

İŞ MEVZUATININ ALT İŞVEREN UYGULAMASININ ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLARA ÇÖZÜM ÜRETMEKTEKİ YETERSİZLİĞİ

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

*Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü*

ÖZET

İş Kanunumuz alt işveren uygulamasının ortaya çıkardığı sorunları çözümlenmede yetersiz kalmıştır. Bu konudaki kanun hükümleri, tartışmalı ifadeler içermektedir. Sorunlara çözüm getirmek için sonradan yapılan değişikliklerde de benzer tartışmalı ifadelerin yer alması sağlıklı bir yasal düzenleme ortamının oluşmasını engellemiştir. Yaşanan sorunlar da bu ortamda çözümsüz kalmaya devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: 4857 sayılı İş Kanunu, Alt işveren, Alt işveren işçisi.

LABOUR LEGISLATION'S INABILITY TO SOLVE THE PROBLEMS ARISING FROM SUBCONTRACT

ABSTRACT

Law no. 4857 has not been enough to solve the problems arising from subcontracting practice. Provisions about subcontract in the Law no. 4857 have some contradictory statements. Legal changes which were brought to solve these problems continued to have similar contradictory issues and hindered to build a healthy legal ground. In this setting, problems arising from subcontract remain unsolved.

Key Words: Law no. 4857, Subcontract, Subcontractor's worker.

GİRİŞ

Çalışma hayatımızda ciddi bir sorun olarak alt işveren uygulaması, 1990'lı yıllardan sonra ortaya çıkmaya başlamıştır. İşletmelerin ve üretim ilişkilerinin yeni vasıfları, böyle bir çalışma ilişkisini de zorunlu görmüştür. Günümüzde, sosyal haklar bakımından birer örnek işyeri olması gereken kamu işyerlerinde dahi “*çağdaş kölelik*” olarak adlandırılmaya layık görülen bir istihdam biçimine dönüşmüştür. Çünkü alt işveren uygulaması çoğunlukla sendikasız ve düşük ücretle çalıştırmanın vasıtası haline gelmiştir. Alt işveren işçilerinin sendikasız ve düşük ücretle çalıştırılması, işyerlerinde bu uygulamaya gidilmesinin en önemli nedeni olmuştur. Sosyal hakların uygulandığı örnek işyeri olması gereken kamu işyerlerinde emekli olan ya da değişik sebeplerle kamudan ayrılan işçilerin yerine kamu işçisi alınmamakta, ihtiyaç hizmet satın alma yoluyla alt işverenlere bırakılmaktadır. Öyle ki bir işyerinde yüzde ellilere, bazen de yüzde seksenlere ulaşan bir alt işveren uygulaması ortaya çıkmaktadır. Bu durum bir yandan sosyal politika olarak alt işveren uygulamasını sınırlandırmak amacıyla mevzuatı geliştirirken diğer yandan başta kamu olmak üzere bu mevzuata aykırı bir şekilde alt işveren işçiliğinin giderek artması gibi tezat bir sonucu ortaya çıkarmaktadır.

Alt işveren uygulaması yaygınlaşmaya devam ettikçe, getirdiği sorunların da basit olmadığı; önceden öngörülemeyen bazı ekonomik ve sosyal sorunları da barındırdığı görülmektedir.

Asıl işveren işçisi iken ileride alt işveren işçisi yanında çalışmak zorunda kalmamak ve “*komşusu aç iken tok yatan bizden değildir*” temel felsefesi ile alt işveren işçilerinin sosyal ve ekonomik hak ve menfaatleri için ortak bir dayanışma ve mücadeleye ihtiyaç bulunmaktadır. Sorun öncelikle yasal çerçevede ele alınarak tarafları memnun edici bir hukuki çözüme ihtiyaç duymaktadır.

İş mevzuatımız açısından gelişmekte olan bu sorun karşısında net ve her kesimi memnun edici bir düzenlemenin mevcut olduğunu ileri sürmek güçtür. Yazımızda iş mevzuatımız bu eksiklikleri ya da düzenlemelerinin hukuk tekniği bakımından tutarsızlıkları üzerinde durulacaktır.

