

YENİ İŞ YASASINDA ALT İŞVERENLİK

Dr. Sabahattin ŞEN *

1475 sayılı İş Yasası'nı kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi dışında yürürlükten kaldıran 4857 sayılı İş Yasası, 10. 6. 2003 gün ve 25134 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girdi. Çalışma yaşamında köklü değişiklikler öngören 4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında alt işverenlik açısından bazı yeni düzenlemeler getirilmekle birlikte, endüstri ilişkileri ve iş hukuku açısından alt işverenlik sorunu çözülmemiş, aksine kalıcılaştırılmış ve pekiştirilmiş, hatta *"işletmenin ve işin gereği"*, *"teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler"* gibi belirsiz yeni kavramlar getirilerek yeni tartışma alanları yaratılmıştır. Yeni iş yasasında *"taşeron"* yerine *"alt işveren"* kavramı tercih edilmiş, ancak kamu makamlarının sorumluluğuna ilişkin 36. maddede TBMM'de değişiklik yapılırken yine *"taşeron"* kavramı kullanılmış ve yasada kavramsal birlik sağlanamamıştır. Aslında yeni iş yasası TBMM'de görüşülürken yapılan değişikliklerin çoğunlukla özensiz; yasa tekniğine, yasanın bütünlüğüne ya da gerekçesine aykırı olduğu, değişikliklerin gerekçelerinin ya belirtilmediği ya da yeterli olmadığı söylenebilir. Bu nedenle yeni iş yasası, yeni bir yasadan beklenilenin aksine, endüstri ilişkilerinde var olan sorunları çözmek yerine daha başlangıçta yeni belirsizliklere, yeni tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmaların kısa sürede sonuçlanacağı sanılmamalıdır. Çünkü yeni iş yasası birçok konuda açık ve kesin düzenlemeler getirmek yerine, yasa hükümlerinin nasıl yorumlanacağını ve uygulanacağını yargı organlarına bırakmıştır. Yargı kararlarında istikrar sağlanması ise kuşkusuz uzun bir süre alacak ve bu sürede çalışma yaşamında yeni bir kaos dönemi hüküm sürecektir.

Neo-liberal politikaların egemen olduğu günümüz koşullarında, işçilerin sendikalaşma ve toplu sözleşme hakkından yararlanmasını engellerek ucuz işgücü kullanmanın en önemli araçlarından birisi alt işverenlik

* Baş İş Müfettişi.

sistemidir. Yeni iş yasasının madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, “İş- yerinde alt işverene iş verilmesi(nin, S. Ş.) çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukuki dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır.” Ne var ki aşağıda açıklanacağı gibi, bu doğru saptamaya karşın, yeni iş yasasında alt işverenlik konusunda getirilen düzenlemenin işçilerin sendikalaşma ve toplu sözleşme hakkından yararlanmalarının önünde aşılmaz bir engel oluşturan alt işverenlik sorununu çözmediği söylenemez.

1. Alt İşverenliğin Tanımı: Yeni İş Yasası, 1475 sayılı Yasa’dan farklı olarak, ilk kez alt işverenlik tanımına yer vermiştir: “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.” Bu tanımın temel öğelerini şöyle açıklayabiliriz.

1. 1. Yardımcı İşler: 1475 sayılı İş Yasası’nda yer alan, “bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan” ifadesi yerine yeni yasada, “bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan” ifadesi getirilmiştir. Böylece 1475 sayılı İş Yasası’nda yer alan “eklentiler” kavramı kaldırılmış, bunun yerine “yardımcı işler” kavramı getirilmiş olmaktadır. Aslında yemekhane, temizlik, işçi taşıma, güvenlik gibi yardımcı işler de işyerinin eklentilerinde yapılan işlerdir. O halde “eklentiler” yerine “yardımcı işler” denilmesindeki amaç nedir? Bu değişikliğin amacını madde gerekçesinde görmek mümkündür: “...bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin ‘asıl işin bir bölümünde’ veya ‘yardımcı işlerinde’ iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, buna karşı işyerinde yürütülen asıl ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.” Bu durumda, birçok bilim insanının alt işverenliğe örnek olarak verdiği ve bizim “ekonomik amaç” gerçekleşmediği için tersini savunduğumuz,¹ işyeri bahçesinde yapılan bir ek inşaat ya da işyerinin çatı onarım işi vb. artık alt işverenlik sayılamayacaktır. Bu düzenleme ile, “asıl ve yardımcı işler dışında

¹ Dr. Sabahattin Şen, *Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri*, Bas. 2, Selüloz-İş Sendikası Eğitim Yayınları: 14, İstanbul 2002.

iş alan bir işveren” adı altında yeni bir işveren tanımı getirilmiş olmaktadır. Bu üçüncü işverenin yaptığı işlerin ayırt edici özelliği geçici olmalarıdır.

Yeni düzenlemede gerek madde metninde gerekse madde gerekçesinde yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde herhangi bir koşul aranmamaktadır. Engin’e göre ise, “...*asıl işveren bakımından yardımcı iş niteliğindeki işler, devralan alt işveren bakımından uzmanlık gerektiren işlerdir. Yasa, alt işverene devir ile asıl işverenin yardımcı işlerde uzmanlıktan yararlanmasına... olanak tanımaktadır*”.² Yardımcı işler genellikle temizlik, yemekhane hizmetleri, taşıma, güvenlik gibi fazla beceri gerektirmeyen ya da kısa sürede öğrenilebilen işler olduğu için Engin’in bu görüşüne katılmak mümkün görülmemektedir. Engin giderek, “Yasa... *asıl işverenin... iş gücü ile genel işletme maliyetinden tasarrufuna olanak sağlamaktadır... Yasanın tanıdığı olanaktan yararlanan işverenin, iş gücü maliyetinden tasarruf amacıyla yardımcı işleri alt işverene devri hukuki bir yeniden yapılanma tedbiri ve işletme gereğidir. Bu bakımdan, söz konusu işlerde çalışan işçilerin sözleşmelerinin feshinde geçerli nedendir*”³ sonucuna varmaktadır. Böyle bir değerlendirme asıl işverenin, özellikle sendikalaşma aşamasında, yardımcı işleri alt işverene vererek bu işlerde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesini geçerli bir neden olarak kabul etmektedir. Bu nedenle, bu sonuca varmadan önce çok dikkatli düşünülmesi gerekmektedir. İşgücü maliyetinden tasarruf salt düşük ücretli, bir başka deyişle sendikasız işçi çalıştırmaktan sağlanıyorsa söz konusu sonuca katılmak olanaksızdır. İşverenin ticaret özgürlüğünün işçilerin sendikalaşma özgürlüğünün önüne geçmemesi ve bu nedenle ölçülü bir şekilde kısıtlanması gerekir. Bir başka deyişle, işveren alt işveren işçileri de sendikalı olduğu zaman ticaret özgürlüğünü kullanabilir ve bu ölçülü bir kısıtlama anlamına gelecektir.

