

## KAMUDA ALT İŞVERENLİK VE MÜTEAHHİTE İŞ VERME ÖZELDEKİNDEN FARKLI MIDIR?

Prof.Dr.Ercan AKYİĞİT\*

### I.GİRİŞ

Bilindiği üzere alt işverenlik, gerek kamu ve gerekse özel kesim işyerlerinde sıkça yaşanan ve personel istihdamında esneklik sağlayan bir iş hukuku kurumudur. Burada kamu kesimi işyerlerinde yaşanan alt işverenliğin özele nazaran farklı bir yanı olup olmadığı üzerinde durulacak ve konunun kamu makamlarının müteahhite iş vermeleriyle (İşK.36) ile de bağlantısına değinilecektir.

### II.ALT İŞVERENLİK BAKIMINDAN KAMUDA DURUM

Bilindiği üzere, işyeri; asıl işin yapıldığı yerler ile işyerinden sayılan yerlerin birlikte oluşturduğu iş hukuku ünitesidir (İşK.2) ve bir işyerinde mevzuatımız itibarıyla birisi “asıl iş ve bölümleri”, diğeri “yardımcı iş” olmak üzere iki tür iş bulunur (İşK.2/6-9;SenK.60/2). Bir işverenin tüm bunları kendi personeliyle yürütüp yapması, doğaldır ama bazen asıl işinin bir bölümünü veya yardımcı işlerin yapımını çeşitli nedenlerle başka bir işverene bırakması yani işin onun vasıtasıyla yapılmasını sağlaması da mümkündür. Özellikle 1970’lerden bu yana yaşanan sürekli ekonomik kriz ve değişen personel yönetimi ile gelişen teknoloji, yeni uzmanlık alanları yaratmak ve uzmanlaşmaya yönelmek bir yana personelde esneklik gereğini de ortaya çıkarmıştır. İşte ekonomik nedenler ve işverenlerin özel uzmanlık gerektiren alanlarda kendisine ait personel istihdamı yerine bunu başka ve uzman bir kuruluş eliyle yaptırma düşünceleri gibi işgücü maliyetlerini azaltma yahut sorunsuz ve genellikle ucuz, sürekli istihdam anlayışı onları böyle bir yola itmiş olabilir<sup>1</sup>. İş başkasına vermenin temelinde genellikle

(\*) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

<sup>1</sup> Bu konuda bkz.S.**Şen**,Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri,2.Bası,İstanbul 2002,152 vd.**A.Güzel**, Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri, ÇİD, Eylül 1993, 6 vd.**Akyiğit**,4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi,C.1,3.Bası,Ankara 2008,md.2,87 vd.**N.Ekin**,Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren,İTO yy.93-94. İ.**Aydın**, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008,153 vd.**H.Mollamahmutoğlu**,İş Hukuku,3.Bası,Ankara 2008,162-185.**Akyiğit**,Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı,Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010,1-38. **Akyiğit**,Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları,Sicil/Mart 2010,138-159.**Güven/Aydın**, Bireysel İş Hukuku,3.Bası,Ankara 2010,5-58.**H.Sümer**,İş Hukuku Uygulaması,3.Bası,Konya 2009,18-34. Alt işverenliğin bu sayılanlar dışında ,aslında despotik bir emek rejimi olduğunu dile getirenler de

eser sözleşmesi (BK. 355 vd.;6098 sy.BK.470 vd.) bulunursa da başka bir sözleşmeye (kira, taşıma gibi) dayanmasına da engel yoktur. Böyle bir ilişkinin değişik şekillerde karşımıza çıkması mümkündür. Öyle ki bir kimse kendisi işveren sıfatı taşımaksızın veya taşısa da o işle ilgili olmaksızın belli bir işin yapımını bir müteahhide götürü olarak vermiş olabilir. Örneğin kendi arsasına bina yapımı işinin bir müteahhide verilmesi böyledir. Buna alelade eser sözleşmesi<sup>2</sup> veya müteahhitlik ilişkisi denilebilir. Fakat bazen, kendisi de o işle ilgili olarak orada işçi çalıştırırken asıl işin bir bölümünde veya işyerinin yardımcı işlerinde (çoğu kez eklentisinde) başka işverene işi alanın kendi işçileriyle yapılmak üzere götürü biçimde iş verebilir. Buna ise alt işveren ilişkisi denir<sup>3</sup> ve özelliklerini aşağıda sunacağız. Bir diğer görünüm biçimindeyse bir müteahhit işin asıl sahibinden belli bir işi almakta ve fakat bunun tümünü kendisi işçileriyle yapmak yerine işi bölümlere ayırarak her bir bölümü bu kez kendisi başka müteahhitlere vermektedir. İşte bu sonuncu hal Alman hukukunda “tali müteşebbis ilişkisi” (Subunternehmerverhaeltnis) diye anılmaktadır ve fakat yasada düzenlenmiş değildir ve başta işçi ödünç verme olmak üzere çeşitli noktalarda sorunlarla karşılaşmaktadır.<sup>4</sup> Bu çerçevede tali müteşebbisten söz edebilmek için işin sahibi (ısmarlayan) ve ona

---

vardır(Bkz.G.Yücesan-Özdemir,Despotik Bir Emek Rejimi Olarak Taşeron Çalışma,ÇİŞTopD.210/4,35-49.Canbolat,Borçlar Hukuku Bakımından Alt İşveren (Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri/Belek-Antalya) Ankara 2010,3-43.Akyiğit,İş Hukuku Bakımından Alt İşverenlik(Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri/Belek-Antalya) Ankara 2010,43-56.Şahlanan,İş Hukuku Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar(Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri/Belek-Antalya) Ankara 2010,125-137.

<sup>2</sup> Eser sözleşmesi hakkında bk. **P.Gauch**, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl.Zürich 1977, 21 vd. **Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., Besond. Teil, 1.Halbd. München 1986, § 53, I vd. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İst. 1992, 346 vd.Ayrıca bkz.<http://de.wikipedia.org/wiki/Subunternehmer>(erişim tarihi;21.04.2010)

<sup>3</sup> Alt işveren ilişkisine dair fazla bilgi için bkz. **T.Canbolat**, Türk İş Hukukunda Asıl-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, 1 vd. **Akyiğit**, İş K. 2, 86 vd. ile orada anılanlar. **Akyiğit**, İş Hukuku, 8.Bası,Ankara 2010,59 vd.N.**Çelik**,İş Hukuku Dersleri,23.Bası,İstanbul 2010,45 vd. **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, 133 vd. **C.Şafak**, 4857 sy. İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBBD. Sy, 51, 2004, 111-132. **İ.Aydınlı**, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkilerinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, 162-183. **A.Güzel**, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalış. ve Toplum 2004/1, 31-65. **P.Soyer**, 4857 sy. İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil/Mart 2006, 16-28. **S.Şen**, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalış. ve Top. 2006/3, 71-97. **N.Gerek/İ.Oral**, Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, Sicil/Mart 2006, 29-35. **Akyiğit**, İş Güvencesi, Ankara 2007, 39 vd.İ.**Aydınlı**, ,153 vd.**Akyiğit**,Alt İşverenlik,2 vd.

