

KAMU KURULUŞLARINDA HİZMET ALIM İHALELERİ KAPSAMINDA ÇALIŞTIRILAN ALT İŞVEREN İŞÇİLERİ İLE İLGİLİ SORUNLAR

Prof. Dr. Nüvit GEREK*

ABSTRACT

Labours who work under the authority of sub-employers for public institutions organizations or for their partnerships under service-tender contracts, have many problems. Frequent cancellation of service-tender contracts, the possibility of changing the sub-employers each year because of tender legislation, low wages and lack of job guarantee are the main problems. Besides, new rules which are being added to main labour law by the law numbered 5538, have caused extra difficulties. Therefore it will be a more satisfactory solution for public institutions and organizations to be able to employ their labours without any intermediary mechanism.

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen yeni bir takım düzenlemeler içerisinde, dört yıla yakın bir zamandır uygulamada en çok tartışılan konuların başında alt işveren ilişkileri gelmektedir.

Yeni İş Kanununda alt işveren ilişkisinin kurulabilmesini sınırlandırmak amacı, belirgin şekilde öne çıkmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yaşanan muvazaalı uygulamaların önlenmesi düşüncesi kuşkusuz yerindedir.

Hatırlanacak olursa, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir işin söz konusu olması” koşuluna bağlanmıştır.

Doktrinde iki görüş ortaya çıkmış ve bir kısım görüş sahipleri hükmü bir bütün olarak değerlendirmişlerdir. Buna göre alt işverene verilebilecek işler çok sınırlı olabilecektir. İkinci görüşün savunucuları ise “işletme ve işin gerekleri” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gereği” kriterlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Esasen “teknolojik nedenlerle uzmanlık desteği aranması” işin ve işletmenin gereği olan ihtiyaçların bir bölümüdür¹. Ancak teknolojik uzmanlık dışında da işletme ve işin gerekleri olabilir. İkinci görüşün

* *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

¹ Örnek Yargıtay Kararı için bkz.: Yarg. 9.H.D., 16.06.2006 T., E.2006/14774, K. 2006/17531.

daha haklı görünmesi yanında yarattığı kuşku da vardır. İşletme ve işin gereği olarak maliyetlerin düşürülmesi işçilik maliyetlerinin de düşürülmesini haklı gösterecek midir? Hemen belirtelim ki böyle bir haklılık düşüncesi bizi çok gerilere götürür. İş Hukukunu da anlamsız kılar. Maliyetlerin düşürülmesi ücretlerin düşürülmesi söz konusu olmadan yapılabiliyorsa kabul edilebilir. Verimlilik artışı, kalite artışı, daha az zamanda daha çok üretimin gerçekleştirilebilmesi yoluyla maliyetler azaltılabilir. Belki bu arada verimlilik artışı yoluyla işgücü maliyeti de azalmış olabilir. Dikkat edilmesi gereken husus, sadece reel işçi ücretlerini azaltarak maliyetleri düşürmenin bir yolu olarak alt işveren müessesesinin devreye sokulmasıdır. Bir diğer deyişle, alt işveren uygulamaları, reel işçi ücretlerini düşürmek için kullanılan bir mekanizma olmamalıdır.

Ancak uygulamada, alt işverenlere iş verilmesinin başlıca amacının, daha doğrusu gerçek amacının, işçi ücretlerinin düşürülmesi ya da ücretlerin yükselmesinin önlenmesi olduğu görülmektedir².

Konu ile ilgili tartışmalara ve sıkıntılara, yasal düzenlemelerle son verilmesi düşünülürken, 12.07.2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5538 Sayılı “Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 18. maddesi ile, 4857 Sayılı İş Kanununun 2. maddesine VIII. ve IX. Fıkralar eklenmiştir³. Bu değişiklikler ise tartışılmakta olan hususlara çözüm getirmediği gibi yeni tartışma konuları yaratmıştır.

5538 Sayılı Kanunla eklenen VIII. fıkra, **“Kanuna veya Kanunun 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 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 veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, hak kazanamazlar”** şeklindedir.

² Bkz.: Öner EYRENCİ, ‘4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme’, *LEGAL*, S.1 (2004 Ocak-Şubat-Mart), s.21.

³ Bkz.: 5538 Sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. R.G. 12.07.2006 T., No.26226.

VIII. fıkranın ifadesi, kamu kurum veya kuruluşlarının veya bunların sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıkların, 2. maddenin VI. ve VII. fıkralarındaki sınırlamalara tabi olmayacakları anlamını vermektedir. Bu durum bir taraftan kamu kurum ve kuruluşlarında alt işverenler yanında çalışan işçileri bazı konularda talepte bile bulunamayacak konuma iterken, işveren olarak kamu kurum ve kuruluşlarını da özel sektör işverenlerine karşı kayırılan, ayrıcalıklı bir hale getirmiştir. Düzenleme çok haklı ve yerinde olarak, doktrinde Anayasa'nın eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı şeklinde eleştirilmektedir⁴.

Dikkati çeken bir başka olumsuzluk ise, İş Kanununda yer almayan “yüklenici” kavramının fıkroda kullanılmış olmasıdır. “Yüklenici” kavramı esas olarak Kamu İhale Kanunu'nda kullanılan bir kavramdır. Yüklenici veya daha yaygın kullanılan şekliyle “müteahhit” kavramı bazen, hukuken doğru olmasa da taşeron veya alt işveren kavramlarıyla aynı anlamda kullanılmaktadır⁵. Borçlar Kanununun 355. maddesinde “iş sahibine ücret karşılığında bir iş (eser) yapmayı taahhüt eden kişi”, “müteahhit” olarak tanımlanmıştır. Devlet İhale Kanununun 4. maddesine göre ise yüklenici (müteahhit), “üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli” olarak tanımlanmaktadır. Bütün bunlar dikkate alınacak olursa, yüklenicilerin (müteahhitlerin), aldıkları işi sonuçlandırmakla yükümlü kişiler olduğu söylenebilir. Aldıkları işi sonuçlandırabilmek için yükleniciler işi bizzat kendileri yapabilecekleri gibi, kendi idare ve kontrolleri altında başkasına da yaptırabilirler. Hatta işin bir bölümünü başkasına da devredebilirler. İşte bu durumda da işin bir bölümünü yükleniciden devralan kişi alt işveren olarak karşımıza çıkabilir. Yüklenici dışında, asıl iş sahibi de, işin bir bölümünü kendisi yapıyor, bir bölümünü başkasına yaptırıyorsa asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilir. Ancak asıl iş sahibi işin tamamını bir başkasına yaptırıyorsa yani kendi işçileri yoksa, kendisi üretim yapmıyorsa alt işverenden söz edilemez. Böyle bir durumda asıl iş sahibi-yüklenici (müteahhit) ilişkisi kurulmuştur. Uygulamada “işin anahtar teslimi verilmesi” şeklinde ifade edilen bu durum, ihale ile verilen işler için de geçerli olabilir. Kısacası, ihale ile işin tamamı verilmişse, işin tamamını yapacak olan yüklenicidir.

İşin sadece bir bölümü ihaleye veriliyorsa, asıl iş sahibinin, ihaleye verilemeyen işleri kendi işçileriyle yapan bir işveren olması durumunda, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ortaya çıkar. Bu durumda ihaleyle iş alan kişi yüklenici değil, alt işveren olacaktır.

⁴ Bkz.: Gülsevil ALPAGUT, 'Üç Yıllık Uygulamanın Ardından Alt İşveren Uygulamasında Yeni Arayışlar', *Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası* (Mayıs-Haziran 2006), s.3; Ömer EKMEKÇİ, 'Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali', *LEGAL*, S.R, 2006, s.1176-1177.

⁵ Bkz.: Nüvit GEREK / İlhan ORAL, "Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar", *SİCİL*, S.1 (Mart 2006), s.29-31.

Bütün bunlardan çıkartılacak sonuç, yüklenici kavramının alt işveren kavramından farklı olduğu ve bunun da İş Hukuku açısından çalışma-çalıştırma ilişkilerinde yeni ve gereksiz tartışmalara yol açabileceğidir. Çünkü bir kere alt işverenden farklı olarak, yüklenici, işçi çalıştırmadan işi bizzat kendisi yapabilecektir. Gene alt işverenden farklı olarak, kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklara ait işyerlerinde yani asıl işverene ait işyerlerinde yüklenicinin işçi çalıştırması zorunlu değildir. Yüklenici kendisine ait işyerlerinden de istenen hizmetleri verebilir. Hazır yemek servisi yapmak üzere ihale alan bir yüklenicinin durumu böyledir. Nihayet çok önemli üçüncü bir fark da, alt işveren aldığı işin bir bölümünü başkalarına devredemezken, yüklenicinin isterse ve sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, işin bir bölümünü başkasına devredebilmesidir. Kuşkusuz, 4857 Sayılı İş Kanununa tabi asıl işveren-alt işveren ilişkisi ortaya çıkmadıkça, Kanunun 2/VI. ve 2/VII. fıkralarındaki sınırlamaların da uygulama alanı olmayacak ve anlamsız hale gelecektir.

5538 Sayılı Kanunla eklenen IX. fıkra da eleştiriye açık düzenlemeler getirmektedir. IX. fıkra, **“Sekizinci fıkrada 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. Sekizinci fıkrada belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumdaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;**

- a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,
- b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz”

Bir kere, VIII. fıkra değişikliği kendi içinde değerlendirilecek olursa, ortaya çıkan anlam şudur:

Kamu Kurum ve Kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4857 Sayılı İş Kanununun 2. maddesinin VI. ve VII. Fıkralarındaki, koruyucu nitelikteki sınırlamalar geçerli olmayacaktır. Bir başka işveren aracılığıyla işçi çalıştırabilecektir ve bu işçiler 2. maddenin VI. ve VII. fıkralarındaki sınırlamalardan yararlanamayacakları için, VII. fıkrada yer alan “...alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.” ifadesine dayanarak herhangi bir talepte bulunamayacaklardır.

VIII. fıkra, asıl işveren dışındaki bir başka işveren, “yüklenici” olarak ifade edilmiştir. Burada akla, “yüklenici, alt işveren olmadığına göre yüklenici tarafından çalıştırılan işçiler VI. ve VII. fıkra hükümlerinden yararlanamayacak, ancak alt işveren tarafından çalıştırılan işçiler herhalde yararlanmaya devam edecekler” düşüncesi gelmektedir.

Ancak IX. fıkra hükmü de değerlendirildiğinde böyle düşünmenin de olanaksız hale getirildiği anlaşılmaktadır. Çünkü bu fıkra **“Sekizinci fıkra 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”** ifadesi yer almaktadır.

Bu durumda asıl işveren dışında ve yüklenici dışında kalan işverenler ancak alt işverenler olabileceğine göre, alt işveren işçilerinin de VI. ve VII. fıkradaki koruyucu sınırlayıcı hükümlerden yararlanmayacakları hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak kadar açıktır. Ayrıca ihaleyi alarak ihalenin konusu olan işi işçi çalıştırmadan bizzat kendileri çalışarak yapanların da yani bu şekilde iş alan ve yapan yüklenicilerin de aynı hükümlere tabi olacakları ifade edilmektedir. İhale ile iş alan ve bu işi bizzat yapan kişiler işçi sayılamayacaklarına göre bunların toplu iş sözleşmelerinden ve diğer işçilik haklarından yararlanamayacaklarına ilişkin hüküm anlamsız kalmaktadır.

Söz konusu IX. fıkra, kamu kuruluşlarında hizmet alım ihaleleri kapsamında çalıştırılacak alt işveren işçileri ile ilgili olarak eleştiriye açık bir başka düzenleme daha bulunmaktadır. Buna göre hizmet alım ihalelerine ilişkin sözleşme ve şartnamelere, işe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarına bırakılması yönünde hüküm konulamayacaktır. Ayrıca bu işyerlerinde daha önce hizmet alım ihaleleri kapsamında ya da geçici işçi statüsünde çalışmış olanların çalıştırılmaya devam edilmesi yönünde hüküm de konulamayacaktır. Bu düzenleme bu işyerlerine, bu işyerlerinde ihale ile iş alan yüklenici veya alt işverenlere ve çalışan ve çalışacak olan işçilere ne gibi bir yarar sağlayacaktır bu hususu anlamak mümkün değildir. Çalışacak işçilerin belirlenmesinde asıl işveren durumundaki kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarının bir tercih belirtmelerinin, bir ölçüde söz sahibi olmalarının, kime ne zararı olabilir. Aynı düşünce, hizmetinden memnun kalınmayan işçilerin işten çıkartılmalarında da söz konusu olabilir. Hizmet alım ihalelerinin ilgili yasa hükümleri uyarınca yıllık olarak yapıldığı düşünülürse, daha önce bu işyerinde çalışmış olanların çalıştırılmasına devam edilmesinin önlenmek istenmesi de çeşitli sakıncalar taşımaktadır. İhaleyi alan yüklenici aynı yüklenici olsa da, değişerek başka bir yüklenici işe devam etse de durum fark etmemektedir. Daha önce çalışmış olanların çalışmaya devam etmesi istenmemektedir. Bu durum asıl işyerleri için, her yıl çok sayıda işçinin

değişmesinin yol açacağı acemilik, verim düşüklüğü, işe ve çevreye uyum gibi sorunların her yıl tekrar yaşanması anlamına gelebilir. Yüklenici veya alt işverenler açısından da her yıl belirli sayıda ve istenilen nitelikte uygun işçilerin yeniden aranıp bulunması kolay değildir. Üstelik bunun onlara sağlayacağı pek bir yarar da yoktur. Asıl zarar görecektir olanlar ise işçiler olacaktır. İşsizliğin yaygın olduğu ülkemizde aynı işyerinde bir ihale döneminden fazla çalışamayacağını bilen işçiler hangi motivasyonla işe sarılacaklardır? Doğal olarak her an için daha güvenli bir işyeri arayışında olacak ve böyle bir fırsat buldukları anda işi bırakacaklardır.

Olumsuzluklarına değinmeye çalıştığımız düzenleme, asıl işvereni ve yüklenicileri ve alt işverenleri, olsa olsa kıdem tazminatı yükümlülüklerinden ve ücretli izin yükümlülüklerinden kurtaracaktır. Böyle bir sonuç isteniyorsa, iş güvencesine ilişkin hükümlerin de diğer koruyucu İş Hukuku düzenlemelerinin de anlamı kalmamış demektir.

Kaldı ki IX. fıkra hükümlerine aykırı olarak uygulamalar yapılırsa, yazılı olarak hüküm konmadan taraflar aralarında anlaşarak işleri sürdürürlerse, bunun takibi ve tespiti nasıl yapılacaktır? Yaptırımı taraflar açısından nasıl olacaktır? Bu soruların da açık bir cevabı bulunmamaktadır⁶.

Esasen kamu kurum ve kuruluşlarında hizmet alım ihaleleri kapsamında çalıştırılan alt işveren işçilerinin sorunları 5538 Sayılı Kanunla getirilen düzenlemelerden önce de vardı. Yeni düzenlemeler sorunları daha da ağırlaştırmıştır.

Kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarına ait işyerlerinde, alt işverenler yanında çalışan işçilerin durumu, bazen 4857 Sayılı Kanunda düzenlenen alt işveren müessesine uysa da çoğunlukla uymamaktadır. Asıl işverenin işyerinde bir başka işverenin işçileri çalışıyorsa, ya alt işveren ya da yüklenici, bir başka işveren olarak bu işçileri çalıştırmaktadır. Bunların dışında geçici iş ilişkisi de söz konusu olabilir. Ancak uygulamalar gözden geçirildiğinde bunların hiçbirisinin tam anlamıyla gerçekleşmediği görülmektedir.

4857 Sayılı Kanunun öngördüğü gerçek anlamda alt işveren ilişkisinde alt işveren bağımsız ve ayrı bir işverendir. Bu çalışmanın konusuyla ilgili olarak, alt işverenin asıl işverene karşı sorumluluğu, ihale ile aldığı işi kendi işçileri ile yapmaktan ibarettir. Çalıştıracığı işçilerin seçilmeleri, işe alınmaları, kimin hangi konuda görevlendirileceği, ücretlerin tespiti ve ücretlerin ödenmesi, sigorta bildirimleri, sigorta primlerinin ödenmesi, gerektiğinde işten çıkartmalar ve işin sevk ve idaresi tümüyle alt işverene ait olmalıdır⁷. 4857 Sayılı Kanunun 2/VI. maddesi uyarınca, bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte

⁶ Bkz.: EKMEKÇİ, 'Kamu İşvereninin...', s.1178-1179.

⁷ Bkz.: Polat SOYER, '4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları', *SİCİL*, S.1 (Mart 2006), s.19.

sorumludur. Yani asıl işverenin alt işveren işçileriyle herhangi bir şekilde doğrudan çalışma-çalıştırma ilişkisi olmayacak, sadece bu işçilere karşı belli konularda alt işveren ile birlikte müteselsil sorumlu olacaktır⁸. Oysa uygulama böyle değildir. Alt işveren işçileri çoğu kez alt işveren veya alt işverenin vekilleriyle karşılaşmamakta hatta onları tanımamaktadırlar. Alt işveren işçileri, görevlendirildikleri kamu kurum ve kuruluşlarının birimlerinde bu birimlerin yöneticilerine muhatap olmaktadır. Yani asıl işverenin işveren vekillerine muhatap olmaktadır. İşin görülmesi ile ilgili talimatları onlardan almakta, onlar tarafından denetlenmekte ve izin için onlara başvurumaktadırlar. Genellikle, alt işverenin asıl işyerinde bir irtibat bürosu bulunmakta buradaki az sayıda görevli, belli kayıtları yapmakta, hasta sevklerini yapmakta, bordroları hazırlamakta ve bunların ötesinde işin gördürülmesinde, çalışanların sevk ve idaresinde önemli bir rolleri bulunmamaktadır⁹. Böyle bir düzen içerisinde çok sayıda işçinin onlar tarafından gerektiği gibi idare edilmesi ve denetimi de zaten fiilen olanaksızdır. İhtiyaç duyulan hizmetlerin yapılması ve işlerin gördürülmesi açısından belki bu durum önemli bir sakınca yaratmamaktadır. Hatta işçilerin yönetim ve denetiminin asıl işverenin vekilleri tarafından yapılmasının daha yararlı olduğu bile söylenebilir. Ancak bu durumda kanunun öngördüğü anlamda bir alt işveren ilişkisinden söz edilemez. İhale dönemleri sona erdiğinde yeni dönem için ihaleyi bazen aynı alt işveren yeniden almakta, bazen de yeni bir alt işveren devreye girmektedir. Her iki durumda da çoğunlukla çalıştırılan işçiler aynı kişiler olmaktadır. Aynı kişilerin çalışmaya devam etmesi asıl işverenin çeşitli açılardan tercih nedeni olmaktadır. Burada hizmetinden memnun kalınan işçilere duyulan güven önemli bir faktördür. Alt işverenler ise asıl işverenin memnun olduğu kişileri çalıştırmaya devam etmekle bir sorun yaşamamakta, ayrıca yeterli sayıda uygun nitelikte işçi arayıp bulma telaşından kurtulmaktadırlar. Çalışan işçiler ise kamu kurum veya kuruluşlarının veya ortaklıklarının işyerlerini asıl işyerleri olarak değerlendirmekte, alt işverenler değişse bile aynı yerde çalışmaya devam edebildikleri sürece kendilerini güvende hissetmektedirler. Günün birinde asıl işyerinde daimi bir işçi kadrosuna atanabilmek doğal olarak en büyük beklentileri olmaktadır.

Uygulamada, kanunun öngördüğü anlamda bir alt işveren-asıl işveren ilişkisinin dışına çıkıldığı açıkça görülmektedir. Uygulamalar “geçici iş ilişkisi” düzeni ile de açıklanamaz¹⁰. Çünkü 4857 Sayılı Kanununun 7. maddesine göre, **“işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir**

⁸ Bkz.: Yarg. 9.H.D., 26.06.2006 T., E.2006/15271, K.2006/18903.

⁹ Bkz.: SOYER, ‘4857 Sayılı İş Kanunu Açısından...’, s.20-21.

¹⁰ Bu konuda örnek Yarg.Kararı için bkz.: Yarg.9.H.D., 05.07.2006 T., E.2006/777, K. 2006/19958.

işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur”.

Bir kere, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet alım ihaleleri ile alt işverenlere iş vermeleri ilişkisinde, aynı holding veya şirketler topluluğu içersindeki iki işyeri arasındaki ilişkiden çok farklı bir durum vardır. İhaleyi veren ve alan, aynı hukuki durumdaki iki şirket değildir. İkincisi hizmet alım sözleşmesinin konusu işçi devri değildir. Üçüncüsü, geçici iş ilişkisinde, işçi devreden işverenin işçisi olmaya devam etmektedir. Nitekim belirli bir süre sonra, altı ay sonra, iki defa yenileme olursa on sekiz ay sonra devreden işverenin yanına geri dönecektir. Onunla arasındaki hukuki bağ hiç kesilmeyecektir¹¹. Oysa alt işveren ilişkisinde, çalıştırılan işçilerin alt işverenin işçileri olması ve asıl işveren konumundaki kamu kurum veya kuruluşu ile bir hukuki bağının bulunmaması esastır. Dördüncü bir fark da süre sınırı ile ilgilidir. Geçici iş ilişkisi en çok on sekiz ay devam edebilecektir. Oysa alt işveren işçileri için böyle bir sınır yoktur. Daha doğrusu özel sektör uygulamalarında olamayacaktır. Kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet alım ihaleleri kapsamında çalışanlar için 2. maddenin IX. fıkrası anlamsız bir sınırlama öngörmektedir. Ancak değinmeye çalıştığımız gibi bu da kabul edilebilir ve uygulanabilir bir sınırlama değildir. Belki, geçici iş ilişkisi düzeniyle tek benzerlik, alt işverenlerin, işçilerini kendilerinin yönetmeyip kamu kurum ve kuruluşlarının yönetimine tahsis etmeleri noktasında görülebilir.

Konuya işçi bulmaya aracılık etme faaliyetleri açısından yaklaşılacak olursa, bu da söz konusu değildir. Çünkü aracılık faaliyetlerinde işçiler neticede asıl işyerinin işçileri olmakta ve aracı kurum ile bir hukuki bağ, çalışma-çalıştırma anlamında doğmamaktadır. Belki de çoğu zaman işçiler işe girmek için önce kamu kurum ve kuruluşlarına başvurmakta ve onlar tarafından alt işverenlere başvurmaları konusunda yönlendirilmektedirler. Zaten hizmet alım ihalelerinin konusu da işçi bulmaya aracılık faaliyetleri ile ilgisizdir.

Ele almaya çalıştığımız konu ile ilgili olarak yaşanan sıkıntılar kamu kurum ve kuruluşlarının ve bunların ortaklıklarının hizmet alım ihaleleri kapsamında alt işverenlere iş vermelerinde kanunun öngördüğü gerçek anlamda bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin uygulanamıyor olmasından ibaret değildir.

İhalelerde ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarında hizmet ihalesi alabilmek alt işverenler için oldukça çekici hale gelmiştir. Kendilerine yapılan ödemeler ufak tefek gecikmeler dışında garantili ödemelerdir. Kamu kurum ve kuruluşlarında özellikle temizlik ve özel güvenlik ihalelerinin yaygın olduğu görülmektedir. Ödemelerin garantili olması yanında, ihaleyi aldıktan sonra işçiler kamu kurum ve kuruluşlarının sevk ve idaresine, denetimine bırakıldığından, alt işverenler çalışanların yönetimi açısından hemen hemen hiçbir sıkıntı ve sorumluluk yaşamamaktadırlar. Kamu kurum ve kuruluşlarından hizmet

¹¹ Bkz.: İlhan SERİN, ‘4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi’, *LEGAL*, S. 7 (2005), s.1060-1070.

alım ihalesi kazanmanın bu tür avantajları nedeniyle, ihaleleri kazanamayanlar itirazlarda bulunmakta ve sık sık iptaller yaşanmaktadır¹². İhaleyi kazanmak için başvuran kişi ve grupların kendi aralarındaki mücadeleler bazen tehdit ölçüsüne varmakta ve bu durum doğrudan kendileriyle ilgili olmasa da kamu kurum ve kuruluşlarını tedirgin etmektedir. Kamu inşaat ihalelerinde şikayet konusu olan ihale çetelerinin, hizmet alım ihalelerinde de sıkça rastlanan bir durum haline gelmesi sürpriz olamayacaktır. Bir hizmet alım ihalesinin iptali çeşitli sıkıntılara yol açmaktadır. Yeni bir ihalenin ne zaman tamamlanabileceği ve yeni bir iptal riskinin ortaya çıkıp çıkmayacağı belirsiz olmaktadır. Hizmet alım ihalesinin konusu olan işler aksamakta, bu nedenle kamu kurum ve kuruluşları ciddi sıkıntılar yaşamakta ve işçiler ortada kalmaktadır. Zorunlu olarak bir yıldan kısa süreli pazarlık usulü anlaşmalar yapılarak hizmetlerin aksamamasına çalışılmaktadır. Ancak özellikle temizlik ve güvenlik hizmetlerinin, sağlık hizmeti ve eğitim hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşlarında aksaması hiç arzu edilmeyen durumlardır.

Bütün bu olumsuzluklardan en çok işçiler etkilenmektedirler. Büyük çoğunluğu işten çıkartıldıkları zaman kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamadıklarını bilememekte, kime nereye başvurmaları gerektiğini bilememekte ve bu konuda hak kaybına uğramamaktadırlar¹³. Yıllık ücretli izin haklarını tam olarak kullanamayan hatta yıllardır hiç yıllık izin kullanmadan çalışan işçiler vardır.

Ayrıca Kamu İhale Kurulu da hizmet alım ihalelerinde, hizmet alımı yerine aslında özellikle üniversitelerde yeni bir istihdam türü ortaya çıktığı gerekçesiyle tereddütler yaşamaktadır¹⁴. Dolayısıyla uygulamalardan pek çok kesim memnun değildir.

SONUÇ:

Kamu kurum ve kuruluşlarında hizmet alım ihaleleri kapsamında çalıştırılan alt işveren işçilerinin önemli sorunları vardır. Uygulamada gerçek anlamda bir alt işveren ilişkisi görülmemekte ve işçilerin sevk ve idaresi ve denetimleri alt işverenler tarafından değil, kamu kurum ve kuruluşlarının yöneticileri tarafından yapılmaktadır. Hizmet alım ihalelerinin yıllık yapılması

¹² İptaller genellikle 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 53. maddesine dayanılarak hazırlanan Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin, 9. maddesinde düzenlenen "Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde yaklaşık maliyet" konusunda çıkmaktadır. Bkz.: İlgili Yönetmelik, 22.6.2005 tarihli ve 25853 No'lu Resmî Gazetede Yayınlanan Değişik Md.9.

¹³ Bkz.: Nüvit GEREK, 'Kıdem Tazminatı Fonu Artık Devreye Girmelidir', *LEGAL*, S.4 (Ekim-Kasım-Aralık 2004), s.1294-1296.

¹⁴ Bu konuda örnek Kamu İhale Kurulu Kararı için bkz.: Toplantı No: 2006/21, Gündem No:60, Karar Tarihi: 01.05.2006, Karar No: 2006/VH. Z-1075.

zorunluluğu, her yıl ihale sıkıntılarının yaşanmasına, iptallere, hizmetlerin aksamasına ve çalışan işçilerin mağdur olmasına neden olmaktadır. 5538 Sayılı Kanun ile 4857 Sayılı Kanunun 2. maddesine eklenen VIII. ve IX. fıkralar kamu kurum ve kuruluşlarında zaten sadece görünürde alt işverenler yanında çalıştırılan işçilerin durumunu daha da zorlaştıracak niteliktedir.

Kamudaki işgücü maliyeti düşürülmek isteniyorsa bunun yolu kamu kurum ve kuruluşlarını özel sektör kuruluşlarına karşı imtiyazlı hale getiren yasal düzenlemelerle, hizmet alım ihaleleriyle alt işveren uygulamalarını yaygınlaştırmak olmamalıdır. Zaten uygulamada kanunun öngördüğü anlamda asıl işveren-alt işveren ilişkisi çoğunlukla görülmemektedir.

Hizmet alım ihalelerinde alt işverenlerin kâr payları düşünüldüğünde, kamudaki işgücü maliyetinin ne kadar azaldığı, bu yolla devletin ciddi bir tasarruf sağlayıp sağlayamadığı da tam olarak bilinmemektedir. Mevcut uygulamalardan, kamu kurum ve kuruluşları yaşadıkları sıkıntılardan ötürü memnun değildir. Bu kapsamda çalışan işçiler çeşitli mağduriyetlerinden ötürü memnun değildir. Sadece hizmet alım ihalelerinde ihaleyi kazanan alt işverenler sistemden memnun görünmektedir. Çaresiz insanları, kıdem tazminatlarından, yıllık ücretli izin haklarından, sendikal haklarından, sürekli çalışma olanağından yoksun bırakarak kamudaki işgücü maliyetini düşürmeye çalışmak, sağlıklı bir sosyal politika yaklaşımı değildir. Bunun yerine kamuda istikrarlı bir personel politikası izlenmelidir. Kamu kesiminde daimi işçi kadrolarında sendikal işçi olarak çalışanlar için gerçek anlamda bir toplu pazarlık sistemi işletilememektedir. Ücret zamları, üretim, verimlilik gibi kriterler dikkate alınarak değil, siyasi konjonktüre bağlı olarak tespit edilmektedir. Bu uygulama, kamu çalışanları arasında ücret uçurumları yaratmaktadır.

Kamuda istikrarlı, düzenli ve verimli bir personel politikası, mutlaka siyasi değerlendirmelerin dışında kalan bir ulusal ücret politikası olmalıdır.

Kıdem tazminatı fonunun bir an önce uygulamaya konması ve kamu kurum ve kuruluşlarına hizmetine ihtiyaç duyacakları işçileri bizzat kendilerinin herhangi bir aracı müessese olmadan çalıştırabilme olanağının sağlanması, sıkıntıları ve sorunları tümüyle çözemese de mutlaka bugün yaşananlardan daha az sorunlu bir çalışma ortamı hazırlayacaktır.