

6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri

Employer-Subcontractor Relations After the Law No: 6552

Ufuk AYDIN*

ÖZ

6552 sayılı (Torba) Yasa¹ birçok başka konu yanında alt işveren uygulamasıyla ilgili önemli hükümler getirmiştir. Bunlar arasında asıl işverenlerin alt işverence kendi işçilerine ücret ödemesi yapıp yapılmadığını; yıllık izin kullanılarak kullanılmadığını denetleme zorunlulukları başta gelmektedir. Yasa bunların yanında ve alt işveren işçilerini koruma gayesiyle kamu (asıl) işverenlerine kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü açısından önemli sorumluluklar getirmektedir. Bu çalışma 6552 sayılı Yasa'nın bütününe değil, bahsedilen asıl işveren-alt işveren ilişkileri boyutunu incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Sözcükler: Alt işveren, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin, ücretler, 6552 sayılı Kanun

ABSTRACT

Beside some subjects related to other fields of labour law, the Law No: 6552 brought new rules about the subcontractor. The duties of the employer to check if the subcontractor is paying the wages and if the subcontractor is giving the annual paid leave to his employees are the most important ones among these new provisions. Else, the Law 6552 has put the burden of severance pay to the shoulders of the public sector employer instead of the subcontractor. This article aims to explore the new provisions of the Law No: 6552 related to the subcontractor.

Keywords: Subcontractor, severance pay, paid annual leave, wages, Law No: 6552

* Prof. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
uaydin@anadolu.edu.tr

1 Kanun'un orijinal adı "İş Kanunu ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" olup, kamuoyunda yaygın kullanımı olan Torba Yasa ifadesi tercih edilmiştir.

(Makale gönderim tarihi: 24.12.2014 / Kabul tarihi: 23.03.2015)

GİRİŞ

İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma yaşamının gereksinimlerinden biridir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle alt işverenlere iş verilmesinde sayısal artışlar olmuş; bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması ve kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örnekleri yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır. Yargıtay, önceki dönemde yaptığı tespitlerde asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle ortaya konulması için çaba göstermiş ve hukuki sonuçlarına ilişkin önemli içtihatlar oluşturmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu’na, Yüksek Mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak amacıyla² sınırlayıcı hükümler getirilmiştir. İş Kanunu yanında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, aynı Kanun’un 3. maddesine dayalı olarak “Alt İşverenlik Yönetmeliği” çıkarmıştır³. Son dönemde uygulamada yaşanan birçok sorun alt işverenlikle ilgili tartışmaları yeniden alevlendirmiş ve 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı (Torba Yasa) Kanun⁴ ile alt işverenlik mevzuatı önemli değişikliklere uğramıştır.

I- 6552 SAYILI YASA ÖNCESİ DÜZENLEMELER

A- Alt İşveren Kavramı

İş Kanunu’na göre, “... Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretiminin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde yapılacak işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini yalnız bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren arasında kurulan ilişkiye, asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir” (İş K.m.2, f.6). Söz konusu ilişkiye taraf olan işveren, iş hukukunda alt işveren olarak isimlendirilmekte, uygulamada taşeron, aracı ya da müteahhit olarak da nitelendirilmektedir.

İş Kanunu’nda yer alan düzenlemeye bakıldığında bir kimsenin alt işveren olarak nitelenebilmesi için alt işverene verilecek işin ya yardımcı bir iş olması ya da asıl iş olmakla beraber işin veya işletmenin gereği olarak

2 Bkz. İş Kanunu Ön Tasarısı, m.1 gerekçesi.

3 (R.G., T. 27.09.2008, S. 27010).

4 (R.G., T. 11.09.2014, S. 29116 (mükerrer)).

teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi aranır. Başka bir ifadeyle, iki tür işin alt işverene verilmesi mümkündür:

- İşyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işler,
- Asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler.

Bundan da anlaşılacağı gibi temizlik, güvenlik, personel taşıma gibi yardımcı işler alt işverene verilebilecektir. Asıl işin alt işverene verilebilmesi için ise, ortada teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir durum olmalı ve bu hal işletme/iş gereği olarak ortaya çıkmalıdır. Bu koşullar olmaksızın gidilen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin yaptırımı alt işveren (işçisi olarak görülen) işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılmasıdır. (İş K.m.2, f.7) (Yenisey, 2013:29; Aykaç, 2011:85; Akyiğit, 2011:30).

B- Alt İşverenliğe İlişkin Sınırlamalar

İş Kanunu'na göre, alt işverenle aralarındaki ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, aralarında yapılmış olan iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumludur (İş K.m.2, f.6). Buradaki sorumluluk müteselsil sorumluluk niteliği taşır (TBK. m.61). Dolayısıyla alt işverenin herhangi bir işçisi çalışması sebebiyle bir zarara uğrar ya da alacak hakkına sahip olursa, alacağı ya da zararının giderilmesi için asıl işverene, alt işverene hatta dilerse ikisine birden başvurabilecektir. Kuşkusuz, alt işveren işçisinin zararını gideren veya talebini karşılayan asıl işverenin alt işverene rücu imkânı bulunmaktadır. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde değil, asliye hukuk mahkemelerinde görülmektedir (Çankaya, 2006:66; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011:190).

Öte yandan, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Ancak, daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurulmasına engel

teşkil etmez (Yön. m.4/1-d). Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı saptanırsa alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez (İş K. m.2, f.son).

Özellikle asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı ve daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı; aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı durumlarda alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçileri sayılacağına ilişkin hüküm (İş K. m.2, f.son) asıl işveren-alt işveren ilişkisinde yaşanabilecek muvazaa kaygılarını gidermeye yönelik bir düzenlemeyi ifade etmektedir. Bu bağlamda alt işverenin, işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırması ve bağımsız bir müteşebbis sıfatını taşıyıp taşımadığının araştırılması muvazaanın saptanması bakımından büyük önem taşımaktadır (Soyer, 2006:20-23).

