

4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU UYARINCA TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN FİYAT FARKININ ÖDENMESİ VE UYGULAMADA KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR

Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi HF,

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD

ÖZET

6552 sayılı Yasa ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na (KİK) göre yapılan hizmet alımı ihalelerinde çalıştırılan alt işveren işçilerinin haklarına ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişiklikler, hizmet alımı olarak ihale edilebilecek işler ile bu işlerin süresi, yıllık ücretli izin hakkı, kıdem tazminatı ve toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farkının ödenmesine ilişkindir.

6552 sayılı Yasaya uygun toplu iş sözleşmesi yapılacak olursa, bundan kaynaklanan maliyet farkları kamu idaresi tarafından ödenecektir. Yeni düzenlemede, 6356 sayılı Yasadan farklı bir usul öngörülmüştür. Ancak, Yasanın uygulamasında birçok sorunla karşılaşmış ve neredeyse bütün toplu iş sözleşmeleri Yüksek Hakem Kurulu tarafından bağitlanmıştır.

Çalışmamızda, Yasanın uygulanmasından kaynaklanan sorunlar ve çözüm önerileri üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Alt işveren, toplu pazarlık, toplu iş sözleşmesi, sendika

GOVERNMENT-PAYMENT OF COST DIFFERENCE DUE TO THE COLLECTIVE AGREEMENT AND POSSIBLE IMPLEMENTATION PROBLEMS UNDER THE CODE OF PUBLIC PROCUREMENT LAW (Nr. 4735)

ABSTRACT

The law, Nr. 6552 brings so many new regulations about subcontractor's employees, who are hired according to public procurement law. These new regulations are related with suitable works to service procurement tender, their duration, and right to paid annual leave, severance pay and payment of cost difference due to collective agreement.

*Hakem denetiminden geçmiştir.

According to Code Nr. 6552, if cost difference occurs due to the collective agreement, public authorities will cover them. The new Code provides a different procedure than Code Nr. 6356. Nevertheless, during its implementation, so many problems emerged, and almost all of the collective bargaining is ended up by High Board of Arbitration.

In this paper, all application problems and their possible solutions are discussed.

Keywords: Subcontractor, collective bargaining, collective agreement, trade union

GİRİŞ

6552 sayılı “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun”¹ ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na (KİK) göre yapılan hizmet alımı ihalelerinde çalıştırılan işçilerin haklarına ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişiklikler, hizmet alımı olarak ihale edilebilecek işler ile bu işlerin süresi, yıllık ücretli izin hakkı, kıdem tazminatı ve toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farkının ödenmesine ilişkindir.

6552 sayılı Yasa, kapsamı ve etkilenen kişi sayısı bakımından çalışma yaşamında önemli yenilikler getirmiştir. Özellikle çalışmamızın da konusunu teşkil eden, kamuda çalışan alt işveren işçilerinin sendikalaşması, şayet, Yasaya uygun toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi halinde toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farklarının kamu tarafından ödenecek olması üzerinde durulmaya değer önemdedir. Getirilen düzenleme ile, idarenin, 4735 sayılı Yasa hükümleri uyarınca imzalanan ihale sözleşmesinde belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde belirlenecek maliyet farkından kaynaklanan sorumluluğu devam etmektedir. Diğer bir anlatımla, idarenin ihale sözleşmesinde belirlenen esaslar doğrultusunda ortaya çıkacak bedel artışından sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. İdarenin hizmet alım sözleşmesinde belirlenen esaslara uygun olarak öngörülen ücret artış oranlarından ortaya çıkacak fiyat artışını yüklenici firmaya ödemesi gerekir.

Kamu kurumlarındaki taşeron işçi sayısı 800 bin civarındadır. Söz konusu işçilerin önemli bir kısmı, daha önce hiçbir sendikaya üye olmamış ve toplu iş

* Bu çalışmayı, akademik hayatımın her aşamasında katkı ve yardımlarını esirgeme-yen sayın hocam Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a şükran duygularıyla ithaf ediyorum.

1 RG. 11.09.2014 tarih ve 29116 (mükerrer)

sözleşmesi yapma hakkından yararlanmamış işçilerdir. Oysa, mevzuatımızda alt işveren işçilerinin sendika üyesi olmasını, yetki şartları gerçekleştiğinde toplu iş sözleşmesi yapmasını ve alt işveren işçilerinin bundan yararlanmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır². Şayet 6552 sayılı Yasayla getirilen sistem işletilebilirse son dönemde önemli ölçüde gerileyen ve kan kaybeden sendikal hareket yeni bir ivme kazanabilecektir. Sendikalarla ilk defa tanışan işçiler, sahip olacakları farkındalıkla haklarına sahip çıkabileceklerdir. Belirtilen yarar dahi, Yasayla getirilen hakların ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Yasa Koyucu, bu durumu göz önünde bulundurarak işçilerin sendikal haklarından yeterince yararlanabilmelerini sağlamak amacıyla toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan artışlar nedeniyle, alt işverene ödenecek maliyet farkı hususunda ihale mevzuatındaki kısıtlamalara bağlı kalınması mecburiyetini ortadan kaldırmış ve toplu iş sözleşmesinde öngörülen artışların tamamının işçilere yansıtılmasının önünü açmıştır.

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

2 Alt işveren uygulamasında sendikalaşmanın gelişememe nedenleri arasında, öncelikle alt işverenlik sözleşmesinin süresinin bir yıldan az olması gelmektedir. İkinci olarak, alt işveren işçileri değişik işverenlerin yanında farklı zamanlarda çalışmaktadırlar. Söz konusu durum, alt işveren işçilerinin sabit işyerlerinde çalışan işçilere göre daha güç sendikalaşması sonucunu doğurmaktadır. Bir diğer neden de, alt işveren işçilerinin işverenlerinin ve işyerinin hukuken farklı olması nedeniyle asıl işverenin girmiş olduğu işkolunda sayılmamasıdır. Sonuç itibarıyla hukuken bir engel olmamakla birlikte, uygulamada alt işveren işçileri istisnai olarak alt işveren-asıl işveren ilişkisinin muvazaalı sayılması halinde, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmektedir. Geniş bilgi için bkz. İbrahim Aydın, "6552 Sayılı Kanunla Alt İşveren Kurumunda Yapılan Yeni Düzenlemeler ve Değişiklikler", GÜHFD, C.XVIII, Y.2014, S.3-4, 94.

dırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece maliyet farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için maliyet farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenir” fıkrası eklenmiştir.

04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlere ait sözleşmelere ilişkin olarak, 05.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca yapılan toplu iş sözleşmeleri sonucunda, alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin işçiliğe bağlı giderlerinde oluşan artışın maliyet farkı olarak ödenmesini düzenlemek amacıyla Maliye Bakanlığı tarafından “*Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Maliyet Farkının Ödenmesine Dair Yönetmelik*”³ hazırlanmıştır.

Burada maliyet farkından kastedilen, idarenin hizmet alım ihalesinde kararlaştırılan bedel ile yapılacak toplu iş sözleşmesi uyarınca meydana gelen artış arasındaki farktır. Ancak, idarenin hizmet alımı yaptığı işverenin işçilerinin sendika üyesi olması ve toplu iş sözleşmesi yapmaları halinde, ortaya çıkacak yükten neden idarenin sorumlu olacağını anlamak güçtür⁴. Kamuda alt işveren işçilerinin bir takım haklardan yararlanması şüphesiz yerindedir. Ancak bunun yolunun getirilen düzenlemede olduğu gibi, karmaşık ve dolambaçlı süreç ve usuller olmaması gerekir⁵. Hükümün getiriliş gerekçesi uygulamada, toplu iş sözleşmesiyle elde edilen ücret ve sosyal haklardan kamu ihale mevzuatındaki hükümler nedeniyle tam olarak yararlanılamaması, ister alt işverenle işçi sendikası arasında, isterse Yüksek Hakem Kurulunca yapılsın toplu iş sözleşmelerinde ücret artışı ve sosyal haklara ilişkin hükümlerin alt işveren tarafından kamu ihale mevzuatı bahane edilerek uygulanmaması, sonuç olarak işçilerin

3 RG 22.01.2015 T. 29244

4 Ufuk Aydın, “6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Ocak 2015, Cilt 5, Sayı 1, 29; Aydın Başbuğ, İş Mevzuatının Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlara Çözüm Üretmekteki Yetersizliği”, İş ve Hayat Dergisi, Y.2, S.3, 2016, 19.

5 Nüvit Gerek, “İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 Sayılı Kanunun Düşündürdükleri”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi Cilt: 25 Sayı: 3-4-5-6 Şubat- Mayıs-Ağustos - Kasım 2014, 10.

toplular iş sözleşmesinden doğan haklarını yargı yoluyla talep etme mecburiyetinde kalmaları gösterilmiştir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8 inci maddesine yapılan ekleme ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda öngörülen sistemden farklı bir toplular iş sözleşmesi sistemi getirilmiştir. Gerçekten, gerek yetkili sendikanın tespiti aşaması, gerek toplular sözleşme müzakerelerin tarafı ve yürütülmesi, toplular iş sözleşmesinin imzalanması halinde sözleşmeden kaynaklanan farklardan sorumluluk, farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu farklı düzenlemelerin her biri toplular iş hukuku açısından yeni problemler çıkartabilecek niteliktedir.