1. HUKUKİ İLİŞKİ ASIL İŞVERENİN BİRLİKTE SORUMLULUĞU ESASINDA TAKILI KALMAKTADIR

İş mevzuatımız esas itibariyle alt işveren, asıl işveren ve alt işveren işçisinden oluşan üçlü hukuki ilişkide sadece asıl işverenin sorumluluğu ile sınırlı kalmaktadır. Oysa bu *edimden bağımsız bu hukuki ilişkinin*¹ iş sağlığı ve güvenliği başta olmak üzere doğurduğu borç ilişkisinin hukuki sonuçlarının ele alınması da gerekmektedir.

İş mevzuatımızda önce 3008 sayılı İş Kanunumuzda ele alınan bu sorun “*işçiler, doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele aktetmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mes’uldür*” (3008 sayılı Eski İş Kanunu m. 1) hükmü ile sadece asıl işverenin sorumluluğu açısından düzenlenmiştir. O zamandan bu yana da sorun sadece asıl işverenin müteselsil sorumluluğu etrafında düşünülmüştür. Bu yönüyle dahi çağdaş birçok ülkenin mevzuatından ileri bir düzeyde sorumluluk esasını benimsemekle önemli bir adım atılmıştır. Ancak günümüz sorunlarının ihtiyacını karşılamaktan uzak kalmakta ve sorunu sadece birlikte sorumlulukla sınırlı tutan bir yaklaşıma yol açmaktadır. Aynı esas 1475 sayılı eski İş Kanunu ve yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanununda benzer nitelikte düzenleme devam etmiştir.

Sorunu sadece asıl işverenin sorumluluğu etrafında ele alan iş mevzuatımız bu durumda dahi art niyetli uygulamalar karşısında yetersiz kalmaktadır. Çünkü işçiye sadece asgari ücret ödeyen alt işverenin iflas etmesi halinde iflastan önceki kısa dönemde işçinin ücretini 10 katı arttırması ve sigorta primine esas kazanç olarak da bildirmesi ve bu ödemeleri yapmaması durumunda asıl işverenin müteselsil sorumluluğu nedeniyle haksız bir yük altına girmesi söz konusu olabilmektedir. Medeni Kanunun ikinci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı dışında bu tür uygulamaları durduracak bir düzenleme bulunmamaktadır. MK. m. 2 de iyi niyetin olmadığına ispatına ihtiyaç hissettirmektedir. Son zamanlarda özellikle kamudan iş alan alt işverenlerin bu tür uygulamalara gittiği görülmektedir.

Müteselsil sorumluluk ilke olarak alt işveren işçisini korumaktadır. Ancak asıl işveren yönünden halen birçok kapalı konu bulunmaktadır. İşçinin doğrudan doğruya asıl işverene dava açması ve alacağını alması durumunda rücu hakkını kullanarak alt işverene dönen asıl işveren, alt

1 Alt işveren işçisi ile asıl işveren arasındaki edimden bağımsız borç ilişkisi için bkz. **Başbuğ, Aydın**; Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar, Kamu-İş, Ocak 1998, Aynı yazar, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1998, Aynı Yazar, Alt işveren İlişkisi ve Güncel Sorunları, Şeker-İş, Ankara 2010. Benzer görüşler için bkz. **Aydınlı, İbrahim**; Türk iş hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 4. Baskı, Ankara, 2015, s. 250 vd..

işverenin ibra edilmesi, alacağın daha önce ödenmiş olması ya da alt işveren ile kurulan sözleşmenin ifasında sonradan zamanaşımının ortaya çıkması gibi hallerde sorumluluğu tek başına üstlenmesi mümkündür.

2. MEVZUAT İŞYERİNDE ALT İŞVEREN KONUMUNDA OLMAYAN SÜREKLİ VEYA GEÇİCİ İŞVERENLERİ KAPSAMAMAKTADIR

İş mevzuatını alt işveren ilişkisinin sorumluluk hükmü dışında diğer önemli sorunlarına değinmemekle birlikte işyerinde alt işveren dışındaki diğer işverenlere ilişkin sorunlarda da suskun durmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu alt işveren tanımını sadece işyerinde işi ve işyerini paylaşan ve işçilerini münhasıran sadece o işyerinde çalıştıran işverenlerle sınırlı tutmuştur. Oysa işyerindeki işgören işverenler sadece bu alt işverenlerden ibaret değildir.