<sup>4</sup> **Akyiğit**, İş K. 2, 88 vd.

karşı belli bir projeyi gerçekleştirmeyi taahhüt eden kişi olarak “asıl müteşebbis” (Hauptunternehmer/ Generallunternehmer) ve bu asıl müteşebbisin yapmakla yükümlü olduğu projenin bir kısmını onunla yaptığı bir (genellikle eser sözleşmesi) sözleşme çerçevesinde kendi personeliyle yerine getirmeyi üstlenen bir başka müteşebbisin yani “tali müteşebbis” (Subunternehmer) in varlığı şarttır.<sup>5</sup> Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesine bakıldığında böyle bir müteşebbisin “taşeron” adıyla (BİGŞ. 18/5; 33/3, 7, 9, 13, 39), kamu ihale mevzuatındaysa “alt yüklenici” diye anılarak (KİK.15,KİSK.7/d) bizde de mevcut olduğu görülür. Böyle bir hal bazen (üzerinde ayrıntılı duracağımız) bir alt işverenlik ilişkisi de oluşturabilir fakat alt işverenlik ilişkisinin oluşabilmesi için araya bir başka müteahhidin girmesi şart değildir. İş sahibinden eser sözleşmesi çerçevesinde aldığı işte kendi işçilerini çalıştıran müteahhidin durumu çeşitli uluslararası antlaşmalara da konu olmakta ve müteahhidin çalıştırdığı işçilere “istisna akdi işçisi” (Werkvertragsarbeitnehmer) denilmektedir. Bunun (yani istisna akdi ile iş almanın) da alt işverenlik teşkil etmesi kadar etmemesi de mümkündür. Bu konuya, değinen bir ikili anlaşmanın Türkiye ile F. Almanya arasında da bulunduğunu belirtelim.<sup>6</sup> Müteahhit eliyle iş yaptırma olgusuna değinen mevzuatımız olarak İş K. 2/6-9, 36 ve BİGŞ. hükümleri yanında UÇÖ’nün 1949’da kabul edip ülkemizce de onaylanan Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteahhitlik 94 sy. Sözleşmesinin<sup>7</sup> ve “Kamu Kuruluşlarınca Yaptırılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları ile İlgili Esaslar”ın<sup>8</sup> bulunduğu söylenebilir. İşte tüm bu mevzuat dikkate alındığında, mevzuatta deyim birliğinin bulunmadığı, örneğin anılan kavramın mülga 506 sy. SSK’da “aracı” (SSK. 87) ve 94 sayılı Sözleşmede taşeron (Söz.1/3) diye anıldığı ve fakat (ondan ve 1475 sayılı İş K’dan farklı olarak) 4857 sayılı İş K. da (İş K. 2/6, 7 vd) ve 5510 sy. GSSSK’da SSGSSK.11/8, 12/son fıkra) açıkça alt işveren biçiminde adlandırıldığı görülür. Ancak bu iki yasadaki düzenlemenin birbirinden bazı farklılıkları olduğu da belirtilmelidir.

<sup>5</sup> **Akyiğit**, İş K. 2, 88 vd.**Akyiğit**,Alt İşverenlik,2 vd.Buna sonraki işveren (Nachunternehmer) adı da verilmektedir(bkz.<http://de.wikipedia.org/wiki/Subunternehmer>)

<sup>6</sup> **Akyiğit**, İş K. 2, 88.

<sup>7</sup> T.C.Bu sözleşmeyi 04.12.1960 tarih ve 161 sy Kanun ile kabul etmiştir. (RG.21.12.1960) **Akyiğit**, İş K. 2, 87.UÇÖ bu sözleşmeyle ilgili 84 nolu tavsiye kararına da sahiptir .Aslında işçiler bakımından önemli hükümler içeren bu sözleşmeyi sadece 60 ülke onaylamış ve maalesef onlarda bile yeterince uygulamaya sokulmamıştır.Bu yüzden UÇÖ bu sözleşmenin onaylanmasını ve uygulanmasını yaygınlaştırmak için öneride bulunmaya hazırlanmaktadır. (Bkz.Kamu Sözleşmelerinde Çalışma İlişkileri ve 94 Sayılı İLO Sözleşmesinin Uygulanma Sorunları, Sendikal Notlar/Tmz 2009, 98-117.çev.M.K.Coşkun.)

<sup>8</sup> **Akyiğit**, İş K. 2, 88-89.

Aslında 3008 sayılı İş K'dan beri (krş.**Ekin**,93 vd,149) hukuk sistemimizde yer bulan alt işveren olgusu 3008 sayılı İşK'da "üçüncü şahıs" ve "aracı" biçiminde anılmış (3008 sy.İşK.1/4), 1475 sayılı İş K. da "diğer işveren" diye dile getirilmişti (1475 sayılı İş K. 1/son fıkra) ve fakat bu yasal düzenlemede hem birçok eleştiri noktalarının bulunduğu hem de çeşitli yönleriyle uygulamada işçilik haklarının dolanımı sonucu doğuran bir takım kötüye kullanmalara imkan verdiği görülmekteydi. Gerçi Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği kararlarında muvazaa (BK. 18) ve kanuna karşı hile vs. kurumlarından hareketle kötüye kullanım olgularının önüne set çekmeye çalışıyordu ve burada belli ölçüde başarılı ve istikrarlı bir tutum izlediği söylenebilirdi.<sup>9</sup> Ancak, anılan yargısal engellemenin de sürekli olacağı söylenemezdi. Oysa alt işverenlikle ilgili sorunlara kanunen çözüm getirmenin daha isabetli olacağı açıktı. İşte yeni İş Kanunu hazırlanırken Bilim Komisyonu (Bil. Kom. tas. md. 1/ç) ve Hükümet Taslağında alt işverenlikle ilgili konular da ele alınarak açık düzenleme yoluna gidilmişti. Yasa Tasarısı TBMM'de ele alınırken çeşitli önergelerle kimi noktalarda değişiklikler yaşamış ve nihayetinde alt işveren ilişkisini eskisine nazaran biraz daha sıkı kayıtlara bağlayan ama (başarılı gözükmeyen anlatım tarzı yüzünden) eskisinden daha tartışmalı biçimde düzenleyen bir hüküm getirilmiştir (İş K. 2/6, 7).<sup>10</sup> Kimi aksaklıklar içerip çeşitli tartışmalara yol açan bu hükme 01.07.2006 tarih ve 5538 sy. Kanun ile 12.07.2006'dan itibaren iki yeni fıkra daha eklenerek kamu sektöründeki alt işverenlikte yaşanan bazı hukuka aykırı olgulara sanki prim verilmek istenmiş gibi gözükteği söylenmektedir. (İş K. 2/8, 9) (Bkz. **N. Tercan**, Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, Sicil/Eylül 2006 86-91.Ö.**Ekmekçi**, Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali,LegalİSGHD.2006,1176 vd. Krş. **Çankaya/Çil**, 4857 sy. İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Sicil/Eylül 2006, 69.**Mollamahmutoglu**,184-185.**Akyiğit**, Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, Sicil/Mart 2010,138 vd. ve 9.HD.19.02.2009-33290/2942).Gerçi bu yasal değişikliğin kamu kesiminde yaşanan alt işverenliklerde muvazaa konusunda özel kesime nazaran her hangi bir farklılığa yol açmadığı,bizce de isabetli olarak bizzat Yargıtay'ca da dile getirilmektedir (9.HD. 19.02.2009-33290/2942; 14.07.2008-1929/20008) ama bunun çeşitli noktalardan tartışıldığı görülmektedir ve biz de ileriki sayfalarda buna değineceğiz. Fakat alt

<sup>9</sup> Tüm bu konularda bkz. **Akyiğit**, İş K. 2, 89 vd. ile orada anılan kaynaklar.

