

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım

Giriş

Alt işveren (taşeron) kurumu, Türk çalışma yaşamının gündeminden çıkmak şöyle dursun, çıkmamak üzere sorunların içine yerleşmeye başlamıştır. Gerçekten, 2003 yılına gelinceye, yani 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulü tarihine kadar sadece, alt işveren kurumu tanımlanıp, asıl işveren ile alt işverenin yasal birlikte (müteselsil) sorumluluğu düzenlenmişti. Bu tarihe kadar alt işverenlere ilişkin uygulamadaki sorunlar, yargı kararları ile çözümlenmeye çalışılıyordu. 4857 sayılı İş Kanunu ise, alt işveren kurumunu tanımlamak ve asıl/alt işveren ilişkisinin yol açtığı birlikte sorumluluğu öngörmekle kalmamış; söz konusu ilişkideki danışıklılık (muvazaa) durumlarını düzenlemeye kalkışmıştır.

Geçtiğimiz 2008 Mayıs ayında yasa koyucu, hukuken doğru görülemeyecek bir adım daha atarak, muvazaayı tespit yetkisini hukuken yetkisi bulunmayan kişilere tanımış ve buna ilişkin ayrıntıları belirleme yetkisini, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bırakmıştır. Bakanlık da, geçtiğimiz günlerde çıkardığı "Alt İşverenlik Yönetmeliği"yle¹, yasa koyucu tarafından verilen bu görevi yerine getirmiştir.

Ancak, alt işveren kurumuna yönelik tartışmalar, anılan yönetmelikle dinmek şöylesine dursun, tam aksine yeniden alevlenmiş durumdadır. Nitekim, son olarak, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi'nce 6-7 Kasım 2008 tarihlerinde yapılan geleneksel "Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi" toplantısının ilk yarım günlük oturumunun, adeta deyim yerindeyse, "taşeron toplantısı" niteliğine büründüğü, herkesçe görülmüş bulunuyor. Bunda ise, Alt İY'ndeki çok sayıda hukuka aykırılığın yarattığı tepkinin, son zamanda önemli bir etken olduğu gerçektir.

Bu bağlamda, aşağıda, son dönemdeki alt işveren düzenlemelerinin ve bu arada özellikle, Alt İY'nin hukuki değerlendirmesi yapılacak ve olası hukuki itiraz ve çözüm yolları ele alınmaya çalışılacaktır.

1- Alt İşveren Düzenlemelerinin Hukuki Dayanağı

1-5763 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik

a) Alt işverenin bildirim yükümü

15 Mayıs 2008 tarih ve 5763 sayılı "İş Kanunu ve

Kurallar hiyerarşisi içinde alt kural niteliğindeki yönetmeliğin, daha üst kural olan Anayasa'ya aykırı bir yasaya dayanarak hak veya yetki bahşetmesi, hukuken söz konusu değildir.

Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1 inci maddesiyle, İş K. m. 3 hükmünde değişikliğe gidilerek, (alt) işverenin işyerini bildirme yükümü yeniden ele alındı ve iş müfettişlerine asıl/alt işveren ilişkisinde muvazaa olup olmadığını tespit yetkisi tanındı. Bu bağlamda, söz konusu düzenleme; taraflar arasındaki "alt işverenlik sözleşmesi"nin², "yazılı" yapılmasını ve alt işverenin, "asıl işverenden aldığı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte" bildirim yapmak üzere bölge müdürlüğüne başvurmasını öngörmektedir³.

Yasayla iş müfettişine tanınan tespit yetkisinin hukuken doğru ve yerinde olmadığını bir başka vesileyle⁴ belirtmiş bulunduğum için, bu konuda yazılanları tekrar etmek istemiyorum, sadece yollama yapmakla yetiniyorum. Bununla birlikte, Alt İY'nin, söz konusu yasa hükmü doğrultusunda aynı yetkiyi tekrarlamış olmasının, kendisini hukuka aykırı olmaktan kurtaramayacağını belirtilmesi gerekir. Çünkü, kurallar hiyerarşisi içinde alt kural niteliğindeki yönetmeliğin, daha üst kural olan Anayasa'ya aykırı bir yasaya dayanarak hak veya yetki bahşetmesi, hukuken söz konusu değildir.

b) Yönetmelikle düzenleme

İş K. m. 3/son hükmü, "asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar"ın, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesini öngörmüş; Bakanlık da, buna ilişkin düzenlemeyi, Alt İY'ni çıkarmak suretiyle gerçekleştirmiştir.

