

KAMU İŞYERLERİNDE ALT İŞVEREN UYGULAMASININ DOĞURDUĞU SORUNLAR VE ÇÖZÜM ARAYIŞLARI*

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan

Alt işveren uygulamasına ilişkin sorunlar konusu, bir alt işveren ilişkisinin nasıl kurulacağı gibi detaylara girmeden uygulamada tespit edilen sorunlara ağırlık verilerek incelenecek ve sonuçlandırılacaktır. İşverenin faaliyet konusuyla ilgili işleri işyerinde kendi işçi kadrosuyla yürütmesi çalışma hayatının olağan akışı gereğidir. Ancak; teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan yeni uzmanlık alanları, maddi imkânsızlıklar, kamuda kadro sınırlamaları, rekabet koşulları ister istemez işverenin işini kendi işçileriyle görmesi yanında istihdama ilişkin yeni arayışlar ihtiyacı getirmiş ve bu çerçevede uygulamada üçlü iş ilişkileri denilen; ödünç iş ilişkisi, alt işveren ilişkisi gibi düzenlemeler gelmiştir. Bu düzenlemeler, aslında mevcut İş Kanunu'nun felsefesinde de vardır.

Bu kanunun çıkış öyküsünü hatırlayanların bildiği gibi, 2003 yılının arifesinde; konu önce 90'lı yıllarda 158 sayılı ILO sözleşmesinin onaylanması nedeniyle "Türkiye'de iş güvencesi vardır mıdır yok mudur?" tartışmasıyla başlamıştır. 4773 sayılı Kanunla 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesine bazı ekler yapılarak iş güvencesi getirilmiş, getirilen bu düzenlemenin yürürlük süresi 1 yıl sonraya 15 Mart 2002'ye bırakılmıştır. Hükümetin, iş güvencesinin uygulamaya konulmasını bir Kanun çıkararak ertelemesi üzerine, uygulamayı erteleleyen bu Kanun dönemin Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiş ve bu vetonun üzerine olay iş güvencesi boyutunu aşmıştır. Bu gelişmeler üzerine sosyal taraflar da devreye girmiş, içinde iş güvencesi de bulunan yeni bir İş Kanunu yapılması görüşü ileri sürülmüştür. Bu Kanunun felsefesine damga vuran, vurmamak isteyen üç yönü vardır. Bunların bir bölümü gerçekleşmesine rağmen, bir bölümü gerçekleşmemiştir. İşveren kesiminin esnek çalışma, alt işveren, çalışma sürelerinin esnekleşmesi, denkleştirme süresi gibi talepleri karşısında işçi kesiminin ağırlıklı talebi iş güvencesi olmuştur. Esnek çalışma ile iş güvencesi şöyle veya böyle Kanunda yerini almış üçüncü konu olan kıdem tazminatı ise ortada kalmıştır. Nitekim kıdem tazminatı 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almamış ve bir hukuk garabeti olarak, yürürlükten tamamen kalkmış olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi yürürlükte bırakılmıştır. Nitekim bu maddenin bugün de uygulanmasına devam edilmektedir.

Burada, altı çizilecek husus, esneklik konusudur. Esneklik bu makalede incelenen konuyu yakından ilgilendiren bir konudur. İstihdamdaki esnekliğin diğer türlerini ve çalışma sürelerindeki esneklik konuları bu makalenin kapsamı dışındadır. İstihdamdaki esnekliğin enstrümanlarından biri de alt işveren

* İşbu makale Kamu - İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası'nın 29 Nisan - 2 Mayıs 2010'da Antalya Belek'te düzenlediği seminere sunulan tebliğin üzerinde çalışılmış şeklidir.

