

# KAMU KURUM VE KURULUŞLARINCA GERÇEKLEŞTİRİLEN ALT İŞVERENLİK VE İŞÇİ TEMİNİ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Sarper Süzek\*

## I. İşçi Temini Sözleşmelerinin Alt İşveren İlişkisi Olarak Gösterilmesi

Ülkemizde bazı kamu kurum ve kuruluşlarının gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermek suretiyle muvazaalı uygulamalara başvurdukları görülmektedir.<sup>1</sup> Buna karşılık Yargıtay oluşturduğu isabetli içtihadıyla bu gibi uygulamaları muvazaalı işlem olarak kabul etmekte ve söz konusu işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olduğunu hükme bağlamaktadır.

Yüksek mahkemeye göre “Davalı işveren ... kurumdan emekli olanların yerine kadro verilmediğini, bu sebeple gerekli yerlerden izinler alınarak işgücü açığının taşeron firmalardan *hizmet alımı suretiyle* karşılanmaya çalışıldığını ... savunmuştur. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, davacı işçi, İsdemir’in asli ve sürekli işlerinde kadrolu işçilerle *birlikte yanyana* çalışmaktadır. Esasen işletmenin tüm birimlerinde, emekli olan işçilerden dolayı işgücü ihtiyacının ortaya çıktığı ve bu sebeple de taşeron aracılığıyla çalıştırılan işçilerin işyerinin her biriminde görev aldıkları anlaşılmaktadır... davacı işçinin işyerindeki çalışmalarıyla ilgili kontrol işlemleri davalı İsdemir elemanlarınca yapılmakta, işyerinde müteahhidin bu işle görevlendirilen bir elemanı bulunmamaktadır... taşerona bağlı işçilerin işe alınması, çalıştırılmaları, izinlerin verilmesi, görev yerlerinin değiştirilmesi ve işten çıkarılması gibi yetkilerin belirli bir yöntem dahilinde İsdemir’e ait olduğu anlaşılmaktadır... Yapılan bu uygulamanın, davalı işverenin muvazaalı yönden işçi istihdamını sağlamaya yönelik olduğu açık

\* Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

<sup>1</sup> S. Süzek, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2001, Ankara 2003, 12 vd. S. Başterzi, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2009, Ankara 2011, 32 vd. M. P. Soyer, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil, 1, Mart 2006, 17. A. Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, ÇT, 1, 2004/1, 40-41. L. Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013, 343 vd. E. Akyigit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, Ankara 2011, 34. K. Doğan Yenisey, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2006, Ankara 2009, 30-31. M. Kabakçı, Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 102 vd. H. B. Aykaç, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İş Hukukunun Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar, İHSGHD, 25, 2010, 121 vd.

seçik ortadadır. Böyle olunca ... davalının ... gerçek işveren sayılması gerektiği dnlmelidir".<sup>2</sup>

Yargıtayın aynı yöndeki diğer bir kararına göre de "Davacı vekili, davacının davalı niversiteye ait hastanede yardımcı hizmetler bölümünde hasta bakıcı olarak diğer davalı Şirket işçisi olarak çalıŐtıđını, diğer Şirket üzerinde bordrolu görünse de emir ve talimatları niversite personelinden aldığını ... davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğunu ... beyan etmiŐtir... Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleŐme 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 stlenmemiŐse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene içi temini söz konusu olacaktır... genel temizlik iŐini ihale ile alan Şirketin hasta bakıcıları iŐyerine getirdikten sonra niversite görevlilerine teslim ettiği, bundan sonra karıŐmadıđı, çalıŐacakları bölümleri ve mesailerini niversite görevlilerinin belirlediği saptanmıŐtır. O halde davacı içi ... baŐlanıŐtan beri niversitenin içisidir".<sup>3</sup>

Bu kararlarda görüldüğü gibi tarafların gerçek iradesi içi temini (hizmet alımı) sözleşmesi olduğu halde, bu ilişki muvazaalı olarak alt iverenlik sözleşmesi Őeklinde gösterilmektedir. Başka bir deyişle taraflar arasında gerçekte, aşağıda görüleceği gibi İŞ Kanununda düzenlenmemiŐ (yönetmelikle yasaklanmış) olan ve Yargıtay tarafından da yasak kabul edilen *mesleki* (profesyonel) *anlamda geçici* (dn) *iş ilişkisi* kurulmak istenmektedir.<sup>4</sup>