Çalışmamızda, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8 inci maddesine yapılan ekleme ile getirilen sistem anlatılmaya çalışılacaktır. Belirtilen amaçla öncelikle kamuda çalışan alt işveren işçilerinin toplular iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farklarını alabilme şartlar üzerinde durulacaktır. Ancak, yapılan değişiklik üç yılı aşmış olmasına karşın henüz Yasayla getirilen sisteme uygun ve dolayısıyla işçilerin sorunsuz olarak toplular iş sözleşmesinden kaynaklanan fark alacaklarını alabilecekleri bir toplular iş sözleşmesi yapılabileceği değildir. Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten bu güne kadar bütün toplular iş sözleşmeleri Yüksek Hakem Kurulu tarafından bağitlanmıştır⁶. Dolayısıyla çalışmamızda getirilen sistemin aksayan yönleri üzerinde de durulacak ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

1. FİYAT FARKI VERİLEBİLMESİNİN ŞARTLARI

Kamu işyerlerinde alt işveren işçilerinin toplular iş sözleşmesinden yararlanmalarını kolaylaştırmak için, yapılacak toplular iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet artışının kamu tarafından üstlenilmesi öngörülmüştür. Ancak, ortaya çıkacak maliyet artışının boyutları düşünülerek, yeni bir toplular iş sözleşmesi düzeni getirilmiştir⁷. O halde, Kamu işyerlerinde alt işveren işçilerinin toplular

6 Yıllar itibariyle Yüksek Hakem Kurulu'na başvuru sayılarına bakıldığında, 6552 sayılı Yasa çıktıktan sonra olağanüstü bir artış olduğu görülmektedir. Buna göre, 2010 yılı 174, 2011 yılında 161, 2012 yılında 79, 2013 yılında 230, 2014 yılında 183, 2015 yılında 352, 2016 yılında 2469 başvuru yapılarak Kurul tarafından sonuçlandırılmıştır. Kurula, 2017 Mart ayı sonu itibariyle 393 başvuru yapılmıştır. 6552 sayılı Yasa yürürlüğe girdikten sonra başvuruların önemli bir kısmını 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında yapılan ihaleli işlere ilişkin toplular iş sözleşmeleri teşkil etmektedir. Başvuruların sadece 2015 yılında 101, 2016 yılında 130'i 6356 kapsamında olağan toplular iş sözleşmelerine ilişkindir (Bilgiler Yüksek Hakem Kurulu Sekreterliği'nden alınmıştır).

7 Aydın Başbuğ, "Alt İşveren İle Toplu İş Sözleşmesi Yapılması ve 6552 Sayılı Yasayla Getirilen Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi", İş ve Hayat Dergisi, Y.2, S.3, 2016, 120; Yazar, 6552 sayılı Yasa ile yeni bir üçlü toplular iş ilişkisi sisteminin öngörüldüğünü

iş sözleşmesi farklarının kamu tarafından üstlenilmesi için, 6356 sayılı Yasaya uygun toplu iş sözleşmesi yapılması yeterli değildir. Bunun için, 6552 sayılı Yasayla getirilen yeni sisteme uygun toplu iş sözleşmesi yapılması gerekir. 6552 sayılı Yasa uyarınca maliyet farkının⁸ kamu tarafından ödenebilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir. Yasayla getirilen sistemde, yapılan toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farkı kamu idaresi tarafından ödendiğinde, alt işverene rücu söz konusu olmayacaktır.

2. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU’NUN 62 NCİ MADDESİNİN BİRİNCİ FIKRASININ (E) BENDİ UYARINCA İHALE EDİLEN BİR İŞ OLMALIDIR

6552 sayılı Yasanın 13 üncü maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 8 inci maddesine yapılan ekleme ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde maliyet farkı ödemesinin yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. O halde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 64 üncü maddesinin birinci fıkrasının e bendi uyarınca idarelerin bu Yasada tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında diğer şartlar gerçekleşir ve Yasanın belirlediği anlamda bir toplu iş sözleşmesi yapılırsa, oluşacak maliyet farkı ilgili kamu kurumu tarafından ödenecektir⁹. Diğer bir anlatımla, kamuda 4734 sayılı Ka-

belirtmiştir. Ancak, söz konusu üçlü ilişkinin 6356 sayılı yasa içerisinde değil de, 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında ele alınmasını, üçlü ilişkinin gereklerinin yeterince anlaşılmasına yol açması nedeniyle haklı olarak eleştirilmiştir. Getirilen yeni sistem ile üçlü ilişkinin zorunlu kılmadığı hallerde 6356 sayılı Yasa uygulanacaktır. Bkz. Başbuğ, Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi, 122.

8 Alt işveren işçilerinin ücret ve sosyal haklarında, toplu iş sözleşmesine bağlı olarak meydana gelecek artış sebebiyle her bir işçiye alt işveren tarafından yapılacak ilave ödeme neticesinde işçiliğe bağlı giderlerde oluşacak artışlar, kamu kurum ve kuruluşlarınca maliyet farkı olarak kabul edilecek ve alt işverene ödenecektir. Toplu iş sözleşmesinde maliyet farkı olarak ödeme yapılmasını gerektiren aynı nitelikteki sosyal hakların bulunması halinde bu hakların bedellerinin tespitinde 4/3/2009 tarihli ve 27159 mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği hükümleri dikkate alınır. Bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde maliyet farkının ödenmesi ile ilgili ödeme evrakına bağlanacak belgeler, kamu kurum ve kuruluşlarının tabi olduğu mevzuata göre belirlenir. Maliyet farkı ile ilgili ödemeler, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun bütçesinden yapılacaktır.

9 KİK 62 nci maddesinin birinci fıkrasının e bendi uyarınca “İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur: 1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve

mu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işler dışında işlerde veya özel sektörde alt işveren işyerinde toplu iş sözleşmesi yapılacak olsa dahi toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret farkı kamu tarafından ödenmeyecektir. Örneğin, Kamu İhale Kanunu'nun 3 üncü maddesi¹⁰ uyarınca gerçekleştirilen hizmet alımlarında, şayet alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi imzalanacak olursa, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret farkı ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Tabi burada, 4857 sayılı İş K. 2 nci maddesinin altıncı fıkrasından kaynaklanan birlikte sorumluluk hükümleri saklıdır.

3. 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NUN 2 NCİ MADDESİNDE TANIMLANAN ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ BULUNMALIDIR

6552 sayılı Yasanın 13 üncü maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleş-

4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz”.

10 Örneğin, KİK 3 üncü maddesinin g bendi uyarınca “2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticarî ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli ikitrilyon üçyüz milyar Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımları” şeklinde gerçekleştirilen alt işveren uygulamalarında fark ücret ödemesinden bahsedilemeyecektir. Ancak belirtilen bent kapsamına kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri ile Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler, yine kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri, ile sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler de KİK m.3/g kapsamında gerçekleştirilen hizmet alımlarında toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan fark ödemesi söz konusu olmayacaktır.

meleri Kanunu'nun 8 inci maddesine yapılan ekleme ile yapılacak toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışından doğan maliyet farkının, idarece ödenebilmesi için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olması gerekir¹¹. O halde, idare ile alt işveren asıl işveren ilişkisi kapsamında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım işi gerçekleştiğinde, değişiklik kapsamında ortaya çıkan maliyet farkı idare tarafından ödenecektir.

İdare ile hizmet alımı çerçevesinde ihaleyi alan işveren arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinin varlığının tespiti İş K.m.2/VI hükmü çerçevesinde yapılacaktır¹². Şayet İş K.m.2/VI kapsamında bir alt işveren-asıl işveren ilişkisi

11 Öğretide, madde metninde alt işveren terimi kullanılmakla birlikte, burada İş Kanunu'nun 2.maddesi kapsamında bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığı, kamu kesiminde 4734 ve 4735 sayılı yasalar çerçevesinde kurulan hizmet alımı ilişkilerinin ihaleleri, idari ve teknik şartnameleri incelendiğinde, yapılacak işin açıkça tanımlandığı, bu işin ne kadar süreyle, kaç işçi tarafından yapılacağı belirtilmediği, hatta işçilerin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde ne kadar fazla çalışma yapacaklarının dahi belirlenmiş olduğu, ihale kapsamında çalıştırılacak işçilere ödenecek ücretin, asgari ücretin belli bir miktar üstünde belirlenerek teklif hazırlanması gerektiğine ilişkin maddelere rastlandığı, dolayısıyla burada amacın İş Kanunu'nun 2.maddesinde yasal koşulları belirlenmiş olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurmak değil, belli bir işin yapılması için ucuz maliyetle işçi temini olduğu, işçi teminine yönelik sözleşmelerin mevcut yasal düzenlemeler karşısında mümkün olmadığından bu sözleşmelerin geçersiz sayılması ve ihale kapsamında 'görünürde' alt işveren işçisi olan işçilerin 'gerçekte' kamu kurumunun işçisi olarak değerlendirilmesi gerektiği, işçi temini amacıyla yapılan hizmet alımı ihalelerinin taraflarını asıl işveren-alt işveren olarak tanımlamanın hukuken isabetli olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz Gaye Burcu Yıldız, Kamu İşveren Sendikalarının Alt İşveren Tarafından Yetkilendirilmesine İlişkin Yasal Düzenlemenin Değerlendirilmesi, Sicil Dergisi, S.34, Y.2015, 93.