1. 2. “İşletmenin ve İşin Gereği ile Teknolojik Uzmanlık Gerektiren İşler”: Yeni İş Yasası da, 1475 sayılı Yasa’da olduğu gibi, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebileceğini öngörmektedir. Bununla birlikte, asıl işin bir bölümü alt işverene verilirken yasa tasarısının ilk halinde olmayan, ancak neyi amaçladığı pek anlaşılmayan bazı koşullar getirilmiştir. Buna göre alt işveren, asıl işin bir bölümünde “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde*” iş alabilecektir. Maddenin son fıkrasında ise bu husus yeniden vurgulanmıştır: “*İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*” Oldukça kötü ifade edilen, anlaşılması güç bu gerekçe

² Yrd. Doç. Dr. E. Murat Engin, *İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi*, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 87.

³ *agay*

ve madde metni karşısında yeni düzenlemede asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinin üç koşula bağlandığı söylenebilir: İşletmenin gereği olması, işin gereği olması, teknolojik nedenler.

Bu üç koşuldan “teknolojik uzmanlık” nedeniyle asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi, diğer iki koşula göre somut olarak açıklanabilecek ve anlaşılabilir bir durumdur. Örneğin, işyerindeki bilgisayar sisteminin yazılım, bakım ve onarımının ya da işyerinde bulunan bir makineyi işletecek teknik eleman olmaması nedeniyle bu makinenin işletilmesinin başka işverene verilmesi ya da işyerinde olmayan bir makine ya da teknoloji nedeniyle asıl işin bir bölümünün başka bir işverene yaptırılması teknolojik gereklilik olarak değerlendirilebilir. Aslında alt işverenliğin en yararlı olan türü de teknolojik alt işverenliktir (uzmanlık taşeronluğu).⁴ Bu tür alt işverenlikte her iki işveren birbirlerinin teknolojik avantajlarından yararlanırlar ve kendilerinde olmayan teknolojilerden de yararlanma olanağı bulurlar.

Ancak, “işletmenin ve işin gereği” çok geniş, soyut, belirsiz, anlaşılması güç bir kavramdır. “‘İşletmenin ve işin gereği’...gibi ne anlama geldiği belli olmayan, içinin doldurulması son derece güç kavramların Türk çalışma hayatında büyük belirsizliklere yol açacağını söylemek herhalde yanlış olmaz. Gerçekten; işletmenin ve işin gereği (alt işverene, S. Ş.) devir ne demektir?... ‘Asıl işin bir bölümü’ gibi endüstriyel ve ekonomik bir kavram yargı tarafından nasıl değerlendirilecektir?”⁵ “İşin gereği, teknolojik nedenler, uzmanlık gerektiren işler çok büyük tartışmalara ve risklere neden olacaktır.”⁶ “Son derece soyut olarak belirlenen bu işlerin yorumunda sorunlarla karşılaşılacağı kuşkusuzdur.”⁷ Yasada yer alan bu kavram uygulamada soruna yol açacak ve 1475 sayılı Yasa dönemindeki muvazaalı uygulamalara zemin hazırlar niteliktedir. Yardımcı işler ya da asıl işin teknik uzmanlık gerektiren bir bölümünün alt işverene devri dışında asıl işin bir bölümünün devrini gerektirecek işletme gereğinin ne olduğunu anlamak güçtür.⁸

Her ne kadar yeni İş Yasası’nın 18. maddesinde feshin geçerli olabilmesi için, “...işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır” denilmiş ve madde gerekçesinde “işletmenin,

⁴ Alt işverenliğin sınıflandırılması için bkz. Şen, 2002.

⁵ Doç. Dr. Ömer Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine”, *Mercek*, Temmuz 2003, s. 134.

⁶ Prof. Dr. Nuri Çelik, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu); Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, s. 68.

⁷ Prof. Dr. Nuri Çelik, 2003, İş Hukuku Dersleri, Beta, Bas. 16, İstanbul, s. 46.

⁸ Engin, s.87.

işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler” sıralanmış ise de, burada verilen örnekler iş sözleşmesinin sona erdirilmesi açısından geçerli neden olarak belirtilmiş olup, işin alt işverene verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” olarak kabul edilmesi oldukça tartışmalıdır. Gerçekten 18. maddenin gerekçesinde “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler”den söz edilmesine karşın verilen örnekler sadece işyeri esas alınarak sıralanmış, işletmenin ve işin gereklerinden hiç söz edilmemiştir: “İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir.

“İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi.

“İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.”

Görüldüğü gibi, burada “işyeri dışından kaynaklanan sebepler” olarak verilen örnekler sonuçta işgücü fazlası yaratmış olacağından iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde geçerli neden olabilir, ancak bu nedenlerin hiçbirisi işin alt işverene verilmesinin gerekçesi olamaz. Çünkü burada belirtilen nedenler, işverenin kendi iradesi dışında ortaya çıkan ve nihai aşamada asıl işyerinde üretimin azalması sonucunu doğuran nedenlerdir. Asıl işyerinde üretim azalırken işlerin bir kısmının alt işverene verilmesi ise, krizin yükünün alt işverene, dolayısıyla alt işveren işçilerine aktarılması anlamına gelir; ki bunun da hukuken savunulacak bir işlem olmadığı kanısındayız.

