

Prof. Dr. Tankut CENTEL

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik

1. Giriş

Geçtiğimiz günlerde, istihdamı yakından ilgilendirecek yeni bir yasal değişiklik daha gerçekleştirildi. Nitekim, 15 Mayıs 2008 tarih ve 5763 sayılı "İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"¹, istihdamı doğrudan ilgilendiren 4857 sayılı İş Kanunu'nda önemli değişiklikler yapıldı.

5763 sayılı Yasa; bunun yanı sıra, amacı itibarıyla istihdamı özendirme (teşvik) yasası niteliğinde olduğundan ve de istihdamı sadece İş Kanunu ilgilendirmediğinden, istihdamı doğrudan veya dolaylı biçimde ilgilendiren diğer bazı yasalarda² da, önemli sayılabilecek değişiklikler sağladı. Bu anlamda, adı geçen yasanın, istihdama ilişkin bir dizi paket düzenlemeyi içerdiği söylenmelidir.

Ancak, söz konusu değişikliklerin tümü, konuyla ilgisi bulunmadıkça, aşağıda ele alınmayacak ve sadece İş Kanunu'nda asıl/alt işveren ilişkisine ilişkin değişikliklerin genel bir değerlendirmesi yapılacaktır.

Diğer yandan, 5763 sayılı Yasa'yla gerçekleştirilen değişiklikler, istihdamı özendirme amacıyla getirilmiştir³. Bu anlamda, söz konusu yasal değişiklik, kamuoyuna "İstihdam Paketi" olarak tanıtılmış-

tır. Ancak, son dönemde İstanbul Tuzla Tersanesi'nde yaşanan iş kazası sonucu ölümlerin, alt işverenliğe ilişkin yasal değişikliklerin getirilmesinde önemli ölçüde etken olduğu bilinmektedir. Nitekim, anılan ölüm olayları ile alt işveren düzenlemelerinin, kronolojik olarak örtüştükleri gözden uzak tutulamaz. Bu bakımdan, alt işverenliğe ilişkin değişikliklerin ne ölçüde istihdama hizmet ettiğini de, ayrıca göz önünde bulundurmak gerekecektir.

II. Asıl/Alt İşveren İlişkisinin Varlığı

1. Alt işverenin kendi işyerini bildirme yükümü

5763 sayılı Yasa, ilkin, İş K. m. 3/II hükmünü değiştirmiştir (m. 1). Buna göre, asıl işverenden iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için, asıl işverenden alacağı yazılı "alt işverenlik sözleşmesi"yle, işyerini bildirmekle yükümlü kılınmaktadır (İş K. m. 3/II cümle 1). Ancak, alt işverenler, söz konusu değişiklik öncesinde de, kendi işyeri için "işyeri bildirimi" yapmakla yükümlü kılınmışlardı. Bu açıdan, alt işverenin kendi işyerini bildirme yü-

kümünün, yasal olarak halen sürdüğü söylenmelidir.

Alt işverenin bildireceği işyeri, “kendi işyeri”dir. Bu bağlamda, alt işverenin işyerinin, asıl işverenin işyeri olmadığı açıktır. Alt işveren kendi işyerini bildirecekse, iş aldığı asıl işverenle yapacağı alt işverenlik sözleşmesinin, bununla bir ilgisinin olması gerekir. Bunun gibi, birden çok işyerinde iş alan ve bu işler için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerlerinde aldığı işlerde çalıştıran alt işverenin de, her bir asıl işveren için alt işverenlik sözleşmesini sunması ve giderek, birden çok kez bildirimde bulunması gibi bir sonuç çıkmaktadır ki; bunun, mantıklı bir açıklaması yoktur. Bu nedenle, alt işverenlik sözleşmelerinin, alt işverenin kendi işyerini bildirmesi arasında bağlantı kurulmuş olması, kolayca yanlış sonuçlara ulaşmaya açıktır.

Yasa koyucunun, alt işverenlik sözleşmesinin kamu makamına sunulmasını öngörmekle, alt işverenleri izlemek ve onları kontrol altında tutmak gibi bir amacı izlediği (ratio legis) söylenebilir. Nitekim, İş K. m. 3/III, çıkarılacak yönetmelikle “asıl işveren-alt işveren ilişkisinin .. bildirimini”nin belirlenmesinden söz etmektedir. Ancak, düşünülen bu amacı gerçekleştirmenin yolu, bunu işyeri bildirim yükümü içinde değil; söz konusu yükümden bağımsız biçimde ve ayrı bir yüküm olarak, alt işverenlik sözleşmesinin bir kamu makamı olan bölge müdürlüğüne sunulmasını öngörmek olmalıydı.

2. Alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması

Alt işverenin işyerini bildirmesi konusundaki esas değişiklik, yasanın artık bir “yazılı alt işverenlik sözleşmesi”nden söz ediyor olmasıdır. Nitekim, şimdiye kadar taşeronluk sözleşmeleri, hukuken herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. 5763 sayılı Yasa’ya ilişkin Genel Gerekeçe’de ise aynen, “.. Uygulamada asıl işveren-alt işveren ilişkisinin amacına aykırı olarak kullanılmasını önlemek için alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması zorunluluğu getirilmiş ve Bölge Müdürlüklerine, alt işverenin tescilinden sonra inceleme yetkisi verilmiştir..”⁴ denilmek suretiyle, yazılı şekil şartının tamamen kötüye kullanmaları ortadan kaldırmak amacına dayandığı belirtilmek istenmiştir. Bunun gibi, ilgili “madde gerekçesi”nde de aynen, “...Alt işverenlik müessesesi yazılı kurulmadığı zaman çe-

şitli yorum ve problemlere yol açmaktadır ..”⁵ anlatımına yer verilmekte; ancak, söz konusu yorum ve sorunların neler olduğu, ilgili metinde açıklanmamaktadır. Oysa, kendisini güvencede hissetmek isteyen birçok (asıl) işveren, özellikle rücu sorunlarının üstesinden gelmek üzere, esasen daha önce uygulamada, bu tür sözleşmeleri yazılı yapmak durumunda kalmıştır.

Bu noktada, “yazılı” sözcüğü, taşeronluk sözleşmeleri bakımından, akla hemen söz konusu şeklin, geçerlilik mi yoksa ispat koşulu mu olacağı sorunu getirmektedir. Herhangi bir alt işverenin bildirim yükümüne aykırılığı göze alması halinde, bundan “alt işverenlik sözleşmesinin hukuken oluşmadığı sonucu çıkarılamayacağına göre; söz konusu yazılı şekil koşulunun, daha önce de olduğu üzere, bir geçerlilik koşulu olmayıp ispat koşulu niteliğini taşıyacağı söylenmelidir.

Buna karşın, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın İş K. m. 3/III uyarınca çıkaracağı yönetmelikle, alt işverenlik sözleşmelerindeki şekil şartı konusuna açıklık getireceği düşünülebilir. Çünkü, İş K. m. 3/III; Bakanlığa çıkaracağı yönetmelikte, “yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar”ı belirleme yetkisini tanımaktadır.

III. Asıl/Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa

1. İş müfettişinin muvazaa incelemesi

Alt işverence yapılacak işyeri bildirim üzerine, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğü iş müfettişleri, “gerektiğinde” bildirimle ilişkin belgeleri inceleyecek ve yapacakları incelemede işlemin muvazaalı olduğunu tespit ettikleri takdirde, buna ilişkin raporu “işverenlere” tebliğ edecektir (İş K. m. 3/II cümle 2-3).

a.) “Gerektiğinde” inceleme

İş K. m. 3/II cümle 2, alt işverence yapılacak işyeri bildirim üzerine yapılan tescile ait işyeri belgelerinin, bölge müdürlüğüne otomatikman değil; ancak bu belgelerin, “gerektiğinde” incelenmesini öngörmektedir. Söz konusu yasa hükmü, görüldüğü üzere, İdare’ye keyfi işlemlere açık bir takdir yetkisini tanımaktadır. Bu nitelikteki bir takdir yet-

kisinin bölge müdürlüğüne tanınmasının gerekçelerini ortaya koymak ise, hukuken güç görünmektedir.

Anılan yetkinin tanınış biçimi, hukuken değişik açılardan yerinde görülmemektedir. Gerçekten, ilkin, İş K. m. 3/II cümle 2'nin metninden anlaşıldığı kadarıyla, bölge müdürlüğü önce alt işverence bildirim yapılan işyerini tescil edecek ve daha sonra "gerektiğinde" incelemeye geçilecektir. Bu durumda, "gerektiğinde" yapılacak incelemenin, hukuken tescilden sonra olmaması gerekirdi. Çünkü, tescili yapılmış bir işyerine ait belgelerin ancak daha sonra yapılacak bir şikayet veya ihbar üzerine incelenmesi, hukuken mümkün olabilecektir. Aksi takdirde, tescili yapılmış, yani hukuken uygun olduğu bölge müdürlüğüne kabul edilmiş bir tescil işleminin, daha sonra İdare tarafından kendiliğinden (re'sen) incelenmesini açıklama olanağı ortadan kalkmaktadır. Bu durumda, kötü niyetli bir bölge müdürlüğü, her an söz konusu inceleme yetkisini (alt) işverenlerin üzerinde Demokles'in kılıcı gibi tehdit unsuru olarak tutabilme olanağına sahip bulunmaktadır. Yasa koyucunun ise, bunu istemiş olduğu açıktır.