12 Alt işveren konusunda geniş bilgi için bkz. Fevzi Şahlanan, "Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 72, Sayı 2 (2014), 469 vd.; Yusuf Güleşli, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması, Ankara 2013, 37 vd.; Ercan Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik (Taşeronluk İlişkisi), Ankara 2011, 19 vd.; Talat Canbolat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İstanbul 1992, 12 vd.; Süleyman Yazır, Türkiye'de Taşeronluk (Alt-İşverenlik) Uygulamalarındaki Hukuksuzlukların Avrupa Birliği Düzenlemeleri Çerçevesinde İncelenmesi, Ankara 2012, 6 vd.; Talat Canbolat, "Borçlar Hukuku Bakımından Türk Hukukunda Alt İşveren", Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları, Kamu-İş, Antalya 2010, 3 vd.; Ercan Akyiğit, "İş Hukuku Bakımından Türk Hukukunda Alt İşveren", Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları, Kamu-İş, Antalya 2010,43 vd.

söz konusu değilse, 6552 sayılı Yasa hükümlerine göre toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farkının idare tarafından ödenmesi yoluna da gidilemeyecektir. Örneğin, ihale yoluyla iş bütünüyle idare tarafından bir işverene devredildiğinde, ihaleyi alan işveren ile yapılan toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farkının ödenmesi de söz konusu olmayacaktır.

6552 sayılı Yasa uyarınca, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farkının ödenebilmesi için, kamu idarelerinde gerçekleşecek olan alt işveren ilişkisinin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde gerçekleşiyor olmasının önemi yoktur. Her iki halde meydana getirilecek alt işveren-asıl işveren ilişkisinde de diğer şartların gerçekleşmesi koşuluyla toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farkının ödenmesi gerekecektir¹³.

4. ALT İŞVEREN TARAFINDAN MÜNHASIRAN BU YASA KAPSAMINA GİREN KAMU KURUM VE KURULUŞLARINA AİT İŞYERLERİNDE ÇALIŞTIRILAN İŞÇİLERİ KAPSAYACAK OLAN TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİ BULUNMALIDIR

Hukukumuzda alt işverenin işçileri bir işçi sendikasına üyesi olduklarında, işçi sendikası ile alt işveren bir toplu iş sözleşmesi yapabilir. Söz konusu durumda, asıl işverenin işyerinde alt işverenin işçilerinin çalıştıkları yer ayrı bir işyeri olduğundan, alt işveren bu işyerini kapsayacak bir toplu iş sözleşmesi yapabilir ve alt işverenin işçileri de yapılan toplu iş sözleşmesinden yararlanır. İş K.m.2/VI'de öngörülen münhasırlık şartı gerçekleştiğinde, diğer bir ifadeyle alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan işte çalışmaları halinde, yapılan toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerden alt işverenle asıl işveren birlikte sorumlu olacaktır.

6522 sayılı Yasa uyarınca, yapılacak toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farkının ödenebilmesi için toplu iş sözleşmesinden yararlanacak işçilerin münhasıran ilgili kamu idarelerinde çalışan alt işveren işçisi olması gerekir. O halde, Yasanın aradığı şartları taşıyan bir toplu iş sözleşmesi yapılırsa dahi, sözleşmenin tarafı alt işverenin Yasada belirlenen kamu idareleri dışında kamu idareleri veya özel sektörde çalışan işçilerinin, taraf sendikaya üye olsalar dahi maliyet farkı ödemesi uygulamasından yararlanabilmesi mümkün değildir¹⁴.

13 Aydın, 95.

14 Aydın, 95.

5. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN 6552 SAYILI YASADA BELİRLENEN ŞEKİLDE YAPILMALIDIR

5.1.Yetki Başvurusunun Şekli

6552 sayılı Yasa kapsamında yapılacak toplu iş sözleşmelerinde, yetki başvurusu için 6356 sayılı Yasadan farklı bir düzenleme getirilerek, başvuruda bir takım belgelerin Bakanlığa sunulması zorunluluğu getirilmiştir. Yetki başvurusunun nasıl yapılacağı, Yönetmeliğin 4/2 maddesinde, “*Yetki tespit başvurusuna; ihale sözleşmesini yürüten idareden temin edilecek sözleşme konusu işin 4734 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olduğunu, alt işverenin unvanını, işin niteliğini, sözleşme kapsamındaki işyeri/işyerlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu sicil numarası/numaralarını, sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihleri ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenecek diğer bilgileri ihtiva eden resmi yazı eklenir. İhale sözleşmesini yürüten kamu kurum ve kuruluşu, talep tarihinden itibaren en geç on gün içinde bu bilgileri işçi sendikasına vermek zorundadır*” hükmüyle düzenlenmiştir.

Alt işverenin tek bir işyerinde kamudan ihale alması durumunda, işyeri toplu iş sözleşmesi yetkisi alınacak ve işyeri toplu iş sözleşmesi imzalanacaktır. Alt işverenin aynı anda aynı işkolunda birden fazla kamu işyeri veya işyerlerinde ihale alması durumunda ise, bir takım hukuki sorunlar çıkabilecektir. 6552 sayılı Yasa, çıkabilecek sorunları bertaraf edebilmek için 6356 sayılı Yasadan farklı bir yöntem getirerek her bir ihale ünitesi için ayrı ayrı toplu iş sözleşmesi yapılmasını öngörmüştür. Dolayısıyla, her bir ihale ünitesi için ayrı ayrı yetki belgesi verilecektir. Şu halde, alt işverenin kamuda birden fazla ihale alması durumunda, her bir ihalenin başlangıç ve sona erme tarihleri farklı olacağından, ortaya çıkabilecek sorunlar bu şekilde giderilmiş olacaktır. Diğer bir hal ise, alt işverenin kamudan ihale almasının yanında aynı işkolunda özel sektörde de işyerinin bulunması halidir. Burada kamunun sorumlğunun belirlenmesi açısından özel sektör ve kamu sektör işyerinin birbirinden ayrılması gerekir¹⁵.

6356 sayılı Yasa uyarınca “*Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir*” (m.34/2)¹⁶. Yasanın

15 Başbuğ, Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlar 20; Başbuğ, Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi, 122.

16 6356 sayılı Yasanın “*Tanımlar*” kısmında “İşletme toplu iş sözleşmesi: Bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden

aradığı anlamda işletmenin varlığı halinde, işletme toplu iş sözleşmesi yapılması zorunludur. Taraflar istese dahi işletmeye dâhil işyerleri için ayrı ayrı toplu iş sözleşmesi yapılamaz¹⁷.

6552 sayılı Yasayla, 6356 sayılı Yasada öngörülen sistemden farklı olarak, her bir ihale ayrı toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak kabul edilmiştir. Belirtilen çerçevede, bir ihale kapsamına birden fazla kamu kurumu girebileceği gibi, tek bir kamu kurumu da girebilir. Aynı alt işveren, aynı anda aynı işkolunda birden fazla ihale alabilir. Alt işverenin aynı iş kolundan başka işyeri veya işyerleri de olabilir.

Yönetmelikle soruna çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin yedinci fıkrası uyarınca, “*Toplu iş sözleşmesi, her bir ihale sözleşmesi dikkate alınarak işyeri düzeyinde imzalanır. Toplu iş sözleşmesinin süresi ihale sözleşmesinin süresini geçemez*”. Görüldüğü gibi Yönetmelik her bir ihaleyi ayrı bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak kabul etmiştir. Yine anılan maddede, toplu iş sözleşmesinin süresiyle ihale süresi arasında bağ kurulmuştur. Yönetmeliğin söz konu hükmünün Yasaya uygunluğu tartışması bir tarafa¹⁸, böyle bir konunun Yasa yerine Yönetmelikle düzenlenmesi de isabetli olmamıştır¹⁹. Gerçekten, Yönetmelikle getirilen sistem, 6356 sayılı Yasada öngörülen işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasının zorunlu olması düzenlemesine aykırıdır. Ancak söz konusu durum, 6552 sayılı Yasayla getirilmek istenen model açısından bir zorunluluktur. Özellikle, toplu iş sözleşmesinin süresinin ihale süresini aşmaması düzenlemesiyle birlikte değerlendirildiğinde, daha anlamlı hale gelmektedir. Gerçekten uygulamada, ihale kapsamına birden fazla işyeri örneğin hastane alınabilmektedir. Toplu iş sözleşmesinin ihale süresini aşacak şekilde belirlenebileceğinin kabulü halinde, uygulamada birçok sorun çıkabilecektir. Zira bir sonraki ihale döneminde, ihale kapsamındaki işyerleri değişebilmektedir. Bu durumda toplu iş sözleşmesi kapsamında işyerleri farklı ihale üniteleri içerisinde kalabilmektedir. İşte, konu bir bütün olarak değerlendirildiğinde, gerek işletme toplu iş sözleşmesi sistemine getirilmek istenen

çok işyerini kapsayan sözleşmeyi” ifade eder tanımına yer verilmiştir (m.2/1-d).

17 Aydın Başbuğ, *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*, Ankara 2012, 164; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, Ankara 2017, 275-276, Nizamettin Aktay, *Toplu İş Hukuku*, Ankara 2015, 191; Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku El Kitabı*, Ankara 2015, 560; A. Can Tuncay, F. Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul 2016, 218; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Sözleşmesi*, İstanbul, 1992, 32-33; Adnan Tuğ, *Toplu İş Sözleşmesi*, Ankara 1996, 41.

18 Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2016, 753.

19 Başbuğ, *Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi*, 125.

istisna ve gerekse toplu iş sözleşmesinin süresinin ihale süresini aşamaması kuralı anlamlı hale gelmektedir.

