**HAFTA 5 - İŞVEREN, ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN KAVRAMI**

**İşveren Kavramı**

İş Kanununun 2/1. fıkrasında işveren *“İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren … denir”* ifadeleriyle tanımlanmıştır. Bu nedenle özel veya tüzel kişiler işveren olabileceği gibi, tüzel kişiliği bulunmayan adi şirketler ve bakanlıklar da işveren sıfatını haiz olabilmektedir.

**Alt İşveren Kavramı**

İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. 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. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez”* hükümlerine yer verilerek alt işveren ilişkisinin kurulma şartları ve muvazaalı alt işveren ilişkisi düzenlenmiştir.

Alt işveren, bir başka işverenden iş alan ve aldığı işi, asıl işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine katkı yapmak amacıyla gerçekleştiren ve işçilerini sadece bu işte çalıştıran işverendir. Bu nedenle alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için, asıl işverenin de işyerindeki mal veya hizmet üretimi işinde işçi çalıştırması, alt işverence alınan işin, asıl işverenin iş organizasyonu içinde bir iş olması, alınan işin, asıl işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretimi işine ilişkin olması, alt işveren işçilerinin başka işyerlerine gitmeksizin sadece asıl işverenden alınan işte çalışması ve alınan işin ya yardımcı iş ya da asıl işin bir bölümü ise, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir.

Bu koşulların varlığı halinde ortaya çıkan sonuç, alt işveren işçilerinin İş Kanunundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden doğan haklarından, alt işveren ile asıl işverenin müteselsil sorumlu olmalarıdır. Bu şekilde alt işveren işçileri, alacaklarını, doğrudan asıl işverenden veya her iki işverenden birlikte talep edebilir, dolayısıyla alacaklarına çok daha kolay kavuşurlar. Ancak asıl işveren o mal veya hizmet üretimi işinde işçi çalıştırmıyor veya sadece işi denetlemek ve koordine etmekle görevli bir veya iki kişi istihdam ediyorsa, bu halde alt işveren ilişkisinden ve dolayısıyla müteselsil sorumluluktan söz edilemez. İşin tamamı bir işverene verilmişse, işi veren asıl işveren değil, ihale makamı olur ve müteselsil sorumlu olmaz. Kamu hukukundaki “ihale” kavramı ile iş hukukundaki “ihale makamı” kavramını özdeş kullanmamak gerekir. Kamu kurumlarının yaptıkları ihalelerle bir işin tamamını bir işverene vermeleri halinde iş hukuku anlamında ihale makamı da aynı zamanda oluşur. Örneğin, Karayolları Genel Müdürlüğünün bir yolun yapım işini A firmasına vermesi durumunda, Karayolları Genel Müdürlüğü hem kamu hukuku anlamında ihale yapan kurum hem de iş hukuku anlamında “ihale makamı”dır. Ancak Karayolları Genel Müdürlüğünün kendisinin gerçekleştirdiği yol yapımında sadece tünel yapımını bir başka işverene ihaleyle vermesi durumunda, kamu hukuku anlamında yine ihale söz konusu olacak, ancak bu ilişkide asıl iş yol yapımı iken, bu yol yapımının bir parçası olan tünel yapımı işi teknolojik nedenle uzmanlık gerektirdiği için başka işverene verilmesi sebebiyle Karayolları Genel Müdürlüğü iş hukuku anlamında “ihale makamı” değil, asıl işveren olacak ve alt işveren işçilerine karşı alt işverenle birlikte sorumlu tutulacaktır.

Alt işveren ilişkisinin gerçekleşmesi için gerekli olan şartların başında, alt işveren işçilerinin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalıştırılması gerekir. Örneğin, alt işveren temizlik firması olarak birden fazla işverenden temizlik işini alabilir. Bu işlerde çalıştırdığı işçileri belirli ise, alt işveren ilişkisi kurulur, ancak firmanın işçileri haftanın üç günü bir asıl işverende, haftanın diğer üç günü başka bir asıl işverenin temizlik işinde çalıştırılırlarsa, alt işveren ilişkisi ve müteselsil sorumluluk söz konusu olmaz.

