

6552 SAYILI KANUNLA ALT İŞVEREN KURUMUNDA YAPILAN YENİ DÜZENLEMELER VE DEĞİŞİKLİKLER

İbrahim AYDINLI*

ÖZET

Bugüne kadar 4857 Sayılı İş Kanununda asıl işveren- alt işverenlik ilişkisine yönelik pek çok kanuni değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin sonuncusu 2014 yılında 6552 sayılı Kanunla getirilmiştir. 6552 sayılı kanunun getirdiği değişikliklerden ilki alt işverenlikle ilgili müfettiş raporlarına karşı itiraza ilişkindir. Bir diğer değişiklik asıl işverenlerin alt işveren işçilerinin ödenmeyen ücretleri için hakedişlerinden kesme yetkilerinin genişletilmesi ile ilgilidir. Alt işveren işçilerinin yıllık ücretli izin hakkı ve kamu işyerlerindeki alt işveren işçilerinin kıdem tazminatının ödenmesi hususlarında da değişiklik yapılmıştır. Kamu idarelerinin hizmet alımlarında alt işverenlik sözleşmelerinin süresinin en az 3 yıl olması, kamu idarelerinde muvazaalı alt işveren ilişkisi kuran kişilere doğrudan parasal yaptırım uygulanması ve sendikal örgütlenmenin önünü açan yeni bir toplu iş sözleşmesi şekli konularında da düzenlemeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Alt işveren, asıl işveren, kamu idareleri, muvazaa, iş hukuku.

THE NEW REGULATIONS AND CHANGES IN SUBCONTRACTOR CONSTRUCTED BY CODE 6552

ABSTRACT

So far so many legislative changes have been made in the Labour Code 4857 about the principal employer- subcontractor relationship. The last of these changes have been introduced by the Code 6552 in 2014. The first of the changes introduced by the Code 6552 is about objection against the inspection reports which is about subcontractor relationship. Another change is about the expansion of the power of principal employer's cutting progress payment for the subcontractors' employees' unpaid fees. The right to paid annual leave of subcontractor's employees and the payment of severance pay of subcontractor's employees in public establishments have been changed. There also some amendments about the duration of the subcontractor contracts in public administrations' service procurement now it has to be at least 3 years, and it implements monetary sanctions directly for the person who set up collusive subcontractor relationship in public administration and a new form of collective bargaining agreement which paved the way for the unionization.

Keywords: Subcontractor, principal employer, public administrations, collusion, labour law.

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

I- Genel olarak

2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanunda, Türk çalışma hayatında önceki İş Kanunları olan 3008, 931 ve 1475 sayılı Kanunlardan farklı olarak ilk defa, alt işveren ilişkisinin tanımı ve unsurları ortaya konmuş, müteselsil sorumluluğun muhtevası belirlenmiş ve bu ilişkiye aykırılık hallerinde ne gibi hukuki sonuçların doğacağı düzenlenmiştir. Ancak 4857 sayılı Kanuna alt işverenlik ilişkisine yönelik olarak bugüne kadar pek çok kanuni müdahalenin yapılmış olması, sorunun temel anlamda halen çözülmediğini göstermektedir.

Söz konusu alt işveren düzenlemesine **ilk kanuni müdahale**, 4857 sayılı Kanunun 2. maddesine 1/7/2006 tarihli 5538 sayılı kanunun 18. maddesiyle 8 ve 9. ek fıkralar eklenerek yapılmıştır. Bu düzenlemelerin amacı, kamu kurumlarının kanun sisteminin dışına çıkarılması çabasıdır. Ancak kanun koyucunun bu çabası maalesef doktrin ve yargı tarafından eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmiş ve bu düzenlemeler uygulama alanı bulamamıştır¹. Böylece ek fıkra düzenlemeleri, 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin 7. fıkrası ile çelişki içinde olduğundan uygulanması yargı içtihatlarında ve doktrinde kabul görmemiştir².

İkinci kanuni müdahale; 4857 sayılı İş Kanunu'nun "işyerini bildirme" başlığıyla düzenlenen 3. maddesinin 2. fıkrasının 15/5/2008 tarihli 5763 sayılı kanunun 1. maddesiyle değiştirilmesi ve aynı maddeye 3. ek fıkra getirilmesi ile yapılmıştır. Söz konusu kanuni müdahalenin temel amacı, kayıt dışı istihdamın önlenmesi olup, il çalışma müdürlüklerine bildirilmek zorunda olan alt işveren ilişkilerinin teftiş marifetiyle incelenmesini sağlamaktır. Daha açık bir söyleyişle bu düzenlemenin amacı, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan muvazaalı alt işveren ilişkilerinin tespitinin iş müfettişlerince incelenme imkânı verilmesi ve ortaya konan rapora yönelik işveren itirazlarının ilk derece mahkemesinde kesin sonuca kavuşturulmasıdır. Aynı zamanda 3. maddeye eklenen ek 3. fıkra ile alt işverenlik yönetmeliği çıkarılarak müfettişlere, özellikle teftiş sırasında, yön gösteren muvazaa ölçütleri düzenlenmiştir³.

Kanun koyucunun bu düzenlemesi, sadece muvazaalı alt işveren ilişkilerine idari para cezasının uygulanmasını sağlayan bir düzenleme

¹ EKMEKÇİ, s.1176-1177.; GEREK, s.83.; YENİSEY DOĞAN, s.29.; EKONOMİ, s.24.; SUBAŞI, s.177.; AYDINLI, s.358-361.; AKTAY/ ARICI/ SENYEN KAPLAN, s.37.

² Geniş bilgi için bkz.; GÖKTAŞ, s.104.; AYKAÇ, s.111.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s.203.; BAŞBUĞ, s. 44.; YENİSEY DOĞAN, s.30.

³ Alt İşverenlik Yönetmeliği için bkz.; 27/09/2008 tarih, 27010 sayılı R.G.

olmaktan çıkmış (İşK. m.98/1) ve bunun ötesinde teftiş incelemesi sonucuna yönelik üst yargı yolu imkânı olmaksızın elde edilen ilk derece mahkemelerinin kesinleşmiş muvazaalı alt işveren ilişkisini tespit eden kararlarının işçi alacaklarına ilişkin açılan davalarda kesin hüküm ya da kesin delil teşkil etmesiyle⁴ özellikle çalışma dünyasında ciddi tepkilerin doğmasına neden olmuştur.

İncelememizin konusunu oluşturan en **geniş üçüncü kanuni müdahale** 16/9/2014 tarihli 6552 sayılı Kanunla yapılmıştır. 6552 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemelerin ilk dikkat çekici yönü, özellikle alt işveren ilişkisi ile ilgili değişikliklerin kamu işverenleri üzerinde yoğunlaşmasıdır. 6552 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin bir başka dikkat çekici tarafı ise sadece İş Kanunu'nda değil 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda da değişikliklere gidilmesidir.