Yetki başvurusunun süresine ilişkin olarak 6356 sayılı Yasa uyarınca işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi yoksa her zaman başvurulabilir (m.41/1). Ancak, işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi varsa, toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilir. Ancak, toplu iş sözleşmesi yapılacak olsa da bir önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe giremez (m.35/4). 6552 sayılı Yasa kapsamında yapılan toplu iş sözleşmelerinde ise, bu kurala istisna getirmek gerekecektir. Buna göre, 6552 sayılı Yasa kapsamında yapılan ihaleli işlerde, ihale süresi bitmeden yetki başvurusunda bulunulamayacaktır. Diğer bir anlatımla, toplu iş sözleşmesinin (dolayısıyla ihale süresinin) bitimine yüz yirmi gün kala yetki başvurusunda bulunulamayacaktır. Aksi düşüncenin kabulü 6552 sayılı Yasayla getirilen sisteme aykırılık teşkil edecektir. Zira yeni dönemde ihalenin yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa hangi işyeri veya işyerini kapsayan bir ihale ünitesi için ihale yapılacak olduğunun bilinmemesi nedeniyle ihale süresi dolup, yeni ihale yapıldıktan sonra yetki başvurusunda bulunmak gerekecektir. Ulaşılan bu sonuç, toplu iş sözleşmesinin ihale süresini geçmemesi, bir yıldan az süreli toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi ilkeleriyle de uygunluk teşkil edecektir.

5.2.Toplu İş Sözleşmesi Alt İşverenin Yetkilendirmesi Kaydıyla Merkezi Yönetim Kapsamındaki Kamu İdarelerinin Üyesi Bulunduğu Kamu İşveren Sendikalarından Birisi Tarafından Yapılmalıdır

6356 sayılı Yasa uyarınca, işçi tarafında işçi sendikasının, işveren tarafında ise işveren bir işveren sendikasına üye ise işveren sendikasının, sendika üyesi değilse doğrudan işverenin taraf ehliyeti vardır ve toplu iş sözleşmesi müzakerelerine katılır. Toplu iş sözleşmesi imzalandığında da taraflar, işçi sendikası ile işveren sendikası veya işveren sendika üyesi değilse işveren olacaktır. 6552 sayılı Yasanın 13 üncü maddesi ile söz konusu kurala bir istisna getirilerek, “...alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır. Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece maliyet farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için maliyet farkı ödenemez, 4857 sayılı

Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez” hükmüne yer verilmiştir.

6552 sayılı Yasayla getirilen sistemle birlikte, 6356 sayılı Yasada öngörülen taraf ehliyetine bir istisna getirilmekte, kamu işveren sendikası, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde taraf olmaktadır²⁰. Düzenlemeden, alt işverenin yetkilendirmesinden ne kastedildiği, yetkilendirmeyle birlikte alt işverenin taraf ehliyetinin sona erip ermediği, yetkilendirmenin sonradan geri alınıp alınmayacağı ve sonuçları net olarak anlaşılammamaktadır²¹. Getirilen düzenleme ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde maliyet farkı ödenip ödenmemesi, işçi sendikası ile işveren sendikası arasında imzalanacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından birisi tarafından imzalanması koşuluna bağlanmaktadır²². Bunun sonucu olarak da, kamu işveren sendikası tarafından yürütülüp sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için maliyet farkı ödenmeyecektir²³. Toplu sözleşme mü-

20 Başbuğ, Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi, 121.

21 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 753.

22 Toplu iş sözleşmesinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması için, alt işveren; Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası (TÜHİS) üyesi kamu idarelerine ait işyerlerinde TÜHİS'i (TÜHİS üyesi kuruluşların listesi için <http://www.tuhis.org.tr>), Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (KAMU-İŞ) üyesi kamu idarelerine ait işyerlerinde KAMU-İŞ'i (KAMU-İŞ üyesi kuruluşların listesi için <http://www.kamu-is.org.tr>).

23 Getirilen düzenlemenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine yapılan iptal başvurusunda mahkeme, “Ancak toplu iş görüşmelerinde kararlaştırılacak ücret artışı hususunda alt işverenle işçi sendikasının tamamen serbest bırakılması, kamuya aşırı bir külfet yükleyebileceği gibi ihale yapılmış olmasını da anlamsız kılacaktır. Zira belli bir muhammen bedel üzerinden yapılan ihaleyi idare yönünden en avantajlı fiyatı teklif ederek kazanan alt işveren, işçilerle yapacağı toplu iş sözleşmelerinde yüksek artışlar öngörerek idarenin ödeyeceği bedelin orantısız bir şekilde artmasına yol açabilecek ve bu yolla haksız bir kazanım elde edebilecektir. Ayrıca bu durum, idarenin belirlediği muhammen bedeli düşük bularak ihaleye girmeyen veya ihaleye girip de muhammen bedeli gözönünde bulundurarak yüksek teklif veren ve bu nedenle ihaleyi kaybeden kişilerin haklarının da zedelenmesine yol açacaktır. Kanun koyucu, toplu iş sözleşmelerinde makul olmayan artışlar yapılmasını ve bu yolla kamuya aşırı bir külfet yüklenmesini engellemek amacıyla toplu iş görüşmelerinin kamu işverenleri sendikalarından biri tarafından yapılması zorunluluğunu getirmiştir. Dava konusu düzenlemeyle kamunun hakları ile işçilerin sendikal hakları arasında adil bir denge kurulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, tüm bunları gözönünde bulundurarak, idarenin, toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret artışlarının tamamından asıl işveren sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için toplu iş görüşmelerinin işverenin yetkilendirdiği kamu işveren sendikalarından biri tarafından yapılması

zakerelerinin kamu işveren sendikasıyla yürütülmesi ve sonuçlandırılması, işveren sendikasına yönelik emredici bir düzenlemedir²⁴.

Görüldüğü gibi, yapılan değişiklikle, Yasa kapsamında bir toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi ve ortaya çıkacak maliyet farkının idare tarafından ödenebilmesi için, alt işverenin toplu iş sözleşmesine taraf olma ehliyeti ve yetkisi, yapılacak yetkilendirmeye merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisine devredilmiştir²⁵. Öngörülen yöntemle, yetkilendirilen kamu işveren sendikası, kendisine üye olmayan ve yasal olarak da buna imkân bulunmayan bir alt işveren adına toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili kılınmakta ve toplu iş sözleşmesi yapılış sürecini alt işveren adına yürütmek zorunda kalmaktadır²⁶. Şunu hemen belirtelim ki, söz konusu düzenleme, alt işverenin toplu iş sözleşmesinde taraf ehliyetini tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Belirtilen durumda, taraflar 6552 sayılı Yasa kapsamı dışında bir toplu iş sözleşmesi yapmak isterlerse, bunu her zaman yapabilirler. Ancak bu durumda yapılacak toplu iş sözleşmesi tamamen genel hükümlere tabi olacaktır²⁷.

zorunluluğu getirmiş olmasında kamu yararına ve hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır” gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Bkz. AYM, 14.05.2015, E. 2014/177, K. 2015/49 (RG. 11.06.2015, 29383), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4a302785-d63a-4a6f-9e04-a18ea2587fa5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.01.04.2017); Kararın eleştirisi için bkz. Yıldız, 97-98.

24 Başbuğ, Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi, 123.

25 Söz konusu devrin işveren sendikacılığına etkisi ve eleştirisi için bkz. Yıldız, 92 vd.

26 Sur, 333; Anayasa Mahkemesi, “*Dava konusu kuralla, idarenin toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan maliyet farkını işi yüklenen işverene ödeyebilmesi için toplu iş sözleşmesinin, işverenin yetkilendirdiği kamu işverenleri sendikalarından biri tarafından işveren adına yapılmış olması şartı getirilmektedir. Alt işverenin, ilgili kamu işveren sendikasını, adına toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmek üzere yetkilendirmesi, işverenin kamu işverenleri sendikasına üye olması anlamına gelmeyeceğinden, maliyet farkından yararlanabilmesi için bu şekilde bir yetkilendirme mecburiyetinin getirilmesiyle, ilgili sendikaya üye olmaya zorlandığı sonucuna varılamaz. Kaldı ki yasal olarak buna imkân da bulunmamaktadır”* sonucuna vararak düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. AYM, 14.05.2015, E. 2014/177, K. 2015/49 (RG. 11.06.2015, 29383), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4a302785-d63a-4a6f-9e04-a18ea2587fa5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.01.04.2017).

