



SAYI : 36311982-101.07.04-E.5043

BAŞVURU NO : 2016/4979

KARAR TARİHİ : 23/05/2017

TAVSİYE KARARI

BAŞVURAN :

BAŞVURAN VEKİLİ / TEMSİLCİSİ :

BAŞVURUYA KONU İDARE : Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü
(KYK)

BAŞVURUNUN KONUSU : Başvuran vekilinin, firmalarında çalışan işçilerinin mazeret izni kullandığı dönem için KYK tarafından kesilen ceza ve eksik çalışma bedellerinin taraflarına iade edilmesi talebi hakkındadır.

BAŞVURU TARİHİ : 21.11.2016

I. BAŞVURANIN İDDİA VE TALEPLERİ:

1. Başvuran vekili; Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü'ne bağlı Adana Bölge Müdürlüğü (kapatılan) ve bağlı Yurt Müdürlüklerinin 2015, 2016 ve 2017 yıllarını kapsayan temizlik ve çamaşır yıkama hizmet alımı işinin firmalarınca yürütüldüğünü, bahsi geçen Bölge Müdürlüğü'nde hizmet alımı yoluyla çalışan işçilerin sendika toplu iş görüşmelerinin 6356 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Kanunu çerçevesinde Yüksek Hakem Kurulu Başkanlığı'nca karara bağlandığını, söz konusu Yüksek Hakem Kurulu kararında geçen parasal yardımlarla ilgili olarak İdareyle mutabakata varıldığını, adı geçen Bölge Müdürlüğü'nün bu parasal yardımları herhangi bir sorun oluşturmadan firmalarına ödediğini ve firmalarının da bu tutarı işçilere ödediğini, ancak bahsi geçen İdarenin Yüksek Hakem Kurulu kararında geçen mazeret izinleri konusunda Genel Müdürlüklerinin talimatını gerekçe göstererek hizmette çalışan işçilerin doğum, ölüm ve evlenme gibi izinlerinin kullandırılmasını uygun bulmadığını, bu izinlerin kullanılması durumunda izne giden personelin

yerine yeni personel istediğini, yeni personelin verilmemesi halinde ise eksik yevmiye ve ceza uygulamasına gittiğini, bu sebeple ilgili İdarenin firmalarına 45.922,06 TL ceza uyguladığını ve bu cezayı 2016 Ağustos ayı hak edişinden kestiğini, adı geçen İdarenin bu uygulamaya hâlâ devam ettiğini iddia ederek, söz konusu cezaların ve eksik çalışma bedelinin firmalarına iade edilmesini talep etmektedir.

II. İDARELERİN BAŞVURUYA İLİŞKİN AÇIKLAMALARI

2. Kurumumuzun 08/02/2017 tarihli ve 885 sayılı bilgi ve belge talep yazısına istinaden Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü'nün 03/03/2016 tarihli ve 3114329 sayılı cevabi yazısı ve eklerinde özetle;

2.1. Personelin mazeret izni talep etmesi durumunda 4857 sayılı İş Kanunu gereği izninin kullanılması sağlanarak, mazeret izni dönemine ilişkin ücretin tam olarak ödenip ödenmediğinin kontrolünün yapılacağı, **2.2.** Hakediş ödemelerine ilişkin olarak da; Kamu İhale Genel Tebliğinin 78.25 inci maddesi hükmü gereği, mazeret iznine ilişkin ihale dokümanında düzenleme yapılmayan hizmet alımlarında, mazeret izni kullanan personelin fiilen çalışan kabul edilmeyerek, yükleniciden yerine başka personelin getirilerek sayının tamamlanmasının isteneceği, sözleşme hükümlerince yüklenicilerin yerine getirmediği eksiklikten dolayı eksik yevmiye, ceza öngörülmüş ise bu cezanın uygulanmasının gerektiği, **2.3.** Kurumlarının personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihale işlemlerinin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile bu kanunlara bağlı olarak çıkartılan Yönetmelik ve Kanun hükümlerine göre gerçekleştirildiği, bu nedenle yukarıda bahsi geçen mazeret izinleriyle ilgili olarak, Adana Bölge Müdürlüğü ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmenin “işçi ile ilgili ceza maddelerinde yer alan hükümler” çerçevesinde eksik yevmiye ve ceza kesintileri uygulandığı hususlarına yer verilmiştir.

3. Kurumumuzun 20/02/2017 tarihli ve 1282 sayılı bilgi ve belge talep yazısına istinaden Kamu İhale Kurumunun (KİK) 21/03/2017 tarihli ve 467-5715 sayılı cevabi yazısı ve eklerinde özetle; 3.1. Kamu İhale Genel Tebliğinin 78.25 inci maddesinde; ihale dokümanında günlük olarak belli sayıda personelin idarenin iş yerinde bulunması gerektiğine ilişkin düzenleme yapılan ihalelerde, 4857 sayılı Kanunun 55 inci maddesi uyarınca izne hak kazanan işçilerin izin hakları idarenin belirleyeceği takvim çerçevesinde kullanılacağına ve izin kullanan işçilerin fiilen çalışan işçi sayısına dahil kabul edileceğinden izin kullanan işçilerin yerine başka işçilerin getirilerek sayının tamamlanması talep edilmeyeceğine ve ihale konusu işte çalıştırılması istenen personel sayısının bu hususu dikkate alarak belirlenmesi gerektiğine, idareler ve yüklenicilerin, işçilerin yıllık ücretli izin haklarını kullanmasına ilişkin olarak 4857 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinde öngörülen yükümlülüklerle uymak zorunda olduğuna ilişkin açıklama yapıldığı,

3.2. Mazeret iznine ilişkin ihale dokümanında herhangi bir düzenleme yapılmayan hizmet alımlarında ise 4857 sayılı Kanunun 55 inci maddesi uyarınca anılan Kanunun Ek 2 nci maddesinde düzenlenen mazeret izinleri de çalışılan günlerden sayılmayacağı için, idareler mazeret izni kullanan personel yerine yeni personel getirilmesini talep edebilecekleri gibi, bu talebin karşılanmaması durumunda da sözleşmeden doğan cezai yaptırımları uygulayabileceği açıklamalarına yer verilmiştir.

3.3. Somut olayda, Yüksek Hakem Kurulu'nun başvuruya konu firmada çalışan işçilerin mazeret izinlerine yönelik bir **kararı bulunduğu** hususunun dikkate alınması halinde ise;

3.3.1. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanununun 51 inci maddesinin ikinci fıkrasında Yüksek Hakem Kurulu Kararlarının kesin olduğu ve toplu iş sözleşmesi hükmünde bulunduğu, 4857 sayılı İş Kanununun “Saklı Haklar” başlıklı 45 inci maddesinde ise toplu iş sözleşmesi veya iş

sözleşmelerine hafta tatili, ulusal bayram ve genel nitelikteki işçilere tanınan haklara, ücretli izinlere ve yüzde usulü ile çalışan işçilerin bu Kanunla tanınan haklarına aykırı hükümler konulamayacağı ancak bu hususlarda işçilere daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya gelenekten doğan kazanılmış hakların işçiler lehine saklı olduğunun hüküm altına alındığı, **3.3.2.** Anılan hükümlerin bir arada değerlendirildiğinde, ihale dokümanında herhangi bir düzenleme bulunmayan ancak mazeret izinlerinin de çalışılan sürelerden sayıldığı 6356 sayılı Kanun çerçevesinde imzalan bir toplu iş sözleşmesi veya aynı hükümde bir Yüksek Hakem Kurulu kararı bulunan işlerde, idarelerin **mazeret izni kullanan personelin yerine yeni personel getirilmesini talep edemeyecekleri** gibi, bu talebin karşılanmaması durumunda da sözleşmeden doğan **cezai yaptırımları uygulamayacakları** hususları belirtilmiştir. Bu konuyla ilgili olarak, **Kamu İhale Kurulunun almış olduğu 15/03/2017 tarih ve 2017 DK.D.-129 no.lu karar Kurumumuza** gönderilmiştir.

4. Kurumumuzca konuya ilişkin olarak Sayıştay Başkanlığından emsal karar talebinde bulunmuş olup, Sayıştay Başkanlığı tarafından 12/04/2017 tarihli ve 2017/304 sayılı cevabi yazı ekindeki Sayıştay 4. Dairesinin 14/02/2017 tarihli ve 159 no.lu kararında özetle;

4.1. Her ne kadar, Bölge Müdürlüğü ve yüklenici arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesi ve eklerinde yükleniciye tam ödeme yapılması, işçilerin haftalık 45 saat çalışma süresini yine sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlaması şartına bağlanmışsa da;

4.2. Kamu İhale Genel Tebliği 78.25 maddesine göre yıllık izin kullanan işçinin yerine başka işçilerin getirilerek sayısının tamamlanmasının yüklenici firmadan **talep edilemeyeceği**,

4.3. 4857 sayılı İş Kanununun 55 inci maddesinde yapılan değişiklikle aynı Kanunun Ek 2 nci maddede sayılan mazeret izin sürelerinin yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılacağı hüküm altına alındığından, **Ek 2 nci maddede sayılan durumlarda izin kullanan işçilerin fiili olarak çalışan işçi sayısına dahil olduğu**,

4.4. 4857 sayılı İş Kanununa 040/4/2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanunun 35 inci maddesiyle eklenen Ek 2 nci maddesiyle, bu maddede sayılan mazeretleri olanların yine bu maddede belirtilen sürelerle **ücretli izinli sayılmalarının sağlandığı**,

4.5. Bu düzenlemeyle mazeret izni verilen işçilere ücret verilir verilemeyeceği tereddüdü ortadan kalktığından mazeret izinli işçiler için yüklenicilere ödeme yapılmasının önünde **hukuken bir engel kalmadığı**, dolayısıyla **mazeret izni kullanan personel yerine yüklenici firma tarafından personel çalıştırma zorunluluğunun olmaması gerektiği**,

4.6. Bahsi geçen Tebliğ hükmünün, 4857 sayılı Kanunun mazeret izinlerini ücretli izin haline getiren Ek 2 nci maddesinin yürürlüğe girmesinden önceki bir düzenleme olduğu, bu nedenle, “mazeret izinlerine ilişkin olarak Tebliğ’de herhangi bir açıklama yapılmamış olması” gerekçesi ile yüklenicinin hakedişinden bu izinlere tekabül eden sürelerle ilişkin **kesinti yapılamayacağı** sonucuna varıldığı belirtilerek,

4.7. Adana Bölge Müdürlüğünce (kapatılan) ihalesi yapılan temizlik hizmet alımı işinde; doğum izni, evlilik izni gibi sebeplerle hizmet ifa etmeyen işçiler için yükleniciye tam ödemede bulunulması ve doğum izni, evlilik izni gibi sebeplerle hizmet ifa etmeyen işçiler için yükleniciye **ceza uygulanmaması hususlarının mevzuatına uygun olduğuna, bu nedenle kamu zararı oluşmadığına**, 09/09/2016 tarih ve 7273 numaralı ödeme emri belgesi ile mahsuben tahsil edilip gelir

kaydedilen tutarın, 6085 sayılı Kanununun 51/2-g maddesi gereğince **hak sahiplerine iade edilmesine karar verildiği** belirtilmiştir.

III. İLGİLİ MEVZUAT

5. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 24 üncü maddesinde; “Her insanın dinlenmeye, eğlenmeye, özellikle çalışma süresini akla uygun sınırlar içinde tutmaya ve belli aralıklarla ücretli tatillere hakkı vardır.”,

6. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7 nci maddesinde; "Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin adil ve elverişli çalışma koşullarından yararlanmak hakkını kabul ederler. Bu hak özellikle şunları güvence altına alır:... (b) Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları;... (d) Dinlenme, boş zaman, çalışma saatlerinin makul ölçülerde sınırlanması, ücretli dönemsel tatiller ve resmi tatillerde ücret verilmesi" ,

7. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “çalışma hakkı ve ödevi” başlıklı 49 uncu maddesinde; “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”, **“çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlıklı 50 nci maddesinde;** “ ...Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir. ”, **“Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı” başlıklı 53 üncü maddesinde;** “İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir. ...”, **“Grev hakkı ve lokavt” hakkı başlıklı 54 üncü maddesinde;** “... Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Yüksek hakem kurulunun kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir. ...”, **“Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74 üncü maddesinde;** “Vatandaşlar..kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir...“Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.”,

8. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun “Kurumun görevi” başlıklı 5 inci maddesinde; “ Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir”,

9. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 maddesinin 1 inci fıkrasının (e) bendinde; “... 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. ...”,

10. 4857 sayılı İş Kanununun “Saklı haklar” başlıklı 45 inci maddesinde; “Toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerde işçilere tanınan haklara, ücretli izinlere ve yüzde usulü ile çalışan işçilerin bu Kanunla tanınan haklarına aykırı hükümler konulamaz.

Bu hususlarda işçilere daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya gelenekten doğan kazanılmış haklar saklıdır.” , “**Yıllık ücretli izin hakkı ve izin süreleri**” başlıklı **53 üncü maddesinde**; “İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir. Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez...” , “**Yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller**” başlıklı **55 inci maddesinde**; “Aşağıdaki süreler yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır: ... 1) (Değişik: 4/4/2015-6645/35 md.) Ek 2 nci maddede sayılan izin süreleri, ... Yıllık izin süreleri iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir.” hükmüne, “**Mazeret izni**” başlıklı **ek madde 2’de**; “(Ek: 4/4/2015-6645/35 md.) İşçiye; evlenmesi veya evlat edinmesi ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü hâlinde üç gün, eşinin doğum yapması hâlinde ise beş gün ücretli izin verilir. ...” ,

11. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanununun “Tanımlar” başlıklı 2 nci maddesinde; “... Toplu iş sözleşmesi: İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi ...” , **51 inci maddesinin ikinci fıkrasında**; “Yüksek Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.” ,

12. Kamu İhale Genel Tebliği 78.25 inci maddesinde; “İhale dokümanında günlük olarak belli sayıda personelin idarenin iş yerinde bulunması gerektiğine ilişkin düzenleme yapılan ihalelerde, 4857 sayılı Kanunun 55 inci maddesi uyarınca izne hak kazanan işçilerin izin hakları idarenin belirleyeceği takvim çerçevesinde kullanılacak ve izin kullanan işçiler fiilen çalışan işçi sayısına dahil kabul edileceğinden, izin kullanan işçilerin yerine başka işçilerin getirilerek sayının tamamlanması talep edilmeyecektir. İdarelerin, ihale konusu işte çalıştırılması istenen personel sayısını bu hususu dikkate alarak belirlemeleri gerekmektedir. Ayrıca idareler ve yükleniciler, işçilerin yıllık ücretli izin haklarını kullanmasına ilişkin olarak 4857 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinde öngörülen yükümlülüklerle uymak zorundadır.” düzenlemelerine yer verilmiştir.

IV. KAMU DENETÇİSİ HÜSEYİN YÜRÜK’ÜN KAMU BAŞDENETÇİSİ’NE ÖNERİSİ

13. Kamu Denetçisi tarafından yapılan inceleme ve araştırma neticesinde; ilgili İdare tarafından, 04/04/2015 tarihinde 4857 sayılı İş Kanununda mazeret izinlerine ilişkin yapılan **değişiklik hükümlerinin** ve başvuruya konu firma nezdindeki işçilerin mazeret iznine ilişkin olarak **Yüksek Hakem Kurulu kararı** olduğu hususlarının **dikkate alınmadan**, adı geçen firmanın hakkedişinden kesinti yapılmasının **hukuka aykırı olduğu**, bu nedenle söz konusu kesinti nedeniyle oluşan mağduriyetinin makul sürede giderilmesi ve bu tutarın başvuruya iadesi hususunda yeni bir işlem tesisi için **Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne Tavsiye Kararı verilmesi** ve mazeret izinleriyle ilgili olarak **Kamu İhale Genel Tebliğinin 78.25 inci maddesi hükmüne açıklık getirilmesi maksadıyla**, konuya ilişkin bir karar alınması ya da söz konusu Tebliğ hükmünde değişiklik yapılması hususunda **Kamu İhale Kurumuna Tavsiye Kararı verilmesi gerektiği** yönünde hazırlanan öneri Kamu Başdenetçisi’ne sunulmuştur.

V. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE A. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme

14. Başvuran vekili; Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü’ne bağlı Adana Bölge Müdürlüğü’nde (kapatılan) hizmet alımı yoluyla çalışan işçilerin sendika toplu iş görüşmelerinin 6356 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Kanunu çerçevesinde Yüksek Hakem Kurulu Başkanlığı’na karara bağlandığı, ancak bahsi geçen İdarenin Yüksek Hakem Kurulu kararında geçen

mazeret izinleri konusunda Genel Müdürlük talimatını gerekçe göstererek hizmette çalışan işçilerin doğum, ölüm ve evlenme gibi izinlerinin kullandırılmasını uygun bulmadığı, bu izinlerin kullanılması durumunda izne giden personelin yerine yeni personel istediği, yeni personelin verilmemesi halinde ise eksik yevmiye ve ceza uygulamasına gittiğini iddia ederek, söz konusu cezaların ve eksik çalışma bedelinin **firmalarına iade edilmesini** talep etmektedir.

15. Adı geçen Bölge Müdürlüğü ve başvuran firma arasında imzalanan temizlik hizmet alımı işine ilişkin teknik şartnamenin mesai saatlerini düzenleyen 9 uncu maddesinde; yüklenicinin idari şartnamede belirtilen sayıda işçiyi işyerinde bulunduracağı, bu işçilerin çalışma saatlerinin 45 saat esasına göre düzenleneceği ve bu duruma uygun olarak ilgili idare tarafından her işçinin çalışma gün ve saatleri belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

16. İlgili İdare, Kamu İhale Genel Tebliğinin 78.25 inci maddesi hükmü gereği, mazeret iznine ilişkin ihale dokümanında düzenleme yapılmayan hizmet alımlarında, mazeret izni kullanan personelin fiilen çalışan kabul edilmeyeceği, yüklenicinin de mazeret izni kullanan işçinin yerine başka personeli getirerek sayıyı tamamlanması gerektiği, sözleşme hükümleri uyarınca yüklenicinin yerine getirmedeği bu eksiklikten dolayı eksik yevmiye ve ceza uygulamasına gidildiği, bu nedenle adı geçen firmaya 42.288,27 TL'si kesinti ve 3.633,79 TL'si yasal faiz olmak üzere toplam 45.922,06 TL **ceza uyguladığını** belirtmiştir.

17. 4857 sayılı İş Kanununa 04/04/2015 tarih ve 6645 sayılı Kanunun 35 inci maddesiyle **eklenen Ek 2 nci maddesiyle**; bu maddede sayılan mazeretleri nedeniyle mazeret izni kullananların yine bu maddede belirtilen sürelerle **ücretli izinli sayılmalarına imkân sağlanmış**, yine 6645 sayılı Kanunun 35 inci maddesiyle 4857 sayılı İş **Kanununun 55 inci maddesinde değişiklik yapılarak** aynı Kanunun Ek 2 nci maddesinde sayılan **mazeret izin sürelerinin yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılacağı** hüküm altına alınmıştır. Bahsi geçen Kanunda yapılan düzenlemelerle, mazeret izni kullanan işçilere ücret verileceği ve Ek 2 nci maddede sayılan durum ve sürelerde izin kullanan işçilerin yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılacağı hüküm altına alınmıştır. **18.** Bu düzenlemeler uyarınca; yükleniciler, ilgili Kanun maddelerine göre mazeret izni kullanan işçilere, mazeret izinli olduğu süre boyunca yıllık ücretli izin hakkını kullanmış gibi ücret ödemesi yapacaktır. Bu durumun doğal sonucu olarak da; idarelerin de hizmet alımı yaptığı firmanın mazeret izni kullanan işçilerini, yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışmış gibi değerlendirerek bu döneme ilişkin ödemelerini ilgili firmaya yapması gerekecektir. Diğer bir anlatımla söz konusu maddelerde yapılan değişik sonrasında; idarelerin hizmet alımı yaptığı firmaların işçilerinin, bahsi geçen Kanun kapsamında **mazeret izni kullanması halinde, İdare tarafından mazeret izni kullanılan döneme ilişkin olarak yükleniciye tam ödeme yapılması** gerekecektir.

19. İlgili İdarenin, Kamu İhale Genel Tebliği 78.25 inci maddesi hükmüyle 4857 sayılı Kanunun 55 inci maddesine yapılan atfı “yıllık izin kullanma sebebiyle çalışmayan işçilerin fiilen çalışan işçi sayısına dahil edilmesi” gerektiği şeklinde yorumladığı anlaşılmaktadır. Söz konusu tebliğ hükmü, 4857 sayılı Kanunun mazeret izinlerini ücretli izin haline getiren **Ek 2 nci maddesinin yürürlüğe girmesinden önce yapılmış** bir düzenlemedir. Yukarıda da izah edildiği üzere; 4857 sayılı İş Kanununa 04/04/2015 tarihinde Ek 2 nci madde hükmünün eklenmesi ve bu doğrultuda aynı Kanunun 55 inci maddesinde değişiklik yapılması sonrasında, mazeret izinleri kullanılan döneme ilişkin sürelerin **yıllık izin sürelerinin hesabında çalışılmış gibi değerlendirilmesi ve bu sürelerle ilişkin işçilerin ücretinin ödenmesi gerektiğinden**, söz konusu Tebliğ’de hükümlerinin adı geçen **Kanunda yapılan değişiklik hükümleri doğrultusunda yorumlanması** gerekmektedir.

20. Yine Bahsi geçen Tebliğ hükmünde “idarelerin ve yüklenicilerin, işçilerin yıllık ücretli izin haklarını kullanmasına ilişkin olarak 4857 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinde öngörülen yükümlülüklerle uymak zorunda olduğuna” ilişkin düzenleme mevcut olup, **bu düzenlemeyle Tebliğin, 4857 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda yorumlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır.** 21. Kaldı ki Uluslararası Sözleşmelere ve Anayasamıza göre **dinlenme** bir hak olup, Anayasanın 50 nci maddesinde “Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli **yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.**” hükmü bulunmaktadır. Bu doğrultuda bahsi geçen **tebliğ hükmünün yorumlanmasında, Uluslararası Sözleşme ve Anayasanın ilgili hükümlerinin de dikkate alınması gerektiği** bir gerçektir.

22. Her ne kadar, Bölge Müdürlüğü ve yüklenici arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesi ve eklerinde yükleniciye tam ödeme yapılması, işçilerin haftalık 45 saat çalışma süresini yine sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlaması **şartına bağlanmışsa da** 4857 sayılı İş Kanununda yukarıda belirtilen değişikliğin yapılması sonrasında; adı geçen İdare, mazeret izni kullanma sebebiyle çalışmayan işçileri fiilen çalışan işçi sayısına dahil etmesi gerekeceğinden, mazeret izni kullanan işçinin yerine başka personelin getirilerek sayının tamamlanmasını yükleniciden **istenemeyeceği gibi**, yüklenicinin yerine getirmediği bu eksiklikten dolayı **eksik yevmiye ve ceza uygulanmasına da gidemeyecektir.**

23. Buraya kadar yaptığımız açıklamalar dikkate alındığında, söz konusu Tebliğin 78.25 inci maddesi hükümleri gerekçe gösterilerek yüklenicinin hakedişinden mazeret izinlerine tekabül eden sürelerle ilişkin kesinti yapılmasının **hukuka aykırı bir sonuç doğurduğu kanaatine varılmıştır.** 4 no.lu paragrafta yer verilen Sayıştay ilamında da 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinde yapılan değişiklik sonrasında, **mazeret iznine tekabül eden süre için yüklenicinin hakedişinden kesinti yapılamayacağına karar** verilmiştir. Sayıştay’ın söz konusu kararı da konuya ilişkin olarak **vardığımız kanaati doğrular** niteliktedir.

24. Diğer taraftan, başvuran firma ile bu firmada çalışan işçilerin üyesi bulunduğu sendikalar arasındaki toplu iş sözleşmesi görüşmeleri uyuşmazlıkla sonuçlanmış olup, ilgili sendikanın konuya ilişkin başvurusu üzerine, bu uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu Başkanlığı’na taşınmıştır. **Yüksek Hakem Kurulu Başkanlığı tarafından da bu konuyla ilgili olarak 02/05/2016 tarihli, E.2016/269, K.2016/448 sayılı karar** verildiği anlaşılmıştır. 25. Söz konusu Yüksek Hakem Kurulu kararında; uyuşmazlık konusu olan maddelere ilişkin yapılan düzenlemelere yer verilmiş ve **toplular iş sözleşmesinin 26/C maddesinde ise “mazeret izinlerine” ilişkin olarak “ücretli sosyal izinler” başlığı altında bir düzenleme** yapılmıştır. Bahsi geçen karardaki düzenlemede; “Üye işçiye; eşinin doğumu halinde 5 gün, evlenmesi halinde 5 gün, eş ve çocuğunun ölümünde 6 gün, anne baba ve kardeşlerin ölümünde 5 gün, kayınpeder ve kayınvalidesinin ölümünde 2 gün, tabi afetten zarar görmesi halinde 10 güne kadar ücretli sosyal izin verilir” hükmüne yer verilmiştir.

26. Yukarıda da izah edildiği üzere; başvuruya konu firmanın çalışanların mazeret izinleriyle ilgili olarak, Yüksek Hakem Kurulu Başkanlığı tarafından verilmiş bir karar bulunmaktadır. Anayasanın 54 üncü maddesi ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanununun 51 inci maddesi uyarınca Yüksek Hakem Kurulu kararları **kesin olup**, toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Yani Yüksek Hakem Kurulu’nun konuya ilişkin kararı, taraflarca hazırlanmış toplu iş sözleşmesinin sonuçlarını ve etkilerini doğurur. Ayrıca adı geçen Kurulun Kararlarının kesin olması nedeniyle, söz konu kararlar aleyhine **herhangi bir mercie başvurma imkânı bulunmamaktadır.**

27. Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanununun “**Saklı haklar**” başlıklı 45 inci maddesinde, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine ücretli izinlere aykırı hükümler konulamayacağı, bu hususlarda işçilere daha **elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi**, iş sözleşmesi veya gelenekten **doğan kazanılmış haklar saklı olduğu** hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, başvuruya konu firmada çalışan işçilerin mazeret iznine ilişkin olarak Yüksek Hakem Kurulu kararı bulunması, bu kararın toplu iş sözleşmesi hükmünde olması ve söz konusu toplu iş sözleşmesiyle işçilere mazeret izni yönünden **daha elverişli hak ve menfaatler sağlanması nedenleriyle**, başvuruya konu firmanın işçilerinin mazeret iznine ilişkin olarak **toplu iş sözleşmesinden doğan kazanılmış hakların saklı olduğu** bir gerçektir.

28. Başvuranın çalışanlarının mazeret izinleriyle ilgili olarak, **Yüksek Hakem Kurulu kararları bulunduğu durumu da dikkate alındığında**, bahsi geçen İdarenin mazeret izni kullanan personelin yerine **yeni personel getirilmesini talep edemeyeceği** ve bu talebin karşılanmaması durumunda da sözleşmeden doğan **cezai yaptırımları uygulamayacağı** da bir gerçektir. Başvuruya konu firmanın çalışanlarıyla ilgili olarak, Yüksek Hakem Kurulu kararları bulunmasına rağmen ilgili idarenin yüklenicinin hakedişinden mazeret izinlere tekabül eden sürelerle ilişkin kesinti ve ceza uygulaması yapmasının **hukuka aykırı olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır**. Nitekim 3.3.2 no.lu paragrafta yer verilen **Kamu İhale Kurulu’nun kararı da konuya ilişkin vardığımız kanaati doğrular** niteliktedir. **29.** Kurumumuzca yapılan değerlendirme neticesinde; İlgili İdare tarafından, 04/04/2015 tarihinde 4857 sayılı İş Kanununda mazeret izinlerine ilişkin yapılan **değişiklik hükümlerinin** ve başvuruya konu firma nezdindeki işçilerin mazeret iznine ilişkin olarak **Yüksek Hakem Kurulu kararı olduğu hususlarının dikkate alınmadan**, söz konusu Tebliğin 78.25 inci maddesi hükümleri gerekçe göstererek başvuranın **2016/Ağustos ayı hakedişinden 45.922,06 TL’lik** (42.288,27 TL kesinti ve 3.633,79 TL yasal faiz) kesinti yapılmasının **hukuka aykırı olduğu sonuç ve kanaatine** varılmıştır.

B. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

30. İyi yönetim ilkelerine 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi yönetim ilkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde yer verilmiş olup; başvuranın, başvuru dilekçesine ilgili İdare tarafından verilen cevapta, hangi sürede hangi mercilere başvurabileceği bilgisinin vermediği görülmüş olup, ilgili İdarece "**karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi**" ilkesine uymadığı tespit edilmiştir. İdarenin bahse konu ilkeye uygun davranması önerilmektedir.

VI. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN AÇIKLAMA

31. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 21 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu Tavsiye Kararının idareye tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde idare tarafından herhangi bir eylem ya da işlem tesis edilmezse (varsa) dava açma süresinden kalan süre işlemeye devam edecek olup Ankara Asliye Hukuk Mahkemelerinde yargı yolu açıktır. **VII. KARAR**

Yukarıda açıklanan gerekçe ve dosya kapsamına göre **BAŞVURUNUN KABULÜNE;**

Başvuruya konu firmanın 2016/Ağustos ayı hakedişinden yapılan 45.922,06 TL’lik tutarındaki kesinti nedeniyle oluşan mağduriyetinin **makul sürede giderilmesi ve bu tutarın başvuruna iadesi hususunda** yeni bir işlem tesisi için **YÜKSEK ÖĞRENİM KREDİ VE YURTLAR KURUMU GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE TAVSİYEDE BULUNULMASI,**

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünce bu karar üzerine tesis edilecek işlemin **otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,**

Kararın, **BAŞVURAN VEKİLİNE ve YÜKSEK ÖĞRENİM KREDİ VE YURTLAR KURUMU GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE TEBLİĞ EDİLMESİNE,**

Kararın bir örneğinin bilgileri için **KAMU İHALE KURUMUNA GÖNDERİLMESİNE,** Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisince karar verildi.

e-imzalıdır

Şeref MALKOÇ
Kamu Başdenetçisi