<sup>10</sup> Yeni yasa çerçevesindeki alt işverenlikle ilgili olarak genel kitaplar dışında bkz. **C.Şafak**, 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBB Dergisi, sy. 51, 2001, 111-132. **A.Güzel**, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, ÇİŞ. ve Top. D. 2004/1, 31-66. **M. Özveri**, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, LegalİSGHD. 2004/2, 383-400. **Ş.Taşkent**, Alt İşveren, Legal İSGHD. 2004/2, 363-366. **Akyiğit**,Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı,Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010,1-38. **Akyiğit**,Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları,Sicil/Mart 2010,138-159.

işverenlikte yaşanan gelişmeler bununla sınırlı kalmamış, 26.05.2008'de 15.05.2008 tarih ve 5763 sy Kanun'la işyerini bildirme yükümü getiren İşK.3'de değişikliğe gidilerek alt işverenlikle ilgili önemli hükümler getirilmiş ve ardından **Alt İşverenlik Yönetmeliği** adıyla bir de yönetmelik çıkarılarak yürürlüğe konmuştur. (RG.27.09.2008, No; 27010) Bu son değişiklikler incelendiğinde, getirilen değişikliklerin sadece işyerinin bildiriyle değil alt işverenliğin esasıyla da ilgili önemli açılımlara yol açabilecek nitelikte oldukları görülür. Fakat alt işverenlik kavramı İşK.2'de düzenlenirken, işin esasına da etkili bir hükme bu madde yerine, işyerinin bildiriyle ilgili 3'üncü maddede yer verilmesi manidardır. Üstelik İşK.3 hükmünün sadece sürekli işlerde uygulanacağı (İşK.10/2) dikkate alınırca, süresiz işlerdeki alt işverenliğe de uygulanan İşK.2/6 vd hükmünden daha dar bir alanı kapsadığı söylenebilecektir. (Bkz. T.**Bayhan**, THD/Mayıs 2009, 65-69) Son bir gelişme olarak da Ağustos 2010'da ÇSGB tarafından sosyal taraflara sunulan İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı'nda yapılan ve İşK.'da değişiklik öneren hükümlerle alt işverenliğin tanımında ciddi değişikliğe yol açacak bir açılıma yer verildiği ve fakat kimi çevrelerden eleştiriler aldığı görülmektedir (Bkz.A.**Güzel**,Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru,ÇİŞTopD.2010/4,15-28. **Şakar**, Ölçüsüz Taşeronlaşmaya Karşı Önlemlerde Geri Adım,ÇİŞTopD.2010/4,29-33.F.**Tuncel**, Alt İşverenlik Konusunda Neler Oluyor?ÇİŞTopD.2010/4,51-54.N.**Okcan/O.Bakır**, "İşletmenin ve İşin Gereği Taşeronlaştırma"Taşeron Cumhuriyetine Doğru,ÇİŞTopD.2010/4,55-73).

Bu genel bilgilerden sonra belirtilsinki, burada alt işverenlik ilişkisinin kuruluşu ve muvazaa vs bakımından kamuda gösterdiği özelliklere değinilecektir.

**1. Alt işveren ve asıl işveren sıfatının edinimi bakımından:** Bilindiği üzere, **asıl işveren;** Kendisine ait işyeri olup da burada yürüttüğü yardımcı işlerde veya belli gerekçelerle asıl işin bir bölümünde kendi işçileriyle yapmak üzere başka bir işverene iş veren işverendir. Bunun gerçek veya tüzel kişi olması gibi özel hukuk yahut kamu hukuku tüzel kişisi olması da mümkündür. Hatta kişiliği olmayan bir kamu kurum veya kuruluşu dahi olabilir. Yalnız işin tümünü vermemesi gerekir. Nitekim AİY'de de "işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar" asıl işveren olarak tanımlanmıştır. (AİY.3/ç) Belirtilsin ki, asıl işverenin asıl işin geri kalan kısımlarında (en azından bir kısmında) kendi işçilerini çalıştırıyor olması manidardır ve bu olguya dikkat edilmelidir. Böylece, **asıl işi tümüyle bir başkasına veya bölümler halinde ayrı ayrı kişilere veren bir ve kendisi sadece yardımcı işlerde işçi çalıştıran kimsenin asıl işveren olarak nitelenemeyeceği** sonucuna ulaşabiliriz. Yalnız, kamu kuruluşları bakımından, bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için, alt işverene verdiği kısım dışında mutlaka kendi işçilerinin mi bulunması gerekeceği, yoksa işçisi olmasa da memur vs sıfatla kendisine

bağlı personel çalıştırmasının da mı yeteceği dikkate değerdir. Gerçekten kamu işverenleri bakımından, işçi dışında personel çalıştırıyor olmanın da asıl işverenliğe yetip yetmeyeceği üzerinde durulmalıdır. Bizce, kamu işverenlerinin asıl işveren sıfatını edinmeleri için mutlaka işçi çalıştırmaları zorunlu görülmemelidir. Çünkü, işçi çalıştırmaları mümkün ve bu nedenle iş hukuku ve sosyal sigortalar bakımından işveren niteliğini edinmeleri doğaldır fakat kamuda sadece işçi çalıştırılmadığı, önemli sayıda (memur, sözleşmeli personel gibi) işçi sıfatı bulunmayan kimseleri de çalıştırdıkları bilinen bir gerçektir. Şimdi, sırf kendisine bağlı işçi çalıştırmıyor diye kamudan iş alan müteahhidin işçilerini kamu kuruluşunun asıl işveren niteliğiyle birlikte sorumluluğundan dışlamak tatminkar gözükmez. Kaldı ki ileride anlatılacağı üzere, zaten 5510 sayılı SSGSSK.12/1'de sosyal güvenlik bakımından işveren tanımlanırken işçi (md.4/1-a) veya işçilik dışı bir sıfatla (md.4/1-c) gerçekleşen sigortalı çalıştırması gereğinden söz edilmiştir. Şimdi memur vs gibi işçilik dışı bir nitelikte personel çalıştıran bir kamu kuruluşu 5510 sy. yasa bakımından işveren ve şartları varsa sosyal güvenlik hukuku bakımından asıl işveren sayılırken (SSGSSK.12/son), iş hukuku açısından asıl işveren niteliğinden yoksun olacağını söylemek isabetli görülemez kanısındayız (Bkz.**Akyiğit**,Alt İşveren, tühis semineri,Antalya 2010,sf.26 ile Krş.AİY.47a ve **Çil**,Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi,10-11,).