Bu noktadaki hukuki sorun, asıl işveren ile alt işveren arasında yapılacak sözleşmede bulunması gereken konuları düzenleme yetkisinin, bir yasayla yönetmeliğe bırakılıp bırakılamayacağı hususudur. Burada sorun, asıl işverenin, kamu yönetimi

içinde yer almayan bir kurum veya kuruluş olması halinde, daha da ağırlık kazanmaktadır.

Gerçekten, sosyal piyasa ekonomisini benimsemiş bir hukuk sisteminin, özel hukuk nitelikli sözleşme ilişkilerine müdahale etmesi söz konusu olmaz. İş K. m. 3/son ise, özel hukuk sözleşmesi nitelikli bir ilişkinin içeriğinin, İdare tarafından belirlenmesini tanımak suretiyle, asıl işveren ile alt işveren arasındaki özel hukuk ilişkisine İdarenin müdahale etmesine olanak yaratmıştır; ki, bunu hukuken, Anayasa'nın 48 inci maddesiyle güvence altına alınmış bulunan sözleşme özgürlüğüyle bağdaştırma olanağı yoktur.

2- Alt İY'nin çıkarılması

Alt İY, İş K. m. 3/son hükmü uyarınca, Bakanlık tarafından çıkarılmıştır. Bu bağlamda, ilkin, Bakanlığın ilgili yasa hükmünün kendisine tanıdığı yetkiyle söz konusu yönetmeliği çıkarmış bulunmasının, dayanılan hükmün hukuka (Anayasa'ya) aykırılığı sorununu ortadan kaldırmayacağını belirtmek gerekir. Çünkü, pozitif hukuk dayanağının hukuka aykırı olması, buna dayanılarak çıkarılmış bulunan kaynağı da hukuka aykırı kılmaktadır. Değişik bir söyleyişle, hukuka aykırı bir üst hukuk kuralı, kurallar hiyerarşisi içinde, hukuka uygun bir alt kuralın varlığına hukuki meşruluk kazandırmaz. Bu nedenle, Alt İY'nin hukuka uygunluğu, İş K. m. 3/son hükmünün de hukuka uygun bulunmasına bağlıdır.

Buna göre, anılan hükmün gerek iş müfettişine muvazaayı tespit yetkisini tanımış olması ve gerekse taşeronluk sözleşmesinin içeriğini belirleme yetkisini Bakanlığa vermiş bulunması yüzünden ortaya çıkan hukuka uygunluk sorunu, 5763 sayılı Yasa için olduğu kadar, Alt İY için de geçerlidir. Bu bakımdan, Alt İY hakkında açılacak bir yönetmelik iptali davasında, salt Bakanlığın kendisine yasayla tanınmış bir yetkiyi kullandığından bahisle, söz konusu yönetmeliğin hukuka uygun olduğu kabul edilemeyecektir.

II- Alt İşveren Düzenlemeleri Arasındaki Uyumsuzluk

Alt işveren düzenlemelerine bakıldığında; bunlar arasında, bir hukuki uyumsuzluğun varlığı, göze çarpmaktadır. Gerçekten, İş K. m. 3/II ile aynı maddenin son fıkrası hükmü ile Alt İY hükümleri arasın-

da, gerek yasada düzenlenmiş ve gerekse düzenlenmemiş olan konularda, hukuken uyumsuzluk söz konusudur. Bunlara ek olarak; İş K. m. 3 hükmünde 5763 sayılı Yasa m. 1 hükmüyle gerçekleştirilen değişikliğin, kısaca taşeronluk sözleşmesi içeriğinin İdare tarafından belirlenmesi ve muvazaayı tespit yetkisinin iş müfettişine bırakılması gibi hususlarda ortaya çıkan Anayasa hükümlerine aykırı yanı, Alt İY bakımından da aynen sürmektedir⁵.

