yapıldığı hallerde ilke budur¹⁵². Ancak, alt işverence işe alınıp çalıştırma asıl iş-

verendekinden daha düşük koşullarda değilse, böyle bir şey yasak değildir ve geçersizlik oluşturmaz. Yargıtay ise bir kararında; asıl işveren işçilerinden bazılarının alt işverence işe alınıp düşük koşullarda çalıştırılması halinde bile (alt işverenin tüm işçileri asıl işverenden alınmadığı gerekçesiyle) o işçilerin asıl işveren işçisi sayılamayacağını, olayda muvazaa (geçersizlik) bulunmadığını benimsemiştir¹⁵³. Rastladığımız bir başka kararında ise, işçilerin daha düşük koşullarda çalıştırılıp çalıştırılmadığına bakmaksızın, yine az sayıda işçinin asıl işverenden alındığı gerekçesiyle olayda muvazaa görmemiş¹⁵⁴; ama başka bir kararında ise, alt işverenin işçileri asıl işverenden aldığı gerekçesiyle (çalışma koşullarını dahi değerlendirmeden) olayda muvazaa bulunduğunu kabul ederek işçileri asıl işverenin işçisi saymıştır¹⁵⁵. Bir başka karardaysa, işçinin asıl işverenden ayrıldığı günün ertesi günü alt işverende çalışmaya başlaması ek olgularla değerlendirmeye alınmış gözükmektedir¹⁵⁶. Yani asıl işverenden ayrıldıktan kısa bir süre sonra alt işverence düşük koşullarla işe alınırsa, bunun bu hüküm bağlamında bir işe alma olduğu ve yasanın öngördüğü yaptırımla karşılaşacağı söylenebilir¹⁵⁷.

bb. Fakat asıl işveren yanında bir süre çalışıp ayrıldıktan azımsanmayacak bir süre sonra belki de tesadüfen alt işveren yanında daha düşük koşullarla işe başlama durumunda yine yasak ve geçersizlik ihtimali gündeme gelmez¹⁵⁸. Bu bağlamda “azımsanmayacak süre” ve “kısa bir süre”nin somut bir ölçütü yoktur ama yargıcın her bir somut olayın koşullarının dürüstlük kuralı (MK 2) süzgeciyle birlikte değerlendirmesi sonucu bir miktara ulaşmak mümkündür.

bc. Bir işyerinin tümünden devrinde alt işverenlik olmaz ama kısmen devri yoluyla da alt işverenliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalıdır. Bunu kabullenenler¹⁵⁹ bakımından, denebilir ki, devir halinde orada çalışan tüm işçilerin sözleşmesi devirle birlikte devralana (alt işverene) geçeceğinden, böyle bir durumda, sözleşme tüm koşullarıyla alt işverene geçer ve işçinin asıl işverene tabiken ki çalışma koşullarında herhangi bir olumsuzluk (kısıtlama) yaşanmaz. Bu yüzden, alt işverenliğin işyerinin kısmen devri yoluyla sağlandığı hallerde, İşK.

2/7. fıkra kapsamında bir olgunun bulunmadığı söylenebilir¹⁶⁰. İşyerinin kısmen devrinin “iflas dolayısıyla mal varlığının tasfiyesi sonucu” yaşanması durumunda devrin sonuçlarıyla ilgili (sözleşmelerin devralana geçişi-sorumluluk gibi) genel kurallar (İŞK. 6/1-5) uygulanmayacağından, yine İŞK. 2/7. fıkra anlamında bir yasa olgusuyla karşılaşmaz¹⁶¹.

bd. Mevcut alt işverenlik sona erince, yeni ihale yapıp da onu birisi alana kadar işçilerin asıl işverende çalıştırıldıkları ve sonra yine ihaleyi alan aynı veya başka alt işverene bağlı biçimde çalıştırılmaya devam edildiği bir gerçek olup, bunun nasıl değerlendirileceği de ayrı bir problemdir. Kanımca, bu durum ek bazı olgularla desteklendiğinde muvazaa sayılabilir ve işçinin baştan beri asıl işveren işçisi sayılması ve bundan dolayı da daha düşük koşullarla alt işverene verilemeyeceği savunulabilir¹⁶². Ancak herhangi bir muvazaa bulunmadan işçinin iş ilişkisinin asıl işverene devredildiği ve bundan sonra alt işverenlere daha düşük koşullarla verilmesinin geçersiz olacağını söylemek de mümkün olabilir. Hatta bu çözümün işçinin kidedinde kesintiyi engellediği de söylenebilir.

Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından (asıl işverenden alınan işte) çalıştırılmasına ilişkin sınırlama; bu işçilerin alt işverene geçip onunla iş sözleşmesi yaparak onun işçisi sıfatıyla çalıştırılmasıyla ilgilidir. Yoksa zaman zaman uygulamada da rastlanıldığı¹⁶³ üzere, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından ödünç alınarak çalıştırılması (İŞK. 7) yasaklanmış veya sınırlanmış değildir. Bunun bilhassa (uzmanlık aranmayan) yardımcı işlerdeki alt işverenlikte mümkün olduğu kanısındayız. Aslında asıl işin bir bölümündeki alt işverenlikte de caizdir, zira bu olasılıkta işçinin sözleşmesi ödünç alana geçmediği gibi haklarında da bir kısıtlama yaşanmamaktadır¹⁶⁴. Sıkıntı oluşturan nokta, asıl işin bir bölümü uzmanlık gereği alt işverene verileceğinden, onun kendi uzman elemanı yok mu ki asıl işverenden uzman eleman ödünç alıyor sorusudur. Ya da “asıl işveren o konuda uzman elemana sahip olduğuna göre, bu işi kendi elemanlarıyla yapmak yerine neden alt işverene veriyor sorusudur. Yani alt işverenliğin gerçekçi olup olmadığı noktasında tereddüt

uyanmasına neden olabilir. Tereddütün aşıldığı hallerde tümüyle caizdir.

Tekraren vurgulayalım ki, sistemimizde; asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılması değil, asıl işverendeki haklarını kısıtlayacak şekilde çalıştırılması yasaktır. Eğer haklarda bir kısıtlama yoksa, asıl işverenin işçilerinin alt işverence işe alınarak çalıştırılması serbesttir ve alt işverenliğe, işçinin alt işverenin işçisi sayılmasına engel bir yanı yoktur. Bu hükümde geçen “haklar” kavramına, ilgili işçinin hem bireysel hem de toplu iş hukukuna ait haklarının gireceği kabul edilmelidir¹⁶⁵. Örneğin ücret veya eklerinin yahut yıllık izin sürelerinin düşürülmesi veya işçinin sendika üyeliği, TİS’den yararlanma gibi kollektif nitelikli haklarının kullanımı imkanının kısıtlanması böyledir. Bu hüküm bağlamında önemli bir husus da sendikal haklarının kullanımının engellenmesinin 01.06.2005’ten itibaren TCK anlamında bir suç sayılıp hapis cezası ile de karşılaşacağıdır (TCK 118). Kısıtlanarak çalıştırma halinde bu tür çalıştırılan işçiler açısından alt işverenlik geçersiz olup işçiler baştan beri asıl işverenin işçisi sayılırlar (İŞK. 2/7) ve bunun muvazaa ile ilgisi yoktur¹⁶⁶. Bizce burada emredici bir yasa hükmüne aykırılık mevcut olup, yaptırım da anılan işçinin haklarının asıl işverendeki seviyeye çekilmesi vs. değil, yasanın açık hükmü gereği, işçinin asıl işverenin işçisi sayılacağıdır. Böyle bir durumda, genel olarak alt işverenlik geçerli iken, sadece düşük koşullarla çalıştırılan işçiler bakımından alt işverenlik ve alt işverenle kendi aralarındaki iş sözleşmesi geçersiz olup, onlar asıl işverenin işçisi sayılırlar. Yoksa, hala alt işverenin işçisi kalıp onunla iş sözleşmesinin devam ettiği, fakat sadece asıl işverendeki koşullara göre işçilik haklarının hesaplanacağı ve bundan her iki işverenin birlikte sorumluluğunun devam ettiğini söylemek zordur¹⁶⁷.

III. İŞK.’YA TABİ ALT İŞVERENLİKTE İDARİ PARA CEZALARI VE BUNDAN SORUMLULUK

Asıl işverenin alt işverenlik dolayısıyla alt işverenle birlikte sorumluluğunun gerek bireysel

ve gerekse toplu iş sözleşmesinden doğan işçilik hakları bağlamında işçiye ve hak sahiplerine karşı olacağını yukarıda gördük. Ancak alt işverenin yasaya aykırı tutumu nedeniyle kesilecek idari para cezasından kimin ya da kimleri, bu arada bilhassa asıl işverenin de birlikte sorumluluğu bulunup bulunmadığı ya da başka deyişle, asıl işverenin birlikte sorumluluğunun idari para cezaları bakımından da gündeme gelip gelemeyeceğine de değinilmelidir. Bunun için konunun bir ayırım içinde sunulması uygun olur. Şöyle ki;

1. Alt İşverenin İşveren Sıfatıyla Yükümleri ve Cezai Sorumluluğu

Bilindiği üzere alt işveren asıl işverene nazaran ondan ayrı, bağımsız bir işveren olup, gerek işçilerine ve gerekse de idari makamlar ve Kuruma (SGK) karşı bu işçilerin/sigortalıların işvereni niteliği taşımaktadır. Gerçekten de o, sırf (ilk defa) asıl işverenden aldığı iş nedeniyle işçiye/işyerine ve dolayısıyla da işveren sıfatına sahip birisi olsa da, zaten evvelden beri işvereni olduğu bir işyeri bulursa da kanımca eskiden olduğu gibi yeni 4857 sayılı İşK.'da da alt işveren sayılacaktır¹⁶⁸. Ancak, İşK. 3/2'deki alt işverenden işyeri için bildirim hükmünden de hareketle artık 4857 sayılı İşK. kapsamında alt işveren olabilmek için onun, asıl işverenden aldığı iş dışında bağımsız bir işveren sıfatının (yani "kendi nam ve hesabına" işlettiği bağımsız bir işyerinin) bulunması gerektiğini ileri sürerler vardır¹⁶⁹.

Oysa bu gerekçe pek tatminkar değildir. Zira, alt işverenin bildirim yükümü hem (İşK.'da olmasa da) eskiden de SGK da vardı (SGK 87). Buradaki bildirim yükümünün İşK. açısından da geçerli olacağı kabul ediliyordu. Bizce 4857 sayılı İşK.'daki bildirim yükümünden, onun asıl işverenden iş alıp işçilerini çalıştırdığı yer (iş yeri) dışında bir işyerine sahip olması gereğini çıkartmak zordur. Kanımca, İşK. 3/2'deki bildirim yükümü, asıl işverenden alınan işin yapıldığı yerin alt işveren işyeri olarak bildirim yapılması anlamında¹⁷⁰ olup (1475 sayılı İşK.'nun eksik bıraktığı fakat uygulamada zaten kabul gören bir olgunun) 4857 sayılı İşK. da buna açıkça yer verdiği anlamındadır.

Nitekim AİY'de "bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir." demektedir (AİY 5/3). Alt işverenin asıl işverenden iş alıp artık kendi işçilerini çalıştırdığı bu yerin bağımsız bir işyeri olarak bildirim nasıl yapılacağı hususu 15.05.2008 tarih ve 5763 sy. Kanunla yapılan değişiklikle bizzat yasada (İşK. 3/2) ve yasal hükme dayanılarak çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir (AİY 5, 6, 7). Keza sosyal sigortalar bakımından da bildirim yükümü mevcut olup bunun nasıl olacağı yasada gösterilmiştir (SSGSSK 11/8). Fakat bu yasal bildirimlerin yapılmamış olması, alt işverenlik için diğer koşulları taşıyan ve işletilmeye başlanan yerin alt işveren işyeri olmadığı anlamına gelmez¹⁷¹. Sadece (birisini de aşağıda ele alacağımız) idari kimi yaptırımların uygulanması gündeme gelebilir. Çünkü, anılan bildirim yükümü alt işverenlik bakımından kurucu değil açıklayıcı bir işleve sahiptir.