**Alt işveren ise;** yasaya göre; “bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren”dir (İş K. 2/6). Oldukça uzun bu yasal tanımla paralel bir tanıma AİY’de de yer verilmiştir. (AİY.3/a).Anılan yasa ve yönetmelikteki düzenlemenin anlam ve içeriğine ileride yer yer değineceğiz fakat daha kısa ve anlaşılır bir tanım vermek gerekirse, **alt işveren;** “**başka bir (asıl) işverenden belli gerekçelerle iş alan ve bu işi sırf oraya özgülediği işçilerine yaptıran bağımsız diğer bir işveren**”dir. Alt işveren işi kendi yapmaz, onun ifa yardımcıları olarak niteleyebileceğimiz kendi işçileri ile yerine getirmeyi üstlenir. Bunun da gerçek yahut tüzel kişi veya kişiliği olmayan bir kamu kurum veya kuruluşu olması mümkündür. (**Akyiğit**,İşK.2,90 ve **Aydınlı**,159).

**2. Alt işverene verilen işin niteliği ve koşulları bakımından:** Yukarıda da söylendiği üzere alt işverenlik ilişkisi gerek kamuda ve gerekse özeldde yaşanabilir.Bu bağlamda tıpkı bir özel kesim işvereninde olduğu gibi,kamu kuruluşlarının da bir alt işverenlik ilişkisi kurarak bunda asıl veya alt işveren olarak yer almaları mümkündür. Ancak alt işverenliğin kuruluşu ya da alt işverene iş verme ve verilen iş bakımından kamu kesiminde farklılık bulunup bulunmadığına da değinilmelidir.

1475 sy. İş K. döneminde asıl işverenden işinin herhangi bir kısmında veya işyerinin eklentilerinde serbestçe iş alınabilirken, 4857 sayılı İş K'nın bu keyfilik ve serbestlik sisteminden ayrıldığı görülmektedir.<sup>11</sup> Öyle ki, yeni yasa ve yönetmelik incelendiğinde, asıl işverenden alınacak işin ya "asıl işin bir bölümünde" veya "mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde"<sup>12</sup> olması gerektiği görülür. Asıl işin tamamının başkasına verilip kendisinin sadece yardımcı işlerde işverenliğini muhafaza ederek işçi çalıştırma halinde alt işverenliğin bulunmadığını düşünüyoruz. Böylesi hallerde işyerinin devri (Çil,Uygulama,139) veya muvazaadan söz etmek düşünülebilir. Zira yasa, asıl işte alt işverene iş vermenin sadece asıl işin bir bölümünde olabileceğini işaret etmektedir. Ancak yardımcı işlerden biri veya bir kısmı yahut tümünün alt işverene verilmesi mümkündür. Şüphesiz asıl iş, o işyerine/işletmeye gerçek karakterini veren teknik amaca (üretim) yönelik faaliyettir.<sup>13</sup> Nitekim yönetmelikten evvel yaptığımız bu tanımın yönetmeliğe de yansıdığı söylenebilir. Öyle ki, yönetmeliğe göre de **asıl iş**; mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş'tir.(AIY.3/c)Örneğin bir buzdolabı fabrikasındaki asıl iş, buzdolabı üretimi; bir oteldeki asıl iş konuklarına konaklama vs. hizmetler sunumudur. PTT'nin posta dağıtım hizmeti de böyledir (9. HD. 14.05.2007 – 3132/14914). İşte işyerine gerçek karakterini veren bu işin içinde yer alan ve tek başına bile yapılabilir nitelik taşıyan prosedür alanına ise "asıl işin bölümü" (bölümleri) denilebilir.<sup>14</sup> Eğer asıl iş zaten tek bir süreçten ibaret olup da bu yüzden üretim bütünlüğünü bozmadan bölünemiyorsa, bunun parçalanarak alt işverene

<sup>11</sup> **Akyiğit**, İş Hukuku, 62-63. Fakat Bilim Komisyonu Taslağında (Bil. Kom. Tas. 1/Ç) böyle bir sınırlama öngörülmemişti. Anılan sınırlamalar sadece 1475 sy İşK'da değil, ilk iş yasamız olan 3008 sayılı İşK'daki alt işverenlikte de aranmıyordu. Gerçekten anılan yasada konu <<işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü şahsın aracılığı ile işe girmiş ve üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş iseler, bu araçlar da asıl işverenle müştereken ve müteselsilen sorumludurlar>> biçiminde bir düzenlemeye yer vermişti (3008 sy İşK.1/4) Bunun açıklanmasında ise; aracının asıl işverene işçi temin eden mutavassıt birisi olmadığı, işverenden aldığı işi işçileriyle birlikte yapan birisi olduğu ve halk dilinde taşeron diye anıldığı dile getiriliyordu (Bkz. Ö. **Malkoç**, İş Kanunu Şerhi, İstanbul 1957, md.3, sf.3). Ancak alt müteahhit denildiği de görülmekteydi (**Saymen**, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 456)

<sup>12</sup> Öğretide bir görüş, alt işverenliğin yalnızca yardımcı işlerde caiz görülmesinin doğru olacağı yönündedir. (**A. Pesok**, Yeni İş Kanunu Semp. 47. Gençliğinde bu görüşte **Çankaya**, Aynı Semp. 53).

<sup>13</sup> **Akyiğit**, İşK.2,92. Yardımcı işlerde yaşanan alt işverenlik örneği olarak bkz. 9 HD. 22.03.2005 – 14236/9380. Ayrıca öğretide bkz. **Mollamahmutoğlu**, 138.

<sup>14</sup> **Ekonomi**, İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, Kamu – İş D. Nsn 2000, 340-341. **C.Şafak**, 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBBD. 2004/51, 116. **Akyiğit**, İş K. 2, 92 vd. **Akyiğit**, Alt İşverenlik, 8-9. **Centel**, İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekan Sorunu, Sicil/Mart 2008, 5-10.

verilmesinden söz edilemez. Zira yasanın amacı; işyerinin asıl/genel üretim prosedürünü bozmadan, bağımsız yürütülebilecek birimlerinde alt işverenlere iş verilip geri kalanında asıl işverenin üretimi sürdürebilmesidir. Yoksa, asıl işin az çok bağımsız yürütülebilir süreçlere ayırlamadığı hallerde bunun keyfi bölümü yoluyla alt işverenlik oluşturulamaz.<sup>15</sup> Buradaki bağımsızlık, asıl işin (geri kalan kısımlar anlamını kaybetmeden) bölünebilirliğine ve ayrı bir işverence yürütülebilirliğine yöneliktir. Yoksa, alt işverene verilen iş de asıl işin bir bölümü olduğuna göre, asıl iş ile zorunlu bağlantısı kendiliğinden anlaşılır. Asıl işle ilgisiz bir faaliyeti onun bir bölümü saymak düşünülemez. (Bkz. **Akyiğit**, Alt İşverenlik,9. **Akyiğit**, Kamuda Muvazaa,147 ve krş. **Aydınlı**,163)

Asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilmesi için yasa önemli ve fakat ne anlama geldiği pek de anlaşılamayan tartışmalı bir özellik aramaktadır. Öyle ki, yasa asıl işin bir bölümünde iş alınabilmesi **“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde”** mümkün görmekte (İş K. 2/6) ve bunu bir başka fıkrada **“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez”** diyerek tekrarlayıp vurgulamaktadır (İş K. 2/7). Aynı yönde hükümlere Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde de rastlanmaktadır.(AİY.3-5,10 vd) Belirtilsin ki böyle bir hüküm Bilim Komisyonunca hazırlanan Tasarıda mevcut değildir. Hükümet Taslağında ise (asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde) “işin gereği ve teknolojik nedenlerle” iş almaktan söz edilmiş (Tas. 2/6) ve “işin gereği ve teknolojik nedenler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” denmişti (Tas. 2/7). Görüldüğü gibi Hükümet Tasarısı asıl işin “işin gereği ve teknolojik nedenlerle” bölünüp alt işverene verilebileceğini belirtmekte ve fakat “işletmenin gereği”nden ve “uzmanlık” tan bahsetmiyordu. Bunlar, yasa tasarısının ilgili maddesinin TBMM’de ikinci kez görüşülmesi sırasında maddeye eklenerek yasalasmıştır. Anılan hüküm maddeye eklenirken “işletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlıkla bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir” biçiminde gerekçelendirilmiştir.<sup>16</sup>

Gerçekten de anılan hüküm, 1475 sayılı İş K. dönemindeki keyfi alt işverenliğe sınır çizmek amacıyla getirilmiştir.<sup>17</sup> Ancak, bunda ne ölçüde başarılı olduğu tartışmaya açıktır. Zira hükmün Türkçe açısından pek de başarılı olduğu

<sup>15</sup> **Şahlanan**, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansları (Türk-İş yy.) 2003, 97. **Şafak**, 116-117. **Akyiğit**, İş K. 2, 93 vd.

<sup>16</sup> TBMM Tutanak D. C. 15, 48 K 15.

<sup>17</sup> Bu yönde **Özveri**, 394.



söylenemeyecek kaleme alınış tarzı, ona verilecek anlamın/içeriğın ne olacağı konusunda tartışmalara yol açmıştır.

Öyle ki; bu konuda savunulan **bir anlayışa göre**, asıl işın bir bölümünde geçerli bir alt işverenliğin oluşabilmesi ancak “işletmenin ve işın gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” mümkündür. Buradaki cümle bir bütün olarak algılanmalı ve sadece işletme gereği yahut sadece işın gereği veya yalnızca teknolojik uzmanlık nedeniyle asıl işın bir bölümü alt işverene verilememelidir (Tam aksi yönde bkz. **Şen**, Asıl İşın Bölümü, 92). Pek başarılı olmasa da, yasada kullanılan “ve” ile “ile” bağlacı bunun bütünlük içinde anlaşılmasını gerektirir.<sup>18</sup> Çünkü, yasada açıkça “işletmenin ve işın gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” denilmektedir. Maddenin amacı da dikkate alınırca bu ifade de yer alan “ile” sözcüğünü “olarak” biçiminde değerlendirmeli ve böylece asıl işın bölünerek alt işverene verilebilmesi için, bunun “işletmenin ve işın gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş” olması gerekir.<sup>19</sup> (Bkz. 9. HD. 14.05.2007 – 3132/14914; 14.09.2006 – 24492/22445) Nitekim **Yargıtay’a göre** de “**anılan düzenlemede baskın öge, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerdir. Başka bir anlatımla, işletmenin ve işın gereği, ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işın bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacak (tır) ...**” (9.HD. 05.05.2008-15362/11408)

Oysa aynı düşünceye dahil diğer yazarlarda madde metninde yer alan “ile” sözcüğünün “olarak” anlaşılması yönünde bir eğilimin bulunmadığı söylenebilir.

Konuyla ilgili ve **bir kararında Yargıtay’ın da katıldığı görülen** (9.HD.10.04.2008-12851/8003) **bir başka anlayışa göre** ise; asıl işın bir bölümünde alt işverenliğin gerçekleşebilmesi için, ona “**işletmenin ve işın gereği**” veya “**teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde**” iş verilmesi gerekir. Yani maddedeki ifadenin bir bütün olarak değil yukarıda dile getirilen 2 ayrı hal olarak algılanması gerekir. Bu

<sup>18</sup> **Özveri**, 393 vd. **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 31. **Taşkent**, Alt İşveren, 364. **Akyiğit**, İş Hukuku, 63. **Akyiğit**, Kamuda Muvazaa, 148 vd. **Sümer**, Uygulama, 24.

<sup>19</sup> **Taşkent**, Alt İşveren, 364. **Akyiğit**, İş Hukuku, 63. **Çelik**, Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları, Sicil/Mart 2009, 83-91 (87). **Akyiğit**, Alt İşverenlik, 9. Bunları birlikte arar şekilde bkz. 9. HD. 27.03.2006 – 4860/7479.

anlayış yasal metindeki “ile” bağlacını “veya” olarak anlama taraftarıdır.<sup>20</sup> Buna göre, asıl işin bir bölümünün işletme ve işin gereği olarak alt işverene verilebilmesinin aslında maliyet ve kalite kavramlarını öne çıkardığı ve böylece maliyetlerin (işgücü maliyetinin de) düşürülmesinin işletme ve işin gereği olduğu söylenebilecektir. İşletme ve işin gereği vermede uzmanlık aranmaz. Uzmanlık sadece teknolojik nedenlerle iş verildiğinde aranır. Örneğin işyerindeki bilgisayar sisteminin yürütülmesi işin uzman bir kuruluşa verilmesi, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilebilmesinin tipik bir örneğidir.<sup>21</sup> Fakat genel olarak herhangi bir işyerindeki bilgisayar sisteminin işletiminin o işletmenin asıl işi mi olduğu sorusu zihinleri bulandırabilir.

**Diğer bir düşünce** ise, yasal düzenlemenin asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilmesini “uzmanlık” koşuluna bağladığı ve fakat bu uzmanlığın “**işletmenin ve işin gereği uzmanlık**” ile “**teknolojik nedene bağlı uzmanlık**” biçiminde anlaşılacağı yönündedir. O halde asıl işin bir bölümü “işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren işler” söz konusu olduğunda alt işverene verilebileceği gibi “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” de alt işverene verilebilecektir.<sup>22</sup> Bu anlayış, asıl işin bir bölümünde sadece uzmanlık gereği alt işverenliğin oluşabileceğini kabullenirken, uzmanlık olmadan da işletmenin ve işin gereği alt işverenliği dışlamaktadır. Ancak, uzmanlığı 2 ayrı uzmanlık şeklinde ele alan açılımla da ilk anlayıştan (bütünlük düşüncesinden) ayrılmakta ve böylece ortalama bir çözüm niteliği taşımaktadır, denilebilir. Fakat bu görüş açısından da teknolojik nedene bağlı uzmanlık pek problem oluşturmayacaksa da “işletmenin ve işin gereği uzmanlık”ın ne anlama geldiğini saptamak sanıldığı kadar kolay olmayacak gibi gözükmektedir. Belki bir tekstil

<sup>20</sup> **Ekmekçi**, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Tmz 2003, 134. **Şahlanan**, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları, Ankara 2003, 71 (yy. Türk-İş). **Şahlanan**, Alt işverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk, TİD. Hukuk/Mart 2007, 2-4. **Süzek**, 140. **Şen**, İşin Bölümü, 81 vd.**Kaplan/Arıcı/Aktay**, İş Hukuku,3.Bası,Ankara 2009,68.**Güven/Aydın**,54.