Diğer yandan, kurallar hiyerarşisi içinde, alt kuralın, daha üst düzeydeki kural veya kurallara aykırı olmaması zorunluluğu, bir temel hukuk kuralıdır. Buna göre, sözelimi bir yönetmeliğin daha üst düzeyde yer alan yasa ve Anayasa kurallarına aykırı hükümler taşıması ve bunların öngörmediği bir hususu düzenlemesi, söz konusu değildir. Bu bağlamda, Alt İY ise, önemli bazı hükümleriyle, belirtilen esasa aykırılık oluşturmaktadır.

Gerçekten, ilkin, Alt İY m. 3/bent g, muvazaayı aynen:

zaa tanımını göz önünde bulunduracak bir iş müfettişi, salt belirtilen hallerin varlığı halinde, kendini muvazaanın varlığıyla karşılaşmış hissedecek ve muvazaayı kabul etmek zorunda kalacaktır.

Oysa, Alt İY m. 3/bent g hükmünde sayılan haller, İş K. m. 2/VI ve VII hükümlerinin kendi içsel mantığı içinde, olsa olsa, muvazaaya (yasal) karine oluşturabilecek durumlardır. Ancak, bunların varlığı, mutlaka muvazaanın bulunacağı anlamını taşımamaktadır. Çünkü, hukuken, belirtilen hallerde muvazaanın yokluğu, herhalükârda kanıtlanabilir.

Bunun gibi, Alt İY m. 11/III hükmü de, yasaya (İş K. m. 3/son) hükmüne aykırıdır. Gerçekten, Alt İY m. 11/III hükmü, aynen:

“Ancak asıl iş;

a) İşletmenin ve işin gereği,

b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte (altını ben çizdim) gerçekleştirilmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir.”

anlatımını taşımaktadır. Oysa, “birlikte” sözcüğü-

Anayasaya aykırılık itirazı, açılacak Alt İY'nin iptaline ilişkin davada, def'i (exceptio) yoluyla ileri sürülebilmelidir.

“1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak bakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yabut çalışma mevzuatından kaynaklanan baklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşme”

olarak tanımlamaktadır⁶. Oysa, Alt İY'nin pozitif hukuk dayanağını oluşturan İş K. m. 3/son hükmünde (Alt İY m. 2), ne muvazaanın tanımı yapılmış ve ne de muvazaayı tanımlama yetkisi Alt İY'ne tanınmıştır. Bu nedenle, Alt İY'nin söz konusu hükmü, yasaya (İş K. m. 3/son hükmüne) aykırıdır.

Diğer yandan, Alt İY m. 3/bent g hükmü, muvazaayı masumane tanımlayan bir düzenleme niteliğinde değildir. Çünkü, anılan hükümdeki muva-

ne, ne İş K. m. 2/VI-VII ve ne de İş K. m. 3/son hükmünde yer verilmiştir. Bakanlık ise, yasanın öngörmediği bir hususu, Alt İY'nde öngörmüştür. Bunun, hukuka uygun düşmediği, tartışmadan uzaktır.

Diğer yandan, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” (İş K. m. 2/VI-VII) hakkında öğreti ve uygulamada bile bir görüş birliğine ulaşılamamışken⁷, Alt İY'nin tartışmalı görüşlerden biri konusunda taraf tutması, hukuken doğru ve yerinde olmamıştır. Üstelik, Alt İY'nin kabul ettiği görüş, muvazaadan uzak alt işveren uygulamalarına dahi olanak tanımama tehlikesini içinde barındıran bir görüştür⁸. Oysa, Bakanlığın yasal görevi, muvazaadan uzak alt işveren uygulamalarını önlemek değil, muvazaaya açık alt işveren uygulamalarını denetlemektir.

Nihayet, Alt İY m. 11/son hükmü, “asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremez” hükmüne yer vermiştir. Bununla, alt işverenin taşeron çalıştırması uygulaması, engellenmek istenmiştir. Oysa, ne İş K. m. 2 ve ne de İş K. m. 3'de, böyle bir sınırlama öngörülmüş değildir. Böylece, Alt İY m. 11/son,

Küresel çağın temel özellikleri birçok kez belirtildiği üzere, esnekliğe ve giderek, taşeron olgusuna dayalıdır.

yasada (İş Kanunu'nda) yer almayan ve de öngörülmemen bir hususu, kendi başına buyurucu (emredici) biçimde öngörmüş bulunmaktadır. Bunun ise, hukuka aykırı olduğunda, kuşku yoktur.