Olası dördüncü kanuni müdahalenin, bu incelememiz yayınlandığında yürürlüğe girmesi ihtimali bulunmaktadır. Tam olarak mahiyetini bilmemekle birlikte müdahalenin, kamu kurumlarında çalışmış ya da çalışıyor olan alt işveren işçilerinin, muvazaalı alt işveren ilişkisinin mahkeme kararıyla tespiti dolayısıyla asıl işveren işçisi sayıldıkları için, asıl işveren olan kamu idarelerinin kadrosuna alınmasına yönelik olması beklenmektedir.

II- Alt İşveren İlişkisinde Müfettiş Raporuna İtiraza İlişkin Yapılan Değişiklik Düzenlemesi

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce 4857 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrası *“Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi*

⁴ Söz konusu ilk derece mahkemesi kararların kesin delil ya da kesin hüküm olmayıp takdiri delil olacağı yönünde bkz.: YILMAZ, s.21.; Aksi yönde olan görüşe göre muvazaa itirazının yerinde görüldüğü mahkeme kararlarının ileride aynı nedenle açılması halinde kesin hüküm niteliğinde olduğunu savunulmaktadır. Detaylı bilgi için bkz.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s.197.; BAŞBUĞ, s.92.

iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.” şeklinde idi.

6552 sayılı kanunun 1. maddesiyle “22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı *İş Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “altı iş günü” ibareleri “otuz iş günü” şeklinde, aynı fıkranın beşinci cümlesinde ise, “İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir. Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur.” şeklinde değişikliğe gidilmiştir.*

Değişiklikten önceki düzenlemeye göre; alt işveren sözleşmesinin ilgili makam olan Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’ne bildirim üzerine ilgili makam alt işveren işyerini tescil yaptıktan sonra bu işyerine ait belgeleri gerektiğinde iş müfettişlerince inceletmektedir. İnceleme bu şekilde resen olabileceği gibi, uygulamada işçi sendikasının ya da alt işveren işçilerinin şikâyeti üzerine de tescil edilen alt işveren ilişkisi incelemeye alınabilmektedir. İnceleme neticesinde ortaya çıkan müfettiş raporunda alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu sonucuna varılmış ise hem asıl hem alt işverenlere tebliğ edilen söz konusu rapora karşı işverenler 6 iş günü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz etme hakları bulunmaktadır. Şayet işverenler itiraz süresini kaçırmış ya da itirazları reddedilmiş ise bunun üzerine verilen mahkeme kararı kesin olduğu için Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünde yapılan alt işveren tescil iptal edilmektedir. Bu iptal işlemin sonucunu kanun koyucu “...alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.” şeklinde hükme bağlamıştır.

Değişiklikten önceki maddenin bu şekilde düzenlenmesinin nedenleri; genel gerekçe ve madde gerekçesinde alt işveren ilişkilerinin doğurduğu kayıt dışılığın önlenmesi, alt işveren ilişkisinin yazılı olarak yapılması ve muvazaalı olup olmadığının denetlenmesi olarak sayılmıştır.

Doktrinde alt işveren ilişkisinin hukuka aykırı olup olmadığının iş müfettişlerince denetlenmesi, denetime karşı 6 iş günü gibi kısa süre içinde itiraz hakkı tanınması ve sadece alt derece mahkemesi kararı ile uyuşmazlığı çözmeye çalışmak meseleyi idari para cezası olarak değerlendirmek anlamına geldiği yönünde birçok eleştiri getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye getirilen eleştiriler özetle; muvazaa gibi hukuki bir geçersizliğin müfettiş raporu ile tespitinin yanlışlığı, rapora karşı itiraz süresinin kısalığı ve üst yargı yolunun

kapalı olması olarak sayılabilir. Gerçekten de alt işveren ilişkisinin hukuka aykırı bulunması halinde öngörülen yaptırım başta ferdi iş ilişkisi, toplu iş ilişkisi ve sosyal sigortalar gibi daha birçok konuyu ilgilendirmektedir. Bu nedenle alt işverenle ilgili uyumsuzlukların, konuyla ilgili içtihatların yerleşmiş olduğu üst yargı mercii olan Yargıtay'a taşınmamasının büyük bir boşluk doğuracağı öne sürülmüştür⁵.

Doktrindeki bu eleştirilerden dolayı kanun koyucu kısmen de olsa söz konusu kanun fıkrasında değişikliğe giderek getirilen eleştirileri karşılamaya çalışmıştır. Buna göre, 4857 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “altı iş günü” ibaresi “otuz iş günü” şeklinde, aynı fıkranın 5. cümlesi ise “İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir... Raporu otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.” şeklinde değiştirilmiştir.

Kanuni değişiklik sonucu, muvazaayı tespit eden müfettiş raporuna itiraz süresi 6 iş gününden 30 iş gününe çıkarılmıştır. İlk derece mahkemesinin kararlarına karşı temyiz yolu açık tutularak alt işveren ilişkisinde muvazaanın olup olmadığı ya da alt işveren ilişkisinin hukuka uygun olup olmadığı sorununun Yargıtay incelemesinden geçirilme imkânı yaratılmıştır. Bununla birlikte doktrinin müfettiş raporu ile muvazaanın tespitine yönelik eleştirisi kanun değişikliğinde karşılık bulmamıştır.

Kanaatimizce itiraz süresinin 6 iş gününden 30 iş gününe çıkarılmış olması sonucu itibariyle tarafları birçok yönden etkileyecek olan müfettiş raporuna itirazın kaçırılması ihtimaline karşı yerinde bir düzenleme olmuştur. Ayrıca itirazın üst derece mahkemesine temyiz yolu ile taşınması da son derece önemlidir. Çünkü ülkemizde özellikle 4857 sayılı Kanun öncesinde alt işveren ilişkilerine yönelik birçok sorun Yargıtay içtihatları ile çözüme kavuşturulmuştur. Öte yandan iş mahkemelerinin veya iş mahkemesinin olmadığı yerde genel yetkili mahkeme olan asliye hukuk mahkemelerinde iş mahkemesi sıfatıyla verebileceği yanlış mahkeme kararlarının da önüne

⁵ AYDINLI, s.327.; Doktrinde AKYİĞİT, yasanın vermediği yetkinin yönetmelikle verilmesi ve müfettiş raporlarına itiraz edilmemesi halinde ya da sadece ilk mahkemece doğru bulunması halinde yanlış sonuçların doğacağını haklı olarak savunmaktadır. (AKYİĞİT, s.108-110.); İdari makamlara muvazaa tespitinin bırakılmasının isabetli olmayacağı yönünde bkz.; SÜZEK, s.165.; BAŞBUĞ, s.92.; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s.48.

geçilmiş olur. Böylece temyiz yoluyla mahkeme kararlarının bozma ya da onama şeklinde denetlenmesi de sağlanmış olmaktadır.

6552 sayılı Kanunla 4857 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasına sonuna bir cümle eklenmiştir. Buna göre, “*Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur.*” Bu düzenleme, asıl işveren olarak alt işverenlere iş gördüren kamu kurumlarının muvazaa tespiti içeren müfettiş raporlarına karşı iş mahkemesine itiraz etmesini ve aleyhe karar çıkması halinde Yargıtay’a temyiz başvurusunda bulunmasını zorunlu kılmaktadır.