“İşyeri içi sebepler” olarak verilen örnekler ise, nihai aşamada işyerinin daha karlı ve verimli çalışmasına yönelik olarak işverenin kendi iradesiyle aldığı önlemlerdir. Serbest piyasa sisteminde kural olarak hiçbir işveren keyfi olarak işyerinde değişiklik yapmaz, piyasa rasyonalitesi işverenin yapacağı her işlemin daha fazla kar amacına yönelik olmasını gerektirir. Bu amaca yönelik olarak alt işverene verilen her iş de “işletmenin ve işin gereği” olacaktır ve asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinin gerekçesini oluşturabilir. Bu durumda işyerinin ya da işletmenin küçülmesi, iş organizasyonunun değişmesi, “kalitenin arttırılması ve maliyetlerin azaltılması”,⁹ verimlilik ve

⁹ Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş Yayını, Ankara 2003, s. 71; aynı yazar, “Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri”, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme 25-29 Haziran 2003, s. 90.

etkinliğin arttırılması gibi kar amacıyla ilgili her işlemin işletmenin ve işin gereği olduğu ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde ayrıca “işletmenin ve işin gereği” koşulunu aramak anlamsız olmaktadır, çünkü bu koşul zaten piyasa sisteminin en temel ilkesidir.

Madde bu haliyle düzenlenmiş olsa bile, Engin’in de belirttiği gibi, “işletme gereği” ifadesi ile işverenin kendi işçilerini işten çıkararak yerlerine alt işverene bağlı ucuz işgücü çalıştırması amaçlanıyorsa, böyle bir amaç işletme gerekleri ile feshin niteliği ile bağdaşmayacaktır.¹⁰ Daha açık bir deyişle, böyle bir amaç iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde geçerli neden olamayacaktır. “Her işveren işyerinde görülen gerek asıl işi gerekse yardımcı işi, ancak işletmenin ve işin gereği devreder. Böyle bir gerek olmadan devir, ancak sendikalaşmayı engellemek amacıyla yapılmış devirlerde görülür. Öyleyse, sendikalaşmayı engelleme veya yasal bir yükümlülüğün kaçınma amacı gütmeyen her devri, işletmenin ve işin gereği olan bir devir olarak değerlendirmek gerekir.”¹¹

1. 3. İşin Tamamının Alt İşverene Verilmesi: Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesiyle ilgili olarak madde gerekçesinde çok önemli bir açıklama yer almaktadır: “...bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin ‘bir bölümünde’ iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin (işlerin, S. Ş.) bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkan vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır.” Buna göre; asıl işin bir bölümü alt işverene verildiği zaman, bu bölümün tamamı alt işverene verilecek, asıl işveren bu bölümde işçi çalıştırmayacaktır. Aynı şekilde, alt işverene verilen işin sadece bir alt işverene verilmesi, söz konusu işin birden çok alt işverene verilmemesi gerekir. Örneğin, asıl işin bir bölümü olan kaynak işleri alt işverene verilmiş ise, kaynak işlerinin tümü alt işverene verilecek, asıl işveren kaynak işlerinin bir bölümünde kendi işçilerini çalıştırmayacaktır. Asıl işin bir bölümünün alt işverene devir edilmesinde geçerli olan bu kuralın, kuşkusuz yardımcı işler için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekecektir. Örnek aldığımız kaynak işi tek bir alt işverene verilecek, birden çok alt işverene verilemeyecektir. Yasa koyucunun buradaki amacının, aynı işi yapan işçilerin bir kısmının asıl işverenin işçileri, diğer kısmının ise alt işveren işçileri olmasının işçiler arasında yaratacağı huzursuzluğu önlemek olduğu söylenebilir.¹² Nitekim 1475 sayılı İş Yasası döneminde gerek uygulamada, gerekse yargı kararlarında aynı

¹⁰ Engin, s. 88.

¹¹ Ekmekçi, s. 134.

¹² Aynı görüşü, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, “Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor?” Semineri, TİSK Yayını, 3 Temmuz 2003, İzmir, s. 77.

işi yapan işçilerin bir bölümünün asıl işverenin işçisi olarak sendikalaştığı ve toplu iş sözleşmesinden yararlandığı, diğer işçilerin ise sadece asgari ücretle çalışan alt işveren işçileri olduğu ve bu ayrımın çeşitli hukuki ve sosyal sorunlara yol açtığı görülmüştür. Yeni düzenlemeyle aynı işi yapan işçiler arasındaki bu farklılık giderilmiş olacaktır. Yasa hükmünde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, yukarıdaki düzenlemeye aykırı davranan (alt işverene verdiği işin bir bölümünde de kendi işçilerini çalıştıran işveren) hakkında muvaza'a davası açılabilecektir.

1. 4. İşçilerin Aynı İşyerinde Çalışması: Yeni düzenlemede de alt işverenin, 1475 sayılı İş Yasası'nda olduğu gibi, işçilerini sadece asıl işverenden aldığı işte çalıştırması kabul edilmiş, 1475 sayılı İş Yasası'nda yer alan *"işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran"* ifadesi yerine, *"bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren"* ifadesine yer verilmiştir. Asıl işverenin sorumluluğundan belirlenebilmesi için böyle bir koşulun bulunması kuşkusuz yerinde bir düzenlemedir.

2. Asıl İşverenin Birlikte (Müteselsil) Sorumluluğu: 1475 sayılı İş Yasası, asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı yasadan ya da iş sözleşmesinden doğan hakları açısından alt işverenle birlikte sorumlu olduğunu öngörmekteydi. Son zamanlarda bazı yargı kararlarında, alt işverenin işyerinde toplu iş sözleşmesi varsa asıl işverenin toplu iş sözleşmesinden doğan işçi haklarından da alt işverenle birlikte sorumlu olduğu kabul edilmişti. Yeni iş yasası bu yargı kararları doğrultusunda, asıl işverenin, alt işverenin işyeri için bağtlanan toplu iş sözleşmesinden doğan işçi haklarından da birlikte sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Buna göre; *"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."* Alt işverenin işyerinde toplu iş sözleşmesi bağtlandığı zaman, iş sözleşmesinin yerini toplu iş sözleşmesi alacağı için, asıl işverenin sorumluluğunu da iş sözleşmesinden toplu iş sözleşmesi düzeyine genişletmek kuşkusuz iş hukukunun özüne uygun bir düzenlemedir. Asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğuna ilişkin olarak getirilen düzenleme kamu düzeniyle ilgili olduğu için, alt işverenlik sözleşmelerine bu birlikte sorumluluğu ortadan kaldıran hükümler konulamaz, aksi takdirde bu tür hükümler geçersizdir. Ayrıca, *"cezaların şahsiliği"* ilkesi uyarınca birlikte sorumluluk, cezai sorumluluğu kapsamaz; burada söz konusu olan birlikte sorumluluk *"hukuki sorumluluk"* tur. Alt işveren işçileri yasadan, iş sözleşmesinden ya da kendi işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan haklarının tamamı için alt işveren, asıl işverene ya da her ikisine birden dava açabileceklerdir.