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde işçiler, Şirket veya özel istihdam bürosu (işveren) tarafından kazanç sağlamak amacıyla başka işverenlere ödünç verilmek üzere işe alınırlar. Bu ilişkide içi temin eden diğer deyişle ödünç veren Şirket *işveren sıfatını korur*. İŞçinin iş görme ediminden yararlanan işçiyi ödünç alan kurum veya kişi işveren sıfatını taŐımaz. İŞçi temin eden Şirket işçinin işvereni ve iş akdinin tarafı olarak, bu sözleŐmeden doğan haklara sahip ve borçlardan sorumludur. Yapılmış olan hizmet alımı sözleşmesinin sonunda içi işveren Şirkete geri döner.

Mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinin İŞ Kanununun 7. maddesinde düzenlenmiŐ olan *geçici iş ilişkisinden* farkı, işçilerin başka işverene ödünç verilmek üzere işe alınması ve Şirketin bunu gelir getirici bir faaliyet olarak (kazanç maksadıyla) yapmasıdır. Bu ilişkinin *iş aracılığından* farkı ise, aracı kurumun işveren sıfatını taŐımaması, iş aracılığının tamamlanmasından sonra içi ile bir ilişkisinin kalmamasıdır.

<sup>2</sup> Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344 ve Süzek'in incelemesi, Değerlendirme 2002, 11 vd.

<sup>3</sup> Y9HD, 23.2.2009, 12808/3210, Ő. il, İŞ Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2009, 46-49 ve Başterzi, Değerlendirme 2009, 32-38. Bu yöndeki diğer yüksek mahkeme kararları için bkz. Y9HD, 18.2.2006, 32431/33405, T, 14, 255-257, Y9HD, 26.6.2006, 15117/18658, İHSGHD, 12, 1477-1479, Y9HD, 5.6.2006, 9825/16147, İHSGHD, 12, 1520-1522 ve kararların incelenmesi, Doğan Yenisey, Değerlendirme 2006, 30-31, Y9HD, 8.7.2004, 17098/17431 ve Ulucan'ın incelemesi, T, 3, 145-152. Y9HD, 7.3.2013, 2572/2349 ve Şahlanan'ın incelemesi, Tekstil İŞ., Hukuk 91, Kasım-Aralık 2014, 2-5, Heper'in incelemesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2014, 177-189.

<sup>4</sup> Süzek, Değerlendirme 2001, 12-14. Kabakcı, 103. Aynı yönde, Y9HD, 11.7.2005, 19178/24731, Toprak İŞ., Aralık 2005, 22-33, Kabakcı, 103, dn. 36.

Mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi *alt işverenlik ilişkisinden* esas itibarıyla şu özellikleri ile ayrılır. Her şeyden önce, alt işveren asıl işyerinin *bir bölümünde* veya eklentilerinde *iş alır*, o yer alt işveren açısından ayrı bir işyeri anlamını taşır. Buna karşılık, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde işyerinin ihtiyaç duyulan *değişik bölümlerine* geçici olarak *işçi alınmaktadır*. Başka bir deyişle, birinci durumda *işin devri* (bölümün devri), ikincisinde ise *işçinin hizmetinin devri* söz konusudur. Alt işverenlikte taşeron işçileri işyerinin aynı bölümünde çalıştıkları halde, mesleki amaçlı iş ilişkisinde geçici işçiler işyerinin *değişik bölümlerinde* asıl işverenin işçileri ile yan yana istihdam edilirler.<sup>5</sup>

İki kurum arasındaki diğer önemli fark, alt işverenin iş aldığı ve kendisi açısından ayrı bir işyeri anlamını taşıyan bölümde, işveren olarak tam bir *yönetim ve organizasyon hakkına* sahip bulunmasına karşın, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde yönetim ve organizasyon hakkı işçileri temin eden şirkete (özel istihdam bürosuna) değil, işveren sıfatını taşıyamamasına rağmen işçilerin iş görme ediminin alacaklısı olan *hizmet alan kuruma* ait olmasıdır.<sup>6</sup> Bu husus bir Yargıtay kararında isabetli olarak şu şekilde ifade edilmiştir: “Bir alt işveren, bir asıl işverenden üstlendiği mal ve hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca ... faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.”<sup>7</sup>