Bunun gibi, İş K. m. 3/II hükmündeki değişiklik, 5763 sayılı Yasa m. 38/d uyarınca, 26 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmekle birlikte; iş müfettişine inceleme yetkisini tanıyan düzenlemenin de, anılan tarihten sonra yapılacak bildirimlerle sınırlı kalıp kalmayacağı hususu, söz konusu düzenlemede açıklığa kavuşturulmuş değildir. İncelemenin, bildirimden ardından başlatılacak olması ise, belirtilen tarihten önce yapılmış bildirimlerin de önümüzdeki dönemde incelemeye tabi tutulabileceğini, ister istemez akla getirmektedir. Bunun ise, idari işlemlerin geriye yürümezliği esasıyla bağdaştırılabileceği açıktır.

İkincisi; İdare'nin takdir yetkisinin mutlak olmaması, idare hukukunun temel ilkelerindedir. Nitekim, takdir yetkisi, yasayla da olsa, İdare'ye tanınırken, bu yetkiyi kullanmanın ölçütleri gösterilmek gerekir. Aksi takdirde, keyfiliğe kapı aralanmış olur. Hukuk devletinde ise, keyfiliğe yer olmaması gerekir. Bu yüzden, İş K. m. 3/II cümle 2 hükmünde "gerektiğinde" sözcüğüne yer verilirken, söz konusu inceleme yetkisini kullanabilmenin ölçütlerinin ortaya konulması, hukuken doğru ve yerinde olurdu.

Muvazaanın tespiti, son derece hukuki bir konu olup; buna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü, yargıcın yetkisindedir.

Ancak, bu yapılmamış ve giderek, "gerektiğinde" sözcüğüyle bölge müdürlüklerine, keyfiliğe açık bir takdir yetkisi tanınmıştır. Oysa, bunun yerine, sözcüğü İş K. m. 2/VII'deki muvazaa hallerinin açık ve kesin olarak görüldüğü durumlar ya da ihbar veya şikayet halleri için, bölge müdürlüklerine tescil sonrası inceleme yetkisinin tanınması, bu konudaki ciddi itirazları hukuken ortadan kaldırılabirdi.

Diğer yandan, salt bölge müdürlüklerine incelemeyi harekete geçme yetkisinin tanınması, ister istemez, bunların fiilen sendikaların baskısı altında kalmaları ve bunun sonucunda, gereksiz yere incelemeyi başlatmaları sonucunu yaratacaktır. Nitekim, herhangi bir saikle sendikaların isteklerine uymak zorunda kalacak bir bölge müdürlüğü, kendisine tanınan yasal yetkiyle yersiz ve gereksiz incelemeleri harekete geçirebilecektir. Bu durum ise, alt işveren bulunduran işyerleri ve işletmeler üzerinde, rahatsızlık uyandıracaktır. Buna göre, bölge müdürlüğünün salt kendiliğinden inceleme başlatması yerine; bu yetkinin bölge müdürlüğüne tanınmasının dışında, sendikalara da başvuru üzerine inceleme başlatma yetkisinin yasayla tanınması, daha doğru ve yerinde olurdu. Böylece, bölge müdürlüğü, fiilen kendisine baskı yapacak sendikaya başvuru yapmasını önermek suretiyle, anılan baskıdan uzak durabilecektir.

Ayrıca, muvazaanın tespiti, son derece hukuki bir konu olup; buna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü, yargıcın yetkisindedir. Bu açıdan, hukuki bir yetkinin idari bir makama tanınması, her ne kadar itiraz üzerine mahkemeye gidilecek olsa dahi, hukuken doğru ve yerinde olmamıştır. Nitekim, çoğu kez hukukçu olmayacak bir iş müfettişinin, hukuki olması gereken bir tespiti yapmaya kalkışmasına kuşkuyla bakmak gerekir.

b.) Gerekçeli rapor

İş K. m. 3/II cümle 3 hükmü, "gerekçeli" sözcüğüne yer verdiğinden; iş müfettişinin, incelemesi sonunda muvazaayı saptayan raporu, gerekçe içer-

mek zorundadır. Buna göre, iş müfettişi tarafından söz konu raporda gösterilecek gerekçeler; muvazaanın saptanması hukuki bir konuyu içerdiğinden, hukuki, yani hukuken önem taşıy nitelikte olmalıdır.

Bu anlamda, hemen akla iş müfettişinin, hukuken İş K. m. 2/VII hükmünde gösterilen yasal karine halleriyle, yani “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi” ve “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması” durumlarıyla sınırlı kalması gelecektir. Çünkü, yasa koyucunun İş K. m. 2/VII ile İş K. m. 3/II hükümlerini bağlantılı olarak ele alan tutumu karşısında, her iki düzenlemeyi birbirinden ayrı düşünme olanağı yoktur. Ancak, İş K. m. 3/II cümle III hükmündeki “muvazaalı işlemin tespiti halinde” anlatımı karşısında, böyle bir sınırlamanın bulunmadığını veya en azından öngörülmediğini belirtmek gerekir.