Kamu kurumu yöneticilerine kanuni yükümlülük getiren böyle bir düzenlemenin özel hukuk ilişkisinin hükme bağlandığı İş Kanunu içinde yer alması kanaatimizce uygun değildir. Bu düzenleme bize 1/7/2006 tarihli 5538 sayılı Kanunun 18. maddesiyle **İş Kanununun 2. maddesine eklenmemesi gereken** 8. ve 9. fıkralarını hatırlatmaktadır⁶. Bu düzenlemelerin yeri herhalde İş Kanunu olmasa gerekir. Çünkü ileri kısımlarda incelendiği gibi söz konusu zorunluluğa uymayan kamu görevlisi için **6552 sayılı Kanununun 11. maddesi ile** 4734 sayılı Kanuna eklenen 8. maddenin 2. fıkrasında kamu görevlisinin aylığı baz alınarak iki katı aylık cezasının getirilmiştir⁷.

Son olarak, 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, müfettiş raporlarına karşı itiraz sürecinde yargılama için ilk derece mahkemesinde en çok 4 ay, Yargıtay’da ise en çok 6 ay şeklinde karar verme süresinin belirtilmesi usul hukuku açısından zorunlu süreler olmayıp, işin aciliyetini belirtme anlamında bir hatırlatmadan ibaret olduğunu söyleyebiliriz.

III- Asıl İşverenlerin Alt İşveren İşçilerinin Ödenmeyen Ücretleri İçin Hakedişlerden Kesme Yetkilerinin Genişletilmesine İlişkin Değişiklik

4857 sayılı İş Kanununun 36. maddesinde kanun koyucu, “*Kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hakedişlerinden ücreti kesme yükümlülüğü*” başlığıyla *ilk iki fıkrada* sadece kamu işverenlerine, belli işleri gördürdükleri alt işverenlerin hakedişlerinden alt işveren işçilerinin ödenmeyen ücretlerinin belli bir kısmını kesme yetkisi tanımıştır. Buna göre, “**Genel ve katma bütçeli**

⁶ Aynı görüşte; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s.202.

⁷ “4857 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen itiraz veya diğer kanun yollarına başvurmayan kişilere ise her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır.” (4734 ek m. 8/ 2)

dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşaatı gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler.

Bunun için hakediş ödeneceği ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilân tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilân asılmak suretiyle duyurulur. Ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının **üç aylık tutarından fazlası** hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez.” şeklinde düzenleme yapmıştır.

Aynı maddenin 5. fıkrasında ise “Bu maddede kamu tüzel kişilerine ve bazı teşekküllere verilen yetkileri 2 nci maddenin altıncı fıkrası gereğince sorumluluk taşıyan bütün işverenler de kullanmaya yetkilidir.” hükmü ile özel sektör işverenlerinin de asıl işveren olmaları halinde 36. maddenin 1. ve 2. fıkrasında belirtilen sınırlı şartlar(belli işlerde ve en fazla 3 aylık ücret olmak üzere) altında hakedişten kesme yetkisi tanınmıştı.

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle İş Kanunu’nun 36. maddesinin sadece son fıkrası değiştirilmiştir. 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 36. maddenin 1. ve 2. fıkrasında kamu tüzel kişilerinince alt işverenlere gördürülen iş ve hak edişten kesilen ücret miktarı bakımından tanınan sınırlı yetki yerine özel ya da kamu ayırımı yapmaksızın tüm asıl işverenler için daha geniş bir yetkinin tanındığını görmekteyiz. Buna göre, “İşverenler, alt işverene iş vermeleri hâlinde, bunların işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin başvurusu üzerine veya aylık olarak resen kontrol etmekle ve varsa ödenmeyen ücretleri hak edişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür.”

Yapılan yeni düzenleme ile hem kamu sektörü hem de özel sektör işverenlerine, alt işveren işçilerinin ücret alacağını işçilerce başvuru üzerine ya da resen aylık bordroları kontrol etme yetkisi tanınarak, gerektiğinde kesinti yapma yükümlülüğü ve/veya yetkisi getirilmektedir. Böylece, eski düzenlemede kamu sektörü ve özel sektör arasındaki mevcut ayırım kaldırılmıştır.

Bu değişiklikle asıl işverenlere aylık kontrol ve resen ödeme yapma imkânı getirilerek alt işveren işçilerinin ücretlerin tam ve düzenli ödenmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca asıl işverence verilen asıl ya da yardımcı işin konusu bakımından önceki düzenlemede yer alan sınırlamalar kaldırılmıştır. Değişiklikle sağlanan bir başka önemli farklılık, eski düzenlemede olduğu gibi hakediş dönemi içindeki 3 aylık ücret değil, ödenmeyen ücretlerin tamamı kapsama alınmıştır. Böylece asıl işverene alt işveren işçisinin ücret alacağını kontrol etme ve ödenmeyen ne kadar ücret var ise hakedişten kesinti yapma yükümlülüğü ve yetkisi getirilmiştir.

Sonuç itibarıyla yapılan değişiklik alt işveren işçilerinin ücretlerini koruduğu gibi, alt işveren tarafından ödenmeyen işçi ücretlerine ilişkin asıl işverenin kanundan doğan müteselsil sorumluluğundan dolayı açılan alacak davalarının ortaya çıkardığı maliyetleri de önlemektedir.

IV-6552 Sayılı Kanunla Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma ve Uygulanmasına İlişkin Alt İşveren İşçilerine Getirilen İstisnai Düzenleme

İş Kanunu'nda yıllık izne hak kazanmak için işçinin en az 1 yıl aynı işveren yanında olmak şartıyla aynı işyerinde ya da aynı işverenin farklı işyerlerinde çalışmış olması gerekir⁸. Aksi bir ifadeyle bir işçinin farklı işverenler yanındaki çalışma sürelerinin toplanması kanuni düzenlemeye aykırıdır. Nitekim bu husus İşK m.54/1'de, "*Yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır.*" şeklinde ifade edilmiştir.

6552 sayılı Kanununun 6. maddesiyle 4857 sayılı Kanununun 56. maddesine "*Alt işveren işçilerinden, alt işvereni değiştirdiği hâlde aynı işyerinde çalışmaya devam edenlerin yıllık ücretli izin süresi, aynı işyerinde çalıştıkları süreler dikkate alınarak hesaplanır...*" hükmü eklenmiştir. Bu düzenlemenin ifadesinde lafzi yorum yaparak, farklı alt işverenler yanındaki çalışmaların toplanması sadece İşK m.53/4'teki yıllık izin süresinin hesaplanması için getirildiği şeklinde bir sonuca varmak kanun koyucunun amacına aykırı olacaktır. Çünkü kanun gerekçesinde bu düzenlemenin öncelikle alt işveren yanında çalışan işçilerin 1 yıllık süreyi tamamlayamamaları nedeniyle ortaya

⁸ AKTAY/ ARICI/ SENYEN KAPLAN, s. 267-268.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 1151-1152.