Uygulamada, alt işveren ilişkisi olarak gösterilen işçi temini sözleşmeleri genellikle şu şekilde gerçekleşmektedir: İşçi temin eden şirket (özel istihdam bürosu) ile ödünç verilecek işçiler arasında iş akitleri kurulmakta ve söz konusu işçiler, şirketin bordrosunda gösterilmektedirler. Şirket ile hizmet alan kurum veya kişi (işveren) ile görünüşte bir alt işverenlik sözleşmesi yapılmakta ve işçiler bu kuruma veya kişiye gönderilmektedirler. Görünüşte işveren durumunda olan şirketin işlevi sadece kurumdan tahsil ettiği istihkaklardan işçilere ücretlerini ödemek, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim belgelerini verip, primlerini yatırmaktan ibarettir.<sup>8</sup>

Ne var ki, alt işverenlik olduğu ileri sürülerek kurulan ilişkinin, bu hukuksal kurumun unsurları ve özellikleri ile ilgisi yoktur. Çünkü yukarıya alınan Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, ihaleyi kazanan şirket işyerinin bir bölümünde iş almamakta, *değişik bölümlerde* çalıştırmak üzere işçi temin etmektedir. Bu işçiler işyerinin bir bölümünde değil *değişik bölümlerinde* ihtiyaç duyulan işlerde hizmet alan işverenin işçileri ile yan yana çalışmaktadırlar. Alt işveren ilişkisinden farklı olarak işçi temin eden şirket işyerinin bir bölümünde işçiler üzerinde yönetim hakkına, bağımsız bir organizasyona ve uzmanlığa sahip bulunmamakta, işçiler hizmet alan işverenin yönetim hakkı, emir ve talimatları çerçevesinde, onun denetimi altında hareket etmektedirler. Alt işverene ait olması gereken hak ve borçlar (ücretin ödenmesi ve SGK ile ilişkiler dışında) işveren tarafından kullanılmakta ve yerine getirilmektedir. Çalışma koşullarının ve çalışılacak bölümlerin belirlenmesinde, görev yerlerinin değiştiril-

<sup>5</sup> Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Kabakçı, 95-96, 98-99.

<sup>6</sup> Başterzi, Değerlendirme 2009, 33, 37. Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Kabakçı, 88.

<sup>7</sup> Y9HD, 23.2.2009, 12808/3210, Çil, İlke Kararları, 46-49 ve Başterzi'nin incelemesi, Değerlendirme 2009, 32-38.

<sup>8</sup> Başterzi, Değerlendirme 2009, 37. Süzek, Değerlendirme 2001, 14.

mesinde, izinlerin verilmesinde, işten çıkarmalarda hizmet alan işveren söz sahibidir.<sup>9</sup>

Bu nedenlerle yüksek mahkeme isabetli olarak işverenle Şirket arasında yapılan alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunu, belirli işlerde işçi teminine yönelik bir sözleşmenin (mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinin) yasaya uygun bir alt işverenlik ilişkisine esas oluşturmayacağını ve hizmet alan işverenin başlangıçtan itibaren söz konusu işçilerin işvereni niteliğini taşıdığını kararlaştırmaktadır.

Bunun gibi, geçici (dn) iş ilişkisinden (İK 7) farklı olarak hukukumuzda mesleki (profesyonel) amaçlı geçici iş ilişkisinin yasal dayanağı bulunmamaktadır. İş Kanununu hazırlayan bilim kurulu taslağında (m. 93) bu hukuki kurum yer almışsa da, söz konusu düzenleme TBMM'de kanunlaşmamıştır. Ayrıca, bu konuda 2009 yılında hazırlanmış olan 5920 sayılı yasa da Cumhurbaşkanını tarafından veto edilmiştir. Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinde, büroların mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi düzenleme faaliyetinde bulunması yasaklanmıştır (m. 4/2, c).