Alt işverenin, asıl işverene nazaran ondan bağımsız işyeri ve işçilerinin ve işverenlik sıfatının varlığı, onun bu sıfatı nedeniyle yasaca işverene yüklenen yükümlerin muhatabı olacağı ve yüküme aykırılık halindeyse işveren sıfatıyla sorumlu tutulacağını anlatır. Örneğin alt işveren işyerinin ve işçilerinin bildirim (İşK. 3, 98), eşitlik ilkesine ve ödünç kurallarına, belge verme yükümüne, çağrı üzerine çalışma kurallarına, çalışma belgesi verme yükümüne (İşK. 99), toplu işçi çıkarma hükümlerine (İşK. 29, 100), özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümüne (İşK. 30, 101), ücret ve yıllık ücretli izinle ilgili kurallara (İşK. 32 vd, 56 vd, 102, 103), işin düzenlenmesi ve İSİG hükümlerine (İşK. 63 vd, 77 vd, 104, 105) ve iş aracılığı (İşK. 90, 106) ile iş hayatının denetim ve teftişine ilişkin hükümlere (İşK. 92 vd, 107) ve bu hükümlerde öngörülen yükümlere işveren sıfatıyla uymak zorundadır. Anılan yükümlere aykırı davranılması halinde, yasal yükümü ihlal eden işveren veya ilgili işveren vekiline idari para cezası uygulanır¹⁷². İşte yukarıda saydığımız bu gibi durumlarda yasal yükümün muhatabı ve onu ihlal eden alt işverenin kendisi (veya onun adına yetkili vekili) olduğundan, bu ihlal neticesinde Bölge Müdürlüğü ve/veya SGK ta-

rafından kararlaştırılan idari para cezasının da alt işverene kesilmesi ve bundan alt işverenin sorumlu tutulması gerekir. Çünkü bize göre de, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi; yasaya aykırı tutumu kim sergilediyse sorumluluğun da ilke olarak yalnızca ona ait olmasını gerektirir. Nitekim genel olarak bakıldığında gerek iş hukuku öğretisinde¹⁷³ ve gerekse uygulamada eskiden bu yana bu anlayış egemendir¹⁷⁴. Bu kapsamda, alt işverenin yasaya aykırı tutumu yüzünden yetkili idari makamlarca kesilecek idari para cezası sadece ilgili alt işveren adına kesilmeli ve bunun ödenmesi konusunda da tek sorumlu alt işveren olmalıdır. Yani bu idari para cezası süresinde alt işverence ödenmezse, idare sadece alt işverene karşı cebri icraya başvurabilmeli, asıl işverenin birlikte sorumluluğu ve onun mal varlığına zorla el atma gündeme gelememelidir. Gerçekten de neticede bu bir idari yaptırım (idari ceza) ve buna yol açan eylem idari bir suç/kabahat olmakla birlikte, bu alanda da ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesinden ayrılmayı gerektirir bir durum mevcut değildir. Alt işveren işyerinin muvazaalı bildiri (İşK. 3/2) dışında, hukukumuzda durum böyledir. Nitekim, aslında bizzat yasa bile asıl işverenin birlikte sorumluluğunun işçilere karşı olduğundan söz etmektedir (İşK. 2/6). Oysa idari para cezası ve diğer idari yaptırımlar işçiye karşı bir sorumluluk değil, devlete karşı bir sorumluluktur. Bu yüzden, alt işverenin yasal yükümlerine aykırı tutumu yüzünden kesilen idari para cezasından asıl işverenin de birlikte sorumluluğu için bu konuda özel bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulur. Çünkü; her ne kadar adı idari para cezası da olsa neticede bir cezalandırma mevcuttur ve bir yasa hükmüyle alt işveren için kesilen idari para cezasından asıl işverenin de birlikte sorumluluğu açıkça öngörülmemişse, yorum veya kıyas yoluyla böyle bir sorumluluk türetmek “kanunsuz suç ve kanunsuz ceza olmaz.” biçimindeki evrensel bir ceza hukuku ilkesi (TCK 2/1) ile kıyas ve kıyasa yol açacak şekilde yorum yasağına (TCK 2/2, 3) aykırıdır ve geçerli görülemez. Bireysel ve/veya toplu iş sözleşmeleriyle de böyle bir sorumluluk türetilemez, yani bu yöndeki anlaşma Bölge Müdürlüğü’ne (ve SGK’na) idari

para cezası konusunda hak ve yetki vermez. Fakat, bir yasa hükmü, alt işverenin yasaya aykırı tutumundan dolayı kesilecek idari para cezasından asıl işverenin de birlikte sorumluluk taşıdığını belirtirse, ancak bu durumda anılan cezadan birlikte sorumluluk gündeme gelir. Nitekim 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanunla İşK. 3/2 ve 98/1’de yapılan değişiklik sonucu; alt işverene ait işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işverene veya vekillerine ayrı ayrı idari para cezası verileceği öngörülmüştür (İşK. 98/1).

2. Asıl İşverenin Cezai Sorumluluğu

Yukarıda da değinildiği üzere alt işverene düşen işveren yükümlerinin ihlali nedeniyle uygulanan idari para cezalarından asıl işverenin de alt işverenle birlikte veya onun dışında ayrıca münferiden sorumlu tutulabilmesi için, bu konuda açık bir teknik-hukuki mana da kanun hükmüne ihtiyaç vardır ve böyle bir hüküm sistemimize 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun ile İşK. 98’de yapılan değişiklik neticesinde girmiştir. Gerçekten de anılan değişik metne göre; “bu Kanunun 3’üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı... idari para cezası verilir.” (İşK. 98/1). Madde hükmü sanki asıl ve alt işverenin muvazaalı bildiri birlikte yapacağı gibi bir anlam vermeye de müsait gibi gözükse de, bunu İşK. 3/2 ile birlikte yorumlamak gerekir. Buna göre ise; alt işverenin asıl işverenden iş alıp kendi işçileriyle yürüttüğü yer onun için ayrı bir işyeri sayılacağından, bu işyerinin de ÇSGB Bölge Müdürlüğüne kayıt ve tescil için bildiri gerekir. Alt işveren bu bildiri, asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesini de dosyaya ekleyerek yerine getirir (İşK. 3/2). Bu bildirim yükümünün muhatabı sadece alt işverenin kendisidir ve yüküme aykırı davranırsa yalnızca alt işverene idari para cezası kesilir (İşK. 98/1). Buna karşın, alt işverence yapılan işyeri bildiri sonucu alt işverenliğin muvazaalı olduğu ortaya çıkarsa; (belki de muvazaanın asıl ve alt işverenin gerçek ama ortak düşüncesi ve tutumuyla yaşandığından olsa gerek) Yasa, sadece bu muvazaalı bildirimden dolayı

hem alt işvereni (veya yetkili işveren vekilini) ve hem de asıl işvereni birlikte değil, ayrı ayrı cezalandırmaktadır. Gerçekten de yasaya göre idari para cezasını gerektiren olgu “alt işveren işyerini muvazaalı olarak bildirmek”tir (İşK. 98). Bu ise, başlı başına sorun doğurucu niteliktedir. Şöyle ki; her şeyden evvel alt işverenin asıl işverenden iş alıp işçileriyle yürüttüğü işin yapıldığı yerin (işyerinin) bildirilmesi gerekmektedir (İşK. 3/II). Burası her ne kadar alt işveren için ayrı bir işyeri sayılacaksa da İşK. anlamında her zaman bildirim tabi bulunduğu söylenemez. Zira Yasa bu bildirim yükümünün sadece sürekli işlerdeki alt işverenliklerde geçerli ve zorunlu olduğunu belirtmektedir (İşK. 10/2). Hal böyle olunca, süreksiz işlerde yaşanan alt işverenliklerdeki alt işveren işyerinin bildirimine gerek olmadığı gibi, alt işverenin böyle bir yükümlülüğü de yoktur¹⁷⁵. Bunun sonucu olarak denebilir ki; süreksiz işlerdeki alt işveren işyerinin bildirimini yapılmaması veya isteğe bağlı olarak kendiliğinden yapılması ve bunun muvazaalı olması halinde gerek asıl ve gerekse de alt işveren için İPC gündeme gelmez. Durum, SSGSSK Ek md.1 bağlamında SGK’na bu süreksiz işteki muvazaalı alt işverenliğin bildiriminde de böyledir. Çünkü; alt işverenlik iş hukuku açısından hangi yasaya tabi olursa olsun ve ister sürekli isterse süreksiz işlerde yaşansın, bu alt işverenliğin SGK’na asıl işverenin işyeri sicil nosundan ve dosyasından bildirim gerekir. Ancak SGK’na yapılan bu bildirim, İşK.’na tabi süreksiz işlerdeki alt işverenlikte İşK.3 bağlamındaki bildirim yerine geçmez. Çünkü; İşK. 3 kapsamında alt işveren işyeri bildirimini sadece sürekli işlerde zorunludur ve SGK’na bildirim ancak bu halde İşK. 3 anlamında bildirim yerine geçer. Süreksiz işlerde alt işveren işyerinin bildirimini yükümü bulunmadığından, SGK’na yapılan bildirim, İşK.’daki olmayan bir bildirim yerine geçmesi ve idari para cezasına yol açması düşünülemez.

O halde alt işveren işyerinin bildirimini yükümü ve bunun muvazaalılığı nedeniyle İPC sadece İşK’na tabi sürekli işlerde yaşanan alt işverenliklerde karşımıza çıkabilir ve alt işverenin bunu, normalde asıl işverenden alacağı

yazılı bir alt işverenlik sözleşmesini de ekleyerek Bölge Müdürlüğü’ne yasal biçimde bildirim gerekir (İşK. 3/II).

4857 sayılı İşK. 98 kapsamında İPC’ni gerektiren olgu, sürekli işlerdeki muvazaalı alt işveren işyerinin ÇSGB ilgili Bölge Müdürlüğü’ne bildirim olduğundan, ilgili Bölge Müdürlüğü yerine her nasılsa bizzat ÇSGB’na veya başka bir Bölge Müdürlüğü’ne bildirim muvazaalı olsa bile bu hüküm bağlamında İPC düzenlenmesine yol açmayacağı kanısındayız. Ancak bu noktada 18.02.2009 tarih ve 5838 sayılı Kanun’la SSGSSK’da yapılan ve 01.08.2009’dan itibaren yürürlüğe giren (ve yukarıda değinilen) Ek md.1 hükmünün de tartışılması gerekir. Öyle ki, SSGSSK’na eklenen bu hükümde aynen, “İşverenler tarafından 8 inci, 9 uncu ve 11 inci maddelere göre Kuruma yapılan sigortalı ve işyerlerine ilişkin bildirimler; ...4857 sayılı İş Kanununun 3 üncü maddesi hükümleri uyarınca Bakanlık ile ilgili bölge müdürlüklerine ve Türkiye İş Kurumuna yapılması gereken bildirimlerin yerine geçer.

Ticaret sicili memurluklarınca işyeri tesciline ilişkin Kuruma yapılan bildirimlerin dışında, ayrıca Bakanlık ilgili bölge müdürlüğüne bildirimde bulunulmaz.” (SSGSSK Ek mad.1) denilmektedir.