çıkan mahrumiyetlerini gidermek için çıkarıldığı açıkça belirtilmiştir. Bundan dolayı getirilen yeni düzenleme ile farklı alt işverenler yanındaki çalışmaların kanunda aranan şartlar dâhilinde toplanarak hesaplanmasının hem yıllık izin hakkının doğumu hem de izin süresinin hesaplanmasında geçerli olması gerekir. Hemen belirtelim ki getirilen bu düzenleme sadece alt işveren değiştiği halde aynı işyerinde çalışmaya devam eden alt işveren işçileri için geçerli olmaktadır.

Bir örnekle açıklayacak olursak; A alt işveren firması, 11 ay süreyle temizlik işini asıl işverenden almış olsun. Söz konusu ihale süresi bittikten sonra A alt işvereni yeni ihaleyi alamamış ve yeni ihaleyi alan B alt işveren firması, A alt işverenin işçileri ile çalışmaya devam etmiş olsun. Böyle bir durumda 1 ay sonra alt işveren işçileri eski işverenleri yanındaki çalışma süreleri 11 ay olduğu için yıllık izin hakkının doğumu için gereken 1 yıllık süreyi doldurmaktadırlar. Böyle bir durumda yeni alt işveren söz konusu işçilere takip eden yıl içinde yıllık izinleri kullandırmak zorundadır. Yine önceki alt işveren yanında 5 yıl çalışmış olan alt işveren işçisinin 6. yılını aynı asıl işverenin işyerinde fakat farklı bir alt işveren ile çalışmış olsun. Böyle bir durumda kanaatimizce işverenler değişse bile, aynı işyerinde çalışma şartı gerçekleştiği için, yeni alt işveren bu işçiye İşK m.53/4 gereği 20 gün izin vermek zorundadır. Başka bir deyişle söz konusu işçilerin aynı işyerinde kaç yıldan beri çalışıyor olmalarına göre yıllık izin süreleri belirlenmelidir.

Böylece sonuç olarak; alt işveren yanında çalışan işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanması açısından alt işverenler değişse bile aynı asıl işveren işyerinde çalışma süresi dikkate alınmakta olup, aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde alt işveren değişse dahi bu hakları korunmaktadır. Böylece, alt işverenin ayrıldığı fakat işçilerin aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği durumlarda işçilerin yıllık izin açısından hak kazanma ve izin süresi kayıpları önlenmektedir.

V- 6552 Sayılı Kanunla Getirilen Kamu İşyerlerinde Alt İşveren İşçilerinin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesine İlişkin Yeni Düzenleme

1- Genel olarak

6552 sayılı Kanununun 8. maddesi ile İş Kanunu'nun 112. maddesine 5 ayrı fıkra eklenerek, kamu idarelerinde değişik çalışma şekilleri içinde olan alt işveren işçilerine ait kıdem tazminatlarının ne şekilde ve kimin tarafından ödeneceğine dair lokal çözümler getirilmektedir. Düzenlemenin sadece kamu işyerlerinde gerçekleşen alt işveren ilişkileri ve kıdem tazminatı ile

sınırlandırılması dikkat çekmektedir. Ancak alt işveren işçilerinin çalışma şekillerine göre kıdem tazminatlarının nasıl hesap edileceği ve kimin tarafından ödeneceğini incelemeden önce tüm fıkralar için geçerli olan aşağıdaki soruyu cevaplandırmak gerekmektedir.

2- Kamu Kurumlarınca Kıdem Tazminatı Ödenmesi Gereken Alt İşveren İlişkilerinin Kapsamı

Hangi alt işveren işçilerinin bu kapsamda olduğu sorusuna, 1. fıkranın ilk cümlesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçiler olarak cevap vermektedir. O halde getirilen bu düzenlemeden alt işveren işçilerinin yararlanabilmesi için alt işveren ilişkisinin söz konusu düzenleme kapsamında olması gerekmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi, *“İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Ancak danışmanlık hizmet alım ihalelerinde, istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.”* şeklinde iken, 6552 sayılı Kanun ile ciddi bir değişikliğe uğramıştır.

6522 sayılı Kanunun 10 maddesiyle 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi; *“İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır. 2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin*

bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir. 3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.” şeklinde değiştirilmiştir.

Böylece daha önceki kanunda asıl işin bir bölümü ya da yardımcı işlerin verilmesinde aranan istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı, yeni düzenlemede sadece yardımcı işlerde aranmaktadır. Aynı bentte hangi işlerin yardımcı iş kapsamında olduğunu belirlemede; *“Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkili”* olduğu hüküm altına alınmıştır.

Ancak kanun koyucunun getirdiği, *“3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri⁹ saklıdır.”* hükmünden başta Belediye Kanunu olmak üzere, diğer kamu idarelerine ait kanunlarda hangi tür hizmetlerin ya da işlerin üçüncü şahıslara gördürüleceği belirlenmiş ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde getirilen ölçütlerin aranmayacağı anlamı çıkmaktadır. Örneğin belediyenin yardımcı işlerinin alt işverene verilmesinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmayacaktır¹⁰.

Kamu işyerlerinde asıl işin bir bölümünün verilmesinde ise kanunun deyimiyle *“İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren”* işlerden olması aranmaktadır. (4734 sayılı Kamu İhale Kan. 62/I,e-2)

⁹ Tespit edildiği kadarıyla hangi kamu idarelerinin mevzuatlarında hizmet alım yetkisi olduğuna ilişkin bilgi için bkz.; AYDINLI, s.429-441.

¹⁰ 24/12/2004 tarihinde yürürlüğe konulan mülga 5272 sayılı Belediyeler Kanunu döneminde Yargıtay’ın belediyelerin alt işverenlere gördürdükleri işler bakımından muvazaa kararları olumlu iken, 2005 tarihli ve halen yürürlükte olan 5393 sayılı Belediyeler Kanununun 67. maddesinde değişiklik nedeniyle Yargıtay’ın muvazaa tespitine olumsuz bakan kararları için bkz.; AYDINLI, s.199-200, dn. 135-137.

Son olarak e bendinin 3. bendi önceki haliyle aynen muhafaza edilerek 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi kamu idarelerinin “*Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanaatimizce özellikle belediyeler, diğer kamu idareleri ve danışmanlık hizmetleri için getirilen söz konusu istisna hükümlerinin Yargıtay ve doktrin tarafından nasıl değerlendirileceği konusunda bazı tereddütlerin oluşabileceğini şimdiden belirtmek gerekir. Çünkü 4857 sayılı Kanunun 2. maddesine kamu kurumları için eklenen 8. ve 9. fıkralar doktrin ve Yargıtay tarafından olumsuz karşılanmış olup, ölü kanuni düzenlemeler olarak halen durmaktadır.