İşyerinde;

1- İşyerini ve işyerindeki işi paylaşan ancak **işçilerini sadece o işyerinde çalıştırmayan**, aynı zamanda diğer işyerlerinde de çalıştıran işverenler (ki işyeri açısından bunlar da alt işverenle aynı konumdadır),

2- İşveren sayılmayan kişinin işyerini ve işi paylaşan ve işçilerini sadece o işyerinde çalıştıran diğer işveren,

3- İşyerini paylaşmamakla beraber işi paylaşan iş görenler,

4- İşyerinde geçici bir nedenden dolayı bulunan ve işçi istihdam eden işverenler,

5- İş görme edimi bir işverenden devir alınan ödünç işçiler (İK. m. 7 hükmü dahil),

için iş mevzuatımız alt işveren ve onun gibi işyerinde işçi çalıştıran diğer işverenlere ilişkin yeterli bir çözüm üretememektedir.

Müteselsil sorumluluk ilke olarak işçiyi korumakla birlikte uygulamanın bütün sorunlarına çare olamamaktadır. İş mevzuatımız sadece asıl işverenin sorumluluğu ile sınırlı olarak meseleye yaklaştığı için yukarıdaki üçlü hukuki ilişkileri hiç ele almaması ya da yetersiz düzenleme içermesi gayet doğaldır. Örneğin işçinin sadece asıl işverenin işyeri dışında başka işyerlerinde de çalıştırılması durumunda fazla çalışma, hafta tatili ücreti, kıdem tazminatı ya da yıllık ücretli izin gibi haklardan bir asıl işveren sorumlu tutulmayacağı için iş kanunlarında yer almaması gerekmektedir. Oysa bu işçiler bakımından birlikte sorumluluk dışında

iş sağlığı ve güvenliği, işyeri disiplini ve disiplin suçları ve kolektif haklardan yararlanma gibi çeşitli temel haklardan doğan sorunların birlikte sorumlulukla ilgisi olmadığı için düzenlenmediği görülmektedir.

3. MEVZUAT ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNE ASIL İŞVERENİN İŞYERİNDEKİ ÇALIŞMA KOŞULLARINI DİKKATE ALMAMAKTADIR

İşyerinde iş alan diğer işverenlerle kurulan üçlü ilişkinin uluslararası hukukta gündeme geldiği ve sorunun ilk defa burada tartışılarak günümüze bütün “diğer işveren” ilişkilerine ışık tutacak nitelikte hazırlandığı görülmektedir. Ülkemizce 1960 yılında 161 sayılı Kanunla onaylanan “Kamu Makamları Tarafından Yapılan Sözleşmelere Konulacak Çalışma Şartlarına İlişkin”, (Co-operation at the Level of the Undertaking Recommendation, 1952) 94 sayılı ILO sözleşmesi temel olarak, müteahhit ve taşeron olarak kavramlaştırılan alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçilerine tanınan haklar ile asıl işverenin işçilerine tanınan hakların ve çalışma şartlarının aynı olmasını öngörmüştür.

Bu düzenleme ile alt işveren ilişkisinden doğan çalışma hayatının sorunlarının çözümünde temel bir ilke belirlenmiştir. Bu ilkeye göre **alt işveren işçilerinin çalışma şartları ile asıl işveren işçilerinin çalışma şartları eşit düzeyde olmalıdır**. Sözleşme, sadece alt işverenler için değil, işyerini devir alan işverenler için de aynı sonucun gerçekleşmesini istemektedir. Bu nedenle, “taşeronlar veya mukaveleyi devir alan şahıslar tarafından yapılan işler hakkında uygulanır” hükmü getirilmiştir.

Sözleşme hükümleri getirdiği temel ilke hariç, 1952 yılının şartlarına göre çok ileri bir düzeydedir. Ancak 2010 yılının şartları bakımından aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir.

Sözleşme müteahhit ve alt işveren işçilerinin ücret haklarının korunması ve eşit seviyeye getirilmesi amacıyla;

“1. Sözleşme'nin şumulüne giren mukaveleler, ilgili işçilere işin yapıldığı aynı bölgedeki iş kolu veya sanayide aynı mahiyetteki iş için:

a. Kollektif mukavele yolu ilgili veya ilgili sanayi veya iş kolundaki işçi veya işverenlerin mühim bir kısmını temsil eden işçi ve işveren teşekkülleri arasında tensip edilmiş diğer bir müzakere usulü yolu ile,

a. Hakem kararı yolu ile, veya,

b. Milli mevzuatla:

Tespit edilmiş olanlardan daha az elverişli olmayan ücretleri (Ödenekler

dahil), iş müddetlerini ve diğer çalışma şartlarını garanti eden hükümleri ihtiva edecektir:

2. Bundan evvelki fıkrada zikrolunan çalışma şartları, işin yapıldığı bölgede, yukarıda yazılı şekillerden birine göre tanzim edilmediği takdirde, mukavelelere ithali gereken maddeler, ilgili işçilere:

a. Benzeri en yakın bölgedeki ilgili iş kolu veya sanayide aynı mahiyetteki bir iş için kollektif mukavele veya mutabık kalınan diğer bir muzakere usulü yoluyla yahut hakem kararı veya milli mevzuat yoluyla tesbit edilmiş olanlardan;

b. Veya, kendisiyle mukavele yapılan müteahhidin iş yaptığı iş kolu veya sanayiye mensup benzeri şartlar içinde bulunan işverenlerin o iş kolu veya sanayide riayet ettikleri genel seviyeden,

Daha az elverişli olmayan ücretleri (ödenekler dahil), iş müddetlerini ve diğer çalışma şartlarını garanti edecektir.”

hükümünü içermektedir.

Görülmektedir ki, 94 sayılı sözleşme sadece alt işveren asıl işveren ilişkisi gibi sorunu dar seviyeden ele almamakta, işverenin işyerinde alt işveren dışında işçi çalıştıran diğer işverenleri de kapsadığı gibi doğrudan doğruya kamudan iş alan müteahhitleri de kapsamaktadır.

94 sayılı sözleşmenin temel varsayımı, kamudan belli alanlarda iş alan ya da kamunun işyerini ya da işini devir alan işverenlerin işçilerine sağladığı çalışma şartlarının ilgili sanayi, işkolunda genel olarak işçi ve işverenlerce kabul edilen çalışma şartlarının ve ücret seviyesinin garanti edilmesidir. Bu bakımdan asıl işverenden iş alan diğer işverenler de 94 sayılı sözleşme kapsamında değerlendirilmelidir

94 sayılı sözleşme, sadece alt işveren ilişkisine değinmemiştir. Sözleşme alt işveren dışında işyerindeki diğer işverenleri ve bağımsız olarak iş alan müteahhitleri kapsamaktadır. Sözleşmedeki asıl amaç, diğer işverenlerin ya da müteahhitlerin işçilerine tanıdıkları hakların emsal işyerlerinde işverenlerin tanıdığı, işçilerin elde ettiği haklardan daha düşük olmamasıdır. Sözleşme bu eşitliğin sağlanması ihtiyacını kısmen gidermeye çalışmaktadır.

Sözleşme öncelikle kamu işyerlerini kapsamakla bir sınırlılık meydana getirmektedir. Diğer taraftan aynı sanayi ya da işkolunda tanınan alt seviyedeki yaygın uygulamayı işyerindeki uygulamadan ayırarak bir ikilik meydana getirmektedir. Bu bakımdan sözleşme günümüz işyerlerinde karşılaşılan sorunların giderimi ihtiyacını karşılayacak nitelikte görülmemektedir. Ancak 1952’li yılların şartları ele alındığında o zaman itibariyle, meselelere yaklaşımı ve aldığı temel esaslar bugünün düzenleme ihtiyaçlarına yol gösterecek niteliktedir.

94 sayılı sözleşmenin düzenleme kapsamında 4857 sayılı İş Kanununda getirilen düzenlemeler karşısında öncelikle kamu makamlarından iş alan müteahhitler, bir işyerinde işçi çalıştıran diğer işverenler ile bir işyerinde işçi çalıştıran alt işverenler ayrı ayrı ele alınarak alt işveren ilişkisine dair düzenlemeler yeniden gözden geçirilmelidir.

4. İŞ KANUNUMUZDA ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN TUTARSIZ DÜZENLEMELERİ

Başta İş Kanunumuz olmak üzere konunun ele alındığı mevzuatımızda maddi ve lafzi düzeyde ciddi hukuki problemler bulunmaktadır. Hukuk tekniği açısından genel hükümlerle bağdaşmayan düzenlemeler yanında, hukuki pozitivizmi haklı kılacak şekilde hukuki olmayan kavramlar (“işletme ve işin gereği”, “asıl iş” ve “yardımcı iş” gibi) içeren düzenlemeler, bu sosyal soruna çare olmaktan uzaktır.

