

## **ASIL İŞVEREN İŞÇİLERİNİN ALT İŞVERENCE ÇALIŞTIRILMASINDAKİ SINIRLAMALAR**

### **I- GİRİŞ**

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasına göre, "asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz... aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler" hükmü yer almaktadır.

Genelde bu hüküm, asıl işveren işçilerinin alt işveren işçisi olarak çalıştırılmayacağı şeklinde algılanır ki, düzenlemede de görüldüğü gibi, böyle bir kısıtlama söz konusu değildir.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde bu işçi değişimi yasaklanmamıştı.

### **II- ALT İŞVERENCE ASIL İŞVERENİN ESKİ İŞÇİLERİNİN ÇALIŞTIRILMASI**

Alt işverence asıl işveren işçileri belli şartlar dahilinde çalıştırılabilir. Bunlar;

#### **a- Hak Kısıtlanması Yoksa**

Hükmün anlatımı, asıl işveren işçilerinin alt işverence çalıştırılmasının hak kısıtlayıcı şekilde olamayacağı, hak kısıtlama durumunun söz konusu olmaması halinde ise bu olanağın engellenmediği sonucunu çıkarmaya elverişli gibi gözükmemekte ise de, bununla, çalışmayı sürdürmenin her hal ve koşulda hak kısıtlamasına yol açtığı kabul edildiği ve bunun önlenmesinin amaçlandığı da söylenebilecektir. Nitekim, Kanunun diğer düzenlemeleri göz önüne alındığında, bu hükmün bazı eleştirilere açık olduğu ve iyiniyetli uygulamaları engellediği ifade edilmektedir<sup>[1]</sup>.

#### **b- Çalıştırmaya Devam Ettirme Kavramı**

Madde metninde bulunan "çalışmaya devam ettirilmesi suretiyle" ifadesi ile amaçlanan, ilk önce asıl işverenin işçisi olan bir kişinin, buradaki işine son verilerek alt işverenin işçisi olarak işe devam ettirilmesi ve bu yolla işçinin hakkının kısıtlanmamasına engel olmaktır. Aksi halde, çok önceleri asıl işverenin işçisi olarak çalışan bir işçinin daha sonra alt işverenin işçisi olarak orada çalışması mümkündür. Böyle bir durumda, haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığı yönünde bir araştırma yapmaya gerek yoktur. Çünkü düzenlemede sadece "hakları kısıtlanamaz" ifadesi değil, "çalışmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz" ifadesi yer almaktadır. Bu da, hak kısıtlamasının ne şekilde olması gerektiğini göstermektedir<sup>[2]</sup>. Diğer bir ifadeyle, "çalıştırmaya ara verilmemişse" veya "çalışmada kesinti yoksa" hakların kısıtlanıp kısıtlanmadığına bakılması gerekmektedir.

Asıl işveren yanında bir süre çalışıp ayrıldıktan sonra belki de tesadüfen azımsanmayacak bir süre sonra alt işveren yanında daha düşük koşullarla işe başlama durumunda yine yasak ve geçersizlik ihtimali gündeme gelmez<sup>[3]</sup>.

#### **c- Hükmün Katı Uygulanmaması**

İşverenlerin muvazaalı alt işveren ilişkisini önlemeye yönelik bir sınırlamadır. Ancak söz konusu kuralı çok katı yorumlamak hükmün amacına uygun düşmez. Çünkü hükmün amacı alt işvereniğin değil muvazaalı işlemlerin önlenmesidir. Olayın özelliğine göre, muvazaanın söz konusu edilemeyeceği hallerde, büyük çoğunluğun alt işverenin işçisi olması koşuluyla, ihtiyaç nedeniyle asıl işverenin sadece az sayıda işçinin çalıştırılması sonucu olumsuz etkilememelidir<sup>[4]</sup>.

Yargıtay da hükmü katı yorumlamamakta, her olayı belli kriterlere göre otomatik biçimde değil kendi özgünlüğü içinde değerlendirmektedir: Belirtmek gerekir ki, büyük çoğunluğu kendi işçi

kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumu işlemleri muvazaalı hale getirmemelidir. Bu durumda, işe alınan az sayıdaki asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanmış olmasının da sonuca etkili olmayacağı düşünülmelidir[5]. İş sözleşmesi davacı bankaca feshedilen bir kısım işçi alt işveren tarafından daha düşük bir ücretle çalışmaya devam edilmişse de, bu husus tek başına ilişkinin muvazaaya dayandığını göstermez. Ayrıca asıl işverenin denetim amacıyla bir kısım işçiyi aynı bölümde çalıştırması da feshin muvazaaya dayandığını kabule yeterli değildir[6]. Kararlar isabetlidir. Gerçek bir alt işveren ilişkisinin bulunduğu, işin yönetimi, işçinin seçimi, denetimi, disiplin cezası uygulama ve iş sözleşmesini sona erdirmeye yetkisinin alt işverende bulunduğu hallerde salt bir kısım işçilerin alt işveren tarafından işe alınarak daha düşük koşullarla çalıştırılması muvazaanın varlığını göstermez[7].

Hüküm yukarıda da görüldüğü gibi kendi özgün koşullarında değerlendirilmekte, hem öğreti hem de Yargıtay kuralı katı bir şekilde yorumlanmamaktadır.