İşte bu düzenlemeden hareket edildiğinde; İşK.’na tabi sürekli işlerdeki muvazaalı alt işveren işyerinin bildirimini sadece doğrudan doğruya ilgili Bölge Müdürlüğü’ne yapılması halinde değil, doğrudan ona bildirim yapılmasa da SSGSSK 8, 9, 11 uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK)’na yapılması halinde de İşK. 3/II anlamında bir muvazaalı bildirim olduğu ve idari para cezasıyla karşılaşacağı söylenebilir. Çünkü, Yasa açıkça, bu bildirim İşK. 3 uyarınca yapılması gereken bildirimlerin yerine geçeceğini belirtmektedir.

* İPC’ni gerektiren husus, muvazaalı alt işveren işyeri bildirim olduğundan, alt işverenin bu bildirim yükümüne aykırı olarak anılan işyerini hiç bildirmemesi bu hüküm (İşK. 98/1) bağlamında idari para cezasına tabi değildir. Çünkü, böyle bir durumda hiç bildirim yok ki onun muvazaalılığından söz edilsin. Herhangi bir bildirim yokken AİY 8/2 gereği olarak iş

müfettişinin kendiliğinden yaptığı muvazaalı alt işverenlik tespiti veya bir sorun vesilesiyle alt işverenliğin muvazaalı olduğunun mahkemece tespiti durumunda da “muvazaalı alt işverenlik bildirim” bulunmadığından, İşK. 98/1 uyarınca idari para cezası gündeme gelmez. Bu yüzden, bildirim yapılmadığı hallerde, sadece alt işveren için ve o da yalnızca bildirim yükümlüğüne aykırılıktan İşK. 85 ile de bağlantılı olarak İPC uygulanır. Çünkü İşK. 98/1’in ilk cümlesi Yasanın 3’üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işvereni veya vekiline idari para cezası öngörmektedir.

* Sonra, alt işveren işyerinin bildirimini yaptığı hallerde de, İPC’nin gündeme gelebilmesi için, anılan bildirim yasal gereklere uygun ve geçerli bir bildirim olması da aranmalıdır. Bildirim şeklen yasal gerekleri karşılamıyorsa (örneğin sözlü bildirim yapılmışsa), ortada geçerli bir bildirimden söz edemeyeceğimizden, şartları varsa, bildirim yapmamaktan dolayı sadece alt işveren için İPC gündeme gelebilir ama bunun için asıl işverene İPC uygulaması ve sorumluluk düşmez.

* Bildirim yasal gereklere uygunluğu durumundaysa; her geçersiz alt işverenliğin bildirim değil, sadece muvazaalı alt işverenlik bildirimidir. Çünkü Yasa, muvazaalı alt işveren işyeri bildiriminde asıl ve alt işverene (veya vekillerine) bu eylemden dolayı ayrı ayrı İPC uygulanacağını belirtmektedir (İşK. 98). Oysa alt işverenliğin ne zaman muvazaalı sayılacağı hususu yukarıda da belirtildiği gibi tartışmalıdır. Bu konuda yönetmelik hükümlerinin baz alınması akla gelebilirse de, cezai yaptırım muvazaalı bildirimle bağlandığine göre, aslında alt işverenliğin ne zaman muvazaalı olacağını belirlenmesini bir kanun yerine yönetmelikle yani idarenin bir düzenleyici işlemiyle yapmanın TCK 2/2 karşısında nasıl savunulacağı da problemidir. Üstelik Yönetmeliğin (ve öğreti çoğunluğunun) muvazaalı saydığı birçok halin hukuken gerçekte muvazaalı sayılmayacağını, bunların kanuna/hukuka aykırılık oluşturduğunu ve bazen de ek verilere donatıldığında kanuna karşı hile oluşturabileceğini yukarıda dile getirmiştik.

Dolayısıyla, bizce (asıl işin bir bölümünün yasal gerekler olmadan alt işverene verilmesi, alt işveren olan kişinin daha önce şu an iş aldığı işyerinde çalışması, asıl işveren işçilerinin alt işverence işe alınarak daha düşük koşullarla çalıştırılması, alt işveren işçilerinin başka yerlerde de çalıştırılması vs. hallerinde) anılan hallerde alt işverenlikte muvazaalı ve alt işveren işyerinin muvazaalı bildirim mevcut değildir ve idari para cezasının da uygulanmaması gerekir.

Ceza hukukunun evrensel bir ilkesi olan “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” (TCK 2/1), muvazaalı oluşturmayan hallerde anılan yaptırımın uygulanmasına manidir¹⁷⁶. Bunların Yönetmelikte ve öğretide muvazaalı alt işverenlik sayılması ve buradan hareketle İPC’na tabi tutulması da beklenemez. Zira idarenin bir düzenleyici işlemi olan yönetmelikle suç ve ceza konulamayacağı (TCK 2/2) gibi, yasaların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı, hatta anılan hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanması da yasaktır (TCK 2/3). Fakat alt işverenliğin gerçekten muvazaalı olması ve bunun sanki geçerli bir alt işverenlikmiş gibi işyerinin bildirimine gidilmesi de mümkündür. Örneğin sözde alt işveren işçilerinin kimler olacağına, işi nasıl göreceklerine, işten atılmasına, disiplin cezasına tabi tutulmasına asıl işverenin karar verdiği, işbaşı eğitiminin yine asıl işverence verildiği vs. hallerde durum böyledir. Keza alt işverenliğin aslında asıl işverene işçi temin etmeye (iş arıcılığına) görüntüde kılıf olarak sergilendiği hallerde de durum böyledir ve bunlara yukarıda değinilmişti. İşte bunun gibi gerçekten alt işverenliğin muvazaalı (paravan) olduğu ve fakat geçerli bir alt işverenlik varmış gibi gösterilerek alt işverenin aldığı işi yaptığı yerin alt işveren işyeri olarak bildirim halinde muvazaalı bir alt işveren işyeri bildirimini bulunduğu ve bundan dolayı idari para cezasına gidileceği söylenmelidir.

* Muvazaalı alt işverenlikte alt işveren işyeri diye gösterilen işyerinin bildirim idari para cezasını gerektirdiğinden, cezayı gerektiren olgunun alt işverenliğin tümüyle muvazaaya dayandığı ve tümünden geçersiz olduğu halde, sanki geçerli bir alt işverenlik ve ona ait işyeri varmış

gibi bildirilmesidir. Yoksa münferiden bir/birkaç işçinin iş ilişkisinde ve onların işvereninde muvazaa varsa, bu kısmi muvazaa sayılır ve sadece o ilgili işçiler bakımından alt işverenlik geçersiz görülür ve işçiler asıl işverenin işçisi kabul edilirler ama onlar dışında alt işverenlik ve alt işveren işyeri gerçekçi olabilir ve bu durumda alt işveren işyerine ait bildirim muvazaalı bildirim olacağından söz edilemez. Yani böylesi hallerde, tartışılan şekilde (İŞK. 98/1) bir idari para cezası gündeme gelmez.

* Yalnız, burada idari para cezası alt işverene kesilip de asıl işverenin birlikte sorumluluğuna gidilmemekte, aynı eylem nedeniyle aynı ölçekte ve ayrı ayrı olmak koşuluyla hem alt işverene(veya vekillerine) ve hem de asıl işverene (veya vekillerine) idari para cezası uygulanmaktadır. Kısacası anılan eylemin faillerinden birisi de asıl işveren sayılarak her fail ayrı ayrı cezalandırılmaktadır. Bundan dolayı da her birine kesilen idari para cezasının tahsili herkesin kendi cezasından olacak şekilde her birinden ayrı ayrı yapılmalıdır, kanısındayız.

* Bu arada anılan bildirim muvazaalı olduğunun tespitinin ne zaman yapılacağı ve buna yönelik idari para cezasının ne zaman kesileceği ve buna itirazın nereye yapılacağı da önemlidir. Mevcut yasal kurallar incelendiğinde, bildirim muvazaalı olduğu yönündeki tespit ne zaman yapılacağı ve idari para cezasının ne zaman kesileceğinin netlikle düzenlenmediği söylenebilir. Bu yüzden, muvazaalı alt işverenlik bildirim yapıldıktan sonra bizzat iş müfettişince bu bildirim üzerine hemen tescil aşamasında veya AİY 8/2 uyarınca daha sonraki bir aşamada alt işverenliğin ve dolayısıyla da buna dair bildirim muvazaalı olduğunun rapora bağlanmasının mümkün bulunduğu söylenebilir. Bu kapsamda idari para cezası için müfettiş raporuyla muvazaalı alt işverenlik bildirim yapıldığına dair tespit yapılmasının yeterli olacağı, bu muvazaa raporuna karşı işverenlerin iş mahkemesine müracaat etmeleri halinde, onun sonucunun beklenmeyeceği gibi bir yaklaşım akla gelebilir. Bu durumda, işverenler henüz muvazaa olgusu hukuken kesinleşip sabit olmadan idari para cezasıyla da karşı karşıya kalacaktır. Üstelik muvazaa tespiti içeren rapora

karşı, kendilerine tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren 6 iş günü içinde iş mahkemesinde itiraz edebilirken; bu yüzden kesilen idari para cezaları içinse yine tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde (5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik gereği 3526 sy. KabK. çerçevesinde) sulh ceza mahkemesine başvurarak itiraz edebileceklerdir. Her iki olasılıkta da taraflar süresinde itiraz hakkını kullanmazlarsa, iş hukuku bakımından muvazaa ve sözde alt işveren işçilerinin baştan beri asıl işveren işçisi sayılmaları kesinleşecek; Kabahatler Kanunu bakımından idari para cezaları kesinleşerek tahsilata hazır hale gelecektir. Fakat ilgili işverenler süresinde mahkemelere başvurarak yasaca tanınan itiraz etme haklarını kullandığında; bu kez, ne kadar sürede karar verilir bilinmez ama iş mahkemesinin muvazaa gibi bireysel ve toplu iş hukuku bakımından önemli sonuçlar doğuran bir konudaki kararı kesin olacaktır. Yani temyize götürmek mümkün değildir. Oysa idari para cezasına itiraz üzerine sulh ceza mahkemesinin kararı tebliğinden itibaren 7 gün içinde, yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine götürülerek bir başka mahkemenin de süzgecinden geçirilebilir. Fakat neticede gerek iş mahkemesinde ve gerekse sulh ve ağır ceza mahkemesinde yargılama yapılırken, ilgili alt işverenliğin muvazaalı olup olmadığının ve yasal çerçevede bir işyeri bildirim yapılıp yapılmadığının tetkik ve tespiti gerekecektir. Yoksa, ceza mahkemesinde sadece idari para cezasının hukuken öngörülen usule uygun verilip verilmediğinin denetimiyle yetinilmemelidir. Zira, anılan idari para cezası alt işverenliğin ve işyerinin muvazaalı bildirim üzerine ve bu sebeple kesilmektedir. Dolayısıyla aynı konuda mahkemelerin farklı tespitlerinin gündeme gelmesi mümkündür. Bunu önlemek için, konuyu uzman mahkeme gözüyle ele alıp inceleyeceğinden, iş mahkemesindeki davanın ceza mahkemesindeki davada bekletici mesele yapılarak, oradan gelecek karara göre bir sonuca varılması düşünülebilir¹⁷⁷. Önceden de çeşitli vesilelerle söylediğimiz gibi, burada İŞK. çerçevesinde yaşanan bir idari para cezasının sanki gerçek bir cezaymış gibi algılanarak asıl uzman mahkemedan anlamsızca kaçırılma-

sı ve hiç de uzmanlık taşımayan ceza yargısına teslim edilmesi şeklindeki yanlışlığın bir uygulama örneğiyle karşılaştığımızı söylemeliyiz.

Fakat, idari para cezasının ancak, müfettişçe yapılan tespitin hukuken kesinleşmesinden sonra kesileceği söylenirse; bu durumda farklı kararların çıkması ihtimali büyük oranda azalır. Gerçi hukuk (iş) mahkemesinden alınan karar ceza mahkemesi hakimini bağlamaz ama o ilişkinin muvazaalı olup olmadığı konusunda ciddi bir delil olarak görülmelidir.

