

Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ *

Makale Gönderim Tarihi : 22 Ocak 2016

Makale Kabul Tarihi : 25 Ocak 2016

KAMU İŞVEREN SENDİKALARININ ALT İŞVERENLERCE YETKİLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Türk iş hukukunda son yıllarda kamu kesiminde ihaleler yoluyla çalıştırılan işçilerin yaşadıkları sorunlar büyük bir yer tutmaktadır. Son olarak 6552 sayılı kanun ile kamu kesiminde hizmet alım ihaleleri kapsamında çalıştırılan işçilerle ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Bunlardan biri de kamu kesiminde hizmet alımı ihalesi kapsamında çalıştırılan işçilerin toplu iş sözleşmelerinin akdedilmesi için alt işverenin kamu işveren sendikasına yetki vermesi ile ilişkilidir. Bu düzenlemenin Anayasa'ya ve iş hukuku mevzuatına uygunluğu çeşitli açılardan incelenmesi gereklidir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: Kamu işveren sendikası, 6552 sayılı kanun, toplu iş sözleşmesi özerkliği, hizmet alımı ihalesi

THE EVALUATION OF THE LEGISLATION CONCERNING THE AUTHORISATION OF PUBLIC EMPLOYER ORGANISATIONS BY THE SUB-CONTRACTORS

ABSTRACT

In the recent years the problems of the workers who are employed by sub-contractors of the public sector employees constitutes one of the great subjects of Turkish labour law. Lately the law numbered 6552 has several articles about these workers. One of these articles is related with the authorisation of the public sector employer organisations by the public sector's sub-contractor in order to conclude a collective agreement for these workers. This article needs to be examined in various aspects in the light of Constitution and labour law legislation.

KEYWORDS: Public sector employer organizations, law numbered 6552, autonomy of collective agreement, tender of service procurement

*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı - gbyildiz@gmail.com

1. Giriş

Son yıllarda kamu kesiminde işçi istihdam politikası, kadrolu işçi istihdam etmek yerine 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde hizmet alım sözleşmesi yolu ile işçi temini olarak şekillendiği için uygulamada pek çok hukuki ve sosyal sorun ortaya çıkmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasını sınırlaması, özellikle işçilik maliyetini düşürerek ucuz işgücü temin etmeyi önlemek için alt işveren ilişkisinin kurulmasının yasal koşullarını belirlemesi ve sınırlaması sonucunda kamu kurumlarında kurulmuş bulunan pek çok ilişki, yargı organı tarafından muvazaalı bulunmuş, alt işverenin işçileri muvazaa nedeniyle başlangıçtan itibaren asıl işverenin yani kamu kurumunun işçisi sayılarak işçilik alacaklarına hükmedilmiştir.

Bu gelişmeler karşısında kamuda istihdam politikası konusundaki tercihin değiştirilmesi yerine yıllar içinde asıl işveren-alt işveren ilişkisini kamu lehine düzenleme amacı taşıyan pek çok düzenleme yapılmıştır. Öncelikle kamu işverenlerinin özel kesim işverenlerine göre daha kolay asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurması amacıyla 2006 yılında 5538 sayılı Kanun ile İş Kanununun 2.maddesine sekizinci ve dokuzuncu fıkralar eklenmiştir. Bu fıkralar ile kamu makamlarına alt işveren ilişkisi kurulması konusunda ayrıcalık tanınmak istenmiştir.¹

Bu düzenlemeleri takip eden dönemde kamu makamlarında daha fazla alt işveren ilişkisi görülmeye başlamıştır.²

Öğretide isabetle belirtildiği üzere, bu iki fıkranın amacı kamu kesiminde hizmet alım ihaleleri ile çalışan işçilerin muvazaa iddiasında bulunarak asıl işveren olan kamu kurumunun işçisi sayılmalarının engellenmesidir.³ Bu düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olduğu, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerektiği

ifade edilmiş,⁴ özel kesim işvereni ile kamu kesimi arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, hüküm ve sonuçları açısından farklı düzenleme getirilmesi iş hukuku öğretisinde haklı olarak eleştirilmiştir.⁵

Yargıtay da oluşturduğu içtihadı ile 5538 sayılı yasa ile eklenen fıkraların, İK 2.maddenin 6. ve 7.fıkralarında öngörülen sınırlamaları değiştirmediklerini, kamu işverenlerinin de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması için aranan yasal koşullara bağlı olduğunu, muvazaa ölçütlerinin değişmediğini, bu ölçütlerin kamu kesimi işvereni için de geçerli olduğunu tutarlı bir şekilde ifade etmiştir.⁶

Kamu kurum ve kuruluşlarında işçi istihdamının ihaleler yolu ile sağlanmasının iş hukuku açısından ciddi sonuçları olmuştur. Muvazaalı ilişki olduğu iddiaları, gerçekte alt işveren ilişkisi değil işçi temini amacıyla ihale yapıldığı, işçilik maliyetlerini düşürerek ucuz işgücü yaratıldığı, hizmet alım ihaleleri kapsamında çalışan işçilerin toplu iş hukukundan doğan haklarını kullanmadıkları gibi sorunlar son yıllarda iş yargısını ve iş hukuku öğretisini meşgul etmiştir.⁷ Kamu ihale mevzuatı ile iş hukukunun kavram ve ilkeleri arasında ortaya çıkan uyumsuzluk pek çok dava açılmasına neden olmuştur. Öğretide kamu ihale mevzuatının iş hukuku ile bağdaştırılması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir.⁸

İş Kanununun 2.maddesine eklenen fıkralara rağmen yargı organının isabetli olarak kamu kesiminde ihale yolu ile alt işverene verilen işlerin İK 2.maddede belirtilen koşullara uygun olup olmadığını denetlemesi, uygun olmayan asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde muvazaa tespiti

1 Süzek 183; aksi görüş Çankaya-Çil, 48 vd; Aykaç, 111-113.

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kabakcı, 83-84

3 Kabakcı, 91.

4 Süzek, 183-184; Ekmekçi, 1176-1177; Doğan Yenisey, Alt İşveren, 28; Aydın, 13; Kabakcı, 91.

5 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 54; Süzek, 184; Gerek, Hizmet Alım, 83; Ekmekçi, 1176; Kabakcı, 91; Aydın, Alt İşveren, 296 vd; Akyiğit, 20-21.

6 Y9HD, 19.2.2009, 33290/2942, kararın incelenmesi için bkz. Akyiğit, Sicil 17, 138-159; Y9HD, 21.1.2010, 41520/669, Legal İHSGHD, 25, 310-313; Y9HD, 16.4.2009, 42564/10854, Çalışma ve Toplum, 23, 342-344.

7 Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 179 vd.

8 Kabakcı, 86.

yapılması ya da bu durumun işçi temini olduğu belirtilerek bunun sonucunda alt işveren işçilerinin asıl işveren olan kamu işverenin işçisiyle aynı mali ve sosyal haklara sahip olduğuna karar verilmesi sonucunda kamu işverenleri ağır bir mali yükün altına girmiştir.