Bununla birlikte, asıl işverenin işine yardımcı işler hiçbir şarta bağlı olmaksızın alt işverene verilebilir. Alt İşverenlik Yönetmeliği uyarınca yardımcı iş, asıl iş devam ettikçe devam eden ancak asıl işin zorunlu bir parçası olmayan, asıl işe ilişkin ve asıl işe bağımlı olan işlerdir. Bu nedenle örneğin bir üniversitenin yemek, güvenlik, temizlik, personel servis işi yardımcı işlerdir. Ancak bir otel işletmesinde temizlik asıl iştir. Bu nedenle işyerinde yürütülen asıl faaliyete göre yardımcı işler belirlenmelidir. Eğer verilen iş yardımcı iş ise, asıl işveren bu işi başka herhangi bir şart aranmaksızın başka işverene verebilir. Burada belirtmek gerekir ki, verilen işin, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimi ile ilgisi yoksa, yani bu işe ilişkin değilse, iş verilse dahi alt işveren ilişkisi kurulmaz, bağımsız iki ayrı işverenden söz edilir. Örneğin, bir dokuma fabrikasının çatı onarımı işi asıl işe ilişkin olmadığından, bu işin verildiği işveren ile fabrikadaki işveren birbirinden tamamen bağımsız iki işverendir. Ancak bir inşaatın yapımı sırasında çatı yapım işi başka bir işverene verilirse bu halde alt işveren ilişkisi oluşur. Ancak bu örnekte olduğu gibi, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için kanun ayrıca verilen işin teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmesi şartını aramaktadır. Zira iş hukukunda amaç, işverenin kendi işçileriyle iş görmesidir. İşveren asıl işini bölerek bir başka işverene veriyorsa, verdiği işin teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmesi gerekir. Bu kurala aykırı şekilde asıl iş bölünerek alt işverene verilirse, Kanunun 2/7. fıkrası uyarınca alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılır.

İş Kanununun 36/son fıkrasında, tüm özel ve kamu sektöründeki asıl işverenlere, alt işveren işçilerinin ücretlerini alıp almadıklarını her ay kontrol etme ve yatırılmayan ücretleri, hak edişlerden keserek işçilerin banka hesabına yatırma yükümlülüğü getirilmiştir.

Ancak işveren, asıl işveren değil de ihale makamı ise, İş Kanununun 36. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında bina, köprü, yol gibi yapım ve onarım işlerinde verdikleri işlerde çalıştırılan işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini her hak ediş döneminde kontrol etme ve ödenmeyen temel ücretlerin 3 aylık kısmına kadar olan bölümü hak edişten keserek işçilere ödeme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre örneğin TOKİ, bir inşaat işini tamamen verdiği A firmasına her hak ediş döneminde bu ödemeyi yapmadan önce, işçilerin ücretlerini alıp almadıklarını kontrol etmeli ve üç aylık temel ücretlerine kadar olan ödenmeyen kısmı hak edişten keserek işçilere ödemekle yükümlüdür. Aksi halde işçiler dava açarak bu miktarı ihale makamı olmasına rağmen iş veren kurumdan alabilmektedir. Ancak buradaki sorumluluk, her hak ediş döneminde üç aylık temel ücret kadardır.

1. Yasaya Aykırı Alt İşveren İlişkisi Kurulması

İş Kanununun 2/6. fıkrasında öngörülen asıl işin teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmesi şartıyla bölünerek alt işverene verilebileceği yönündeki şarta aykırı davranılarak iş verilmesi halinde Yargıtay, alt işverenlerinin o işe başladıkları tarihten itibaren asıl işverenin işçisi sayılmaları gerektiğine karar vermektedir. Kanunda bu sonuç, aslında muvazaalı alt işveren ilişkileri için anılan kanunun 2/7. fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak yüksek mahkeme, işin bölünme şartına aykırı şekilde verilmesi halinde de bu yaptırımı uygulamakta, böylece alt işveren işçilerini koruyucu sonuç doğmasını sağlamaktadır.

1. Muvazaa

İş Kanununun 2/7. fıkrasında muvazaalı alt işveren ilişkisi yasal adi karine olarak düzenlenmiş, ancak bunu sınırlı sayıda olmadığı, dolayısıyla bu fıkrada verilen örnekler dışında da muvazaalı alt işveren ilişkisi kurulabileceği ve aynı yaptırımın bunlara da uygulanacağı belirtilmiştir.

Buna göre, alt işveren, aldığı işte asıl işverenin işçilerini çalıştırır ve bu çalıştırma şeklinde alınan işçilerin haklarında azalma söz konusu olursa, bu durumu yasa doğrudan muvazaalı alt işveren ilişkisi olarak tanımlamıştır. Zira 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde, işverenler sırf işçilerin haklarını kısıtlamak amacıyla görünürde alt işverenlere iş vermekte, ancak eski işçileriyle çalışmaya devam etmekte, söz konusu işçileri kağıt üstünde alt işveren üzerinde göstermekteydiler. Bu nedenle 4857 sayılı Kanun, asıl işverenin alt işverene verdiği işte, önceden beri asıl işveren işinde çalışan işçilerin istihdamı halinde, bu işçilerin haklarının kısıtlanmamasını şart koşmaktadır. Hakların kısıtlanması halinde ise, bu durum yasal karine olarak muvazaalı kabul edilmektedir. Muvazaa olmadığını tarafların ispat etme hakkı bulunmakla birlikte, böyle bir durumda muvazaanın aksinin ispatı oldukça zor görünmektedir. Bununla birlikte, işçilerin tamamı veya büyük çoğunluğu değil de, çok küçük bir kısmı alt işveren tarafından işe alınmış ve aslında alt işveren kendi işçileriyle aldığı işi yürütüyor ise, bu halde muvazaalı alt işveren ilişkisi olmadığı ispat edilebilir.