27 Bkz. AYM, 14.05.2015, E. 2014/177, K. 2015/49 (RG. 11.06.2015, 29383), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4a302785-d63a-4a6f-9e04-a18ea2587fa5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.01.04.2017). Aksi görüş için bkz. Aydın, 95; Yazar, getirilen sistemde, işçi sendikasının yetki alması yeterli olmadığını, toplu iş sözleşmesinde taraf teşkili için alt işverenin bu konuda merkezi idarelerde örgütlü işveren sendikalarından (şu anda Kamu-İş ya da TÜHİS) birisine toplu iş sözleş-

Şayet, toplu iş sözleşmesi 6552 sayılı Yasada öngörülen usullere uygun olarak yapılmayacak olursa, alt işveren işçileri İş K.2/VII uyarınca asıl işveren konumunda bulunan kamu idarelerine başvurabilecek midir? Bu sorun, 6552 sayılı yasanın 13 üncü maddesinde yer alan “...*Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için maliyet farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez*” hükmünün yorumundan kaynaklanmaktadır. Öğretide, söz konusu hükümden hareketle, asıl işveren hakkında alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan işçilik haklarından kaynaklanan talepler için İş Kanunu’nda düzenlenen müteselsil sorumluluğun geçerli olmayacağı ileri sürülmüştür²⁸. Kanımızca, 6552 sayılı Yasa hükümlerine uyulmadan, 6356 sayılı Yasaya uygun olarak alt işverenle işçi sendikası arasında yapılan toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçilik alacaklarından kamunun asıl işveren olarak sorumluluğu devam etmektedir. Aksi düşüncenin kabulü, uygulamada da sık sık rastlandığı gibi, alt işverenin ihmali veya kastı neticesinde kamu işveren sendikasını yetkilendirmemesinin yüküne işçilerin katlanması sonucunu doğuracaktır ki bunu kabul etmek iş hukukunun en temel ilkesi olan işçiyi koruma ve işçi yararına yorum ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Diğer bir anlatımla, işçi sendikası ile yapılacak toplu sözleşmede, alt işvere-

leşmesi yapılması için yetki vermesi gerektiğini, yetki vermeyecek olursa, yetkili işçi sendikasının toplu iş görüşmelerine ilişkin işlemleri alt işverenin kendisine karşı yapamayacağı gibi, yetki vermemişse, kamu işveren sendikalarına karşı da yürütemeyeceğini, şayet alt işveren kamu işveren sendikalarından birine işveren olarak kendi adına ve hesabına toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin ve toplu iş sözleşmesinin imzalanması için yetki vermemiş ise, 6522 sayılı Yasa anlamında kamu işverenlerince toplu iş sözleşmesi imzalanması ya da alt işverenin toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yapması ve imzalamasının hukuki sonucunun işveren tarafının ehliyetsizliği olarak neticeleneceğini, bunun ise toplu iş sözleşmesinin butlanını ya da geçersizliğini doğuracağı görüşündedir. Aydın, 96; Ancak, yukarıda da izah ettiğimiz gibi, bu sonuca katılmak zordur. Şayet taraflar, 6552 sayılı Yasa kapsamında bir toplu iş sözleşmesi yapmak istemiyorlarsa, her zaman 6356 sayılı yasadaki belirtilen usul ve yöntemlerle toplu iş sözleşmesi yapabilirler. Burada, 6552 sayılı Yasada öngörülen toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet farkının kamudan istenememesi söz konusu olmayacaktır. Aksi düşünce, yani 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, maliyet farkı ödenmesi için alt işvereni kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmeye zorlamak ve şayet yetkilendirme yapılacak olursa maliyet farkının ödenecek olması, yetkilendirmeme durumunda maliyet farkı ödenmemesi, Anayasanın 51 nci maddesiyle teminat altına alınan sendika özgürlüğü, 53 ncü maddede düzenlenen toplu iş sözleşmesi yapma özgürlüğüne aykırılık teşkil edecektir. Yine aksi düşünce 6356 sayılı Yasanın 2 nci maddesinde yapılan toplu iş sözleşmesi tanımına aykırılık teşkil edecektir.

28 Başbuğ, Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi, 126-127; Sur, 332; Aydın, 97.

nin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin maliyet farkı ödenmemesi yanında, asıl işveren kamu idaresine birlikte sorumluluk esasları doğrultusunda başvuramayacaktır. Söz konusu durumda, alt işverenin yerine getirmedeği bir yetkilendirme nedeniyle işçilerin yasal hakkını kullanamaması, adil ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi kamu yararıyla da bağdaşmayacaktır. Yine, Yasada öngörülen yetkilendirmeyi yapan alt işverenin işçileri ile yapmayan ve fark ücretini kamudan isteyemeyen ve asıl işveren olarak da başvuramayan alt işveren işçileri arasında eşitsizlik ortaya çıkacak ve Anayasanın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır²⁹.

Yetkilendirmenin nasıl yapılacağı, Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Alt işveren, 4735 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince merkezi yönetim kapsamındaki kamu kuruluşlarının üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisini yetkilendirebilir. Bu yetkilendirmenin 6356 sayılı Kanunun 44 üncü maddesine göre verilen yetki belgesinin alt işverene tebliği tarihinden itibaren on gün içerisinde yapılması zorunludur. Bu süre içinde yetkilendirme yapılmadığı takdirde toplu iş sözleşmesi kamu işveren sendikasıyla yürütülmez ve sonuçlandırılmaz. Kamu işveren sendikasının yetkilendirildiğine dair belgenin bir sureti aynı süre içerisinde alt işveren tarafından yetkili işçi sendikasına gönderilir. Yetkilendirmenin şekli ve içeriğine ilişkin hususlar, Maliye Bakanlığının uygun görüşünün alınması kaydıyla, kamu işveren sendikalarınca müştereken belirlenir*”³⁰ hükmüyle düzenlenmiştir.

29 Aydın, 29; Öğretide, yetkilendirme yapılmadan imzalanacak toplu iş sözleşmesinde maliyet farkının ödenmeyeceğinin belirtilmesinin ihale sonucu oluşan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin taraflarını ilgilendirdiği, kamu işverenin alt işverene karşı sorumluluğunun sınırlandırmanın kabul edilebilir olduğu, ancak alt işverenin işçisine karşı İş Kanunu’ndan kaynaklanan müteselsil sorumluluğunun ortadan kaldırılmasının makul ve hukuka uygun olmadığı, ihale bedeli ile toplu iş sözleşmesi sonrası ortaya çıkacak işçilik maliyetleri neticesinde ortaya çıkacak maliyet farkının alt işveren tarafından ihale ile iş aldığı kamu makamından istenememesi ile alt işveren işçisinin ödenmemiş alacaklarını asıl işverenden talep etmesinin birbirinden farklı hukuki sorunlar olduğu ve ayrı değerlendirilmesi gerektiği, kamu kesimi işverenlerinin (asıl işveren olarak) sorumluluklarını azaltmaya çalışmanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Bkz. Şahlanan, Alt İşveren Uygulaması, 475; Yıldız, 96-97.

30 TÜHİS ile KAMU-İŞ tarafından müştereken hazırlanan ve 04/05/2015 tarih ve 58759530-155.99-4197 sayılı yazısı ile T.C. Maliye Bakanlığı (Bütçe Ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü) nca uygun görülen “Alt İşverenlerce Yapılacak Yetkilendirmeye İlişkin Esas Ve Usullerin amacı; 5/1/2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasına uygun olarak kamu kurum ve kuruluşlarından iş alan alt işverenin işyerlerinde çalışan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmesinin 18/10/2012 tarih ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülmesi ve sonuçlandırılması için merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektö-

Yetkilendirilen kamu işveren sendikası; toplu iş sözleşmesi görüşmeleri gereği her türlü yazışmayı yapmaya, cevaplandırmaya, tutanakları düzenlemeye ve toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkilidir. Alt işveren, toplu iş sözleşmesiyle ilgili olarak kamu işveren sendikası tarafından istenilen her türlü bilgi ve belgeyi zamanında kamu işveren sendikasına vermek zorundadır. Kamu işveren sendikası, gerek duyulması halinde kamu kurum ve kuruluşundan ihale sözleşmesi ile ilgili bilgi ve belge de isteyebilir.

Görüldüğü gibi, gerek Yasada ve gerekse Yönetmelikte, yetkilendirme için bir takım sınırlamalara yer verilmiştir. Öncelikle yetkilendirmenin yetki belgesinin alt işverene tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içerisinde yapılması gerekir. Aksi halde, kamu işveren sendikası yetkilendirmeyi kabul edemeyecek ve toplu iş sözleşmesi sürecini yürütemeyecektir. Buradaki süre, hak düşürücü süredir³¹. Bu süre içerisinde kalmak kaydıyla, yetkilendirme belgesinin kamu işveren sendikasının kayıtlarına girdiği tarih, yetkilendirme tarihi olarak dikkate alınacaktır. Yetkilendirilme yapılmışsa, kamu işveren sendikasının yetkilendirildiğine dair belgenin aynı süre içerisinde alt işveren tarafından yetkili işçi sendikasına gönderilmesi gerekmektedir. Uygulamada alt işverenlerin tecrübesizliği ve bilgisizliği nedeniyle öngörülen 10 günlük sürenin kaçırıldığı, bunun sonucu olarak da kamu işveren sendikasının yetkilendirmeyi kabul etmediği çok sık görülen bir durumdur. Zamanında yetkilendirme yapılamayınca, Yasa kapsamında bir toplu iş sözleşmesi yapılamamaktadır. Burada alt işverenin bilgisizliği veya tecrübesizliğinin sonuçlarını işçilere yüklemenin, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan fark alacakların kamu idaresinden talebinin önüne geçmenin adil olmadığı, İş Hukukuna hâkim işçiyi koruma ilkesine aykırı olduğu kanısındayız.

rü Kamu İşverenleri Sendikası (TÜHİS) veya Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (KAMU-İŞ)'nin alt işveren tarafından yetkilendirilmesinin şekline ve içeriğine ilişkin hususları düzenlemektir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasına uygun olarak Kamu İşveren Sendikalarından birini yetkilendirecek olan alt işverenin; a) 4/1/2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde iş alması, b) İhale konusu işçi ve işyeri/işyerlerinin aynı ihale sözleşmesi kapsamında olması, aynı alt işverene ait birden çok ihale sözleşmesinin her biri için ayrı yetkilendirme yapılması, c) İhale konusu işin 22/5/2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren- alt işveren ilişkisi çerçevesinde olması, d) İhale konusu işte alt işverenin çalıştırdığı işçilerin münhasıran 4734 sayılı Yasa kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılıyor olması, gerekmektedir. Bkz. <http://www.tuhis.org.tr/index.php?go=haberdetay&haberId=200> (E.01.04.2017).