uygulanması olmasına rağmen, maalesef esnekliğin bir enstrümanı olan alt işveren konusu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki alt işveren düzenlemesiyle çok daha katı bir hal almış ve esneklik adına yapılan bu istihdam türü maalesef katı ve sıkı koşullara bağlanmıştır. İfade edilmelidir ki, değerli dokuz meslektaşımızın oluşturduğu Bilim Komisyonu'nun hazırladığı tasarıda alt işveren konusu bu şekilde düzenlenmemiştir. O zaman farklı partilere mensup, eski sendikacı milletvekillerince mecliste kanun yapma tekniğine çok da uygun olmayan, yama şeklinde bazı hususlar eklenerek alt işveren konusu bugünkü garip haline getirilmiştir. Mesela, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan tasarıda yer almamaktadır. Bu noktada Kanuna eklenmek istenen hükümler konusunda gösterilen çabaların da doğrudan eleştirilmesi haklı bulunamaz. Bu çabalar 1475 sayılı Kanun döneminde bazı kötüniyetli işverenlerin yaptığı kötüniyetli alt işveren uygulamalarına karşı bir tepkiydi. Bugün geldiğimiz nokta, ifrat tefrit noktasında bir alt işveren düzenlemesi şeklindedir. İşverenlerin işlerini başka bir işverene gördürmek istemesi, alt işveren, ödünç iş ilişkisi gibi konular aslında yadırganacak hususlar değildir. Bunlar, sözleşme ve girişim özgürlüğü çerçevesinde, işverenin Anayasa'nın 48. maddesinde kaynağını bulan temel hak ve özgürlüklerdendir. Ancak, bunun zaman zaman kötüye kullanıldığı da söz konusu olmaktadır. Maalesef Kanundaki düzenleme, kötüye kullanılmayı asıl kabul edip, ona göre yapılmış bir düzenlemedir. Oysa Medeni Kanun'da belirtilen hukukun temel ilkelerinden biri, iyiniyet prensibidir. Buna göre, ilişkilerde asıl olan iyiniyettir. Kötüniyet istisnadır. Böylece alt işveren konusundaki düzenleme, adeta kötüniyeti asıl kabul edip, iyiniyeti istisna hale getiren temel hukuk kuralına ters bir düzenleme halini almıştır. Mal ve hizmet üretimi ihtiyacını iş organizasyonu çerçevesinde başka bir işverenden karşılayan işverenin, bu ihtiyacını başka bir işverenden karşılaması, diğer adıyla fason imalat denilen husus, bu makalenin kapsamı dışındadır. Ancak, alt işverenlik uygulamasında iş, asıl işverenin işyerinde başka bir işveren tarafından görülmektedir ki, konuya hassasiyet getiren nokta da budur. Bu noktada, 1475 sayılı Kanun'da benimsenen birlikte sorumluluk (müteselsil sorumluluk) yeni Kanun döneminde de aynen muhafaza edilmiştir. Ancak, alt işveren ilişkisinin kurulması çok sıkı bazı unsurlara bağlanmıştır.

Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan bir iki unsur üzerinde durmakta fayda vardır. Maddedeki, "Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçileri sadece bu işte çalıştıran işveren var ise, bu ilişki asıl işveren - alt işveren ilişkisidir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı, o işyeriyle ilgili bu Kanundan, iş sözleşmesinden varsa alt işverendeki toplu iş sözleşmesinden müteselsilen sorumludur" şeklindeki tanım ve esaslar ve bunların unsurları 1475 sayılı Kanunla hemen hemen örtüşmektedir. Düzenlemeye göre yardımcı işler konusunda bir sorun bulunmamakta, yardımcı işler alt işverene verilebilmektedir. Buradaki sorun hangi işin yardımcı iş, hangi işin asıl iş olduğudur. Bu konunun Kanunda çok açık olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu konu çözümünü daha çok yargı içtihatlarına bırakmıştır. Burada, üretilen mal veya hizmetin tüketiciye nihai ulaşımına kadar olan safha asıl iş olarak belirlenirse, örneğin bir züccaciye, bir çay bardağı işinin sunulmasında, çay bardağı olduğu gibi satılmadığına göre, paketleme işi de asıl iştir denilebilir. Aynı şekilde çimentonun torbalanması işi asıl iş ola-

