

Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru...

Ali GÜZEL*

Özet: İş hukukunda asıl olan işverenin kendi işçileri ile üretim yapmasıdır. Ancak 1980'li yıllardan itibaren küreselleşme süreci ile ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucu, işletmelerin, küresel pazarda rekabet koşullarına uyumlu stratejiler izlemeye başladıklarına; esneklik aracı olarak, üretim ve istihdamı dışsallaştırma stratejilerini izlediklerine tanık olmaktadır. İşverenlerin, kendi işyerinde, işçileri ile gerçekleştireceği mal üretimini ve hizmet sunumunu, kendi işçileriyle değil, başka işveren ve onun işçileri aracılığıyla gerçekleştirmeyi hedeflediği alt işveren uygulaması da, bir işyerindeki mal ya da hizmet üretimini dışsallaştırmanın tipik örneğini oluşturmaktadır.

Buna göre işveren, bir anlamda, dışarıdaki bir işveren aracılığı ile ürettiği mal veya hizmetten kazanç elde etmektedir. Bu nedenle, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin gereği olarak hukuk sistemleri, alt işveren ve diğer atipik istihdam modellerini düzenlemiş, işletmelere bu olanağı tanımıştır. Ancak, İş Hukuku kuralları tarafından yasaklanmamakla birlikte; alt işveren aracılığıyla üretimi gerçekleştirme, hukuk sistemlerince temel bir kural olarak değil, bir istisna gibi algılanmakta ve bu istihdam modeli kapsamında işçilerin korunması amacıyla önemli güvenceler ve sınırlamalar öngörülmektedir. Bu makalede alt işveren kavramı, yasal çerçeve ve var olan yasal düzenlemede yapılması düşünülen değişiklikler incelenecek, değişikliğin yaratabileceği sorunlar ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Asıl İşveren, Alt İşveren, asıl iş yardımcı iş,

Abstract Producing with the own workers is the most preferable thing in Labour Law. However, we've been witnessing the companies started to follow some strategies in accordance with the increasing competition in global markets as well as following the strategy of outsourcing the production and employment as the means of flexibility as the results of economic and technologic developments after the globalisation process since 1980s. Subcontracting in which

* Prof. Dr. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

the employer aims to produce goods and services in his own workplace not with his own workers, but with the other employers' workers is also another typical example of outsourcing the goods and services production.

In this sense, the employer gains benefit by the production of the goods and services through another employer. Therefore, law systems arranged the subcontracting and atypical employment models as the necessities of economic and technological developments and donated the employers with this possibility. However, besides it is not forbidden by the law order, it is perceived as an exception, not as a basic law order, to produce through subcontracted employer and a large set of measures and guarantees are defined to protect the workers working under this employment model. In this paper, it is analysed the concept of subcontractor, the legal frame regarding this and the possible changes in this frame and the problems which are thought to appear after these changes will be emphasized.

Key Words: Primary employer, subcontractor, primary work, sub-work

I. GİRİŞ

Bilindiği üzere, işletmeler geleneksel olarak, belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesine göre çalışan kendi işçileri, teknolojileri ve organizasyonlarıyla mal veya hizmet üretimini gerçekleştirir. İş Hukuku anlamında işveren, kendi organizasyonu ve kendisinin istihdam ettiği işçilerle üretimi gerçekleştiren kimse olarak tanımlanır.

Dolayısıyla işverenin kendi işçileri ile üretim yapması, iş hukukunda asıl olmakla birlikte; 1980'li yıllardan itibaren küreselleşme süreci ile ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucu, işletmelerin, küresel pazarda rekabet koşullarına uyumlu stratejiler izlemeye başladıklarına; esneklik aracı olarak, üretim ve istihdamı dışsallaştırma stratejilerini izlediklerine tanık olmaktadır. İşverenlerin, kendi işyerinde, işçileri ile gerçekleştireceği mal üretimini ve hizmet sunumunu, kendi işçileriyle değil, başka işveren ve onun işçileri aracılığıyla gerçekleştirmeyi hedeflediği alt işveren uygulaması da, bir işyerindeki mal ya da hizmet üretimini dışsallaştırmanın tipik örneğini oluşturmaktadır. Buna göre işveren, bir anlamda, dışarıdaki bir işveren aracılığı ile ürettiği mal veya hizmetten kazanç elde etmektedir. Bu nedenle, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin gereği olarak hukuk sistemleri, alt işveren ve diğer atipik istihdam modellerini düzenlemiş, işletmelere bu olanağı tanımıştır. Ancak, İş Hukuku kuralları tarafından yasaklanmamakla birlikte ; alt işveren aracılığıyla üretimi gerçekleştirme, hukuk sistemlerince temel bir kural olarak değil, bir istisna gibi algılanmakta ve bu istihdam modeli kapsamında işçilerin korunması amacıyla önemli güvenceler ve sınırlamalar öngörülmektedir.