* İşK. 98 anlamında muvazaalı alt işverenlik bildirimini nedeniyle asıl ve alt işveren için ayrı ayrı İPC kesilebilmesi için, bu alt işverenlik bildiriminin muvazaalılığının mutlaka sadece iş müfettişince bir raporla tespiti de şart değildir. Kanımca, muvazaalı alt işverenlik bildirimini yapıldıktan sonra bu bildirim ve bildirim konusu alt işverenliğin muvazaalı olduğunun bir yargılama sonucu bizzat mahkemece tespit edilmiş bulunduğu hallerde de anılan idari para cezasının kesilmesi gerekir. Fakat bu ihtimalde İPC uygulanabilmesi için, alt işverenliğin tümünden muvazaalı olduğunun tespiti yapılmış olmalıdır. Yoksa sadece bir/birkaç işçi bakımından alt işverenliğin muvazaalı olması durumunda bu hüküm bağlamında İPC'nin gündeme gelmemesi gerekir. Zira, alt işverenlik bildiriminin muvazaalılığının ancak alt işverenliğin tümünden muvazaalı sayıldığı hallerde özgülmesi gerektiğini düşünüyoruz. Oysa bir/birkaç işçi bakımından muvazaalı sayıldığı hallerde alt işverenlik ve alt işveren işyeri vardır ve doğrudur ve buna dair bildirim de sağlıklıdır, denilebilir. Yasa muvazaalı alt işveren işçisi bildirimini değil, sadece muvazaalı alt işveren işyeri bildirimini bu anlamda idari para cezasına tabi tuttuğundan, böyle bir sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. (Alt işverenin yasaya aykırı tutumu yüzünden ilgili ve yetkili makam veya merci tarafından işyerinin faaliyetinin durdurulması veya tümünden/kısmen, temelli veya geçici kapatımı biçimindeki bir idari yaptırım karşısında da asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğunun işlerlik kazanıp kazanamayacağı tartışılmalıdır. Alt işverenin asıl işverenden alıp kendi işçilerini çalıştırarak iş gördüğü yer, asıl işverenin değil onun bağımsız işyeri

sayılınca; bu tür idari yaptırımın da sadece alt işveren adına karara bağlanıp işlerliğe konması beklenir. Yoksa alt işverenin bu tutumu nedeniyle birlikte sorumluluk bağlamında asıl işveren adına ve asıl işverenin (bu alt işverene verdiği dışında) işyeri birimlerinde böyle bir yaptırım kararı alınması ve uygulanması beklenemez. Karar ve uygulaması, sadece alt işverene verilen ve ona ait sayılan işyerinde uygulanabilirse de, neticede orasının dahi asıl sahibi asıl işveren olduğuna göre, asıl işverenin bu tedbirden etkilenmesi kaçınılmaz gözükmektedir. Lakin o da bu yaptırımın uygulanıp bitimini beklemeden alt işverenliği sonlandırarak yaptırımın uygulanacağı alt işveren işyerini de hukuken ortadan kaldırabilir, denilebilir).

* Son olarak belirtilsin ki, yukarıda tartışılan idari para cezası vs. konuları sadece 4857 sayılı İşK.'na tabi alt işverenlikler bağlamında düşünülebilir. Kendisinde alt işverenliğe dair özel düzenleme bulunmayan diğer iş yasaları (BK., DenişK. ve BasışK.) açısından gerek alt işverenlik kurumu ve gerekse bununla bağlantılı idari para cezaları ve bundan sorumluluk hususunda sadece 5510 sayılı SSGSSK hükümlerinin uygulanması düşünülebilir ve biz de konuyu aşağıda ayrıca ele alacağız.

IV. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA ALT İŞVERENLİK VE İDARİ PARA CEZALARINDAN SORUMLULUK

Yukarıda iş hukuku (İşK.) bağlamında alt işverenlik ve idari para cezalarından sorumluluk konusu sunulmaya çalışılmıştır. Oysa işin bir de sosyal güvenlik hukuku boyutu mevcuttur ve bu hususta şöyle bir sıra içinde kısaca şunlar söylenebilir.

1. Genel Hatlarıyla Alt İşverenlik Kavramı

Bunu 506 sayılı SGK ve 5510 sayılı SSGSSK açısından ayrı ayrı ele alarak değerlendirmeye tabi tutmakta yarar vardır. Buna göre;

A. 506 Sayılı Yasa Döneminde: Alt işve-

renlik kavramı sosyal güvenlik hukuku bakımından ülkemizde ilk kez 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda ve "aracı" adıyla düzenlenmişti (SSK 87). Bu düzenleme, o dönemler yürürlükte bulunan 3008 sayılı İşK. ve onun yerini alan 931 sayılı İşK. ile 10.06.2010'a dek yürürlükte kalan 1475 sayılı İşK.'daki alt işverenle ilgili hükümlerden çeşitli yönleriyle farklılık içeriyordu¹⁷⁸. Aracı deyiminin taşeron veya alt işverenle aynı mı yoksa farklı mı olduğuna dair çeşitli düşünceler ileri sürülmüştü¹⁷⁹. Aslında çeşitli yönleriyle benzerlik arz etmekle birlikte yasa hükümleri incelendiğinde, SGK'daki alt işverenlikle İşK.'daki alt işverenliğin kimi yönlerden farklılıklar taşıdığı söylenebilirdi¹⁸⁰.

Tartışmaları bir yana bırakırsak, gerek öğreti ve gerekse uygulamada SSK bakımından alt işverenlik hususunun nasıl anlaşıldığını uygulamadan seçtiğimiz örnek bir Yargıtay kararı şöyle dile getirmekteydi; "506 sayılı Kanunun 87. maddesi hükmüne göre aracı bir işte veya bir işin bölümü veya eklentisinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran 3. kişi olup; asıl işveren taşeron ilişkisinin varlığı için öncelikle işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka ifade ile asıl işverenin işverenlik sıfatına devredilen iş dolayısıyla sahip olması, asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir.

İşin belirli bir bölümünün değil de tamamının bir bütün halinde ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatına haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devreden de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir.

Aracı sıfatının kazanılmasında diğer koşullar ise, asıl işverenden üstlenilen işin, asıl iş ya da işyeriyle ilgili işin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinde alınmış olması ve bu işte işi alanın kendi işçilerinin çalıştırılması ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olunmasıdır"¹⁸¹.

B. 5510 sayılı SSGSSK Döneminde: Bilindiği üzere 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) bazı değişiklikler geçirmekle birlikte 506 sayılı SSK'nu yürürlükten kaldırarak onun yerini almış olup halen uygulanmaktadır. Bu

Yasada da alt işverenlik kavramı "alt işveren" adıyla düzenlenmiştir (SSGSSK 11/8 ve 12/son fıkra). Anılan düzenleme bu kez isim bakımından İşK. ile uyumlu gözükmeyle birlikte, içerik bazında kimi farklılıklar taşıdığı kanısındayız.

Burada detayına girmemekle birlikte, bu Yasa bakımından alt işverenlik için de; kendisi de sigortalı çalıştıran bir işverenin (asıl işveren) bulunması, bundan belli şekilde (işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde) iş alan ve aldığı işte kendi sigortalılarını çalıştıran bir başka işveren (alt işveren)'in varlığının zorunlu olduğu söylenebilir, kanısındayız¹⁸².

Yasal düzenleme dikkate alındığında, alt işverenlik için asıl işin bir bölümünde iş alanın İşK. 2/6-7'deki koşullara tabi tutulmadığı ve yine İşK.'daki gibi (Yargıtay ve baskın öğretinin muvazaa diye andığı ama bizim farklı düşündüğümüz) yasaklara tabi tutulmadığı, bu yüzden de işçilerin baştan beri asıl işverenin işçisi sayıldığı yasal örneklerin burada bulunmadığı belirtilmelidir.

Ayrıca, alt işverenin asıl işverenden alıp kendi sigortalılarıyla yürüttüğü, işi yaptığı yerin (alt işveren işyerinin) ayrı bir işyeri olarak bildirimi yerine, çalıştırdığı sigortalıları asıl işverenin işyerinin kayıtlı olduğu dosyadan özel bir numarayla Kuruma bildirmesi öngörülmüştür (SSGSSK 11/8).

Alt işverenin çalıştırdığı sigortalılara karşı Yasanın işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı bizzat alt işverenin işveren sıfatıyla sorumluluk taşıması yanında asıl işverenin de alt işverenle birlikte sorumlu olacağı Yasada açıkça dile getirilmiştir (İşK. 12/son).

Bunun içine sigortalıları, iş kazası ve meslek hastalığını bildirme ve prim belge ve bildirgelerini düzenleyip kuruma verme ve primleri ödeme, iş kazası vs.den sigortalı veya hak sahipleriyle Kuruma karşı sorumluluk hususlarının girdiği tereddütsüzdür¹⁸³. Hatta primleri ödemede gecikme vs. halinde gecikme zammı, faiz vs gibi fer'i yüklerin de girdiği söylenebilir. Lakin, Yasanın alt işverene yüklediği işveren yükümlerinin ihlali halinde uygulanacak idari para cezalarından sorumluluğun da girip girmediği tartışmalıdır ve inceleme konumuz da bu olup aşağıda sunulacaktır.

2. İdari Para Cezalarından Sorumluluk

Gerek mülga 506 sayılı SGK ve gerekse onu izleyen 5510 sayılı SSGSSK alt işverene tıpkı normal bir işveren gibi işveren yükümlülükleri getirmiş ve bunların ihlali halini ise idari para cezalarıyla karşılamıştır (506 sy. SGK. ve SSGSSK 102, 103). Tüm bu idari para cezalarından somut ihlale bağlı olarak ilgili yüküme aykırı davrananın sorumlu tutulacağı öngörülmüştür. Şüphesiz alt işveren sigortalılarına ve onlar dolayısıyla da Kuruma karşı onların işvereni sıfatının bizzat alt işverene ait olduğu, bu yüzden de alt işverenin işveren sıfatıyla idari para cezasından da sorumluluk taşıyacağı tartışmadan uzaktır. Ancak anılan yükümlerin ihlali durumunda kesilecek idari para cezasından asıl işverenin de “ayrıca tek başına” veya “alt işverenle birlikte” sorumluluk taşıyıp taşımayacağı evvelden beri ilgi ve tartışma uyandırmıştır.

Öyle ki, gerek 506 sayılı SGK’da ve gerekse de 5510 sayılı SSGSSK’da öngörülen işveren yükümlülüklerinin ihlali halinde işveren ve/veya alt-asıl işveren deyimleri geçmeksizin, sadece “ilgili yükümü yerine getirmeyen”in (aykırı davrananın) bir miktar idari para cezasıyla karşılaşacağından söz edilmiştir (SGK 140, SSGSSK 102). Örneğin sigortalı bildirgesini vermekle yükümlü tutulduğu halde bunu yasaca öngörülen yollardan biriyle göndermeyenler idari para cezasına tabi tutulmuşlardır (SSGSSK 102/a). Burada anılan idari para cezalarından kimin ya da kimlerin ve hangi sıfatla sorumlu tutulacaklarına dair herhangi bir açıklık yoktur.