3. Muvazaa Koşulları: 1475 sayılı İş Yasası, alt işverenlik konusundaki tartışmaların büyük bir bölümü muvazaa¹³ ya da ‘kanuna karşı hile’ konusunda yoğunlaşmaktaydı. Hatta bazı yargı kararlarında bu iki hukuki kavramın birlikte kullanıldığı görülmekteydi. Yeni iş yasasında ‘kanuna karşı hile’den hiç söz edilmemekle, bu konudaki uyuşmazlıkların Borçlar Yasası açısından ‘muvazaa’ olarak nitelendirileceği kabul edilmiş olmaktadır.

Yeni İş Yasası at işverenlik ilişkilerinde muvazaayı önlemek için iki sınırlama getirmiştir: *“Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. 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.”*

Bu düzenleme karşısında birinci olarak; asıl işverenin istihdam ettiği işçiler, iş sözleşmelerinin herhangi bir şekilde sona ermesinden sonra alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmayacaktır. Daha açık bir deyişle, uygulamada sıkça karşılaşılan, asıl işverenin işçileri yasal hakları ödenerek iş sözleşmeleri sona erdirildikten sonra aynı işyerinde alt işveren tarafından daha düşük haklarla işe alınarak çalıştırılmayacak, aksi takdirde bu işlem muvazaa kabul edilecek, işçiler asıl işverenin işçileri sayılarak asıl işyerindeki toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlandırılacaktır.

İkinci olarak; daha önce işyerinde asıl işveren tarafından çalıştırılan ve herhangi bir nedenle iş sözleşmesi sona eren işçiler ile alt işveren ilişkisi kurulamayacaktır. Bir başka deyişle, asıl işverenin işçisi olarak çalışan bir işçi, iş sözleşmesi herhangi bir şekilde sona erdikten sonra aynı işyerinde alt işveren olarak herhangi bir iş üstlenemeyecek, aksi takdirde bu işlem muvazaa sayılacaktır. Herhangi bir işyerinde sendikal örgütlenme başlatıldığında genellikle usta ya da ustabaşı konumunda olan işçilerin iş sözleşmelerinin yasal hakları ödenerek sona erdirilmesi ve aynı işçilerin aynı işyerinde bu kez alt işveren olarak aynı ya da benzer işleri yürütmeleri uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur.

Bununla birlikte, alt işverenlik ilişkisinin gerek kamuda gerekse özel sektörde büyük bir çoğunlukla muvazaalı olarak kullanılmasına¹⁴ karşı bir tepki olarak konulan bu hükümlerin çok katı bir biçimde yorumlanmama-

¹³ Borçlar Yasası 18. mad. : *“Bir sözleşmenin biçim ve koşullarını saptarken, iki tarafın gerek yanılarak, gerek sözleşmedeki gerçek amaçlarını gizlemek kullandıkları (yanlış) deyim ve adlara bakılmaksızın, onların gerçek ve ortak amaçlarını aramak gerekir.”* Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Borçlar Kanunu*, c. 2, TDK Yay., bas. 3, Ankara 1973.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, 2002.

sı gerekmektedir. Örneğin işyerinde herhangi bir sendikal sorun yoksa, daha önce asıl işyerinde çalışan ve herhangi bir nedenle iş sözleşmesi sona eren işçi ile alt işverenlik ilişkisi kurulabilmeli ya da asıl işyerinde şoför olarak çalışan bir işçi kadro daraltılması nedeniyle işten çıkarılmışsa ve işyerinde zaten alt işveren varsa, işten çıkarılan bu işçinin alt işverende aynı ya da değişik bir işte çalışmasına hukuki bir engel olmamalıdır. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Burada önemli olan husus, söz konusu alt işverenlik ilişkisinin işçilerin sendikalaşma ve toplu iş sözleşmesinden yararlanma haklarına bir engel oluşturup oluşturmadığıdır. Dolayısıyla *“...bu yasakların hiçbir istisna tanınmamak suretiyle öngörülmüş olması isabetli olmamıştır. Gerçekten, uygulamada çoğunlukla aksi görülmekte ise de, bir dönem asıl işveren işçisi olarak çalıştırılmış bir işçinin daha sonra alt işveren işçisi olarak çalıştırılması veya işverenin daha önce işçisi olarak çalışmış bir işçi ile alt işveren ilişkisi kurulması muvazaâ yaratmayacak bir surette de ortaya çıkabilir. Nitekim işverenin, daha önce kendi işçisi olarak çalışmış güvendiği birine, işyerinde alt işveren tarafından görülebilecek bir kısım işleri devretmesi pekala mümkündür... Bir muvazaâ söz konusu olmaksızın, asıl işverenin çalışacağı alt işvereni serbestçe seçimini ve işçinin salt daha önce o işyerinde çalıştığı için alt işverende çalışmasını engelleyen, devredilecek işin kapsamı konusunda sınırlamalar getiren ve böylelikle Anayasa'nın 48. maddesine uygunluğu tartışılır nitelikte bir hükmün getirilmesinde, son yıllarda uygulamada sıklıkla görülen, salt sendikalaşmayı kırma amacına yönelik alt işveren uygulamalarının veya işyerinde işçilerin büyük çoğunluğunun alt işveren işçisi olarak çalıştırılması şeklindeki alt işveren kavramına yabancı uygulamaların büyük rolünün olduğu kuşkusuzdur.”*¹⁵