rak nitelenebilir. Belirtilmelidir ki, Yargıtay'ın bu konuda kararları çok da istikrarlı değildir. Örneğin THY'de yer hizmetleri Yargıtay tarafından yardımcı iş olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında paketlemeyle ilgili işlerin asıl iş olarak kabul edildiği Yargıtay kararları da vardır. Dolayısıyla birinci sıkıntı kaynağı asıl iş - yardımcı iş ayrımında kendini göstermektedir. İkinci ve esas önemli olan, asıl işin teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmeksizin bölünerek alt işverenlere verilememesi konusudur. Bu düzenleme, mecliste sendikacı milletvekillerinin tasarıya eklediği bir maddedir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu düzenleme geçmişteki kötü tecrübeleri önlemek amacıyla getirilmiştir. Ancak asıl olanın kötüniyet değil, iyiniyet olması gerekir. Bu düzenleme, alt işveren ilişkisini adeta kilitlemekte ve iş hayatının gerçekleriyle de bağdaşmamaktadır. Kanun koyucunun amacını beğensek de beğenmesek de amacın, teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmedikçe asıl işin alt işverene verilememesi olduğunu kabul etmekteyiz. Nitekim Yargıtayda kanun koyucunun amacından yola çıkarak bu unsuru alt işveren ilişkisinin olmazsa olmaz bir unsuru olarak kabul etmektedir. Bu noktada, getirilecek bir yorumla Kanunun bu katı düzenlemesini aşmak mümkün olabilir mi düşüncesiyle, -daha sonra doktrindeki birçok yazarın da katıldığı gibi- Kanunun, 10 Haziran 2003'te yürürlüğe girmesinin hemen arkasından Türk İş'in Bolu Koru Motel'de düzenlediği bir toplantıda ilk defa; alt işverenlik konusundaki bu düzenlemenin çalışma hayatını kilitleyeceğini, girişim özgürlüğüne son derece ters olduğunu, onun için hiç değilse maddedeki "işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren" sözcüğündeki "ile"nin "veya" şeklinde anlaşılması gerektiği fikri, bu kilitlenmeyi çözüme anlamında bir çözüm yolu olarak tarafımda ileri sürülmüştür. Tekrar ifade edilmelidir ki, kanun koyucunun amacı "ile"yi "ve" olarak anlamlandırmaktır. Bu katı ve sıkı kuralların getirdiği kilitlenmeyi çözmek amacıyla getirilecek bir yorumla bunun aşılabileceği fikri birçok yazar tarafından kabul görmüş ama Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarını teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmedikçe asıl işin alt işverene verilemeyeceği yönünde oluşturmuştur. Bu makale bakımından yararlanmak amacıyla incelenen iş müfettişi raporlarında da işin teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmediğinden hareketle asıl işveren - alt işveren ilişkisinde muvazaa olduğu sonucuna ulaşıldığı görülmüştür.

Sonuç itibarıyla, bu konuyla ilgili değinilmek istenen nokta, teknolojik nedenle uzmanlık gerektirme şartına karşılık getirilecek çözümün ne olacağıdır. Kuşkusuz akla gelen çözüm bunun yasadan çıkartılmasıdır. Bunun yerine başka güvencelerin düşünülmesi imkan dâhilindedir. Hangi işin teknolojik nedenle uzmanlık gerektirdiğinin belirlenmesi de ayrı bir sorundur. Örneğin 300 km'lik bir otoyol ihalesi alan bir işverenin, kendi makine parkının bunu karşılamaya yetmemesi nedeniyle otoyolun belirli kilometrelerinin yapımını alt işverene vermesi halinde teknolojik nedenle uzmanlık gerektirme uygulaması bulunmamaktadır. Ancak işverenin makine parkının yetmemesi de işin alt işverene verilmesi ihtiyacının var olduğunu göstermektedir. Burada Kanunun ifadesinden yola çıkılırsa ilişkinin muvazaalı alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Çünkü asıl işin bölünmesi söz konusudur. Bunun çalışma hayatının gerçekleriyle ne derece bağdaşıp bağdaşmadığı ise tartışmaya açıktır. Dolayısıyla, alt işveren konusundaki düzenlemeyle ilgili olarak, işverenin Anayasa'yla güvence altına alınmış girişim özgürlüğü ile işçinin korunmasına ilişkin sosyal devlet ilkesini makul bir noktada dengeleyen bir çözüme acilen ihtiyaç duyulmaktadır. Yasal düzenleme bu şekilde olurken, uygulamada karşılaşılan başka sorunlara da değinmek gerekir. Bu sorunlardan bir tanesi,