Bu alanda yaşanan bir diğer sorun alt işveren işçilerinin toplu iş hukukundan doğan haklarını kullanmalarında yaşanmıştır. Hizmet alım ihalelerinin süresinin genellikle bir yıl olması ve ihaleyi alan firmanın/şahsın değişmesine rağmen işçilerin uzun yıllar boyunca değişen alt işverenler nezdinde aynı kamu kurumunda çalışmaya devam etmesi karşısında işçilerin sendikal haklarını kullanamadıkları, sendika üyesi olmaları durumunda ise ihale süresinin kısa olması nedeniyle toplu iş sözleşmesi akdetmelerinin fiilen mümkün olmaması yargı organını meşgul eden diğer sorun olmuştur.

Söz konusu istihdam biçimi sadece işçiler açısından değil kamu kesimi işverenleri açısından da sıkıntılara neden olmuştur. Özellikle yıllar içinde değişen alt işverenler yanında çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin fesih ya da emeklilik nedeniyle sona erdirilmesi durumunda, başta kıdem tazminatı olmak üzere, işçilik alacakları için alt işveren işçileri, doğrudan asıl işveren olarak kamu kurumlarını dava etmişlerdir. Alt işverenlerin genellikle ekonomik olarak güçsüz olması ya da yargılama sona erdiğinde alt işverenin hukuken mevcudiyetinin dahi kalmadığı durumlarda alt işveren işçisinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler söz konusu ise, iş güvencesi tazminatlarından ve ödenmemiş işçilik alacaklarından kamu işverenin asıl işveren sıfatıyla sorumlu tutulması ve bu ödemelerin kamu işvereni tarafından yapılması, kamu kesimi açısından büyük bir maliyetin yanı sıra öngörmedikleri bir dava yükü oluşturmuştur. Alt işveren işçileri, İş Kanununun 2.maddesindeki müteselsil sorumluluk gereği doğrudan kamu kesimi işvereni davaya dahil etmiş, dava sonucunda lehine alacak hükmedilmesi durumunda icra işlemlerini kamu işvereni aleyhine gerçekleştirmiştir.

Kamu kesimi işvereni, işçiye icra işlemleri sonucunda ödemeyi yaptıktan sonra ödediği miktarı rücu etmek için alt işverenlere dava açmaktadır. Ancak uygulamada sıkça görüldüğü üzere, bazı alt işverenler sadece kamu kurumundan ihale ile iş aldıkları süre boyunca hukuken varlıklarını devam ettirmektedirler. İhale süresi sona erdikten sonra bazı alt işverenlere, rücu hakkının kullanılması aşamasında ulaşmak dahi mümkün olmamaktadır. Bunun sonucunda kamu kesimi üzerinde ana para borcunun yanı sıra uzun süren yargılama nedeniyle de artan yüksek faiz ödemesinden kaynaklanan büyük bir mali yük kalmıştır.

Kamuoyunda bu istihdam tercihinin yarattığı olumsuz sonuçlar nedeniyle oluşan rahatsızlık büyümüş, kamuda alt işverene bağlı olarak çalışan işçilerin durumu, deyim yerindeyse sosyal bir sorun haline gelmiştir. Bu duruma çözüm getirebilmek amacıyla yasa koyucu bu kez, uygulamada torba kanun olarak adlandırılan, 6552 sayılı “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun” ile birtakım düzenlemeler getirmiştir. 6552 sayılı kanunun iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından getirdiği düzenlemelerden sadece alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirerek toplu görüşmelerin yürütülmesi ve toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi konusundaki maddesi bu incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

2. “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun” ile getirilen ve kamu işveren sendikalarının yetkilendirilmesine ilişkin düzenlemeler

6552 sayılı Kanununun 13. maddesi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine bir fıkra eklemiştir. Madde gerekçesinde, toplu iş sözleşmeleriyle elde edilen ücret ve diğer sosyal hakların kamu ihale mevzuatındaki hükümler nedeniyle uygulanmadığı, bu nedenle kamuda çalışan alt işveren işçilerinin sendi-

kal haklarını kullanabilmelerinin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.⁹

6552 sayılı kanun ile getirilen düzenleme şu şekildedir: “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 sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat 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. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenir.”

Düzenlemenin hukuki açıdan değerlendirilmesine geçmeden önce Türkiye’de işveren sendikacılığının gelişimi ve kamu işveren sendikaları hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır.

Türk İş Hukukunda işveren sendikacılığının gelişimine baktığımızda 1946 yılında Cemiyetler Kanunu’nda yer alan “sınıf esasına dayalı” dernek kurulması yasağının kaldırılması, ardından da 1947 yılında 5018 sayılı ‘İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesi ile ilk adımların atıldı-

ğı görülmektedir.¹⁰ Ancak sendikacılık alanında gerçek hareketlenme 1961 Anayasası’nın kabulünden sonra yaşanmıştır. 1961 Anayasası’nın kabulünden sonraki dönemde kamu ve özel kesim işverenlerinin birlikte örgütlenmesi için çabaların gösterildiği, kamu kesimi işverenlerinin istemelerine rağmen, bu konuda üst düzeydeki kamu otoritelerinin gösterilen isteksizlik nedeniyle kamu işverenlerinin işveren sendikalarına üye olmamalarının işveren camiasını ikiye böldüğü konusunda, işveren camiası içinde eleştirilere rastlanmaktadır.¹¹

Belirtilmelidir ki 1961 Anayasası’nın kabulünden sonra yürürlüğe giren 274 ve 275 sayılı kanunlarda kamu işvereni-özel kesim işvereni arasında işveren sendikasına üyelik açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla aynı işkolunda faaliyet gösteren bir kamu işvereni ile özel kesim işvereni aynı sendika altında örgütlenme olanağına hukuken sahip bulunmaktaydı.

