

TAŞERON İŞÇİSİNİN KAMU KURUM VE KURULUŞ İŞÇİSİ SAYILMASI

I- GİRİŞ

Çalışma ilişkileri açısından kamuoyunca taşeron işçileri olarak bilinen alt işveren işçilerinin durumu her zaman tartışmalı olmuş, özellikle kamu sektöründe istihdam edilen bu işçilerin sorunları zaman içinde azalmayıp artmış, mahkemelerde de bu konuda pek çok dava açılmış, yasalardaki değişikliklerle de sorunlar pek de çözüme kavuşamamıştır.

Kamu kuruluşlarında işçi alımının sınırlanması nedeniyle kamu işverenlerinin sıklıkla başvurduğu yollardan birisi, ihale yoluyla başka işverenlere iş vermektir. Ancak, yine sıklıkla, kamu kurumları alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyerinin asıl işçileri oldukları iddiasıyla karşılaşmaktadırlar. Bu durumun önüne geçmek amacıyla 5538 sayılı Kanunun 18 inci maddesi ile kamu kuruluşları lehine ayrıcalık tanıyan iki fıkra, İş Kanununun 2 nci maddesine eklenmiştir[1].

4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesine 2006 yılında 5538 sayılı Kanun ile eklenen 8 ve 9 uncu fıkralara göre, "Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya **diğer kanun hükümleri çerçevesinde**, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

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

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

hak kazanamazlar.

Burada belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkroda belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

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

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,

yönünde hükümler konulamaz."

Bu kanun hükümleriyle kamu kurum ve kuruluşlarına alt işveren ilişkisinde ayrıcalık getirildiği ifade edilmekte ise de kimi yazarlar bu farklılığın olmadığını, kamu kurum ve kuruluşlarında da alt işveren ilişkisinin bu hükümlerde geçen "diğer kanun hükümleri çerçevesinde" değerlendirileceği, bu nedenle ayrıcalık getirilmediği, belirtilmektedir.

II- TAŞERON İŞÇİLERİNİN KAMU İŞÇİSİ SAYILMASI

Alt işverenlik kavramı, ilk İş Kanunundan (kabul tarihi 1936) beri düzenlemelerde yer almaktadır. Alt işverenlik ilişkisinin 1971 yılından 1985 yılına gelene kadar ciddi bir sorun oluşturmadığı, adeta varlığının çok fazla hissedilmediği, fakat 1985 yılından sonra artan bir ivmeyle sorun haline geldiği,

belirtilmektedir. Alt işverenlik önce asıl işlere yardımcı işlerde başlamış, giderek asıl işlerin yürütülmesine ulaşmış ve son 10 yıl içerisinde de hızla yaygınlaşmıştır. Bu şekilde alt işverenlik, işletmenin faaliyet alanının dışında özel uzmanlık gerektiren bir işin görülmesi olarak oldukça da yararlı bir uygulama olmaktan çıkmış ve başlı başına özel ve alternatif bir istihdam modeli haline gelmiştir[2]. Zaman içinde özellikle kamu işverenleri tarafından daha çok başvurulan istihdam biçimi haline dönüşmüştür. Kimi yazarlar, alt işverenliğin, 19. yüzyıldaki işçi sömürsünü tekrar 21. yüzyıla taşıma tehlikesi ortaya çıkardığını bile belirtmektedirler.

Kamu işverenleri, pek çok nedenle ama özellikle daha düşük bir ücret ödemek için ihtiyaç duyduğu kimi personeli, doğrudan istihdam etmek yerine (ihale yoluyla hizmet alımı yaparak taşeron işçileri vasıtasıyla) dolaylı olarak çalıştırmaktadır. Bazen yardımcı iş kategorisinde kabul edilen işlerde hizmet alımına gidilirken bazen de asıl işin bir bölümü taşeron işçilerine yaptırılmakta, aynı işi yapan iki çalışan arasında ciddi ücret farkları yaratılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde, 27.09.2008 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 4 üncü maddesinde belirtilen şartları taşıyan asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçerlidir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, iş müfettişlerince incelenmesi sonucunda muvazaa tespit edildiğinde rapor işverenlere tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren 6 işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. İş müfettişinin raporuna 6 işgünü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaanın tespitini onamış ise alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl (kamu) işverenin işçileri sayılırlar.

Öncelikle şu hususu belirtmekte yarar vardır. İstanbul 4. İş Mahkemesi 5538 sayılı Kanun ile eklenen fıkraların Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 10., 49. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali için Anayasa Mahkemesine itirazda bulunmuştur. Ancak, Anayasa Mahkemesi[3], usule ilişkin bir gerekçeyle (4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 1.7.2006 günlü, 5538 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle eklenen sekizinci fıkranın, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkra ile ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle) ret kararı vermiştir.