kamuda sıkça görülen bir husus olan alt işverenlerin değişmesine rağmen işçilerin o işyerinde çalışmaya devam etmesidir. Örneğin bir işin 3 yıl için ihale edilmesi halinde, 3 yılın sonunda işverenin ihaleyi kaybetmesi ya da yeni ihaleye girmemesi nedeniyle işin başka bir işveren tarafından alınması ve yeni işverenin aynı işçilerle devam etmesi durumunda bu devamlılığın; alt işveren işçilerinin diğer alt işverene geçirilmesi suretiyle çalıştırılmasını yasaklayan hükme ters düştüğü söylenebilir. Bu noktada Yargıtay, isabetli bir yorum tarzıyla İş Kanunu'nun 6. maddesinin sonuçlarını, işçinin bu şekilde değişen alt işverenler yanında çalışmasına da uygulamaktadır.

Bilindiği gibi, İş Kanunu'nun 6. maddesi bir hukuki işleme dayanarak işyeri devredildiğinde, işçilerin iş sözleşmesinin devralan işverene geçeceğini, devreden işverendeki kıdem ve kıdeme bağlı haklarından da yeni işverenin sorumlu olacağını ve devreden işverenin devirden önce doğmuş bulunup devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan 2 yıl süreyle müteselsil sorumluluğunu düzenlemektedir. İş Kanunda iş sözleşmesinin devrine ilişkin bir düzenleme yoktur. Oysa iş sözleşmesinin devrine ilişkin Bilim Komisyonu tasarısında bu yönde bir hüküm yer almakta ve ihtiyaçlara da cevap vermekteydi. İş sözleşmesinin devrinin Kanundan çıkarılmış olması fiili uygulamaları ortadan kaldırmamıştır. İş sözleşmesinin devri işçinin de muvafakatiyle bugün de yapılabilir. Kaldı ki bu konuda açık bir düzenleme Yeni Türk Borçlar Kanununda da yer almaktadır. O halde sorun, alt işveren uygulamasında alt işverenin işçilerin yeni alt işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Eğer alt işveren başka yerde iş almış ve işçilerini yanında götürmüşse bu durumda problem bulunmamaktadır. Alt işveren işçilerinin tüm kıdeminden sorumludur. Asıl işverenin ise sadece işçilerin alt işveren ilişkisi boyunca kendinde çalıştığı süreyle sınırlı bir sorumluluğu vardır. Ancak alt işveren işçileri yeni alt işveren işe alınıyorsa Yargıtay, çözüm olarak doğrudan bir işyeri devri olarak nitelemese de, işverenin değişmesi kuralından yola çıkarak 6. maddenin hüküm ve sonuçlarını bu halde de uygulamaktadır.