3- Kamu İdarelerinde Farklı Alt İşveren İlişkileri

İlk fıkradaki düzenlemede, *4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatları, iki farklı çalışma şekline göre belirlenerek düzenlenmiştir.*

A- Farklı ya da Aynı Alt İşverenlerin İşçisi Olsalar da Aynı Kamu İdaresinde Sürekli Olarak Çalışan Alt İşveren İşçilerinin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi

Kanun koyucu, alt işverenlerin değişip değişmediğine bakılmaksızın aynı kamu idaresinde sürekli çalışan alt işveren işçilerinin iş sözleşmelerinin kıdem tazminatı ödenecek şekilde sona ermesi halinde, kamu kurumunda geçirdiği tüm sürenin hesaplanarak kıdem tazminatının ilgili kamu kurumunca ödeneceğini hükme bağlamıştır. Buna göre, “*Alt işverenlerin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur. Bunlardan son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.*”

B- Aynı Alt İşverenle Aynı İş Sözleşmesi ile Farklı Kamu İdarelerinde Çalışan Alt İşveren İşçilerinin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi

Kanun koyucu, aynı alt işveren emri altında fakat farklı kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde çalışmış olup, iş sözleşmesi kıdem

tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olan işçilerin kıdem tazminatının, söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarında geçen tüm hizmet sürelerinin toplanarak son kamu idaresince ödeneceğini hüküm altına almıştır. Buna göre, “*Aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.*”

C- Kamu İdaresinden İş Alan Alt İşverenin İşçisi Statüsü Devam Etmek Şartıyla 4734 Sayılı Kanun Kapsamında Bulunan İdarelere Ait İşyerleri Dışında Çalışan İşçilerin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi

6552 sayılı Kanunla İş Kanununun 112. maddesine **eklenen 2. fıkra düzenlemesinde**, “*Alt işveren ile yapmış olduğu iş sözleşmesi sona ermediği gibi, alt işveren tarafından 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelere ait işyerleri dışında bir işyerinde çalıştırmaya devam olunan ve bu şekilde çalıştırıldığı sırada iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona eren işçinin kıdem tazminatı, işçinin yazılı talebi halinde, kıdem tazminatının söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen süreye ilişkin kısmı, kamu kurum veya kuruluşlarına ait çalıştığı son işyerindeki ücretinin yılları itibarıyla asgari ücret artış oranları dikkate alınarak güncellenmiş miktarı üzerinden hesaplanmak suretiyle son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.*” **şeklinde düzenleme getirerek başka bir duruma çözüm üretilmektedir.**

Burada alt işveren işçisinin 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelere ait işyerinde çalıştırdıktan sonra alt işveren tarafından, iş sözleşmesi devam ederken, bu işyerleri dışında başka bir işyerinde çalıştırmaya başlanması ve bu şekilde çalıştırıldığı sırada iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona erdiği durumlar düzenlenmektedir. Böyle bir durumda alt işveren işçisinin yazılı talebi halinde, kıdem tazminatının söz konusu kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen süreye ilişkin kısmı kamu kurum veya kuruluşuna ait çalıştığı son işyerindeki ücretinin yılları itibarıyla asgari ücret oranları dikkate alınarak güncellenmiş

miktarı üzerinden hesaplanmak suretiyle son çalıştığı kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödeneceği düzenlenmiştir. Ayrıca “*Bu şekilde hesaplanarak ödenen kıdem tazminatı tutarının, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden aynı süreler dikkate alınarak hesaplanacak kıdem tazminatı tutarından düşük olması halinde, işçinin aradaki farkı alt işveren talep hakkı saklıdır.*” denilerek işçinin hak kayıplarının da önüne geçilmiştir.

4- Kıdem Tazminatını Ödeyen Kamu İdarelerinin Durumu

Kanun koyucu bu sorunu 3. ve 4. fıkralarda düzenlemiştir. Buna göre, “*İkinci fıkranın (b) bendi veya üçüncü fıkra uyarınca farklı kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi hâlinde, kıdem tazminatı ödemesini gerçekleştiren son kamu kurum veya kuruluşu, ödenen kıdem tazminatı tutarının diğer kamu kurum veya kuruluşlarında geçen hizmet süresine ilişkin kısmını ilgili kamu kurum veya kuruluşundan tahsil eder. Ancak, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında bu fıkra hükümlerine göre bir tahsil işlemi yapılamaz.*”

“*Kıdem tazminatı tutarı, 4734 sayılı Kanununun ek 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde kıdem tazminatı ile ilgili açılacak bütçe tertibinden, (b) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde ise hizmet alımı gider kaleminden, ödeneğin yetip yetmediğine bakılmaksızın ödenir.*”

5- Genel Değerlendirme

6552 sayılı kanunun 8. maddesine ilişkin bazı genel değerlendirmeler yapılacak olursa; öncelikle çalışma hayatındaki temel sorunların başında alt işveren işçilerinin kıdem tazminatına hak kazanamaması veya hak kazandıkları kıdem tazminatı işverenlerinden alamaması gelmektedir. Bu durumun birçok nedeni bulunmaktadır.

İlk olarak, alt işverenlerin her yıl değişmesi 1475 sayılı İş Kanunu m.14’te düzenlenen kıdem tazminatından aranan temel şart açısından alt işveren işçilerinin bir yıllık çalışma şartını sağlamalarını zorlaştırmaktadır. Aynı şekilde işçiler kıdem şartını yerine getirirse dahi, kıdem tazminatları alt işverenler tarafından genellikle ödenmemekte, herhangi bir uyuşmazlık durumunda alt işverene ulaşılamamakta, birlikte sorumluluk esas alınarak ödemenin tümü asıl işverene bırakılmaktadır. Hatta son dönemde işçilerin alt işverene hiç başvurmadan doğrudan asıl işverene dava açma yoluna başvurduğu da görülmektedir.

İş alan alt işverenlerin ihale konusu işin maliyetini hesaplarken kıdem tazminatını bu hesaplamaya dâhil edemediği, “sözleşme gideri veya genel giderler” için ayrılan tutarın ise ihale bedelinin yüzde üçü-beşi ile sınırlandığı, dolayısıyla kıdem tazminatını ödemek isteyen alt işverenlerin dahi bu ödemeyi yapamadığı bilinmektedir. İşçilerin dava yoluna başvurmaları halinde ise işçilerin kıdem tazminatlarının faizi ile birlikte asıl işveren tarafından ödenmesine karar verildiği görülmektedir. Bu durum asıl işverenler için ciddi mali külfet doğurmaktadır.

Tüm bu sorunlar özel ve kamu sektöründe aşağı yukarı ortak olmasına rağmen, 6552 sayılı Kanun kıdem tazminatı konusunda özel sektörde çalışan alt işveren işçileri için hiçbir değişiklik getirmemiştir. Sadece kamu sektöründe çalışan alt işveren işçileri söz konusu değişiklikten yararlanabilecektir.

Sonuç itibarıyla söz konusu madde hükümleri ile sadece kamu kuruluşlarında çalışan alt işveren işçilerinin kıdem tazminatı sorunu çözümü yoluna gidilmiştir. Özel sektör işverenlerinin işyerlerinde çalışan alt işveren işçilerinin kıdem tazminatı sorunu ise mevcut haliyle devam etmektedir.