Bu anlamda, iş müfettişi, “asıl işveren-alt işveren ilişkisi”nin (İş K. m. 2/VI cümle 1) yokluğunu da saptama yetkisine sahip bulunmaktadır. Çünkü, asıl/alt işveren ilişkisinde muvazaayı düzenleyen İş K. m. 2/VII, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” hükmünü de içermekte; dolayısıyla, İş K. m. 2/VI cümle 1’de tanımlanan “asıl işveren-alt işveren ilişkisi”nin yokluğu, muvazaanın varlığını kabul etme sonucunu yaratmaktadır. Bu yüzden, iş müfettişi, muvazaa raporunda taşeronla verilemeyecekken verilmiş işleri dayanak yapmak suretiyle, muvazaanın varlığını tespit etme yetkisine sahip bulunmaktadır. Nitekim, söz konusu düzenlemenin “madde gerekçesi”nde de aynen, “.. 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinde hangi işlerin alt işverene devredilebileceği yazılmış ancak bu devir işleminin bu maddeye uygun olup olmadığının kontrolü yapılamamaktadır ..”⁶ denilmek suretiyle, böyle bir yetkinin iş müfettişinden esirgenmek istenmediği belirtilmektedir.

Ancak, uygulamada bir iş müfettişinin, fiilen bunu saptamaya yarayacak formasyona sahip olup olmayacağı, tartışmaya açıktır. Çünkü, iş yargıcı bile tek başına buna karar veremeyip uygulamada uzman bilirkişilerden yararlanmak durumundayken, kendisinden böyle bir formasyona sahip bulunması beklenmeyen iş müfettişine bu tür bir tes-

Tescil işleminin iptali alt işverenden çok, asıl işveren üzerinde hukuki sonuçlara yol açmaktadır.

pit yetkisinin tanınmasının yerindeliği tartışma götürür niteliktedir.

Ayrıca, teftişle görevli iş müfettişlerine “muvazaa saptama” yetkisinin tanınması, bunların iş yükünü önemli ölçüde artıracaktır. Bu anlamda, çok sayıda işyerinin, eleman sayısının azlığı yüzünden denetlenemediği bir ortamda, denetimle doğrudan ilgisi bulunmayan konularla denetim elemanlarının yükünü artırmanın yerindeliği ise, son derece tartışmaya açıktır⁷.

c.) “İşverenlere” tebligat

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğü iş müfettişleri, yapacakları incelemede muvazaalı işlem tespit ettikleri takdirde, buna ilişkin gerekçeli raporu “işverenlere” tebliğ edecektir (İş K. m. 3/II cümle 2-3).

Yasal düzenlemede “işverenlere” sözcüğüne yer verildiği için; muvazaa raporunun, alt işverenin yanı sıra, asıl işverene de tebliğ edilmesi söz konusudur. Bu bağlamda, işyeri tescil işleminin iptali söz konusu bulunduğu ve tescil edilecek işyerinin asıl işverenin değil de alt işverenin işyeri olduğu düşünülecek olduğunda, asıl işverene tebligat yapılmasının bir anlamı kalmayacaktır.

Ancak, yapılacak incelemenin sonuçları işyeri tescil işleminin iptaliyle sınırlı kalmayıp “alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi” sayılacağı (İş K. m. 3/II cümle son) için, asıl işverene de söz konusu tebligatın yapılması zorunlu görünmektedir. Nitekim, tescil işleminin iptali; aşağıda⁸ görüleceği üzere, alt işverenden çok, asıl işveren üzerinde hukuki sonuçlara yol açmaktadır.

Böylece, yasa koyucunun amacı ve sorunu, görüldüğü üzere, salt alt işveren ve ona ait işyeri tescilinin iptali olmadığı için; tebligatla tetiklenen itiraz sürecine, asıl işverenin dahil edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bunda, asıl/alt işveren ilişkisinde muvazaaya ilişkin yeni düzenlemenin, İş K. m. 2/VI-VII değil de hiç ilgisi olmayan işyerini bildirme yükümüne ilişkin düzenleme (İş K. m. 3/II) içinde yer almasının⁹ payı büyüktür. Yasa koyucunun bu yanlış yönelimi ise, ister istemez, hukukla

açıklanması güç ve hatta olanaksız görünen durumların ortaya çıkması sonucunu yaratmıştır.