<sup>21</sup> **Şahlanan**, 4857 sayılı Kanun, 79.Konuyla ilgili bir kararında bu anlamda olarak **Yargıtay’da şöyle demektedir**; “4857 sayılı İş Kanunu’nun 2.maddesinde getirilen kural,asıl işin bölünerek alt işverene verilememesidir.Ancak **asıl işin bir bölümünün “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” olması halinde alt işverene verilmesi olasıdır**” (9.HD.10.04.2008-12851/8003)Yukarıda da dile getirdiğimiz gerekçelerle bu kararın isabetli olmadığını düşünüyoruz.Zaten Yargıtay’da isabetsizliğini kabullenmiş olmalı ki,sonraki kararlarında bu anlayıştan vazgeçmiştir.

<sup>22</sup> **Şafak**, 119. **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, 169 vd. Krş. **S. Şen**, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, (ÇİŞ. ve Top. D. 2006/3, 71-98) 92 vd.

fabrikasının desen kısmını, bu konuda gerçekten özgün tasarımıyla ünlenmiş bir desinatörlük firmasına vermesinde veya bir otomobil fabrikasının kaporta yahut motor bloğu-piston/fren işini bu konuda tanınmış bir kaporta/fren üretimi firmasına vermesinde işletmenin ve işin gereği bir uzmanlığın bulunduğu söylenebilir. Buna karşın işverenin şimdiye dek yaptığı işe yeni bir üretim sürecinin eklenmesi ve fakat bu konuda yeterli personel vs. donanımına sahip bulunmaması yüzünden bunu alt işverene vermesi durumundaysa işletme gereği bir uzmanlığın bulunduğu düşünülebilir. Yoksa “sırf daha ucuza nasıl mal ederim” diye iş vermenin işletme ve/veya işin gereği uzmanlık olduğu söylenemez. Örneğin işçilerini hep yasal asgari ücretle çalıştırdığı ve sendikal hakların hemen hiç kullanılmadığı bir alt işverenin ucuz ve sorunsuz işgücü istihdamı, onun işletme konusunda uzmanlığı sayılarak kendisine iş verilmesini haklı kılamaz.

**Son bir anlayış** ise asıl işin bir bölümündeki alt işverenliğin “işletmenin gereği” yahut “işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık” gereklerinden herhangi biriyle olacağı yönündedir. (**Şen**, Asıl İşin Bölümü, 92 vd.) Fakat bir başka eğilimde ise, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilemeyeceği dile getirilmektedir (Bkz.E.**Çubukçu**,Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi,Tühis/Mayıs-Ağustos 2010,46).Bunun doğal uzantısı,herhalde ,asıl işin teknolojik uzmanlık gerekçesiyle alt işverene verilemeyeceğidir. ÇSGB’da İSİG Kanun Tasarısı Taslağı’nda Ağustos 2010’da değişiklik önererek, bu hükümden dönüş sinyalleri vermiştir (İSİG Tas. Taslağı md.28). Gerçekten de Bakanlık getirdiği bir hükümlerle ilgili İşK.2/6 hükmünün yürürlükten kaldırmak istemekte ve bunun yerine “veya asıl işin bir bölümünde işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan”dan söz ederek, asıl işin bir bölümünde alt işverenlik için artık yukarıda dile getirilen üç olgunun birlikte aranmasından vazgeçmektedir. Fakat bu tutum, asıl işlerde alt işverenliği istisnadan kurala çevireceği, sistemde köklü ama işçiler aleyhine bir değişiklik olarak algılanıp eleştiriyile karşılanmıştır (Güzel,Güvencesiz Sistem,17-28.Tuncel,52-54.Okcan/Bakır,55-73). Gerçekten de anılan değişiklik,asıl işlerdeki alt işverenliğin “işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” biçiminde iki ayrı şekilde gerçekleşmesine ve doğal olarak da uygulamada yaygınlaşmasına neden olabilecek gözükmektedir. Ama bu değişiklik önerisinin bile bu haliyle istenileni veremeyeceğini söyleyebiliriz. Zira İSİG Tas. Taslağı sadece İşK.2/6 hükmünü yürürlükten kaldırmakta ve fakat aynı anlamda olarak İşK.2/7’de yer alan düzenlemeyi kaldırmayı unutmamıştır (**Şakar**, Ölçsüz Taşeronlaşma,33). Hal böyle olunca, anılan değişiklik önerisinin, mevcut tartışmalara son vermek bir yana,yanına yenilerini ekleyeceğini söylemek müneccimlik olmasa gerektir.

Bu alanda yaşananları böylece sunduktan sonra mevcut duruma geldiğimizde; yukarıda da belirtildiği üzere, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde **bize de isabetli geleni**; asıl işin bir bölümünün ancak işyeri ve işletme gereği olarak teknolojik uzmanlık gerekçesiyle (olgularının tümü birden gerçekleşince) alt işverene verilebileceği, aksi

halde alt işverenliğin geçersiz olacağıdır. Yargıtay'ın da bu yönde kararları olduğu tekraren belirtilmelidir (Bkz. 9.HD.01.03.2010-48077/5206;01.03.2010-48423/5247; 19.02.2009-33290/2942; 05.05.2008-15362/11408). Bu tartışmalardan sonra çıkarılan AİY'de yukarıda belirtildiği üzere bu anlayışı yansıtır bir ifadeye sahiptir (AİY.11/3). Gerçekten de anılan hükme göre, "asıl iş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilir" (AİY.11/3) Hatta yönetmelik daha da ileri giderek işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş'in ne olduğunu da tanımlamaktadır. Buna göre, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş; "mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iş" tir (AİY.11/1). Kanımca bu tanım, anılan nedenlerle uzmanlığı dar bir alana özgüleyip, ilgili işletmenin/işyerinin uzmanlığı dışında bir alana yöneltmiştir. Oysa bir işletmedeki asıl iş ve bölümleri genelde o işletmenin derecesi tartışılrsa da uzmanlık taşıdığı bir alan olarak karşımıza çıkar. Bu yüzden, bizce buradaki uzmanlık, işletmenin uzmanlığı dışında veya işletmeden daha uzman bir uzmanlık olarak algılanmalıdır. Böylece, işletmenin daha az ama alt işverenin daha teknolojik uzmanlık taşıdığı hallerde de (işletme ve işin gereği olguları da varsa) asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi mümkün olur. Belirtilecek önemli bir husus, yasadaki şartların (anlatımı isabetli olmasa da) özel/kamusal ve bildirim yükümü olan olmayan bütün alt işverenliklerde uygulanacağıdır. Zira, asıl işin bir bölümünde alt işverene iş vermenin gerçekleşme koşulları konusunda, yasada asıl işverenin kamu ya da özel kesim işvereni olduğuna bakılmamıştır.