Alt işveren uygulaması açısından, 4857 sayılı İş Yasasında da bu bakış açısının egemen olduğu söylenmelidir. 1475 sayılı İş Yasasının yürürlükte olduğu dönemde, asıl iş veya yardımcı işlerin alt işverenlere devrinde herhangi sınırlama söz konusu olmadığından, uygulamada yaygınlaşan kötüye kullanmalara tepki olarak, 4857 sayılı İş Yasası, alt işveren-asıl işveren ilişkisinin koşullarını daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş, bu konuda bazı sınırlama ve yasaklar öngörmüştür. İşte, 4857 sayılı İş Yasasının ikinci maddesi, bu alandaki yasal boşluğu doldurma temel amacına yönelik olarak, alt işverene verilecek işler açısından “*yardımcı iş*” ve “*asıl iş*” ayrımını esas almış, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesini belirli koşullara bağlamış; asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması açısından geçerlilik koşullarını ve ilişkinin sınırlarını ayrıntılı biçimde düzenlemiş ve geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçilerine karşı müteselsil sorumluluk esasını öngörmüş bulunmakla, keyfi uygulamalara engel oluşturma ve işçilere hukuki güvence sağlama işlevini yerine getiren; bu açıdan da isabetli bir düzenleme olarak nitelendirilmelidir.

Ancak, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı'nın “Geçici ve Son Hükümler” başlıklı beşinci bölümünde yer alan, yürürlükten kaldırılan ve değiştirilen hükümleri düzenleyen 28. maddesi ile 4857 sayılı İş Yasasının, alt işveren uygulamasına ilişkin m.2/VI hükmünde de değişiklik öngörülmektedir. Buna göre, içerdiği koşullara verilecek anlam, öğretilde yoğun tartışmalara yol açmış olan ve asıl işin alt işverene verilmesini, “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler*”in varlığına tabi kılan bu hükümde yer alan “*ile*” sözcüğünün “*ve*” olarak mı yoksa “*veya*” olarak mı anlaşılması gerektiği karmaşasına son vermek adına, madde hükmünün “*veya asıl işin bir bölümünde işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan*” biçiminde değiştirilmesi tasarlanmıştır.

Böylece, söz konusu hükümdeki tek bir sözcüğün yerini bir başka sözcüğün alması kadar basit görünen bu değişiklik; iş hukukunda, bir işverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile üretimde bulunmasının asıl ; esnekliğin ve üretimin dışsallaştırılmasının, dolayısıyla da alt işverene iş verilmesinin istisna olduğu gerçeğini göz ardı ederek, 4857 sayılı Yasanın geçmiş dönemdeki kötüye kullanmaların önüne geçmek için getirdiği sistemi tekrar tersine çevirecek ; adeta istisnayı kural haline getirecek niteliktedir. Şu halde, tek başına maliyet, rekabet edebilirlik veya kalite gibi işletme ve işin gereklerinin yeterli sayılması sonucu asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi yönündeki istismanın engellenmeyerek, yeniden karşımıza çıkmasına neden olacak bu değişiklik, isabetli olmaktan çok uzaktır.

Mevcut düzenleme ve bu düzenleme ışığında verilen yargı kararları ile öğretici görüşleri ve Tasarı Taslağı ile alt işverene iş verilmesinin, İş Hukukunun ilkeleri açısından temel bir kural ya da istisna olup olmadığı gibi kritik bir noktada yapılmak istenen değişiklik; bu değişikliğin alt işveren uygulamasında, 1475 sayılı Yasa döneminde olduğu gibi, istismara açık ve güvencesiz bir sistemi getirecek olması nedeniyle aşağıda ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

II. MEVCUT SİSTEM: TARTIŞMALI, ANCAK İŞ HUKUKUNUN TEMEL AMACINA UYGUN BİR DÜZENLEME...

4857 sayılı Yasanın 2. maddesinin altıncı fıkrasında alt işveren kavramı, “*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*” biçiminde tanımlanmış olup; yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde herhangi bir sınırlama öngörülmezken, asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilmesi, “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren*” işlerle sınırlı tutulmuştur. Aynı fıkranın devamında, bu işveren ile iş aldığı işveren (asıl işveren) arasında kurulan ilişki ise “asıl işveren-alt işveren ilişkisi” biçiminde nitelendirilmiş; asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında sözleşmesel bir ilişkinin var olmamasına karşın asıl işveren, söz konusu işçilere karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Yasasından, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu tutularak, alt işveren işçilerine hukuki güvence sağlanmıştır.