Öte yandan, “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” hükmü ile önceki dönemde yaygın bir kötüye kullanım görünümünde olan, asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi ve böylece işçilerin birçok haklarından mahrum kalması uygulamalarının önüne geçilmesinin amaçlandığı söylenebilir (Çelik, 2006:50-51; Soyer, 2006:24; Akyiğit, 2010:1 vd.)

C- Kamu Kesiminde Alt İşveren Düzenlemesi

Alt işveren ilişkisine ilişkin düzenlemelerin genel esasları bu şekilde belirlenmiş ancak sonradan alt işverenlik müessesesini düzenleyen 4857 sayılı İş K.m.2’ye eklenen fıkra ile alt işveren uygulamasında kamu kesimi ile özel sektör arasında ayırım yaratılmıştır. 5538 sayılı Kanun’la⁵ İş Kanunu’na eklenen hükümlere göre (Güleşçi, 2013:145);

“Kanun’a veya Kanun’un verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla

5 (R.G.T. 12.07.2006, s. 26226).

yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

a) *Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,*

b) *Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro ve pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, hak kazanamazlar.*

Yukarıda belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tabi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tabidir. Belirtilen kurum, kuruluş veya ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş ve ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da aynı hükümler uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnameye;

a) *İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklarına bırakılması,*

b) *Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz.”*

Bu düzenleme ile kamu kesiminde alt işveren işçisi olarak çalışanların birçok mali ve sosyal haktan yararlanması engellenmiştir ki, bunun Anayasa'nın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesini, hem de kamu kesimince ihlal ettiği söylenebilir (Tarcan, 2006:86 vd.).

D- Alt İşverenliğin Bildirimi ve Muvazaa İddiası

İş Kanunu'nun 3. maddesinde yapılan bir değişiklikle⁶ alt işverenlerin bildirim ve alt işverenlikle ilgili muvazaa esasları yeni bir boyut

6 (R.G.T. 26.05.2008, S. 26887 (5763 s.K.))

kazanmıştır (Süzek, 2010a:933 vd.). 5763 sayılı Kanun’la getirilen söz konusu düzenlemeye göre, “İş Kanunu’nun 2 inci 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 (asıl işveren gibi) 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 iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenini işçileri sayılır.”

Muvazaa iddialarının araştırılması ile ilgili süreç ve buna itiraz yolu dışında Alt İşverenlik Yönetmeliği muvazaa kavramından ne anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre muvazaa;

- 1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,
- 2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,
- 3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,
- 4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşmeyi ifade etmektedir (Yön. m.3/1-g).

E- Kanuna Aykırı Olarak Kurulan Alt İşverenlik İlişkisinin Yaptırımı

İş Kanunu m.2, f.7’ye göre “... Aksi halde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacak işlem

görürler.” O halde, muvazaalı olarak kurulan alt işverenlik ilişkisine ilişkin temel yaptırım, bu ilişkinin geçersiz sayılması ve alt işveren işçisi olarak görünen işçilerin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılmasıdır.

Buna karşılık, yasal koşullar bulunmaksızın (kanuna aykırı olarak) kurulan ve muvazaalı olmayan alt işveren ilişkisinin yaptırımının ne olduğu Kanun’da yer almamıştır. Ancak bu durumda kıyas yoluyla, İş Kanunu’nda düzenlenmeyen, kanuni koşulları taşımayan ama muvazaalı da olmayan alt işveren ilişkisine İş K. m.2/7’deki muvazaaya ilişkin yaptırım uygulanmalıdır. Zira böyle bir çözüm işçinin korunması amacına hizmet edecektir. Dolayısıyla kanuni koşulları taşımayan bir alt işverenlik ilişkisinin varlığı halinde de işçilerin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılması gerekir (Süzek, 2010b:27 vd.).

II- 6552 SAYILI (TORBA) YASA İLE GETİRİLEN HÜKÜMLER

A- Yasanın Gerekçesi

Ülkemizde son yıllarda, özellikle kamu kesiminde inanılmaz boyutlara ulaşan⁷ alt işverenlik uygulaması ve bunun getirdiği sorunlar kanun koyucuyu yeni bir düzenleme yapmaya yöneltmiştir.

Gerçekten de 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu ile mevzuatta ilk kez yer alan alt işverenlik ilişkisi özellikle 4857 sayılı İş Kanunu’nun kabulünden sonra giderek yaygınlaşmıştır. İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle beraber uygulamada karşılaşılan sorunlar, yargı kararları ile yapılan değerlendirmeler ve akademik çalışmalar incelendiğinde, çalışma hayatının tüm taraflarının asıl işveren-alt işveren ilişkisinin değişime ihtiyaç duyulan bir alan haline geldiğini göstermektedir. Bu kapsamda, 6552 sayılı Yasa ile;

- *Alt işveren işçilerinin iş mevzuatından kaynaklanan haklarını kullanmalarını sağlayan, hak kayıplarını ortadan kaldıran, ücretlerini garantiye alan,*
- *Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan alt işveren sözleşmeleri ve uygulamalarının iş mevzuatına uygunluğunu sağlayan,*

⁷ 2013 yılı verilerine göre kamuda 585.788, özel sektörde ise 419.466 alt işveren işçisi çalışmaktadır. Alt işverenliğin en yaygın olduğu sektör temizliktir. İkinci sırada ise inşaat sektörü yer almaktadır (bkz. <http://www.csgb.gov.tr/raporlar>).

- *Alt işverenlik ile ilgili düzenlemeler ile alt işveren yanında çalışan işçilerin hak kayıplarının sosyal hukuk devleti olmanın gereklerine uygun olarak ortadan kaldırılması, alt işverenlik ilişkisinin kanuni sınırlar içinde özellikle kamu kesiminde daha sınırlı fakat işlevsel olarak kullanılmasına imkân sağlayan, düzenlemeler yapılması amaçlanmıştır⁸.*

B- Torba Yasa İle Getirilen Yeniliklerin Genel Çerçevesi

6552 sayılı Torba Yasa'nın alt işverenliğe ilişkin hükümleri bir bütün olarak ele alındığında, bir kısım hükümlerin tüm asıl işveren-alt işveren ilişkilerini ilgilendirdiği; bir kısım hükümlerin ise kamu kesiminde başvuru alan asıl işveren-alt işveren ilişkilerine ilişkin olduğu görülmektedir. Bu çerçevede incelememizde bu ayırımı sadık kalarak önce tüm kesimleri ilgilendiren hükümlere değinilecek, sonra da kamu kesimine ilişkin yeni düzenlemelere yer verilecek ve sonuç kısmında genel bir değerlendirmeye gidilecektir.

1- Tüm Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerine İlişkin Hükümler

a- Muvazaa İddiasına İtiraz

6552 sayılı Yasa ile getirilen ilk değişiklik İş Kanunu'nun 3/2. maddesine ilişkindir. Söz konusu hüküm alt işverenlerin tescil edilmesi sonrası, iş müfettişlerince gerçekleştirilen incelemede tespit edilen muvazaa raporlarına ilişkindir. Önceki düzenlemeye göre, raporu tebellüğ eden işverenler bu rapora altı işgünü içinde iş mahkemesinde itiraz etme hakkına sahiptiler ve mahkemenin itiraza ilişkin kararı kesindir. Torba Yasa ile bir yandan itiraz süresi altı işgününden 30 işgününe çıkarılmış; diğer yandan mahkemeye de karar vermesi için dört aylık süre tanınmıştır. Ek olarak, yargılamanın basit yargılama usulüne göre gerçekleştirilmesi hususu düzenlenmiştir. Ayrıca yerel mahkeme kararı da kesin olmaktan çıkarılarak temyize açılmıştır. Hatta Kanunla, temyize gidilmesi halinde Yargıtay'a altı ay içinde karar verme zorunluluğu getirilmiştir.

Hangi gerekçeden kaynaklandığı çok net olmamakla birlikte, getirilen düzenlemenin yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Altı işgünlük hak

8 Ayrıntılı bilgi ve kanun gerekçesi için bkz: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss639.pdf> (20.10.2014).

düşürücü sürenin 30 işgününe çıkarılması bir yana, yerel mahkemeye ve Yargıtay'a karar vermesi için azami süreler tanınmasının işleyişe pozitif bir katkı sağlayacağını söylemek güçtür. Özellikle kararlara temyiz yolunun açılması süreci uzatacaktır. Ayrıca, son derece ağır iş yükleri dikkate alındığında, gerekli tedbirler alınmaksızın mahkemelere kısa süreler tanıyarak tarafları beklentiye sokmak, beklentisine kavuşamayan bireyin/ tarafın mahkemelere ve devlete olan saygısı açısından düşündürücü ve olumsuz bir unsurdur (Yılmaz, 2006:26; Ertürk, 2009:1430). Tanınan sürelerle rağmen iş güvencesine ilişkin İş Kanunu hükümlerinin (m. 18 vd.) 10 yılı aşan süredir uygulamasında görülen başarısız deneyim de dikkate alındığında, yerel mahkemeler ve Yargıtay'ın davaları süresinde bitirmesi güç görünmektedir.

b- Ücret Ödemenin Kontrolü

6552 sayılı Torba Yasa'nın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 36. maddesinin 5.fıkrasında yaptığı değişikliğe göre; *"İşverenler, alt işverene iş vermeleri halinde, 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."*

Yeni düzenlemeyle, kamu ya da özel sektör fark etmeksizin tüm asıl işverenler iş verdikleri alt işverenlerin kendi işçilerine, kanuna ya da sözleşmeye uygun olarak ücret ödemesi yapıp yapmadığını kontrol etmek ve varsa ödenmemiş ücretlerini hak edişlerden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlü kılınmıştır. Düzenlemeye göre, eğer alt işveren işçileri talep etmişse derhal, talep söz konusu olmamışsa aylık periyotlarla resen kontrol zorunluluğu bulunmaktadır (Çelik ve diğ., 2014:196; Sayın, 2014:52). Kanımızca, düzenlemenin sadece ücretle sınırlandırılması yerine tüm işçilik alacaklarını kapsar şekilde ifade edilmesi daha doğru olurdu.

c- Yıllık Ücretli İzin Kullanımının Kontrolü

6552 sayılı Yasa'nın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesine eklediği fıkraya göre; *"Alt işveren işçilerinden, alt işvereni değiştirdiği halde aynı işyerinde çalışmaya devam edenlerin yıllık ücretli izin süresi, aynı işyerinde çalıştıkları süreler dikkate alınarak hesaplanır. Asıl işveren, alt*

işveren tarafından çalıştırılan işçilerin hak kazandıkları yıllık ücretli izin sürelerinin kullanılıp kullanılmadığını kontrol etmek ve ilgili yıl içinde kullanılmasını sağlamakla, alt işveren ise altıncı fıkraya göre tutmak zorunda olduğu izin kayıt belgesinin bir örneğini asıl işverene vermekle yükümlüdür.”

Önceki dönemde gerek Yargıtay kararlarında ve gerekse öğretide kabul gören yaklaşımın yasal zemine oturtulması amacını taşıyan bu düzenlemenin teorik olarak yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Bilindiği gibi işçinin muvazaalı olarak birbirini izleyen alt işverenler yanında çalıştırılması ve bunun hukuki sonuçları İş K. m.2/f.7-8’de düzenlenmiştir. Muvazaanın en önemli hukuki sonucu alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılmasıdır ki, bu durumda alt işveren işçilerinin asıl işveren işçilerinden bir farkı bulunmaz. 6552 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme uygulamada sıkça karşılaşılan, muvazaa olmaksızın ve hakları kısıtlanmaksızın işçinin yeni ihaleler sonucunda aralıksız değişen alt işverenler yanında çalıştırılmasına ilişkindir. Böyle bir durumda, önceki dönemde öğretide ve Yargıtay bunun işyeri devri niteliği taşıdığını ve son alt işverenin, devreden alt işverenin (alt işverenlerin) yanında çalışılan sürelerden de sorumlu olacağını kabul etmekteydi (Süzek, 2014:194; Aykaç, 2011:346; Çelik ve diğ., 2014:64; Mollamahmutoğlu ve diğ., 2011:226; Güven ve Aydın, 2013:69). Hatta Yargıtay yakın tarihli bir kararında, işçinin aralıksız olarak değişen alt işverenler emrinde çalışması halinde, ihbar tazminatının tüm süreye göre hesaplanması ve son alt işverenin (asıl işverenle birlikte) sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir⁹. Kararın yıllık izinler bakımından da benzer bir yoruma olanak verdiği kanısındayız. Öte yandan, İş Kanununun 6/2. maddesi hükmünde yer alan ve devralan işverenin, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda (örneğin yıllık ücretli izin hakkında) işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmak zorunluluğu getiren düzenleme de aynı yoruma olanak tanımaktadır.

Şu halde, bir bütün olarak değerlendirmek gerekirse, yeni hükümle alt işveren ilişkisi içinde bulunan asıl işverene yeni bir yükümlülük getirilmekte ve asıl işveren bir yandan alt işveren işçilerinin kendi işyerindeki tüm

9 Yarg. 9. H.D.T. 18.01.2010, E.2009/14578, K.2010/295, *Çalışma ve Toplum*, S.26, s.460.

çalışma süreleri (ve tüm alt işverenler emrinde geçen süreler) dikkate alınarak yıllık ücretli izin kullanıp kullanmadıklarını kontrol etme yükümlülüğü altına girmekte; öte yandan işçi bu iznini kullan(a)mamışsa iznin kullanılmasını sağlamakla yükümlü hale gelmektedir. Düzenleme alt işverenlere de bir yükümlülük getirerek, tuttuğu izin belgesinin bir suretini asıl işverene ilemesini zorunlu kılmıştır.

İş Kanunu'nun asıl işverenle alt işverenin, alt işveren işçilerine karşı yükümlülüklerden müteselsilen sorumluluğunu düzenleyen hükmü karşısında (m. 2/6) yukarıda anlatılan şekilde ve sözleşmenin son bulması halinde, hak kazanılıp kullanılmayan izin ücretinden (m.59) her iki işverenin birlikte sorumlu olacağı hükmü de böylesi bir yorumu desteklemektedir (Süzek, 2014:827; Çelik ve diğ., 2014:61; Mollamahmutoglu ve diğ., 2011:226; Sayın, 2014:52).

Kanımızca asıl işverenin söz konusu kontrolü yapması uygulamada sorun yaratmayacaktır. Buna karşılık izin kullanmayan/kullanmak istemeyen işçilere söz konusu izni kullandırmanın nasıl sağlanacağı, asıl işveren işçilerinde olduğu gibi, alt işveren işçilerinde de sorun yaratacak niteliktedir.

2- Kamuda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerine İlişkin Hükümler

6552 sayılı Yasa kamu kesiminde karşılaşılan asıl işveren alt işveren ilişkilerinde kıdem tazminatından sorumluluk, alt işverene verilebilecek işler (hizmet alımı), uygun görüş alınması, yaptırımlar ve alt işveren işyerinde toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin yürütülmesi gibi konularda önemli hükümler getirmiş; tüm bu düzenlemelerle alt işveren işçilerine (en azından görünüşte) bazı güvenceler getirmeyi amaçlamıştır. Şüphesiz, bunların amaca ulaşımaya ulaşmayacağını zaman gösterecektir.

a- Kıdem Tazminatına İlişkin Hükümler

6552 sayılı Torba Yasa'nın getirdiği en önemli yeniliklerden biri kıdem tazminatından sorumluluğa ilişkindir. Yasa kamuda faaliyet gösteren alt işveren işçilerinin kıdem tazminatlarıyla ilgili üç ayrı hususa yer vermiş ve tüm bu hallerde kamu kurumlarını, alt işveren işçisinin kendi (kamu) işyerinde geçen çalışmasından doğan kıdem tazminatını işçinin banka hesabına yatırmakla yükümlü kılmıştır.

6552 sayılı Torba Yasa'nın kamu kesimi için getirdiği alt işveren işçilerinin kıdem tazminatının ödenmesinden sorumluluk halleri şunlardır:

- Aynı kamu kurumunda farklı alt işverenler emrinde aralıksız çalışma halinde sorumluluk,
- Aynı alt işveren emrinde, aynı iş sözleşmesiyle farklı kamu kurumlarında/kuruluşlarında çalışma halinde sorumluluk,
- Aynı alt işveren emrinde, aynı iş sözleşmesiyle, aralarında kamu kurumlarının/kuruluşlarının da bulunduğu çalışma hallerinde sorumluluk.

Bu hallerin her birinde kamu kurum ve kuruluşlarının sorumluluğu ayrı ayrı ve kendine özgü hükümlerle düzenlenmiştir: Söz konusu hallerden ilkinе ilişkin hükme göre; Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin 1/(e)¹⁰ bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatları; alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelele 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 Kanunu'nun 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.

10 Söz konusu hükme göre; "İdarelerin bu Kanun'da 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 halinde 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 22/05/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 7'nci 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 yetkilidir. 03/07/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 67 inci maddesi ile diğer Kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır. 2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin 1'inci 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."

İkinci halde; aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmesi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14'üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, 4734 sayılı Kanun'un 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.

Üçüncü halde ise; alt işveren ile yapmış olduğu iş sözleşmesi sona ermediği gibi, alt işveren tarafından 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelere ait işyerleri dışında 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 yıllar itibarıyla asgari ücret artış oranları dikkate alınarak güncellenmiş miktarı üzerinden hesaplanmak suretiyle son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir. Bu şekilde hesaplanarak ödenen kıdem tazminatı tutarının, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden aynı süreler dikkate alınarak hesaplanacak kıdem tazminatı tutarından daha düşük olması halinde, işçinin aradaki farkı alt işverenden talep hakkı saklıdır.

Getirilen bu üç düzenleme ile daha önce yargı kararlarıyla halledilmeye çalışılan önemli bir sorunun çözülmesi hedeflenmiştir. Böylece aynı kamu asıl işvereni ve farklı alt işverenler emrinde geçen süreler kamuda aynı alt işverene tabi olarak farklı asıl işverenler emrinde geçen süreler ve aynı alt işveren emrinde ama aralarında kamu asıl işverenlerinin de bulunduğu farklı asıl işveren işyerlerinde çalışan alt işveren işçilerinin kıdem tazminatlarının hesabında kamuda geçen süreler toplanacak ve kıdem tazminatının kamuda geçen süreye ilişkin kısmı son kamu kurum/kuruluşunca işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenecektir.

6552 sayılı Kanun'la getirilen bu yeni düzenleme, 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesinin kamuda geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesini öngören 5. fıkrasıyla uyumlu

görülmektedir. 1475 sayılı K. m. 14/5'e göre "... aynı veya değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanunu'na (şimdi Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu) göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince ödenir." Bu hükme göre; kamuda geçen sürelerin birleştirilmesi için kıdem tazminatına malullük, yaşlılık veya toptan ödeme sebebiyle hak kazanmak gerekir. Buna karşın 6552 sayılı Yasa ile getirilen her üç düzenlemede de kamuda geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi için 1475 s. K. m. 14'de yer alan herhangi bir hak kazanma sebebi (örneğin; askerlik, evlilik vb.) yeterli olacak; malullük, yaşlılık ya da toptan ödeme sebebiyle son bulma koşulu aranmayacaktır. Getirilen düzenlemenin kamuda çalışan alt işveren işçilerine, sadece emeklilik halinde birleştirme imkanına sahip olan kamu çalışanlarına göre daha kapsamlı ve yerinde bir güvence getirdiği kanaatindeyiz (Sayın, 2014:51; Süzek, 2014:763 vd.; Mollamahmutoğlu ve diğ., 2011:1154; Çelik ve diğ., 2014:383 vd.; Güven ve Aydın, 2013:281 vd.).

Alt işveren işçilerine kamuda geçen hizmetlerin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi kanımızca kamu işverenleri bakımından yeni bazı sorunlar yaratacak niteliktedir. Bunlardan ilki ödemeyi yapan (son) kamu işverenininki önceki alt işverene/işverenlere rüçüdür. 6552 sayılı Torba Yasa, getirdiği hükümlerle (m.8) bu soruna çözüm aramaktadır. Buna göre; "...farklı kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi halinde, 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 yapılmaz."

Dikkat edilecek olursa, 6552 sayılı Yasa m.8 hükmü ile kamu işverenleri arasındaki rücu işlemi düzenlemiş ancak (kamu) asıl işverenininki alt işverene/işverenlere rücu işlemi düzenlememiştir. Bu durumda (kamu) asıl işverenininki alt işverene/alt işverenlere rücu etmesi genel hükümlere göre gerçekleşecektir. Belirtelim ki, (kamu) asıl işverenlerinin ödedikleri kıdem tazminatları sebebiyle alt işverenlere rücu etmesindeki pratik

güçlük karşısında, hizmet alım ihalelerine giden kamu işverenlerinin ihale koşulları arasında kıdem tazminatından sorumluluğa ilişkin ayrıntılı hükümlere yer vermeleri doğru olacaktır.

Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımları kapsamında istihdam edilen işçilerin kıdem tazminatlarının ödenmesine ilişkin yönetmelik¹¹ konunun ayrıntılarını düzenlemiştir. Yönetmeliğe göre, kamu makamları belirtilen kıdem tazminatı ödemesini hizmet alımı gider kaleminden (ödenenin yetip yetmediğine bakılmaksızın), işçinin başvurusu üzerine ve hizmet cetvelini esas alarak ödeyecektir (m. 8, 9, 11). Yönetmelikle ilgili anlaşılabilir bir husus ise söz konusu kıdem tazminatı ödemelerinin sadece 6552 sayılı Torba Yasanın yürürlük tarihinden sonraki fesihlere uygulanacak olmasıdır. Fesih dışında, kıdem tazminatı doğuran hallerde ödeme yapılıp yapılmayacağı ise belli değildir.

b- Hizmet Alımına İlişkin Hükümler

6552 sayılı Yasa kamu makamlarının hizmet alım ihaleleriyle ilgili olarak da yenilikler getirmiştir. Bu düzenlemeler incelendiğinde birçoğunun önceki dönemde verilen yargı kararlarına uyum ve İş Kanunu uygulamasıyla paralellik sağlama amacına yönelik olduğu söylenebilir (bkz: Akyiğit, 2010:30 vd.; Aykaç, 2011:85 vd.; Soyer, 2006:20 vd.; Güleşçi, 2013:145 vd.).

6552 sayılı Yasa'yla, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde yapılan değişikliğe göre, aynı Kanun'da tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında kamu makamlarının uymak zorunda olduğu kurallar şunlardır:

- 1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir¹².

11 R.G.T. 08.02.2015, S.29261.

12 Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarenin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/05/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 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. 03/07/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 67'nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.

2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanun'un 2. 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.

Getirilen bu hükmün önceki yargı kararları ve 4857 sayılı İş Kanunu m.2 ile uyumlu olduğu tartışmasızdır. Buna karşın, kamu kesiminde inanılmaz sayılara ve boyutlara ulaşan alt işverenlik uygulamasına ilişkin fiili durum karşısında yeni düzenlemeye uyum sağlanmasının oldukça uzun bir zaman alacağı açıktır. Zira birçok kamu kurum ve kuruluşunda yardımcı iş ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işlerin de alt işverenlere devredildiği, bu devirde yardımcı iş ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş kriterlerinin dikkate alınmadığı bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla 6552 sayılı Yasa'yla öngörülen dönüşümün sancılı olacağını söylemek yanlış olmayacaktır¹³.

Dönüşümde yaşanması olası bu güçlüklerle karşın, başarıyla gerçekleştirilecek yeni yapılanmanın iş davalarında azalmaya yol açacağını söylemek mümkündür. Zira bugün için kamu kesiminde faaliyet gösteren alt işverenler ve bunların asıl işverenlerine yönelik davaların önemli bir kısmı asıl işveren-alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı Kanun'a aykırı ya da muvazaalı olduğu iddialarıyla açılmaktadır. 6552 sayılı Yasa'da belirtilen biçimde yeniden yapılanmaya gidildiğinde, muvazaa veya kanuna aykırı alt işveren ilişkisi ortadan kalkacağından, bir yandan işçilik haklarından sorumlulukla bağlantılı davalarda, diğer yandan asıl işveren alt işveren ilişkisinin kanuna aykırılığına/muvazaalı olduğuna ilişkin davalarda ciddi bir azalma yaşanacağını düşünmekteyiz.

Yeni düzenlemede dikkat çeken bir husus da yardımcı işlerde ya da teknolojik nedenlerle alt işverene gitmede aranan “... *istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması*” koşulunun danışmanlık hizmet alım ihalelerinde aranmayacak olmasıdır. Bir başka ifadeyle,

13 Nitekim Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı Yasa'nın çıkmasından sonra kamu kurum ve kuruluşlarında mevcut alt işverenlik uygulamalarıyla ilgili bir veri tabanı oluşturmak üzere veriler toplama ve bilgiler edinmeye başlamıştır.

kamu kurum ve kuruluşlarında (asıl işverence) istihdam edilen danışman personel yeterli nitelik ve sayıda olsa dahi ilgili kamu kurum ve kuruluşu yine de danışmanlık hizmeti almak için alt işverenlik ilişkisi kurabilecektir. Bu durumun gerekçesini ve yerindelğini anlamak güçtür. Elde yeterli sayı ve nitelikte danışman varken alt işverene başvurarak danışmanlık hizmeti temin etmek kamu zararına yol açacak niteliktedir.

6552 sayılı Yasa'ya göre, bundan böyle hizmet alımlarında ilgili mercilerden uygun görüş alınması da zorunludur. Yasa'nın, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na eklediği 8. maddeye göre; personel çalıştırılmasına dayalı hizmetler (danışmanlık hizmet alımları hariç) için ihaleye çıkılmadan önce;

- a) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların, *Maliye Bakanlığında*,
- b) 08/06/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname uyarınca yayımlanan Genel Yatırım ve Finansman Programı çerçevesinde, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarının *Hazine Müsteşarlığından*,
- c) 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun çerçevesinde özelleştirme programında bulunanlardan sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait işletmeciler kuruluşların ise *Özelleştirme İdaresi Başkanlığından*, uygun görüş alması zorunludur.

Uygun görüş alınmadan bu hizmetler için ihaleye çıkılamaz. 62'nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan hizmet alımlarında niteliği gereği sözleşme süresi altı ayı aşmayan işlerde uygun görüş şartı aranmaz.

Ekleyelim ki, 6552 sayılı Yasa, yerinde bir düzenleme ile hizmet alım ihalelerinde yüklenme süresini de uzatmıştır. Getirilen yeni hükme göre "... sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımlarında yüklenme süresi üç yıl olup, işin niteliğinden veya süresinden kaynaklanan zorunlu hallerde bu süre gerekçesi gösterilmek şartıyla üst yöneticinin onayıyla kısaltılabilir." (Sayın, 2014:52; Mollamahmutoğlu ve diğ., 2011:236 vd.). (5018 s.K. m.28'e ek fıkra)

c- Alt İşverenliğe İlişkin Hükümlere Uymamanın Yaptırımı

6552 sayılı Yasa'nın 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na eklediği 8.maddeye göre; “...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 halde ihaleye çıkılması, uygun görüş alınması gereken hallerde alınmadan ihaleye çıkılması, ihale kapsamında çalıştırılan personelin sözleşme konusu işler dışında çalıştırılması, 4857 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin yedinci fıkrası hükmüne aykırılık teşkil edecek şekilde işleme ve eylemler yapılması nedeniyle idare aleyhine zarar ortaya çıkması halinde, 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 dahil yapılan bir aylık net ödemelerin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır. 4857 sayılı Kanun'un 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.”

Konunun ayrıntıları “Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Uygun Görüş Alınması, Görevlilerin Sorumlulukları İle Yaptırımlar Hakkında Yönetmelik”le düzenlenmiştir¹⁴.

Görüldüğü gibi kanun hükmü aslında bir yandan hizmet alım ihaleleriyle çalıştırılan alt işveren işçilerine ilişkin faaliyet alanına vurgu yaparak buna aykırılığın hukuki yaptırımını düzenlemekte; öte yandan, aynı kurallara aykırılığı idari para cezasına bağlamaktadır. Maddede ayrıca iş müfettişlerince düzenlenen muvazaa raporuna itiraz etmeyen ya da itirazın reddi üzerine kanun yollarına başvurmayan kamu avukatlarına uygulanacak idari para cezası da düzenlenmiştir.

Düzenlemeye göre; personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri çerçevesinde çalıştırılan personel, ihale ve sözleşme konusu iş dışında başka bir işte çalıştırılmaz ve görevlendirilemez.

14 (R.G.T. 06.02.2015, S.29259).

Bu kapsamda,

- Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesine çıkılmaması gerektiği halde ihaleye çıkılması,
- Uygun görüş alınması gereken hallerde alınmadan ihaleye çıkılması,
- İhale kapsamında çalıştırılan personelin sözleşme konusu işler dışında çalıştırılması,
- İş Kanunu'na aykırılık teşkil edecek şekilde işlem ve eylemler yapılması nedeniyle idare aleyhine zarar ortaya çıkması halinde, oluşan bu zararlar, bu zarara neden olduğu tespit edilenlere rücu edilmek suretiyle tahsil edilir.

Öte yandan, bu fiilleri işleyen 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 (Yön. m.6).

Muvazaa raporuna 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 (Bknz: Aydın ve Ezer, 201:43; Süzek, 2014:110 vd.). Söz konusu idari para cezalarına ilişkin olarak ise Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır (Yön. m.6/son).

Düzenlemeyi kural olarak yerinde buluyoruz. Özellikle alt işveren işçilerinin ihale konusu iş dışında çalıştırılmasının engellenmesi ve yaptırım altına alınması, alt işverenliğin amacı bakımından kanımızca yerinde olmuştur. Buna karşın, hukuki ve teknik bir konu olan mahkeme kararına itiraz veya kanun yoluna başvuru hususunda kamu avukatlarını zorlayan ve hatta başvurmamayı idari para cezası ile yaptırım altına alan düzenlemenin bir yandan avukat bağımsızlığına müdahale olduğu, diğer yandan da yargının yükünü artıracığı söylenebilir.

d- Toplu İş İlişkilerine İlişkin Hükümler

6552 sayılı Yasa kamuda faaliyet gösteren alt işveren işyerlerinde toplu iş sözleşmesi sürecine ilişkin olarak da yeni bir düzenleme getirilmiştir. Daha önce benzeri ve uygulaması olmayan yeni modelde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na

tabi kamu kurum ve kuruluşlarında faaliyet gösteren alt işveren işyerlerinde bağtlanacak toplu iş sözleşmelerinde kamu işveren sendikalarının bu alt işverenlerin yanında/adına yer almasına olanak tanınmıştır.

6552 sayılı Yasa'nın 13. maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen hükme göre; *"4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. 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 yetkilendirilmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır. Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkra göre sonuçlandırılması halinde, 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 Kanun'un ikinci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez."* Konunun ayrıntıları Maliye Bakanlığınca çıkarılan "Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesine Dair Yönetmelik"le düzenlenmiştir¹⁵.

Bu hükümle getirilen yeni modelin 6356 sayılı STİSK ve öncesindeki toplu iş hukuku mevzuatında yer almayan "yetkilendirme" düzenlemesi ilgi çekicidir. Bir gerçek ya da tüzel kişinin, üye olmaksızın, bir sendikayı yetkilendirmesi ve yetkilendirilen sendikanın yetkilendiren kişi adına toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmesi ve sonuçlandırması yeni bir mekanizmadır. Bu mekanizmanın 6356 s. STİSK'de yer alan "işveren sendikalarının, 'üyesi' işverenlere ait işyeri ya da işyerleri.... için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir" (m.41/4) (Bknz: Sayın, 2014:52; Çelik ve diğ., 2014:582; Aktay ve diğ., 2012:452; Tuncay, 1999:144) hükmüyle uyumlu olmadığı açıktır. Kanuna uygunluk açısından alt işverenlere (kamu işveren sendikası) sendika üyeliği zorunluluğu getirilmesi ise sendika üyeliği serbestisini düzenleyen Anayasa m.51/1 ve

15 (R.G.T. 22.01.2015, S.29244).

STİSK m.17/3'e aykırı olacaktır. Kanımızca hukuka uygun olan (kamu) asıl işverenlerinin, alt işveren işyerindeki sendikalaşmaya müdahil olmamaları ve sendikaların olumlu ya da olumsuz biçimde süreç içinde yer almamalarıdır. Sendikaların sürece müdahalesini ve endüstri ilişkileri alanındaki katkısını isteyen alt ya da asıl işverenlerin ise sendikaya üye olması hukukun gereği ve kanımızca en ideal yoldur.

Hükümde getirilen önemli bir husus da, kamuda faaliyet gösteren alt işverenin “yetkilendirmesi” ile sürece dâhil olan kamu işveren sendikasıncı bağitlanan/sonuçlandırılan toplu iş sözleşmesinde ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışlarının idarece ödenmesidir¹⁶. Yetkilendirme işleminin yetki belgesinin alt işverene tabliğinden itibaren 10 işgünü içinde yapılması gerekir. Aksi halde toplu iş sözleşmesi kamu işveren sendikasıncı yürütülmez ve sonuçlandırılmaz (Yön.m.4/3). Yetkilendirmenin bulunmaması, diğeri bir ifadeyle toplu pazarlık sürecinin alt işverence bizzat (ya da üyesi olduğu işveren sendikasıncı) yürütülmesi halinde ortaya çıkabilecek bedel artışları ise idarece ödenmeyecektir. Anlaşıldığı kadarıyla bedel artışı ile kastedilen idarenin hizmet alımı ihalesinde kararlaştırılan bedeldir ve bundan neden idarenin sorumlu olduğunu anlamak güçtür. Zira idare (asıl işveren) başka bir işverenden hizmet alımı yapmakta; ama o (alt) işveren işyerindeki sendikalaşmanın getirdiği yükten asıl işveren sorumlu olmaktadır. Özel sektörde benzerine rastlanmayan bu uygulamanın gerisinde, kamuda inanılmaz boyutlara ulaşan ve amacından uzaklaşarak kanuna aykırı bir hal alan alt işverenlik uygulamalarının bulunduğunu söylemek kanımızca mümkündür.

Öte yandan, hükmün son cümlesinde yer alan ve yetkilendirilmiş kamu işveren sendikasıncı yürütülmeyen alt işveren toplu iş sözleşmelerinden dolayı idarenin İş K. m.2/f.7 çerçevesinde asıl işveren sıfatıyla sorumlu tutulamayacağına ilişkin hüküm kanımızca bir yandan 4857 sayılı İş Kanunu'na ve diğeri yandan iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğine aykırıdır. Alt işverenleri belli bir sendikaya yöneltmesiyle, aynı hükmün olumsuz sendika özgürlüğünü de ihlal ettiği söylenebilir. Kanunun bu hükmüne rağmen her durumda (kamu işveren sendikası yetkilendirilmemiş olsa dahi) alt işveren işçilerine karşı asıl işverenle alt işveren birlikte sorumlu tutulmalıdır.

16 Yetkilendirmenin şekli ve içeriğine ilişkin hususlar Maliye Bakanlığında uygunluk görüşü alınması kaydıyla, kamu işveren sendikalarının müştereken düzenlenir. (22.01.2015 tarihli Yönetmelikte Değişiklik Yönetmeliği, R.G.T. 17.03.2015, S. 29298)

SONUÇ

Ülkemizde son yıllarda çok yaygınlaşan alt işverenlik uygulaması beraberinde birçok soruna yol açmıştır. Bunların başında alt işveren işçilerinin mağduriyeti gelmektedir. Alt işveren işçileri çalışma ilişkilerinden doğan haklarına güçlüklerle ulaşmaktadırlar. Gelinek nokta vicdani sıkıntılar yanında, hukuki sorunları da ortaya çıkarmaktadır. Mağdur olan alt işveren işçilerinin açtığı alacak davaları yanında, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı/muvazaalı olduğuna ilişkin davalar yargının yükünü önemli ölçüde artırmaktadır.

Bütün bu gerekçelerden hareket eden kanun koyucu, birçok başka hükümle beraber, alt işveren uygulamasına da yeni bir anlayışla yaklaşmış, en azından kamuda faaliyet gösteren alt işveren işçilerinin mağduriyetini giderme ve uygulamayı sınırlama gayesiyle 6552 sayılı (torba) Yasa'yı çıkarmış; bunun hemen ertesinde çıkarılan üç yönetmelikle konunun ayrıntılarını düzenlemiştir.

6552 sayılı Yasa öncelikle ücret ve yıllık ücretli izin uygulaması bakımından kamu ve özel sektör ayrımı yapmaksızın tüm asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde uygulanacak hükümler getirmiş ve alt işverenlerin kanuna aykırı uygulamaları bakımından asıl işverenlere bir yandan kontrol yükümü, diğer yandan da sorumluluk getirmiştir.

6552 sayılı Yasa kamuda faaliyet gösteren alt işverenler ve bunların işçilerinin kıdem tazminatlarını da, önceki dönem yargı kararlarına uygun olarak güvenceye almış ve tazminatlardan kamu (asıl) işverenlerini sorumlu tutmuştur. Kamuya getireceği muhtemel yük ve alt işverene/alt işverenlere rücuuda yaşanacak sorunlar bir yana, düzenlemenin işçiyi korumak ve yargı yükünü azaltmak gibi gerekçelerle yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Yasa'nın toplu iş ilişkilerine getirdiği yenilik ise kamuda faaliyet gösteren alt işverenin yetkilendirmesi üzerine toplu pazarlık sürecine kamu işveren sendikasının katılmasıdır. Bunun 6356 sayılı STİSK'da düzenlenen sendika üyeliğine ilişkin hükümlerle uyumlu olduğunu söylemek güçtür.

Bir bütün olarak değerlendirmek gerekirse, 6552 sayılı Yasa'nın yeni yükler getirme pahasına özellikle kamuda faaliyet gösteren alt işveren

işçilerini korumaya yönelik önemli hükümler getirdiğini ve kamuda alt işverenlik uygulamalarını sınırlamayı hedeflediğini söylemek mümkündür. Uygulamada yaşanabilecek güçlüklerle rağmen 6552 sayılı Yasa'nın iş hukukunun işçiyi koruma ilkesine büyük ölçüde hizmet ettiğini düşünmekteyiz.

Kaynakça

- Aktay, Nizamettin; Arıcı, Kadir ve E. Tuncay Senyen/Kaplan (2012) *İş Hukuku*, B.5, Ankara.
- Akyiğit, Ercan (2010) “Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı”, *TUHS*, C.22, S.4-5.
- Akyiğit, Ercan (2011) “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik-Taşeronluk İlişkisi”, Ankara.
- Arslan Ertürk, Arzu (2009) “İşe İade Kararı ve İşveren Başvuruda Bulunma Koşulu”, *Legal İSGH Dergisi*, S.24.
- Aydın, Ufuk ve Burcu Ezer (2014) “İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezalarına İlişkin Sorunlar”, *Çalışma ve Toplum*, S.43, No:2014/4.
- Aykaç, Hande Bahar (2011) “İş Hukukunda Alt İşveren”, İstanbul.
- Çankaya, Osman Güven (2006) “4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, *Sicil*, Eylül.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen ve Talat Canbolat (2014) *İş Hukuku Dersleri*, B.27, İstanbul.
- Çelik, Nuri (2006) *İş Hukuku Dersleri*, B.19, İstanbul.
- Güleşçi, Yusuf (2013) “Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması”, Ankara.
- Güven, Ercan ve Ufuk Aydın (2013) *Bireysel İş Hukuku*, B.4, Eskişehir, 2013.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi ve Muhittin Astarlı (2011) *İş Hukuku*, Ankara, B.4, Ankara.
- Sayın, Ali Kemal (2014) “6552 Sayılı Kanun: Çalışma Hayatına İlişkin Düzenlemeler”, *İşveren*, C.52, S.5, Ekim.
- Soyer, M. Polat (2006) “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, *Sicil*, Mart.
- Süzek, Sarper (2010a) “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, *Legal İSGH Dergisi*, C.7, S.27.
- Süzek, Sarper (2010b) “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, *Legal İSGH Dergisi*, S.25.
- Süzek, Sarper (2014) *İş Hukuku*, B.10, İstanbul.
- Tarcan, Nurseli (2006) “Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı”, *Sicil*, Eylül.
- Tuncay, A. Can (1999) *Toplu İş Hukuku*, Nisan, İstanbul.
- Yenisey, Kübra Doğan (2013) “İş Hukukunun Temel Kavramları”, *Bireysel İş Hukuku* (AÖF Yayınları), Eskişehir.
- Yılmaz, Ejder (2006) “İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler”, *Sicil*, Aralık.