2. İş müfettişinin muvazaa raporuna itiraz

a.) İtiraz yetkisi

İş müfettişinin muvazaayı saptayan raporuna karşı, yasanın deyimiyle “işverenlerce”, yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilecektir (İş K. m. 3/II cümle 4). Buradaki “işverenlerce” sözcüğüyle anlatılmak istenen, asıl işveren ile alt işveren olsa gerektir. Çünkü, muvazaa raporunun tebliğ edileceği işverenlerin asıl işveren ile alt işveren olduğu daha önce kabul edildiği için¹⁰, ancak bunların itiraz hakkına sahip olabileceğini aynı mantık silsilesi içinde benimsemek gerekecektir.

b.) İtirazın yapılacağı yer

Muvazaa raporuna karşı itiraz, “yetkili iş mahkemesine” yapılacaktır (İş K. m. 3/II cümle 4). Ancak, yetkili iş mahkemesinin asıl işverene ait işyerinin bulunduğu iş mahkemesi mi, yoksa alt işverenin işyerinin olduğu yerdeki iş mahkemesi mi olacağı konusu, yasada gösterilmiş olmayıp; sadece, “yetkili iş mahkemesi”nden söz edilmiştir. Oysa, her iki işyeri birbirinden farklıdır. Yasa koyucu ise, muhtemelen, alt işverenin işyerinin asıl işverene ait işyeri olduğu mantığından hareketle sonuçta uyuşmazlık konusu işyerinin asıl işverene ait işyeri olacağını düşünmüş olmalıdır. Ancak, bildiri mi yapılan işyeri, alt işverene ait işyeridir.

Bu bağlamda, alt işverenin işyeri bildirimine ilişkin yasal düzenlemenin daha önce de belirtilen çarpık mantığı içinde, kesin bir sonuca varmak olanaksızdır. Bununla birlikte, sonuçta coğrafi açıdan asıl işverene ait işyerinin uyuşmazlık konusu edildiği ve yasa koyucu tarafından her iki işverenin işyeri arasında ayırım yapılmadığı dikkate alınarak, asıl işverene ait işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili olacağını kabul etmekte yarar vardır.

c.) İtiraz süresi

Muvazaa raporuna karşı, altı iş günlük bir itiraz süresi öngörülmüştür (İş K. m. 3/II cümle 4). Söz konusu itiraz süresi, “tebliğ tarihinden itibaren” başlayacaktır.

Uygulamada, her iki işverene, yani asıl işveren

ile alt işverene yapılacak tebligatlar, farklı tarihleri taşıyabilir. Bunun gibi, itiraz yerinde birden fazla iş mahkemesi, bulunmuş olabilir. Bu durumda, doğal olarak, itiraz dosyalarının birleştirilmesine gidilmesi gerekecektir.

d.) İtirazın hukuken etkisi

İş mahkemesine yapılacak itiraz, tespit işleminin yürürlüğe gireceği konusunda yasada açık hükme yer verilmeyişi karşısında, muvazaanın tespitine ilişkin işlemin uygulanmasını durdurur. Kaldı ki, itirazın bölge müdürlüğünün kararının uygulanmasını durdurmayacağına ilişkin yasa hazırlık çalışmaları sırasında ortaya çıkan ilk taslak metnindeki anlatım, daha sonra metinden çıkarılmış ve böylece, yargılama süreci boyunca, alt işveren ilişkisinin devamına olanak tanınmıştır.

e.) İtirazın sonuçlanması

aa.) İtirazın kabulü

Yetkili iş mahkemesi, yapılan itirazı yerinde bulularak, itiraz sahiplerini hukuken haklı görebilir. Bu durumda, bölge müdürlüğünce inceleme öncesinde yapılmış bulunan alt işverene ait işyeri tescil işlemi, hiçbir şekilde yapılan idari tespitten etkilenmemiş ve söz konusu işyeri, yani alt işverenin bildirimini yaptığı işyeri, baştan itibaren tescil edilmiş bir işyeri niteliğini kazanmış olur. Çünkü, itiraz mahkemece haklı görülmeyip, muvazaalı işlemin tespiti onanmış bulunsaydı, yasa hükmü (İş K. m. 3/II cümle son) uyarınca “tescil işlemi iptal” edilmiş olacaktı.

bb.) İtirazın reddi

Muvazaa raporuna süresi içinde itiraz edilmiş veya mahkemece işlemin muvazaalı olduğu saptanmış bulunduğu, yapılmış tescil işlemi iptal edilecek ve alt işverenin işçileri, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır (İş K. m. 3/II cümle son).

Söz konusu yasal düzenleme, görüldüğü üzere, İş K. m. 3/II cümle 6 ile İş K. m. 2/VII cümle 2 hükümleri arasında bağlantı kurmak suretiyle, alt işverenin işçilerinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması sonucunu (bir anlamda, yaptırımını) kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak, böylesine ağır bir yaptırımın, salt sürenin herhangi bir nedenle muhafaza edilememiş olması durumunda da uygu-

lanacak olması, müteahhit işveren kesiminde muhtemelen rahatsızlık yaratacaktır.