Şahlanan'a göre de, *“asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz” hükmünün, “daha önce çalışan hiçbir işçinin taşeron işçisi olamayacağı şeklinde yorumlanması mümkün değil. Emekli olmuş, ayrılmış, daha önce iş akdi feshedilmiş bir işçinin, taşeronun işçisi olarak çalıştırılması mümkündür...Alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam eden, yani zincirde bir kopukluğun olmaması burada (maddede, S. Ş.) düzenleniyor. Olayın özelliğine göre ... yargıcın değerlendirme yapması gerekir.”*¹⁶

Öte yandan, yeni iş yasası yürürlüğe girmeden önce yukarıdaki kurallara aykırı olarak yapılan ve halen yürürlükte olan alt işverenlik sözleşmeleri sözleşme sonuna kadar, sözleşmede süre yoksa belirsiz süreli olarak geçerli olacaktır. Süre bittikten sonra yenilenecek sözleşmelerin ise yukarıdaki kurallara uygun olması gerekmektedir.¹⁷

¹⁵ Ekmekçi, s. 134-135.

¹⁶ Şahlanan, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, s. 72.

¹⁷ Şahlanan, “Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri”, s. 84.

4. Alt İşveren İşçileri Belirli Süreli Sözleşmelerle Çalıştırılabilir mi?

Yeni iş yasasının alt işveren işçileri açısından yaratacağı en önemli sorunlardan birisi, yeni İş Yasası yürürlüğe girdikten sonra alt işveren işçilerinin belirli süreli sözleşmeyle çalıştırılıp çalıştırılmayacağıdır. Bir başka deyişle, yeni iş yasası yürürlüğe girdikten sonra işi üstlenen alt işveren, yeni işe alacağı işçilerle alt işverenlik sözleşmesinin süresi kadar belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecek midir? Bu soruya verilecek yanıtın olumlu ya da olumsuz olmasına göre işçiler açısından çok farklı sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Bilindiği gibi, alt işverenlik sözleşmeleri gerek kamu sektöründe gerekse özel sektörde belirli süreli (genellikle de bir yıl) olarak yapılmaktadır. Yargıtay bugüne kadar yerleşik kararlarında alt işverenin değişmesini işyerinin el değiştirmesi olarak kabul etmiştir.¹⁸ Yine Yargıtay yerleşik kararlarında, belirli süreli iş sözleşmelerinin ancak niteliği itibarıyla belirli süreli işlerde ve vasıflı işler için yapılabileceğini öngörmüştü.¹⁹

Ancak, yeni İş Yasası esnek çalışma biçimlerinden birisi olarak belirli süreli iş sözleşmesini ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş bulunmasına karşın, belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin nasıl tespit edileceğini tartışmalı duruma getirmiştir. Bilim kurulu'nun hazırladığı tasarının 12. maddesinde, *"Belirli süreli iş sözleşmesi, süresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya işçinin üstlendiği işin türü, amacı veya niteliğinden süresinin belirli olduğu anlaşılan*

¹⁸ Örnek kararlar için bkz. Şen, 2002, s. 114-116.

¹⁹ *"...hemşire ile hastane arasında düzenlenen sözleşmeler birbirini takip etse de bunların her birinin belirli süreli nitelikte olduklarının kabulü zorunluluğu vardır."*, Yarg. 9. HD, 9. 5. 2002, E 2001/20847, K. 2002/7404; Yargıtay'a göre, anonim şirket müdürü ile toplam üç kez yapılan belirli süreli iş sözleşmesi geçerlidir, belirsiz süreli sözleşme niteliğini kazanmaz. Yarg. 9. HD, 31. 10. 1989, 604/9302, YKD, Nisan 1990, s. 553; Yargıtay'a göre, *"Belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi için birden çok kez yenilenmiş olması gerekir. Ancak genel müdürün iş sözleşmesi gerek kendisinin konumu ve gerekse işin niteliği karşısında, kaç kez yenilenmiş olursa olsun belirsiz i sözleşmesine dönüşmez ve ihbar tazminatının ödenmesi gerekmez."* Yarg. 9. HD E. 2002/20581, K. 2003/6320, T. 11. 4. 2003, Tekstil İşveren, S. 284, Ağustos 2003; *"Öğretide benimsenen görüş doğrultusunda dairemiz, belirli süreli hizmet akdi için özellikle işçinin niteliği itibarıyla haklı bir nedenin bulunması gerektiği görüşündedir. Ancak bu takdirdedir ki işveren belli bir süre nitelikli bir elemanını işyerinde çalıştırabilme olanağını elde eder. Somut olayda olduğu gibi, niteliksiz bir işçi ile süresi belirli bir sözleşme yapılması ihtiyacı söz konusu olmadığından böyle bir sözleşmenin geçerliliği kabul edilemez."* Yarg. 9. HD, 23. 6. 1999, E. 1999/10538, K. 1999/11343; Yargıtay'ın 625 sayılı Yasa'ya göre özel okullarda ve dershanelerde çalışan öğretmenlerle ilgili kararları da işin niteliğinden kaynaklanan işlerde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği şeklinde değerlendirilmelidir.

sözleşmedir” hükmü yer almaktaydı. tasarının madde gerekçesinde, “Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı verilirken sadece tarafların açıkça süresini belirledikleri değil, sürenin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de, sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiştir” denilmektedir. Tasarının bu maddesi TBMM’deki görüşmeler sırasında önergeyle değiştirilmiş ve Yeni İş Yasası’nın 11. maddesinde, “Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir” hükmüne yer verilmiştir. Önergenin gerekçesinde, “Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılırken, sadece tarafların açıkça süresini belirledikleri değil, sürenin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de, sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiştir” denilmiştir. Bu gerekçe tasarıdaki madde gerekçesiyle aynıdır. (‘verilirken’ sözcüğü yerine ‘yapılırken’ sözcüğünün kullanılması dışında) Gerek Tasarıya gerekse yasalaşan madde hükmüne göre, “Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korur.”