III- Hukuka Aykırılıkları Giderme Yolları

1- Yönetmelik iptali davası

Alt İY hakkında, taşıdığı hukuka aykırılıklar nedeniyle, idari yargıda bir yönetmelik iptali davasının açılması, hukuken mümkündür.

Kimin menfaat şartına bağlı olarak böyle bir davayı açabileceği, Danıştay'ın tutumu doğrultusunda belirlenebilecektir. Herhalükârdâ, Türk çalışma yaşamında sosyal taraf olarak hareket eden Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu'nun, menfaat şartını gerçekleştireceği açıktır. Münferit işverenlerin veya işveren sendikalarının böyle bir davayı açıp açamayacakları ise, Danıştay'ın menfaat şartını geniş biçimde yorumlayıp yorumlamayacağına bağlı bulunmaktadır.

2- Anayasaya aykırılık def'i

Alt İY, 5763 sayılı Yasa'yla getirilen İş K. m. 3/son hükmüne dayanılarak çıkarılmış bir düzenlemedir. 5763 sayılı Yasa hakkında ise, bilindiği kadarıyla, herhangi bir doğrudan iptal davası açılmış değildir. Ancak, 5763 sayılı Yasa'nın alt işveren düzenlemesine ilişkin 1 inci maddesi ve giderek dolayısıyla, söz konusu değişiklik çerçevesinde çıkarılan Alt İY, yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, Anayasa'ya aykırı hükümleri içermektedir. Bu bağlamda, anayasaya aykırılık itirazı, açılacak Alt İY'nin iptaline ilişkin davada, def'i (exceptio) yoluyla (Ay. m. 152/D) ileri sürülebilirdir.

Diğer yandan, böyle bir itirazın yapılmasında ve salt yönetmelik iptaliyle yetinilmemesinde, yarar vardır. Çünkü, Alt İY iptal edilse bile, 5763 sayılı Yasa'yla getirilen değişiklik hüküm sürdüğü sürece, muvazaadan uzak alt işveren uygulamala-

rını dahi devam ettirmenin son derece güç olacağı, görünen bir gerçektir. Bu bakımdan, salt Alt İY'nin iptali, kısa vadede çözüm getirmesine karşın, mutlak bir çözümü içermekten uzak kalacaktır. Buna göre, Alt İY'nin iptaliyle yetinilmemeli; zaman alacak olsa dahi, esas olarak, alt işverene ilişkin 5763 sayılı Yasa'yla getirilen düzenlemenin, anayasa yargısının süzgecinden geçirilmesine çalışılmalıdır.

Sonsöz

4857 sayılı İş Kanunu'nda alt işveren kurumunun yeniden düzenlenişinin ardından, yaklaşık beş buçuk yıl geçmiş bulunuyor. Günümüzde gelinen noktanın kimseyi mutlu kılmadığı ise, bir gerçek olarak ortadadır. Bunun kaynağında, 2003 yılında Türkiye'nin, çağın olgusu olan taşeronluk kurumunu, küreselliğin gereklerine uygun biçimde ele alma fırsatını değerlendirememiş olması yatmaktadır.

Gerçekten, yıllardır uygulamada yargıya bırakılmış bulunan asıl/alt işveren ilişkisindeki muvazaa sorunu, o tarihte yasaya (İş Kanunu'na) sokulup, yanlış bir yola girilmiştir. Çünkü, bir kurumu yasayla düzenleme (kurallaştırma), çoğu kez katılığı barındırır. Küresel çağın temel özellikleri ise, birçok kez belirtildiği üzere, esnekliğe ve giderek, taşeron olgusuna dayalıdır. Bu anlamda, katı özellikli hukuk kurallarının (düzenlemelerinin), taşeron olgusunu yaşatma olanağı yoktur.