cc.) **Hükmün kesinleşmesi**

aaa.) *Yargısal kesinlik*

İtiraz üzerine mahkemece verilecek karar, yargısal anlamda kesindir; yani, mahkeme kararını uygun görmeyecek taraf, kararın temyizi yoluna gidemeyecektir. Bu anlamda, yasada (İş K. m. 3/II cümle 5) “kararlar”dan söz edilmesine bir anlam verilmesi, hukuken güç görünmektedir. Çünkü, yapılan itiraz üzerine, mahkemece tek bir kararın verilmesi söz konusu olup; her bir işverene (asıl işveren ile alt işverene) göre ayrı ayrı karar verilecek değildir. Burada kastedilen, olsa olsa, “itirazın kabulü” ile “itirazın reddi” kararları olsa gerektir.

bbb.) *Kesin hükmün etkisi*

Mahkemece itirazın kabulü üzerine kesinleşen yargı kararının, ileride açacağı bir davada muvazaayı ileri sürecektir alt işveren işçisini hukuken ne ölçüde bağlayacağı, önümüzdeki dönemde tartışma yaratacaktır. Gerçekten, akla hemen, asıl işveren ile alt işverenin kendi yararlarına elde edecekleri bir kesin mahkeme hükmünün, itiraz süreci içinde yer almayan işçiyi bağlamayacağı gelmektedir.

Ancak, daha önce kesin yargı hükmüyle var olmadığı saptanmış muvazaanın daha sonra bir başka mahkeme hükmüyle saptanmaya kalkılması, hukuken çelişkili bir durum yaratacak ve giderek, hukuk güvenliğini ve halkın hukuk sistemine duyduğu saygıyı olumsuz yönde etkileyecektir.

3. **İdari para cezasının uygulanması**

5763 sayılı Yasa'nın sekizinci maddesiyle İş K. m. 98/I hükmü değiştirilerek, alt işverenin işyerini bildirme yükümüne aykırı davranması hali yeniden düzenlenmiş ve ayrıca, “işyerini muvazaalı olarak bildirme” adı altında yeni bir suç tipi yaratılmıştır.

Söz konusu düzenlemeler, asıl/alt işveren ilişkilerindeki muvazaa durumunda (alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılması gibi), salt hukuki sonuçlarla yetinilmediğini gösterir niteliktedir. Bunun da nedeni; alt işverenin, hukuki sonuçlara ilişkin düzenlemelerde, hep asıl işverenle birlikte düşünülmüş olmasıdır.

a.) **Alt işverenin işyerini bildirmemesi**

İşyerini bildirme yükümüne aykırı davranacak alt işverene veya alt işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için 100 YTL idari para cezası verilmesi öngörülmektedir (İş K. m. 98/I). Böylece, daha önceki elli milyon lira, yani 50 YTL tutarındaki idari para cezası, yeni dönem için bir kat artırılmış olmaktadır.

Ancak, alt işverenin işyerinde görülen iş ağır ve tehlikeli iş (İş K. m. 85) niteliğinde olduğu takdirde, uygulanacak idari para cezası çalıştırılan her işçi için 1.000 YTL'ye yükseltilecektir (İş K. m. 98/I). Bu durumdaki idari para cezası, normal cezanın on katına çıkmaktadır. Söz konusu idari para cezasının bu denli yüksek oranda artırılmış olmasını ise, normal karşılamak mümkün görünmemektedir.

Üstelik, bu konuda önceki düzenleme, işyerinde görülen işin niteliğine göre bir ayırım yapmış da değildir. Böylesine bir fahiş bir artışı, olsa olsa ancak, Tuzla Tersanesi'nde karşılaşılan son iş kazalarının siyasi iktidar üzerinde yarattığı baskıyla açıklamak mümkün görünmektedir.

b.) **İşyerini muvazaalı olarak bildirme**

İş K. m. 98/I hükmünün yeni şekli, “işyerini muvazaalı olarak bildirme” olarak adlandırılacak bir suç tipini yaratmış bulunmaktadır. Buna göre, işyerinin muvazaalı olarak bildirilmesi, asıl işveren ile alt işveren veya bunların vekilleri hakkında olmak üzere, ayrı ayrı 10.000 YTL tutarında idari para cezalarının uygulanmasına yol açacaktır.

Söz konusu düzenlemenin anlatımının başarılı bulunması, hukuken güç görünmektedir. Şöyle ki; anılan suçun maddi unsuru hakkında, söz konusu düzenlemede aynen, “işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine” idari para cezasının verilmesinden söz edilmektedir. Oysa, işyerini asıl işveren veya vekili değil, alt işveren ya da vekili bildirmektedir.

Diğer yandan, işyerinin muvazaalı bildirilmesi halinde uygulanacak idari para cezası işyerinin hiç bildirilmemesi durumunda verilecek idari para cezasından kat kat yüksek olduğu için; çok sayıda işçi çalıştırmayacak alt işveren, doğallıkla, işyerini hiç bildirmeme yolunu tercih edebilecektir. Bu durumun ise, kayıt dışı ekonomiyi güçlendireceği ve kayıtlı istihdama hizmet etmeyeceği açıktır.

