

7/12/2012
9.12.12

T.C.
MALİYE BAKANLIĞI
Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü

Sayı : B.07.0.BMK.0.33.610.33/265

10.01.13*

298

Konu : Soru Önergesi

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞINA

İlgi : 26/11/2012 tarihli ve A.01.0.KKB.0.10.00.00-94947 sayılı yazınız.

İlgide kayıtlı yazınız ekinde alınan ve hizmet alımı ile çalışan işçilerin kadrolu sayılmalarına yönelik durumları ihtiva eden Niğde Milletvekili Sayın Doğan ŞAFAK' ın 7/12475 esas numaralı sözlü soru önergesinde yer alan hususlar aşağıda değerlendirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin sekizinci fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıkların, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde hizmet alımı yaptığı yükleniciler tarafından çalıştırılan işçilerin, bu şekilde çalışmış olmaları sebebiyle kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesine göre belirlenen mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanamayacakları ve söz konusu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro ve pozisyonlara atanmaya hak kazanamayacakları açıkça hükme bağlanmıştır.

4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasında:

"Asıl işverenin 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."

denilmektedir. Dolayısıyla, fıkra:

-Asıl işverenin işçisi iken alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam olunanlar ve

-Daha önce bir işyerinde çalışmış olan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı.

şeklinde iki ayrı koruma grubu tarif edilmiş olup, bu iki grubun ortak özelliği ise 4857 sayılı Kanun açısından asıl işveren olarak kabul edilmesi gereken bir işverene ait işyerinde daha önce o işverene bağlı olarak çalışıp çalışmadığıdır. Buna göre, söz konusu fıkra gereğince muvazaalı olarak değerlendirilecek işlemlerin kapsamına gireceklerin de; 4857 sayılı Kanun açısından asıl işveren olarak kabul edilmesi gereken bir işverene ait işyerinde işçi olarak çalışmakta iken bir alt işverene devredilerek alt işveren tarafından aynı işyerinde çalıştırılmaya devam olunan işçiler veya bir işyerinde işçi olarak çalışmakta iken aynı işyerinde alt işverenlik yapmaya başlayan işçilerle sınırlı tutulması ve bu haller kapsamına giren işçilerin en baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasında ise;

"Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur."

hükmüne yer verilerek, alt işveren tarafından istihdam edilen işçilerin, asıl işveren olarak değerlendirilen işverene ait işyerlerinde daha önce çalıştırılıp çalıştırılmadığına göre bir ayırım yapılmaksızın, asıl işverenin alt işveren tarafından istihdam edilen işçilere karşı olan sorumlulukları düzenlenmiştir. Bu fıkra kapsamına girenlere ilişkin olarak asıl işverene getirilmiş olan sorumlulukların kapsamı da; işçi ile alt işveren arasında yapılmış olan iş sözleşmesindeki hükümler, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesindeki hükümler ve doğrudan 4857 sayılı Kanunda belirlenmiş olan haklar ile sınırlandırılmıştır.

Nitekim, Karayolları Genel Müdürlüğünün 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde hizmet alımına yönelik sözleşme yaptığı yükleniciler tarafından çalıştırılan işçilerin açmış oldukları davalar;

a) Yüklenici firmalar ile yapılmış olan hizmet alımı sözleşmelerinin süresinin sona ermesi sebebiyle yüklenici firmalar tarafından iş sözleşmesi sona erdirilen işçiler hakkında feshin geçersizliğine ve davacıların Karayolları Genel Müdürlüğündeki işine iadesine,

b) Karayolları Genel Müdürlüğü ile yükleniciler arasında yapılmış olan hizmet alımı sözleşmelerinin muvazaalı olduğuna, davacı işçilerin işverenin en başından itibaren Karayolları Genel Müdürlüğü olarak tespitine, hesaplanan yıpranma primi alacağı varsa tahsiline, davacıların bu şekilde çalıştığı dönemde geçerli olan toplu iş sözleşmesine göre hesaplanacak yevmiye tutarları ile aynı dönem için yükleniciler tarafından kendilerine ödenen yevmiye tutarları arasındaki farkın tahsiline,

şeklinde ve söz konusu işçilerin halen yükleniciler tarafından istihdam edilmeye devam olunup olunmadıklarına göre farklılaştırılmak suretiyle iki farklı sonuç üzerinden karara bağlanmıştır.

4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında;

"İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur."

hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre, mahkemeler tarafından iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işverenin, işçiyi bir ay içerisinde işe başlatması mümkün olduğu gibi, mahkemece belirlenecek tutarda tazminat ödemek kaydıyla işçiyi işe başlatmaması da mümkün bulunmaktadır.

Dolayısıyla, Karayolları Genel Müdürlüğünde ortaya çıkan hukuki problem hem idare hukukunun, hem de iş hukukunun alanına girmekle birlikte; ilgili mahkeme kararı İş Kanunu hükümlerine dayandırılmış olduğundan, bu karara bağlı olarak yapılacak işlemin tespitinde de öncelikle İş Kanununun ilgili hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir.

Nitekim, Danıştayın Esas No: 1968/8 ve Karar No: 1973/14 sayılı İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararında da, idarelerin yapmış olduğu muvazaalı işlemlerin, bedeli ödenmek suretiyle sonlandırılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Aksi halde, bir idarenin yaptığı işlemin muvazaalı olduğu gerekçe gösterilerek, kamu idarelerince hizmet satın alımı kapsamında yükleniciler tarafından istihdam olunan kişilerin tamamının kamu kurumlarının

kadro veya pozisyonlarına atanması talebi de gündeme gelebilecektir. Bu durum ise, başta Anayasanın 70 inci maddesinde yer alan “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” ilkesini ve bu ilke uyarınca düzenlenen diğer kanun, yönetmelik, karar ve benzeri düzenlemeleri hükümsüz hale getirecektir.

Bu itibarla, hizmet alımı yapılan yükleniciler tarafından çalıştırılan kişilerin; kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinde çalışanlara uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi kapsamına alınması veya bu kurum, kuruluş ve ortaklıklar için ihdas edilmiş kadro veya pozisyonlara atanması uygun görülmemekte olup, bu yönde yürütülen bir çalışma bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, yılı merkezi yönetim bütçe kanunlarındaki ödenekler, tahsis edildikleri amaçlar doğrultusunda yılı içinde yaptırılan iş, satın alınan mal ve hizmetler ile diğer giderlerin karşılanmasında kullanılmak üzere verilmektedir.

Yılı merkezi yönetim bütçe kanunlarının “01-Personel Giderleri” ekonomik kodunda yer alan ödenekler de, kadro veya pozisyona dayalı olarak veya ilgili mevzuat hükümlerine göre çalıştırılan veya hizmetinden faydalanan kişilere bordroya dayalı olarak yapılan ödemeleri karşılamak amacıyla tahsis edilmektedir.

Karayolları Genel Müdürlüğünün hizmet alımı yaptığı yüklenici firmalarda çalışan işçilere anılan Genel Müdürlükçe bordroya dayalı olarak herhangi bir ödeme yapılmadığından, 2013 Yılı Karayolları Genel Müdürlüğü Bütçesinin “01-Personel Giderleri” ekonomik kodunda söz konusu işçiler için ödenek öngörülmemekle birlikte, Karayolları Genel Müdürlüğünün hizmet alımı yaptığı yüklenici firmalara yapılacak ödemeler için ilgili ekonomik kodlarda ödenek öngörülmektedir.

Bilgilerini arz ederim.


Mehmet ŞİMŞEK
Maliye Bakanı