Yasanın aynı hükmünün yedinci fıkrasında ise, alt işveren uygulamasına sınırlamalar getirilmiş; asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanması, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi yasaklanmıştır. Bu sınırlamalara aykırılığın ve diğer muvazaalı alt işveren uygulamalarının yaptırımını olarak ise, alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, Yasa hükmü, alt işverene verilebilecek işleri bir ayırıma tabi tutmuş ; «yardımcı işler» açısından herhangi bir sınırlama öngörmez iken, işyerinde yürütülen «asıl iş» yönünden, daha katı koşullara bağlı kılarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisini çok daha dar bir kapsam içinde düzenlemiş, asıl işe dahil olan bir işin alt işverene verilebilmesini, bu işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması koşuluna bağlamış bulunmaktadır. Söz konusu bu hüküm, anlatımındaki kimi belirsizliklere karşın, yukarıda açıkladığımız gibi, İş Hukukunda geçerli olan, bir işverenin işlerini kendi uzmanlığı ve organizasyonu ile kendi işçilerine gördürmesinin asıl olduğu; işlerinin bir kısmını başka işverenlerin işçilerine yaptırabilmesinin ise istisna olduğu biçimindeki temel anlayışa uygun bulunmaktadır ve bu nedenle, sözü edilen hükmün bu anlayışa göre yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, bir işveren işyerinde yürüttüğü asıl işin bir bölümünü ancak bu işin ayrı bir uzmanlığı gerektirmesi halinde alt işverene verebilecektir. Ayrı bir uzmanlık gereksinimi doğuran nedenler ise Yasada, “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenler*” olarak öngörülmüştür. Yasa hükmünün

dayandığı bu anlayışı esas alan ve isabetli olan öğreti görüşüne¹ göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için belirtilen koşul bir bütün olarak ve birlikte aranacaktır. Bunların bölünmesi, örneğin sadece “işletmenin ve işin gereği” olarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesine olanak bulunmamaktadır. Buna karşılık, öğretide, aranan ölçütün bir bütün oluşturmayacağı, asıl işin bir bölümünde, sadece işletmenin ve işin gereğine dayanarak alt işverene iş verilebileceği gibi, bundan bağımsız olarak “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işlerde de, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabileceği savunulmuştur. Bu görüş, madde metnindeki “ile” bağlacının “veya” biçiminde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir².

Uygulamada, Yargıtay, 4857 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hiçbir sapma göstermeden yerleşik hale gelen ve isabetli bulduğumuz içtihadı ile öğretide savunulan ilk görüşü benimsemiş ve madde hükmünde yer alan «ile» sözcüğünün bir ölçüt bütünlüğü sağladığını kabul etmiştir. Dolayısıyla asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için söz konusu işin hem işletmenin ve işin gereği olması, hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması zorunludur. Bu hususlar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 15.10.2009 tarihli bir kararında³ “Alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise, asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımdan yola çıkıldığında asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları, iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl

¹ Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul 2010, 47 ; Eyrenci, Ö./Taykent, S./Ulucan, D., Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, 43; Taykent, S., Alt İşveren, Legal İHSGHD, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, 364-365; Mollamahmutoglu, H., İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, 169; Özveri, M., Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İHSGHD, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, 393-394 ; Kılıçoğlu, M., 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, 9, 25-26; Çankaya, O.G./Çil, Ş., İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2. Baskı, Ankara 2009, 25 ; Çil, Ş., Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, 14, 16.

² Tunçoğlu, K./Centel, T., İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, İstanbul 2008, 59-60; Süzek, S., İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, 2008, 145 vd.; Süzek, S., Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, Legal İHSGHD, Ocak-Şubat-Mart 2010, 18; Ekmekeçi, Ö., Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, MERCEK, Temmuz 2003, 134; Şablana, F., Yeni İş Kanunu'nun Genel Hükümleri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Yeni İş Yasası Seminer Notları, 25-29 Haziran 2003, 90 ; Soyler, P., 4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil İHD, Mart 2006, 19 vd.

³ Yarg. 9. HD., 15.10.2009 t., 33243/25652, www.kazanci.com.

işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir. Alt işverene yardımcı iş, ya da asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebilecektir. **4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir.** 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır. İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir.” biçiminde vurgulanmıştır⁴.

III. YASA TASARI TASLAĞI İLE GETİRİLMEK İSTENEN SİSTEMİN ELEŞTİRİSİ : İSTİSNADAN ANA KURALA!...

1. Yapılmak İstenen Değişikliğin Esasları

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan ve kamuoyuna açıklanan, «İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı» içinde yer alan madde 28/I,a hükmü ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesinde geçen “veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan” ibaresi “veya asıl işin bir bölümünde işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan” olarak değiştirilmek istenmektedir. Bu düzenlemenin, öğretilerde savunulan ve yukarıda açıkladığımız, madde metnindeki “ile” bağlacının “veya” biçiminde anlaşılması gerektiği yönündeki görüşü esas aldığı anlaşılmaktadır⁵. Bu görüş ve buna dayalı Tasarı Taslağındaki düzenlemenin isabetli olmadığını vurgulamak gerekir. Gerçekten, yapılmak isten bu değişiklik, İş Hukukunun temel amaç ve ilkeleri gözardı edilmekte, 4857 sayılı Yasa ile belirli bir hukuki güvenceye kavuşturulmak istenen alt işveren işçileri bu güvenceden yoksun bırakılmaktadır. Önemle hatırlatalım ki, 4857 sayılı Yasada, bu yöndeki düzenlemenin, 1475 sayılı Yasa dönemindeki kötüye kullanmalara ve dolayısıyla alt işveren işçilerinin yeterli güvenceden yoksun durumlarına tepki niteliğinde olduğu bilinmektedir. 1475 sayılı

⁴ Aynı yönde: Yarg. 9. HD., 5.5.2008 t., 15362/11408, www.kazanci.com ve karar ilişkin değerlendirme : *Çelik*, N., Sicil İHD, Mart 2009, 83-92 ; Yarg. 9. HD., 13.10.2008 t., 32916/26551, Legal İHSGHD, 2009/21, 419-421 ; 21.1.2010 t., E. 2008/12349, K. 2010/582, Legal İHSGHD, 2010/25, 316-318.