IV. Taşeronluk Sözleşmesinin Yönetmelikle Düzenlenmesi

5763 sayılı Yasa m. 1; İş K. m. 3 hükmüne bir fıkra eklemiş ve “asil işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildiri ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar”ın, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca çıkarılacak bir “yönetmelik”le belirlenmesini öngörmüştür.

Taşeronluk sözleşmesinin kapsamına ve içeriğine ilişkin hususların İdare tarafından düzenleyici bir işlemle ele alınması, olsa olsa, kamu kesimi ihaleleri için söz konusu olabilir. Nitekim, uluslararası standartlar (94 sayılı Sözleşme¹¹ ve 84 sayılı Tavsiye Kararı) bakımından, kamu ihalelerine bu tür kayıtların konulmasından yarar umulmaktadır¹².

Ancak, eğer özel hukuk kişilerinin de yapacakları taşeronluk sözleşmesinin kapsam ve içeriği İdare tarafından belirlenmeye kalkılırsa, artık bu anlaşmalar “sözleşme” (özel hukuk sözleşmesi) olmaktan çıkar. Bu nedenle, özel hukuk kişilerinin ihale sonucunda yapacakları taşeronluk sözleşmelerinin geleceğinin İdare’ye bırakılması, serbest piyasa ekonomisiyle ve anayasal (Ay. m. 48/I) güvence altındaki özel hukukun sözleşme özgürlüğü (serbestisi) esaslarıyla bağdaşır nitelikte görülmemektedir.

Diğer yandan, anılan yönetmelikle “asil işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması”na ilişkin esaslar düzenlenirken, muvazaaya ilişkin hallerin yeniden ele alınacağı akla gelebilir. Ancak, bu yola gidildiğinde, İş K. m. 2/VI-VII’de yer almış esasların aşılması söz konusu olamaz.

V. Değerlendirme ve Sonuç

İş Kanunu’nun üçüncü maddesindeki değişikliğe ilişkin 5763 sayılı Yasa’yla getirilen düzenleme, istihdamı teşvik etmek üzere kabul edilen bir “paket”in içinden, hiç umulmadık bir biçimde ortaya çıkmıştır. Çünkü, söz konusu düzenleme; istihdama hizmet etmek yerine, aksine kayıtlı istihdamı rahatsız edecek nitelikteki bazı hükümleri içermektedir.

5763 sayılı Yasa, her şeyden önce, işverenlere çeşitli avantajlar sağlamak üzere getirilmiştir. Bunda başarılı olunmadığı söylenemez. Nitekim, istih-

Özel hukuk kişilerinin ihale sonucunda yapacakları taşeronluk sözleşmelerinin geleceğinin İdare’ye bırakılması, serbest piyasa ekonomisiyle ve anayasal güvence altındaki özel hukukun sözleşme özgürlüğü esaslarıyla bağdaşır nitelikte görülmemektedir.

dam yükümündeki %6’lık kotanın %3’e düşürülmesi, iş sağlığı ve güvenliği ile kreş açma yükümü konularında hizmet satın alma olanağının kabul edilmesi ve sigorta primi işveren pay oranında sağlanan indirim gibi işverenlere tanınan kolaylıklar, istihdamın özendirilmesi doğrultusunda atılmış cesurane adımları oluşturmuştur. Bu anlamda, İş Kanunu’nun üçüncü maddesinde yapılan değişikliği ise, aynı nitelikte görme olanağı yoktur.

Gerçekten, muvazaanın tespiti gibi son derece hukuki bir konunun İdarenin takdirine bırakılması, bu yetkinin keyfi biçimde ve işveren kesiminin aleyhinde kullanılmasına uygun bir ortam yaratmıştır. Bu bağlamda, yargıya ilişkin bir yetkinin yürütme içinde yer alan İdareye bırakılması, hukuken doğru ve yerinde olmamıştır. Giderek, bölge müdürlüğüne verilemeyecek bir yetkinin tanınması suretiyle yapılan hukuki yanlışlık, ardından hukuken yanlış başka düzenlemelerin kabulüne yol açmıştır. Bu anlamda, önce tescil edilen bir işyerinin, daha sonra yasada hangi koşullar altında inceleme başlatılacağı belirtilmeyen bir ortamda incelemeye alınıp söz konusu tescil işleminin iptaline kalkışılması, hukuken şaibe yaratacak ve idari istikrarı sarsacak niteliktedir. Üstelik, bölge müdürlüğünün, incelemesinde geçmişe (26 Mayıs 2008 tarihinden önceki tescil işlemlerine) uzanamayacağı hususu da, mevcut düzenlemede belirsizdir.