VI- Kamu İdarelerinde Hizmet Satın Alma Süresinin En Az 3 Yıl Olmasına İlişkin Değişiklik

İş Kanunu’nda kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hakkı gibi iki temel işçi hakkının en az 1 yıllık süreye bağlanmış olması, özellikle kamu sektöründe çalışan alt işveren işçileri bakımından birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Sorunun temelinde, kamudan alınan işlerin ihale süresinin bir yıl ya da daha az olup, her yıl yenilenmesi yatmaktadır. Bu durum karşısında işçiler 1 yıl dolmadan başka bir işveren yanında çalışmaya başladıklarından söz konusu iki temel işçi hakkında mahrum kalmaktadır.

Kanun koyucu söz konusu mahrumiyeti önlemek için 6522 sayılı Kanunun 14. maddesiyle 5018 sayılı Kanunun 28. maddesine “*Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olan işlerden sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımlarında, yüklenme süresi üç yıl olup, işin niteliğinden veya süresinden kaynaklanan zorunlu hâllerde bu süre gerekçesi gösterilmek şartıyla üst yöneticinin onayıyla kısaltılabilir.*” fıkrası ekleyerek ihale sözleşmelerinin süresini kural olarak en az 3 yıla çıkarmıştır.

Daha önce incelediğimiz değişikliklerde kamuda alt işveren işçilerinin kıdem tazminatı ile kamu ya da özel sektörde yıllık izne hak kazanma

bakımından temel süre sorununu çözmüş bulunmaktadır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi kıdem tazminatının sadece kamu kurumu olan asıl işverence ödenmesinin özel sektör işverenleri için geçerli olmaması nedeniyle bu alandaki alt işveren işçilerinin kıdem tazminatı ve kullandırılmayan yıllık izin ücretlerinin ödenmemesi sorunu aynen devam etmektedir.

Kanaatimizce İşK m.3'e alt işveren ilişkilerinin özel ya da kamu sektöründe olmak üzere 2 ya da 3 yıllık yapılmak zorundadır gibi bir hüküm getirilseydi, tüm alt işveren ilişkileri için süre bakımından temel sorun kanuni olarak çözülmüş olurdu. Bu hakların ödenmesi açısından da kamu kurumlarında olduğu gibi özel sektördeki alt işveren ilişkileri içinde benzer değişik düzenlemelerin getirilmesi gereklidir.

VII. Kamu İdarelerinde Muvazaalı Alt İşveren İlişisine Neden Olan İşlem ve Davranışların Yasaklanması ve Buna İlişkin Hukuki ve Cezai Yaptırımlar

6552 sayılı kanunun 11. maddesi ile 4734 sayılı Kanuna “*Uygun görüş alınması ve görevlilerin sorumlulukları*” başlığı altında ek 8. madde getirilmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında, Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin e bendi kapsamında kamu idarelerine, hizmet alım yoluna gitmeden önce, Maliye Bakanlığı ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığından görüş alma zorunluluğu getirilmekte ve görüş alınmadan ihaleye çıkılmayacağı kuralı kurumun yetkili amirlerine bir kamu görevi olarak yüklenmektedir.

İncelememizi asıl ilgilendiren düzenleme ise ek 8. maddenin 2. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre; “*62 nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri çerçevesinde çalıştırılan personel, ihale ve sözleşme konusu iş dışında başka bir işte çalıştırılmaz ve görevlendirilemez. Bu kapsamda, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesine çıkılmaması gerektiği hâlde ihaleye çıkılması, uygun görüş alınması gereken hâllerde alınmadan ihaleye çıkılması, ihale kapsamında çalıştırılan personelin sözleşme konusu işler dışında çalıştırılması, 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası hükmüne aykırılık teşkil edecek şekilde işlem ve eylemler yapılması nedeniyle idare aleyhine zarar ortaya çıkması hâlinde, oluşan bu zararlar; bu zarara neden olduğu tespit edilenlere rücu edilmek suretiyle tahsil edilir. Ayrıca, bu kişiler hakkında uygulanacak ceza ve disiplin hükümleri saklı kalmak üzere, bu kişilere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır. 4857 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen itiraz veya*

diğer kanun yollarına başvurmeyan kişilere ise her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır.”

Düzenleme incelendiğinde “*ihale kapsamında çalıştırılan personelin sözleşme konusu işler dışında çalıştırılması, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası hükmüne aykırılık teşkil edecek şekilde işlem ve eylemler...*” muvazaalı alt işveren ilişkisine neden olan ölçütlerdir¹¹. Uygulamaya bakıldığında kamu idarelerinde muvazaalı alt işveren ilişkilerinde en çok rastlanan davranış; temizlik elemanı ya da veri hazırlama ve kontrol işi için alınan işçilerin kendi alındıkları işler yerine kurumların asli işinde çalıştırılmasıdır.

Kanun koyucunun muvazaalı işlem yapan ve bu nedenle idareyi zarara sokan kamu görevlileri hakkında ortaya çıkan zararın rücu edilerek ödenmesi şeklinde bir hizmet kusurunu yaptırma bağladığı görülmektedir. Kanuni düzenlemede kamu zararı suçuna ilişkin Ceza Kanunu hükümleri¹² ile disiplin hukuku hükümlerinin¹³ uygulanması dışında doğrudan bu kişilere “*...her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin beş katı tutarında idari para*” cezasının uygulanması gerektiği hükme bağlamıştır.

Ayrıca önceki kısımlarda incelediğimiz muvazaalı alt işveren ilişkisini tespit eden müfettiş raporuna karşı itiraz sürecine ilişkin olarak yetkili kamu görevlisine süresinde ilk derece mahkemesine ve üst yargı yoluna gitme mecburiyeti getiren kuralının ihlaline ek 8. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde; “*4857 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen itiraz veya diğer kanun yollarına başvurmeyan kişilere ise her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır.*” şeklinde yaptırım getirilmiştir.

Son olarak 3. fıkra, “*Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenir.*” hükmü getirilerek konunun detaylarına ilişkin düzenlemeler yönetmeliğe bırakılmıştır.

¹¹ Muvazaa ölçütlerine ilişkin geniş bilgi için bkz.; AYDINLI, s.288 vd.

¹² TCK m.257’de düzenlenen “görevi kötüye kullanma” suçu gibi.

¹³ Kamu görevlilerinin disiplin davranışları ve cezaları genel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinde düzenlenmiştir.

VIII. Kamuda Alt İşveren İşçilerinin Sendikal Örgütlenmesini ve TİS Hakkından Yararlanmasını Sağlamak Amaçlı Getirilen Kanun Değişikliği

1- Genel Olarak Soruna Yaklaşım

Ülkemiz çalışma hayatında, alt işveren işçilerinin bir sendikaya üye olmasının yasak ve TİS hükümlerinden yararlanmalarının imkânsızlığı gibi yanlış ve bir o kadar da maalesef yaygın bir kanaatin olduğu bilinmektedir. Hâlbuki bu konuda yasal düzenlemeler incelendiğinde, böyle bir yasağın olmadığı ve yeterli üye sayısının mevcut olması halinde alt işveren işçilerinin bulunduğu işyerinde TİS'in yapılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir.