Gerçekten de, işverenin devri konusu Kanunun 6. maddesinde söylendiği gibi, devreden ve devralan arasında bir hukuki işlemle olabileceği gibi bu şekilde işverenin değişmesi şeklinde de olabilir. Hatta bu işyerinin devri, ülkemizde Kanunla da olabilmektedir. Köy Hizmetlerinin kapatılması ve burada görülen hizmetlerin İl Özel İdarelerine, İstanbul ve Kocaeli'nde Büyükşehir Belediyelerine bir Kanunla devredilmesinde olduğu gibi bu devre, bir hukuki sonuç bağlamak gerekmektedir. Buradaki hukuki sonucun, 6. madde çerçevesinde bir çözüm olması gerekir. Yani, bugünkü alt işveren konusuna gelirsek, işçiler orada çalışmaya devam ediyorsa, kıdem ve kıdeme bağlı haklarından asıl işveren sorumludur diyebiliriz. Bu noktada işçilerin yıllık ücretli izinlerinin nasıl belirleneceği sorusuna, yıllık izne ilişkin İş Kanunu'nun 55 ve devamı maddelerine göre cevap vermek gerekecektir ancak bu konuda cevap vermek güç gözükmektedir. İş Kanunu'nun yıllık izne hak kazanma ve yıllık izin süreleri açısından aynı işverenin işyerinde çalıştıkları sürelerin toplanacağını düzenlemesi karşısında burada alt işverenlerin "aynı işveren" olmadığı söylenebilir. Burada da diğer alt işverende geçen süreler işçinin ne kadar süre ile yıllık izin kullanacağını belirleyen kıdemine dahil olacaktır. Örneğin işçinin yeni alt işveren yanındaki kıdemi 8 ay olsa bile işçi o işte ve işyerinde 5 yıldır çalışıyor ise işçinin yıllık izin bakımından aranan kıdeminde 5 yıllık sürenin de dikkate alınması gerekir. Esasen yıllık izinle ilgili konu, bu makalenin dışında kalmaktadır. O yüzden burada Kanunun hükümlerinin uygulamadaki sorun-

lara ve ihtiyaçlara hiçbir şekilde uymadığını belirtmekle yetinilerek konuyu bir örnekle açıklamakta fayda görülmüştür.

Bu çerçevede karşılaşılan sorunlardan bir tanesi de, alt işveren işçilerinin asıl işverenle yapılan sözleşmenin kapsamı dışındaki işlerde çalıştırılmasıdır. Temizlik işçisi olarak işe alınan oysa doktor veya hemşire olarak çalıştırılan işçilerin bulunduğu yönünde daha önce verilen örnekler doğrultusunda alt işveren işçilerinin asıl işverenle yapılan sözleşmenin kapsamı dışındaki işlerde çalıştırılmasının önemli sorunlardan biri olduğu görülmektedir. Burada çözüm, alt işveren ilişkisinin veya Kamu İhale Yasası'na göre yapılmış toplu hizmet alımının tümünün muvazaalı sayılması değil, çalıştırılan bir veya birkaç işçi söz konusuysa ve işçilerin bu şekilde çalıştırılması süreklilik arz ediyorsa, bu işçi açısından bir muvazaa iddiası gündeme getirilebilir. Asıl işverenin işçisi sayılabilir yoksa tümüyle Kamu İhale Yasası'na göre oluşturulmuş olan böyle bir ilişkinin tümüyle muvazaalı sayılması mümkün değildir. Buna karşılık, tümüyle temizlik işçisi olarak işe alınan ancak işçilerin sürekli olarak laborant, hasta bakıcı olarak çalıştırılmasında alt işveren ilişkisi muvazaalı sayılabilir.

