



TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ  
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU (OMBUDSMANLIK)



**SAYI** : 53878609-101.07.04-E.14188

**BAŞVURU NO** : 2018/6809

**KARAR TARİHİ** : 13/08/2018

**TAVSİYE KARARI**

**BAŞVURAN**

:

**BAŞVURAN VEKİLİ / TEMSİLCİSİ**

:

**BAŞVURUYA KONU İDARE**

:

İstanbul Aile ve Sosyal Politikalar İl  
Müdürlüğü

**BAŞVURUNUN KONUSU**

:

Başvuranın işçi kadrosuna geçiş  
başvurusunun reddedilmesi  
hakkındadır.

**BAŞVURU TARİHİ**

: 21.5.2018

**I. BAŞVURANIN İDDİA VE TALEPLERİ**

1. Başvuran, 18/11/2017 tarihinde ... Çocuk Destek Merkezi'nde özel güvenlik personeli olarak göreve başladığını, sürekli işçi kadrosuna geçiş için başvurduğunu ve yapılan sınavda başarılı olduğunu ancak 4/12/2017 tarihinde fiilen çalışmadığı için başvurusunun reddedildiğini, oysa 4 – 05 – 06/12/2017 tarihlerinde ücretsiz izinli olduğunu belirterek mağduriyetinin giderilmesini talep etmektedir.

**II. İDARENİN BAŞVURUYA İLİŞKİN AÇIKLAMALARI**

2. İstanbul Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğünün 09/07/2018 tarihli ve E. 71271 sayılı yazısı ve eklerinde özetle;

2.1. 01/02/2015 – 31/03/2018 tarihleri arasında İl Müdürlüğü ve bağlı kuruluşlarında çalıştırılmak üzere personel çalıştırmaya dayalı özel güvenlik personeli hizmeti alımı işinin 26/01/2015 tarihinde 2014/143285 ihale kayıt numarası ile sözleşmeye bağlandığı,

2.2. Sözleşmenin 16.1.1 maddesinde; “Yüklenici; personelin raporlu bulunduğu üçüncü gününden başlamak üzere raporlu olunan her gün için yeni bir personel istihdam edecektir.” hükmünün yer aldığını,

2.3. Bu kapsamda özel güvenlik personeli olarak görev yapan ... isimli personelin 16/11/2017 – 03/12/2017 tarihleri arasında sağlık raporu alması nedeniyle, söz konusu personel yerine 18/11/2017 tarihinde başvuranın işe girişinin yapıldığı,

2.4. Diğer taraftan özel güvenlik personeli olarak görev yapan ...'in 28/11/2017 tarihli dilekçesi ile 07/12/2017 – 31/12/2017 tarihleri arasında ücretsiz izin talebinde bulunduğu ve izin talebinin onaylandığı,

2.5. Bununla birlikte ...'ın raporunun 03/12/2017 tarihinde bitmesi nedeniyle başvuranın sigorta çıkışının alt işveren tarafından yapılması gerekirken, alt işverenin ...'in 07/12/2017 tarihi itibarıyla ücretsiz izne ayrılacak olması nedeniyle başvuranın işten çıkış ve tekrardan işe girişini yapmamak için başvurana ücretsiz izin verdiğini ve başvuranın 07/12/2017 – 31/12/2017 tarihleri arasında ...'in yerine çalıştığı,

2.6. Sonuç olarak ... Çocuk Destek Merkezinde kısa süreli raporlu/ücretsiz izindeki personel yerine çalıştırılan başvuranın, 4/12/2017 tarihinde fiilen çalışmamasına rağmen yüklenici firma tarafından bu tarihte ücretsiz izinde gösterildiği, her ne kadar Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında ücretsiz izinli görünse de (doğum sonrası ücretsiz izin veya askerlik vb. durumun söz konusu olmadığı), puantaj kayıtlarında 4/12/2017 tarihinde fiilen çalışmadığı ve bu doğrultuda sürekli işçi kadrosuna geçiş başvurusunun reddedildiği, Açıklamalarına yer verilmiştir.

