

Alt İşverenlik Konusunda Neler Oluyor?

Ferhan TUNCEL*

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısının Beşinci Bölümünde yer alan ve “Yürürlükten kaldırılan ve değiştirilen hükümler” başlıklı 28. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin (6) numaralı fıkrasında değişiklik yapılmak istenilmesi Konfederasyonumuz nezdinde büyük rahatsızlık yaratmıştır. Aslında bu konu yeni gündeme gelmiş değildir. Ancak gündeme getiriliş şekli her defasında biraz daha endişe verici olmakta ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında neler oluyor sorusunu akla getirmektedir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için son iki yılda yaşanan bazı gelişmeleri özetlemek bu noktada daha aydınlatıcı olacaktır.

Bilineceği üzere 2008 yılının bahar aylarının sonunda getiri ve götürüleri bugün de tartışılan bir kanun kabul edildi. Bu kanunun tam adı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”du. Kanun, 5763 sayı ile 15.05.2008 tarihinde TBMM’de kabul edilip, 26.05.2008 tarihinde Resmi Gazetede yayımlandı ve kamuoyunda “İstihdam Paketi” adıyla anıldı. İşin aslı paket yasalaşmadan önce 4857 Sayılı İş Kanunu hükümlerinde de değişiklik yapacağı konusunda açık bir bilgi yoktu. Sosyal taraflar paket içeriğinden ancak basın yoluyla haberdar olabiliyordu. Nitekim 2008 Mart ayı içindeki haber bültenlerinde “İstihdam Paketi”nin İş Kanunu değişikliğine dönüştüğü” bilgisi de edinilmişti. Ancak paket içeriği hakkında sosyal tarafların bazı gayri resmi bilgileri olsa da hiç kimsenin elinde paketin metin hali bulunmadığı için kamuoyuna da bir açıklama yapılamıyordu. 2008 Nisan ayı içinde paketin Bakanlar Kurulu’nda kabul edildiği ve TBMM’ne sunulduğu yönünde haberler yayımlandı. Sosyal taraflar paketin resmi olarak kendilerine gönderilmesini istedi.

Nihayetinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından “kanun tasarısı” halinde paket metni 28 Nisan 2008’de TÜRK-İŞ’e gönderildi. TÜRK-İŞ ilk defa eline geçen bu tasarıyı incelemeye başlarken bir gün sonra 29 Nisan 2008 tarihinde bir faks mesajı ile 1 Mayıs 2008 tarihinde bu konuda görüşlerini bildirmek üzere TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler komisyonuna davet edildi. TÜRK-İŞ bu davete icabet etti ve tasarı hakkındaki görüşlerini komisyona sözlü olarak bildirdi. Ancak bu kadar önemli bir konunun bu kadar kısa bir süreye sıkıştırılması “sosyal diyalog” açısından bakıldığında son derece sağlıksızdı. Nitekim

* *Avukat, TÜRK-İŞ Hukuk Bürosu*

TÜRK-İŞ kendisine gönderilen tasarı hakkında yazılı görüş hazırlama imkânı dahi bulamadan tasarı kanunlaştı.

Kanunlaşan bu tasarının önemli maddelerinden birini de 4857 Sayılı İş Kanununun 3. Maddesinde yapılan değişiklik oluşturuyordu. 5763 sayılı Kanunun 1. Maddesiyle 4857 sayılı İş Kanununun 3. maddesinin ikinci fıkrası değiştirildi ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin denetlenmesi ve muvazaanın tespiti detaylandırılarak bu konuda iş müfettişlerine görev verildi. Ayrıca İş Kanununun 3. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esasların, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceğine dair hüküm konuldu.

Bahsi geçen bu yönetmelik ise “Alt İşverenlik Yönetmeliği” adı ile 27.09.2008 tarihinde ve 27010 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdi. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesi ile işçi ve işveren kesimleri arasında çeşitli boyutlarda tartışmalar yaşandı. İşverenler yönetmeliğin iptali için bildiğimiz kadarıyla Danıştay nezdinde (6) adet dava açtı. Bu davalar ile yönetmeliğin yürürlüğünün durdurulması ve iptali talebinde bulundular. Danıştay bu davaların hepsinde yürütmeyi durdurma taleplerini “red” etti. Bunun üzerinde işverenler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı nezdinde girişimde bulunarak yeni bir alt işverenlik yönetmeliği hazırlanmasını talep ettiler.