Fakat maalesef, **bilhassa belediyeler dahil kamu kurum ve kuruluşlarında yaşanan çoğu olaylarda, yukarıda değinilen işyerine ve işletmeye ait gerekler ile teknolojik uzmanlık koşulu gerçekleşmeden anılan işlerin alt işverenlere verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kimi isabetsiz yargı kararlarında, genel olarak kamu kurumlarının hizmet alımı sözleşmeleri çerçevesinde bir yasa hükmünün adeta bir idarî birimce yapılan düzenlemeyle dahi kaldırılacağı sonucuna meyledilmiştir.** (Bkz. Sakarya 1. İd. Mhk. 31.12.2004, 257/1121).Gerçi bir kararında Yargıtay, belediyelerin asli işi olan temizlik işini alt işverene veremeyeceğine işaret etmişti (Bkz.9.HD.11.07.2005-18822/24469). Bunda belki de, 5393 sy.BeldK'nun belediyelerin temizlik dahil yasada sayılan işlerini bir başkasına ancak geçici bir süre için vererek yaptırabileceğini öngören hükmünün (md.67) de etken olduğu söylenebilirdi. Fakat daha sonra verilen bazı Yargıtay kararlarında da belediyeler için, onların asıl işlerinin bir bölümünü (örneğin temizlik işini) işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu aranmadan yasa gereği alt işverene geçerli biçimde verebileceği, zira 5393 sy.BeldK.md.67'de İşK.2'ye yasal bir istisna getirildiği kabul edilmiştir (Bkz.9.HD.21.01.2010-41520/669;21.04.2008-13508/9251). Bunun isabetsizliği açıktır. Gerçekten de bu tutumu haklı görmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü; alt işverenliği düzenleyen İşK. hükümlerinde böyle bir ayırım

yapılmadığı gibi, 5393 sayılı Belediyeler Kanunu md.67'deki hükümden de belediyeler alt işverene iş vererek iş yaptırma yoluna giderlerse, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için İşK'nun aradığı "işletme ve işyerine ait gerekler ile teknolojik uzmanlık gerektirme" koşulundan Belediyelerin muaf tutulduğu sonucuna götürecek bir emare çıkarmak mümkün gözükmemektedir. Bizce, 5393 sy. Kanun'un getirdiği şey, Yargıtay'ın "belediyeler asıl işini alt işverene veremeyip mutlaka kendisi yerine getirmelidir" biçimindeki yanlış anlayışını ortadan kaldırmaya matuftur. Yani bizce, 5393 sy. Kanun md.67'de sadece, "**belediyeler anılan hizmetleri isterlerse bizzat kendi elemanlarıyla kendileri sunabilir ve isterlerse de başkalarına (alt işverenlere) vererek onlar tarafından sağlanması yoluna gidebilirler**" anlamında bir düzenleme getirilmiştir. Buna amacını aşan bir anlam vermek, isabetli değildir. Nitekim daha önceki bir kararında, açıkça, aşım işinin belediyelerin asıl işi olduğu ve bunu ancak İşK.2/6'da aranan koşulların gerçekleşmesi halinde alt işverene verebileceği belirtilmişti (Bkz.9.HD.06.03.2006-36851/5432;27.02.2006-2371/4767). Keza bir başka kararda belediyelerin asıl işlerini alt işverenlere vermesinde "genel muvazaa hükümleri"nin sınır oluşturduğu ve bunun dışında bir sınırlama olmadığı dile getirilmişti (9.HD.22.10.2007-17306/31062). Fakat bununla anılan işlerin alt işverene İşK.2/6 vd.daki koşullar aranmadan verileceği değil, sanki "hiç alt işverene verilemez" biçimindeki yerel mahkeme (ve Yargıtay'ın 5393 sayılı BeldK. dönemindeki) anlayışından farklı olarak, "bu işler de alt işverene verilebilir" denmiş gibi görünüyordu. Oysa 09.06.2008-40942/14420 ve 21.01.2010 tarih ve 41520/669 sayılı kararlarında bu tereddüt giderilerek açıkça İşK.2'ye istisna getirildiğinden söz edilmiştir. Bu anlayışı haklı kılacak bir ifadenin yasada yer almadığını ve bu tutuma katılmadığımızı bir kez daha vurgulayalım. Ancak SSGSSK.12'de ve İSİG Kanun Tasarısı Taslağı md.28/1-a'da hangi yasaya ve hangi kesime tabi olursa olsun, asıl işteki alt işverenlik bakımından da İşK'dakinden farklı düzenlemelere yer verildiğini belirtmeliyiz.

**3. Hizmet alımı ve Muvazaa bakımından:** Alt işverenlik yönetmeliği ve öğretici çoğunluğu ile uygulamada Yargıtay'ın muvazaa diye andığı kimi hallerin kamudaki alt işverenliklerde bir farklılığın bulunup bulunmadığı da üzerinde durulacak bir konudur.

Bilindiği üzere kamu kuruluşları da işçi vs personel istihdam ettiği gibi, ihtiyaç duyduğu mal ve/veya hizmeti dışardan ihale vs yasal yollarla temin etmesi de mümkündür. Bu bağlamda Devlet İhale Kanunu (DİK) ile Kamu İhale Kanunu (KİK) ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu(KİSK) adıyla anılan yasalar çıkarıldığı gibi, bunları uygulamaya taşımak amacıyla çeşitli yönetmelikler çıkarılmıştır ve bunlardan birisi de "Hizmet Alımı İhale Yönetmeliği" (HAİY) (RG.04.03.2009). Yalnız Kamu İhale Kanunu DİK'nun uygulanmasını kendi kapsamında engellemiş ama yasayı yürürlükten kaldırmamıştır(KİK.68/a-b).

İşte bu mevzuat çerçevesinde kamu kuruluşlarının yasanın tanıdığı yollarla (KİK.18) mal ve /veya hizmet alımı yaptıkları görülmektedir. Bilhassa hizmet alımı konumuzu ilgilendirdiğinden, üzerinde biraz durmakta yarar vardır. Hizmet alımı sözleşmeleri yoluyla kamunun ihtiyaç duyduğu alanlardaki hizmetler dışardan sağlanabilmektedir. Ama kamu ihale mevzuatı incelendiğinde iş hukukuna yabancı olan istekli, yüklenici, alt yüklenici, hizmet sunucusu, danışman gibi çeşitli kavramlara yer verildiği görülür (KİK.4,15). Hizmet alımı ihaleleri sonucu oluşacak hizmet alımı sözleşmelerinin nasıl yapılacağı ve neleri içereceği de ayrıntılı biçimde yasa ve yönetmelikte düzenlenmiştir (KİSK.7 ) ve yönetmelik ekinde yer alan matbu tek düze formların kullanılacağı da belirtilmiştir (HAİY.17/1). Fakat tip sözleşmede yer almayan hususlara “diğer hususlar” hükmünde yer verilebileceği de öngörülmüştür (HAİY.17/3). İhale bağlamında bir takım maliyet hesapları öngörülmüş olup bunlardan birisi de yaklaşık maliyet hesabıdır. Bu hesaplanırken, personel çalıştırılmasına yönelik ihalelerdeki yaklaşık maliyetin işçi sayısı dikkate alınarak ve her bir işçi için 16 yaşından büyükler için saptanan asgari ücretin temel alınıp buna belli oranda kar ekleneceği, fakat asgari ücreti aşan bir ücretten işçi çalıştırılacaksa maliyetin ona göre saptanacağı da belirtilmiştir (HAİY.10). Ayrıca isteklilerden iş deneyimi vs konularda bazı belge ve bilgiler istenmesi gibi, personel durumu (HAİY.40) ile makine, teçhizat ve diğer ekipmanlara yönelik belgeler (HAİY.41) isteneceği belirtilmiştir. Bunlar incelendiğinde isteklinin çalıştıracağı personel sayısı ve niteliğinin ihale dökümanında belirtileceği ve fakat bu sayı ve personel çalıştırımının ihaleye katılım kriteri olamayacağı dile getirilmektedir (HAİY.40). Makine ve teçhizatınsa isteklinin kendi malı olmamasının esas olduğu ama idarenin bazı teçhizat vs.nin isteklinin malı olmasını arayabileceği de öngörülmüştür.