Bu durumda tasarıda yer alan “süresi zaman ve tarih olarak belirlenen” ifadesinin, yasada “belirli süreli işlerde” şeklinde değiştirilmesini nasıl yorumlamak gerekecektir? Tasarıda madde metni ile madde gerekçesi uyumlu bir şekilde düzenlenmişken, TBMM’deki görüşmelerde madde gerekçesinin aynen bırakılıp madde metninin değiştirilmesi yeni bir tartışma konusu yaratmış, hukuk tekniğine aykırı bir durum ortaya çıkmıştır. Nitekim Bilim Kurulu’nda yer alan Ulucan’a göre,²⁰ yeni iş yasasındaki düzenleme “...belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması bakımından bir sınırlama getirmiştir. Oysa tasarıda, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması tarafların iradesine bağlı olarak süresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya işçinin üstlendiği işin türü, amacı veya niteliğinden sürenin belirli olduğu anlaşılan sözleşmedir, diye tanımlanmış bulunmaktaydı. Bu durumda taraflar, yeni yasanın getirdiği sınırlar çerçevesinde, ancak ortada baştan itibaren objektif nedenler varsa belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecekler, böyle bir neden yoksa salt bir tarih veya gün vererek belirli süreli sözleşme yapamayacaklardır. Yasa koyucunun belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını objektif koşullara bağlamasının anlamı, bu hak ve özgürlüğün kötüye kullanılmasını engellemektir, denilebilir... Kaldı ki Avrupa Birliği’nin 1999/70 sayılı Yönergesi...belirli süreli hizmet akitlerinin kötüye kullanılmasına engel olmak için bu sözleşmelerin ‘objektif temellere’ dayandırılmasını... ilke olarak kabul etmiştir.” Ulucan’a göre,²¹ yeni iş yasası yürürlüğe girdikten sonra, bugüne

²⁰ Prof. Dr. Devrim Ulucan, 2003, “4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri”, *Yeni İş Yasası, (Seminer Notları ve İş Kanunu)*, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme, 25-29 Haziran 2003, s. 40.

²¹ Ulucan, s. 41.

kadar gerek Yargıtay kararlarında gerekse öğretide benimsenen görüşün aksine, 'işveren vekilleri için bile belirli süreli iş sözleşmesi yapma olanağı kalmamıştır. 'Yine Bilim Kurulu'nda yer alan Eyrenci'ye göre²² de, "belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi için maddede belirtilen 'belirli süreli iş', 'belli bir işin tamamlanması' ve 'belirli bir olgunun ortaya çıkması' hususları 'objektif koşullar' olarak ifade edilen şartı açıklamak için getirilen örneklerdir... Bu şekilde yasama organının iradesi, Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi'nde öngörülen belirli süreli iş sözleşmelerinin 'objektif temellere' dayandırılması ilkesinin belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk defa yapılmasında da aranması yönünde tecessül etmiştir." Şahlanan²³ da, "Belirli süreli işlerde, iş belirli süreli olacak... veya belli bir işin tamamlanma süreci için veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektifkoşullara bağlı olarak belirli süreli sözleşme yapılabilir" görüşünde olmasına karşın, "belirli bir olgunun ortaya çıkması" koşulunu geniş yorumlamakta ve vasıflı işçilerle belirli süreli sözleşme yapılabileceğini savunmaktadır. Çelik²⁴ ise, hazırlanan tasarıyla meclisten çıkan kanun arasında çelişki olduğu, belirli süreli sözleşmelerin ilk kez yapılmasında esaslı bir ne-

1. Bilim Kurulu'nca hazırlanan Tasarıdaki ilk metin:

"Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir."

Madde gerekçesi:

"Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı unsurlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla beraber, görüş ayrılıklarına sebep olan bir konu da kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline getirilmiştir. Buna göre, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin 'asıl işin bir bölümünde' veya 'yardımcı işlerinde' iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, buna karşı işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır."

²² Prof. Dr. Öner Eyrenci, "4857 Sayılı Yeni İş Kanunu", *İşveren*, C. 41, S. 10, Temmuz 2003, s. 5.

²³ Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, "Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor" *Semineri*, TİSK Yay., İzmir 3 Temmuz 2003, s. 38-39.

²⁴ Prof. Dr. Nuri Çelik, *Yeni İş Yasası, (Seminer Notları ve İş Kanunu)*, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme 25-29 Haziran 2003, s. 80.

2. Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu tarafından kabul edilen ve Hükümetçe TBMM'ye sunulan madde metni:

“Bir işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işin gereği ve teknolojik nedenlerle iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren, alt işveren ilişkisi denir... İşin gereği ve teknolojik nedenler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. Aksi durumlarda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılırlar.”

Madde gerekçesi:

“Asıl işveren-alt işverenin ilişkisinin tanımı unsurlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla beraber, görüş ayrılıklarına sebep olan bir konu da kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline getirilmiştir. Buna göre, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin “asıl işin bir bölümünde” veya “yardımcı işlerinde” iş alan diğer işverenler, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisi doğmuş olacak, buna karşı işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işveren, örneğin işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren kapsamında

den aranmaması gerektiği, çünkü kanunun 11. maddesinde “belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir neden olmadıkça birden fazla yapılamaz” denildiği, bu nedenle belirli süreli sözleşme bir defa yapılıyorsa esaslı neden aramaya gerek olmadığı görüşündedir. Demir’e göre²⁵ ise, “yeni iş kanunu’nun getirdiği özel bir düzenleme, tarafları iş sözleşmesinin türünü ve çalışma biçimlerini belirleme konusunda serbest bırakmaktadır. Buna göre, ‘taraflar iş sözleşmesini Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler’ (mad. 9/1) ... İş sözleşmesinin ‘belirli’ veya ‘belirsiz’ süreli olup olmamasını hem ‘işin niteliği’ hem ‘taraf iradeleri’ belirleyebilmektedir.”