⁵ Bkz. dn. 2’de anılan yazarlar.

İş Yasasının, alt işverenin asıl işverenin işyerinde, yardımcı iş–asıl iş ayrımı yapılmaksızın her türlü işi üstlenmesine engel herhangi bir kural içermemesi nedeniyle alt işverene iş verme uygulaması yaygınlık kazanmış ve bu mekanizma ucuz işçi çalıştırmanın ve sendikasılaştırmanın etkili bir aracına dönüşmüştür⁶. Bu olgu, 4857 sayılı İş Yasasının madde gerekçeleriyle de tescil edilmiştir : “...İşyerinde alt işverene iş verilmesi 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 kollektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yarıya intikal eden uyumsuzluklarla da doğrulanmıştır. Yargıtayın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür”. Madde gerekçesinde de vurgulandığı gibi, Yüksek Mahkemenin bu içtihadı, alt işveren uygulaması konusundaki kötüye kullanmaları önlemede yeterli olmamış, konunun Yeni İş Yasasında bazı sınırlamalara tabi tutulması kaçınılmaz hale gelmişti⁷. Bu nedenledir ki, İş Yasası, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasında daha dar koşullar öngörmüş ve ayrıca uygulamadaki kötüye kullanmaları engellemek için de bazı yasaklar getirmiştir. Bu koşullara veya yasaklara aykırılığın yaptırımını da, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmasıdır (m.2/VII).

Ne var ki, yapılmak istenen değişiklikle, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması açısından aranan koşullar bir bütün olarak ele alınmayacak ve sadece

⁶ Bkz. Güzel, A., Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri, Çimento İşv. D., Eylül 1993, 3-11; Şen, S., Taşeronluk (Alt İşverenlik) ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri, Selüloz-İş yayını, İstanbul, 2002; Özveri, M., Çalışma Yaşamında Yeni Boyutlarıyla Taşeronlaştırma, VII. Otomotiv ve Sanayii Sempozyumu, Bildiriler Kitabı, TMMOB yayını, Bursa, 27 Ekim 2001; Aynı Yazar, Alt işveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, 389.

⁷ Ayrıntı için bkz. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 45 vd; Aynı Yazar, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, 163 vd.; Süzek, 142 vd; Ekonomi, M., Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Tekstil İşv. D., Eylül 1991, 5 vd; Tunçay, C., Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi, KİPLAS, Ocak 1991, 7 vd; Şablana, F., Türk İş Hukukunda Alt İşveren, İHD., Temmuz –Eylül 1992, 325 vd; ; Canbolat, T., Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları, TÜHİS, Mayıs- Ağustos 1997, 14 vd; Şen, S., Taşeronluk (Alt İşverenlik) Bakımından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1994-1996), TÜHİS, Kasım 1997-Şubat 1998, 37 vd; Erdoğan, M. Z., Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Kamu-İş, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, C: 7, 2004, S: 3, 385, 391; Çankaya, O. G., Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, C: 6, 2002, S: 4, 19.

işletmenin ve işin gereği ile dahi asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasının önu açılacaktır. Böylece, anlamı belirsiz olan « işletmenin ve işin gereği » ibareleri, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasına yeniden yaygınlık kazandıracak, diğeryandan bu ilişki üzerindeki yargı denetimini de olanaksız kılacaktır.

2. «İşletmenin ve İşin Gereklery» Ölçütünün Belirsizliğı...

Bilindiğı üzere, pozitif düzenlemelerde, hukuksal anlamda tanımları yapılamamış kavram ve ifadelere yer verildiğinde, getirilmek istenen hukuki güvence anlamsız kılınmakla yetinilmemekte, hak süjelerini ve bunlara adaleti dağıtmakla görevli yargı organları da belirsizliklerle başbaşa bırakılmaktadır. Teknik anlamda olmasa bile, fiili olarak, hukuk normunun etkili olamadığı bir boşluk yaratılmaktadır. Bu konuda, «milli güvenlik », «kamusal alan», «genel sağlık », «kamu düzeni » gibi kavramlar hemen akla gelmektedir. Konumuzla bağlantılı olarak, örneğın, «işletme» kavramı, gerek Türk öğretisinde, gerek yabancı öğretilde, bugüne kadar tanımı yapılmış, sınırları çizilmiş bir kavram olmaktan uzaktır⁸. Bunun gibi, daha güncel olarak, iş güvencesi alanında, geçerli fesih nedeni üzerinde yargı denetimi ile bağlantılı olarak öğretilde bazı yazarlarca ortaya atulan ve yargı organı tarafından da sıkça kullanılan « işletmesel karar » kavramının⁹, beraberinde ne denli belirsizlikler getirdiğı bilinmektedir. Getirilmek istenen düzenlemeyle, asıl işveren-alt işveren uygulamasında benzeri bir durum yaratılmaktadır. Gerçekten, İş Yasasının 2. maddesinin 6. fıkrasında, «işletmenin ve işin gereğı» ölçütü, «teknolojik nedenlerle uzmanlık» gerektirme ölçütü ile birlikte ve bir bütün olarak yorumlandığında ancak bu koşulun taşıdığı anlam belirginlik kazanmakta iken; yapılmak istenen değışiklikle salt «işletmenin ve işin gereğı» gibi, tek başına anlamı belirli olmaktan çok uzak olan bir nedene dayanarak dahi asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilir hale gelecektir.