Öte yandan konumuz ile ilgili bir Kanun hükmü olan, uygulamada belirli süreli iş sözleşmesi yapmaya ilişkin İş Kanunu'nun 11. maddesindeki sınırlama bakımından, alt işveren ilişkisinin bir geçerli, objektif neden sayılıp sayılmayacağı konusudur. Bilindiği gibi, İş Kanunu'nun 11. maddesi gereğince, belirli süreli işlerde, belirli bir işin tamamlanması, belirli bir olgunun ortaya çıkması halinde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Onun dışında bu şartlar yoksa belirli süreli sözleşme yapılamaz. Alt işverenin iş alması, ister Kamu İhale Yasası'yla olsun, ister başka türlü olsun belirli bir süre için olacağına göre, alt işverenin belirli süresi, asıl işverenle olan ilişkinin belirli süresi, alt işverenin işçileri için de belirli süreli sözleşme yapmayı bu madde anlamında geçerli gösterip göstermediği uygulamada sorunlar yaratmaktadır. Buna göre, burada eğer işçi o iş için işe alınmışsa; işçi ile belirli süreli sözleşme yapılması için 11. maddenin aradığı objektif koşulların var olduğu, bu belirli süreli sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmelidir. İş Hukuku'nda belirli süreli sözleşme - belirsiz süreli sözleşme ayırımı son derece önemli bir ayırmadır. Bir kere, belirli süreli sözleşmelerde işe iade davası açılmaz, kıdem tazminatıyla ilgili sözleşmenin süresi dolmuşsa kıdem tazminatına hak kazanılmaz, aynı şekilde belirli süreli sözleşmelerde ihbar tazminatı da söz konusu değildir. Dolayısıyla, bir sözleşmenin belirli süreli sözleşme olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi son derece önemli bir konudur.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığına ilişkin iş müfettişlerinin yaptığı tespitler konusu da uygulamanın önemli sorunlarından birisidir. Esasen böyle bir düzenleme, ne Kanun 2003'te ilk çıktığında ne de çıktıktan bir süre sonra ortada değildi. Özellikle tersanelerdeki bazı taşeron firmalarının yeterli iş güvencesi tedbiri almadan işçi çalıştırması sonucu gerçekleşen iş kazalarındaki ölümler nedeniyle konunun gündeme gelmesi karşısında bir tedbir olarak alt işveren ilişkisinin biraz daha zapturapt altına alınması, muvazaa konusuna daha çok dikkat edilmesi düşüncesiyle 2008 yılında İş Kanunu'nun 3. maddesine muvazaaya ilişkin iş müfettişlerinin tespiti ile ilgili bir düzenleme eklenmiştir. Bunun yanında bu konuda bir de yönetmelik çıkarılmıştır. Bilindiği gibi, alt işveren de 3. maddeye eklenen bir düzenlemeyle işyerini tescil ettirmek durumundadır. Kanuna göre, gerektiğinde bu ilişkinin muvazaalı olup olmadığı iş müfettişleri tarafından incelenecektir. Uygulamada rastlanıldığı şekilde o işyerinde sendika varsa çoğu kez sendikalar bu ilişkinin

muvaazalı olduğunu iddia etmekte ve iş müfettişleri devreye girmektedir. İş müfettişleri de bu konuda muvazaa olup olmadığı konusunda, Kamu İhale Yasası'na göre ihale edilmiş değişik işler için değerlendirmeler yapan raporlar düzenlenmektedirler. Örneğin TKİ'yle ilgili muvazaa raporlarına baktığımızda, %90'ında muvazaa olduğu yönünde rapor düzenlenmiş ve bu konuda dayanan husus teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmek şartının yokluğu olmuştur. Kanun müfettiş kararlarına karşı 6 işgünü içinde iş mahkemesine itiraz etmek imkanını getirmiştir. İşverenin muvazaa sonucunu içeren raporlara itiraz etmesinin yanında, müfettişin muvazaa olmadığı yönündeki raporlarına da çoğu kez o işyerinde faaliyette bulunan sendikalar itiraz etmektedir. Bu itirazlar sonucu iş mahkemesinin verdiği kararlara karşı Yargıtay yolu kapalıdır. Belirtilmelidir ki, temiz yolunun kapalı olması ülkede içtihat birliğini sağlamakla görevli Yargıtay'ın devre dışı bırakılmasıdır. Bu nedenle bu alanda içtihat birliği sağlamak da mümkün değildir. Örneğin bire bir aynı koşulları taşıyan olayda Yatağan İş Mahkemesi'nden çıkan kararlar, Aydın İş Mahkemesi'nden çıkan karar farklı olabilmektedir. Bunun hukuk adına isabetli bir sonuç olmadığı açıktır. İkincisi, nasıl teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren işlerde alt işveren ilişkisinin kurulabileceğine yönelik hüküm eleştirilmişse, bu hükmün de kaldırılması gerekir. 3 üncü maddedeki alt işverenin tescilindeki muvazaa iddiasıyla şikâyetler, rapor düzenleme, tescil etme prosedürü de kaldırılmalıdır. 2008 yılına kadar bu konuda Türkiye'de hiçbir sıkıntı yaşanmamasına karşın Kanundaki değişiklik ve buna bağlı olarak çıkarılan Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle sıkıntı başlamıştır. Kaldı ki, bu maddeyle getirilen düzenleme hukuk açısından başka sıkıntılara da yol açacaktır. Böyle bir olayda muvazaa olduğu yönünde rapor düzenleyen müfettişin raporuna karşı, alt işverenin veya asıl işverenin iş mahkemesinde açtığı davada verilen karar bir yargı kararıdır. Ancak bu yargı kararında işçi taraf değildir. İşçinin muvazaa iddiasında bulunup bu toplu sözleşmeden yararlanmak istemesi halinde, bu yargı kararı ne ölçüde bağlayıcı olacaktır? Yine işçinin de taraf olduğu aynı olay bakımından muvazaa olup olmadığı sorunuyla ilgili yeni bir yargı kararı çıkma ihtimali vardır ki bu hukuk birliği, hukuk kurallarının yeknesak uygulanması ve mahkeme kararları arasında çelişki olmaması gibi temel hususlara ters düşecek uygulamalara yol açabilir.