Ancak, bunların (ihlal edilen yükümlerin) sosyal sigortalıların işverene yüklediği birer işveren yükümü olduğu ve onun tarafından yerine getirilmesi gerekirken getirilmeyişinin cezayı gerektiren bir ihlal olduğu ve ilgili idari para cezasının da ihlal fiilini gerçekleştiren işverene kesilmesinden doğal bir şey olamaz kanısındayız. Alt işveren sigortalıları bakımından onların gerçek-hukuki işvereni alt işveren olduğuna göre, idari para cezalarından sorumluluğun da sadece alt işverene ait olması gerekir. Asıl işverenin 5510 sayılı Kanun’un işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işverenle birlikte asıl işvereni de sorumlu tutan hükmün (SSGSSK 12/son) bu noktada da birlikte sorumluluk ön-

gördüğünü söylemek, anılan cezaların işveren yükümlülüklerinin ihlalinin yaptırımını olduğu ve işveren yükümlülüklerindense alt ve asıl işverenin birlikte sorumlu tutulduğu düşünülürse akla gelebilir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 506 sayılı SGK döneminde bu yönde bir karar vermişti ve anılan kararda aynen; “506 sayılı Kanun 87. maddesinde, tali işverenin ödeline uymamasının sonuçlarından asıl işverenin de sorumlu olacağı” kuralını koymuştur.

Zira, tali işverenler hayat deneyimleriyle ortadadır ki ekonomik bakımdan asıl işverenlere göre güçsüz kişilerdir. Bunların kişisel olarak sorumlu tutulmaları, gerek sigortalıların ve gerek sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Sigortalar Kurumunun hak ve alacaklarını güvenceye almakta yetersiz olabilir. Bu nedenle, yasa koyucu ortak yükümlerde madde 86 ile tali işverenlerin ödevlerine uymamalarının yaptırımlardan güçlü asıl işverenleri de müteselsil sorumlu tutan, sosyal güvenlik hukukunun isteklerine uygun düşen bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenleme gereğince, Kurumun parasal hak ve alacaklarından, ihale makamından iş alan asıl işverenler de sorumludur. İşte, asıl işveren bu müteselsil sorumluluk gereğince tali işverenin idari para cezasından sorumludur.”¹⁸⁴ denilmiştir.

Ancak bu karar öğretide ceza hukukunun evrensel prensipleri olan “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ve “kusursuz suç ve ceza olmaz” ile “cezaların şahsiliği” ilkelerine aykırılığı nedeniyle eleştirilmiştir¹⁸⁵. Bunun üzerine ve bundan sonra Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tam aksi yönde bir anlayışa meylederek HGK’dan ayrılmış ve öğreti eğilimine uygun bir karar vermişti ve kararda “Süresinde sigorta prim bildirgesi vermeyen ve hakkında idari para cezası kararı verilmiş olan alt işveren Sosyal Sigortalar Kurumu’na karşı sorumlu olup, bundan dolayı ihale makamı olan asıl işverene sorumluluk” yüklenemeyeceği açıkça dile getirilmiştir¹⁸⁶. Öğretide de 10. HD. anlayışı yönünde bir kabul vardı.

506 sayılı Yasa’nın yürürlükte olduğu dönemde yaşanan bu tartışmaların 2008’de yürürlüğe giren 5510 sayılı SSGSSK evresinde yaşanmaması beklenirdi. Ancak yukarıda da

belirtildiği gibi, yeni Yasa da bir takım işveren yükümlülükleri öngörmüş¹⁸⁷ ve bu yükümlülüklerden dolayı alt ve asıl işverenin birlikte sorumluluğundan söz etmiştir (SSGSSK 12/son). Ayrıca anılan yükümlülüklerin ihlali halinde ihlal edenin (kim veya kimler olabileceğini belirtmeden) idari para cezasıyla karşılaşacağını düzenlemiştir (SSGSSK 102). Bundan alt işverenin işveren sıfatıyla sorumluluk taşıyacağı tartışmasızdır ama sorun, tıpkı 506 sayılı SGK dönemindeki gibi bundan asıl işverenin de birlikte sorumlu tutulup tutulmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Sorunu ilginç ve uygulama açısından sıkıntılı kılan husus ise, Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK)'nun yayımladığı 07.06.2010 tarih ve 2010/71 sayılı Genelgesi'nde de yukarıda değinilen HGK anlayışından da söz edilerek, alt işveren için kesilen ve alt işverenin ödemesi gereken idari para cezasından dolayı asıl işverenin de birlikte sorumlu olduğu ve 6183 sayılı Kanun uyarınca bundan dolayı icra takibine muhatap tutulacağı açıkça vurgulanmış olmasındır.

Gerçekten de anılan Genelgede yukarıda değinilen Yargıtay HGK Kararı'nın içeriği aynen verildikten sonra şöyle denilmektedir; "Yargıtay'ın asıl işverenin sorumluluğu ile ilgili muhtelif kararlarında da "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısıyla müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

Buna göre, alt işverenin kanun ile işverene yüklenen sorumlulukları yerine getirmemesi nedeniyle prim borçlarının yanı sıra kurum tarafından uygulanan idari para cezalarından da asıl işverenin sorumlu olduğu, bu sorumluluğun da müşterek ve müteselsil sorumluluk olduğu Yargıtay'ın yerleşik içtihadıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararındaki asıl işverenin kanuni sorumluluğunu düzenleyen bu hüküm, 506 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu'nda olduğu gibi 5510 sayılı Kanun'da da aynen korunmuştur.

Öte yandan, 6183 sayılı Kanununun 55. maddesinin birinci fıkrasında; "Amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bu-

lunmaları lüzumu bir "ödeme emri" ile tebliğ olunur"¹⁸⁸.

Ancak gerek bunun temelindeki HGK kararı ve gerekse bu Genelge hükümleri öğretide haklı olarak eleştirilmektedir¹⁸⁹.

Bize göre de; SSGSSK çerçevesindeki Yasaca öngörülen işveren yükümlülüklerinin ihlali (hukuki sorumluluk dışında) bağlanan bir başka sonuç, idari para cezasıdır ama adı idari para cezası da olsa neticede bu yaptırım bir cezadır ve sırf Kurum'a (devlete) karşı bir sorumluluktur. Anılan yaptırımın sonuçta bir cezai yaptırım olması nedeniyle idari eylemi/suç kim işlediyse, cezai sorumluluğun da ona ait olması gerekir. Ceza sorumluluğunun kişiselliği bunu gerektirir. Anılan işveren yükümlülüklerinin gerçek sahibi ve somut olayla ilgili işveren sıfatı alt işverene ait olduğundan bunların ihlali bağlanan idari para cezalarından sorumluluğun da alt işverene ait olması doğaldır. Alt işveren yanında birlikte veya ayrıca bağımsız biçimde asıl işverenin de bundan sorumlu tutulabilmesi için, (tıpkı İşK. 98/1 gibi) bunu açıkça öngören bir Kanun hükmünün varlığı şarttır. Zira "kanunsuz suç ve ceza olmaz" biçimindeki evrensel ceza hukuku prensibi TCK'da da vardır (TCK 2/1) ve olayımızda aynen geçerlidir. Ayrıca kıyas veya yorum yoluyla suç ve ceza yaratılamayacağından (TCK 2/3), gerek idari makamların ve gerekse yargı yerlerinin kanunun açıkça suç saymadığı ve ceza vermediği bir eylemi suç ve onunla genel bir bağlantısı olan asıl işvereni de suçlu sayarak cezaya tabi tutması hukuka aykırıdır. Keza bu sav, yukarıda değinilen HGK kararından esinlenerek alt işveren için öngörülen idari para cezasından asıl işvereni de onunla birlikte sorumlu tutan SGK ve 07.06.2010 tarih ve 2010/71 sayılı Tebliği açısından da geçerlidir. Çünkü söz konusu Tebliğ idarenin (SGK'nun) bir düzenleyici işlemi olup, bizzat TCK'nun açık hükmü gereği "idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" (TCK 2/2). İş hukukunda olduğu gibi sosyal güvenlik hukuku bakımından da işveren yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle uygulanacak idari para cezalarından asıl işverenin alt işverenle birlikte yahut ondan bağımsız biçimde ayrıca münferiden sorumlu tutulabilmesinin

tek yolu (tıpkı İŞK. 98/1 gibi) bunu açıkça öngören teknik–hukuki anlamda bir kanun hükmüyle böyle bir sorumluluğun getirilmesidir. Aksi halde, asıl işverenlerin genelde alt işverene nazaran ekonomik açıdan daha kuvvetli olması vs. gibisinden gerekçeler yargı yerlerinin yahut idarenin yorum ve/veya kıyas yahut düzenleyici işlemle suç ve ceza öngörmesine ve yaratmasına imkan vermez. Aksine eğilim TCK 2 hükmünde düzenlenen ve yukarıda dile getirilen ilkelerin hiçe sayıldığı hukuka aykırı bir tutum olur. Bu yüzden temennimiz; kanun koyucunun ya açıkça bu konuda asıl işvereni de sorumlu tutan net bir kanun hükmü getirmesi ya da bu yapılmadığı sürece yargı yerlerinin ve idari makamların kendi kendilerine suç-ceza ve sorumluluk türetmekten vazgeçmeleridir.

DİPNOTLAR

- 1 Bu konuda bkz. S. Şen, Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri, 2. Bası, İstanbul 2002, 152 vd. A. Güzel, Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri, ÇİD, Eylül 1993, 6 vd. Akyiğit, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, 3. Bası, Ankara 2008, md. 2, 87 vd. N. Ekin, Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren, İTO yy.93-94. İ. Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 153 vd. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 162-185. Akyiğit, Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı, Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010, 1-38. Akyiğit, Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, Sicil/Mart 2010, 138-159. Güven/Aydın, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2010, 5-58. H. Sümer, İş Hukuku Uygulaması, 3. Bası, Konya 2009, 18-34. Alt işverenliğin bu sayılanlar dışında, aslında despotik bir emek rejimi olduğunu dile getirenler de vardır (Bkz. G. Yücesan-Özdemir, Despotik Bir Emek Rejimi Olarak Taşeron Çalışma, ÇİŞTopD.210/4, 35-49. Canbolat, Borçlar Hukuku Bakımından Alt İşveren (Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri/Belek-Antalya) Ankara 2010, 3-43. Akyiğit, İş Hukuku Bakımından Alt İşverenlik (Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri/Belek-Antalya) Ankara 2010, 43-56. Şahlanan, İş Hukuku Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri/Belek-Antalya) Ankara 2010, 125-137.
- 2 Eser sözleşmesi hakkında bk. P. Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl. Zürich 1977, 21 vd. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., Besond. Teil, 1. Halbd. München 1986, § 53, I vd. Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İst. 1992, 346 vd. Ayrıca bkz. <http://de.wikipedia.org/wiki/Subunternehmer> (erişim tarihi; 21.04.2010).
- 3 Alt işveren ilişkisine dair fazla bilgi için bkz. T. Canbolat,