Yargıtay da bu kurumun hukukumuzda yasaklanmış olduğu yönünde kararlar vermekte ve bu konuda kurulmuş sözleşmeleri geçersiz kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre: "Somut uyuramazlıkta ise, davalı Belediye'nin temizlik ve p toplama hizmetini değil, bu hizmeti yürütebilmek için işçi teminini ihale ettiği anlaşılmaktadır... Sözleşmeye göre işçiler belediyenin yönetimi altında çalışırken, fesih kararını yine belediye vermektedir... *Temizlik işlerini vermek ile temizlik işçisi temini birbirinden tümüyle farklı faaliyetlerdir. Hizmet alımı ve hizmetin yaptırılması ibarelerinin, iş mevzuatının yasakladığı ticari amaçlı işçi teminine olanak tanıldığı Őeklinde yorumlanarak, sonuca ulaşılması hukuken mümkün değildir. Bunda kamu yararı da yoktur. Bu yönde yapılan ihale sözleşmeleri geçersizdir.*"<sup>10</sup>

## II. Kamu Kurum ve Kuruluşları Lehine Getirilen Ayrıcalıklar

### a) İş Kanunu'nda ngrlen Hükümler

1.7.2006 tarihli ve 5538 sayılı yasanın 18. maddesi ile İş Kanununun 2. maddesine asıl işveren alt işveren ilişkisinde kamu kurum ve kuruluşları lehine ayrıcalıklar getiren 8. ve 9. fıkralar eklenmiştir.<sup>11 12</sup> Adı geçen fıkralara göre

<sup>9</sup> Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Doğan Yenisey, Değerlendirme 2006, 30-31. Başterzi, Değerlendirme 2009, 33-34, 37. Kabakçı, 88, 103-105.

<sup>10</sup> Y9HD, 17.5.2006, 18031/20242, Kabakçı, 103-104. Bu kararla aynı yönde, Y9HD, 25.10.2010, 37702/30363, Ő. il, Yargıtay İlke Kararları, B. 6, Ankara 2014, 260. Y9HD, 4.4.2005, 774/11838 ve Alpagut'un incelemesi, İHSGHD, 10, 2006, 570-584. Y9HD, 10.4.2007, 6094/10224, T, 15, 288.

<sup>11</sup> Bu fıkralarda yer alan kanun yapma tekniğine ayrıcalıklar ve iş hukukuna yabancı kavramlar için bkz. M. Ekonomi, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Prof. Dr. Nuri elik'e Saygı, Türk İş Hukukunda l İlişkiler, Legal, İstanbul 2008, 24. . Ekmekçi, Kamu İşvereni'nin zel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, İHSGHD, 12, 2006, 1176-1177. Akyiğit, 34. İ. Aydınlı, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 296-297.

<sup>12</sup> Buna karşılık söz konusu düzenlemenin kamu işverenleri lehine ayrıcalık getirmediği görüşü için bkz. O. G. ankaya-Ő. il, İş Hukukunda l İlişkiler, B. 2, İstanbul 2009, 48 vd. Aykaç, 111-113.

kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip ortaklıklar, İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarındaki *koşul ve sınırlamalara tabi olmaksızın*, Kamu İhale Kanunu veya diğer yasa hükümleri çerçevesinde alt işverenlere iş verebileceklerdir. Bu şekilde alt işverenler tarafından çalıştırılanlar, kamu kurum ve kuruluşlarının kendi işçilerinin iş mevzuatı veya toplu iş sözleşmelerine göre sahip oldukları *haklardan yararlanamazlar*, herhangi bir hak talebinde bulunamazlar.

Bu hükümler uyarınca 5538 sayılı yasanın yürürlük tarihinden itibaren, İK 2/6 ve 7’de öngörülen koşul ve sınırlamalar kamu kesimi işverenlerini bağlamayacak, bunlar sadece özel kesim işverenleri için söz konusu olacaktır. Bunu ise Anayasanın eşitlik ilkesi (m.10) ile bağdaştırmak mümkün değildir. Bir muvazaalı işlem kamu işvereni tarafından yapıldığında geçerli sayılacak, herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacak buna karşılık aynı işlem özel kesim işvereni tarafından gerçekleştirildiğinde yasa dışı kabul edilerek yaptırım uygulanacaktır. Kanımıza göre, söz konusu 8. ve 9. fıkralar Anayasaya aykırı olup iptal edilebilecek niteliktedir.<sup>13</sup>

Adı geçen fıkra hükümlerinin Anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda bugüne kadar Anayasa Mahkemesince herhangi bir karar verilmemiş<sup>14</sup> buna karşılık Yargıtay oluşturduğu içtihadıyla bu hükümlerle kamu işverenleri lehine bir ayrıcalık tanınmadığı ve bu durumda da muvazaanın ileri sürülebileceği sonucuna varmıştır. Yüksek mahkemeye göre “Maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem görecekları 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 6. (şimdi 7.) fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanın dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.”<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Ekmekçi, 1176-1177. Başterzi, Değerlendirme 2009, 40 vd. S. Süzek, Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil, 14, Haziran 2009, 10. F. Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, B. 5, İzmir 2009, 35-36. K. Doğan Yenisey, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar, İş Müfettişleri Derneği, Ankara 2010, 28. U. Aydın, 6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2015, S. 1, 13. Kabakcı, 91. İ. Subaşı, İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 179.