1982 Anayasası’nın kabul edilmesinden sonra toplu iş hukuku alanını düzenleyen 2821 ve 2822 sayılı kanunların uygulandığı dönemde ise kamu kesimi işverenleri ile özel kesim işverenlerinin aynı işveren sendikası altında örgütlenmesi imkanı fiilen bulunmamaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu Türk Hukukunda ilk kez kamu işveren sendikası kavramını getirmiştir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 3/2.maddesi uyarınca “İşveren sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işverenler tarafından kurulur. Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunması şartı aranmaz.” Anılan düzenlemenin gerekçesinde “Devlet en büyük işverendir. Ancak kamu kesiminde yıllık programlarda da amaçlanan kamu işverenlerine sendikalaşabilme imkanı sağlanması için hüküm getirilmiştir. Devletin her işkolunda Dernekler Kanununa göre yeterli sayıda işvereni bulup örgütlenmesi mümkün ol-

9 Gerek, 9-10.

10 Esin, 171,173; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 556 vd; Tuncay-Kutsal, 8-9; Sur, 14 vd.

11 TİSK 1964 yılı GK raporu; Esin, 237, dn 296.

madığından, devlet işkolları ile bağlı olmaksızın serbestçe kamu işveren sendikalarını kurabilecek, gerektiğinde tüm işkolları için kuracağı bir veya birkaç kamu işveren sendikası ile kamu kesiminde ücretler ve sosyal yardımlar arasındaki adalet ve eşitliği sağlayabilecektir” ifadelerine yer verilmiştir.¹²

Yasa ve gerekçesinde ifade edilen düzenlemeler doğrultusunda Kamu İşveren Sendikaları, Başbakanlığın 06.02.1986 gün ve 1986/1 sayılı genelgesi doğrultusunda teşkilatlanma çalışmalarını yürütmüşler, işçi çalıştıran kamu kurum ve kuruluşlarının tümü öngörülen program çerçevesinde Tühis, Kamu-İş ve Türk Kamu-Sen adı altında faaliyet gösteren kamu işveren sendikalarına üye olmuşlardır.¹³ Bugün faaliyet gösteren kamu işveren sendikaları ise Kamu-İş Sendikası ve Tühis’dir.

Kamu kesimi işverenlerinin, kamu işveren sendikalarında örgütlenmeleri esasına 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda (STSK) da yer verilmiştir. Anılan Kanunun 3/2. maddesi “Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve faaliyette bulunması şartı aranmaz” hükmünü içermektedir.

6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme uyarınca, alt işverenin yetkilendirme yapabilmesi için kamu makamından aldığı işin 4734 sayılı kanunun 62/e maddesi uyarınca ihale edilmesi gerekir. Ayrıca bu kapsamda kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin münhasıran 4735 sayılı kanunun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştıracağı işçiler için yapılacak toplu görüşmede yetkilendirme mümkündür.

Yukarıda yer verilmiş olan madde metninde alt işveren terimi kullanılmakla birlikte kanaatimizce burada İş Kanununun 2.maddesi kapsamında bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Kamu kesiminde 4734 ve 4735 sayılı kanunlar 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 rastlanmaktadır. Dolayısıyla burada amaç İş Kanununun 2.maddesinde yasal koşulları belirlenmiş olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurmak değil, belli bir işin yapılması için ucuz maliyetle işçi teminidir. İşçi teminine yönelik sözleşmeler 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 gereklidir.¹⁴ Bu konudaki görüşümüz işçi temini amacıyla yapılan hizmet alımı ihalelerinin taraflarını asıl işveren-alt işveren olarak tanımlamanın hukuken isabetli olmadığıdır. Ancak inceleme konumuz olan 6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede ‘asıl işveren-alt işveren’ kavramlarına yer verildiğinden terimlerde tutarlılık olması açısından, kişisel görüşümüz saklı tutularak, yapılacak değerlendirmede bu kavramlar kullanılacaktır.

6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme, hizmet alım ihaleleri ile kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde, alt işverenin işçileri için yapılacak toplu iş sözleşmesinin, alt işverenin yetkilendirmesiyle, asıl işveren durumunda olan kamu kurumunun üyesi olduğu kamu işveren sendikası tarafından yürütülmesini, bunun sonucunda bağlanacak toplu iş sözleşmesi sonucunda ihale koşullarında belirlenmiş olan maliyetin aşılması durumunda, aradaki farkın kamu kurumunca alt işverene ödenmesini düzenlemektedir.

Ayrıca kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için alt işverene fiyat farkı ödenmeyeceği, bu nitelikteki sözleşmelerden dolayı asıl

¹² <http://www.kamu-is.org.tr/tarihce.htm>

¹³ <http://www.tuhis.org.tr/index.php?go=icerik&nere-si=altSayfa&Id=3>

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.Süzek, 179 vd.

işveren durumunda olan kamu kuruluşunun İK 2/7 uyarınca alt işveren işçilerine karşı sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Aynı düzenlemenin detayları aşağıda ayrıntılı olarak değinilecek olan yönetmelikte de tekrarlanmıştır.

Dolayısıyla madde hem yetkilendirmenin hangi durumlarda yapılacağını, yetkilendirmenin hüküm ve sonuçlarını, yetkilendirme yapılmaması durumunda ise ortaya çıkacak sonuçları düzenlemektedir.

Madde metninde çıkarılacağı ifade edilen yönetmelik de “Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesine Dair Yönetmelik” adı altında 22.1.2015 tarihli 29244 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra yönetmelikte değişiklik yapılmış, yönetmeliğin son hali 17.3.2015 tarih ve 29298 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmeliğin 4/2.maddesi uyarınca “...Yetki tespit başvurusuna; ihale sözleşmesini yürüten idareden temin edilecek sözleşme konusu işin 4734 sayılı Kanunun 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.” Görüldüğü üzere, işçi sendikası, kamu kurumunda örgütlenmesi durumunda yetki tespiti için başvuruda bulunurken, normalde özel kesim işyerleri için yetki tespit başvurusunda ibraz etmek zorunda olmadığı belgeleri Bakanlığa sunmakla yükümlü tutulmuştur.

Yönetmelik, alt işverenin yetkilendirme yapabileceği süreyi de belirlemiştir. Yönetmeliğin 4/3.maddesi uyarınca yetki belgesinin alt işverene tebliği tarihinden itibaren on gün içinde alt

işveren, kamu işveren sendikasını yetkilendirebilir. Bu süre geçirildikten sonra kamu işveren sendikası, yetkilendirmeyi kabul edip toplu görüşmeyi yürütemez. Dolayısıyla buradaki on günlük süre, hak düşürücü süredir. Alt işveren yetkilendirme yapmışsa, on günlük süre içinde durumu işçi sendikasına da bildirmek zorundadır. Yönetmeliğin 4.maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi uyarınca yetkilendirmenin şekli ve içeriğine ilişkin hususların, Maliye Bakanlığının uygun görüşünün alınması kaydıyla, kamu işveren sendikalarınca müştereken belirlenecektir. Kamu-İş ve Tühis Sendikaları, Maliye Bakanlığınca uygun görülen usul ve esasları belirtmişlerdir. Kamu işveren sendikaları, yetkilendirme işlemi sırasında ibrazı gereken belgeleri, yetkilendirme yazısı örneğini oluşturarak uygulamada kolaylık sağlamaya çaba göstermişlerdir.¹⁵

Alt işveren ile kamu işveren sendikası arasındaki ‘yetkilendirme’ işleminin hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır. 6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede kamu işveren sendikası kendisine üye olmayan, hatta üye olması hukuken mümkün olmayan bir ‘özel kesim’ işvereni adına toplu görüşmeye taraf olmakta, görüşmeleri yürütmekte, toplu iş sözleşmesi akdetmekle yetkili kılınmaktadır.