Söz konusu bu düzenlemelere kısaca değinecek olursak;

a. Alt işveren ilişkisi “*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*” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu düzenleme, **hukuki ilişki için bir tanım vermekten ziyade sorumluluk esasına dayanarak bir tanım getirmektedir.** 1475 sayılı İş Kanunu sorumluluktan hareket ederek bir tanım getirirken, 4857 sayılı İş Kanunu daha da ileri giderek, sınırlamaları da içine alan bir tanım meydana getirmiştir.

Bu durum, işyerinde mevcut tanıma girmeyen ancak işyerinde işçi çalıştıran diğer işverenlerle olan üçlü iş ilişkilerini dışlamaktadır. İş Kanunu işyerinde işçi çalıştıran diğer işverenleri de kapsayan genel bir tanım vererek, bunlardan hangilerinde asıl işverenin sorumlu tutulacağını, hangi ilişkilere sınırlama getirileceğini ayrı ayrı düzenlemelidir.

b. “*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*”.

Sorumluluk esasına göre yapılan tanımda da getirilen “birlikte sorumluluğun” niteliği açık değildir. İş uygulamasında “birlikte sorumluluk” ifadesinden bu sorumluluğun bir müteselsil sorumluluk olduğu kabul edilirken, ticaret yargılaması uygulamasında müteselsil sorumluluk

olmadığı, doğrudan/asıl sorumlu olan kişi olduğu benimsenmektedir². Böylece asıl işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği üzerinde farkına varılmadan bir ikili durum ortaya çıkmaktadır.

c. “Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz”

Bu düzenlemede “**kısıtlanma**”nın ne olduğu anlaşılammamaktadır. Yani her halükarda asıl işverenin işçisinin alt işveren işçisi olarak çalıştırılması halinde haklarının kısıtlandığı kabul edilecek midir? Yoksa somut duruma bakarak, haklarında bir gerileme olup olmadığı mı ortaya konulacaktır? Cevap açık değildir.

Asıl işverenin işçisi belki daha yüksek ücret ile alt işveren yanında çalıştırılmaya devam edecek olmasına rağmen, kıdeme bağlı haklarında gerileme olacağı açıktır. Yıllık ücretli izin hakkı yeniden bir yıllık işçi gibi başlayacak, kıdemi de yeniden işleyecektir. Bu durumda ücret artsa dahi diğer haklarda gerileme olduğu görülmektedir. Dolayısıyla her halükarda haklarda gerileme olduğu karine olarak kabule muhtaçtır.

d. “..veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz.” İfadesi de işçiye alt işveren olma imkanı vermeyerek ekonomik özgürlüğüne yönelik bir sınırlama getirmektedir. Örneğin askeri bir işyerinde çalıştığı sırada yaptığı işte uzmanlaşan bir işçi, işyerinden ayrılarak o işe yönelik bir işveren sıfatı ile faaliyet yürüttüğünde, askeri işyerlerinden iş alamayacaktır. Bu sınırlamanın hukuki olduğunu söylemek güçtür. Geçmişte “*kötüye kullanma*” şeklinde ortaya çıkan uygulamaların önüne geçmek amacıyla getirilen bu hüküm, amaçlarının sınırlarını aşmıştır.

2 İhaleli yapılan hizmet alım işlerinde işçilik alacaklarının ödenmesi durumunda rücu davaları ticaret mahkemesinde görülmektedir. Yargıtay’ın iş uyuşmazlıklarından sorumlu tutulan daireleri sorumluluğun niteliğinin müteselsil sorumluluk olduğu ve iç ilişkide rücu hakkının bulunduğunu belirtmiş olmasına rağmen, ticaret davalarına bakan 13. Hukuk Dairesinin çelişkili kararlar verdiği görülmektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi özellikle ödenen ihbar ve kıdem tazminatı başta olmak üzere diğer işçilik alacaklarının rücu edilebilmesi için iki işveren arasındaki sözleşme hükümlerine göre sorunun çözümlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Yani hangi konuların iç ilişkide rücuuya tabi olacağı düzenlenmiş ise gerçek işverenden talep edilebilecek; sözleşmede düzenlenmemiş ise yarı yarıya sorumluluk söz konusu olabilecektir. (Y.HGK 12.05.2004, E. 2004/11-254, K. 2004/295 Ayrıca bkz. Y. 13. HD. 11.06.2012 E. 2012/8729, K. 2012/15064 Sayılı kararları)

Yargıtay’ın ticaret mahkemelerinin kararlarını inceleyen temyiz makamı 13. Hukuk Dairesi ilişkinin muvazaalı olup olmadığına bakmaksızın iç ilişkide sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin bir düzenleme var ise sözleşmeyi üstün tutarak karar vermektedir.

e. “*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*” biçimindeki ifade ise, tam bir hukuk garabetidir.