Bakanlık işverenlerin taleplerine cevap veren yeni bir yönetmelik hazırladı. Bu yönetmelik, 08.07.2009 gün ve B.13.0.ÇGM-160-17-23321 sayılı, “Alt İşverenlik Yönetmeliği Taslağı” konulu yazı ekinde TÜRK-İŞ’e gönderildi. TÜRK-İŞ bu yeni hazırlanan Alt İşverenlik Yönetmeliği Tasarısının, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının çalışma barışını bozucu bir tavrı olarak algılandığını belirten ağır bir cevap verdi. Akabinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında yapılan toplantıda da bu tavrını sürdürerek yapılmak istenen değişikliklere şiddetle karşı çıktı.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında yapılan toplantıda, TÜRK-İŞ Yönetmelik İptali için Danıştay nezdinde açılan davalara ilişkin olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının verdiği cevapların ne olduğunu öğrenmek istedi. Yani sadece 1 yıl önce kanunun ruhuna uygun bir yönetmelik hazırlayan ve bunu savunan Bakanlık acaba çıkardığı Yönetmelik için dava açıldığında ne cevap vermişti? Hangi gerekçelerle yönetmeliği savunmuştu? Ancak maalesef TÜRK-İŞ bu haklı sorusunun cevabını alamadı. Bakanlık bürokratları sebebi belirsiz bir şekilde bu cevabı sakladılar ve bilgi vermediler. Sonuçta TÜRK-İŞ’in çok şiddetli itirazları neticesinde yönetmelik değişikliği yapılmadı. Öte yandan gayri resmi olarak öğrendiğimize göre bakanlık bu davalara verdiği karşı cevaplarda, bizzat Bakanlıkça hazırlanan Alt İşverenlik Yönetmeliğinin arkasında durmuş, onu ciddiyetle ve ısrarla savunmuştu. Buna rağmen yeni hazırlanan değişiklik taslağında Bakanlığın bu sağlam duruşunu neden muhafaza edemediği halen izahtan varestedir.

Peki neydi bu yönetmelikte işçileri çileden çıkararak önemli değişiklikler? Ayrıca bunun bir adım ötesinde özellikle İş Kanununun 2. maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesi mevcut yönetmelikte özellikle yüksek yargı uygulamalarına uygun olarak açıklayıcı bir hale getirilmişken, yeni yönetmelik tasarısı ile bundan vazgeçilmesinin anlamı neydi?

Yani Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı o günlerde öyle bir yönetmelik değişikliği tasarısı hazırlamıştı ki, tasarısı tümüyle İş Kanununun 5763 sayılı kanunla değişik 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye lâfzen ve ruhen aykırıydı. Aykırılık yetmediği gibi açıkça işçi hak ve çıkarlarını korumaktan uzak tam tersi haksız ve usulsüz işlemler yapan asıl veya alt işverenleri kollayıcı hükümler içermekteydi. TÜRK-İŞ, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına yazdığı cevabi yazıda bu konuyu çok açık bir dille eleştirdi. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının asli görevlerinin başında, çalışanlar ve çalışanların sorunlarına çözüm üretmek olduğu hatırlatıldı.

Başından sonuna kadar işçi aleyhine hazırlandığı aşikâr olan yeni yönetmelik taslağının konumuzla ilgili maddesi 10. Maddedir. Tasarının bu maddesinin mevcut yönetmelikteki muadili ise 11. maddedir. Bu mevcut 11. madde kanun koyucunun amacını ve yıllar içinde konu hakkında oluşmuş yüksek yargı görüşlerini açıklar mahiyette düzenlenmiştir. 11. maddeye göre asıl iş; a) İşletmenin ve işin gereği, b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi; şartlarının **birlikte gerçekleşmesi hâlinde** bölünerek alt işverene verilebilecektir. Yeni hazırlanan tasarıda ise kanundaki “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş” ibaresinin uygulayıcıya yol gösterecek açılımını yapmak yerine sadece kanun hükmü tekrarlanmak suretiyle mevcut yönetmelikten geriye düşülmüştür. Bunun sebebi ise açıklanamamıştır.