31 Yıldız, 94.

Yetkilendirme uygulamada; alt işverenin yetkili organı veya alt işvereni temsile yetkili kişiler tarafından “*Yetkilendirme Belgesi*” adı altında bir belge aracılığıyla yapılmaktadır³². Yetkilendirme belgesi, bir yazı ekinde yetkilendirilecek Kamu İşveren Sendikasına gönderilir³³. Kamu İşveren Sendikasının yetkisi, yetkilendirmeye konu toplu iş sözleşmesinin imzalanması veya sonuçlanması ile sona erecektir³⁴.

32 Yetkilendirme belgesiyle birlikte, ihale sözleşmesi ve alt işverenlik sözleşmesinin onaylı bir örneği, yetkilendirme kapsamında yapılacak toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunan işçilere ait iş sözleşmesinin onaylı birer örneği, (aynı hükümleri ihtiva eden iş sözleşmelerinden bir örnek yeterlidir), yetkilendirme sonucunda yapılacak toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunan işçilerin unvan, ücret ve sosyal ödemelerini gösterir tablo (bu tabloda aynı unvan, ücret ve sosyal haklara sahip olan işçiler toplamı bir arada gösterilebilir), yetki veren kişi/kişilerin yetkili olduğuna dair kanıtlayıcı belgeler de eklenir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen yetki belgesinin alt işverene tebliğ edildiği aşamada, tebliğ yapan kişi tarafından tebligata dair bir belge verilmesi halinde, bu belge veya fotokopisini de eklemek gerekecektir. Bkz. <http://www.tuhis.org.tr/index.php?go=haberdetay&haberId=200> (E.01.04.2017)

33 Yetkilendirme Belgesi Örneği

4/1/2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işveren.....ile.....(Kamu kurum ve kuruluşunun ismi yazılacak) arasında imzalanan tarihli ihale sözleşmesi ile çalıştırılan ve işbu yetkilendirmeye dayanak teşkil eden mevzuata istinaden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen .../.../20.. tarih, sayılı ve .../.../20..[1] tarihinde tebliğ alınan yetki belgesi kapsamında bulunan işyeri/ işyerlerinde çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesini 18/10/2012 tarih ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre yürütmek ve sonuçlandırmak üzereANKARA adresinde faaliyet gösteren SENDİKASI' nı 22/1/2015 tarih ve 29244 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Maliyet farkının Ödenmesine Dair Yönetmeliğin 4 üncü maddesi ve bu yetkilendirmeye dayanak teşkil eden Esas ve Usuller çerçevesinde yetkili kıldım/kıldık.

Tarih .../.../20... Alt işveren/Temsilcisi İmza EKLER. Bkz. <http://www.tuhis.org.tr/index.php?go=haberdetay&haberId=200> (E.01.04.2017)

34 Öğretide yetkilendirme işleminin hukuki niteliğine ilişkin olarak, bu işlemin vekâlet sözleşmesi olduğu ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşü savunanlar da vekâlet sözleşmesinin birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamasıyla kurulabileceği, vekilin kendisine yöneltilen isteği kabul zorunluluğunun olmadığı, ancak 6552 sayılı Yasa ve Yönetmelik uyarınca şartlar gerçekleşmiş ise kamu işveren sendikasının yetkilendirmeyi kabul zorunluluğunun olduğu, bu durumun kamu işveren sendikasının tüzel kişi olarak fiil ehliyetine sınırlama getirmek anlamına geldiği, alt işverenin iradesinin de ekonomik baskı altında olduğu, kamu işveren sendikasının hiç tanımadığı hakkında bilgisi olmadığı özel kesim işvereni için vekâlet hükümleri gereği toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmesi ve yapmasının uygulamada sorunlar çıkartacağı belirtilmiştir. Bkz. Yıldız, 95; Kanımızca burada vekâlet sözleşmesinin varlığından bahsetmek zordur. Taraf iradelerinden bağımsız Yasadan kaynaklanan bir temsil yetkisinin varlığını kabul etmek gerekir.

Alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesine ilişkin kural, uygulamada bazı sorunlar çıkarabilecek niteliktedir. Bunlardan ilki, asıl işveren kamu idaresinin kamu işveren sendikası üyesi olmaması halidir. Burada kanımızca, kamu idaresi sendika üyesi olmak istese idi, faaliyet alanı itibariyle hangi işveren sendikasına üye olabilecek idiyse o kamu işveren sendikasının yetkilendirilmesi gerekir. Aksi düşüncenin kabulü, bir işveren sendikasına üye olmayan kamu idarelerine ait işyerlerinde 6552 sayılı Yasa kapsamında bir toplu iş sözleşmesi yapılamaması anlamına gelecektir ki, bu sonucun kabulü mümkün değildir. Belirtilen konuda ortaya çıkabilecek bir diğer hal ise, alt işverenin bir işveren sendikasının üyesi olması halidir. Öğretide, kamu kurumundan ihaleyle iş alan alt işverenin bir işveren sendikasına üye olması durumunda, yetkili işçi sendikasının toplu görüşme çağrısını alt işverenin üyesi bulunduğu işveren sendikasına yapmak zorunda olduğu, 6356 sayılı Yasa 41 inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca sendika üyesi bir işveren adına toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin işveren sendikasına ait olduğu, işveren sendikasına üye olan alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir³⁵. Kanımızca, 6552 sayılı Yasa, 6356 sayılı Yasadan amacı doğrultusunda farklı bir toplu iş sözleşmesi süreci öngörmüştür. Konuyu ele alırken her iki Yasanın amacı yönünde ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir. 6552 sayılı Yasada kamu işveren sendikası yetkilendirildiğinde, alt işveren ile kamu işvereni arasında üyelik ilişkisi kurulmamaktadır. Hukuken bu mümkün de değildir. Burada sadece yukarıda belirttiğimiz gibi Yasadan kaynaklanan temsil yetkisi söz konusudur. Alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesi sonucu, alt işverenin üyesi olmadığı, hukuken üyesi de olamayacağı kamu işveren sendikası işçi sendikasıyla toplu iş sözleşmesi yapmaktadır. Dolayısıyla, alt işverenin işveren sendikası üyesi olması, 6552 sayılı Yasa kapsamında toplu iş sözleşmesi yapılacak olduğunda kamu işveren sendikasının yetkilendirilmesine engel değildir.

5.3. Toplu İş Sözleşmesi Görüşme ve Müzakereleri 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Hükümlerine Göre Yürütülür ve Sonuçlandırılır

Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi alan işçi sendikasının 6356 sayılı Yasa 46 ncı madde uyarınca, yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren onbeş gün içerisinde karşı tarafı toplantıya çağırması gerekir. Belirtilen süre içerisinde çağrı yapılmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz, yetki belgesi düşer.

³⁵ Yıldız, 96.

Toplu iş sözleşmesinin süresine ilişkin olarak, Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin yedinci fıkrasında, “*Toplu iş sözleşmesinin süresi ihale sözleşmesinin süresini geçemez*” hükmü yer almaktadır³⁶. Söz konusu madde ile 6356 sayılı Yasanın toplu iş sözleşmesinin süresini düzenleyen 35 inci maddesi birlikte değerlendirildiğinde, uygulamada sorun yaratacak niteliktedir. Bilindiği gibi 6356 sayılı Yasanın 35 inci maddesinin ikinci fıkrasında “*Toplu iş sözleşmesi en az bir ve en çok üç yıl süreli olarak yapılabilir. Toplu iş sözleşmesinin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez*” hükmü yer almaktadır³⁷. Özellikle, Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve 6552 sayılı Yasa kapsamında yapılacak toplu iş sözleşmelerinin 6356 sayılı Yasa hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır hükmü, sözleşmenin süresi konusunda Yasanın ilk çıktığı dönemlerde uygulamada ciddi sorunlara yol açmıştır. Anılan dönemde, ihaleler genellikle birer yıllık yapılmaktaydı³⁸. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi sürecine başlandığında ihale süresinin bitimine bir yıldan az süre kalmaktaydı. Söz konusu durumda, kamu işveren sendikaları salt sözleşmenin süresi yönünden yetkilendirmeleri kabul etmemekteydiler. Bu dönemde, uyuşmazlıklar Yüksek Hakem önüne geldiğinde, Yönetmelikte yer alan “*Toplu iş sözleşmesinin süresi ihale sözleşmesinin süresini geçemez*” (m.4/7) hükmü görmezden gelinerek sözleşmenin başlangıç tarihi yetki tespit başvurusu tarihine kadar götürülerek, ileriye doğru birer yıllık toplu iş sözleşmeleri yapılmıştır.

36 Düzenlemenin toplu iş sözleşmesinin taraflarının sahip oldukları sosyal özerkliğe aykırı olduğu, Yönetmeliğin, toplu iş sözleşmesinin süresinin ihale süresini geçemeyeceğine ilişkin hükmün 6356 sayılı Yasanın 35 inci maddesi karşısında normlar hiyerarşisi gereği geçersiz sayılacağı yönünde bkz. Yıldız, 99.

37 Toplu iş sözleşmesinin süresine ilişkin geniş bilgi için bkz. Aktay, 303 vd., Sur, 312 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, 303 vd.