Ulucan ve Eyrenci’nin savunduğu gibi, yeni iş yasasında yer alan *belirli süreli işlerde* kavramını, vasıfsız işler açısından *“niteliğinden ötürü belirli süreli iş”* olarak değerlendirmek, bu tür işlerde belirli süreli iş sözleşmesi ilk kez yapılırken de objektif esaslar aramak bugüne kadar öğretilde ve yerleşik yargı kararlarında savunulan görüşe uygun düşecektir. Bu durumda, madde gerekçesinde belirli süreli iş sözleşmesi açıklanırken tasarıda yer alan *“sadece tarafların açıkça süresini belirledikleri değil”* ifadesinin korunması ve bu ifadenin tersinden, tarafların kendi iradeleriyle süreyi zaman olarak açıkça belirleyebileceklerinin

²⁵ Prof. Dr. Fevzi Demir, “4857 sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, *Mercek*, Temmuz 2003, s. 93.

anlaşılması gerçeğinin de vasıflı işçiler için geçerli olabileceğini kabul etmek hukuka uygun bir çözüm olabilir.

Bu noktada ilk başta sordumuz, “yeni İş Yasası yürürlüğe girdikten sonra işi üstlenen alt işveren, yeni işe alacağı işçilerle alt işverenlik sözleşmesinin süresi kadar belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecek midir?” sorusuna geri dönecek olursak, bu soruya olumlu yanıt verilemeyeceğini kabul etmek zorundayız. Özellikle tersinin kabul edilmesinin yaratacağı sosyal sorunları dikkate alacak olursak, bugüne kadar öğretilde ve yerleşik yargı kararlarında savunulan görüşe uygun olarak, yeni iş yasası yürürlüğe girdikten sonra da alt işveren işçilerinin belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılmayacağını kabul etmek gerekmektedir. Aksi takdirde, alt işveren işçileri bir yıllık belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılarak kıdem tazminatı, iş güvencesi ve dolayısıyla sendikalaşma ve toplu sözleşme haklarından yoksun bırakılacaktır ki yeni iş yasasının amacının bu olduğu düşünülemez. Ancak, belirli bir nitelik gerektiren işveren vekilliği, müdürlük, genel müdürlük gibi işlerde, Ulucan’ın aksine, bugüne kadar öğretilde ve yargı kararlarında benimsendiği gibi tarafların iradeleriyle zaman olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapabileceklerinin ‘sözleşme yapma özgürlüğü’ nedeniyle uygun olacağını düşünmekteyiz. Kuşkusuz yeni iş

nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca, asıl işverenin alt işverenden iş alabilmesi işyeri gereklerine ve teknolojik nedenlere bağlanmıştır. (Bu cümlelerin ‘alt işverenin asıl işverenden iş alabilmesi’ şeklinde düzenlenmesi gerekirdi. Ayrıca madde metninde ‘işin gereği’ ifadesi kullanılmışken bu cümlede ‘işyeri gerekleri’ ifadesi kullanılmıştır. S. Ş.)”

3. Tasarının TBMM’den Geri Çekilmesinden Önce 13.3.2003 Tarihinde TBMM’de Kabul Edilen Madde Metni:

“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren, alt işveren ilişkisi denir... İşin gereği ve teknolojik nedenler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.”

Madde gerekçesi: “Bu önergeyle, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin kurulabileceği, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmasının kısıtlanamayacağı, daha önce işyerinde çalıştırılan kimseyle alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı, aksi halde bu ilişkinin muvazaalı olacağı düzenlenmiştir.”

4. TBMM’de kabul edilen son metin: “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... İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."

Madde Gerekeşi:

"Yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren, alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler gibi kriterler getirilmiştir. Bu düzenlemeyle, asıl işverenler, ihtiyaç duydukları teknolojileri kullanma olanağına kavuşmaktadırlar."

5. TBMM'de kabul edilen madde metnine ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesi:

"Asıl işveren, alt işveren tanımı daha anlaşılır hale getirilerek uygulamadaki sorunların önüne geçilmek istenmiştir."

Yasasının yarattığı bu durum çok tartışılacaktır. Şimdiden bazı bilim insanları görüşlerini çeşitli şekillerde açıklamaya başladılar. Örneğin Şahlanan'a göre, "Bir taşeron 3 yılda bitecek bir iş almışsa, işi 3 yıl sürecekse tabii burada çalıştıracağı işçilerle yaptığı sözleşme belirli süreli sözleşme sayılabilir, çünkü o, 3 yıl içinde bitecek bir iş için işçi almıştır. Taşeron işçisi de o iş içinde çalışacaksa, niteliği gereği 3 yıllık bir belirli süreli sözleşme olarak değerlendirilebilir."²⁶ Ancak Şahlanan'ın dikkatten kaçırdığı husus, üstlenilen işin niteliğinden ötürü 3 yıl sürecek olması değil, alt işverenin bu işi üç yıl süreyle üstlenmiş olmasıdır. Üç yıl sonra ise aynı işi bir başka alt işveren ya da asıl işverenin kendisi yürütmeye devam edecek, bu durumda, Yargıtay'ın yerleşik kararlarında benimsediği gibi, işyeri el değiştirmiş olacaktır. Nitekim Yargıtay alt işverenle ilgili bir kararında; davalının üstlenilen işin süreli olduğunu, iş bitiminde iş akdinin kendiliğinden sona erdiğini ileri sürmesine karşılık, işin bitmesi nedeniyle iş akdinin sona erdirilmesinin yasada belirtilen haklı fesih nedenleri arasında yer almadığını, bu nedenle davacıya ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.²⁷

5. Muvazaa Kesin Olarak Nasıl Önlenebilirdi?

Yeni iş yasasında yukarıda

²⁶ Şahlanan, *Yeni İş Yasası*, s. 103.