### III. İLGİLİ MEVZUAT

#### 3. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74'üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında;

*“Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.”,*

#### 4. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun “Kurumun Görevi” başlıklı 5'inci maddesinin birinci fıkrasında;

*“Kurum, idarenin işleyişiyle 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.”,*

#### 5. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun;

**5.1. “Sigortalılığın sona ermesi” başlıklı 9’uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde;**  
“Kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık;

a) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortaluların, hizmet akdinin sona erdiği tarihten,

...

itibaren sona erer.”,

**5.2. “Prim belgeleri ve işyeri kayıtlar” başlıklı 86’ncı maddesinin dördüncü fıkrasında;**

“Ay içinde bazı iş günlerinde çalıştırılmayan ve ücret ödenmeyen sigortalıların eksik gün nedeni ve eksik gün sayısı, işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesinde veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesiyle beyan edilir. Sigortalıların otuz günden az çalıştıklarını gösteren eksik gün nedenleri ile bu nedenleri ispatlayan belgelerin şekli, içeriği, ekleri, ilgili olduğu dönemi, saklanması ve diğer hususlar Kurumca çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”,

**6. 27/06/1989 tarihli ve 375 sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu İle Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı İle Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin, geçici 23’üncü maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında;**

“5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, bu Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatlarında; ödemeleri merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, anılan liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden karşılanan 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olanlar;

a) 657 sayılı Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (1), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartları taşımak,

b) Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak,

c) Bu kapsamda çalıştırılmalarına ilişkin olarak açtıkları davalardan ve/veya icra takiplerinden feragat edeceğine dair yazılı beyanda bulunmak,

ç) En son çalıştığı idare ile daha önce kamu kurum ve kuruluşlarında alt işveren işçisi olarak çalıştığı iş sözleşmelerinden dolayı bu madde ile tanınan haklar karşılığında herhangi bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağını ve bu haklarından feragat ettiğine dair yazılı bir sulh sözleşmesi yapmayı kabul ettiğini yazılı olarak beyan etmek,

kaydıyla, bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde idaresinin hizmet alım sözleşmesinin yapıldığı birimine, sürekli işçi kadrolarında istihdam edilmek üzere yazılı olarak başvurabilirler. Başvuranların şartları taşıyıp taşımadıklarının tespiti, bu tespite itirazların karara bağlanması, şartları taşıyanların idarelerince belirlenen usul ve esaslara göre yapılacak yazılı ve/veya sözlü ya da uygulamalı sınava alınması, sınav sonuçlarına itirazların karara bağlanması ve sınavda başarılı olanların kadroya geçirilmesine ilişkin süreç bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren doksan gün içinde idarelerince sonuçlandırılır. Sınavlarda başarılı olanlar, varsa bu fıkranın (c) bendinde öngörülen davalardan feragat ettiklerini tevsik eden belgeyi ve/veya icra takibine konu alacaktan feragat ettiğine dair icra müdürlüğünden alınacak belgeyi ibraz etmek, bu fıkranın (ç) bendinde öngörülen sulh sözleşmesini ibraz etmek ve öngörülen şartları taşımaya devam etmek kaydıyla, sınav sonuçlarının kesinleşmesini müteakip, her bir sözleşme itibarıyla, yüklenicinin hakedişlerinin ödendiği bütçe, teşkilat ve birim/yerleşim yeri adına vize edilmiş sayılan sürekli işçi kadrolarına idarelerince topluca geçirilir. Bu fıkra kapsamında feragat edilen davalara veya takiplere ilişkin yargılama ve takip giderleri davacı veya takip eden üzerinde bırakılır ve taraflar lehine vekalet ücretine hükmolunmaz, hükmedilenler tahsil edilmez ve bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihe kadar tahsil edilenler ise iade edilmez. Bu fıkra kapsamında yapılacak sulh sözleşmelerinden damga vergisi alınmaz.

Birinci fıkrada yer alan 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalışıyor olmak şartının tespitinde, Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmiş olan sigortalı işe giriş bildirgeleri, işten ayrılış bildirgesi ve aylık prim ve hizmet belgeleri esas alınır. Ancak söz konusu tarihe ilişkin olarak anılan Kuruma yasal süresi dışında verilen belgelere dayanılarak bu madde hükmünden yararlanılamaz. 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olduğu idarelerince tespit edilenlerden, hakkında bu tarihten sonra işten ayrılış bildirgesi verilenler bu madde hükümlerinden yararlanabilir.

Birinci fıkradaki personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında bulunmakla birlikte 4/12/2017 tarihinde doğum veya sağlık kurulu raporuyla belgelendirilen sağlık sorunları nedenleriyle iş sözleşmeleri askıda olanlar veya anılan tarih itibarıyla askerde bulunanlar hakkında da bu madde hükümleri uygulanır. Birinci fıkrada belirtilen süreler, askerlik veya askı süresinin sona erdiği tarihten itibaren başlar. Sürekli işçi kadrolarına geçirilme süreci, birinci fıkra kapsamında olmakla birlikte bu sürecin tamamında veya herhangi bir aşamasında askerde bulunanlar için askerlik süresinin sona erdiği tarihten itibaren başlar veya kaldığı yerden devam eder.” Düzenlemelerine yer verilmiştir.