38 6552 sayılı Yasanın 14. maddesi ile 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 28/6 fıkrası değiştirilerek, “*Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olan işlerden sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımlarında, yüklenme süresi üç yıl olup, işin niteliğinden veya süresinden kaynaklanan zorunlu hâllerde bu süre gerekçesi gösterilmek şartıyla üst yöneticinin onayıyla kısaltılabilir*” hükmü getirilmiştir. Ancak yapılan düzenlemede yer alan üst yöneticinin onayıyla işin niteliğinden ve süresinden kaynaklanan zorunlu hâllerde üç yıllık sürenin kısaltılabileceği hâllerde, yine uygulamada sorunlar çıkabilecektir. Düzenlemenin sadece kamu kesimi için getirilmiş olmasının eleştirisi için bkz. Gerek, 11; Ancak, Yüksek mahkemenin ihale sürenin bir yıldan az kalması halinde bir yıldan az süreli de toplu iş sözleşmesi yapılabileceğine ilişkin içtihadı burada da sorunu çözebilecek niteliktedir kanısındayız. Y.22.HD., 06.06.2016, E. 2016/10289, K.2016/16443, <http://www.hukukturk.com/Sonuc.aspx?q=y%C3%B5ksek+hakem+kurulu&KararTuru=1471&Merici=4768>, (E. 04.04.2017).

Söz konusu Kurul uygulaması, gerek 6552 sayılı Yasa ve gerekse Yönetmelik hükümlerine aykırıdır. Getirilen düzenleme ile ihale süresini kapsayan toplu iş sözleşmeleri yapılması ve sözleşmeden kaynaklanan fark alacaklarının kamu idaresi tarafından ödenmesi, yeni yapılacak ihalenin eski dönemden bağımsız olarak yapılması istenmiştir. Yüksek Hakem Kurulu'nun uygulamasıyla, ihale süresi aşıldığından uygulamada birçok sorunla karşılaşmıştır. Özellikle, işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi var olduğundan yeniden yetki başvurusunda bulunmak için sürenin dolması beklenebilecektir.

Öğretide bu husus haklı olarak eleştirilmiştir. Söz konusu görüşe göre, konuya 6356 sayılı Yasayla sınırlı olarak bakılmasının hatalı olduğunu, 6552 sayılı Yasa ile 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yapılan değişiklik ile, uygulanmasına ilişkin Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, gerek işçi yararına yorum ve gerekse amaçsal yorumun bunu gerektirdiğini, getirilen sistemin bir gereği olarak toplu iş sözleşmesi süresinin ihale süresini aşmaması ve her ihale edilen yer için ayrı ayrı toplu iş sözleşmesi yapılması gerektiğini, bu sonucun, kolektif sendika özgürlüğünün önünü açacağı ve kamunun haklarının korunması açısından önemli olduğu belirtilmiştir³⁹.

Konuya ilişkin olarak Yüksek Mahkeme "...yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren hizmet alım sözleşmesinin süresinin bitimine bir yıldan az süre kalmış ise de, yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere somut olayda, toplu iş sözleşmesinin süresinin, hizmet alım sözleşmesinin süresi ile sınırlı olmasının gerekmesi karşısında, mevcut durumda, faaliyetin bir yıldan az sürdüğü bir işin ve 6356 Sayılı Kanun'un 35. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanacağı kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, davacı alt işveren tarafından, davalı kamu işveren sendikasına verilen yetkilendirme geçerli olduğu gibi, yetkilendirmenin reddi de hukuka aykırıdır. Bununla birlikte, davalı işçi sendikası tarafından 6356 Sayılı Kanun gereğince sürdürülen toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin, yok hükmünde sayılması gerektiğine dair talebin de hukuki dayanağı yoktur"⁴⁰ yönünde karar vermiştir. Yüksek Mahkeme de kararında, 6552 sayılı Yasa kapsamında yapılacak toplu iş sözleşmelerinin ihale süresini aşamayacağını, şayet ihale süresi bir yıldan az süre kalmışsa 6356 sayılı Yasanın m.35/3 fıkrasının uygulanması ve faaliyeti bir yıldan süren iş olarak kabulü gerektiğini, dolayısıyla ihale süresinin bir yıldan az kalması nedeniyle

39 Başbuğ, Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi, 125.

40 Y.22.HD., 06.06.2016, E. 2016/10289, K.2016/16443, <http://www.hukukturk.com/Sonuc.aspx?q=y%C3%B9ksek+hakem+kurulu&KararTuru=1471&Merci=4768>, (E. 04.04.2017).

yetkilendirme işleminin reddi işleminin hukuka uygun olmadığını, yetkilendirmenin geçerli olduğunu, dolayısıyla red işleminden sonra yürütülen toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin ve süreç sonunda yapılan (hemen hemen tamamı Yüksek Hakem Kurulu tarafından) toplu iş sözleşmesinin 6552 sayılı Yasaya uygun olarak yapılmış bir toplu iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır⁴¹.

Bütün bu tartışmaları gidermek amacıyla, Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Maliyet farkının Ödenmesine Dair Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının sonuna, “Ayrıca kamu işveren sendikalarının yetkilendirilmelerine rağmen, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yetki belgesinin verildiği tarih itibarıyla ihale sözleşmesinin bitimine bir yıldan az süre kaldığı gerekçesiyle kamu işveren sendikaları tarafından yürütülmeyen ve tüm maddeleri Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan toplu iş sözleşmeleri için de maliyet farkı ödenir”⁴² hükmü getirilerek tartışmalara son verilmek istenmiştir.

Toplu iş sözleşmesinin süresine ilişkin 6356 sayılı Yasayla oluşan uyumsuzluk, 6552 sayılı yasanın 14 maddesiyle giderilmek istenmiştir. Bahsedilen madde ile 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 28 inci maddesine eklenen fıkra ile “Genel yönetim kapsamındaki

41 Uygulamada ortaya çıkan ve yetkilendirme olmadan yapılan toplu iş sözleşmelerine ilişkin ödemelerin yapılabilmesi amacıyla Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesine Dair Yönetmeliğe çeşitli tarihlerde geçici maddeler eklenmiştir. “4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran 4734 sayılı Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılan işçileri kapsamaması ve ihale sözleşmesi bazında olması kaydıyla, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilmiş yetki belgelerine istinaden; 11/9/2014 tarihi ile 22/1/2015 tarihi arasında bu Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında geçen süreye bağlı olmaksızın bu dönemde yetkilendirilen kamu işveren sendikalarınca 6356 sayılı Kanunun 47 nci maddesine göre ilk toplantı tarihinden itibaren yürütülen ve sonuçlandırılan toplu iş sözleşmeleri için de fiyat farkı ödenir” (Geçici md.3). (RG, 17.03.2015, 29298). “Süresi içinde yapılmayan yetkilendirmeler” başlıklı bir geçici madde eklenerek, “Alt işverenlerce 4 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen süre içinde yetkilendirme yapılmamasından dolayı kamu işveren sendikaları tarafından 22/1/2015 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar reddedilen ve tüm maddeleri Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan veya bağlanacak toplu iş sözleşmeleri için de fiyat farkı ödenir” hükmü getirilmiştir (Geçici md.3). (RG, 13.10.2016, 29856).

42 RG, 13.10.2016, 29856

kamu idarelerinin, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olan işlerden sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımlarında, yüklenme süresi üç yıl olup, işin niteliğinden veya süresinden kaynaklanan zorunlu hâllerde bu süre gerekçesi gösterilmek şartıyla üst yöneticinin onayıyla kısaltılabilir” hükmü getirilmiştir. Ancak, ihale süresinin 3 yıldan az olamaması hali, genel yönetim kapsamında ki kamu idarelerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olan işlerden sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımlarıyla sınırlandırılmıştır. O halde, Kamu idarelerinden genel yönetim kapsamında olmayanlar, 3 yılın altında, örneğin 1 yıllık ihale sözleşmesi yapabileceklerdir. Burada yine süreye ilişkin sorun çıkabilecektir.

Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin sekizinci fıkrasında yapılan değişiklikle⁴³ toplu iş sözleşmesinin yürütülmesine ilişkin işveren tarafına ait giderlerin alt işverence karşılanacağı belirtilmiştir. Ancak, kamu işverenleri sendikalarının Yasa kapsamında yetkilendirilmesi dolayısıyla yaptığı masraflar uygulamada karşılanmamakta, resmi arabuluculuk ücretinin işveren payı alt işveren tarafından karşılanmaktadır⁴⁴. Yine belirtmek gerekir ki, 6552 sayılı Yasaya uygun olarak bir toplu iş sözleşmesi yapıldığında, işçi sendikasıyla alt işveren aralarında anlaşarak toplu iş sözleşmesi hükümlerinde değişikliğe gittiklerinde, değişiklikten kaynaklanan fark alacaklar, kamu tarafından ödenmeyecektir. Ancak, söz konusu durumda, tarafların (alt işveren-işçi sendikası) toplu iş sözleşmesinde kamuya yük getirmeyecek değişiklikleri yapabileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

Asıl işveren durumundaki kamu kurum ve kuruluşunun başka bir kamu kurum ve kuruluşuna devredilmesi, başka bir kamu kurum ve kuruluşuyla birleşmesi veya 4735 sayılı Yasa hükümlerine göre sözleşmenin devredilmesi hallerinde, yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesi kesintiye uğramaksızın aynen devam edecektir.