<sup>14</sup> İstanbul 7. İş Mahkemesi tarafından söz konusu hükümlerin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ancak yüksek mahkeme, itiraz konusu olan bu hükümlerin mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddini oybirliği ile kararlaştırmıştır. AYM, 3.2.2011, 7/28, Subaşı, 179 vd.

<sup>15</sup> Y9HD, 19.2.2009, 33290/2942 ve Akyiğit’in incelemesi, Sicil, 17, 138-159, Başterzi’nin incelemesi, Değerlendirme 2009, 38 vd. Aynı yönde, Y9HD, 21.1.2010, 41520/669, İHSGHD, 25, 310-313. Y9HD, 16.4.2009, 42564/10854, ÇT, 23, 342-344. Y9HD, 28.10.2008, 34502/29419, Kılıçoğlu, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 2009, 72 vd. Y7HD, 7.3.2013, 2572/2349 ve Şahlanan’ın incelemesi, 3. Heper’in incelemesi, 177-189.

### **b) Kamu İhale Kanununa Tabi Kurum ve Kuruluşlar Tarafından Yapılan İşçi Temini Sözleşmeleri**

4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşların yapacakları ihalelerle, işçi temini (mesleki amaçlı geçici iş ilişkileri) kurabilmelerine yasal dayanak oluşturabilmek amacıyla, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanunun (Torba kanun) 10. ve 11. maddeleri ile, Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde değişiklikler yapılmış ve ayrıca bu yasaya ek 8. madde eklenmiştir.

Bu hükümlerin amacı, idarede yeterli nitelik ve sayıda personelin (işçinin) bulunmaması halinde ve bunların istihdamı için kadro tahsis edilmemesi nedeniyle, bazı koşullarla ihaleye çıkılarak işçi temini yoluyla bütçe kısıtlarından kaynaklanan personel açığının karşılanmasıdır.<sup>16</sup> Başka bir anlatımla, hukukumuzda mesleki (profesyonel) amaçlı geçici (ödünç) iş ilişkisi yoluyla işçi temin edilmesinin yasal dayanağının bulunmaması karşısında, bu ilişkilerin kurulmasının yasallaştırılması, meşrulaştırılması amaçlanmaktadır.

6552 sayılı yasanın 10. maddesi ile Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendi şu şekilde değiştirilmiştir: "İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:

1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması halinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.

2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.

3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olması şartı aranmaz".

Görüldüğü gibi, yasanın 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde işçi temini işyerindeki yardımcı işler, asıl işler ve danışmanlık hizmetleri olmak üzere üçe ayrılmıştır. *Yardımcı işlerde* ihaleye çıkabilmesi için, bu işlerde istihdam edilen *işçilerin yeterli nitelikte ve sayıda olmaması*, işyerinde bu konuda işçi teminine ihtiyaç duyulması gerekir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardım-

<sup>16</sup> Kabakçı, 86, 95-96, 103. N. Gerek, İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 sayılı Kanunun Düşündürdükleri, Tühis, Şubat-Kasım 2014, 7 vd. Aydın, 23 vd.

cı işlere ilişkin hizmet türlerini idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye, hükümde belirtilen mercilerin görüşü ve Maliye Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu belirlemede idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuat hükümleri, yerleşik yargısal içtihatlar ve İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrası (muvazaalı işlemleri yasaklayan düzenleme) dikkate alınır.

Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendinin 2. alt bendinde kamu kuruluşuna ait işyerinin *asıl işinde* işçi temini ihalesi düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkraları dikkate alınmak suretiyle kamu kuruluşları tarafından hizmet alımı yapılabilecektir. O halde bu durumda işçi temininde İş Kanununda alt işveren ilişkisinin kurulmasına getirilmiş olan yasak ve sınırlamaların esas alınacağı öngörülmüştür.