Hükümde belirtilen “muvazaa” yaptırımının genel hukuk bilgisi ve kavramları ile izahı mümkün değildir. Bu yaptırım olsa olsa sadece İş Kanununa münhasır bir garabet olabilir. Nitekim uygulamada iş yargılaması hukuka aykırılık yaptırımı olarak alt işveren ilişkisini muvazaa nedeniyle geçersiz sayarken, aynı durumda ortaya çıkan ticari uyumsuzluklarda ticaret yargılaması geçerli bir hukuki ilişki olarak değerlendirmektedir. Hukukumuzda bir işlem bir yerde geçersiz, butlan; diğer yerde geçerli bir işlem olarak görülüyorsa bunun müsebbibi, hatalı iş mevzuatıdır.

Bu kavramın, işçi ile asıl işveren arasında hukuki bağ kurabilmek için getirildiği söylenmektedir. Ancak bunun hukuki kavramlar işgal edilmeden yapılması gereklidir. Asıl işveren ile bir hukuki ilişkinin kurulması için genel kavramlarla oynamadan ya da hiç olmazsa yasa hükmü dolayısıyla kurulması sağlanmalıdır.

“*Aksi halde ve genel olarak*” ifadesi de genel bir yaptırım olmadığı düşüncesine yol açabilecektir. Ayrıca “*aksi halde*” ifadesinden sonra “*ve genel olarak*” ifadesinin hizmet ettiği mantığı anlamak da güçtür. Bu ifade şekli uygunluğa rağmen, muvazaa yaptırımının uygulanmasının gerekli olmadığını da göstermektedir.

f. “*İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez*” hükmü ise üzerinde en çok tartışılan düzenleme olmuştur.

Burada özellikle “ile” bağlacı etrafında sorun toplanmaktadır. Bu konuda üç görüş bulunmaktadır³. Birinci görüşe göre “ile” bağlacı “veya” anlamında değerlendirilmelidir. Çoğunluk ve hakim görüşe göre “ile” bağlacı “ve” anlamındadır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre “ile” bağlacı cümledeki “uzmanlık” ile ilgilidir. Tek başına “*işletmenin ve işin gereğinin*” hukuki bir anlamı bulunmamaktadır. Zira işletme ve işin gereği soyut ve ne anlam içerdiği belirlenemeyen, objektif unsurları barındırmayan bir anlatımdır. İşyeri için alınacak bir alt işveren kararının “*işletme ve işin gereği*” olmadığı hukuken nasıl ortaya konulabilecektir? Bu sonucu objektif ilkelere bağlamak zordur.

3 Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nursen/ Canbolat, Talat; *İş Hukuku Dersleri*, 27. Bası, İstanbul 2014, s.55-56. Süzek, Sarper; *İş Hukuku*, 10.Baskı, İstanbul 2014, s.147-148. Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş; *İş Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2014, s.217.

Kanaatimizce hükümde yer alan asıl sorun “ile” bağlacından ziyade, “*asıl iş*” ve “*yardımcı iş*” arasındaki ayrımın ortaya konulamaması nedeniyle doğan hukuki boşluktur⁴.

İşyerinde mal ve hizmet üretimi ile doğrudan veya dolaylı hiçbir ilgisi olmayan işler ile işyerinde üretilen mal ve hizmetle teknik bir bağı bulunmayan ancak dolaylı olarak o iş için tahsis edilmiş işler nasıl tanımlanacaktır?

İşyerinde üretilen mal veya hizmetle doğrudan doğruya teknik bağı olmayan ancak dolaylı yoldan teknik bağı bulunan işler hangi konumdadır?

Bütün bu sorulara birbirinden farklı cevaplar vermek mümkündür. Zaten uygulamada ve yargı içtihatlarında da bu durum açıkça görülmektedir. Bugüne kadar asıl iş ile yardımcı iş arasındaki objektif ayrım ortaya konulamamıştır.