- Türk İş Hukukunda Asıl-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, 1 vd. Akyiğit, İş K. 2, 86 vd. ile orada anılanlar. Akyiğit, İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010, 59 vd. N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul 2010, 45 vd. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 133 vd. C. Şafak, 4857 sy. İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBB D. Sy, 51, 2004, 111-132. İ. Aydın, İşverenin Sosyal Teması ve İş İlişkilerinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, 162-183. A. Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, ÇİŞ. ve Toplum 2004/1, 31-65. P. Soyer, 4857 sy. İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil/Mart 2006, 16-28. S. Şen, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, ÇİŞ. ve Top. 2006/3, 71-97. N. Gerek/İ. Oral, Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, Sicil/Mart 2006, 29-35. Akyiğit, İş Güvencesi, Ankara 2007, 39 vd. İ. Aydın, 153 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 2 vd.
- 4 Akyiğit, İş K. 2, 88 vd.
- 5 Akyiğit, İş K. 2, 88 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 2 vd. Buna sonraki işveren (Nachunternehmer) adı da verilmektedir (bkz. <http://de.wikipedia.org/wiki/Subunternehmer>).
- 6 Akyiğit, İş K. 2, 88.
- 7 T.C. Bu sözleşmeyi 04.12.1960 tarih ve 161 sy Kanun ile kabul etmiştir. (RG.21.12.1960) Akyiğit, İş K. 2, 87. UÇÖ bu sözleşmeyle ilgili 84 nolu tavsiye kararına da sahiptir. Aslında işçiler bakımından önemli hükümler içeren bu sözleşmeyi sadece 60 ülke onaylamış ve maalesef onlarda bile yeterince uygulamaya sokulmamıştır. Bu yüzden UÇÖ bu sözleşmenin onaylanmasını ve uygulanmasını yaygınlaştırmak için öneride bulunmaya hazırlanmaktadır. (Bkz. Kamu Sözleşmelerinde Çalışma İlişkileri ve 94 Sayılı İLO Sözleşmesinin Uygulanma Sorunları, Sendikal Notlar/Tmz 2009, 98-117. çev. M. K. Coşkun.)
- 8 Akyiğit, İş K. 2, 88-89.
- 9 Krş. Ekin, 93 vd, 149.
- 10 Tüm bu konularda bkz. Akyiğit, İş K. 2, 89 vd. ile orada anılan kaynaklar.
- 11 Yeni yasa çerçevesindeki alt işverenlikle ilgili olarak genel kitaplar dışında bkz. C. Şafak, 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBB Dergisi, sy. 51, 2001, 111-132. A. Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, ÇİŞ. ve Top. D. 2004/1, 31-66. M. Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, LegalİSGHD. 2004/2, 383-400. Ş. Taşkent, Alt İşveren, Legal İSGHD. 2004/2, 363-366. Akyiğit, Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı, Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010, 1-38. Akyiğit, Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, Sicil/Mart 2010, 138-159. Ş. Çil, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi (İş Hukukunda Üçlü İlişkiler) İstanbul 2009, 4-60.
- 12 Bkz. N. Tarcan, Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, Sicil/Eylül 2006 86-91; Ö. Ekmekçi, Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, Legal İSGHD 2006, 1176 vd.; krş. Çankaya/Çil, 4857 sy. İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt

- İşveren İlişkisi, Sicil/Eylül 2006, 69; Mollamahmutoğlu, 184-185; Akyiğit, Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, Sicil/Mart 2010, 138 vd. ve 9. HD. 19.02.2009-33290/2942.
- 13 9. HD. 19.02.2009-33290/2942; 14.07.2008-1929/20008.
- 14 RG 27.09.2008, No; 27010.
- 15 Bkz. T. Bayhan, THD/Mayıs 2009, 65-69.
- 16 Bkz. A. Güzel, Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru, ÇİŞ. Top. D. 2010/4, 15-28; Şakar, Ölçüüstü Taşeronlaşmaya Karşı Önlemlerde Geri Adım, ÇİŞ. Top. D. 2010/4, 29-33; F. Tuncel, Alt İşverenlik Konusunda Neler Oluyor? ÇİŞ. Top. D. 2010/4, 51-54; N. Okcan/O. Bakır, "İşletmenin ve İşin Gereği Taşeronlaştırma" Taşeron Cumhuriyetine Doğru, ÇİŞ. Top. D. 2010/4, 55-73).
- 17 Bkz. Röhsler, Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, 259 vd. Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 68-73. Akyiğit, İşK.2, 90. Arslanoğlu, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü İlişkiler, İstanbul 2005, 53 vd. Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, 13 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 4. Krş. Aydın, 158-159.
- 18 Bkz. Akyiğit, Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı, Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010, 1-35. Ekmekçi, İş K. Tasarısı, 132, 134. Çelik, İş Hukuku, 49-50 ile krş. Güzel, Alt İşveren, 57.
- 19 Bu yönde Şahlanan, Genel Hükümler ve Temel Kavramlar, (Yeni İş Yasası Semp.) İstanbul 2003. Akyiğit, İş Hukuku, 62 vd. Süzek, 137.
- 20 Akyiğit, İşK.2, 90-91. Akyiğit, Alt İşverenlik, 6. Demir, 33-34. Aydın, 160. Sümer, Uygulama, 20. Ancak asıl işveren olabilmek için, işin tamamında değil, alt işverene verilenin dışındaki kısımlarda işçi çalıştırmak gerekli ve yeterlidir (Krş. Mollamahmutoğlu, 167. Yazar alt işverene kısmen devrettiği işin tamamında işçi çalıştırmayı aramaktadır).
- 21 HGK. 25.05.1995, 9-273/548.
- 22 9. HD. 09.10.2003-3219/16714.
- 23 Akyiğit, İşK.2, 91. Bir fark İş K. 36 hükmünün zorunlu şekilde mi yoksa ihtiyari olarak mı uygulanacağı noktasında kendisini gösterir. Ayrıca 2006'da yapılan değişiklik sonucu İş K. 2'ye eklenen 8 ve 9'uncu fıkra hükümleri bakımından da bir sıkıntı yaşanmaktadır ve yasal bir önlem alınmadığı takdirde daha da yaşanacak gibidir. (Güven/Aydın, 56 vd.) fakat bunun alt işverenlik konusunda kamu işverenleriyle özel kesim işverenleri arasında herhangi bir fark yaratmadığını söyleyebiliriz (Bkz. Akyiğit, Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, Sicil/Mart 2010, 138-159)
- 24 Aslında bu noktada alt işverenin ve alt işveren işçilerinin de tüm işyerinin İş K.'ya tabiliği açısından çalışan/işçi sayısına katılıp katılmayacağı da bir muammadır. Sanırız sorunun çözümünde dürüstlük kuralının rolü göz ardı edilemez. (Akyiğit, Alt İşverenlik, 6, dn. 18) Benzer muamma işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalışma yükümü (İşK.81) ile iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümü (İşK.80) için aranan en az 50 işçi sayısı bakımından da söz konusudur. (Bkz. Engin; Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı (İB-GSÜ İş ve Sos. Güv.Hukuku 2008 yılı 12.toplantısı, İstanbul 2009) 20-23.
- 25 Krş. AİY 4/a ve Çil, Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 10-11.
- 26 Bkz. Akyiğit, Alt İşveren, TÜHİS semineri, Antalya 2010, sf. 26 ile krş. AİY 4/a ve Çil, Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 10-11.
- 27 Anılan yasalarda İş K.'dakine benzer bir kural bulunmadığından, onlar kapsamındaki böyle bir ilişkinin nasıl değerlendirileceği sorunuyla karşılaşılır. Menfaatler dengesine de uyan bir ihtimal, 4857 sayılı İş K. hükümlerinin bunlara da örneksime yoluyla uygulanmasıdır.(Akyiğit, Alt İşverenlik, 7, dn. 19. Farklı yönde bkz.Çankaya/Çil, 27)Ancak bu yapılırken, asıl işin bir bölümünde işyerine ve işletmeye ait gerekler ile teknolojik uzmanlık gerekçelerinin varlığı ve birlikteliği aranmamalıdır.Bu noktada,5510 sy. Kanundaki daha liberal düzenlemenin (SSGSSK.12/son fıkra) baz alınarak uygulanması isabetli gözüktür. 5510 sy. yasa hükümlerinin hangi yasaya bağlılığına bakılmaksızın bütün işçilere ve işverenlerine uygulandığı dikkate alınır, bu sav yasal bir dayanağa da kavuşmuş olur.
- 28 Aydın, 160 dn. 76.
- 29 Fazla bilgi için bkz. T. Yalçınduran, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, 27 vd.
- 30 Sümer, Uygulama, 20.Yalnız BK'daki asıl müteahhit ve alt müteahhit kavramlarıyla İş K.'daki asıl işveren-alt işveren kavramlarının çoğu kez birbirinden farklı anlamlar taşıdığı gözden ırak tutulmamalıdır. Örneğin alt müteahhit (taşeron) olabilmek için sadece bir başka müteahhitten iş alınması gerekli ve yeterlidir. İşin asıl sahibinden iş alan müteahhit ise asıl müteahhit (ilk müteahhit) olarak anılır (Benzer biçimde bkz. Yalçınduran, 29).
- 31 Akyiğit, Alt İşverenlik, 8.
- 32 Akyiğit, İş Hukuku, 62-63. Fakat Bilim Komisyonu Taslağında (Bil. Kom. Tas. 1/Ç) böyle bir sınırlama öngörülmemiştir. Anılan sınırlamalar sadece 1475 sy. İşK'da değil, ilk iş yaşamız olan 3008 sayılı İşK'daki alt işverenlikte de aranmıyordu.Gerçekten anılan yasadaki konu "işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü şahsın aracılığı ile işe girmiş ve üçüncü şahıs ile sözleşme aktetmiş iseler, bu araçlar da asıl işverene müştereken ve müteselsilen sorumludurlar" biçiminde bir düzenlemeye yer vermişti (3008 sy İşK.1/4) Bunun açıklanmasında ise;aracının asıl işverene işçi temin eden mutavassıt birisi olmadığı, işverenden aldığı işi işçileriyle birlikte yapan birisi olduğu ve halk dilinde taşeron diye anıldığı dile getiriliyordu (Bkz. Ö. Malkoç, İş Kanunu Şerhi, İstanbul 1957, md.3, sf.3). Ancak alt müteahhit denildiği de görülmekteydi (Saymen,Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 456).
- 33 Öğretide bir görüş, alt işverenliğin yalnızca yardımcı işlerde caiz görülmesinin doğru olacağı yönündedir. (A. Pesok, Yeni İş Kanunu Semp. 47. Gençliğinde bu görüşte Çankaya, Aynı Semp. 53).
- 34 Çil, Uygulama, 13.
- 35 Akyiğit, İşK.2, 92.Yardımcı işlerde yaşanan alt işverenlik örneği olarak bkz. 9 HD. 22.03.2005 – 14236/9380. Ayrıca öğretide bkz. Mollamahmutoğlu, 138.
- 36 9. HD. 14.05.2007-3132/14914.