Başka bir ifadeyle, geçici işçi istihdam edilebilmesi ancak işletmenin (yasada idarenin denilmektedir) ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde işçi teminine ihtiyaç duyulması halinde mümkün olabilecektir. Aynı şekilde, anılan hükme göre muvazaalı işçi temini sözleşmesi de yapılamayacaktır. Aksi takdirde, bu sözleşmenin gerek yasaya aykırı (İK 2/6) ve gerek muvazaalı (İK 2/7) bir işlemle kurulması halinde, söz konusu işçiler başlangıçtan beri işçi temin eden şirketin değil, asıl işverenin işçisi sayılacaklardır.

6552 sayılı Kamu İhale Kanunu 62/1, e, 2'de "işyerinde yürütülen *asıl işin bir bölümünde* idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir" ifadesi yer almıştır. "Asıl işin bir bölümü" ifadesi işçi teminine uygun bir anlatım değildir. Çünkü, yukarıda açıklandığı gibi (mesleki amaçlı geçici) işçi temini, alt işverenlik ilişkisinden farklı olarak, işin bir bölümüne değil, işyerinin ihtiyaç duyulan *değişik bölümlerine* geçici işçi alınmak suretiyle gerçekleştirilir.

6552 sayılı yasa 62/1, e, 3'de *danışmanlık* hizmeti alımı ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması koşulunun aranmayacağı hükme bağlanmıştır. İşyerinde yeterli nitelik ve sayıda danışman varken, danışmanlık hizmet alımı yoluna gitmenin gerekçesini ve yerindeliğini anlamak güçtür.<sup>17</sup>

6552 sayılı yasanın 11. maddesi ile Kamu İhale Kanununa eklenen ek 8. maddenin 1. fıkrasında, işçi temini ihalelerine çıkılmasında gerekli mercilerden *uygun görüş* alınması zorunluluğu getirilmiştir. Yukarıda belirtilen hallerde (danışmanlık hizmet alımları dışında) kamu kurum ve kuruluşları tabi oldukları mevzuata göre Maliye Bakanlığında veya Hazine Müsteşarlığında ya da Özelleştirme İdaresi Başkanlığında uygun görüş almadan ihaleye çıkamazlar. Adı geçen maddenin 2. fıkrasında ise, yardımcı işlerde niteliği gereği hizmet alım sözleşmesi altı ayı aşılırsa uygun görüş koşulunun aranmayacağı öngörülmüştür.

Bunun gibi, 6552 sayılı yasanın 14. maddesi ile 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 28. maddesinin 4. fıkrasına bir hüküm eklenmiş ve Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin e bendi kapsamındaki işlerden sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımı ihalelerinde yüklenme süresinin üç yıl olduğu hükme bağlanmıştır. İşin niteliği ve süre-

<sup>17</sup> Aydın, 25.

sinden kaynaklanan zorunlu hallerde bu süre gerekçesi gösterilmek koşuluyla üst yöneticinin onayıyla kısaltılabilir.

İhalelerde yüklenme süresini uzatan bu düzenlemenin nedenleri madde gerekçesinde Şu Şekilde açıklanmıŐtır: ‘‘Düzenleme ile ihale süresi uzatılarak kamu hizmet alımlarının daha düzenli yapıya kavuŐturulması, mali yönden daha gcl yüklenicilerin sözleşmenin tarafı olması yanında yüklenici yanında çalıŐan işçilerin kolektif haklarını daha etkin kullanmasına imkan sağlanması ve sözleşmenin süresinin sona ermesi nedeniyle her yıl işten çıkarılmalarının engellenmesi amaçlanmaktadır’’.

Hizmet alımı ihaleleri sonucunda işçi temin eden Őirketlerin (zel istihdam bürolarının) her yıl deėiŐebilmesi, yıl sonunda söz konusu işçilerin sözleşmelerinin Őirketlerce sona erdirilmesine yol açabilir. Srenin üç yıla çıkarılması işçilere kural olarak bu süre için iş güvencesi sağlayabilir. Bunun gibi, bir yıl yerine üç yıllık istihdam süresi, bir toplu iş sözleşmesi süresini (bir-üç yıl) (STSK 35/2) kapsayabileceğinden, işçilerin sendikalara ye olmaları ve yapılacak bir toplu iş sözleŐmesinden yararlanabilmeleri ihtimalini artıracaktır.<sup>18</sup>

Kamu İhale Kanununa, 6552 sayılı yasa ile eklenen ek madde 8’in 3. fıkrasında, yukarıda belirtilen hizmet alımı ihaleleri çerçevesinde çalıştırılan personelin ihale ve sözleŐme konusu iş dışında *başka bir iŐte çalıştırılmayacağı* ve grevlendirilemeyeceği hükme bağlanmışır.