Alt işveren uygulamasının, uygulamada yarattığı bir başka sorun işe iade davaları nedeniyle ortaya çıkmaktadır. İş akdi, yeni sistemde işçinin yetersizliğinden, davranışlarından, işletme ve işin gereği gibi nedenlerle feshedilebilecektir. Yani geçerli sebebe dayandırılacaktır. Buna karşılık, işçi de feshin geçersizliği ve işe iade davası açabilecektir. Bu davada, eğer mahkeme işçi lehine karar verip feshi geçersiz sayarsa, işçinin işe iadesine hükmedecektir. Bunun üzerine işçi 10 işgünü içerisinde işverene başvuracak, işveren de 1 ay içerisinde işçiyi işe başlatacaktır. Bu halde sadece 4 aylık ücret tutarında işsiz kalan süre ücretini ödeyecektir. Eğer işveren işçiyi işe başlatmaz ise 4 aylık boşta kalan süre ücreti yanında 4 ila 8 ay arasındaki iş güvencesi tazminatı ödeyecektir.

Alt işveren işçisinin iş akdinin feshedildiği bir örnekte, işçinin işe iade davası açması durumunda, ilk tartışma konusu alt işveren ilişkisinin muvazalı olup olmadığıdır. Mahkeme tarafından bu alt işveren ilişkisinin muvazalı olduğuna kanaat getirilirse bir muvazaa incelemesi yapılmak zorunda kalmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre söz konusu ilişkinin muvazalı olduğu kabul edilirse, alt işveren bakımından dava husumet yönünden reddedilmelidir. Bir başka deyişle, muvazalı alt işveren ilişkisinde alt işveren avantaj sağ-