Nitekim, gelinen bugünkü noktaya kadar, ilkin, "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" anlatımı kabul edilip, içerdiği son derece bulanık bir alt işveren tanımına yer verilmiş ve buna giderek, muvazaayı yasa yoluyla önleme endişesi egemen olmuştur. Oysa, muvazaa, yargıyı ilgilendiren bir konu olup; hukukun temel ilkeleri gereği, yargının yetkisinde bulunmak zordur. Bu ilke görmezlikten gelinerek, iş müfettişine muvazaayı tespit yetkisinin verilmesi gibi hukukun benimseyemeyeceği bir yola başvurulmuştur. Şimdi de, "birlikte" tartışmasında taraf olunarak, alt işveren uygulamasına başvurulması önlenmeye çalışılmaktadır.

Diğer yandan, iş müfettişlerini Bakanlık bölge müdürlüklerinden soyutlama olanağı yoktur. Nitekim, çalışma yaşamıyla ilgili olarak bölge (çalışma) müdürlüklerine verilen görevlerden teftiş hizmetiy-

le bağdaşabilir nitelikte olanlar, bölge (çalışma) müdürleri tarafından iş müfettişleri grup başkanlarına ve grup bulunmayan yerlerde varsa görevli müfettişe bildirilmek suretiyle, iş müfettişlerine yaptırılabilir (İş Teftişi Tüzüğü m. 14)⁹. Bu bakımdan, muvazaa konusunda, bölge müdürlükleri kadar iş müfettişlikleri için de, taraf olma ve baskı altında kalma tehlikesi vardır. Buna göre, bir kez daha belirtmek gerekir ki; muvazaanın tespiti işlemine, çalışma örgütü içinde yer alan denetim unsurlarının katılması, hukuken doğru ve yerinde olmamıştır.

Nihayet, küresel çağın gereği yapılacaksa, alt işveren uygulamasının artık içlere sindirilmesi gerektiği belirtilmelidir. Bu anlamda, tıpkı, nasıl okulları tatil etmek, milli eğitim sorunlarına çözüm değilse; çağımızın olgusu olan alt işveren uygulamalarına olanak tanımamanın da, aynı biçimde, İstanbul Tuzla Tersanesi'ndeki iş kazalarını önlemeye yetmeyeceğini, sonunda anlamamız gerekmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. RG. 27.9.2008, No. 27010. "Alt İşverenlik Yönetmeliği", aşağıda "Alt İY" olarak kısaltılacaktır.
- 2 Yasadaki "alt işverenlik sözleşmesi" deyimini, Türk hukuk literatürüne yabancıdır. Bununla anlatılmak istenen, herkesçe bilinen "taşeronluk sözleşmesi" olsa gerektir.
- 3 Yasadaki "aldığı" anlatımı, hukuken başarılı görünmemektedir. Çünkü, hukuk terminolojisine göre sözleşme, "alınmaz", "yapılır". "Aldığı" anlatımı ise, sanki asıl işveren bir makamı ve alt işveren de ondan "alt işverenlik sözleşmesi" almış gibi, hukuken doğru olmayan bir izlenimi yaratmaktadır.
- 4 Bkz. Tankut Centel, "Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik", Sicil III, 10 (Haziran 2008), 5 vd.
- 5 Bunlar için bkz. Centel, 6 ve 11.
- 6 Muvazaanın "sözleşme" ifade etmediğine ilişkin yerinde görüş için bkz. Gülsevil Alpagut, "Alt İşveren İş Sağlığı ve Güvenliği İle İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler"-Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu/Türkiye Personel Yönetimi Derneği (yay.), "İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor" Semineri, İstanbul 2008, 41.
- 7 Değişik görüşler için bkz. İbrahim Aydın, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvaza Sorunu, Ankara 2008, 166 vd.
- 8 Bkz. Şeyda Aktekin, "Alt işveren müessesesi tarihe mi karışıyor?", MESS İşveren Gazetesi 45, 827 (Ekim 2008), 7; Alpagut, 40. Ayrıca bkz. Hakkı Kızıloğlu, "Alt işverenlik Yönetmeliği Ekonomiyi ve İşyerlerimizi Cezalandırıcı Niteliktedir", İşveren 47, 1 (Ekim 2008), 84 vd.
- 9 İş Teftişi Tüzüğü'nün 14 üncü maddesini göz ardı ederek, bölge müdürlerinin iş müfettişlerinden muvazaaya yönünde inceleme yapmalarını isteyemeyeceği yönündeki yerinde olmayan bir

görüş için bkz. Gülümden Ürcan, "Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 19 (2008), 962 vd.