Türk hukukunda işveren sendikası üyesi olabilmek için, 6356 sayılı Kanun uyarınca işveren ya da işveren vekili sayılmak şarttır. Kamu işveren sendikası üyesi olabilmek için ise, işverenin kamu kurumu olması zorunludur. Sendika ile üyesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği konusunda farklı fikirler ileri sürülmüştür. Üyelik sonucunda sendika ile üyesi arasında kurulan hukuki ilişkinin çift karakterli sürekli bir hukuki ilişki (sözleşme) olduğunu ileri süren Tuncay’a göre bu ilişki hem kişiler hukukuna hem de malvarlığı hukukuna özgü hak ve borçlar yüklemektedir.¹⁶

6552 sayılı Kanunun getirdiği sistem, kamu işveren sendikası ile alt işveren arasında bir üye-

15 Ayrıntısı için bkz. <http://www.tuhis.org.tr/index.php?go=haberdetay&haberId=200>

16 Tuncay, Sendika Üyeliği, 103-105; Tuncay-Savaş Kutlal, 83.

lik ilişkisi doğurmamaktadır. Buradaki ilişki, borçlar hukuku anlamında ‘vekalet’ sözleşmesidir. Ancak vekalet sözleşmesi kurulabilmesi için, iki taraflı her özel hukuk ilişkisinde olduğu gibi, ilişkinin taraflarının birbirlerine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının uygunluğu aranır. Borçlar hukuku anlamında vekalet sözleşmesinde vekil, kendisine yöneltilen isteği kabul etmek zorunda değildir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bu sözleşmeyi kurup kurmayacağına bağımsız olarak karar verir. Oysa 6552 sayılı Kanun ile 4735 sayılı Kanuna eklenen fıkra ve ilgili yönetmelik hükümleri incelendiğinde kamu işveren sendikasının, belli koşulların varlığı durumunda ve öngörülen on günlük süre içinde yapılan bu yetkilendirmeyi kabul etmek ve toplu iş sözleşmesi görüşmelerini alt işveren adına yürütmek zorunda olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durum kamu işveren sendikasının tüzel kişilik olarak sahip olduğu fiil ehliyetine sınırlama getirmektedir. Ayrıca kamu işveren sendikasının, hiç tanımadığı, hakkında bilgi sahibi olmadığı bir özel kesim işvereni için ‘vekalet’ hükümleri gereğince toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmesi de uygulamada aşağıda ayrıca değineceğimiz sorunlara neden olmaktadır.

Alt işverenin yetkilendirme yapması konusunda da iradesinin bağımsız olduğundan söz etmek mümkün değildir. Madde düzenlemesinde açıkça alt işverenin yetkilendirmemesi durumunda toplu iş sözleşmesi sonucunda ortaya çıkacak fiyat farkının ödenmeyeceği belirtildiğinden alt işveren üzerinde de ‘ekonomik bir baskı’ kurulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ekonomik baskı altında yapılan bu yetkilendirme, işverenin iradesini sakatlayacak düzeyde olmasa dahi bu konuda verilecek kararın alt işverence serbestçe verildiğinden söz edilemez.

Aydınlı’ya göre, 6552 sayılı Kanunla getirilen düzenleme uyarınca kamu kesiminde iş alan işveren, kendi işçileri için yürütülecek toplu görüşmenin tarafı olamayacaktır. İşçi sendikası da yetki belgesini aldıktan sonra alt işverene karşı işlemleri yürütemeyecek, alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesi durumunda

işlemleri kamu işveren sendikasına karşı yürütebilecektir. Aynı görüşe göre, alt işverenin kamu işveren sendikalarını yetkilendirmemesi durumunda alt işverenin toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmesi ve toplu iş sözleşmesi imzalaması, işveren tarafının ehliyetsizliği sonucunu doğuracak ve toplu iş sözleşmesi butlanla malul olacaktır.¹⁷

Söz konusu düzenleme, alt işverenin toplu iş sözleşmesinin tarafı olmasına engel getirmemekte sadece alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmemesi durumunda toplu iş sözleşmesinden doğacak fiyat farkının ödenmeyeceğini ifade ederek, alt işvereni mali açıdan doğacak ek yükümlülükle karşı karşıya bırakmaktadır. Bunun ötesinde alt işverenin, kendi işçileri için yapılacak bir toplu iş sözleşmesinin işveren tarafını oluşturmasına hukuken bir engel getirmemektedir. Bu nedenle alt işverenin yetkilendirme yapmayarak kendisinin toplu görüşmeleri yürütmesi ve toplu iş sözleşmesini imzalaması durumunda hukuken geçerli bir toplu iş sözleşmesi bulunduğu kabul edilmelidir. Bilindiği üzere toplu iş hukukunda işveren sendikasına üye olmayan işveren kendi işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya ehliyetli ve yetkilidir.¹⁸ Açıklanan bu gerekçelerden dolayı yukarıda ifade edilen görüş katılmadığımızı belirtmek gereklidir.

Ayrıca işçi sendikası yetki belgesini aldığı anda 6356 sayılı STSK uyarınca gerekli işlemleri yapmak durumunda olup, aksi takdirde yetki belgesinin düşmesi yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Bu nedenle alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirdiğini bilmesi mümkün olmayan işçi sendikasının, alt işverene karşı gerekli işlemleri yürütmesi, STSK hükümleri uyarınca yetki belgesinin geçerliliğini koruması açısından gereklidir. Toplu görüşme çağrısı yapıldığı sırada sendikaya üye olmayan işveren, toplu görüşme sürecinde sendikaya üye olursa, üyelik tarihinden itibaren toplu görüşme sürecini işveren sendikası yürütecektir¹⁹. Burada da aynı

17 Aydınlı, 95-96.

18 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 686; Sur; 268; Tuncay-Kutsal, 215-217.

19 Tuncay-Kutsal, 241; Sur, 290.

yorumun geçerli kabul edilmesi, işçi sendikasının yetkilendirmeden haberdar edilene kadar, (alt) işverene karşı yürüttüğü işlemlerin, örneğin toplantı günü için çağrıda bulunma gibi, geçerli sayılması gereklidir.

Öğretide 6552 sayılı yasanın 13.maddesinin gerekçesinde ifade edilen kamudaki alt işveren işçilerinin kanuni haklarını kullanabilmelerinin önünü açmaya çalışmanın yerinde bir yaklaşım olduğu ancak madde düzenlemesi ile getirilen yolun isabetli olmadığı, düzenlemenin kendi içinde pek çok boşluk içerdiği ifade edilmiştir. Asıl işveren durumundaki kamu kurumunun kamu işveren sendikasına üye olmaması veya alt işverenin yetki vermemesi durumunda yaşanacak sorunlar göz ardı edildiğinden, bu olasılıkların gerçekleşmesi durumunda uygulamadaki sıkıntılar devam edeceği haklı olarak belirtilmiştir.²⁰

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ihale kapsamında iş alan alt işverenin işveren sendikasına üye olması durumudur. Kamu kurumundan hizmet alımı ihalesi ile iş alan işveren, hali hazırda bir işveren sendikasına üye ise bu durumda işçi sendikası yetki belgesini aldıktan sonra (alt) işverenin üyesi bulunduğu sendikaya çağrı yapmak zorundadır. STSK 41/4 hükmü uyarınca sendika üyesi bir işveren için toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi üyesi bulunduğu sendikaya aittir. İşveren sendikasına üye olan bir işverenin, buna rağmen kamu işveren sendikasını yetkilendirmesi mümkün olmamak gerekir. 6552 sayılı Kanunla getirilen düzenleme bu olasılığı hiç dikkate almadan hazırlanmış görünmektedir.

Yönetmeliğin hukuken en sorunlu düzenlemeleri kanaatimizce dördüncü maddesinin dördüncü ve yedinci fıkralarıdır. Yönetmeliğin 4. maddesinin dördüncü fıkrası, 6652 sayılı kanunla getirilen düzenlemede olduğu gibi, kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve 6356 sayılı Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmeyeceğini, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı

20 Gerek, 10.

ücret farkına hükmedilemeyeceğini ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceğini ifade etmektedir.

Alt işverenin, kamu kurumunun üyesi olduğu kamu işveren sendikasını yetkilendirmeyerek toplu görüşmeyi kendisinin yürütmesi ve toplu iş sözleşmesi imzalaması sonucunda, ihale şartnamesi ile toplu iş sözleşmesi arasında ortaya çıkan fiyat farkının idare tarafından ödenmeyeceğinin belirtilmesi makul görülebilmekle birlikte, bu durumda kamu kurumunun asıl işveren sıfatı nedeniyle alt işverenin işçisine karşı İş Kanunundan doğan müteselsil sorumluluğunun ortadan kaldırılması mümkün olmamak gerekir.²¹

Maddede alt işverenin yetkilendirme yapmaması durumunda akdedilecek toplu iş sözleşmesi sonucunda oluşacak fiyat farkının ödenmeyeceğinin belirtilmesi, ihale sonucunda oluşan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin taraflarını ilgilendirir. Burada kamu kesimi işverenin alt işverene karşı olan sorumluluğunu sınırlaması kabul edilebilir. Ancak maddenin getirdiği düzenlemenin ikinci kısmı olarak nitelendirebileceğimiz, kamu kurumunun asıl işveren sıfatından doğan müteselsil sorumluluğundan kurtulması, bir diğer deyişle alt işverenin işçisine karşı İş Kanunundan doğan sorumluluğunun sınırlandırılması makul ve hukuka uygun görülemez. İhale bedeli ile toplu iş sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan işçilik maliyetleri arasında ortaya çıkan farkın, alt işveren tarafından ihale ile iş aldığı kamu makamından istenememesi ile alt işveren işçisinin ödenmemiş alacaklarını asıl işverenden talep etmesi birbirinden farklı hukuki sorunlardır ve ayrı değerlendirilmelidirler.

Kamu kesimi işverenin asıl işveren olarak sorumluluklarını azaltma ya da tamamen ortadan kaldırmaya yönelik çabalara yargı organı tarafından yıllardır istikrarlı biçimde izin verilmemektedir. Yukarıda incelediğimiz hükümler kamu kesimi ve özel kesim işverenleri arasında Anayasa'nın 10.maddesinde ifadesini bulan eşitlik

21 Aydın, 97, yazar, kamu işverenlerinin asıl işveren olarak müteselsil sorumluluklarını ortadan kaldıracağı yönündeki düzenlemenin de İK 2/6.fıkradaki müteselsil sorumluluk ile çatıştığını ifade etmiştir.

ilkesine aykırı durumu bir kez daha ortaya çıkarılmaktadır. Özel kesim işverenin, İK 2/7.fikrasında düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluğu alt işveren işçisine karşı sınırlanamadığına ya da ortadan kaldırılamadığına göre²² asıl işveren konumunda olan kamu kurumunun da bu sorumluluktan kurtulması ya da söz konusu sorumluluğu sınırlaması mümkün olmamak gerekir.

6552 sayılı Kanun aleyhine Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasının dilekçesinde söz konusu maddenin diğer bir yönüyle de eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İptal talebinde anılan düzenlemenin Anayasa'nın 10.maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine aykırılığı şu ifadelerle dile getirilmiştir; "...Anayasanın 10. maddesinde kurallaştırılan 'kanun önünde eşitlik ilkesi' ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, yüklenicilerin hukuksal durumları arasında herhangi bir fark yoktur. Anayasanın 53.maddesi ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri uyarınca işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılması durumunda fiyat farkı verilmesi, buna karşın Anayasa ve 6356 sayılı Kanuna göre yapılması durumunda fiyat farkı verilmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi boyu-

tuna taşınarak hukuksal durumları aynı olan alt işverenler yanında hukuksal durumları aynı olan alt işveren işçileri arasında ayrımcılık yapılması, Anayasanın 10. maddesindeki 'yasa önünde eşitlik' ilkesine aykırılık oluşturur..." *İptal talebinde ayrıca, alt işverenin yetkilendirme yapmaması durumunda fiyat farkının ödenmeyeceğinin ve kamu kurumunun asıl işveren olarak sorumlu tutulamayacağı belirtilmiş olmasının, deyim yerindeyse, alt işverence yetkilendirme yapılmasının cezasının işçilere yüklenildiği anlamına geldiği, bu durumun Anayasanın 2. maddesinde ifade edilmiş olan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, zira alt işverenin yaptığı/yapmadığı eylem nedeniyle işçilerin yasal haklarının ortadan kalkmasının, adil ve hakkaniyete uygun olmadığını, bu durumun kamu yararıyla da bağdaşmadığı ifade edilmiştir. Alt işveren tarafından yetkilendirme yapılmaması durumunda alt işverenin işçilerine karşı asıl işverenin İK 2/7.fıkra uyarınca sorumlu tutulamayacağı Anayasa'nın 36.maddesinde hükme bağlanmış olan hak arama özgürlüğüne de aykırılık içerdiği, bütün bu gerekçelerden dolayı söz konusu düzenlemenin Anayasanın 2., 10., 36, ve 51. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali talep edilmiştir.*

Anayasa Mahkemesi, iptal talebini esastan incelemiş ve verdiği kararda *şu ifadeleri kullanmıştır*; "...4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca özel kesime ihale edilen işlerde çalışan işçilerin aldıkları ücretlerin ihale sonucu imzalanan hizmet alım sözleşmesindeki fiyat artışı koşullarına endekslenmesi, bunların toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde ücret artışlarıyla ilgili pazarlık güçlerini belli ölçüde zayıflattığı açıktır. Kanun koyucu bu durumu göz önünde bulundurarak işçilerin sendikal haklarından yeterince yararlanabilmelerini sağlamak amacıyla ücret artışları nedeniyle alt işverene ödenecek fiyat farkı hususunda ihale mevzuatındaki kısıtlamalara bağlı kalınması mecburiyetini ortadan kaldırmış ve toplu iş sözleşmesinde öngörülen artışların tamamının işçilere yansıtılmasının önünü açmıştır. Ancak toplu iş görüşmelerinde kararlaştırılacak ücret artışı hususunda alt işverenle işçi sendikasının tama-

²² Süzek, 167-168; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, 226.

men serbest bırakılması, kamuya aşırı bir külfet yükleyebileceği gibi ihale yapılmış olmasını da anlamsız kılabilir. 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 göz önünde 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 göz önünde 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 zorunluluğu getirmiş olmasında kamu yararına ve hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır...”

Anayasa Mahkemesi kararında iptali istenen düzenlemenin alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesinin sendikaya üye olmaya zorlama anlamına gelmediğini, yasal olarak bunun mümkün olmadığını, düzenlemenin alt işverenin toplu iş sözleşmesi görüşmelerini kendisinin yürütmesine engel olmadığını bulunmadığını, kamu işveren sendikasını yetkilendiren alt işveren ile yetkilendirme yapmaksızın kendisi yürüten alt işverenin aynı hukuksal durumda görülmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle de eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğini, bütün bu gerekçelerden dolayı söz konusu düzenlemenin Anayasanın 2.,10. ve 51.maddesine aykırılık

içermediği, düzenlemenin 36.maddede ifade edilmiş olan hak arama özgürlüğü ile ilgisini olmadığını ifade ederek iptal istemini oy çokluğu ile reddetmiştir. Karşı oy yazısında ise anılan düzenlemenin Anayasa'nın 2.ve 51.maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, yukarıda yer verilen kararında eşitlik ilkesine aykırılık açısından yaptığı değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi, kararında yer alan bir diğer değerlendirme ise ILO'nun temel haklar arasında saydığı, Anayasa'nın da 53.maddesinde ifadesini bulmuş olan toplu iş sözleşmesi hakkına ve bu hakkın özü niteliğindeki özgür toplu pazarlık ilkesine tamamen aykırıdır. Karar metninde açıkça “toplular görüşmelerinde kararlaştırılacak ücret artışı hususunda alt işverenler işçi sendikasının tamamen serbest bırakılması» sakıncalı görülmekte, bu durumun kamuya aşırı bir külfet yükleyebileceği, ihale yapılmış olmasını da anlamsız kılacağı endişeleri ile hareket edilmektedir. Burada ifade edilenin aksine, toplu iş görüşmelerinde sosyal taraflar, özerklik ilkesi çerçevesinde²³, kendi ortak iradeleri dışında hiçbir üst sınıra bağlı olmaksızın ücret belirleme olanağına sahiptirler. Bu özerkliği, her ne sebeple olursa olsun kısıtlamaya çalışmak, karar metninde gerekçe gösterilmiş olan “kamu yararı” ile hiçbir şekilde bağdaştırılamaz.

Yönetmeliğin 4.maddesinin yedinci fıkrası hükmü ise “6356 sayılı Kanun hükümlerine uygun olmak kaydıyla toplu iş sözleşmesinin süresi, ihale sözleşmesinin süresini geçemez” düzenlemesini içermektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kamu kurumlarında asıl işveren alt işveren ilişkisi alanında yaşanan sorunlardan biri de ihalelerin süresinin genellikle bir yıl olması nedeniyle işçi sendikalarının örgütlenmesi alanında yaşanan zorluklardan ötürü işçilerin toplu iş sözleşmesi hakkından yararlanamamasıdır. 6552 sayılı Kanununun 14. maddesi, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 28. maddesinin dördüncü fıkrasında değişiklik yapılmasını ve maddeye bir fıkra eklenmesini ön-

²³ Toplu iş sözleşmesi özerkliği için bkz Tuncay-Kutsal, 152 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 653 vd.

görmektedir. Buna göre 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olan işlerden sürekli nitelikte olanlar için yapılacak hizmet alım ihalelerinde sözleşme süresi üç yıl olacaktır. Üç yıllık süre, gerekçesi açıklanmak suretiyle üst yöneticinin onayıyla kısaltılabilecektir.

Bilindiği üzere 6356 sayılı Kanunun 35.maddesi uyarınca toplu iş sözleşmesi en az bir yıl en çok üç yıl süreli olabilir. Aynı madde uyarınca faaliyetleri bir yıldan az süren işlerde uygulanmak üzere yapılan toplu iş sözleşmelerinin süresi bir yıldan az olabilecektir. İşçi sendikası ile işveren ya da üyesi olduğu işveren sendikası, kural olarak, sosyal özerklik çerçevesinde toplu iş sözleşmesinin süresini de yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Oysa anılan Yönetmelik hükmü sonucunda ihale süresi toplu iş sözleşmesinin de azami sınırını oluşturmaktadır. Örneğin ihale süresinin bitimine iki yıl kalmışsa toplu iş sözleşmesinin süresi üç yıl olarak kararlaştırılmayacak azami iki yıl ile sınırlı olacaktır. Normlar hiyerarşisi gereğince daha alt sıradaki bir kaynak olan yönetmelik ile bir yasa maddesinin değiştirilmesi ya da sınırlandırılması mümkün olmadığından yönetmeliğin bu hükmü geçersizdir.²⁴ Ayrıca 5018 sayılı Kanunun 28/4.maddesinde yapılan değişiklik sonucunda üç yıllık hizmet alım ihalesinin süresi gerekçesi açıklanarak daha kısa belirlenebileceğinden uygulamada sıkıntılarla karşılaşılması mümkündür.

İş hukuku öğretisinde Gerek tarafından isabetle belirtildiği üzere, hizmet alım sözleşmelerinin süresinin üç yıla çıkarılmasının sadece kamu kesimi için öngörülmüş olması isabetli değildir. Bu düzenleme, kamu sektöründe alt işveren işçisi çalıştırmayı kolaylaştıracak ve özel sektöre göre kamu sektörünün kayrılmasına neden olabilecektir.²⁵ Bu düzenleme de özel kesim ve kamu kesimi arasında, aynı konuda farklı hukuki düzenlemeye neden olduğu için Anayasanın 10.maddesinde ifadesini bulmuş olan eşitlik ilkesine aykırıdır.

24 Süzek, 93 vd.

25 Gerek, 11.

3. Alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesinin sendika özgürlüğü ve özgür toplu pazarlık ilkesi açısından değerlendirilmesi

6552 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin temelinde en dikkat çeken boyutu özel kesim işverenin yetkilendirmesiyle kamu işveren sendikasının onun adına toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmesi ve toplu iş sözleşmesi akdetmesidir. Bu durumun sendikal özgürlükler, toplu iş sözleşmesi özerkliği ve işveren sendikacılığı açısından da incelenmesi gereklidir.

Sendikalar hukukuna göre sendikaların çalışma hayatına ilişkin faaliyetleri arasında toplu pazarlık düzenine dair olanlar yer alır. Toplu görüşmede taraf olmak, toplu iş sözleşmesini imzalamak, uyuşmazlık çıkması durumunda arabulucuya başvurmak, grev ve lokavt ilan etmek gibi işlemleri sendikalar ‘üyeleri’ adına yürütür. Nitekim STSK md 41/4 uyarınca “Bir işveren sendikası üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.”

6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ise bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. İş hukuku öğretisinde alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesi suretiyle oluşturulacak olan toplu iş sözleşmesinin yeni bir toplu iş sözleşmesi türü olduğu ileri sürülmüştür.²⁶ Bu şekilde yürütülecek toplu görüşme sonucunda akdedilecek toplu iş sözleşmesinin yeni bir toplu iş sözleşmesi türü olduğuna katılmamakla birlikte 6552 sayılı Kanunun toplu iş hukukuna ilişkin genel ilkelere aykırı bir sistem oluşturduğu kanaatinde olduğumuzu belirtmek gerekir.

6552 sayılı Kanunla getirilen sistem yukarıda ifade ettiğimiz üzere kamu işveren sendikasının tüzel kişi olarak sahip olduğu fiil ehliyetini sınırlamaktadır. Böylelikle alt işveren tarafından koşullara uygun ve süresi içinde yapılmış bir yetkilendirmeyi kabul etmekle yükümlü olan kamu işveren sendikasının sendikal özgürlüğü zedelenmektedir.

26 Aydın, 97.

Bu düzenleme aynı zamanda işveren sendikalarının da üye sayılarını artırmalarını engelleyici bir düzenlemedir. Kamu sektöründe hizmet alımı ihalesi ile üç yıl süreyle iş alan bir işveren, işçi sendikasının örgütlenmesi ve yetki alması durumunda faaliyette bulunduğu işkolunda kurulu bir işveren sendikasına üye olmak yerine kamu işveren sendikasını yetkilendirerek toplu görüşme sürecini yürütme olanağına kavuşmaktadır. Bu durum işveren sendikacılığının gelişmesi ve güçlenmesi önünde engel olduğu kadar işveren sendikalarının sendikal özgürlüklerine de kısıtlama getirmektedir.

Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesine Dair Yönetmeliğin 4/8. maddesinin son cümlesinde 'Toplu iş sözleşmesinin yürütülmesine ilişkin işveren tarafına ait giderler alt işverence karşılanır' hükmü bulunmaktadır. Kamu işveren sendikasının toplu görüşmeleri yürütmek amacıyla yaptığı masraflar (işgücü, sarf malzemeleri vb) yönetmelik gereğince alt işveren tarafından ödenmek zorundadır. Ancak 6356 sayılı STSK 28/1 uyarınca sendikaların gelirleri üyelik ve dayanışma aidatları, tüzüklerine göre yapabilecekleri faaliyetlerden sağlanacak gelirler, bağışlar, mal varlığı gelirleri, mal varlığı değerlerinin devir, temlik ve satışlarından doğan kazançlardan ibarettir. Şayet tüzüklerinde yer almıyorsa, alt işverenin bu kalemler karşılığında ödeme yapması kamu işveren sendikaları için mali denetim açısından da soruna neden olabilecektir. Uygulamada kamu işveren sendikaları alt işverenlerden herhangi bir ücret almamakta, sadece resmi arabulucu ücretinin yarısı alt işveren tarafından ödenmektedir.

Yasal düzenlemelerin incelenmesi ve sorunların tespit edilmesi kadar uygulamada işleyen bir sistem oluşturulup oluşturulmadığı da önemlidir. Uygulamada, yetki belgesinin alınmasını takiben işçi sendikası alt işverene ve ihale ile iş alınan kamu kurumunun üyesi bulunduğu kamu işveren sendikasına toplu görüşme çağrısında bulunulmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere bu durum işçi sendikaları açısından bir bakı-

ma zorunludur. İşçi sendikası yetki belgesinin hükümsüzlüğü yaptırımını ile karşı karşıya kalmamak için hem alt işverene hem de kamu işveren sendikasına çağrıda bulunmaktadır. Yetki belgesinin tebliğinden itibaren on gün içinde alt işveren, Kamu-İş ya da Tühis'i yetkilendirmektedir. Yetkilendirme işleminin ardından ise, bilgi sahibi olunabildiği kadarıyla, kamu işveren sendikası ile işçi sendikası arasında toplu görüşme yapılmamaktadır. Burada işçi sendikası toplu iş sözleşmesi teklifini göndermekte, kamu işveren sendikası ise karşı teklif vermektedir ancak fiilen özgür bir toplu pazarlık sürecinden bahsetmek mümkün değildir. Toplu görüşme süresinin bitiminden sonra arabulucu tayinine gidilmekte, arabulucu aşamasında da tarafların anlaşması mümkün olmamaktadır. Arabuluculuk aşamasının sona ermesinden sonra işyerinin grev ve lokavt yasağı kapsamında olup olmadığına göre iki seçenek ortaya çıkmaktadır. Şayet işyeri grev ve lokavt yasağı kapsamında ise uyuşmazlık işçi sendikasının talebiyle Yüksek Hakem Kurulu'na götürülmektedir. Grev ve lokavt yasağına tabi olmayan yerlerde ise usulen grev kararı alınmakta, ardından grev oylaması talebi yapılmakta, grevin uygulanmaması yönünde kararın elde edilmesinden sonra Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulmaktadır. Bu durumun nedeni, kamu kesimi işyerlerinde hizmet alımı sözleşmeleri kapsamında çalıştırılan işçiler arasında, nispeten yeknesak bir ücret ve sosyal yardım düzeyi oluşturulmak istenmesidir. İşyeri ister grev yasağı kapsamında olsun ister olmasın, uygulamada 6552 sayılı Kanun ile getirilmiş olan yetkilendirme usulüne göre yürütülen bütün toplu görüşmeler, Yüksek Hakem Kurulu'na sonuca bağlanmaktadır. Deyim yerindeyse bu düzenleme sonucunda özgür toplu pazarlık, sendikal haklar ve toplu iş sözleşmesi özerkliği kavramları belli bir takvim dahilinde takibi gereken usul işlemlerine dönmekte, temel haklar arasında yer almalarına rağmen bu hakların özü ihlal edilmekte, kağıt üstünde kalmaktadırlar.

Sonuç

6552 sayılı Kanun ile kamu işveren sendika-

larının yetkilendirilmesine ilişkin olarak getirilen düzenlemenin gerekçesinde kamudaki alt işveren işçilerinin kanuni haklarının kullanılabilirliğinin önünün açılması olarak ifade edilmiş olmasına rağmen kanaatimizce mevcut sorunlara köklü, kalıcı ve hukuk ilkelerine uygun çözüm getirmek yerine sorunları görünürde çözmeyi amaçlayan ancak bunu dahi tam anlamıyla yapamayan bir sistem getirilmiştir.

Hizmet alımı sözleşmesi ile iş alan “alt işverenlerin” kamu işveren sendikalarının yetkilendirilmesi eşitlik ilkesi, sendikal haklar ve toplu iş sözleşmesi özerkliği açısından pek çok sorun içermektedir.

Türk hukukunda, 2006 yılında İş Kanununun 2.maddesine eklenen sekizinci ve dokuzuncu fıkralar ile kamu kurumları lehine oluşturulmak istenen sistemin bir benzeri 6552 sayılı Kanun ile yaratılmak istenmektedir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi açısından İş Kanununun 2.maddesinde getirilen yasal sınırlamalar ve bu ilişkinin kurulabilmesi için aranan koşullar kamu-özel sektör ayrımı olmaksızın bütün işverenler için geçerlidir. Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı olan müteselsil sorumluluğunun, kamu kesimi işverenleri için alt işverence kamu işveren sendikasını yetkilendirmeme durumunda ortadan kaldırılmaya çalışmak Anayasa'nın 10.maddesine aykırıdır.

İnceleme konusu yapılan düzenleme sadece eşitlik ilkesine değil, sendikal özgürlük ve toplu iş sözleşmesi özerkliği ilkelerine de aykırıdır. Kamu işveren sendikaları açısından sorun ele alındığında, üyesi olmayan ve üye olması hukuken mümkün bulunmayan bir alt işveren için «vekalet» hükümleri çerçevesinde toplu iş sözleşmesi akdetmek ile kanun gereği yükümlü tutulmak sendikaların fiil ehliyetine sınırlamadır. Uygulamada fiilen işlemeyen bir sistem nedeniyle kamu işveren sendikaları adeta kendi işlerini yapamaz hale gelmiş durumdadırlar.

6552 sayılı Kanunun getirdiği düzenleme işveren sendikaları açısından da sendikal özgürlüğü kısıtlamaktadır. İşveren sendikalarına üye olmayı anlamsız kılacak bir düzenleme sonucunda

üye sayılarını artırma olanağı azalmaktadır.

Toplu iş hukukunun temel ilkesi olan özgür toplu pazarlık bu düzenleme ile aşırı şekilde kısıtlanmakta, hatta fiilen kullanılamaz hale gelmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği üzere, burada amaç ücret artışlarının “serbestçe” belirlenmesinin engellenerek kamu kesimi üzerindeki mali yükü belli bir seviyede tutmaktır. Kamu kurumları ile özel kesim işverenlerinin aynı alanda faaliyet gösterdiği sektörlerde bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu kadar haksız rekabete yol açacağı da tartışmasızdır. Söz konusu düzenleme anılan gerekçeler dolayısıyla Anayasanın 53.maddesinde ifade edilen toplu iş sözleşmesi hakkına aykırıdır.

Kamu işveren sendikasının yetkilendirilmesi durumunda ihale bedeli ile toplu iş sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan yeni işçilik maliyetleri arasındaki farkın ödenmeyeceğinin, alt işveren işçilerinin de bu farkı asıl işveren sıfatıyla kamu makamında isteyemeyeceğinin ifade edilmesi Anayasa'ya ve İş Kanununa aykırıdır.

Öğretide isabetle belirtildiği üzere, 6652 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler sonucunda kamu kesimi işverenlerinin alt işveren işçilerinin kıdem tazminatlarından ve ücretlerinden sorumlu tutulması karşısında bu işçilerin neden kamu kesimi işyerinde asıl işverenin işçisi olarak çalıştırılmadıkları anlaşılamamaktadır.²⁷

Sonuç olarak, 6552 sayılı Kanun ile getirilen ve kamu işveren sendikalarının yetkilendirilmesi suretiyle hizmet alımı ihaleleri kapsamında çalışan işçiler için toplu iş sözleşmesi akdedilmesine yönelik düzenleme yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan gerekçelerden dolayı ILO'nun temel haklar arasında saydığı sendika ve toplu iş sözleşmesi hakkına, özgür toplu pazarlık ilkesine, Anayasa'nın sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri ile toplu iş sözleşmesi özerkliği maddesine, İş Kanununun 2.maddesinde düzenlenen asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı müteselsil sorumluluğu esaslarına aykırıdır.

27 Gerek, 19.

Kamu kurumlarında hizmet alımı ihaleleri kapsamında çalıştırılan işçilerin sorunlarının çözümü için istihdam tercihleri değiştirilmeli, bu işçiler kamu kurumlarının işçisi yapılmalıdır. Bu yol tercih edilmeyecekse kamu ihale mevzuatının İş Kanununun düzenlemeleri esas alınarak, iş hukukunun ilke ve kurallarına, özellikle sendikal özgürlük, özgür toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi özerkliğine uygun şekilde düzenlenmesi, kamu ihale mevzuatının iş hukuku ilke ve kurallarını kısıtlayıcı bir araç olarak görülmemesi için gereken düzenlemeler yapılmalıdır. Daha açık bir ifadeyle, işçi istihdamı, asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin kurulması, toplu iş hukukundan kaynaklanan hakların kullanımı açısından özel sektör-kamu sektörü işvereni arasında hiçbir fark gözetilmeksizin yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Aksi takdirde, bundan önce olduğu gibi bundan sonraki dönemde de kamu kurumlarında istihdam edilen işçiler ile ilgili hukuki ve sosyal sorunlar, kaçınılmaz olarak devam edecektir.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan: Kamuda Asıl İşin Bir Bölümü Alt İşverene Verilirken Muafiyet Var mıdır? Çalışma ve Toplum, 2015/2, 15-64.

AYDIN, Ufuk: 6552 sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2015,S.1, 9-31.

AYDINLI, İbrahim: 6552 Sayılı Kanunla Alt İşveren Kurumunda Yapılan Yeni Düzenlemeler ve Değişiklikler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, 2014, S. 3-4, 77-99.

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

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

ÇANKAYA, Osman Güven-ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, B.2, İstanbul 2009.

ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 28.B, İstanbul 2015.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamada ki

Sorunlar, İş Müfettişleri Derneği, Ankara 2010, 19-51.

EKMEKÇİ, Ömer: Kamu İşvereninin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, Legal İHSGHD, 12, 2006, 1173-1180.

ESİN, Pars: Türkiye'de İşveren Sendikacılığı, Ankara 1974.

GEREK, Nüvit: İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile 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, 1-20.

GEREK, Nüvit: Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri ile İlgili Sorunlar, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 81-90.

KABAKCI, Mahmut: Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 83-124. S

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhtittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, B.6, Ankara 2014.

SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, B.5, Ankara 2015

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, B.11, İstanbul 2015.

TUNCAY, Can: İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975.

TUNCAY, Can-KUTSAL SAVAŞ, Burcu: Toplu İş Hukuku, B.4, 2015 İstanbul