#### **IV. KAMU DENETÇİSİ CELİLE ÖZLEM TUNÇAK'IN KAMU BAŞDENETÇİSİ'NE ÖNERİSİ**

7. Başvuranın iddiaları, idarenin konu ile ilgili açıklamaları, ilgili mevzuat ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; başvuru konusuna ilişkin hazırlanan “Tavsiye Karar Önerisi” Kamu Başdenetçisi'ne sunulmuştur.

#### **V. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE**

##### **A. Hukuka, Hakkaniyete ve İnsan Haklarına Uygunluk Yönünden Değerlendirme**

8. Başvuran bir numaralı paragrafta da yer verildiği üzere işçi kadrosuna geçiş başvurusunun, 4/12/2017 tarihinde fiilen çalışmadığı gerekçesiyle reddedildiğini belirterek mağduriyetinin giderilmesini talep etmektedir.

9. Bilindiği üzere 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 23'üncü madde ile düzenleme kapsamındaki idarelerde, 4/12/2017 tarihi itibarıyla personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında çalıştırılmakta olanların sürekli işçi kadrolarında istihdam edilmek üzere başvuru yapabilecekleri düzenlenmiştir. Mezkûr maddenin ikinci fıkrasında ise, 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalışıyor olma şartının tespitinde, Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmiş olan sigortalı işe giriş bildirgelerinin, işten ayrılış bildirgesinin ve aylık prim ve hizmet belgelerinin esas alınacağı, ayrıca 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olduğu idarelerince tespit edilenlerden, bu tarihten sonra işten ayrılış bildirgesi verilenlerin de madde hükümlerinden yararlanabilecekleri belirtilmektedir. Bu noktada somut olayda, alt işveren tarafından izin veya sağlık raporu nedeniyle çalışmayan işçiler yerine İstanbul Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğünde çalıştırılan, fakat 4/12/2017 tarihinde ücretsiz izinde olan başvuranın söz konusu tarih itibarıyla çalışıyor olma koşulunu sağlayıp sağlamadığı irdelenmelidir.

10. Bununla birlikte iş ilişkisinde ücretsiz izin uygulaması ve sonuçlarının iş kanunlarında açıkça düzenlenmediği görülmektedir. Öğreti ve uygulamada ise işveren tarafından verilen ve işçinin açık veya örtülü biçimde kabul ettiği ücretsiz izin uygulamasının, iş sözleşmesinin askıya alındığı sonucunu doğuracağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla usulüne uygun olarak ücretsiz izin uygulamasına gidilmesi halinde, iş sözleşmesinin feshedildiği ve iş ilişkisinin sona erdiğini kabul etmek mümkün değildir. (Bk. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesinin; 05/10/2010 tarihli ve E: 2008/32140, K: 2010/27704 sayılı ve Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesinin; 05/06/2013 tarihli ve E: 2011/4858, K: 2013/12512 sayılı Kararları; Sarper SÜZEK, “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 115-133)

11. Şu halde ücretsiz izinde olması nedeniyle iş sözleşmesi askıda olan işçi açısından, 5510 sayılı Kanun'un sigortalılığın sona ermesi yönünden hizmet akdinin sona erdiği tarihi esas alması nedeniyle sigortalılık niteliğinin devam ettiği de kabul edilmelidir. Bu noktada somut olayda idare, başvuranın yerine çalıştığı ...'ın raporunun 03/12/2017 tarihinde bitmesi nedeniyle, başvuranın sigorta çıkışının alt işveren tarafından yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Oysa 5510 sayılı Kanun'un 86'ncı maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, başvuranın 2017 yılı Aralık ayında çalışmadığı günler için eksik gün bildiriminde bulunulmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla alt işverenin başvuran hakkında eksik gün bildiriminde bulunmasının, sigortalılık yönünden doğru bir uygulama olduğu değerlendirilmektedir.

12. Bununla birlikte Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü tarafından, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımı Sözleşmeleri Kapsamında Çalıştırılmakta Olan İşçilerin Sürekli İşçi Kadrolarına veya Mahalli İdare Şirketlerinde İşçi Statüsüne Geçirilmesine İlişkin 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 23 ve Geçici 24 üncü Maddelerinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esasların “*Tereddütleri giderecek idarelerin belirlenmesi*” başlıklı 51'inci maddesi uyarınca Bakanlığın görev alanına giren hususlarda, aynı yönde gelen görüş taleplerine ilişkin olarak uygulama birliğinin sağlanması amacıyla 07/03/2018