lamaktadır. Mahkeme, davayı husumet yönünden reddetmekte, alt işveren işçisini asıl işverenin işçisi sayarak işe iadeye ve iadeye bağlı parasal sonuçlara asıl işvereni mahkûm etmektedir. Sistemin bütünlüğü açısından karar doğrudur ancak işe iade davalarının içine yeniden muvazaa konusunun girmesi; işe iade davalarındaki süratlilik, çabuklukla ilgili Kanun hükümleri bakımından çok uygun değildir. Bu noktada bir başka problem de alt işverene verilen iş sonucu ortaya çıkan iş gücü fazlası konusudur. Yargıtay haklı olarak bir işin alt işverene verilmesi nedeniyle fazla iş gücü elinde kalan işverenin iş gücü fazlası olan işçilerin iş akitlerinin feshinde bu durumu geçerli bir sebep saymaktadır. Ancak Yüksek mahkeme iki önemli noktada kısıtlama getirerek bu sonucu kabul etmektedir. Birincisi, kurulan alt işveren ilişkisinin geçerli olması; ikincisi, bu alt işveren ilişkisi kurulduktan sonra fazla iş gücünün eritilmesinde objektif ve genel bir uygulama yapılmasıdır. Bazı işçileri işten çıkarıp, belirli işçileri içeride bırakmayı Yargıtay kabul etmemektedir. Yargıtay, ancak bu şartların varlığı halinde, işin alt işverene verilmesi nedeniyle doğan iş gücü fazlalığını iş akitlerinin feshinde geçerli sebep olarak kabul etmektedir.

Kamu kurumlarındaki alt işverenlik uygulamasına ilişkin sorunlardan bir diğeri de 5538 sayılı Kanunla İş Kanunu'nun 2. maddesine eklenen düzenlemedir. Kanun ilk çıktığında, asıl amacın kamuda Kamu İhale Yasasıyla iş vermek, taşeron işinin dışına çıkarmak ve taşerona ilişkin kısıtlamaların dışında tutarak kamuda eleman istihdam etmek olduğu; ancak, getirilen bu düzenlemenin lafzıyla ve yer aldığı madde itibarıyla bu amacı gerçekleştirilmeye yetmeyeceği yönünde tarafımda getirilen eleştirilere doktrinindeki bazı yazarlar da katılmıştır. Nitekim Yargıtay, 2008 ve 2009 yıllarında vermiş olduğu iki kararında bu Kanunun üzerinde durmuştur. Karara konu olan davalardan biri işe iade davası, diğeri de toplu sözleşmeden yararlanma talebiyle açılan bir davadır. Her iki kararda da Yargıtay, adına yüklenici de denilse, ilişki Kamu İhale Yasası'na göre de kurulsun 2. maddede alt işveren için belirlenen unsurların ve şartların devam ettiğine hükmetmiştir. Teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmeyen bir işi, sırf Kamu İhale Yasası'na göre hizmet alımı şeklinde yapmış olmanın asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilmesine ve bunun muvazaalı sayılmasına engel değildir. Yargıtay'ın kararı son derece doğrudur. 2. maddenin 7. fıkrasındaki muvazaa ve alt işverene ilişkin hükümlerden sonra gelen kısım esasen malumun ilanından başka bir şey değildir. Bilinen hususların bir kere daha tekrarıdır. Başka bir işverenin işçisi olan işçileri asıl işverenin toplu iş sözleşmesinden yararlanması, asıl işverene ait kadrolara geçirilmesi zaten mümkün değildir.

Ekleme gerekir ki bu hüküm ülkemizde son yıllarda kanun yapma tekniği açısından eleştirilen torba kanun uygulaması içinde getirilmiş bir hüküm olmuştur. Kaldı ki bu hükümün yer aldığı Kanun, Çalışma Bakanlığı'nın devre dışı olduğu tamamen Maliye Bakanlığı aracılığıyla çıkarılmış bir Kanundur. Şüphesiz ki Maliye Bakanlığı devletin hazinesini temsil eden bir bakanlıktır; ancak konunun İş Hukuku ve çalışma hayatının gereklilikleri de dikkate alınarak düzenlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Dolayısıyla böyle bir Kanunun çıkması isabetli olmamıştır. Nitekim Yargıtay adeta bu Kanunu yok sayan çözümlere varmıştır. Bu konu özel kesim işverenlerinin de çok ciddi tepkisini çekmiştir. Bir asıl işveren - alt işveren ilişkisi varsa, kamudaki alt işveren ilişkilerinin farklı özel sektörde alt işveren ilişkilerinin farklı düzenlenmesi hukuken kabul edilmemekte ve bunun Anayasanın eşitlik ilkesine de uymadığı düşünülmektedir.