Şu anda işveren kesimi, 5763 sayılı Yasa’yla tanınan avantajların geçici büyüme kapılmış durumda olup; İş K. m. 3’deki değişikliğin kendisine getireceği olumsuzlukların, yeterince farkında değildir. Bu bağlamda, haksız yere, anılan yasaya karşı sadece işçi sendikalarının tepki göstermeyişi dile getirilmektedir¹³. Oysa, benzer şey, karşı için de geçerlidir.

Yasalar, genel ve objektif nitelikte hükümleri içermesi gereken düzenlemelerdir. Bu yüzden, münferit olaylar üzerine kurulacak yasal düzenlemelerin, hukuken yarar sağlaması beklenemez.

Halen, bölge müdürlüklerinin, İş K. m. 3/III hükmüyle öngörülen yönetmeliğin çıkarılmasını beklemeden, asıl/alt işveren ilişkilerindeki muvazaayı saptama yoluna gidip gitmeyecekleri belli değildir. Ancak, bölge müdürlüklerinin yasayla kendilerine tanınmış söz konusu yetkiyi kullanmaları için, anılan yönetmeliğin çıkarılmasını beklemlerine gerek yoktur. Çünkü, İş K. m. 3-III hükmünde, düzenlenmeyi gerektiren konular içinde, söz konusu yetkinin kullanılma esasları açıkça belirtilmiş değildir.

Diğer yandan, İş K. m. 3'deki değişikliği içeren düzenleme, yakın dönemde Tuzla Tersanesi'ndeki ölümle sonuçlanan iş kazalarına karşı düşünülmüş bir hukuki önlem olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim, her iki olgunun kronolojik olarak örtüşmesi, bu durumu açık biçimde kanıtlar niteliktedir. Ancak, toplumdaki münferit olaylara karşı yasa çıkarılması, hukuken doğru ve yerinde bir önlem sayılmaz. Çünkü, yasalar, genel ve objektif nitelikte hükümleri içermesi gereken düzenlemelerdir. Bu yüzden, münferit olaylar üzerine kurulacak yasal düzenlemelerin, hukuken yarar sağlaması beklenemez.

Tüm bu gelişmelere bakıldığında; 5763 sayılı Yasa'daki alt işverene ilişkin değişikliğin, istihdam artışıyla doğrudan bir ilgisinin kurulamayıp, taşeron çalıştırmayı güçleştirecek bir yapıda olduğu ortaya çıkmaktadır¹⁴. Bundan da, nihai olarak, sadece mevcut siyasi iradenin kazançlı çıkacağı söylenebilir. Nitekim, tanınan kolaylıklarla işveren kesimi memnun edilmeye çalışılmış ve işçi kesimine de, iş kazalarına karşı Hükümetin (Bakanlığın) önlem almaya çalıştığı mesajı verilmek istenmiştir. Bu anlamda, işçi ve işveren kesimlerinin ise, mutlak olarak 5763 sayılı Yasa'dan kazançlı çıkmadıkları açıktır.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 26.5.2008, No.26887.
- 2 5763 sayılı Yasa; İş Kanunu'nun yanı sıra, Kimlik Bildirme Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu, Türkiye İş Kurumu Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, Terörle Mücadele Kanunu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Teşkilat Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve Milli Eğitim Temel Kanunu ve Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da değişiklik öngörmektedir.
- 3 “.. Tasarı ile; zorunlu istihdam yüklerinin hafifletilmesi, nitelikli işgücü ihtiyacının karşılanması, istihdamın teşvik edilmesi, işgücü maliyetlerinin düşürülmesi, kayıt dışı istihdamın azaltılması amaçlanmaktadır ..” (TBMM, S. Sayısı: 224, 17).
- 4 TBMM, S. Sayısı: 224, 2.
- 5 TBMM, S. Sayısı: 224, 3.
- 6 TBMM, S. Sayısı: 224, 3.
- 7 Ayrıca bkz. Cem Kılıç, “İstihdam Paketi İstihdam Artışı Sağlayabilecek mi?”, İşveren 46, 8 (Mayıs 2008), 46.
- 8 Bkz. aşağıda III 3.
- 9 Ayrıca bkz. yukarıda II 1.
- 10 Bkz. yukarıda III 1 c.
- 11 94 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından da onaylanmıştır [bkz. ILO, Application of International Labour Standards 2008 (II), Information document on ratifications and standards-related activities (as to 31 December 2007), Cenevre 2008, 198].
- 12 Bkz. ILO, Labour clauses in public contracts – Integrating the social dimension into procurement policies and practices Cenevre 2008, 7 vd.
- 13 Bkz. Atilla Özsever, “İstihdam Paketi Geçti Sendikalardan Ses Yok”, 22.5.2008 tarihli Cumhuriyet.
- 14 Ayrıca bkz. Kılıç, agm., 46; A. Can Tuncay, “İstihdam Paketinin Sosyal Güvenliğe İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İşveren 46, 8 (Mayıs 2008).