Böylelikle tümüne karşı çıktığımız yönetmelik tasarısı rafa kaldırılmıştır. Ancak aradan neredeyse bir yıl geçtikten sonra ve uzun yılların tartışma ve birikimini içeren İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı, son haline gelmişken; 2010 Temmuz ayında Konfederasyonumuza gönderilen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağının Beşinci Bölümünde yer alan ve “Yürürlükten kaldırılan ve değiştirilen hükümler” başlıklı 28 nci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin (6) numaralı fıkrasında değişiklik yapılmak istendiğini görmekteyiz. Bugüne kadar hazırlanan hiçbir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağında asıl işveren alt işveren konusunun temelini oluşturan ve İş Kanununda özel bir yeri olan 2. maddeyi değiştirme ihtiyacı duyulmamıştı.

Tasarı taslağında 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” şeklinde değiştirilmek istenilmektedir. Yapılmak istenen bu değişiklik ile asıl

işveren/alt işveren ilişkisini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesi, taşeron çalıştırılmasını kolaylaştıran, muvazaalı ilişki kurmayı mümkün kılan, kayıt dışı istihdama meşruiyet sağlayan ve çalışanın örgütlenme hakkını kullanılamaz hale getirip, toplu sözleşme hakkından yararlanması yolunu tıkayan ve çalışanın sömürülmesine yasal kılıf hazırlayan bir duruma sokulmuştur.

Öncelikle şu iyice bilinmelidir. 4857 sayılı kanunun 2. maddesinin, iş sağlığı ve güvenliği ile doğrudan veya dolaylı hiçbir bağlantısı yoktur. İş Kanununun 2. maddesi Bakanlık tarafından oluşturulan Bilim Kurulunun hazırladığı, sosyal tarafların üzerinde aylarca çalışıp tartıştığı TBMM Komisyonlarında etraflıca değerlendirilen ve TBMM Genel Kurulunda tartışılarak kabul edilen bir maddedir. Bu madde, asıl işveren/alt işveren ilişkisinde, muvazaayı önlemeye yönelik olarak, asıl işin keyfi biçimde bölünerek alt işverene verilmesini, çalışanın kayıt dışı istihdamını önleyen ve çalışanın haklarını güvence altına alan bir düzenlemedir.

Bilineceği üzere bu konu 4857 sayılı İş Kanununun kabulünden bu yana gerek İş Mahkemeleri ve Yüksek Yargı Organlarında, gerek akademik ve gerekse sendikal çevrelerde yoğun bir şekilde tartışılmış, sonuçta yüksek yargı maddenin bu cümlesi içinde geçen **ile** ibaresini **ve** olarak kabul etmiş ve madde içersinde anılan tüm şartların birlikte gerçekleşmesi koşulunu aramıştır.

Madde içinde yapılmak istenen değişiklik ile maddenin içeriği boşalacak ve “işletmenin ve işin gereği gibi” gibi soyut bir gerekçeye dayanılarak alt işverenlik yolu açılacaktır. Maddenin amacı ve baskın unsuru **“teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde”** alt işverenlik uygulamasının yapılabilmesidir. Bu nedenle İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı ile doğrudan ilgisi olmayan ve sosyal tarafların en fazla üstünde tartıştıkları ve nihayetinde yüksek yargı uygulaması ile içi doldurulmuş bir kanun hükmünü yeniden belirsizliğe sürüklemeye çalışmanın gerekçesi tarafımızdan anlaşılmadığı gibi yukarıda belirttiğimiz tüm olaylar birlikte düşünüldüğünde bir kez daha sormak lazımdır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ne yapmak istiyor?