Şu halde, yapılmak istenilen değışiklikle asıl işverenin işyerindeki teknolojisi ve üretim için çalıştırdığı işçilerin uzmanlığı ile yapabileceğı bir işi alt işverene vermesi, sadece «işletmenin ve işin gereğı» olduğı gerekçesiyle mümkün olabilecektir. Böyle bir çözümün ise, 1475 sayılı Yasadaki düzenlemeden hiçbir farkı ve anlamı kalmayacak; alt işverene iş verme istisna değıl, kural haline dönüşecektir. Zira «işletmenin ve işin gereğı» ölçütü, uzmanlık gerektirme ölçütünden bağımsız olarak, tek başına, alt işveren uygulamasının kötüye kullanılmasının önüne geçmeyi sağlayabilecek netlikte ve nitelikte değıldir. «İşletmenin ve işin gereğı» ibarelerine verilecek anlamın tartışmalı olduğunun en

⁸ Ayrıntı için bkz. *Doğan Yenisey*, K., İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, 32 vd.

⁹ Ayrıntı için bkz. *Ençin*, E. Murat., İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleryyle Feshi, İstanbul 2003, 36 vd.; *Ulucan*, D., Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri Tebliğı, Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul 2010, 10 vd. ve orada belirtilen konuya ilişkin Yargıtay kararları.

önemli göstergesi, öğretilerde işletme ve işin gereklerinin ne şekilde anlaşılacağına ilişkin görüş farklılıklarıdır : Öğretilerde ileri sürülen, işletmenin ve işin gereklerinin, örneğin maliyet, rekabet edebilirlik veya kalitenin asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için yeterli bir neden oluşturacağı görüşünün¹⁰ aksine; İş Yasasının 2., 18. ve 29. maddelerinde tekrarlanan işletme ve işin gereği ifadelerinin, aynı anlamı taşıdığı ve bu kavramın, tıpkı 18. madde kapsamında, salt maliyeti düşürmek amacıyla iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshine olanak tanınmamasında olduğu gibi, sadece maliyetlerin düşürülmesi amacıyla alt işveren ilişkisi kurulmasına da engel olduğu görüşü¹¹ de savunulmaktadır. Dolayısıyla «işletmenin ve işin gereği» ölçütü, yalnız başına düşünüldüğünde, bünyesinde taşıdığı belirsizlikler neticesinde, alt işveren uygulamasının kurulabilmesi koşulları açısından, istismara açık ve güvencesiz bir duruma, adeta bir boşluğa neden olabilecektir.

Bu nedenle, Taslak ile 4857 sayılı Yasanın 2. maddesindeki «işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren» ifadesinde yer verilen «ile» sözcüğünün yerini «veya» sözcüğünün almasını, söz konusu koşulun bütünlüğünü ortadan kaldırması açısından isabetsiz olarak nitelendirmekteyiz. Bunun da ötesinde, önemle vurgulayalım ki, konuya ilişkin görüş ayrılıklarının sona ermesi ve uygulamanın da netlik kazanabilmesi için bir yasa değişikliğine gidilmesi durumunda, Taslaktaki düzenlemenin aksine, «işletmenin ve işin gereği» ibarelerinin korunması yerine, metinden tümüyle çıkarılması ve aşağıda açıklayacağımız üzere asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması açısından «teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler» koşulunun korunması en isabetli çözüm olacaktır.

3. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Belirleyici Ölçüt : Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektirme

Anımsatmak gerekir ki, 4857 sayılı Yasanın hazırlık sürecinde Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Taslakta, asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen 1. maddenin (ç) bendi, “*Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde iş alan...*” biçiminde düzenlenmiş olmakla birlikte bu düzenlemede, “asıl işin bir bölümünde” alt işverene iş verilmesi, çok isabetsiz olarak herhangi bir koşul ve sınırlamaya tabi kılınmamış olduğundan, maddenin, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu’nda¹² kabul edilen ve TBMM Başkanlığı’na sunulan metni şu biçimi almıştır: “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde, işin gereği ve teknolojik nedenlerle iş alan...*”. Maddenin bu metnine göre, alt işverene, “*asıl işin bir bölümünde*” veya “*yardımcı işlerinde*” iş verilmesi, bu kez hiçbir ayırım yapılmaksızın, “*işin gereği ve teknolojik nedenlerle*”

¹⁰ Şahlanan, F., Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, 90 ; *Ekmekçi*, Yeni İş Kanunu, 134.

¹¹ *Süzek*, Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, 20 vd.

¹² Bkz. İş Kanunu Tasarısı ve Raporu, 1/534.

bağlanmıştır. Daha sonra TBMM’de 2. madde görüşülürken verilen bir önerge¹³ ile İş Kanunu Tasarısının 2. maddesinin altıncı fıkrası ile yedinci fıkrasının değiştirilmesi teklif edilmiş ve *"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..."* ifadelerini içeren bu önerge, 13.3.2003 günlü ve 45. Birleşim oturumunda oylanarak aynen kabul edilmiştir¹⁴. Belirtilen bu değişiklikle, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde alt işverene iş verilmesi, *"...işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlere"* bağlı kılınmıştır.

Son olarak Tasarının tüm maddeleri ve bu arada 2. maddesi görüşülüp kabul edildikten sonra TBMM Başkanlığı’na sunulan bir önergeyle¹⁵, İş Kanunu Tasarısının daha önce görüşülerek kabul edilen 2, 4, 7, 11 ve 107. maddelerinin, Tasarının diğer maddelerinde yapılan değişiklikler nedeniyle, İçtüzüğü’nün 89. maddesi gereğince yeniden görüşülmesi talep edilmiş, yeniden müzakere görüşmeleri sırasında Tasarının 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında değişiklik yapılması teklif edilmiştir¹⁶. Değişiklik teklifinin konumuzla ilgili bölümü şöyle kaleme alınmıştır: *"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..."*.

Bu değişiklik önergesinin gerekçesi ise şöyledir: *"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. Böylece, işyerlerinde mal ve hizmet üretiminin ihtiyaç duyabileceği şartların kolaylıkla oluşturularak rekabet güçlerinin artırılması amaçlanmıştır./Diğer yandan, alt işveren (taşeron) uygulamasının istismarının önlenmesine ilişkin sınırlamalar getirilmiştir"*. Yapılan oylamada değişiklik önergesi aynen kabul edilmiştir.

İşte, yürürlükte olan İş Yasasının 2. maddesinin burada inceleme konusu yaptığımız altıncı fıkrasının birinci cümlesi, bu değişikliği yansıtmaktadır. Yasama sürecinde belirtilen esaslar çerçevesinde maddede yapılan değişikliğe göre, yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde, herhangi bir sınırlama öngörülmezken; asıl işin bir

¹³ Ahmet Büyükakkaşlar (Konya) ve arkadaşları tarafından verilen önerge.

¹⁴ Tutanak Dergisi, 180.

¹⁵ Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Başkanı Mahfuz Güler (Bingöl) tarafından 22 Mayıs 2003 günlü oturumda TBMM Başkanlığı’na verilen önerge.

¹⁶ AKP Milletvekilleri Agah Kafkas, Nevzat Doğan, Haluk İpek, Ünal Kacı, Sadullah Ergin, Hüseyin Tanrıverdi, Cevdet Erdöl ve Nükhet Hotar tarafından verilen değişiklik önergesi.

bölümünde alt işverene iş verilmesinin belirtilen gerekçelerle sınırlamaya tabi tutulması istenmiş ve ancak “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” söz konusu olabilmesi için gerekli düzenleme getirilmiştir¹⁷.

Maddede sonradan yapılan değişiklikle, “uzmanlık gerektiren işler” ibaresinin eklenmesindeki amaç, asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi yönündeki istismanın engellenmesi olduğu açık bir biçimde ifade edilmiştir: Maddenin değişiklik gerekçesinde, alt işverene verilecek asıl iş bakımından “işin, işletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlık bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama, taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir” görüşüne yer verilmiştir¹⁸.

Nitekim Yüksek Mahkeme de, gerek yukarıda özetle açıkladığımız yasama sürecinde geçilen aşamalar ve “uzmanlık gerektiren işler” ibaresinin eklenmesindeki amacı dikkate alarak; gerek asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinde, tıpkı 4857 sayılı Yasa öncesindeki döneme benzer kötüye kullanmaların önüne geçmek

¹⁷ Değişikliğin anlam ve kapsamı ile hükmün konuluş amacını, TBMM Genel Kurulu'nda maddenin yürürlükteki biçimiyle değiştirilmesini sağlayan önergeyi veren Milletvekilleri arasında yer alan Çorum Milletvekili Agah Kafkas, alt işveren konusunda yapılan ve Genel Kurul'da kabul edilen yeni düzenleme konusunda şu görüşleri açıklamıştır: “...Taşeron uygulamasına baktığımız zaman, şu andaki yapılan düzenleme, 1475 sayılı Kanundaki düzenlemelerden fevkalade ileri bir düzenlemedir. Mevcut İş Yasasındaki düzenlemede, asıl işin bir bölümünde de yapılabileceği veriliyor ve sınırsızlık, limitsizlik vardı, bunun bir kısmını Yargıtay doldurmaya başlamıştı. İş Kanununun bilim heyeti tarafından hazırlanan bölümüne baktığımız zaman da, yine, bugünkünden çok daha geriydi. Orada diyor ki: ‘ Bir işverenden, bir işyerinde yürüttüğü mal veya hizmetin üretimine ilişkin, asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde, işi alan, bu iş için görevlendireceği işçiler’ diye devam eden, kısıtlama olmadan taşeron çalıştırma yetkisi vermişti bilim heyeti. Sayın Bakanın başkanlığında, daha sonra bizzat benim de katıldığım, sosyal taraflar ile bütün işçi, işveren örgütlerinin yaptıkları uzun çalışmalar sonucunda, bildiğiniz gibi, tasarıda, bilim heyetinin işçi lehine hazırladığından daha iyi bir nokta yakalamıştık. / Şimdi, burada, işin gereği ve teknolojik nedenlerle, asıl işin bir bölümünün verilebileceği söyleniyordu; yani yardımcı işlerin dışındaki işlerde kısıtlama getirilmişti. Şimdi, bizim yaptığımız bu düzenlemenin metni, çalışma hayatımızda, çok değerli işçi konfederasyonlarımızın, kimi çok değerli ve herkes tarafından bilinen ve saygı duyulan hukukçularının ortak hazırladıkları metindir. Taşeron meselesi, taşeron müessesesiyle ilgili bugünün koşulları içerisinde, hem işletmelerin gereğini yerine getirebilecekleri, işletmeleri tıkamayacak hem de istismanı önleyecek bir düzenleme getirilmiştir burada ve bu düzenlemede, yardımcı işlerde taşeron çalıştırılması imkanı, bir kurala bağlı olmaksızın işverenlere tanınırken, asıl işin bir bölümünde taşeron çalıştırmak için, işin, işletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlık bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama, taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir...” (TBMM Genel Kurulu, 22 Mayıs 2003, 83. Birleşim).

¹⁸ TBMM Tutanak Dergisi, C:15, S:48, K:15.

amacıyla, yerleşik hale gelmiş içtihadıyla, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işler koşulunu, “baskın öge” olarak nitelendirerek, teknolojik anlamda uzmanlık gerektirmeyen hallerde, sadece işletme ve işin gereklerine dayalı olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulamayacağını karara bağlamaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu durumu, 13.10.2008 tarihli bir kararında¹⁹, şu şekilde ifade etmektedir: “4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması geçerli olmayacak ve alt işveren işçisi başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacaktır. İş Kanunu da yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri mümkündür. Buna karşılık, 6'ncı fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. **Anılan düzenlemede baskın öge, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur.** Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacaktır.”

Konuya ilişkin 5.5.2008 tarihli bir diğer kararında²⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, benzer ifadeler kullanmaktadır: “4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olamaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6'ncı fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. **Anılan düzenlemede baskın öge, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur.** Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.”

Öğretide, Yargıtay'ın, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işler kriterinin baskın öge olarak nitelendirilmesi eleştirilmiş; bu nitelendirmenin, Yargıtay tarafından benimsenen “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir bütün olarak dikkate alınması gerektiği ifadesiyle çeliştiği ileri sürülmüştür²¹. Bu görüş uyarınca, teknolojik nedenle uzmanlık gerektirme koşulunun baskın öge olarak ele alınmasının, söz konusu m.2/VI'da yer alan ölçütün bölünmesi anlamına geldiği savunulmaktadır. Oysa, Yargıtay kararlarında, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulunun baskın olarak nitelendirilmesinin ; söz konusu uzmanlık koşulu yerine gelmeden, sadece

¹⁹ Yarg. 9. HD., 13.10.2008 t., 32916/26551, www.kazanci.com.

²⁰ Yarg. 9. HD., 5.5.2008 t., 15362/11408, www.kazanci.com.

²¹ *Süzük*, Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, 22-25.

işletme ve işin gerekleri ile alt işveren uygulamasına gidilmesini önlemek amacını taşıdığı ve zaten uzmanlık gerektirmeyen durumlarda, yargı denetimi yapılması açısından taşıdığı anlam net olmayan “işletme ve işin gereği” kriterinin ayrıca incelenmesine gerek olmaması düşüncesine dayandığı kanısındayız. Bu nedenle iddia edildiği biçimde, Yargıtay kararlarında, bir çelişki olduğu görüşüne katılmak, bizce mümkün görülememektedir. Kaldı ki, Yargıtay kararlarında ölçütün bir bütün olarak ele alınması ile uzmanlık koşulunun baskın öge olarak nitelendirilmesi arasında çelişki olduğunu savunan bu görüş de, Yasa değişikliğine gidilmesi durumunda, bizim de savunduğumuz yönde, maddedeki “işletme ve işin gereği” ifadelerinin kaldırılarak, sadece uzmanlık ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde alt işveren uygulamasına gidilmesine imkan tanınması gerektiğini belirtmektedir. Gerçekten de, alt işveren ilişkisinin kurulmasında, belirleyici unsur, teknolojik uzmanlık unsuru ve koşuludur. Bir işverenin kendi teknolojisi ve personelinin uzmanlığıyla yapabileceği bir işi alt işverene yaptırmayı, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız amaç ve ilkelerle bağdaşmamaktadır. Bu açıdan, Yargıtayın teknolojik uzmanlık koşuluna üstünlük tanımış olması, bize göre, iş hukukunun amaç ve ilkeleriyle uyumlu, alt işveren uygulamasının yaygınlaşmasını önleyici ve giderek alt işveren işçilerini koruyucu isabetli bir hukuki çözüm biçimidir. Yapılmak istenen değişiklik de Yargıtayın bu isabetli çözümünü etkisiz kılma amacına yönelik, ancak çok isabetsiz bir düzenleme olmaktan öteye gitmemekte, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde geriye dönüşün kapılarını ardına kadar açan bir düzenleme olmaktadır.

IV. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1. Her hukuk dalının, tarihsel oluşum ve gelişim sürecinde oluşmuş ve pekişmiş kimi temel amaç ve ilkeleri bulunduğu yadsınamaz bir bilimsel gerçekliktir. Pozitif düzenlemeler, bu gerçeği gözardı ettiğinde, yapılan pozitif düzenleme ilk bakışta ve soyut anlamda isabetli olsa ve dahası bir kesimin çıkarlarına uygun olsa bile o hukuk dalının meşruiyet nedenini de ortadan kaldıracaktır. Bilindiği üzere İş Hukuku, esas itibarıyla işçinin, ekonomik yönden güçlü olan işveren karşısında korunması temel amacına yöneliktir. İş Hukukunun varlık nedeni de budur. Günümüzde bu esasın mutlak olmadığı, işveren çıkarlarının da gözetilmesi ve giderek çıkarlar arasında denge gözetilmesi anlayışı, pozitif düzenlemelere yansımış olsa bile, başlangıçtaki temel amacı hiçbir biçimde ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim, iş hukuk kurallarında mutlak anlamda esnekliği savunan görüş, hiçbir ülke pozitif hukuklarında yansıma bulamamıştır. Güvenceli esneklik esası, örneğin Avrupa Birliği İş Hukukunda ön plana çıkmış bulunmaktadır.

2. 4857 sayılı İş Yasası da, mutlak anlamda bir esneklik anlayışını değil, güvenceli esneklik esasını gözetmiş ve iş hukukunun temel amaç ve ilkelerinden uzaklaşmamıştır. Örneğin, belirli süreli iş sözleşmesini düzenlerken (m.11), iş

yaşamında, işçi-işveren ilişkilerinde belirsiz süreli iş sözleşmelerine göre istihdamın temel kural olduğu ilkesinden sapma göstermemiş, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılma ve yenilenme koşullarını, bu tür sözleşmelerin istisna olması yönündeki ilkeyi dikkate alarak, dar bir kapsam içinde düzenlemiştir. Bunun gibi, işverenlerin alt işveren aracılığıyla iş yaptırılmalarına olanak tanırken (m.2/VI,VII), bunun bir istisna olduğunu ; iş hukukunda, işverenin kendi personeli ve kendi teknolojisi ile üretimde bulunması veya hizmet sunmasının asıl olduğu yönündeki temel ilkeye uygun bir düzenleme yapmıştır. Ancak, daha sonra 2. maddeye eklenen iki yeni fıkra hükmüyle (VIII,IX), isabetsiz olarak bu esastan sapma gösterilmiştir.

3. Bugün yeni ve ciddi bir sapmayla karşı karşıya bulunmaktayız. Gerçekten, üzerinde durduğumuz konuyla bağlantılı olarak yapılmak istenen değişikliklerle de yeni ve çok daha temel bir noktada az önce açıklanan ilkedan uzaklaşan ve iş hukukunun varlık nedeni ile çelişen bir düzenlemeye gidilmektedir. Asıl işverene, asıl işin bir bölümünde sadece işletmenin ve işin gereği ile alt işverene iş verme olanağının tanınmış olması, alt işveren uygulamasını temel bir kurala dönüştürmekten başka hiçbir anlam taşımamaktadır. Çünkü, bu düzenleme sayesinde işverenler, herhangi bir sınırlama tanımaksızın her türlü gerekçeyle asıl işin bir bölümünü alt işverene verebileceklerdir. Artık, bir işverenin kendi işçileri, teknolojileri ve yönetim organizasyonu ile üretimde bulunma veya hizmet sunma yönündeki temel kuralın bir anlamı kalmayacaktır. Bunun sonucu olarak, alt işveren uygulamasının 1475 sayılı Yasa döneminde olduğu gibi yeniden yaygınlık kazanacağını kimse yadsıyamayacaktır.

4. Yadsınamayacak diğer bir gerçek ise, alt işveren işçilerinin yeterli hukuki güvenceye sahip olmayan, bir anlamda emeğin sömürüldüğü bir çalışma ilişkileri düzeninin parçaları konumuna sokulmalarıdır. Çünkü, alt işveren işçileri sendikal haklardan yoksun olarak ve çoğu kez asgari ücretle çalıştırılmaktadırlar. Bunun sonucu olarak, işyerlerinde aynı veya benzeri işi yapan işçiler, iki farklı hukuki statü içinde sokulmuş olmaktadır. Böyle bir çalışma ya da endüstri ilişkileri sistemine sahip bir ülke ile kimsenin herhalde övünmeye hakkı olmayacaktır.