Örneğin, bir banka işletmesi, güvenlik işini alt işverene verdikten sonra güvenlik işçilerini alt işverenin işe almasını sağlayabilir. Bu halde önemli olan, söz konusu işçilerin haklarının kısıtlanmamasıdır. Hakları kısıtlanmadığı sürece muvazaa olduğu iddia edilmez.

Aynı şekilde kanun, asıl işverenin işçisi olan kişilerle de alt işveren ilişkisi kurulmasını muvazaalı kabul etmiştir. Zira yine 1475 sayılı Kanun döneminde, işverenler, kendi işçilerini göstermelik alt işveren olarak belirlemekte ve bu şekilde işçilerin sendikal örgütlenmesinin önüne geçmekte ve birtakım yasal yükümlülüklerden kaçınmaktaydılar. Bu nedenle işverenin kendi işçilerine alt işverenlermiş gibi iş vermeleri muvazaalı ilişkiye karine teşkil etmektedir. Ancak bunun da aksi taraflarca ispat edilebilir niteliktedir.

Muvazaalı alt işveren ilişkisine verilen iki örnek dışında, Kanunun 2/7. fıkrasında genel olarak da alt işveren ilişkisinin muvazaalı olabileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle yukarıda yer verilen iki durum söz konusu olmasa dahi, genel olarak bir muvazaa tespit edilirse, muvazaanın yaptırımı uygulanmaktadır. Nitekim aşağıda yer verilecek olan işçi temini, muvazaalı alt işveren ilişkisinin günümüzde en sık karşılaşılan türüdür.

Muvazaalı alt işveren ilişkisinin tespiti halinde, alt işveren işçileri, o işe başladıkları tarihten itibaren geçmişe doğru asıl işverenin işçisi sayılırlar. Bu halde alt işveren işçileri, asıl işverenin işyerinde çalışmış olsalardı hangi haklardan yararlanacaktı iseler, o hakları fark alacak olarak talep edebilirler. Bu durumda Yargıtay, isabetli şekilde, alt işverenin işçilik alacaklarından, işveren olmaması sebebiyle sorumlu tutulmamasını kabul etmemekte, kimsenin kendi muvazaasına dayanması mümkün olmadığından, her iki işvereni işçilere karşı halen müteselsil sorumlu görmekte ancak işçiler tüm fark alacaklarını ayrıca talep edebilir konuma gelmektedir.

1. İşçi Temini

İşçi temini, muvazaalı alt işveren ilişkisinin günümüzde en sık karşılaşılan türüdür. Bu halde asıl işverenin gerçek amacı, diğer işverene bir iş vermek, başka bir ifadeyle diğer işverenden iş/hizmet almak değil, ondan sadece işçi temin etmektir. Bu durumda diğer işverenle yapılan sözleşmelerde genellikle işçi sayıları belirtilmekte ve belirli sayıda işçiyi asıl işverenin işyerinde görevlendirmesi istenmektedir. Bu durumda işçilere asıl talimat veren asıl işveren olmakta, bu işçiler kendi işverenlerinin kim olduğunu dahi çoğu zaman bilmemektedir. İşçilerin yıllık izinleri, çalışacakları yer, çalışma saatleri ve görecekleri işler asıl işveren tarafından belirlenir, iş alınan diğer işveren sadece kağıt üstünde (SGK bildirimlerinde ve sözleşmelerde) işveren olarak görünmektedir. Bu durumda asıl işverenin gerçek amacı hizmet değil, işçi temin etmek olduğundan ve bu durum kanuna aykırılık teşkil ettiğinden, işçiler başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılırlar, ancak işverenlerin müteselsil sorumluluğu devam eder.

Aynı sonuç, geçerli bir alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçisinin, diğer işçilerden farklı olarak, alınan işte değil, asıl işverenin talebi üzerine asıl işverenin diğer işlerinde çalıştırılması halinde de doğar. Bu halde alt işveren ilişkisi muvazaalı olmasa dahi, bu işçi açısından artık ilişki muvazaa kabul edilmekte, söz konusu işçi, iş değil, işçi temin edilmek amacıyla çalıştırıldığından, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmaktadır.

1. Muvazaanın İdare Tarafından Tespiti

İş Kanununun 3/2. fıkrasında, alt işverenin Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne asıl işverenle yapmış olduğu alt işverenlik sözleşmesini ve diğer evrakı teslim ettirerek tescil yaptırması üzerine iş müfettişlerince kağıt üstünde yapılan denetimlerle muvazaanın tespiti imkanı getirilmiştir. Müfettişin bu tespitini içeren raporu işverene tebliğ edildikten sonra otuz iş günü içinde işverenin iş mahkemesine itiraz hakkı düzenlenmiştir. İtiraz üzerine görülecek davanın ilk derece mahkemesinde dört ay içinde sonuçlandırılması öngörülmüştür. İlk derece mahkemesinin kararına karşı temyiz yolu açık olup, kararın temyizi üzerine Yargıtayın altı ay içinde kesin kararını vermesi gerekir. Davanın işveren aleyhine sonuçlanması halinde, alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılırlar.