

HİZMET ALIM İHALELERİNDE YILLIK ÜCRETLİ İZİN SORUNU

Yard.Doç.Dr.Mehmet Nusret BEDÜK

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD.
Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Yıllık izin ücretlerinin puantaja dâhil edilerek sözleşme bedelinin tam olarak fatura edilmesi, yüklenici (alt işveren) lehine haksız kazanç sağladığı ve bundan dolayı kamu zararına neden olduğu, Sayıştay denetimlerinde tespit edilerek sorumlular hakkında (idari) soruşturma başlatılmaktadır. Bu durum karşısında, işçilerine yıllık ücretli izin kullandırdığı için, çalışmayan personelin izin ücretleri yüklenicinin hak edişinden kesilerek, ödenmemektedir. Bunun üzerine eksik ödenen alacaklar için kamu idaresi aleyhine icra takibi yapılmakta, haliyle borca itiraz edildiği için, dava açılarak, itirazın iptali ve haksız itiraz nedeniyle alacağın % 40'ından aşağı olmamak üzere icra inkâr tazminatına hükmedilmesi dava ve talep edilmektedir. Her iki durumda idare, kamu zararına yol açacak bir açmazla karşı karşıya kalmaktadır.

Kamu idareleri ile yükleniciler arasında çıkan bu tür uyuşmazlıklar ticari nitelikte olup, açılan davalar ticari davalardır. Fakat uyuşmazlık konusu, yıllık izin ücretine ilişkin olması bakımından iş hukuku ile yakından ilgilidir. Çünkü sorun, işçinin yıllık izin hakkı ve dolayısıyla ücret alacağına ilişkindir. Söz konusu uyuşmazlık, dolaylı olarak işçiler aleyhinde haksız sonuçlara yol açacağı için, böyle bir uygulamanın kamu ihale ve iş hukuku mevzuatı açısından değerlendirilmesinde yarar görüyoruz.

Bu çalışmamızda öncelikle kamu kurum ve kuruluşlarında yapılmakta olan kamu ihalesi ve bunun sonucu olarak yüklenici ile

bağitlanan hizmet alım sözleşmelerine ilişkin genel bilgi verilecek ve daha sonra, bu tip sözleşmelerden doğan, somut uyuşmazlık konusu olan, yüklenici işçilerinin yıllık ücretli izin sorunu üzerinde durulacaktır.

I. KAMU İHALESİ YOLUYLA YAPILAN HİZMET ALIM SÖZLEŞMESİ

A) Genel Olarak İhale Süreci

Kamu idareleri adına yapılan hizmet alımları, esas itibarıyla kamu ihale mevzuatı çerçevesinde gerçekleşmektedir. Hizmet alım(ı) ihaleleri bütçe yılı esas alınmak suretiyle yapılmaktadır. Yapılacak ihale için önceki yılın ikinci altı ayı içinde hazırlıklara başlanılır ve ihale 31 Aralık itibarıyla sonuçlandırılır. Bu şekilde 01 Ocak - 31 Aralık tarihlerini kapsayan bir sözleşme yapılır. İhaleler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan Kamu İhale Yönetmeliği ve Tebliği çerçevesinde yapılır¹. Kamu İhale Kurumundan ihale kayıt numarası alınarak teknik şartname, idari şartname ve sözleşme tasarısı hazırlandıktan sonra, Kamu İhale Bülteninde yayınlanması sağlanarak tüm istekli olabilecek yüklenicilerin bilgisine sunulur.

Kamu idareleri tarafından hazırlanan şartnamelerin, kamu ihale mevzuatına uygun olması gözetilir. Hazırlanan şartnameler, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan Kamu İhale Yönetmeliği ve Tebliğlerde öngörülen kriterlere uygun değilse, bu durum zeyilname ile düzeltilmekte veya itiraz halinde Kamu İhale Kurulu tarafından ihale iptal edil(ebil)mektedir.

Yasal bir ihale süreci şu şekilde gerçekleşmektedir²:

Kamu idaresi, öncelikle ihtiyacı belirler. Örneğin bir rektörlüğün temizlik ihtiyacı söz konusu ise, bu ihtiyacın giderilmesi için temizlik hizmeti satın alma yoluna gidilir. Zaten o yılın mali yılı bütçesine yeterli ödenek konulması yönünde planlamalar yapılmıştır. Üniversitenin kampüs binaları ve çevresinin 2012 mali yılı temizlik ihtiyacı Kamu

¹ Kamu (alımları) ihale süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., AKSOY Mehmet /ŞİMŞEK Mehmet, En Son Değişikliklerle (Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında) Kamu Alımları İhale Süreci (Mal ve Hizmet Alımları İle Yapım İşleri), Ankara 2010.

² Bkz. AKSOY/ŞİMŞEK, s.61 vd.

İhale Kanununun 62. maddesi gereğince 2011 mali yılı sona ermeden İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığı'nca (ihale işlemleri) yürütülür.

İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığı'nca söz konusu temizlik hizmetine ilişkin teknik şartname hazırlanır. Hizmet Alımları Yönetmeliği'nin 9. maddesi gereğince yaklaşık maliyeti bir önceki yılın ihale tutarı esas alınıp gerekli güncellemeler yapılmak suretiyle hazırlanır ve onaya sunulur³.

Hizmet alım ihaleleri genelde açık ihale usulüyle yapılır⁴. Başkanlıkça, açık ihale usulüne uygun olarak ihale dokümanı standart formlara uygun biçimde, ihale onayı alınmadan önce hazırlanır. Hazırlanan ihale dokümanı 1) İdari şartname, 2) Teknik şartname, 3) Birim fiyat sözleşme tasarısı, 4) Hizmet işleri genel şartnamesi ve 5) Standart formlardan oluşur.

İhale onayının alınmasından önceki aşamalar, ihaleye çıkılabilmesi için gerekli hazırlıkları içermektedir. Bu adımları gerçekleştirmiş olan idare, artık ihaleye çıkmaya hazırdır. İhale edilecek işe ait, yaklaşık maliyet hesap cetveli, ihale dokümanı ve diğer belgeler onay belgesine eklenir ve bu onay belgesi ihale yetkilisince onaylanır. Başkandan ihale onayının alınmasından sonra, ihale ilânından önce Kamu İhale Kurumu'ndan ihale kayıt numarası alınır. Bu numara standart formlara ve ihale dokümanına yazılır.

Temizlik İhalesi İşlem dosyasının içinde; onay belgesi, yaklaşık maliyet hesap cetveli, ihale dokümanı, ilân metni yer alır. Başkanlık, temizlik ihalesi işlem dosyasının birer örneğini, gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla, ilânı izleyen üç gün içinde kurulan ihale komisyonu üyelerine verir. Daha sonra, ihale ilanına çıkılır.

İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan ve her sayfası onaylanan ihale dokümanı adaylar veya istekliler tarafından idarenin ilanda belirtilen adresinden temin edilir.

İsteklilerce teklifler sunulur ve değerlendirilir. İhale sonucu ilan edilir. İhaleyi alan yüklenici istenilen belgeleri ve kesin teminatı yatırmak ve diğer yasal yükümlülüklerini yerine getirmek üzere ihale konusu sözleşmeyi imzalamaya davet edilir. İhaleye ilişkin İdareye veya

³ 2012 yılı işçilik gideri Kamu İhale Kurumu sitesinde yer alan işçilik hesaplama modülü ile maliyet hesabı yapılır.

⁴ Açık ihale usulü, tekliflerin açık olması değil, ihalenin herkese açık olması demektir.

Kuruma herhangi bir itiraz veya şikayette bulunulmamışsa, ihaleyi kazanan yüklenici ile sözleşme imzalanır⁵.

B) Hizmet Alım Sözleşmesinin Yapılması

Aşağıda açıklanacağı üzere, ihaleyi yapan idare ile yüklenici (firma) arasında yaşanan uygulama sorunu, aslında iş hukuku kapsamında değerlendirilmesi gereken, anayasal bir hak olan çalışanların yıllık ücretli izin hakkının kullandırılmamasından kaynaklanmaktadır. Taraflar arasındaki hukuki ilişki ise, ihale süreci sonunda akdedilen hizmet alım sözleşmesine dayanmaktadır. O nedenle hizmet alım sözleşmesine ilişkin kısa bir açıklama yapmakta yarar vardır.

Kamu kurum ve kuruluşları ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri genellikle ihale ile alım yoluna gitmektedir. Kamu alımlarına konu olan mal ve hizmetler, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4. maddesinde tanımlanmıştır. Bu Kanunun uygulanmasına göre mal, satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları ifade eder. Hizmet ise, bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını vb. diğer hizmetleri ifade eder. Uygulamada hizmet alım sözleşmelerinin daha çok temizlik, yemek ve güvenlik hizmetleri için yapıldığı görülmektedir.

Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tıp Sözleşmeler Resmî Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tıp Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Tıp Sözleşme esaslarına aykırı olmamak ve Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından matbu olarak hazırlanması mutad olan sözleşmeler kullanılabilir (md.5).

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan ihaleler sonucunda, ne tür sözleşmeler yapılabileceği Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Hizmet alım sözleşmesi bakımından taraflar;

⁵ AKSOY/ŞİMŞEK, s.395-408.

1. Hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşmesi⁶,

2. Hizmet alımı işlerinde işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşmesi

düzenleyebilmektedir.

Uygulamada kamu idaresi ile yüklenici arasında hizmet alımlarına ilişkin daha çok götürü bedel şeklinde (bir) tip sözleşme yapılmaktadır. Bu sözleşmede sözleşme bedeline dâhil olan giderler taraflarca (daha doğrusu idarece) belirlenmektedir. Çoğu zaman ilave işler nedeniyle meydana gelebilecek artışlar dâhil olmak üzere taahhüdün yerine getirilmesine ilişkin ulaşım, vergi, resim ve harç giderleri, işçilik ücreti, personele verilecek yemek, yol ve giyim bedeli sözleşme bedeline dâhil edilmektedir. İlgili mevzuat uyarınca hesaplanacak Katma Değer Vergisi ise, sözleşme bedeline dâhil olmayıp idare tarafından yükleniciye ödenmektedir.

Kanun'un 7. maddesinde sözleşmelerde yer alması zorunlu unsurlar da belirlemiştir. Buna göre, sözleşmelerde şunlar yer almalıdır;

- a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.
- b) İdarenin adı ve adresi.
- c) Yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas adresi.
- d) Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları.
- e) Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi.
- f) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı.

⁶ Götürü bedel hizmet alım sözleşmesi bir eser sözleşmesi (istisna akdi) niteliğinde bir sözleşme değildir. Çünkü sonuçta temizlik işi yapılmaktadır. Eser sözleşmesinden bahsedebilmek için, bir şeyin imalatı, vücuda getirilmesi söz konusu olmalıdır.

Kamu-İş; C:12, S:4/2012

- g) Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği.
- h) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı.
- i) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.
- j) Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar.
- k) Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar.
- l) Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar.
- m) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları.
- n) Gecikme halinde alınacak cezalar.
- o) Mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler.
- p) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar.
- r) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar.
- s) Sözleşmede değişiklik yapılma şartları.
- t) Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar.
- u) Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları.
- v) İhale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu.
- y) Anlaşmazlıkların çözümü.

II. HİZMET ALIM SÖZLEŞMESİ İLE İŞÇİ ÇALIŞTIRILMASI

A) Genel Olarak

Günümüz ekonomik şartları ve ulaşılan teknolojik gelişmeler, daha fazla uzmanlaşmaya dayalı iş bölümünü kaçınılmaz hale getirmiştir. Mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri başka işverenlere vermek, daha az maliyetli ve sorunsuz bir istihdam imkânı sağladığı için çoğu işveren, alt işveren ilişkisini tercih etmektedir⁷. Aynı şekilde, çalışma hayatında duyulan

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. CANBOLAT Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992; aynı yazar, "Kamuda Yeni İstihdam Türü Olarak Uygulanan Hizmet Alım Sözleşmeleri" (Hizmet Alım Sözleşmeleri), Kamu'da Sosyal Politika, Ankara Temmuz 2011, s.12 vd.; EKONOMİ Münir, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi" (Alt İşveren İlişkisi), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal, Vefa Toplantıları (II), Prof.Dr.Nuri ÇELİK'e Saygı, İstanbul 2008, s.22; GÜZEL Ali, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", (Alt İşveren İlişkisinin Sınırları), Çalışma ve Toplum, 2004/1 (1), s.33; aynı yazar, "Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri", Çimento İşveren, C.7, S.5, Eylül 1993, s.7; SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010, s.141 vd.; ESENER Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, s.79; ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s.45 vd.; NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri-I, İzmir 1998, s.111-112; CENTEL Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.66; aynı yazar, Tankut, "Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik", SİCİL, İHD, S.10 Haziran 2008, s.5; ŞAHLANAN Fevzi, "Türk İş Hukukunda Alt İşveren", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof.Dr. Kemal OĞUZMAN Anısına, İstanbul 1997, s.191; aynı yazar, "Türk Hukukunda Alt İşveren", İHD., C.2, S.3, Temmuz-Eylül 1992, s.325; TUNCAY A. Can, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi (Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçilerine Karşı Sorumluluğu - Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları), Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri (16-19 Mayıs 1991) Ankara 1991, s.65; SOYER Polat, "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları" (Alt İşveren İlişkisi), SİCİL, Mart 2006, s.20 vd.; SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010, s.18-19; KAPLAN E. Tuncay, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu", Prof.Dr.A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul 2005, s.153 vd.; AYDEMİR Murteza, Türk İş Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul 1993, s.119; AYDINLI İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, s.153 vd.; AKTAY Nizamettin, "Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar", Kamu-İş, Ocak 1994, s.11-12; AYKAÇ Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.31 vd.; GEREK Nüvit/ORAL İhan, "Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverene Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar", SİCİL İSGHD., Mart 2006, s.29 vd.; ŞEN Sebahattin, "Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi", Çalışma ve Toplum, 2006/3 (10), s.71 vd.; ÖZDEMİR Burhan, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Yargıtay'ın Konu Hakkındaki Yeni Kararı", Çimento İşveren, C.11, S.2, Mart 1997, s.3-4; ELBİR H. Kemal, "Asıl İşveren-Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler", İHD., Ocak-Mart 1991, s.5; ÇANKAYA Osman Güven, "Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar", Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002, s.15 vd.; ÖZVERİ Murat, "Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş

ihyaçtan dolayı, kamu işyerlerinde de asıl işveren - alt işveren ilişkilerine uygulamada sıklıkla karşılaşmaktadır⁸. Bu suretle devlet, kamu işyerlerinde alt işverenler vasıtasıyla işçi çalıştırarak asgari maliyetle dolaylı istihdam sağlamış olmaktadır⁹. Ancak bu gibi teşebbüsler; ekonomik açıdan makul karşılanabilirse de, alt işveren ilişkilerinde görüldüğü gibi, maliyetleri düşürmek adına çoğu zaman çalışan işçilerin bir takım haklarının kısıtlanması sonucunu doğurmuştur. İşverenlerin, daha düşük ücret ve çalışma şartlarıyla işçi çalıştırmak üzere alt işveren ilişkisi içine girmeleri ve muvazaalı şekilde işçi aleyhine işlemlerde bulunmalarından kaynaklanan uygulama sorunları, asıl işveren alt işveren ilişkisine ilişkin Kanun hükmünün ayrıntılı olarak düzenlenmesine yol açmıştır¹⁰.

Belirtildiği üzere kamu kurum ve kuruluşları; kamu ihale mevzuatında öngörülen esas ve usullere uygun olmak kaydıyla ve bütçeleri elverdiği ölçüde, ihtiyaç duydukları mal ve hizmetler için alımda bulunabilirler. Örneğin bir devlet hastanesi kamu ihalesi yoluyla götürü bedel sözleşmesi yaparak temizlik hizmeti alımında bulunabilir. Ancak, hizmet alımı adı altında kadro açıklarının kapatılması için dışarıdan personel temin edilmesi yasalara aykırıdır. Halbuki hizmet alım sözleşmesi adı altında işçi temin edilmesi, bu işçilerin sadece kâğıt üzerinde alt işveren işçisi olarak gözükmeleri, yanında çalıştıkları işvereni dahi tanımamaları ve alt işverenler değişmesine rağmen yıllarca aynı kamu kuruluşunda kadrolu işçiler ile birlikte çalışmaya devam etmeleri uygulamada çok sık rastlanan bir durumdur. Yasal olmamasına rağmen bugün halen, kamu kurum ve kuruluşlarının eleman açıklarını karşılamak için böyle bir istihdam yolunu tercih ettikleri, artık bilinen bir gerçektir¹¹.

Yasası", Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.383 vd.; SUBAŞI İbrahim, "İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi", Prof.Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011, s.125 vd.; KABAKÇI Mahmut, Kamu hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması, Prof.Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011, s.87 vd.

⁸ BAŞBUĞ Aydın, "Kamu İşyerlerinde Sıra Dışı İstihdam Uygulamaları: Taşeron İşçiliği ve Geçici Personel (4-C)", Kamu'da Sosyal Politika, Ankara Temmuz 2011, s.8 AYKAÇ, s.457.

⁹ BEDÜK Mehmet Nusret, "Kamu İşyerlerindeki Alt İşveren Uygulaması ve İşçi Alacağı Sorunu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.1, Y.2011, s.153, http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/images/linli_dos/dergi/cilt_19_sayi_1.pdf

¹⁰ Bkz. EKONOMİ, "Alt İşveren İlişkisi", s.23 ve dn.9'da gösterilen kaynaklar; ÇELİK, s.45-47; GÜZEL, "Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", s.31-65; TAŞKENT Savaş, "Alt İşveren", Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.363-366; AKYİĞİT Ercan, "Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?" (Kamuda Alt İşverenlik), TÜHİS, C.23, S.4, Mayıs 2011, s.4; aynı yazar, "Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları", SİCİL, Mart 2010, s.138-159; "Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı", TÜHİS, Kasım 2009-Şubat 2010, s.1-38; ÖZVERİ, s.383-399; BEDÜK, s.155.

¹¹ CANBOLAT, "Hizmet Alım Sözleşmeleri", s.18, 25.

B) Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması

Kamu işyerinde asıl işveren - alt işveren ilişkisinden sözü edilebilmesi için her şeyden önce İş K.md.2/7¹² anlamında bir asıl (kamu) işverenin, bir de alt işverenin bulunması gerekir. İş Kanunu, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmelerin tarafı olan kamu işverenlerinin, Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip olan ortaklıklar olduğunu belirtmiştir (md.2/9).

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin genel esasları, kamu işyerindeki uygulamalar için de geçerlidir. Bir kamu işvereninden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilir. Bu ilişkide kamu işvereni, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur (İş K.md.2/7).

Uygulamada, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alım(ı) sözleşmeleri yapılarak, kamu işyerlerinde alt işverenler vasıtasıyla işçi çalıştırılmaktadır. Bazen ihale makamı olarak işçi çalıştırmaksızın da belli bir işin görülmesi için kamu idaresi ile müteahhit arasında eser sözleşmesi yapılabilmektedir. Fakat, anahtar teslimi şartıyla, işi tümüyle müteahhide devir ve tesliminde, müteahhit ile ihale makamı arasında kurulan ilişki asıl işveren - alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilemez¹³. Taraflar arasında bir alt işveren sözleşmesi yapılacak ise, her iki tarafın işveren sıfatını (niteliğini) taşıması gerekir¹⁴. Ayrıca, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin

¹² 23.7.2010 tarihinde 6009 sayılı Kanun ile madde hükmüne yapılan ek düzenleme nedeniyle fıkra sayısı artmıştır. Bu hüküm daha önce, 2. maddenin 6. fıkrasında yer almaktaydı.

¹³ ÇELİK, "Uygulama Sorunları", s.165; SÜZEK, s.142; GÜZEL, "Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", s.40; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008, s.167; NARMANLIOĞLU, s.114; CANBOLAT, s.20; SOYER, "Alt İşveren İlişkisi", s.17; TAŞKENT, s.363; SÜMER, s.20; ALPAGUT Gülsevil, "4857 İş Yasası İle Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı", Ankara 2004, s.16-17; UŞAN M. Fatih, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", Kamu-İş C.10 S.1, 2008, s.81 vd.; Yarg.HGK., 24.5.1995, E.1995/9-273, K.1995/548, Tekstil İşveren, Eylül 1996, s.3; Yarg.21.HD., 14.5.2003, E. 2003/4721, K.2003/4643, Çimento İşveren, Eylül 2003, s.33-34.

¹⁴ Eleştirisi için bkz. AKYİĞİT, "Kamuda Alt İşverenlik", s.5-6; BEDÜK, s.171; KABAKÇI, s.92-93.

kurulabilmesi için, alt işveren işçilerini sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırması gerekir. O işyeri aynı zamanda alt işverenin işyeridir. İşyerinde çalıştırılacak işçi sayısı önemli değildir.

Asıl işverenle alt işveren arasındaki hukuki ilişki, eser sözleşmesi, taşıma sözleşmesi veya işletme kirası gibi alt işverenin belirli bir işin yapılmasını üstlendiği sözleşmelerle düzenlenir. Yoksa belirli işlerde çalıştırılmak üzere işçi teminine yönelik bir sözleşme, asıl işveren alt işveren ilişkisine esas teşkil etmez¹⁵.

İş Kanunu'nun 2. maddesine yapılan ek düzenlemede "yüklenici (müteahhit)" kavramına yer verilmiştir¹⁶. Aslında yüklenicinin kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklara ait işyerlerinde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Yüklenici, bu hizmeti kendi işyerinden de sağlayabilir. İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren müteahhit (tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi), alt yüklenicilere (taşeronlara) yaptırmayı düşündükleri işleri belirterek, tüm işi kendi işçileriyle yapmak yerine Kamu İhale Kanunu ve Teknik Şartnamelere uygun olarak işin bir bölümünü bir başka müteahhide verebilmektedir¹⁷. Özellikle hizmet alım ihaleleri bakımından değerlendirilecek olursa, eğer bir başka işveren, kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklara ait işyerlerinde ihale alarak işçi çalıştırıyor ve İş K.md.2/7'de öngörülen unsurlar mevcut ise, kamu işvereni ile arasındaki ilişki, alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilir¹⁸.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisini meydana getiren sözleşmeler genellikle belirli süreli yapılır. Bu ilişki geçici veya sürekli olabilir¹⁹. Taraflar, sözleşmeye, sözleşmenin yenilenmesi ve/veya sona ermesine ilişkin özel hükümler koyabilirler.

¹⁵ Yarg.9.HD., 18.12.2006, E.2006/32431, K.2006/33405, Çalışma ve Toplum, 2007/3 (14), s.255-257; Yarg.9.HD. 26.06.2006, E.2006/15117, K.2006/18653, Legal İSGHD, 2006, S.12, s.1477-1479; Yarg.9.HD. 05.06.2006, E.2006/9825, K.2006/16147, Legal İSGHD, 2006, S.12, s.1520-1522; YENİSEY Kübra Doğan, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" (Yargıtayın 2006 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s.30-31; SÜZEK, s.159; GÜZEL, "Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", s.40-41; SOYER, "Alt İşveren İlişkisi", s.17.

¹⁶ Eleştiri için bkz. EKONOMİ, "Alt İşveren İlişkisi", s.24 dn.11.

¹⁷ Alman hukukunda buna "tali müteşebbis ilişkisi" (subunternehmerverhaeltnis) denilmektedir (AKYİĞİT, "Kamuda Alt İşverenlik", s.2-3).

¹⁸ BEDÜK, s.173.

¹⁹ ÇELİK, s.49; EKONOMİ, "Alt İşveren İlişkisi", s.31-33; CANBOLAT, s.11; Kamu ihale mevzuatındaki süre yönünden getirilen sınırlama ihale konusu işle değil, bütçe ile ilgilidir (KABAKÇI, s.116-117).

Kurulan asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, kamu (asıl) işvereni, müteahhit (alt işveren) işçi alacaklarından dolayı hem İş K.md.2/7, hem de İş K.md.36 hükümlerine göre sorumludur. Eğer ihale makamı sıfatıyla, anahtar teslimi iş yaptıran bir kamu işvereni söz konusu ise, o işte işçi çalıştırmadığı için, sadece İş K.md.36 hükümlerine göre sorumlu olur²⁰.

İş K.md.2/8 kapsamında değerlendirilecek olursa, kamu işyerlerindeki alt işveren uygulamasının muvazaalı olabileceği tartışılabilir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığına ilişkin yasal karine, kamu işyerlerindeki alt işveren uygulaması bakımından da geçerlidir. O nedenle, ihale yoluyla da olsa, kamu işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz ve daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde, yapılan işlem muvazaalı kabul edilerek alt işverenin işçisi başlangıçtan itibaren kamu işverenin işçisi sayılarak işlem görür²¹. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir²².

Uygulamada kamu işverenleri kendi işyerlerindeki asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde istihdam etmek istedikleri işçileri, kendilerinin de ortaklığı bulunan işletmeler vasıtasıyla temin edebilmektedirler. Belediyeler buna en güzel örnektir. Hizmet alım(ı) ihalesi yoluyla genellikle yemek, temizlik ve güvenlik görevlisi olarak yardımcı işlerde ve büro hizmetleri, hasta bakıcılığı, teknik servis elemanı olarak asıl işin bir bölümünde işçi çalıştırabilmektedirler. Yardımcı işlerde çalıştırılmak üzere alınan örneğin bir temizlik işçisinin resmi olarak alt işveren işçisi olarak gösterilip, hizmet içi eğitim verilerek veya asıl iş için aranan nitelikte olduğu için başta yardımcı işlerde ve sonra da asıl işte istihdam edildiği hallerle karşılaşmamak mümkün değildir. Hatta hiçbir teknik bilgisi ve alt yapısı bulunmadığı

²⁰ Yarg.9.HD. 06.05.2010, E.2008/23984, K.2010/12566, www.kazanci.com.tr; KABAKÇI, s.95; BEDÜK, s.173.

²¹ GÖKTAŞ Seracettin "Alt işverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları" SİCİL İSGHD, Aralık 2008 S.12 Y.3 s.104, ÇANKAYA Osman Güven/ÇİL Şahin, "4857 sayılı İş Kanununa Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi" (Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi), SİCİL İSGHD, Eylül 2006/3, s.69 vd.; aynı yazarlar, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2009, s.48-51; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.185; AKYİĞİT, "Kamuda Alt İşverenlik", s.4, 17; AYKAÇ, s.462-467.

²² Yarg.9.HD. 12.7.2010, E.2010/24882, K.2010/22740, www.kazanci.com.tr; Yarg.9.HD. 19.02.2009, E.2007/33290, K.2009/2942, Çalışma ve Toplum, 2010/1 (24), s.431-434; Yarg.9.HD. 1.3.2010, E.2009/48077, K.2010/5206, www.kazanci.com.tr; Yarg.9.HD. 01.03.2010, E.2009/48087, K.2010/5216, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.218-223; Yarg.9.HD. 15.3.2010, E. 2009/50102, K. 2010/6641, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.196-200; Yarg.9.HD. 15.3.2010, E.2009/50104, K.2010/6643, www.kazanci.com.tr.

halde şirket kurarak, kamu ihalelerine katılıp iş alanların, yaptığı işin sadece işçi temininden öteye geçmediğini söylemek de yanlış olmaz²³. Bu tip uygulamalar karşısında Yargıtay, “bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacağını belirtmektedir²⁴. Bu tür alt işveren ilişkilerinin Kanuna aykırı ve aynı zamanda muvazaalı olarak değerlendirilmesi sonucu işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edileceği şüphesizdir.

Birçok yargı kararına konu olduğu üzere²⁵, alt işverenler değiştiği halde, kamu işyerinde çalışan işçilerin alt işveren işçileri olarak çalışmasını sürdürdüğü görülmektedir. Öyle ki, bazen çoğu işçi, hangi alt işveren işçisi olduğunu dahi bilmemektedir. Ancak yine de bu durum, taraflar arasındaki ilişkinin kesin olarak muvazaalı olduğu göstermez. Böyle bir uygulama gerçekten muvazaalı olabilir. Buna karşın, ihaleyi alan alt işverenin o işyerindeki düzeni bozmadan daha önce aynı işyerinde çalışan işi bilen işçilerden yararlanmak da isteyebilir veya gerçek anlamda (muvazaalı olmayan) işyerinin (bir bölümünün) devri söz konusu olabilir²⁶. O nedenle her somut olayı kendi şartları içinde değerlendirmek gerekir²⁷.

Yargıtay, son yıllarda daha çok kamu işverenleri lehine görüş bildirmektedir. Örneğin, Yüksek Mahkeme verdiği bazı kararlarında şunu ifade etmektedir “... davalı Bakanlığın yardımcı işlerini alt işverene vermesi 4857 sayılı İş Kanununun 2. Maddesinin 6. ve 7. fıkra-

²³ CANBOLAT, “Hizmet Alım Sözleşmeleri”, s.20, 25-26, 28; SUBAŞI, s.137; BEDÜK, s.176; Böyle bir ilişki hukuki niteliği itibarıyla meslek edinilmiş geçici (ödünç) iş ilişkisi olacaktır. Bu ise Türk hukukunda yasaktır (bkz. KABAKÇI, s.97- 98, 102 vd.).

²⁴ Bkz. Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.467-471); Ayrıca bkz. Yarg.9.HD. 22.12.2008, E.2008/41361, K.2008/34689, Çalışma ve Toplum, 2009/22, s.413-416; Yarg. 9. HD., 26.06.2006, E.2006/15117, K.2006/18653, Legal-İSGHD, 2006, S.12, s.1477-1479.

²⁵ Bkz. Yarg.9.HD., 5.6.2006, E.2006/9825, K.2006/16147, Legal İSGHD, 2006, S.12, s.1520-1522; Yarg.9.HD. 03.07.2006, E.2006/15573, K.2006/19347, Legal İSGHD, 2007, S.13, s.352-353;

²⁶ ŞAHLANAN Fevzi, “Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İş İade Davasında Sorumluluk - Karar Değerlendirmesi, Tekstil İşveren, Mart 2007, S.326, s.4; SÜZEK, s.190; YENİSEY, s.29; KABAKÇI, s.95-96. Yazara göre, hizmet alım ihalelerinin yenilenmesi, kamu ihale mevzuatından kaynaklanan bir zorunluluktur. İşveren değişikliği, işçinin ya da eski ve yeni alt işverenin iradelerinde değildir. Bu değişiklik asıl işveren kamu kurum ve kuruluşunun bir tasarrufudur. Bu nedenle (aksi kararlaştırılabilir olmakla birlikte) ilke olarak değişen alt işverenler arasında bir iş sözleşmesi devrinden söz edilemez (s.111).

²⁷ BEDÜK, s.177-178.

ları uyarınca mümkündür, idari ve teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin yüklenicinin bilgisi olmadan değiştirilmemesi, yıllık izin kullanma sürelerinin belirlenmesi konusunda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda hareket edilmesi gibi düzenlemeler yer almakta ise de, asıl işverenin; denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğu nedeniyle, bu tür düzenlemelere yer vermesi olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle sözü edilen hükümler alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez. Keza, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olması da, alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli değildir²⁸.

Muvazaa tartışmaları bir yana, kamu işyerlerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatında duyulan ihtiyaçtan dolayıdır ve 4857 sayılı İş Kanunu da buna imkân vermektedir. Kamu İhale mevzuatı çerçevesinde, hizmet alım(ı) sözleşmeleri yapılarak, kamu işyerlerinde alt işveren ilişkisi kurulabilmektedir²⁹.

Son yıllarda Yargıtay'ın kamu işyerlerindeki hizmet alım ihalelerinin (sözleşmelerinin) muvazaalı olarak yapıldığı yönündeki kararları üzerine olsa gerek ki, yapılan yanlış uygulamalar nedeniyle kamu idareleri gerekli tedbirleri almaları konusunda uyarılmıştır. Nitekim bu amaçla çıkarılan Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78.26. maddesine göre, "4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin 9. fıkrası gereğince hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; işe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması, hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması yönünde hükümler konulmayacaktır. İdarelerce, çalışan personel açısından denetim, sadece teknik şartnamede istenen kriterlere göre ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesinde idareye verilen yetki ve sorumluluklar çerçevesinde yapılacak olup, ihale dokümanında, anılan Kanun maddesine ve ilgili mevzuata aykırı şekilde, işe alınacak veya işten çıkarılacak personelin idarece belirleneceğine yönelik düzenlemelere yer verilmeyecektir".

Kamu kurum ve kuruluşları ile yüklenici arasında yapılan hizmet alım sözleşmeleri daha çok bu kapsamda çalışan alt işveren

²⁸ Yarg.9.HD. 15.03.2010, E.2009/42282, K.2010/6655, <http://www.kazanci.com.tr>; Yarg.9.HD. 01.03.2010, E.2009/48087, K.2010/5216, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.218-223; Yarg.9.HD. 01.11.2010, E.2010/36161, K.2010/31045, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.337-341.

²⁹ BEDÜK, s.153.

işçilerini etkilemektedir. Kanun koyucuyu asıl işveren - alt işveren ilişkisini düzenlemeye sevk eden asıl neden, kuşkusuz alt işveren işçilerini koruma amacıdır³⁰. Fakat amacı aşan uygulamalar bu kapsamda çalışan işçileri mağduriyetlerine sebep olmaktadır.

Alt işveren işçilerinin mağduriyetlerinin çoğu kıdeme bağlı haklar konusunda olmaktadır³¹. Zira, yukarıda açıklandığı üzere, kamu işyerlerinde hizmet alımı ihaleleri genellikle bütçe yılı esas alınmak suretiyle yapılmaktadır. İhalelerin bazen bir yıldan az sürmesi veya yapılan ihalenin başka bir alt işveren tarafından alınması bir başka ifade ile işçinin aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği halde, birbiri ardına farklı işverene bağlı olarak çalışması, işçinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin (ücret)leri bakımından mağduriyetlerine yol açabilmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu 94 sayılı Bir Amme Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Mütteallik ILO Sözleşmesi ile alt işverene iş veren ihale makamı, ihale kapsamında çalıştırılacak işçilerin ücretleri de dâhil tüm özlük hakları konusunda, uygulamaya yönelik gerekli tedbirleri almakla görevlendirilmiştir³².

III. HİZMET ALIM SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇALIŞAN İŞÇİLERİN YILLIK ÜCRETLİ İZİN SORUNU

A) Hizmet Alım Sözleşmesi Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı

Uygulamada yüklenici, kamu idaresine yazılı başvurarak işçilerine izin kullandırmak istediğini bildirir. Kamu idarelerince bu izinlerin genelde; işlerin yoğun olmadığı aylar olmak üzere yıl içinde değişik aylara yayılarak kullandırılması istenir. İhale teknik şartnamelerine de çalışan işçilerin tüm özlük haklarının yüklenicinin sorumluluğunda olduğu kaydı konulur.

Şüphesiz, alt işveren işçisi olarak bir kamu işyerinde hizmet alım sözleşmesi kapsamında çalışan işçinin yıllık ücretli izin hakkı

³⁰ NARMANLIOĞLU Ünal, "Asıl İşveren- Alt işveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal, Vefa Toplantıları (II), Prof.Dr.Nuri ÇELİK'e Saygı, İstanbul 2008, s.53.

³¹ Sigortaya bildirilmemeleri veya primlerinin eksik yatırılması, sendikal örgütlenme, toplu iş sözleşme yapma imkânlarının bulunmaması, kendi işverenleri ile bile muhatap olamamaları, özlük dosyalarının bulunmaması ve bunların kontrol edilememesi gibi daha birçok sorunlar dolayısıyla mağduriyet yaşamaktadırlar (BAŞBUĞ, s.10).

³² BEDÜK, s.206.

bulunmaktadır. Alt işveren işçisinin işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de dâhil olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olmak koşuluyla yıllık ücretli izin hakkı vardır (İş K.md.53/1). Dinlenme hakkı anayasal bir haktır (An.md.50). Bu nedenle yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez (İş K.md.53/2). Yıllık izne hak kazanan işçi, her çalışma yılına ait iznini gelecek hizmet yılı içinde herhangi bir tarihte kullanır (İş K.md.54/4)³³. Yıllık ücretli izin hakkı kullanılmaması halinde işçinin buna ilişkin ücreti talep hakkı doğar³⁴.

Yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından işçinin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışması önemli değildir. Yeter ki, işçi bir yıl süreyle çalışmış olsun³⁵. Kamu ihaleleri dolayısıyla alt işveren tarafından işe alınan işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması işçinin bu haktan yoksun kalmasına neden olmaz. Kaldı ki, yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçinin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştığı süreler göz önünde tutulur. Şu kadar ki, bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçinin, aynı işverenin işyerlerinde bu Kanun kapsamına girmeksizin geçirmiş buldukları süreler de hesaba katılır (İş K.md.54/1)³⁶. O halde, alt işveren işçisinin aralıklı olarak çalışması halinde de yıllık ücretli izin hakkının doğumunda ve izin süresinin hesaplanmasında bu süreler birleştirilmesi gerekir³⁷.

Alt işveren işçisinin sözleşmesi sona ermesi halinde kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretinden dolayı, asıl işveren, alt işveren ile birlikte sorumludur³⁸. Yalnız, asıl işveren feshe bağlı haklardan sorumlu tutulabilmesi için, fesih anında alt işveren ilişkisinin mevcut olması gerekir³⁹.

İşyeri devrinde, devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (İş K.md.6/2). Bu bakımdan, alt işverenin işyerini başka bir alt işverene devri halinde yıllık izin ücreti

³³ ÇELİK, s.367, 372; SÜZEK, s.773-774.

³⁴ Bkz. BEDÜK, s.212-214.

³⁵ EKONOMİ Münir, İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984, s.334; CENTEL, s.257; NARMANLIOĞLU, s.542; SÜZEK, s.775; EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.251; SÜMER, s.327; ÇÖĞENLİ Taner, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 2003, s.95.

³⁶ ÇELİK, s.368; SÜZEK, s.774; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.252; SÜMER, s.327.

³⁷ BEDÜK, s.212.

³⁸ Ancak, öğretide bir görüşe göre bu sorumluluk, kendisinden alınan iş kapsamında işçinin çalıştırıldığı süreyle sınırlı olmalıdır. Alt işverenin değişik işyerindeki çalışmaları dolayısıyla asıl işverenin izin ücreti ödemesi beklenemez (ÇANKAYA/ÇİL, s.85).

³⁹ Yarg.9.HD. 21.7.2008, E.2008/23429, K.2008/20721, www.kazanci.com.tr; Yarg.9.HD. 11.5.2004, E.2004/1126, K.2004/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, s.57-58.

Kamu-İş; C:12, S:4/2012

alacağından; önceki alt işveren yanındaki süreler de göz önünde tutularak, devralan alt işveren sorumlu olur⁴⁰. Asıl işveren de İş K.md.2/7 uyarınca alt işverenle birlikte sorumludur. İhbar tazminatında olduğu gibi, kullandırılmayan izinler yönünden son alt işverenin kendinden öncekilere rücu imkânı bulunmamaktadır⁴¹.

İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi;

- a) 1 yıldan 5 yıla kadar (5 yıl dâhil) olanlara 14 günden,
- b) 5 yıldan fazla 15 yıldan az olanlara 20 günden,
- c) 15 yıl (dâhil) ve daha fazla olanlara 26 günden az olamaz (İş K.md.53/4).

Ancak 18 ve daha küçük yaştaki işçiler ile 50 ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi 20 günden az olamaz (İş K.md.53/5).

Kanundaki bu süreler asgari olup yıllık izin süreleri iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir (İş K.md.53/son).

Yıllık ücretli izin hakkının kazanılması için gerekli bir yıllık çalışma süresinin hesaplanmasında hangi sürelerin çalışılmış gibi sayılacağı İş Kanunu'nun 55. maddesinde tek tek belirtilmiştir. Yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz (İş K.md.56/5). Ayrıca, işyeri devri dışında değişik zamanlarda farklı alt işverenlere bağlı yapılan çalışmalar yıllık ücretli izin süresi hesabında dikkate alınmaz⁴².

İşçinin gelecek izin hakları için geçmesi gereken bir yıllık hizmet süresi, bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak gelecek hizmet yılına doğru ve 54 ve 55. madde hükümleri gereğince hesaplanır (İş K.md.54/3). İşçi anılan madde hükümlerine göre hesaplanacak her hizmet yılına karşılık, yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanır (İş K.md.53/4).

⁴⁰ SÜZEK, s.775, 784; ÖZKARACA Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.214 vd.; ÇANKAYA/ÇİL, s.92; BEDÜK, s.213.

⁴¹ ÇANKAYA/ÇİL, s.105.

⁴² ÇANKAYA/ÇİL, s.105.

Belirtildiği üzere işçi yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemez. Ücreti ödenmek suretiyle yıllık izin süresini çalışarak geçirmesi de kabul edilemez. Zorunlu bir neden yoksa izin sürelerinin birleştirilerek sonraki yıllarda kullanılması Kanuna aykırıdır. Yanlış uygulama olsa da böyle bir durumda işçi izin hakkını kaybetmez⁴³.

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'ne göre, işçi hak ettiği yasal yıllık ücretli iznini kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirir. İşveren bu talebi İzin Kuruluna veya bunun yerine görev yapan kişilere iletir (md.7/1, 2). İşçinin izin talebinde bulunması, istediği tarihler arasında izinli olacağı anlamına gelmez. İzin taleplerinde işçilerin işyerindeki kıdemi ve bir önceki yıl izin kullanıldığı tarihler de dikkate alınarak, tüm işçiler için hazırlanan izin çizelgesine uygun olarak değerlendirilir⁴⁴. Ücretli izin kullanılması işverenin yetkisine ve yönetim hakkına ilişkin olup, iznin işveren tarafından yapılacak plan dâhilinde kullanılması mümkündür. İzin talebine rağmen izin verilmemesi işçi için haklı nedenle fesih nedeni değildir⁴⁵.

İşçinin hak kazanıp da kullanamadığı yıllık izin süresine ilişkin ücreti konusunda ancak iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde talep hakkı doğar (İş K.md.59). İş sözleşmesi devam ederken işçi kullanamadığı izin günlerine ilişkin ücretini talep edemez⁴⁶.

Yıllık ücretli izni İş Kanunu'nun 56. maddesine aykırı olarak bölen veya izin ücretini 57. maddenin 3 ve 4. fıkralarında belirtilen usule aykırı olarak ödeyen veya eksik ödeyen veya 59. maddedeki

⁴³ AKYİĞİT Ercan, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, s.72 vd.; aynı yazar, Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Uygulama Sorunları, TÜHİS Kasım 1998, s.11-17; CANIKLIOĞLU Nurşen, "İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullanılmamasının Sonuçları", Prof.Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2000, s.1147-1148; ÇELİK, s.372; EKONOMİ, s.348-349; SÜZEK, s.773; CENTEL, s.261; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.256; SÜMER, s.331, 333; ÇÖĞENLİ, s.154; AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/KAPLAN-SENYEN E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2009, s.266-267.

⁴⁴ EKONOMİ, s.349; ÇELİK, s.374; CENTEL, s.261; SÜZEK, s.775; NARMANLIOĞLU, s.551; SÜMER, s.337; CANIKLIOĞLU, s.1157-1160; ÇÖĞENLİ, s.142.

⁴⁵ ÇELİK, s.374; ayrıca bkz. AKYİĞİT, Yıllık Ücretli İzin, s.360 vd.; SOYER Polat, "İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not, İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullanılmaması", GS Üniversitesi HFD, Kemal OĞUZMAN'a Armağan, Y.1, S.1, İstanbul 2002, s.294 vd.; SEVİMLİ Ahmet, "Yıllık Ücretli İznin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not", Sicil, İHD, Haziran 2010, s.40-47.

⁴⁶ GÜZEL Ali, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, s.40-41, 68; SÜZEK Sarper, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" (Yargıtayın 2001 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s.53 vd.; aynı yazar, İş Hukuku, s.784-785; ÇELİK, s.372-373, 377; SÜMER, s.335-336.

hak edilmiş izni kullanmadan iş sözleşmesinin sona ermesi halinde bu izne ait ücreti ödemeyen veya Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin esas ve usullerine aykırı olarak izin kullandırmayan veya eksik kullandıran işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için 220 TL. idari para cezası verilir⁴⁷ (İş K.md.103).

B) Uygulama Sorunu ve Değerlendirilmesi

1) Uygulama Sorunu

Bu çalışmamıza konu olan sorun ne muvazaa konusuna, ne de işçilerin İş Kanunu'ndan doğan izin ve diğer haklarından kaynaklanan mali külfetin kimin görev ve sorumluluğunda olduğuna ilişkindir. Uygulama sorunu olarak bahsedilen, kamu ihalesi yoluyla yapılan hizmet alım sözleşmelerinde kamu idaresi ile yüklenici arasında yaşanan, işçilere yıllık izin kullandırılmasına ilişkin bir sorundur. Söz konusu uyuşmazlıkta açığa (çözüm) kavuşturulmak istenen, hizmet alım sözleşmesi kapsamında yüklenici tarafından çalıştırılan işçilerin yıllık izin günlerinde çalıştırılmadıkları halde, çalışmış sayılarak bunlar için ücret tahakkuk ettirilip ettirilmeyeceği, ettirildiği takdirde bu ücretlerin kamu idaresince yüklenicinin hak edişlerinden kesilmesinin hukuka uygun olup olmadığıdır.

Kamu idareleri, hizmet alım sözleşmesi kapsamında çalışan yüklenici işçilerinin yıllık izin tarihlerinin belirlenmesi ve kontrolü hususunda genellikle kendilerinin yetkili olduğunu kabul etmekte, izin ücretlerinin ödenmesi hususunda sorumluluğun yükleniciye ait olduğunu belirtmektedirler. Bunun yanında ihale teknik şartnamelelerinde de işçilerin tüm özlük haklarından yüklenicinin sorumlu olduğunu açıkça ifade etmektedirler.

Örneğin, bildiğimiz bir uygulamada, kamu idaresi, aylık çalışma puantajlarında yıllık izinli personelin yerine yüklenici tarafından personel konulmamasına rağmen yıllık izinlerinin de puantaja dâhil edilerek izin kullanan personelin puantajlarda çalışmış gibi gösterilmesinin hatalı olduğu, bunun da kamu zararına yol açacağı, bu nedenle sözleşme bedelinin tam olarak fatura edilemeyeceği gerekçesiyle, ilgili aya ait kesilmiş faturaları yeniden düzenlenmesi için yükleniciye iade etmektedir. Bu durum karşısında yüklenici, ihtirazi kayıtla faturalarda gerekli düzeltmeleri yaparak; eksik de olsa, hak

⁴⁷ Uygulanacak idari para cezası miktarları her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılmakta ve 1 (bir) TL'nin altındaki tutarlar dikkate alınmamaktadır. 4857 Sayılı İş Kanununa göre uygulanacak idari para cezaları için bkz., http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/2012_ipc/4857_ipc

edişini alabilmektedir. Alacağıın ödenmeyen kısmı için ise, ilamsız icra yoluna başvurarak takip başlatmaktadır.

Böylece hak edişinde yapılan her kesinti dolayısıyla yüklenici, kesinti yapılan aya ait alacağı için ayrı bir takip başlatmak durumunda kalmaktadır. İdare borca itiraz ettiği için yapılan takip durmakta, yüklenici bu sefer de itirazın iptali davası açmak zorunda kalmaktadır. Her ne kadar dava dosyaları arasında davanın tarafları ve konuları bakımından hukuki ve fiili bağlantı bulunduğundan mahkemece davaların birleştirilmesine karar verilse de, yapılan takip ve açılan davalar usuli sıkıntılar bir yana, ayrıca birçok masrafın yapılmasına da yol açmaktadır.

2) Soruna İlişkin Değerlendirme

Kamu ihalesi sonucu akdedilen hizmet alım sözleşmesi kapsamında çalıştırılan yüklenici işçilerine yıllık ücretli izin kullandırılması karşısında, işçiler için yükleniciye ödeme yapılıp yapılmayacağı konusunda tereddüt yaşayan kamu idareleri genelde Kamu İhale Kurumu Başkanlığı'ndan görüş (bilgi) talep etmektedirler. Bahse konu olan uyuşmazlık dolayısıyla yapılan başvurular sonucu Kamu İhale Kurulu'nun son yıllarda müstakar hale gelen kararlarında, Kurul yüklenici tarafı haklı bularak, idare tarafından yapılan işlemin hatalı ve açıkça hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır⁴⁸.

Kamu İhale Kurulu'nun konuya ilişkin kararlarına rağmen bazı kamu idarelerinin yanı sıra ısrar etmeleri anlaşılır gibi değildir. O nedenle hizmet alım sözleşmesi uygulamasında yüklenicinin işçilerine yıllık izin hakkı kullandırmasının gerçekten kamu zararına yol açıp açmadığını kamu ihale mevzuatı, iş hukuku mevzuatı ve icra-iflas hukuku mevzuatı bakımından değerlendirilmesi gerekir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasında karşılaşılan tereddütlere açıklık getirilmesi ve bu hususlarda uyulması gerekli esasların belirlenmesi hakkında Kamu İhale Kurumu tarafından bir Genel Tebliğ yayımlanmıştır⁴⁹. Tebliğin 78.25. maddesine göre, yapılan ihalelerde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca, izne hak kazanan işçilerin izin hakları idarenin belirleyeceği takvim çerçevesinde kullanılacak ve izin kullanan işçiler fiilen çalışan işçi sayısına dâhil

⁴⁸ Bkz. Kamu İhale Kurulu (KİK), 2010/UH.1-625 ve 2010/UH.1-1866 No.lu kararları, <http://www.kamuihalekurulu.com/kamuihalekurulu-no=22372.html> ve <http://www.kamuihalekurulu.com/kamuihalekurulu-no=23635.html>

⁴⁹ 22 Ağustos 2009 tarih, 27327 sayılı RG.

kabul edileceğinden, izin kullanan işçilerin yerine başka işçilerin getirilerek sayının tamamlanması talep edilmeyecektir. İdarelerin, ihale konusu işte çalıştırılması istenen personel sayısını bu hususu dikkate alarak belirlemeleri gerekmektedir. İdareler, yıllık ücretli izin haklarının kullanılmasına ilişkin olarak sözleşmenin uygulanması aşamasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53, 54 ve 55. maddelerinde belirtilen hükümlere uyulup uyulmadığını kontrol edeceklerdir.

Aslında asıl işveren – alt işveren ilişkisinde işçinin izin kullanma dönemini belirlemek alt işverenin yönetim hakkına dâhildir. Kamu idaresinin işçiyi izine gönderme yetkisi yoktur⁵⁰. Fakat birlikte sorumluluk esası gereği kamu işverenin bunu kontrol etmesi yerinde olup, bu yetkinin yine alt işveren tarafından kullanılabilmesini kabul etmek gerekir.

Söz konusu durum somut bir örnekle açıklanacak olursa, bir üniversite rektörlüğü üniversite kampüs bina ve çevresinin temizlik işini ihale yoluyla yüklenici bir şirkete verebilir. Yapılan hizmet alım sözleşmesi gereği, günlük olarak belli sayıda personelin ihale kapsamındaki Rektörlüğe bağlı birimlerde yüklenici tarafından istihdamının sağlanması gerekir. İş K.md.55 uyarınca izne hak kazanan işçilerin idarenin belirleyeceği takvim programı çerçevesinde izin hakları kullanılırken, ihale kapsamındaki rektörlüğe bağlı işyerindeki işlerin aksatılmamasına dikkat edilmelidir. Bu sağladıktan sonra işçilerin yasal izin haklarının kullanılmasının kamu zararı oluşturduğu düşünülemez. Bu şekilde kamu idaresinin çalıştırılmadan yersiz ücret ödendiği yönündeki yaklaşımı, mevzuat hükümleri ile çelişecektir. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere, izin kullanan işçiler fiilen çalışan işçi sayısına dâhildir ve izin kullanan işçilerin yerine başka işçi çalıştırılarak eksilen işçi sayısının tamamlanması talep edilemez. O nedenle, somut örnekte rektörlüğün ihale konusu işte çalıştırılması istenen personel sayısını bu hususu dikkate alarak daha baştan belirlemesi gerekir(di). Kaldı ki, yıllık ücretli izin haklarının kullanılmasına ilişkin olarak sözleşmenin uygulanması aşamasında İş K.md.53, 54 ve 55'de belirtilen hükümlere uyulup uyulmadığının kontrolü idarenin sorumluluğuna bırakılmıştır.

Kısacası, kamu zararına yol açtığı düşüncesiyle yüklenicilerin hak edişlerinde kesinti yapılmasının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Bu uygulama sorunu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun genel esasları çerçevesinde değerlendirildiğinde, idarenin mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kayna-

⁵⁰ ÇANKAYA/ÇİL, s.84.

ğında eksilmeye yol açacak bir durum söz konusu olup olmadığına dikkat edilmesi gerekir. Kamu zararının belirlenmesindeki yasal kriterlere bakılacak olursa, alınan hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılmış mı? Sözleşmede belirlenen sayıdan az işçi istihdam edilmiş mi? Sorularına yanıt aramak gerekir. Bu sorulara verilen yanıtlar olumsuz ise, yüklenicinin eksiksiz sunduğu hizmetinin karşılığı olan hak edişinin tam olarak ödenmesi gerekir. İşçilerin yasal izinlerinin kullandırılmaması söz konusu olamayacağına göre, asıl sorun yüklenicinin işçilerine kullandığı izin sürelerinin çalışılmış gibi kabul edilip edilmeyeceği ve buna ilişkin ücretlerin ödeme yükümlülüğünün işverene ait olup olmadığıdır.

Belirtmek gerekir ki, yüklenicinin işçilere ücretli izin hakkı tanınması yasal bir zorunluluktur. Doğrusu, birçok işveren işçisini daha çok çalıştırmak istediği, izin hakkını kullandırmak istemediğindendir ki, kanun koyucu kötüniyetli işverenlere karşı işçinin korunması için kontrol ve denetim görevini idareye yüklemiştir. Bahse konu olan uyuşmazlıkta, işçilerine ücretli izin haklarını tanımakla yüklenici yasal yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Bu durumda sanki iş veya hizmet yaptırılmamış gibi fazla veya yersiz ödeme yapılarak mevzuat hükümlerine aykırı davranılmış olduğunun tespiti mümkün değildir. Bir an örneğimizdeki çalıştırılan işçilerin yüklenicinin işçisi değil de, rektörlüğün işçileri kabul edilmiş olduğu varsayılsa, uygulamanın farklı olmadığı görülecektir. Hak edişlerde yapılan kesintiler sonuç itibarıyla işvereni zor durumda bırakmakla birlikte, dolaylı da olsa işçilerin mağduriyetine sebebiyet verecektir. Şu halde idare, ihale konusu işte çalıştırılması istenen personel sayısını dikkate almak zorundadır. Zira anılan Tebliğ gereği, izin kullanan işçilerin yerine başka işçilerin getirilerek sayının tamamlanması talep edilemez. İzin kullanan işçiler, fiilen çalışan işçi sayısına dâhil edilmelidir.

Nitekim izin kullanan işçilerin fiilen çalışan işçi sayısına dâhil kabul edildiği halde, bahse konu olan uyuşmazlıkta olduğu gibi bazı idareler anılan Tebliğ'e aykırı bir şekilde ihale şartnamelerinde yıllık izinde, ücret ödenmeyeceğine ilişkin hükümlere yer vermişlerdir. Yukarıda anılan nedenlerden dolayı, bu düzenlemeler, Kamu İhale Kurulu'nca mevzuata aykırı bulunmuştur⁵¹.

Yüklenicinin çalıştırdığı işçilerin özlük haklarının düzenleyen Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nin 38. maddesine göre, kamu idaresi, işyerinde çalışanlar arasında yüklenici tarafından ücretleri ödenmeyen-

⁵¹ KİK kararları için bkz. dn.48.

Kamu-İş; C:12, S:4/2012

lerin bulunup bulunmadığını kontrol ederek veya bu konuda kendisine gelen talep ve ihbarları değerlendirerek, yükleniciden istenecek bordrolara göre, ücretlerin yüklenicinin hak edişinden ödenmesini sağlar.

Öte yandan, yıllık ücretli izin, işveren için bir işçilik maliyeti oluşturmaktadır. İhaleye girilirken çalıştırılacak asgari işçilik maliyetinde bu giderler de hesaba katılır. Hizmet alımlarına ait tip sözleşmelerinde, genelde sözleşme bedeline dâhil olan giderler olarak, taahhüdün (ilave işler nedeniyle meydana gelebilecek artışlar dâhil) yerine getirilmesine ilişkin ulaşım, vergi, resim ve harç giderleri, **işçilik ücreti** personele verilecek yemek, yol ve giyim bedeli sözleşme bedeline dâhil edilmektedir. Dikkat edilmesi gereken husus, **işçi ücreti** değil, **işçi(lik) ücretinin** sözleşme bedeline dâhil olduğudur.

Kamu idaresi yasa gereği, yüklenici işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini, işçilere yıllık ücretli izin hakkı tanınıp tanınmadığını kontrol edecektir. Ödenmemiş veya tanınmamış ise, işte o zaman hak edişlerinde kesinti yaparak işçilerin haklarını temin etmekle yükümlü olacaktır. Aksi halde, örnek olayda olduğu gibi hak edişinden kesinti yapılarak yükleniciye ek bir maliyet çıkarılmasına yol açacak bir uygulamanın mevzuata aykırı olduğu kanaatindeyiz. Nitekim bu aykırılığın isteklileri tekliflerini oluşturmalarında tereddüde düşürecek nitelikte bulunduğu için, Kamu İhale Kurulu benzer bir olayda ihalenin iptalinin gerektiğine karar vermiştir⁵².

Kamu idaresinin yersiz uygulamasından dolayı yapılan takip ve bunun devamında açılan itirazın iptali davası sonucunda yüklenici lehine karar verilecek olursa, borca yapılan haksız itiraz nedeniyle idare aleyhine % 40'dan aşağı olmamak üzere icra inkâr tazminatına hükmedilecektir. Takip konusu yapılan ve borçlu idarenin itirazda bulunduğu alacak likit olduğu için, kamu idaresi bu konuda haksız bulunacaktır. Zira, taraflar arasında yapılan yazılı sözleşmede yapılacak ödeme miktarı belirli olup, her ay düzenli olarak fatura edildiği için, idare borçlu olduğu miktarı bilebilecek durumda olup, bunun likit olmadığını ileri süremeyecek ve bu nedenle aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilecektir. Şu halde, kamu bir kat daha zarara uğratılmış olacaktır.

⁵² KİK,2010/UH.I-1866 No.lu kararı, <http://www.kamuihalekurulu.com/kamuihalekurulu-no=23635.html>

SONUÇ

Mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri başka işverenlere vermek, daha az maliyetli ve sorunsuz bir istihdam imkânı sağladığı için, çoğu işveren gibi kamu işverenleri de alt işveren ilişkisini tercih etmektedir. Kamu kurum ve kuruluşları, ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri genellikle ihale ile alım yoluna gitmektedir. Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımlarına ilişkin tip sözleşmeler yapılmaktadır. Dolayısıyla, kamu ihale mevzuatı çerçevesinde yapılan hizmet alım(ı) sözleşmeleri ile kamu işyerlerinde alt işveren işçileri çalıştırılmaktadır.

Hizmet alım sözleşmeleri, toplam bedel üzerinden götürü bedel veya birim fiyat sözleşmesi şeklinde yapılmaktadır. Sözleşmelerde yer alması zorunlu unsurlar 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun'un 7. maddesinde tek tek belirlenmiştir. Uygulamada kamu idaresi ile yüklenici arasında hizmet alımlarına ilişkin daha çok götürü bedel şeklinde tip sözleşme(si) yapılmaktadır. Bu sözleşmede sözleşme bedeline dâhil olan giderler taraflarca (daha doğrusu idarece) belirlenmektedir. Çoğu zaman ilave işler nedeniyle meydana gelebilecek artışlar dâhil olmak üzere taahhüdün yerine getirilmesine ilişkin ulaşım, vergi, resim ve harç giderleri, işçilik ücreti, personele verilecek yemek, yol ve giyim bedeli sözleşme bedeline dâhil edilmektedir. İlgili mevzuat uyarınca hesaplanacak KDV ise, sözleşme bedeline dâhil olmayıp idare tarafından yükleniciye ödenmektedir.

Hizmet alımı adı altında kamu kurum ve kuruluşlarının kadro açıklarını kapatmak üzere dışarıdan personel temin etmesi yasalara aykırıdır. Yasal olmamasına rağmen bugün halen, böyle bir istihdam yolunun tercih edildiği bilinen bir gerçektir. Kamu işyerlerinde hizmet alım sözleşmeleri ile kurulan alt işveren ilişkilerinin çoğu zaman Kanuna aykırı ve/veya muvazaalı olduğu yargı kararlarına yansımaktadır. Bununla birlikte muvazaa tartışmaları bir yana, kamu işyerlerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatında duyulan ihtiyaçtan dolayıdır ve 4857 sayılı İş Kanunu da buna imkân vermektedir. Son yıllarda Yargıtay'ın kamu işyerlerindeki hizmet alım ihalelerinin (sözleşmelerinin) muvazaalı olarak yapıldığı yönündeki kararları üzerine olsa gerek ki, yapılan yanlış uygulamalar nedeniyle kamu idareleri gerekli tedbirleri almaları konusunda uyarılmıştır.

Bugün uygulamada alt işveren işçilerine yıllık izin kullanılması konusunda bazı sorunlar yaşanmaktadır. Söz konusu uyuşmazlıkta çözüme kavuşturulmak istenen, hizmet alım sözleşmesi kapsamında yüklenici tarafından çalıştırılan işçilerin yıllık izin günlerinde çalıştırılmadıkları halde, çalışmış sayılarak bunlar için ücret tahakkuk ettirilip ettirilmeyeceği, ettirildiği takdirde bu ücretlerin kamu idaresince yüklenicinin hak edişlerinden kesilmesinin hukuka uygun olup olmadığıdır.

Kamu zararına neden olduğu gerekçesiyle, açıkça mevzuat hükümlerine aykırı olduğu halde, Kamu İhale Kurulu kararlarının aksine, sırf Sayıştay denetçi raporlarından çekinilerek kamu ihalesini kazanan yüklenicilerin hak edişlerinde kesinti yapılmaktadır. Böyle bir uygulama, sonuçları itibariyle daha fazla kamu zararına yol açmaktadır. Bahse konu olan uyuşmazlıkta yüklenici başta Anayasa, kamu ihale mevzuatı ve İş Kanunu'nun bir gereği olarak işçilerine yıllık ücretli izin vermek zorundadır. Aslında, uygulamada yıllık ücretli izne hak kazanan işçiler bu haklarını idarenin belirleyeceği takvim çerçevesinde kullanmaktadır. Mevzuat gereği izin kullanan işçiler fiilen çalışan işçi sayısına dâhil edilmekte ve bunların yerine başka işçilerin getirilerek sayının tamamlanması talep edilememektedir. Hatta aksi uygulamayı öngören ve yerine işçi temin edilmediği takdirde o işçinin ücretinin yükleniciye ödenmeyeceğini şart koşan idari ve teknik şartnameler, Kamu İhale Kurulu'nca mevzuata aykırı bulunarak iptal edilmektedir.

Maalesef bu yanlış uygulama halen devam etmekte, kamu zarara uğratılmasın derken, daha çok zarara sebebiyet verilmektedir. Zira ihaleyi kazanan yüklenici, yıllık ücretli izin hakkı doğan işçilerine yıl içinde değişik zamanlarda izin verdiği için, izin kullanılan aylara ait hak edişlerinden izinli işçilerin ücretleri kesilmekte, bu durum karşısında doğal olarak her seferinde kesinti yapılan aylara ait alacağı için tek tek icra takibi başlatmakta ve idare de bu takiplere itiraz ettiği için, arkasından itirazın iptali için dava açmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, böyle bir uygulama, kamu ihale mevzuatına ve iş mevzuatına açıkça aykırıdır. Yersiz olarak hak edişlerinde kesinti yapılması nedeniyle, yüklenicinin alacağını yasal faizi ile tahsil edebilmesi bir yana, ayrıca haksız ve mesnetsiz olarak borca itiraz edilmesinden dolayı idare aleyhine alacağın % 40 oranından aşağı olmamak üzere icra inkâr tazminatına hükmedilecek olması, kamuyu bir kat daha zarara sokacaktır. Gerçekten bu durum, münferit birkaç yanlış uygulamadan ibaret değilse, Sayıştay, mevzuata açıkça aykırı düşen müstakar uygulamasından bir an önce

vazgeçmelidir. Kamu idaresinin mali açıdan Sayıştay tarafından denetlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Ancak, ihale makamlarının Sayıştay'ın denetiminden değil, mevzuat hükümlerine aykırı hareket etmekten çekinmeleri gerekir. Aksi uygulamaların kamuya daha çok zarar verdiği somut olarak görülmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR*

AKSOY Mehmet/ŞİMŞEK Mehmet, En Son Değişikliklerle (Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında) Kamu Alımları İhale Süreci (Mal ve Hizmet Alımları İle Yapım İşleri), Ankara 2010.

AKTAY Nizamettin, “Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar”, Kamu-İş, Ocak 1994.

AKTAY Nizamettin/ İş Hukuku, Ankara 2009.KAPLAN-SENYEN E.Tuncay,

AKYİĞİT Ercan, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000.

AKYİĞİT Ercan,“Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Uygulama Sorunları”, TÜHİS Kasım 1998.

AKYİĞİT Ercan,“Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhide İş Verme Özeldenkinden Farklı mıdır?” (Kamuda Alt İşverenlik), TÜHİS, C.23, S.4, Mayıs 2011.

AKYİĞİT Ercan, “Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları”, SİCİL, Mart 2010.

AKYİĞİT Ercan, “Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı”, TÜHİS, Kasım 2009-Şubat 2010, s.1-38.

ALPAGUT Gülsevil, “4857 İş Yasası İle Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı” (Alt İşveren), Ankara 2004.

* Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

Kamu-İş; C:12, S:4/2012

AYDEMİR Murteza, Türk İş Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul 1993.

AYDINLI İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008.

AYKAÇ Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.

BEDÜK Mehmet Nusret, “Kamu İşyerlerindeki Alt İşveren Uygulaması ve İşçi Alacağı Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.1, Y.2011, s.153,
http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/images/linli_dos/dergi/cilt_19_s_ayi_1.pdf

CANBOLAT Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992.

CANBOLAT Talat, “Kamuda Yeni İstihdam Türü Olarak Uygulanan Hizmet Alım Sözleşmeleri” (Hizmet Alım Sözleşmeleri), Kamu’da Sosyal Politika, Ankara Temmuz 2011.

CANİKLİOĞLU Nurşen, “İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İzin Kullanılmamasının Sonuçları”, Prof.Dr. Nuri Çelik’e Armağan, İstanbul 2000.

CENTEL Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.

CENTEL Tankut, “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, SİCİL, İHD, S.10 Haziran 2008.

ÇANKAYA Osman Güven, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar”, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL’a Armağan, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002.

ÇANKAYA Osman Güven/ÇİL Şahin, “4857 sayılı İş Kanununa Göre Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisi” (Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisi), SİCİL İSGHD, Eylül 2006/3.

ÇANKAYA Osman Güven/ÇİL Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkileri, Ankara 2009.

ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010.

- ÇELİK Nuri, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları” (Uygulama Sorunları), Kamu-İş, Münir EKONOMİ 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993.
- ÇÖĞENLİ Taner, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 2003, s.95.
- EKONOMİ Münir, İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984.
- EKONOMİ Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi” (Alt İşveren İlişkisi), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları, Prof.Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı (Semineri), İstanbul 2008.
- ELBİR H. Kemal, “Asıl İşveren-Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler”, İHD., Ocak-Mart 1991.
- ESENER Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978.
- EYRENCİ Öner/ Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
- TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim,
- GEREK Nüvit/ORAL İlhan, “Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverene Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar”, SİCİL İSGHD., Mart 2006.
- GÖKTAŞ Seracettin “Alt işverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları” SİCİL İSGHD, Aralık 2008 S.12 Y.3.
- GÜZEL Ali, “Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007.
- GÜZEL Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkinin Sınırları”, (Alt İşveren İlişkinin Sınırları), Çalışma ve Toplum, 2004/1 (1).
- GÜZEL Ali, “Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri”, Çimento İşveren, C.7, S.5, Eylül 1993.

Kamu-İş; C:12, S:4/2012

- KABAKÇI Mahmut, Kamu hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması, Prof.Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011.
- KAPLAN E. Tuncay, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu", Prof.Dr.A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul 2005.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008.
- NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri-I, İzmir 1998.
- NARMANLIOĞLU Ünal, "Asıl İşveren- Alt işveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar", (Alt İşveren - Sorumluluk), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal, Vefa Toplantıları (II), Prof.Dr.Nuri ÇELİK'e Saygı, İstanbul 2008.
- ÖZDEMİR Burhan, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Yargıtay'ın Konu Hakkındaki Yeni Kararı", Çimento İşveren, C.11, S.2, Mart 1997.
- ÖZKARACA Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- ÖZVERİ Murat, "Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası", Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004.
- SEVİMLİ Ahmet, "Yıllık Ücretli İzin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not", Sicil, İHD. Haziran 2010.
- SOYER Polat, "İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not, İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullanılmaması", GS Üniversitesi HFD. Kemal OĞUZMAN'a Armağan, Y.1, S.1, İstanbul 2002.
- SOYER Polat, "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları" (Alt İşveren İlişkisi), Sicil, Mart 2006.
- SUBAŞI İbrahim, "İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi", Prof.Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011.
- SÜMER Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010.
- SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010.

- SÜZEK Sarper, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2001 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003.
- ŞAHLANAN Fevzi, “Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İş İade Davasında Sorumluluk - Karar Değerlendirmesi, Tekstil İşveren, Mart 2007, S.326.
- ŞAHLANAN Fevzi, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof.Dr. Kemal OĞUZMAN Anısına, İstanbul 1997.
- ŞAHLANAN Fevzi, “Türk Hukukunda Alt İşveren”, İHD., C.2, S.3, Temmuz-Eylül 1992.
- ŞEN Sebahattin, “Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2006/3 (10).
- TAŞKENT Savaş, “Alt İşveren”, Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004.
- TUNCAY A. Can, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi (Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçilerine Karşı Sorumluluğu - Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları), Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri (16-19 Mayıs 1991) Ankara 1991.
- UŞAN M. Fatih, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş C.10 S.1, 2008 (İşe İade Davalarının Sonuçları).
- YENİSEY Kübra Doğan, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2006 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009.