#### **d- Hak Kısıtlanması Olarak Kabul Edilen Durumlar**

Yasada kullanılan hakların kısıtlanması kavramının açıklanması gerekir. Ancak, bu kavramın açıklımı o kadar kolay değildir. Asıl işverenin işçisi, alt işverenin işçisi olarak çalışmaya başladığında kurulan iş ilişkisi yeni bir iş ilişkisi olduğu için, kıdeme bağlı haklar otomatikman sıfırlanacaktır. Dolayısıyla alt işverenin yanında çalışmaya başlayan işçinin iş güvencesinden yararlanmada aranan en az altı aylık kıdemi olmayacağı gibi, kıdem tazminatından yararlanamayacak, ihbar öneleri, yıllık ücretli izin hakkı en alt kademedeki hesaplanacak, dolayısıyla bu haklar açısından mutlak bir hak kaybı olacaktır. Bu noktadan bakınca asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından mutlak bir çalıştırma yasağı kapsamında olduğu değerlendirilebilir de düzenlemenin kıdeme bağlı hakları kapsam dışı bıraktığı yaygın bir kabuldür.

Yasa bununla, asıl işverenlerin ücretleri (sosyal hakları) belirli bir düzeye yükselmiş işçileri işten çıkarmalarını; bu işçilerin daha düşük bir ücretle (veya sosyal haklarla) işe alınıp o yerde çalıştırılmak suretiyle hak kaybına uğratılmalarını önlemek istemiştir[8].

İşçinin alt işveren ilişkisi kurularak kısıtlanamayacak haklarının, bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan haklarını da kapsayan geniş bir anlama sahip olduğu genel olarak kabul edilmektedir[9]. Bireysel iş hukuku kapsamında işçilerin kısıtlanamayacak hakları her şeyden önce işçilerin ücretleri ve prim ve ikramiye vb. ücretleridir. İşçinin çalışma saatlerinin artması, yıllık izin süresinin düşürülmesi gibi uygulamalar da yine bir hak kısıtlamasıdır. Ayrıca, sosyal haklar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Diğer yandan işçinin iş güvencesinden yararlanma hakkını ortadan kaldırmak ya da işyerinde işyeri hekimi çalıştırma zorunluluğundan kurtulabilmek için işyerinin alt işverenlere bölünmesi gibi uygulamaların da hükmün kapsamı içinde olduğu belirtilmektedir[10].

Bu durumdaki işçilerin hak kaybına uğrayıp uğramadığı değerlendirilirken sadece işçinin alt işverene devri esnasında doğmuş olan hakları değil, asıl işverene ait işyerinde çalışmış olsalardı gerçekleşecek hakları da göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, işçinin asıl işverenin işyerinde çalışmaya devam etseydi yıl içinde kazanacağı ikramiyelerden yoksun kalıp kalmadığı veya yapılmakta olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının önüne geçilip geçilmediği de nazara alınmalıdır[11].

#### **e- Aykırılığın Yaptırımı**

Hüküm, hakların kısıtlanmasına mutlak bir yasak getirmiştir. Haklarda kısıtlama olduğu takdirde, muvazaa sayılma sonucunun uygulanması gerekecektir. Nitekim hükümde açık bir biçimde "asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz..." ifadesi kullanılarak cümle tamamlanmış ve bu ifadenin yer aldığı cümleyi takip eden cümlede "aksi halde..." denilerek bu durumun yaptırımı muvazaalı sayılmanın yaptırımıyla aynı şekilde belirtilmiştir. Aynı cümlede yer alan "ve genel olarak" ifadesi ise, buradaki sınırlamalar dışında kalan durumlarla ilgilidir[12].

### **III-SONUÇ**

Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılması değil, asıl işverendeki haklarını kısıtlayacak şekilde çalıştırımı yasaktır. Eğer haklarda bir kısıtlama yoksa, asıl işverenin işçilerinin alt işverence işe alınarak çalıştırımı 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 edilmelidir. Örneğin ücret veya eklerinin yahut yıllık izin sürelerinin düşürülmesi veya işçi sendika üyeliği, TİS'den yararlanma gibi kollektif nitelikli hakların kullanımı imkanının kısıtlanması böyledir. Kısıtlanarak çalıştırma halinde bu tür çalıştırılan işçiler açısından alt işverenlik geçersiz sayılır[13]. Sonuçta bu durumdaki alt işveren işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçisi olarak değerlendirilir.

"Çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle" ifadesinden, asıl işverenin işçisi olarak işyerinde çalışmakta iken işten çıkarılıp da alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam edilen işçinin; yani, fiilen işyerinde çalışması sürmekle birlikte, kâğıt üzerinde asıl işveren tarafından işten çıkarılıp alt işveren tarafından işe alınan işçinin haklarının korunması amaçlanmaktadır. Hükmün, evvelce o işyerinde işçi olarak çalışıp da herhangi bir şekilde ayrıldıktan sonra alt işverenin işçisi olan ve daha sonra da eski işyerinde alt işverenin işçisi olarak çalışmaya başlayan işçinin de haklarının korunmasını amaçladığını söylemek, kanun koyucunun maksudını aşan bir yorum olur kanaatindeyiz[14].

---

[1] Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s.54.

[2] Türk Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Master Tezi, Konya 2006, s.72

[3] Ercan AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008, s.108.

[4] Sarper SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul 2011, 156.

[5] Yrg. 9. HD'nin 15.05.2006 tarihli ve E.2006/11741, K. 2006/14066 sayılı kararı.

[6] Yrg. 9. HD'nin 08.12.2010 tarihli ve E. 2010/8024, K. 2010/32060 sayılı kararı.

[7] Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 2010, Gülsevil ALPAGUT'un tebliği, s. 24.

[8] Öner EYRENCİ, Savaş TAŞKENT, Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2010, s.42.

[9] Ercan AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008, s.108.

[10] Hande Bahar AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.387.

[11] Osman Güven ÇANKAYA, Şahin ÇİL, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006, s.24.

[12] AYKAÇ, age, s.396.

[13] AKYİĞİT, age, s.109.

[14] Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara 2008, s. 181.