



tcentel@ku.edu.tr



ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİ

"Alt İşverenlik Yönetmeliği"¹, geçtiğimiz günlerde, beklenmedik bir biçimde, Resmi Gazete'de yayımlandı. Gerçekten, bazı yönetmeliklerin yayımlanması zaman almışken Bakanlığın bu metni hemen ele almış olması hem de ilgili çevrelere danışmadan böylesi bir metni oluşturmuş bulunması, Türk çalışma yaşamına ilişkin çevrelerde şok etkisi yarattı.

Ancak, yaratılan etki, bununla da sınırlı kalmadı. Çünkü söz konusu metnin, birçok yönüyle hukuka aykırılıklar taşımakta olduğu çok geçmeden anlaşılmış bulunuyor. Bu bağlamda aşağıda ilkin, söz konusu Yönetmelik öncesindeki yasal gelişimi ve sonra da taşıdığı hükümlerin hukuk düzeni içerisindeki yeri üzerinde durmak istiyorum.

Hukuki olan, yani yargıca (mahkemeye), kısaca yargıya ait bulunan bir yetkinin idareye tanınması, hukuken doğru ve yerinde olmadığından²; açılacak bir davada söz konusu hukuka aykırılığın def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi mümkün olacaktır.

I - Muvazaayı Tespit Yetkisi

15 Mayıs 2008 tarih ve 5763 sayılı Yasa², kamuoyuna "İstihdamı Teşvik Paketi" olarak tanıtıldı. Ancak, söz konusu yasanın içerisine, istihdamı teşvik konu-

sunu doğrudan ilgilendirmeyen, bir alt işveren düzenlemesi yerleştirilmişti ve başlangıçta çok az kişi bunun farkına vardı.

Gerçekten, anılan yasanın 1'inci maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3'üncü maddesinde değişikliğe gidilerek; ilkin, asıl/alt işveren ilişkisinde muvazaalı olup olmadığını tespit yetkisi, iş müfettişine verilmiş bulunuyor. Oysa, bir işlemin muvazaalı bulunup bulunmadığını tespit yetkisi, tamamen yargıca aittir. Nitekim, muvazaalı davalarında yargıç, muvazaayı kendiliğinden (re'sen) gözetmektedir. Bu bağlamda, söz konusu hukuki ilkenin, öğretisi ve yargısal uygulama tarafından hiç itirazsız benimsendiği belirtilmelidir³.

Ancak, kurallar hiyerarşisi içinde Yönetmelik hükümleri yasa hükümlerine aykırı olamayacak ve yasayla öngörülmemiş hususlar yönetmelikte düzenlenemeyecekken; Alt İY'nin, buna ilişkin hukuki esaslara uymadığı görülmektedir.

Buna göre, hukuki olan, yani yargıca (mahkemeye), kısaca yargıya ait bulunan bir yetkinin idareye tanınması, hukuken doğru ve yerinde olmadığından⁴; açılacak bir davada söz konusu hukuka aykırılığın def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi mümkün olacaktır.

II- Alt İşverenliğin Düzenlenmesi

5763 sayılı Yasa'yla gerçekleştirilen değişiklik, asıl/alt işveren ilişkisindeki muvazaayı saptama yetkisini iş müfettişine tanımakla yetinmeyip "asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirim ve iş yerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar"ın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenmesini öngördü (İş K. m. 3/son). Bakanlık da, bu yetkisine dayanarak, son günlerin itiraz konusu olan Alt İY'ni yayımlamış bulunuyor. Ancak, kurallar hiyerarşisi içinde yönetmelik hükümleri yasa hükümlerine aykırı olamayacak ve yasayla öngörülmemiş hususlar yönetmelikte düzenlenemeyecekken; Alt İY'nin, buna ilişkin hukuki esaslara uymadığı görülmektedir.

Gerçekten, ilkin, İş K. m. 2 ve 3 hükmünde muvazaanın tanımı yapılmamışken; Alt İY m. 3/g hükmü, muvazaayı belli halleri (ki, bunlar, söz konusu hükümde sıralanmaktadır) içerecek sözleşme olarak tanımlamaktadır. Bu anlamda, anılan haller; İş K. m. 2 hükmünün kendi mantığı içinde, olsa olsa, ancak muvazaaya (yasal) karine oluşturabilecek durumlar olarak kabul edilebilir. Bunların varlığı ise, mutlaka muvazaanın var olacağı anlamına gelmez. Çünkü, bunların aksi, herhalükârda, kanıtlanabilir. Kaldı ki; İş K. m. 3/son hükmüyle, muvazaayı tanım-

lama konusunda Bakanlığa herhangi bir yetki tanınmış değildir.