Ayrıca aynı fıkrada Kamu İhale Kanununa tabi kuruluşlarca yapılacak işçi temini ihalelerinde yukarıda açıkladığımız kuralların ihlal edilmesi halinde uygulanacak *yaptırımlar* düzenlenmiştir. Bu konuda 6.2.2015 tarihinde (RG 29259) Personel alıŐtırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Uygun Görüş ıkarılmıŐtır. Kamu İhale Kanununun adı geçen fıkrası ve yönetmeliğin 6. maddesi uyarınca hizmet alımı sözleşmesinin kurulabilmesine olanak tanıyan koŐullara (62/e, 1-2) aykırı olarak ihaleye çıkılması, uygun görüş alınması gereken hallerde bu görüŐün alınmaması, personelin ihale sözleşmesi konusu işler dışında alıŐtırılması, İŞ Kanununun 7. maddesi hükmüne aykırı olarak muvazaalı iŐlemler yapılması nedeniyle idare aleyhine meydana gelen zararlar, buna neden olanlara rücu edilmek suretiyle tahsil edilir. Bunun gibi, bu kiŐilere uygulanacak ceza ve disiplin hükümleri saklı kalmak üzere yasada öngörülen idari para cezası uygulanır. Diğer yandan, İŞ Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen ve müfettiŐlerin iŐlemin muvazaalı olduğuna ilişkin raporlarına itiraz ve diğer kanun yollarına baŐvurmayan kiŐilere de yasada belirtilen idari para cezaları verilir.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Hizmet alımı kapsamında çalıŐan işçilerin örgütlenmesi ve toplu pazarlık sisteminde yer alması önünde anayasal ve yasal olarak hiçbir engel olmadığı ve 6552 sayılı yasanın 13. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi, yapılacak toplu iş sözleŐmesine ilişkin esaslar anılan madde ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine eklenen 2. ve 3. fıkralarda düzenlenmiştir. Ayrıca bu konuda 22.10.2015 (RG 29244) tarihinde Personel alıŐtırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İŞ SözleŐmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının denmesine Dair Yönetmelik ıkarılmıŐtır. Bu konuda bkz. Aydın, 27 vd.

<sup>19</sup> Bu konudaki yaptırımlar için bkz. Aydın, 26-27.



**c) Kamu İhale Kanununa Tabi Kurum ve Kuruluşlarca Yapılan Sözleşmelerin Değerlendirilmesi**

İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8. ve 9. fıkralarla alt işverenlik sözleşmesinin kurulmasında kamu kurum ve kuruluşlarına getirilen ayrıcalığın yukarıda belirtildiği şekilde Yargıtay tarafından muvazaa denetiminin dışında tutulmayacağına hükmedilmesi karşısında, bu kez Kamu İhale Kanununa tabi kuruluşlarda aynı sonuca hukukumuzda yasal dayanağı bulunmayan ve Yargıtay tarafından yasak ve geçersiz kabul edilen mesleki (profesyonel) anlamda geçici (ödünç) iş ilişkilerine yasal bir zemin oluşturmak, bu ilişkileri meşrulaştırmak suretiyle ulaşılmaya amaçlanmıştır. Gerçi 6552 sayılı yasayla gerek Kamu İhale Kanununda gerek Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda öngörülen hükümlerle işçi teminine ilişkin hizmet alımlarında, bu ilişkilerin ancak yeterli nitelik ve sayıda personelin bulunmaması halinde kurulabileceği, İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında alt işverenlik sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen yasal koşulların ve muvazaa yasaklarının bu ilişkilere de uygulanacağı, gerekli mercilerden uygun görüş alınacağı, ihalelerde yüklenme süresinin üç yıla çıkarılacağı, toplu iş ilişkilerinden doğan hakların korunmaya çalışılacağı, hizmet alınan personelin başka işlerde çalıştırılmayacağı ve bu kuralların ihlali halinde yaptırımların uygulanacağı gibi düzenlemelerle geçici işçiler korunmuştur. Ne var ki, bu düzenlemelerle söz konusu ilişkinin geçerli ve yeterli bir hukuki zemine kavuşturulduğunu ileri sürebilmek güçtür.