- 37 Ekonomi, İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, Kamu – İş D. Nsn. 2000, 340-341. C. Şafak, 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBBD. 2004/51, 116. Akyiğit, İş K. 2, 92 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 8-9.Centel, İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekan Sorunu, Sicil/Mart 1008, 5-10.
- 38 Şahlanan, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansları (Türk-İş yy.) 2003, 97. Şafak, 116-117. Akyiğit, İş K. 2, 93 vd.
- 39 Bkz. Akyiğit, Alt İşverenlik, 9; Akyiğit, Kamuda Muvazaa, 147 ve krş. Aydınli, 163.
- 40 TBMM Tutanak D. C. 15, 48 K 15.
- 41 Bu yönde Özveri, 394.
- 42 Tam aksi yönde bkz. Şen, Asıl İşin Bölümü, 92.
- 43 Özveri, 393 vd. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 31. Taşkent, Alt İşveren, 364. Akyiğit, İş Hukuku, 63. Akyiğit, Kamuda Muvazaa, 148 vd. Sümer, Uygulama, 24.
- 44 Taşkent, Alt İşveren, 364. Akyiğit, İş Hukuku, 63. Çelik, Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları, Sicil/Mart 2009, 83-91 (87). Akyiğit, Alt İşverenlik, 9. Bunları birlikte arar şekilde bkz. 9. HD. 27.03.2006 – 4860/7479; Bkz. 9. HD. 14.05.2007-3132/14914; 14.09.2006-24492/22445.
- 45 9. HD. 05.05.2008-15362/11408.
- 46 9. HD. 10.04.2008-12851/8003.
- 47 Ekmekçi, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Tmz 2003, 134. Şahlanan, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları, Ankara 2003, 71 (yy. Türk-İş). Şahlanan, Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk, TİD. Hukuk/Mart 2007, 2-4. Süzek, 140. Şen, İşin Bölümü, 81 vd. Kaplan/Ancı/Aktay, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, 68. Güven/Aydın, 54.
- 48 Şahlanan, 4857 sayılı Kanun, 79. Konuyla ilgili bir kararda bu anlamda olarak Yargıtay'da şöyle demektedir; "4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesinde getirilen kural, asıl işin bölünerek alt işverene verilememesidir. Ancak asıl işin bir bölümünün 'işletmenin ve işin gereği' veya 'teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler' olması halinde alt işverene verilmesi olasıdır" (9.HD.10.04.2008-12851/8003) Yukarıda da dile getirdiğimiz gerekçelerle bu kararın isabetli olmadığını düşünüyoruz. Zaten Yargıtay'da isabetsizliğini kabullenmiş olmalı ki, sonraki kararlarında bu anlayıştan vazgeçmiştir.
- 49 Şafak, 119. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 169 vd. Krş. S. Şen, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, (ÇİŞ. ve Top. D. 2006/3, 71-98) 92 vd.
- 50 Şen, Asıl İşin Bölümü, 92 vd.
- 51 Bkz. E. Çubukçu, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, TÜHİS/Mayıs-Ağustos 2010, 46.
- 52 Güzel, Güvencesiz Sistem, 17-28; Tuncel, 52-54; Okcan/Bakır, 55-73.
- 53 Şakar, Ölçsüz Taşeronlaşma, 33.
- 54 Bkz. 9.HD.01.03.2010-48077/5206; 01.03.2010-48423/5247; 19.02.2009-33290/2942; 05.05.2008-15362/11408.
- 55 Bkz. Sakarya 1. İd. Mhk. 31.12.2004, 257/1121.
- 56 Bkz. 9. HD. 11.07.2005-18822/24469.
- 57 9. HD. 21.01.2010-41520/669; 21.04.2008-13508/9251.
- 58 Bkz. 9. HD. 06.03.2006-36851/5432; 27.02.2006-2371/4767.
- 59 9. HD. 22.10.2007-17306/31062.
- 60 Şen/Naneci, 29.
- 61 Akyiğit, İşK. 2, 95; Akyiğit, Alt İşverenlik, 12.
- 62 Güzel, 45.
- 63 Güzel, 44.
- 64 Akyiğit, İşK. 2, 94.
- 65 Konuya dair bkz. Akyiğit, İşK. 2, 95 vd.; Akyiğit, Alt İşverenlik, 13; Aydınli, 165; krş. Mollamahmutoğlu, 2. Bası, 138; Şen, Alt İşverenlik, 80-81; son yazar bunun eşitlik ilkesine aykırılığı kanısındadır).
- 66 1475 sayılı İş K. döneminde savunulan bir görüş; alt işverene verilen işin 30 günden fazla sürmesi halinde alt işverenliğin ve asıl işverenin sorumluluğunun oluşacağı yönündeydi (Bkz. Eyrenci, Seminer 94, 7-8. Şen, Yargıtay Kararları, 47). Ancak bu görüş 1475 sy. İş K.'na aykırı düşmekteydi (Bkz. 1475 sayılı İş K. 8/2).
- 67 Bu yönetmeliğe yönelik eleştiriler için bkz. Centel, Alt İşverenlik Yönetmeliği, İşvD. Kasım 2008, 56 vd.; Alpagut, Alt İşverenlik Yönetmeliğinin Hukuka Aykırılığı Üzerine, İşvD. Kasım 2008, 58-62.
- 68 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 139.
- 69 Taşkent, Alt İşveren, 365. Özveri, 393. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 31. Şahlanan, 4857 sayılı Kanun, 71. Şen, Yeni Alt İşverenlik, 89. Yargıtay'ın da bu yönde bir kararı için bkz. 9. HD. 27.03.2006 – 4860/7479.
- 70 Bu gerekçenin Bilim Komisyonunca hazırlanan taslağın ilgili madde (md. 1) gerekçesiyle kelimesi kelimesine aynı olduğu da belirtilmelidir. Bu tutum yukarıda değinilen öğreti düşüncesinden farklıdır. Zira öğretilde, asıl-yardımcı iş ayırımına gidilmeden böyle bir yasaktan bahsedilirken, gerekçe yasağı sadece asıl işe özgüleyerek, yardımcı işlerde asıl işveren işçisinin de bulunmasını caiz görmektedir, denilebilir. Kaldı ki yardımcı işlerin alt işverene verilebilmesi için uzmanlık vs. aramayan yasal düzenlemenin de buna ışık tuttuğu söylenebilir.
- 71 Ekmekçi, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Marmaris 2002, 66. (yy. – Türkiye Toprak Seramik-Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası).
- 72 9. HD. 03.04.2007, 10545/9282.
- 73 Akyiğit, İşK. 2, 98.
- 74 Şen, Taşeronluk (Alt İşverenlik) Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Tühis, Kasım 97/Şubat 98, 40.
- 75 Akyiğit, İşK. 2, 98.
- 76 9. HD. 19.01.2009-16527/50; 25.12.2008-33274/35297.
- 77 9. HD. 18.01.2010-14578/295; 25.12.2008-33274/35297 ve Demir, Alt İşverenler Arası Devre İlişkinin Karar İncelemesi, Sicil/Aralık 2009, 77 vd.

- 78 Bkz. Sümer, 104-111.
- 79 Bkz. 9. HD. 29.01.2007-16814/983.
- 80 Bkz. Alpagut, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Feshi, 295-299.
- 81 Bkz. Demir, Sicil/Aralık 2009, 84-85.
- 82 Akyiğit, İş K. 2, 98; Akyiğit, Alt İşverenlik, 17-18.
- 83 Fakat bu ihtimalde de ilginç bir durumla karşılaşılır. Bu iş asıl işverenden (işin sahibinden) alan ilk alt işveren asıl işverenin işyerindeki “yardımcı iş” niteliğiyle alıp kendi işyerinin “asıl işi” haline getirmiş demektir. Şimdi kendisi bunu bir başkasına kısmen vermeye kalktığına, “asıl işin bir bölümünde” iş veriyor olacaktır. Bunun içinse, aldığı bu işin bölümlere ayrılabilir olması gerektiği gibi bölündüğünde bile o bölümün “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği için başkasına veriliyor olması da aranır. Bu ise kendi alt işverenliğinin geçersizliğine götürülebilir.” (Akyiğit, İş K. 2, 99. Akyiğit, Alt İşverenlik, 18, dn, 47).
- 84 Öğretide bu tür ihtimallere değinilmeden, alt işveren verilen işte artık alt işveren işçileriyle birlikte asıl işverenin işçilerinin çalıştırılmayacağı dile getirilmektedir (Şahlanan, 4857 sayılı İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Ankara 2003, 71 (yy. Türk-İş). Şen, Yeni Yasada Alt İşverenlik, 89. Özveri, 393.
- 85 Bkz. Canbolat, 29-30. Akyiğit, İş K. 2, 98 vd.
- 86 9. HD. 21.01.2010-41520/669; 25.01.2010-32292/1149.
- 87 9. HD. 22.06.1989, 2846/5844; 02.02.1990, 11580/7417 ve öğretisi olarak bkz. Şen, Yargıtay Kararları, 41. Ekonomi, Devir, 336. Güzel ise bunun mümkün olmadığı kanısındadır. (Güzel, 39-40).
- 88 Canbolat, 24 vd.
- 89 Krş. Mollamahmutoğlu, 2. Bası, 138 ve Aydın, 184-185.
- 90 Akyiğit, İş K. 2, 101 vd. ve orada anılanlar Aydın, Edimden Bağımsız, 164.
- 91 Çelik, 51.
- 92 Bkz. Uygur, 268 ve Canbolat, 24.; O. G. Çankaya'nın 9. HD. 09.07.2002-10934/11875 sy. Karara yazdığı karşı oy yazısı; Çankaya/Çil, 115.
- 93 Bkz. Mollamahmutoğlu, 172 ve 179.
- 94 Bkz. E.Çubukçu, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, Tühis, Mayıs/Ağustos 2002, 17 vd. (20).
- 95 9. HD. 19.01.2009-16527/50.
- 96 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku (1.bası), 135-136, Hatta bu anlayışta, asıl işverenden iş alınan yerin alt işveren için bağımsız bir işyeri sayılmayacağı da dile getirilmektedir (Bkz. Mollamahmutoğlu, 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, Kamu-İş D. 2004/4, 5).
- 97 Akyiğit, İş K. 2, 101. Nitekim gerek Bilim Komisyonu Taslağının (Md. 3/2) ve gerekse Hükümet Tasarısının (Md. 3/2) konuyla ilgili gerekçelerinde de bu savımızı doğrular nitelikte açıklamalar vardır. Gerçekten de Hükümet Tasarısı Gereğesine göre; “maddenin ikinci fıkrasında asıl işveren – alt işveren ilişkisinin oluşması halinde, alt işveren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarıyla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için, onun da kendi adına kurduğu bu işyeri için gerekli bildirimleri yapması öngörülmüştür.” Kelimesi kelimesine aynı anlayışın Bilim Komisyonu gerekçesinde de yer aldığını söyleyebiliriz.
- 98 M. Şen/A. Naneci, Asıl İşveren–Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, Sicil/Eylül 2009, 24-53 (26).
- 99 Krş.9.HD.19.02.2009-33290/2942.
- 100 9. HD. 28.04.1994, 9686/9146 (Şen, Yargıtay Kararları ve Alt İşverenlik, 51; Oysa gerçekte alt işveren ve işveren vekili kavramları birbirinden oldukça farklı olgulardır (Bkz. Canbolat, 35 vd.).
- 101 Bkz. 9. HD. 08.07.2004-17098/17431.
- 102 Akyiğit, Alt İşverenlik, 21.Aynı yönde bkz. B.Uzun, Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul 2004 (yy. İTO) 30. Fakat bunun da alt işveren olmak isteyen bir gerçek kişiyle tüzel kişi arasında yapılmış haksız bir ayırım olduğu açıktır (Akyiğit, İş Hukuku, 64).
- 103 Gerçekten de yasa hükmünde önceden orada işçi olarak çalışmaktan söz edilmediği halde, (krş.Şen/Naneci, 37) bir anlayış, o işyerinde işçi olarak çalıştırılmanın yasaklandığı yönündedir (Bkz. Şafak, 126. Demir, 41-42. Ekmekçi, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları (yy. Türkiye Toprak – Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası) Marmaris 2002, 67.Mollamahmutoğlu,181. Çil,Uygulama,20-21).
- 104 Akyiğit, Alt İşverenlik, 21-22.
- 105 Bkz. Çankaya/Çil, 26-27.
- 106 Akyiğit, İş Hukuku, 64 ve Akyiğit, İş K. 2, 102.
- 107 Akyiğit, Alt İşverenlik, 22; Çankaya/Çil, 27.
- 108 Akyiğit, İş Hukuku, 74; Akyiğit, Alt İşverenlik, 22; Krş. Çil, Uygulama, 22.
- 109 Akyiğit, Alt İşverenlik, 22.
- 110 Akyiğit, Alt İşverenlik, 23.
- 111 Çankaya/Çil, 26-27, farklı yönde bkz. Arslanoğlu, 116.
- 112 Akyiğit, Alt İşverenlik, 23 ve Çankaya/Çil, 24-25.
- 113 Akyiğit, İş K. 2, 102; Akyiğit, İş Hukuku, 64; Çelik, Alt İşveren, Sicil/Mart 2009, 87.
- 114 Canbolat, Borçlar Hukukunda Alt İşverenlik, 34.
- 115 Bkz. 9. HD. 08.07.2004-17098/17431).
- 116 Şen, Yeni Yasada Alt İşverenlik, 91-93. Mollamahmutoğlu, 182.
- 117 Özveri, 397. Taşkent, Alt İşveren, 366. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 32. Başbuğ, Dolaylı Temsil, 25 vd. 34.
- 118 Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 20 vd. Bazı yazarlar da, bunu bir muvazaa hali saymakla birlikte her olayda muvazaa sayılmayacağını belirterek bu anlayışla paralellik göstermektedir (Mollamahmutoğlu, Yeni İş K. 6-7 ve Aynı Yazar, İş Hukuku, 143.).
- 119 Bkz. Çelik, İş Hukuku, 54. Akyiğit, İş Hukuku, 64. Güzel, Alt İşveren, 59.Çelik, Alt işveren, 88-89. Çankaya/Çil,24-25. Sümer, Uygulama, 32-33.