Ayrıca mevzuatımız yardımcı iş dışında asıl işi tamamlayan “tamamlayıcı iş” kavramını dışarıda bıraktığı gibi bir işyerinde birbirine bağlı ve entegre bir biçimde birden fazla asıl işin yapılabileceği varsayımını da göz ardı etmektedir.

Ayrıca İş Kanunumuzun söz konusu düzenlemeleri, işyerinde tek bir asıl işin bulunduğu varsayımını güçlendirmektedir. Oysa bir işyerinde birden fazla asıl işin iç içe bulunması mümkündür. Teknik olarak bir birinden ayrılan bu işlerden birini asıl iş diğerini yardımcı iş kabul etmek doğru değildir.

Mevzuatta hukuki olmayan ifadelerin yer almaması gerektiğini söyleyen “hukuki pozitivizm” in bu konuda haklı gerekçeleri, söz konusu alt işveren düzenlemelerinde ortaya çıkmaktadır. Hukuki olarak asıl iş ya da yardımcı işin tanımlanması mümkün değildir. Bir de buna “işletme ve işin gereği” eklendiğinde hukuki söylemin yetersiz kalması kaçınılmazdır.

Uygulamada özel kanunlarla getirilen istisnalar ile asıl işin de alt işverene verilebileceğini öngören düzenlemeler de görülmektedir. Posta dağıtım hizmetleri ile enerji piyasası üretim, nakil ve dağıtım hizmetlerinin alt işverene verilebileceği yönünde pozitif düzenlemeler getirilmiştir. Bu durum çalışma hayatında tam bir karmaşaya yol açmaktadır. Ayrıca Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanacak listeleme yolu ile hangi işlerin yardımcı iş olarak kabul edileceği yönündeki hazırlık da endişe vericidir. İş hukuku ile ilgisi olmayan maliye, vergi mevzuatı uygulayıcılarının konuya yaklaşımı ile hazırlanacak olan bu listeleme, çalışma hayatımızda yeni ve güncel tartışmalara yol açacaktır.

⁴ Ayrıca bkz. **Aykaç, Hande Bahar**; Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş- Yardımcı İş Ayrımı, Çalışma ve Toplum, 2015/3, sayı 46, s. 97- vd.

g. Kamu işyerlerinde alt işveren uygulamasına yönelik sorun çözme (!) niteliğindeki düzenlemeler de teknik bu karmaşaya yenilerini eklemektedir. 16 Eylül 2014 tarihli 6552 sayılı Kanunla kamu işyerlerinde alt işveren işçilerinin hak ettiği kıdem tazminatından, kamuda geçen süre ile sınırlı olarak sadece kamuyu sorumlu tutmanın mantığını anlamak güçtür.

Yıllarca alt işveren uygulamasının ekonomik olduğunu iddia edenlere karşı, yıllar geçtikçe ortaya çıkan kıdem nedeniyle kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin uygulamasından doğan haklardan asıl işverenin sorumlu olacağı, bunun alt işverene rücu edilmesinin imkansız olduğu bazı haller bulunacağı; bu haller nedeniyle başlangıçta ucuz görülse de daha sonra bu uygulamanın kamu için üzerinden kalkamayacağı bir yük meydana getireceği tarafımızdan dile getirilmiştir. Yıllar sonra ortaya çıkan bu garip düzenleme haklı olduğumuzu bir defa daha ortaya koymuştur.

h. 6552 sayılı Kanunla kamuda iş gören alt işverenlerin, yetkili bir sendika ile toplu pazarlık görüşmelerinde kamu işveren sendikalarına başvurması durumunda aradaki farkı devletin ödeyeceğini öngören bir sistem kurulmuştur.

Bu düzenleme ekonomik olarak fonksiyonel olabilir. Ancak teknik olarak birçok hukuki sorunu bünyesinde barındırmaktadır. İş hukukçusu olmayan maliye, vergi uzmanlarınca hazırlanan bu düzenleme yeni güncel tartışmalara yol açacaktır. Öncelikle alt işverenle toplu iş sözleşme yapılması durumunda ihale bedeli ile aradaki farkı kamunun ödemesinin mantığını anlamak güçtür. Bu uygulamanın aslında verimli olmadığı iddiamızı daha da güçlendirmektedir.