²⁷ Yarg. 9. HD, E. 1999/4209K. 1999/8411T. 4. 5. 1999.

açıkladığımız alt işverenlik için getirilen iki sınırlamayla muvazaa sorunu çözülmüş olmamaktadır. Aksine yeni iş yasasında alt işveren bağımsız bir işveren olarak kabul edilmekle muvazaa tartışmalarının devam etmesine göz yumulmuş olmaktadır. Muvazaa konusundaki tartışmaların odak noktası, alt işverene verilen iş(ler)in gerçekten bağımsız bir işyeri niteliğinde olup olmadığıdır. Yeni İş Yasası'nın 2. maddesinin gerekçesinde işyeri tanımlanırken iki ölçütten söz edilmektedir: 1. Amaçta birlik (aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık), 2. Yönetimde birlik (aynı yönetim altında örgütlenmiş olma) Alt işveren yönetim olarak ayrıdır, bağımsız bir yönetime sahiptir; ancak (teknik) amaç olarak asıl işyeriyle bir bütünlük oluşturmaktadır, asıl işyerinden ayrı bir amacı yoktur. *“Alt işverenin aldığı iş, kendi yönünden bağımsız bir sonuç elde etmeye yöneltilmiş bir iş değildir; asıl işin bir parçasıdır ve yapılan iş asıl işverene aittir... Alt işverenin işçileri, işyerinin işçileridir. Asıl işveren tüm işyerinin işverenidir. O halde asıl işveren aynı zamanda alt işverenin işçilerinin de işverenidir.”*²⁸ Bu anlamda yeni iş yasası, önceden olduğu gibi alt işvereni ayrı bir işyeri olarak kabul etmekle kendi içinde çelişkiye düşmektedir.

Öte yandan; yeni İş Yasası'nın 2. maddesine göre; *“İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.”* Alt işverenin yaptığı işler de buralarda yapılan asıl işe yardımcı işler ya da asıl işin bir bölümü olan işlerdir.

Açıklanan nedenlerle alt işverenin, asıl işyeriyle bir bütün/tek işyeri olarak kabul edilmesi ve iş hukuku açısından tek bir işyeri olarak işlem görmesi gerekirken, ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak kabul edilmesi muvazaa tartışmalarının devam edip gitmesine uygun bir hukuki zemin hazırlamış olmaktadır.

Öte yandan, 2821 sayılı Sendikalar Yasası işkolu esasına göre örgütlenmeyi benimsemiş olduğundan bir işyerinde asıl işe yardımcı işler de asıl işkolundan sayılmaktadır. (60. mad.) Bu anlayışın bir sonucu olarak, işyerindeki işçiler yardımcı işte çalışanlar bile ancak işyerinin bağlı olduğu işkolunda kurulu sendikaya üye olabilirler (22. mad.). Sendikalar Yasası'ndaki bu düzenlemelerin amacı *“tek işkolunda tek işyeri tek sözleşme”* ilkesinin benimsenmiş olmasıdır. Böylece bir işyerinin asıl bölümünde, eklentilerinde, yardımcı işlerinde tek bir sendika ile tek bir sözleşme bağlanacak, sözleşme süresince çalışma barışı sağlanmış olacaktır. *“... İşkolu ilkesine göre örgütlenmede işyeri bir bütün olarak dikkate alınmakta, bu birimde yürütülen asıl işe göre işyerinin gireceği işkolu belirlenmekte ve işyerindeki yardımcı işlerinde*

²⁸ Erdoğan Çubukçu, 1996, “Asıl İşveren-Alt İşveren (Diğer İşveren) İlişkileri Üzerine Düşünceler”, *Barolar Birliği Dergisi*, S. 1, Yıl. 9, s.. 69-70.

de asıl işin girdiği işkolu kapsamında bulunduğu kabul edilmektedir. Bu ölçütler önemli bir sonucu-ölçütü de beraber getirmekte, her işyerinin yalnız bir işkolunda faaliyet gösteren bir ünite olduğu (bir işyeri bir sendika) benimsenmektedir. Her şeyden önce işyeri, eklentileri, araçları ve varsa işyerine bağlı bulunan yerler ile bir bütün, örgütlenmiş bir ünite (birim) olduğu için, işyerinin girdiği işkolu asıl işe göre belirlenir ve işyerinin sınırları içinde olan bağlı yerler, eklentiler ve araçlarında yürütülen işler de asıl işin girdiği işkolundan sayılır.”²⁹ Yeni iş yasasında alt işverenin ayrı bir işyeri olarak kabul edilmesi Sendikalar Yasası’ndaki bu amaç ve düzenlemelerle çelişmektedir. Çünkü alt işveren ayrı bir işyeri olarak kabul edildiğinde, buradaki işçiler başka bir sendikada (alt işveren birden fazla ve farklı işkollarında ise farklı işkollarındaki birkaç sendikada) örgütlenebilecek ve bir işyerinde aynı anda farklı işkolundaki sendikalarla farklı dönemlerde farklı toplu sözleşmeler bağtlanabilecektir. Ne var ki iddia edildiğinin aksine yeni iş yasasında da iş güvencesinin olmaması alt işveren işçilerinin sendikal örgütlenmesini engellemekte ve buna bağlı olarak toplumsal çatışmalar ne yazık ki yeni iş yasası döneminde de devam etmektedir.³⁰ Alt işverenliğin işyerlerinde neden olduğu toplumsal çatışmalardan kaçınmak isteyen işyerleri ise, “İsdemir” örneğinde olduğu gibi, alt işverenlik sisteminden vazgeçmektedirler. “İSDEMİR”de özelleştirme kapsamına alınmadan önce yaklaşık 5 bin kadrolu ve sendikalı işçi, yine yaklaşık 40 alt işverende 5 bin alt işveren işçisi sendikasız olarak çalışmaktaydı. İşçilerin bu şekilde bölünmesinin yarattığı huzursuzluklar, özellikle muvazaa konusunda açılan davaları işverenin kaybetmesi karşısında anılan işyerinde alt işveren uygulamasından tamamen vazgeçildi, tüm alt işveren işçileri kadroya geçirildi.³¹

²⁹ Prof. Dr. Münir Ekonomi, *İş Hukuku*, C. 1, Bas. 3, İTÜ Vakfı Yay., No: 218, 1987 İstanbul, s. 32; aynı yazar, 1991, “İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi”, *İş Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, Ocak-Mart, s. 34-35.

³⁰ Yeni İş Yasası yürürlüğe girdikten kısa bir sonra Eskişehir’de Şişecam’a bağlı Paşabahçe Fabrikası, Kocaeli’nde Pirelli, Adana Dupontsa işyerlerinde çalışan alt işveren işçilerinin sendikaya üye oldukları için işten çıkarıldığı konusunda günlük basında haberler yer almıştır.

³¹ *Cumhuriyet*, 6.10.2003.