Her şeyden önce, kamu kurum ve kuruluşlarında hizmet alımlarının muvazaalı alt işverenlik yoluyla değil de mesleki anlamda geçici işçi temini ile yapılması yukarıda görüldüğü ve öğretilde kabul edildiği gibi Anayasaya aykırılık iddiasını ortadan kaldırmaz. Kamu ve özel kesim işverenleri arasında yapılan bu ayırım Anayasanın eşitlik ilkesine (m.10) aykırıdır.

Aynı şekilde, mevzuatta yasaklanmış olan mesleki anlamda geçici iş ilişkisi kurulmasına, sonraki tarihli 6552 sayılı yasayla kabul edilen Kamu İhale Kanununa tabi kuruluşlar bakımından (bazı koşullarla) olanak tanındığı bir an için kabul edilse bile, bu durum söz konusu hizmet alımlarında muvazaalı işlemlerin yapılmayacağı anlamına gelmez. Esasen bunun mümkün olduğu ve muvazaalı işlemlerin yapılamayacağı, Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendinin 1. ve 2. alt bentlerinde, İK 2/7'nin dikkate alınacağı belirtilmek suretiyle yasanın kendisi tarafından açıkça ifade edilmiştir. Oysa bizatihi mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi bir hukuki kurum olarak, Kamu İhale Kanununda göz önünde tutulacağı belirtilen İK 2/7'ye temelde aykırıdır ve muvazaalı işlem niteliğini taşır. Çünkü İş Kanununun söz konusu hükmü uyarınca asıl iş bölünemez diğer deyişle hem asıl işverenin hem de işçi temin eden şirketin (özel istihdam bürosunun) işçileri *işin bölümlerinde birlikte çalıştırılmaz*; aksi takdirde işlem muvazaalı sayılır. Mesleki amaçlı iş ilişkisinin tanımı ve niteliği gereği, işçi temin eden şirketin işçileri işyerinin değişik bölümlerinde, ihtiyaç duyulan işlerde asıl işverenin işçileri ile yan yana çalışırlar.

Bunun gibi, muvazaalı işlem nedeniyle asıl işverenin (kamu kuruluşunun) işçisi sayılması gereken (İK 2/7) ve aynı veya benzer işi işçi temini yoluyla yapan işçilerin *daha düşük ücret* ve çalışma koşullarında çalıştırılması eşitlik ilkesine aykırı olacak ve işyerinde huzursuzluklara yol açacaktır.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Gerek, 8.

Bu nedenlerle kanımıza göre, yüksek mahkemenin İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8. ve 9. fıkralarla ilgili olarak oluşturduğu içtihadını, kamu hizmet alımları (işçi temini) hakkında da sürdürmesi güçlü bir olasılıktır. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yukarıya alınan kararını bu şekilde okumak mümkündür: “Maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaalı öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işverene (mesleki amaçlı geçici işçi temin eden şirkete) verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 6. (şimdi 7.) fıkrasında açık bir biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise ... diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur”.

Belirtelim ki, alt işverenlik sözleşmesi ile ilgili olarak da savunduğumuz gibi, kamu kesiminde de özel kesimde de asıl olan işin, önemli hukuki sakıncalara ve sıkıntılara neden olan dışarıdan alt işverenlik veya işçi temini yoluyla değil, işverenin kendi işçileri ile görülmesidir. Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin e bendinde getirilen hükümlerle, idarede yeterli nitelik ve sayıda personel bulunmaması halinde bütçe ve kadro kısıtlarından kaynaklanan personel açığının işçi temini (hizmet alımı) yoluyla karşılandığından söz edilmektedir. Bu sorunun çözümü rasyonel bir *kamu istihdam politikası* izlenerek, norm kadro düzenlemesinin sadece maliyet endişesiyle değil, verimlilik, yeterlilik ve ihtiyaçlar esas alınarak yapılması ile mümkün olabilecektir.