SONUÇ

1. 6552 sayılı “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun” ile çalışma yaşamımıza önemli değişiklikler getirilmiştir. Özellikle, kamu kurumlarında alt işveren yanında çalışan işçi sayısı dikkate alındığın-

43 RG, 17.03.2015, 29298

44 Yıldız, 100; Başbuğ, Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi, 128.

da, Yasada öngörülen sistem tam olarak işletilebilirse, sendikal örgütlenmeye önemli bir katkı sağlayacak ve ilk defa sendikayla tanışan işçiler sendikal farkındalık sahibi olabileceklerdir. Dolayısıyla, getirilen sistemin işlemesi ve işçilerin beklentilerinin karşılanması sendikal örgütlenme açısından son derece önemlidir.

2. 6552 sayılı Yasanın getirdiği sistemle, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan maliyet artışlarının neden kamu tarafından karşılandığına ve özel sektör alt işveren işçileri için oluşan eşitsizlik durumuna ilişkin itirazlarımız bir tarafta, sistem öngördüğü biçimde işlememiş ve gecikme, gerek sosyal tarafları ve gerekse işçileri mağdur etmiştir. Süreç içerisinde, sistemin işlemediği görülerek gereken müdahaleler yapılmamış ve aksayan yönler giderilememiştir. Çalışmamızda da belirttiğimiz gibi, Yasa kapsamında yapılan bütün toplu iş sözleşmeleri Yüksek Hakem Kurulu tarafından bağitlanmaktadır. Bu da uygulamada gereksiz gecikmeler ve masraflara neden olmaktadır. Sistemdeki aksaklıklar görülerek, daha hızlı ve daha az masraflı bir mekanizma oluşturulmalıdır. Sosyal taraflar, kendilerince nedenlerle konuyu masada çözmekten kaçınmışlardır. Öncelikle bir çerçeve protokol beklentisi taraflarca karşılanamamış, Yüksek Hakem Kurulu tarafından yapılan toplu iş sözleşmesi kabullenilmiştir.

3. 6552 sayılı Yasa uyarınca, alt işveren tarafından yetkilendirme ve öngörülen usule uygun toplu iş sözleşmesi yapılamamasının yaptırımı oldukça ağırdır. Söz konusu ağır sonuca da alt işverenin işçileri katlanmaktadır. Uygulamada sorun, getirilen geçici maddelerle, Yasaya uygun yapılmaya bile Yüksek Hakem Kurulu tarafından yapılan toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan maliyet farkının ödenmesi yoluyla çözülmektedir. Ancak, söz konusu çözüm gecikmelere neden olmakta ve kamunun zararıyla sonuçlanmaktadır. Uygulamada, kamu işveren sendikalarını yetkilendirmeyi kabul etmeme işleminin iptali için davalar açılmakta ve mahkemeler de söz konusu davaları kabul etmektedir.

4. 6552 sayılı Yasa kapsamında hizmet alımı ihaleleri söz konusu olsa bile, alt işveren ile işçi sendikasının yetkilendirme yapılmadan, doğrudan 6356 sayılı Yasa hükümleri uyarınca toplu iş sözleşmesi yapabilmeleri mümkündür. Aksi düşünde, tarafların anayasal güvence altına alınan sendika özgürlüğü (Any. m.51) ve toplu iş sözleşmesi yapma özgürlüğüne (Any. m.53) aykırılık teşkil edecektir. Yetkilendirmenin yaptırımı, sadece kamudan maliyet farkının istenememesidir. Asıl işveren olarak kamunun İş K.2 nci maddesinin altıncı fıkrası uyarınca müteselsil sorumluluğu devam etmektedir.

5. 6552 sayılı Yasayla getirilen düzenlemede görünüş itibariyle alt işveren işçilerinin korunması amaçlansa da, aslında kamunun korunmasının amaçlandığı izlenimi uyandırılmaktadır. Yasayla getirilen özel usullere uyulmazsa, kamunun hiçbir sorumluluğu doğmamaktadır. Üstelik İş K. 2 nci maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen sorumluluğu dahi bertaraf edilmek istenmiştir. Bu sonucun kabulü mümkün değildir. Sözleşmenin taraflarının Yasayı ihlalin ağır yaptırımlarının işçilerin üzerine yüklenmesi kabul edilebilecek bir sonuç değildir. O halde, 6552 sayılı Yasaya uygun toplu iş sözleşmesi yapılması halinde maliyet farkının öngörüldüğü şekilde kamu tarafından ödenmesi, şayet yapılmaması veya yapılamaması halinde İş K. 2 nci maddesinin altıncı fıkrasının uygulanmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Son halde, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan kamu idaresi rücu hükümleri kapsamında, alt işverenden ödediği farkı talep edebilecektir. Burada, Yüksek Mahkemenin TBK 167 nci maddesi kapsamında geliştirdiği, sözleşmede paylaşım için aksi bir düzenleme yapılmamışsa eşit paylaşımı öngören içtihadının da gözden geçirilmesi uygun olacaktır. Alt işveren işçilerinin alacak taleplerini asıl işveren olarak yerine getiren asıl işveren (kamu idaresi), ödediği miktarın tamamını alt işverenden talep edebilmelidir.

6. Yasanın yıllar içerisinde uygulanmasına bakıldığında, işlemediği, beklenenden farklı bir istikamet aldığı görülmektedir. Gerek kamu işveren sendikalarının toplu iş sözleşmesi imzalamaya yanaşmamaları ve gerekse toplu iş sözleşmesi müzakerelerinin 6356 sayılı Yasaya uygun şekilde yürütülmesi zorunluluğu, tarafları sonuç alamayacaklarını bildikleri bir takım yerine getirilmesi gereken prosedürleri tamamlayarak zorunlu son merci olan Yüksek Hakem Kurulu'na gitme yoluna itmektedir. Süreç içerisinde herkes bir sonuç alınmayacağını bildiği halde, değiştiremedikleri sistemin bir parçası haline gelmektedir. Bu da emek ve zaman israfına, gereksiz masrafların yapılmasına neden olmakta ve sonuçta alt işveren işçileri mağdur olmaktadır. Yıllar içerisinde, konuyla ilgili herkesin bildiği aksaklıklar görmezden gelinmektedir. Yapılması gereken, ya sistemi tamamen değiştirerek, şayet kamuda çalışan alt işveren işçilerin ücretleri arttırılmak isteniyorsa ihale sözleşmelerinin buna göre gözden geçirilmesi ya da sistemdeki formalitelerin kaldırılmasıdır. Belirtilen kapsamda, kamu işveren sendikalarının toplu iş sözleşmesini masada yapabilmesinin yolu bulunmalı, bu yapılamıyorsa Yüksek Hakem Kurulu'na gitmenin önündeki prosedürler gözden geçirilerek sadeleştirilmelidir. Yüksek Hakem Kurulu kamuda alt işveren işçilerine verilecek toplu iş sözleşmesi maliyet farkının yeknesaklaştırılmasının bir aracı olarak kullanılmamalıdır.

KAYNAKÇA

Aktay, Nizamettin; “Toplu İş Hukuku”, Ankara 2015.

Akyiğit, Ercan; “İş Hukuku Bakımından Türk Hukukunda Alt İşveren”, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları, Kamu-İş, Antalya 2010 (43-54).

“İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik” (taşeronluk ilişkisi), Ankara 2011

“Toplu İş Hukuku El Kitabı”, Ankara 2015

Aydın, Ufuk; “6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Ocak 2015, Cilt 5, Sayı 1 (9-31).

Aydınlı, İbrahim; “6552 Sayılı Kanunla Alt İşveren Kurumunda Yapılan Yeni Düzenlemeler ve Değişiklikler”, GÜHFD, C.XVIII, Y.2014, S.3-4 (77-99).

Başbuğ, Aydın; “Alt İşveren İle Toplu İş Sözleşmesi Yapılması ve 6552 Sayılı Kanunla Getirilen Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi”, İş ve Hayat Dergisi, Y.2, S.3, 2016 (119-129) (Üçlü Toplu İş İlişkileri Sistemi).

“İş Mevzuatının Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlara Çözüm Üretmekteki Yetersizliği”, İş ve Hayat Dergisi, Y.2, S.3, 2016 (9-21) (Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlar).

Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012.

Canbolat, Talat; “Borçlar Hukuku Bakımından Türk Hukukunda Alt İşveren”, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları, Kamu-İş, Antalya 2010 (3-43).

“Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, İstanbul 1992.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/

Canbolat Talat; “İş Hukuku Dersleri”, İstanbul 2016.

Gerek, Nüvit; “İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 Sayılı Kanununun Düşündürdükleri”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi Cilt: 25 Sayı: 3-4-5-6 Şubat- Mayıs-Ağustos - Kasım 2014 (1-20).

Güleşli, Yusuf, “Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması”, Ankara 2013.

Sur, Melda, “İş Hukuku Toplu İlişkiler”, Ankara 2017.

Şahlanan, Fevzi “Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları”, Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 72, Sayı 2 (2014), (Alt İşveren Uygulaması), (469-475).

Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, 1992.

Tuğ, Adnan, Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1996.

Tuncay, A.Can/

Savaş Kutsal, F.Burcu; “Toplu İş Hukuku”, İstanbul 2016.

Yazır, Süleyman; “Türkiye’de Taşeronluk (Alt-İşverenlik) Uygulamalarındaki Hukuksuzlukların Avrupa Birliği Düzenlemeleri Çerçevesinde İncelenmesi”, Ankara 2012.

Yıldız, Gaye Burcu; “Kamu İşveren Sendikalarının Alt İşveren Tarafından Yetkilendirilmesine İlişkin Yasal Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, Sicil Dergisi, S.34, Y.2015 (89-102).