Diğer taraftan kamu işveren sendikasının üye olmayan, özel sektör işveren adına pazarlık yapması, ehliyet bakımından izahı güç gözükmektedir. Ayrıca alt işverenin kendisinin bir işveren sendikasına üye olması durumunda sorun daha da karmaşık olacaktır.

Kamu işveren sendikası ile yürütülebilecek olan toplu sözleşme, ihale süresi ile sınırlı olacaktır. Nitekim **Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesine Dair Yönetmelikte;** “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılacak yetki tespit işlemlerinde, 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale alan alt işverenlere ait her bir ihale sözleşmesi ayrı bir işyeri olarak değerlendirilir. Aynı alt işveren tarafından aynı işkolunda yapılan her bir ihale sözleşmesi için işyeri düzeyinde yetki tespiti verilir.” düzenlemesi getirilerek, işçi sendikasının yetkisinin kanuni yetki kurallarına göre belirleneceğini ve TİS düzeyinin her ihale bazında ayrı ayrı işyeri TİS’i olduğu anlaşılmaktadır. Böylece alt işveren işçilerinin çalıştığı her bir kamu kurumu alt işveren için ihale başına bir tek işyeri kabul edilmektedir(Yön.m.4/2).

Bu durum alt işverenin işletme olması durumunda 6356 sayılı Kanuna aykırı bir uygulama ortaya çıkaracaktır. Diğer taraftan 6356 sayılı Kanuna uyulsa dahi alt işverenin aynı anda bitim süreleri farklı birden işyerinde iş alması durumunda toplu sözleşme süresinin ne olacağı sorununu ortaya çıkaracaktır. Ayrıca ihale bitim sürecine bir yıldan az bir zaman kalması hallerinde, kamu işveren sendikalarının başvuruları kabul etmemesi de mümkündür. Zaten uygulamada da bu sorun ciddi boyutlarda ortaya çıkmaktadır.

Alt işverenin kamu işveren sendikasına başvurmaması ya da işveren sendikasına üye olması nedeniyle bağımsız bir şekilde toplu iş sözleşmesi gerçekleştirilmesi durumunda 6356 sayılı Kanuna göre toplu iş sözleşmesi kurulacağından uygulamada farklı durumlar ortaya çıkacaktır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Yukarıda değindiğimiz durumlar karşısında Türk hukukundan sağlıklı bir çözüm üretilmesini beklemek mümkün değildir. Aksine yapılan her düzenleme de yeni sorunlara ve hukuki tartışmalara yol açmaktadır. Sorun temelde hukuk tekniğinden uzaklaşılması ve hukuki olmayan kavramların mevzuata dahil edilmesinde ortaya çıkmaktadır. Soyut ve hukuki olmayan kavramlar, böylesine önemli bir konuda kullanılmamalıdır. Konu açık ve somut bir biçimde düzenlenmelidir. Bu yapılırken de hukukun evrensel kavram ve ilkeleri terk edilmemelidir.

Sorunun çözümü için, bir işyerinde işçi çalıştıran bütün diğer işverenleri de kapsayacak şekilde yeni bir hukuki bakış açısına ve düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Zira alt işveren işçisi de dahil olmak üzere işyerinde iş gören başka bir işverenin işçisi ile asıl işveren arasında edimden bağımsız (sözleşme içermeyen) bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bu borç ilişkisi karşılıklı bazı yükümlülükler doğurmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği ile işyeri disiplini bu yükümlülüklerin başında gelmektedir.

Kollektif hakların kullanılması bakımından da asıl işyerinden tamamen bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilmemesi gereklidir. Alt işverenin işyerinin asıl işyerine bağlı (fer'i) nitelikte olduğu unutulmamalıdır. Bu esas çerçevesinde asıl işverenin çalışma koşulları arasında bir eşitlik tesis edilerek çalışma hayatında kalıcı barış kurulmalıdır.

KAYNAKÇA

Aydın, İbrahim; Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 4. Baskı, Ankara, 2015.

Aykaç, Hande Bahar; Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş- Yardımcı İş Ayrımı, Çalışma ve Toplum, 2015/3.

Başbuğ, Aydın; Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç

İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar, Kamu-İş, Ocak 1998.

Başbuğ, Aydın, Alt işveren İlişkisi ve Güncel Sorunları, Şeker-İş, Ankara 2010.

Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, İstanbul 2014.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.

Süzek, Sarper; İş Hukuku, 10.Baskı, İstanbul 2014.