Bunun gibi, İş K. m. 3/son hükmü, iş müfettişine salt "muvazaalı işlemin tespiti" yönünde yetki tanımış; alt işverene verilen işin "işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" niteliğinde olup olmadığını da inceleme görevini yüklememiştir. Bu anlamda, Alt İY m. 12 hükmü, Yasada (İş Kanunu'nda) yazılı bulunmayan yetkileri iş müfettişine tanımış görünmektedir. Bunun ise, hukuka ters düştüğü açıktır.

Daha da vahimi; Alt İY m. 11/III hükmündeki:

"Ancak asıl iş;

A-) İşletmenin ve işin gereği,

B-) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte (altını ben çizdim) gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir" anlatımıdır⁵. Böylece, Bakanlık, İş Kanunu'nun hiçbir yerinde yazılı olmayan "birlikte" sözcüğünü Alt İY'ne geçirmiştir. Bunun Bakanlığın yetkisinde bulunmadığı ve bu yüzden de hukuka aykırı olduğu, hiçbir açıklamaya yer bırakmayacak biçimde açıktır. Kaldı ki, geçmişte tartışmalı olan bu konuyu⁶ yeniden tartışılır hale getirmenin, kimseye yararının olmayacağı da bellidir.

III- Sözleşmeye İdari Müdahale

İş K. m. 3/son, "alt işverenlik sözleşmesi"nde⁷ bulunması gereken hususları belirleme yetkisini Bakanlığa tanımaktadır. Oysa, asıl işveren ile alt işveren (taşeron) arasında yapılacak olan taşeronluk sözleşmesi, asıl işveren kamu işvereni olsa dahi, özel hukuku ilgilendirmektedir. Özel hukuk nitelikli sözleşmelere ise, İdarenin müdahale edebilmesi düşünülmüştür.

Buna, en başta, Anayasa'nın (Ay. m. 48) güvencesi altındaki sözleşme serbestisi ilkesi engeldir. Esasen, sosyal piyasa ekonomisini benimsemiş bir hukuk sisteminin, İdareye kişiler arasındaki ilişkilere müdahale yetkisini tanıması düşünülmüştür. Bu yüzden, Alt İY'nin iptali yolunda açılacak olası bir davada, Bakanlığa bu yolda tanınmış yetkinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasının,

def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesinde yarar vardır.

Sonsöz

Başlangıçta, işveren kesimi, anılan yasadaki istihdamı teşvikle bir ilgisi bulunmayan 5763 sayılı Yasa'daki alt işveren düzenlemesinin ne anlama geldiğini, yeterince açıklıkla algılayamamıştır. Ancak, bununla da kalınmayıp, anılan yasal değişikliğinin öngördüğü alt düzenleme olan ilgili yönetmelik çıkartılınca, ne 5763 sayılı Yasa'nın ve ne de bu yönetmeliğin masumane düzenlemeler içermediği artık açıklıkla görülmüş bulunuyor.

Bu anlamda, hem özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki taşeronluk sözleşmesinin içeriğini belirleme, hem de yargıca ait olması gereken muvazaayı tespit etme yetkilerinin 5763 sayılı Yasa'yla İdareye tanınmış olmasının Anayasa'ya aykırılığı ve de "Alt işverenlik Yönetmeliği"ndeki yasaya aykırı hükümlerin varlığı, yeniden önümüzdeki günlerde yargının duruma müdahale edip, bunların hukuka aykırı yanlarını saptamasını zorunlu kılmaktadır.

Dipnot

- 1- RG. 27.9.2008, No. 27010; "Alt İY" olarak kısaltılacaktır.
- 2- RG. 26.5.2008, No. 26887.
- 3- Bkz. İsmail Özmen, "Hukukumuzdaki Muvazaa Kavramı", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 139 (15 Ağustos 2008), 137.
- 4- Ayrıntılı bilgi için bkz. Tankut Centel, "Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik", Sicil III, 10 (Haziran 2008), 6 vd.
- 5- Böylesi katı bir düzenlemenin taşeron kullanimını olanaksız kılacağı haklı olarak belirtilmektedir, bkz. Şeyda Aktekin, "Alt işveren müessesesi tarihe mi karışıyor?", MESS İşveren Gazetesi 45, 827 (Ekim 2008), 7.
- 6- Bkz. İNTES (yay.), Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, Ankara 2004, 43 vd.
- 7- 5763 sayılı Yasa'yla İş K. m. 3'de yapılan değişiklik ve giderek bu değişikliğin çıkarılmasını öngördüğü Alt İY, Türk hukuk literatürüne, şimdiki kadar kendisine yabancı bulunan "alt işverenlik sözleşmesi" deyimini kazandırmıştır (!). "Alt işverenlik sözleşmesi" olarak adlandırılan sözleşme türü, hukuken, bu zamana dek bilinen "taşeronluk sözleşmesi"nden başka bir şey olmasa gerektir.