tarikh ve E. 16638 sayılı yazıda belirtilen açıklamaların yapıldığı görülmektedir. Mezkûr yazıda, 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalıştırılma şartının, alt işveren ile işçi arasında devam eden bir iş sözleşmesinin varlığını ve işçinin söz konusu hizmet alımı nedeniyle yürütülen işler için Sosyal Güvenlik Kurumuna tescil edilen işyerinden sigortalı olarak bildirimini ifade ettiği belirtilmektedir. Ayrıca iş sözleşmesi devam eden ve **2017/Aralık ayı aylık prim ve hizmet belgesinde yer alan işçilerden**; tek hekim/heyet raporu ile istirahat izni kullanan, **ücretli/ücretsiz izinde bulunan** veya 12/5/2010 tarihli ve 27579 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde belirtilen diğer **eksik gün bildirim hallerinden biri nedeniyle fiilen 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalışmamış olan işçilerin, 4857 sayılı İş Kanunu bakımından iş sözleşmeleri sona ermiş sayılmadığından geçiş düzenlemesinden yararlandırılması gerektiğinin düşünüldüğü ifade edilmektedir.** Mezkûr yazının "*Hizmetlerin aksamaması amacıyla çalıştırılan işçiler*" başlıklı üçüncü maddesinde ise; alt işveren tarafından ihale kapsamında askerlik, izin, istirahat vs. haller nedeniyle çalıştırılmayan işçilerin yerine **idarelerde hizmetlerin aksamaması için istihdam edilen (ikame) işçilerden, 4/12/2017 tarihi itibarıyla idarelerindeki alt işveren işyerinde çalıştırılma şartını yukarıda yapılan açıklamalar ve düzenlemenin ilgili hükümleri çerçevesinde sağlayanların da geçiş düzenlemesinden yararlandırılması gerektiğinin düşünüldüğü** belirtilmektedir.

**13.** Bütün bu açıklamalar ışığında; 4-5-6/12/2017 tarihlerinde ücretsiz izinli olması nedeniyle iş sözleşmesi askıda olan başvuranın iş sözleşmesinin sona erdiğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla gerek iş sözleşmesinin devam etmesi nedeniyle sigortalılığın sona ermemesi gerekse bir üst paragrafta değinilen açıklamalar çerçevesinde, başvuranın sürekli işçi kadrosuna geçiş için aranan şartlardan olan 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalışıyor olma şartını sağladığı görülmektedir. Bu nedenle, başvuranın işçi kadrosuna geçiş için gerekli olan diğer şartları da sağlaması halinde (güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olması vb.) söz konusu düzenleme kapsamında yer aldığı görülmektedir. Son olarak 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 23'üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi uyarınca da, 31/12/2017 tarihinde sigorta çıkışının yapılmasının da başvuranın söz konusu düzenlemeden yararlanmasına engel olmadığı değerlendirilmektedir.

**14. Kurumumuzca yapılan değerlendirmeler neticesinde;** 4/12/2017 tarihinde çalışıyor olma şartını yerine getirdiği anlaşılan başvuranın işçi kadrosuna geçiş başvurusunun, 4/12/2017 tarihinde çalışmadığı gerekçesiyle reddi yönünde tesis edilen işlemin hukuka ve hakkaniyete uygun olmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

## **B. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme**

**15.** İyi yönetim ilkelerine, 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği'nin "İyi yönetim ilkeleri" başlıklı 6'ncı maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu ilkeler yönünden yapılan değerlendirme neticesinde; başvurunun incelenmesi ve araştırılması kapsamında, Kurumumuzca istenilen bilgi ve belgelerin İdare tarafından süresi içerisinde ve gerekçeli olarak Kurumumuza gönderildiği, **böylece "kararların gerekçeli olması ve makul sürede karar verme" ilkelerine uygun davranıldığı;** ancak İdarenin, başvurana verdiği cevaplarda hangi sürede hangi

mercilere başvurabileceğini göstermediği, bu nedenle “karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi” ilkesine uymadığı anlaşılmış olup; idarenin bahse konu ilkeye de uygun davranması beklenmektedir.

## **VI. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN AÇIKLAMA**

16. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun 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; İstanbul İdare Mahkemelerinde yargı yolu açıktır.

## **VII. KARAR**

### **Açıklanan gerekçelerle BAŞVURUNUN KABULÜNE,**

Başvuranın işçi kadrosuna geçiş işlemlerinin ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda tamamlanması yönünde **İSTANBUL VALİLİĞİ AİLE VE SOSYAL POLİTİKALAR İL MÜDÜRLÜĞÜNE TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**

6328 sayılı Kanun’un 20’nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, İstanbul Valiliği Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğünce bu karar üzerine tesis edilecek işlemin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Kararın **BAŞVURANA** ve **İSTANBUL VALİLİĞİ AİLE VE SOSYAL POLİTİKALAR İL MÜDÜRLÜĞÜNE** tebliğine,

**Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi’nce karar verildi.**

**e-imzalıdır**

Şeref MALKOÇ  
Kamu Başdenetçisi