- 120 Akyiğit, İşK. 2, 103; Canbolat, Borçlar Hukukunda Alt İşverenlik, 34.
- 121 Akyiğit, Alt İşveren, 24.
- 122 Akyiğit, Alt İşverenlik, 25.
- 123 Mollamahmutoğlu, 173; Akyiğit, Kamuda Muvazaa, 150.
- 124 Taşkent, Alt İşveren, 364.
- 125 Bkz. E.Akyiğit, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, Akyiğit, İş K. 7, 366 vd.
- 126 Akyiğit, İşK. 2, 104; Akyiğit, Alt İşverenlik, 26.
- 127 M. Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İHSGHD. 2004/2, 390. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 173-174. Taşkent, Alt İşveren, 364. Aydınli, Edimden Bağımsız. 165. Kaplan/Arıcı/Aktay, 68. Aydınli, 186. 1475 sayılı İşK döneminde bu yönde bkz. 9.HD. 25.06.1992-6240/7357.
- 128 Çelik, 52. Canbolat, Alt İşveren-Münhasıran İşçi Çalıştırma-Asıl İşverenin Sorumluluğu, İHD. Ocak/Mart 1993,89-93. Çil, Uygulama,18-19.
- 129 9. HD. 16.05.2006, 12211/14817.
- 130 Bkz. 9. HD. 20.01.2007-16814/983.
- 131 9. HD. 25.01.2010-32292/1149.
- 132 Sadece o işçilerin alt işverenlik dışında kalacağı yönünde bkz. Çankaya/Çil, 22.
- 133 Akyiğit, Alt İşverenlik, 27.
- 134 9. HD. 02.05.2005-26565/15184.
- 135 Bkz. 9. HD. 29.01.2007-16814/983.
- 136 Bu anlamda bkz. Canbolat, Alt İşveren, 69 ve Aydınli, Alt İşveren, 193-194.
- 137 9. HD. 25.01.2010-32292/1149.
- 138 9. HD. 09.11.2005-3095/35533; Çankaya/Çil, 54-55.
- 139 9. HD. 26.11.2007-38695/35306.
- 140 Çankaya/Çil, 22.
- 141 Şahlanan, Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları (yy. Türk-İş) 103.
- 142 Öğretide, alt işverenliğe uzmanlık gerektirse de geçici bir iş için gidilemeyeceğini işin sahibinin böyle bir durumda alt işverenlik yerine belirli süreli sözleşmeyle işçi alıp işi onlarla yapması da önerilmektedir (Özveri, 395). Usulünce kurulan alt işveren ilişkisi çerçevesinde objektif nedenlerin varlığı halinde işçilerin belirli süreli sözleşmeyle çalıştırılabileceğine dair bkz.Çankaya/Çil,33.
- 143 S. Şen, Yeni İş Yasasında Alt İşverenlik, Sendikal Notlar, 95-96.
- 144 Akyiğit, İş K. 2, 107. krş. Çelik, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu) Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası yy.) Çeşme 2003, 80. Yazar, yasanın "belirli süreli iş sözleşmesi biçimindeki ifadesinden (İş K. 11/2) hareketle, sözleşmenin bir defa yapılması durumunda haklı neden aranmadan (yani isteğe bağlı olarak) belirli süreli yapılabileceği kanısındadır (Fakat krş. Çelik, İş Hukuku, 89).
- Sonuç itibariyle aynı paralelde bkz. Demir, 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, Mercek, Temmuz 2003, 93.
- 145 9. HD. 21.11.2006-22123/30722.
- 146 9. HD. 12.10.2004-6408/22998; 06.11.2006-6987/29011.
- 147 Bkz. 9. HD. 17.03.2009-10725/7052.
- 148 Bkz. Şahlanan, TİD/Kasım 2007 Eki, 2-4; Çankaya/Çil, 38-39; Demir, Alt İşverenler Arası Devre İlişkin Karar İncelemesi, Sicil/Aralık 2009, 84-85.
- 149 Bkz. Sümer, Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları, Sicil/Eylül 2009, 104-111.
- 150 Bir uygulama örneği olarak bkz. 9. HD. 27.01.2004, 9585/1296.
- 151 Şafak, 124. Demir, 41 vd. Akyiğit, İş K. 2, 108. Krş. Şahlanan, Yeni İş K. Konf. Notları, 72. Yazara göre; asıl işverenin işçilerinin taşeronla geçirilmesi suretiyle yapılan alt işveren ilişkisi yasaklanmaktadır.
- 152 Bkz. 9. HD. 11.07.2005-18822/24469.
- 153 Bkz. 9. HD. 15.05.2006-11741/14066.
- 154 9. HD. 29.05.2006-13218/15765.
- 155 Bkz. 9. HD. 16.04.2007-9474/10635.
- 156 9. HD. 11.07.2005-18822/24469-Çankaya/Çil, 65-66.
- 157 Bkz. Ş. Çil, İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, C.I, Ankara 2007, 60 ve Mollamahmutoğlu, 181.
- 158 Akyiğit, Alt İşveren, 30.
- 159 Çelik, 50.
- 160 Aynı şekilde bkz. Çelik, İş Hukuku, 50. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 21. Krş. Güzel, 39-40.
- 161 Akyiğit, Alt İşverenlik, 31.
- 162 Bkz. Çankaya/Çil, 26.
- 163 Konuyla ilgili bir uygulama örneği olarak bkz. 9. HD. 06.02.1992, 12745/1125 (Akyiğit, 1475 sy. İş K. Şerhi, Md. 1, 167.
- 164 Akyiğit, Alt İşverenlik, 31.
- 165 Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 21. Özveri, 397 vd. Yargıtay'a göre de işçinin ilave tediye alacağından mahrum kalması bile hak kısıtlaması olarak görülmelidir. (9. HD. 02.04.2007 – 35368/8918) Bir görüşe göre, "yasa bununla, asıl işverenin ücretleri belli bir düzeye yükselmiş işçileri işten çıkarmalarını; bu işçilerin daha düşük bir ücretle işe alınıp, o yerde çalıştırılmak suretiyle hak kaybına uğratılmalarını önlemek istemiştir." (Taşkent, Alt İşveren, 365) Konunun surf ücretle sınırlanması isabetli gözükmez.
- 166 Krş. 9. HD. 15.05.2006-11741/14066 ve AİY 3/1-g,3; 12/1-g.
- 167 Krş. Canbolat, Borçlar Hukukunda Alt İşverenlik, 33.
- 168 9. HD. 19.01.2009-16527/50.
- 169 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku (1.bası), 135-136, Hatta bu anlayışta, asıl işverenden iş alınan yerin alt işveren için bağımsız bir işyeri sayılamayacağı da dile getirilmektedir (Bkz. Mollamahmutoğlu, 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, Kamu-İş D. 2004/4, 5).

- 170 Akyiğit, İş K. 2, 101. Nitekim gerek Bilim Komisyonu Tasarısının (Md. 3/2) ve gerekse Hükümet Tasarısının (Md. 3/2) konuyla ilgili gerekçelerinde de bu savımızı doğrular nitelikte açıklamalar vardır. Gerçekten de Hükümet Tasarısı Gerekçesine göre; “maddenin ikinci fıkrasında asıl işveren – alt işveren ilişkisinin oluşması halinde, alt işveren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarıyla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için, onun da kendi adına kurduğu bu işyeri için gerekli bildirimleri yapması öngörülmüştür.” Kelimesi kelimesine aynı anlayışın Bilim Komisyonu gerekçesinde de yer aldığını söyleyebiliriz.
- 171 M.Şen/A.Naneci, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, Sicil/Eylül 2009, 24-53 (26).
- 172 Geniş bilgi için bkz. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları, 2. Bası, Sakarya 2005, 8, 180; Akyiğit, İşK. Şerhi, C.II, 3. Bası, Ankara 2008, md. 98-107.
- 173 Canbolat, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren, 219; Aydemir, İş ve Sosyal Sigorta Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2002, 43, 147; Aydın, Alt İşveren, 194, dn. 227, 201; Sümer, Uygulama, 30. Demir, Uygulama, 23; Centel, 68; Canbolat, Borçlar Hukukunda Alt İşverenlik, 36; Çil, Uygulama, 33 ve fakat bir anlayış, cezai sorumluluk aynı zamanda hukuksal sorumluluğa yol açıyorsa, cezai bakımdan da asıl işverenin birlikte sorumluluğu taraftandır (Bkz. Arslanoğlu, 129).
- 174 Bkz. 9. HD. 14.09.1998-5238/5445.
- 175 Bkz. Bayhan, Alt İşverenlikte Muvazaalı Bildirim ve Yapıtırımı Bakımından Sürekli-Süresiz İş Ayrımı Biliniyor mu? THD Mayıs 2009, 65-69.
- 176 Bu yönde bkz. Canbolat, Borçlar Hukukunda Alt İşverenlik, 36.
- 177 Bu yönde bkz. Engin, Asıl-Alt İşveren, 18-19 ve aynı yapıt sf.38'de 9. HD. Başkanı sayın M.Kılıçoğlu'nun açıklamaları.
- 178 Bkz. M. Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Yeni Bası, Ankara 1985, md. 87,597 vd; Canbolat, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı, İHD Nisan/Haziran 1992, 211-229; Z. Erdoğan, Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Kamu İşD. 2004/3 (Yargıç R.Asılanköylü'ye Arm.) 385-394.
- 179 Bkz. K. Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. Bası, İstanbul 1990, 126 ve Güzel/Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1990, 134 vd.
- 180 Bkz. F. Uşan, Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunu'ndan Doğan Borçlarından Sorumluluğu (Kamu İşD. 2002/1) 81-91; U. Aydın, İş Kanunu'nda Alt İşveren-Sosyal Sigortalarda Aracı (İş Müfettişleri Dern. II. Çalışma Yaşamı Kongresi, 26-27 Nisan 2008, Ankara) 123 vd.)
- 181 10. HD. 25.10.2005-10724/11003; 10. HD. 22.10.2002-7203/7876.
- 182 Bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010, 187 vd.; Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, 246 vd.
- 183 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 191 vd. Tuncay/Ekmekçi, 247 vd.
- 184 HGK 12.06.1991, 10-277/359.
- 185 Bkz. A. N. Sözer, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtay'ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (Seminer 91) İstanbul 1993, 176-177 ve Aydemir, 43, 147.
- 186 10. HD. 14.09.1998-5238/5445; YKD Şubat 1999, 197-198; 10. HD. 15.05.1990-8112/4602; YKD Haziran 1992, 837.
- 187 Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Ankara 2009, 155 vd., 163 vd., 179 vd.; R. Korkusuz/S. Uğur, Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, 2. Bası, Bursa 2010, 206 vd., 251 vd.
- 188 SGK'nun 07.06.2010 tarih ve 2010/771 sy. Genelgesi.
- 189 İşverenlerin düşüncesini yansıtır tarzda bkz. Asıl İşveren Alt İşverenin İdari Para Cezasından Sorumlu mudur? MESS İşveren Gazetesi/Temmuz 2010, 9 ve öğreti olarak ise bkz. N. Gerek, Alt İşverenlerin İdari Para Cezalarından Asıl İşverenlerin Sorumluluğu, Sicil/Eylül 2010, 179-183.