Hukuki gerçeklik böyle olmasına rağmen, yukarıdaki söz konusu yanlış kanaatin yaygın olmasının bir takım temel nedenlerinin olduğunun belirtilmesi gerekir. Bu nedenlerin kaynağını, ülkemizde alt işveren ilişkilerinin kurulma şekilleri oluşturmaktadır. Bu şekil özelliklerinden ilki, alt işveren ilişkisinin genelde 1 yıl ve daha az süreli kuruluyor olmasıdır¹⁴. İkinci özellik, alt işveren işçilerinin değişik işyerlerinde farklı zamanlardaki çalışmalarıdır. Bu değişken yapı sabit işyerine göre sendikal örgütlenmeyi ciddi anlamda engellemektedir. Bir başka olumsuz özellik ise alt işveren işçilerinin, işverenlerinin ayrı ve işyerlerinin de hukuken farklı olması nedeniyle, çalıştıkları asıl işveren işyerlerinin girdikleri işkoluna dâhil edilmemeleridir.

Tüm bu yapısal ve hukuki özellikler dolayısıyla ülkemizde alt işveren işyerlerinde, sendikal örgütlenmenin minimum düzeyde olmasına bağlı olarak, TİS'ten yararlanma da neredeyse yok denecek kadar azdır. Bununla birlikte İşK m.2/7'ye göre muvazaa hükümleri ile alt işveren işçisinin asıl işveren işçisi sayılma sonucunda, asıl işverenin imzaladığı TİS kapsamına girebilmesi hukuken imkân dâhilindedir. Ancak bu sonuç açılacak olan bir dava sonucunda verilen yargı kararı ile gerçekleşmektedir.

2- Getirilen Kanuni Çözüm

Yukarıda ortaya koyduğumuz yapısal sorunları kaldırmak amacıyla, kanun koyucu aşağıda ele alınan kanuni düzenlemede kamu sektörü ile sınırlı olmak üzere alt işveren işçilerinin ilgili sendikalara üye olmalarının önünü açmaya ve bu işçileri TİS hükümlerinden yararlandırmaya çalışmıştır.

¹⁴ 6552 sayılı Kanunla bunun önüne geçilerek kamu sektöründe istisnai durumlar hariç bu süre 3 yıla çıkarılmıştır. (6552 sayılı Kanun m.14 ile 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m.28)

Kanun koyucu 6552 sayılı kanununun 13. maddesi ile 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8 inci maddesine, “4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmeleri; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır.” şeklinde bir ek fıkra getirmiştir.

Getirilen yeni düzenlemenin ilk cümlesi incelenecek olursa; öncelikle kanun koyucu bu cümle ile değişikliğin uygulama alanını 4734 sayılı Kanunun 62. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerle sınırlandırmıştır. Böylece özel sektörde gerçekleşen veya kamu sektöründe olup da ilgili bent kapsamına girmeyen kamu idarelerindeki alt işveren ilişkileri, düzenleme dışında bırakılmıştır. İkinci önemli husus, düzenlemenin, kanun metninden tam olarak anlaşılmasa da, kamu idarelerindeki asıl işin bir bölümü ya da yardımcı iş ayrımı yapılmaksızın tüm alt işveren ilişkilerinde geçerli olmasıdır. Bir başka önemli husus, TİS kapsamında olan ya da TİS’ten yararlanan işçilerin, münhasıran ilgili kamu idaresinde çalışan alt işveren işçileri olduğudur. Dolayısıyla alt işveren adına yapılan TİS’ten, alt işverenin TİS kapsamında olan kamu idaresi dışındaki kamu idareleri veya özel sektörde çalışan işçilerinin, taraf sendikaya üye olsalar dahi, yararlanamayacaklarıdır.

Düzenlemenin ilk cümlesinin son kısmı ise toplu iş ilişkileri bakımından orijinallik taşımaktadır. Bilindiği gibi 6356 sayılı Kanun gereğince, toplu iş hukukunda TİS’in taraflarını işçi sendikası ile işveren sendikası ya da işverenin sendika üyeliği yoksa kendisi oluşturur. Herhangi bir işçinin veya işverenin üye olmadığı bir sendikanın TİS görüşmesine katılması mümkün değildir. Ancak söz konusu hükümde, “...alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır.” şeklinde bir düzenleme getirilerek, TİS’in taraf oluşumuna ilişkin genel-geçer kuralın dışına çıkmıştır. Başka bir anlatımla, kanunda belirtilen kamu idarelerinde iş alan alt işveren işçileri arasında örgütlenen işçi sendikası, imzalanacak olan TİS’in işçi tarafını oluştururken, TİS’in işveren

tarafı olarak TİS'in kapsamında olan işçilerin işvereni olan alt işverenin kendisi tek başına taraf olarak yer alamamaktadır.

Getirilen düzenlemenin toplu iş hukukunun genel yapısına uygun düşüp düşmediği tartışmasını bir kenara bırakacak olursak, yapılan düzenleme kendi içinde hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Buna göre, bu alanda yapılacak toplu iş sözleşmelerinde, işçi sendikasının yetki alması yeterli değildir. Çünkü TİS'in işveren tarafının oluşumu için alt işverenin bu konuda merkezi idarelerde örgütlü işveren sendikalarından (şu anda Kamu-İş ya da TÜHİS) birisine TİS'in yapılması için yetki vermesi gerekmektedir. Aksi bir söyleyişle yetkili işçi sendikası toplu iş görüşmelerine ilişkin işlemleri hiçbir zaman alt işverenin kendisine karşı yapamayacağı gibi şayet yetki vermemişse kamu işveren sendikalarına karşı da yürütemez.

Şayet alt işveren kamu işveren sendikalarından birine işveren olarak kendi adına ve hesabına TİS görüşmelerinin ve TİS'in imzalanması için yetki vermemiş ise bu kanun anlamında kamu işverenlerince TİS imzalanması ya da alt işverenin TİS görüşmelerini yapması ve imzalamasının hukuki sonucu işveren tarafının ehliyetsizliği olarak neticelenecektir. Bu sonuç ise TİS'in butlanını ya da geçersizliğini doğurur düşüncesindeyiz.

Kanun koyucunun bu konuda ekonomik sonuçlu bir yaptırım getirdiğine görmekteyiz. Buna göre, “...*Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez.*”

Bu hüküm gereğince, TİS kanunda belirtildiği gibi kamu işveren sendikasıyla yapılır ve TİS'te hükme bağlanan ücret ve sosyal haklardan dolayı alt işverene ödenecek ihale bedeli artarsa, bu artışın fiyat farkı olarak alt işverene ödenecektir. Bu durum bir bakıma TİS'in için kanunda öngörülen şekli zorunlu kılmaktadır. Bu şekilde uyulmadığı yani TİS kamu işverenince yapılmayıp, alt işverenin kendisi ya da kanunda belirtilen kamu işveren sendikası dışında üye olduğu bir işveren sendikası tarafından yapıldığı takdirde, söz konusu TİS'ten doğan ücret ve sosyal haklardan doğan artış alt işverene ihale mevzuatı gereği fiyat artışı olarak ödenmeyecektir. Hatta fıkranın devamında, “...*4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası*

esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez.” hükmüyle asıl işveren hakkında alt işverenin taraf olduğu TİS'ten kaynaklanan işçilik haklarından kaynaklanan talepler için İş Kanunu'nda düzenlenen müteselsil sorumluluğun geçerli olmayacağı belirlenmiştir.

3- Değerlendirme

Sonuç itibarıyla yukarıdaki düzenlemeler, toplu iş hukukunun öngördüğü TİS sistemine yeni bir TİS türü daha getirmekte olup, işveren tarafını tek bir şekilde belirlemekte ve buna aykırı yapılan TİS'lerin doğurduğu hüküm ve sonuçların ifasını ise zorlaştırmaktadır.

Her ne kadar kanun koyucu, bu düzenleme ile kamuda alt işveren işçilerinin örgütlenmesi ve TİS kapsamına alınması açısından belli durumlara ilişkin hak mağduriyetlerine çözüm getirmiş olsa da, toplu sözleşmede, sözleşme hukukuna nazaran zaten sınırlı olan taraf özgürlüğü iyiden iyiye daraltılmaktadır. Ayrıca kanuna uygun olarak yapılmayan TİS hükümlerinden asıl işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırması, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen müteselsil sorumluluk ile çatışmaktadır. Böyle bir çatışma halinde sorunun çözümünün ortaya çıkacak uyuşmazlıkların seyrine göre farklılık göstereceğini düşünüyoruz.

Son olarak kanun koyucu söz konusu TİS'in uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirleneceğini düzenleyerek bir alt düzenlemenin çıkarılacağına işaret etmektedir.

IX- Sonuç

2000 yılı sonrası kamudaki istihdam şeklinde değişiklik getiren politik düşünce ve siyasal yapı, kamuda daimi işçi çalıştırma yerine, alt işveren ilişkisini kullanarak hizmet satın alma yolu ile işçi çalıştırmayı tercih etmiştir. Kamunun bu tercihi, kısa vadede istihdam maliyetlerinin azalması sonucunu doğurmasına rağmen, yıllar sonra, uzun vadede ertelenen birçok hukuki sorunun ortaya çıkmasına, tabiri caiz ise patlamasına neden olmuştur. Özellikle, açılan ve on binleri bulan muvazaa davaları ile emsal işçi üzerinden yapılan fark ücret hesaplamalarının miktarı, tasarruf yapıldığı zannedilen miktarları kat be kat aşmış bulunmaktadır.

Ayrıca alt işverenlik ilişkisi ile kamuda sendikal örgütlenmenin de ciddi anlamda kırılması, birçok iş kolundaki işçi sendikasının kan kaybetmesine

neden olmuştur. Sosyo-politik sorunları da beraberinde getiren söz konusu istihdam yapısı, her geçen gün kanun koyucuya kendini hissettirmiş olup, incelememizde de belirttiğimiz gibi değişik tarihlerde, kanuni müdahaleler neden olmuştur.

6552 sayılı Kanunla alt işveren ilişkisine yönelik değişiklikleri genel ve özel olarak ikiye ayırabiliriz:

-Alt işveren ilişkisinde muvazaanın tespitine ilişkin itiraz ve üst yargı yoluna taşınmasına ilişkin kanun değişikliği, hem kamu hem de özel sektördeki tüm alt işveren ilişkileri için geçerlidir. Bu değişikliğin itiraz süresini uzatması ve üst yargı yolunu açması yerinde bir düzenleme iken, hukuki bir sorun olan muvazaanın tespitini, idari denetimde bırakmış olması uygun değildir.

-Kamu ve özel sektör ayrımı yapılmadan, yıllık izin hakkı ve izin süresine hak kazanılması ile hak edikten kesme yetkisine ilişkin değişiklikler, alt işveren işçilerinin mağduriyetlerini önlemek bakımından önemli ve yerinde düzenlemelerdir.

Bunun dışındaki kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin kanun değişikliği ile alt işveren sözleşmelerinin en az 3 yıl olması, muvazaalı alt işveren ilişkisini yapan kişilere doğrudan parasal yaptırım uygulanması ve sendikal örgütlenmenin önünü açan yeni bir TİS şeklinin öngörülmesine ilişkin kanun değişiklikleri ise sadece kamu idareleri için getirilmiştir. Sadece kamu idareleri için getirilen bu değişiklikler için genel olarak söylenebilecek temel özellik; kamudaki alt işveren ilişkilerinden ortaya çıkan sorunlara palyatif(lokal) çözümler getirmiş olmasıdır. Kanuni düzenlemelerdeki kamu idareleri için getirilen söz konusu kazuistik yaklaşımın, sorunun az da olsa şekil değiştirmesi halinde kanun boşluklarına neden olacağı kaçınılmaz gözükmektedir.

KAYNAKLAR

- AKTAY, Nizamettin/ ARICI, Kadir/ SENYEN KAPLAN, Tuncay E. *İş Hukuku*. Ankara: 2013.
- AKYİĞİT, Ercan. *Alt İşverenlik*. Ankara: 2011.
- AYDINLI, İbrahim. *Alt İşveren İlişkisi (Taşeron) ve Muvazaa Sorunu*. b.3. Ankara: 2013.
- AYKAÇ, Bahar Hande. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İş Hukukunun Uygulanmasına İlişkin Bazı sorunlar. *LEGAL İHSGHD*, S. 25, Y. 2010, s.101-134
- BAŞBUĞ, Aydın. *Alt İş İlişkileri ve Güncel Sorunları*. Ankara: 2010.
- ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat. *İş Hukuku Dersleri*. b.27. İstanbul: 2014.
- EKMEKÇİ, Ömer. Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayrılması ve Anayasanın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali. *Legal İHSGHD*, S. 12, Y. 2006, s.1173-1180.
- EKONOMİ, Münir. Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi. *Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, Nuri Çelik'e Saygı*. İstanbul: 2008, s.21-52.
- GEREK, Nüvit. Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri ile İlgili Sorunlar. *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Y. 2007, C. 15, S. 4, s.81-90.
- GÖKTAŞ, Seracettin. Alt İşverenlik Uygulamasının Bazı Önemli Sorunları. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 3, S.12, Aralık 2008. s. 97-105.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhuttin. *İş Hukuku*. Ankara: 2011.
- SUBAŞI, İbrahim. İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi. *Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan- C.I*. İstanbul: 2011, s.125-186.
- SÜZEK, Sarper. *İş Hukuku*. b.10. İstanbul: 2014.
- YENİSEY DOĞAN, Kübra. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar. *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar, Panel ve Görüşmeler*. Antalya: 2009, s.19-51.
- YILMAZ, Ejder. Alt İşverenlik İlişkinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası. *Çimento İşveren Dergisi*, Ocak 2009, s.4-21.