5538 sayılı Kanunla İş Kanununun 2 nci maddesine eklenen 8 ve 9 uncu madde hükümleri kamu işverenlerini asıl işveren olarak muvazaa iddialarından korumaya yönelik olsa da, bu işverenlerin İş Kanunu md.2/6 uyarınca "asıl işveren" sıfatıyla sorumluluklarını ve İş Kanunu md. 2/7 hükmüne göre ve ayrıca bu hükümde belirtilenlerin dışında muvazaanın sabit olması halinde alt işveren işçilerinin "asıl işveren işçisi sayılarak işlem görmeleri" sonucunu ortadan kaldırmamaktadır. Muvazaalı işlem söz konusuysa buna bağlı sonuçlar kendiliğinden doğar; buna göre muvazaalı işlem yok hükmünde kabul edilip sorun gerçek ilişki çerçevesinde çözülür. Kamu kuruluşları için muvazaa kriterlerinin değiştirilmesi mümkünse de söz konusu fıkralarda bu yola gidilmemiş sadece sonuçlar üzerinde durulmuştur. Buna karşılık yasa ile sadece bu sonuçların değiştirilmesi mümkün değildir[4]. Bu nedenlerle kamu kurum ve kuruluşlarının da usul ve esasa uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurabilmesi için, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde ihaleye çıkması gerekir. Kamu işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.

4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesine fıkralar eklenmiş, ancak maddenin diğer hükümlerinde değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa kriteri değişmemiştir. Öyle ki, alt işverene 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 İş Kanununun 2 nci maddesinin 6 ncı fıkrasında açık biçimde öngörülmüş olmakla kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi mümkün görülmemelidir. Gerçekten, muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi 4857 sayılı İş Kanununun 5 inci maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur[5].

Necmettin Erbakan Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi hastanesinin 830 adet vasıfsız, 170 adet vasıflı olmak üzere toplam 1100 kişi ile malzemeli genel temizlik hizmetleri hizmet alım ihalesi

kapsamında çalışanlardan 16 tanesinin acil tıp teknisyeni, 40 tanesinin sağlık memuru, 15 tanesinin ebe, 24 tanesinin hemşire, 3 tanesinin anestezi teknisyeni, 6 tanesinin tıbbi laborant, 25 tanesinin biyolog, 1 tanesinin fizik terapisti vs olması karşısında, diğer bir ifadeyle yüklenici firma bünyesinde çalışan kimi işçilerin asıl iş olan sağlık hizmeti işini yapması nedeniyle, hastanede verilen asıl işte istihdam edilen sağlık hizmeti işçilerinin tescillerinin başlangıçtan itibaren Necmettin Erbakan Üniversitesi Rektörlüğü üzerinden yapılmasına, yüklenici Firmanın tescilinin iptaline, neden olan kararı geçen yıl Yargıtay[6] vermiştir. Görüldüğü gibi Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin 8 inci fıkrasına rağmen, taşeron işçilerinin kamu kurumuna atanmasına, mali ve sosyal haklarının da işe ilk başladıkları günden itibaren ödenmesine karar vermiştir.

Kanuna uygun kurulmamış veya muvazaaya dayanan bir alt işveren ilişkisinde 8 inci fıkra da yer alan bu kurallar uygulanmaz; zira bu durumda söz konusu işçi baştan itibaren o kamu kurum veya ortaklığın işçisi kabul edilir[7]. Uygulamada gördüğümüz kadarıyla alt işveren işçileri kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarına atanmamakta ancak mali ve sosyal hakları yargı kararları çerçevesinde ödenmektedir.

III- SONUÇ

Kamu işverenlerince istihdam edilen alt işveren işçilerinin pek çok sorunları bulunmakta, bunlardan biri, belki de en önemlisi kamu işçisi (çalışanı) olamamaktır. Zira aynı işi yaptığı halde kamu çalışanından çok daha az ücret almakta, iş güvencesi bulunmamakta, çalışma şartları olumsuz, daha fazla saatlerle çalışmaktadır.

Taşeron işçilerinin kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalışırken, geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin işçisi olmaları gerekir. Eğer ki, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işveren işçilerine yaptırılıyorsa, Kanuna uygun kurulmamış veya muvazaaya dayanan bir alt işverenlik ilişkisi var ve bu karar kesinlik taşıyorsa alt işveren işçileri, bu işi yapmak için işe girdikleri günden itibaren kamu kurum ve kuruluşunun işçisi kabul edilmektedir. Bu süreci, 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesine eklenen 8 ve 9 uncu fıkralar da engelleyici nitelikte değildir.

[1] Hande Bahar AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s. 458.

[2] Murat ÖZVERİ, "Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/2, s.384.

[3] 14.01.2010 tarih ve E. 2007/67, K. 2010/1 sayılı yayımlanmayan, tebliğ edilen kararı.

[4] Hande Bahar AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.463.

[5] Yrg. 9. HD'nin 22.07.2008 tarihli ve E.2008/22107, K. 2008/21728 sayılı kararı.

[6] Yrg. 7. HD'nin 03.09.2013 tarihli ve E. 2013/20219, K. 2013/13717 sayılı kararı.

[7] Osman Güven ÇANKAYA, Şahin ÇİL, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, s. 49.