Hükümleri uzatmak mümkündür ama konumuzu aşacağından, kısa kesecek ve bu hükümlerde ve onlara dayanılarak hazırlanıp sözleşmenin eki sayılan teknik şartnamelerde detay bilgilere yer verildiğini belirtelim. Aslında yasa hükümleri ve yönetmelik incelendiğinde, ihaleyi alan kişinin (yüklenicinin) hangi işçileri işe alacağı ve nerede çalıştıracağı, onlara emir-talimatın verilip disiplin hükümlerinin uygulanması ve işten atılması gibi konularda ihale makamının yetkili kılınacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat teknik şartname ile matbu form şeklindeki sözleşmelerde bunlara dair hükümlere rastlandığı görülmektedir.

İşin ilginç, hizmet alımında hizmetin ihaleyi alan kişinin bazen temin ettiği kendi personeliyle ama kendisi çalışmadan, bazense personeli olmayıp bizzat kendisi çalışarak veya işi alt yüklenicilere vererek sağlamanın mümkün olduğu görülür. Hal böyle olunca, tüm hizmet alımları için tek düze bir değerlendirmenin isabetli olmadığı söylenebilir ve nitekim uygulamada Yargıtay’da bunun bazen ödünç, bazen alt işverenlik ve kimi zamansa işçi temini (iş aracılığı) veya eser sözleşmesi olduğunu dile getirmektedir. Öğretide de bu yönde bir anlayış vardır (Bkz.N.Gerek, Kamu

Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar,ÇİŞ.TopD.2007/4,87 vd.**Akyiğit**,Kamuda Muvazaa,154 vd).

Eğer ödünç/geçici iş ilişkisi şıkkı seçilecekse sözleşme ve eklerinin buna göre dizayn edilmesi gerekir ve bu bağlamda bilhassa azami ödünç süresiyle onun aşılması haline dikkat edilmelidir.

Yok eğer alt işverenlik seçilecekse de bu kez alt işverenlik için aranan yasal koşullara uyulması ve ilişkide bunların sağlanması gerekir. Bilindiği üzere, alt işverenliğin gerek müfettiş raporu sonucu prosedürle ve gerekse de münferiden iddia üzerine muvazaalı ve geçersiz kılınması ve işçilerin baştan beri asıl işverenin işçisi sayılması gerekir (İşK.2/7). Bunun sonucundaysa Yargıtay'ın da dile getirdiği gibi, işçiye asıl işverenin işçilerine uygulanan koşullar uygulanmalıdır ve varsa ve şartlarını sağlıyorsa, asıl işveren (yani tek işveren) işyerindeki TİS'den yararlanabilmesi de gerekir. Aksine tutum, eşitlik ilkesine (İşK.5) aykırı sayılır. Aynı şey asıl işveren işyerinde faaliyet gösteren bir sendikaya üyelik vs haller için de geçerlidir. Dolayısıyla, muvazaalı alt işverenliklerde aslında ilgili işçinin sendikal özgürlüğünün de engelle karşılaştığı söylenebilir. Bu söylenenler aslında özel/kamu ayırımı olmadan tüm işyerleri bakımından geçerli olmalıdır. Ancak öncelikle 1475 sayılı İşK. döneminde kimi Yargıtay kararlarında "kamu kuruluşu bir işverenin muvazaaya taraf olmayacağı" biçiminde bir kabul baş göstermişti (Bkz.Y9HD, 05.05.1999-4226/8423;10.04.2001-3669/6016 ve HGK.14.11.2001;9-7111-820), fakat bu anlayış öğretide haklı olarak eleştirilmiş (**Süzek**, Seminer 2001,11-16. **Şahlanan**,Seminer 2001,69 vd) ve Yargıtay'da gerek aynı dönemdeki (9.HD.06.11.2001-14228/17334) ve gerekse aşağıda değinilecek daha sonraki kararlarında bu anlayışından vazgeçmiştir. Hatta ilginçtir ama ekte sunacağımız karar örnekleri de dikkate alındığında, kamudaki muvazaa olaylarının özeldekinden hiç te aşağı kalır bir yanı olmadığı ve belki daha da yaygın bulunduğu söylenebilirdi/söylenebilir. İşte bu aşamadan sonra ve 4857 sayılı İşK döneminde de muvazaa ve sonuçları 5538 sy Kanuna kadar kamu-özel ayırımı olmadan tüm işyerleri için uygulanırken, 5538 sy Kanundan itibaren özel kesim işyerleri bakımından hiç tartışmasız kabullenilirken, kamu işyerlerinde durum biraz tartışmalı bir hale bürünmüş gözükmektedir.

Şöyle ki; 4857 sayılı İşK.2'ye 01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Yasa ile iki yeni fıkra eklenmiş ve bunlarda kamu işyerlerinde yaşanan alt işverenliklerle de bağlantılı kılınabilir şekilde hükümlere yer verilmiştir. Bunun sonucundaysa öğretide bazı fikirlerin ortaya çıktığı görülmüştür. Hatta davalı Kurum da olayda muvazaalı alt işverenlik olsa bile kendisine özeldeki sonuçların uygulanmayacağını savunarak, sorunu olayımıza da

taşımış olup Yargıtay'ın değerlendirmesine vesile olmuştur. Sorunu algılamak ve çözüm önerisi için, önce ilgili fıkra hükümlerinin metnini verip sonra farklı eğilimleri yansıtacak ve nihayetle kişisel eğilimimizi sunacağız.

**a) İlgili hükümler;** Tartışmaya yol açan hükümler şöyledir;

“Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

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

b. Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamazlar” (İŞK.2/8).

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

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

b. Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz” (İŞK.2/9).



**b) Değerlendirmeler;** Anılan fıkra hükümlerinin algılanmasına gelince, öğretide bu noktada değişik fikirlerin ileri sürüldüğü görülür. Örneğin bir anlayış, 5538 sy Kanunla İŞK.2'ye eklenen 8 ve 9. fıkra hükümlerini bu konuda yani muvazaalı ve geçersiz alt işverenliklerde asıl işveren kamu işvereniye işçinin baştan beri asıl işveren işçisi sayılamayacağı gibi anlam çıkarmaya gidilebilecek içerikte değerlendirmektedir (F.**Demir**,İş Hukuku Uygulaması, 5.Bası,İzmir 2009,34-35. N. **Tercan**, Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, Sicil/Eylül 2006 86-91.**Süzek**,165). Nitekim konuyla ilgili olarak ilgili kamu kuruluşlarının yaptıkları savunmalarında da bu yönde bir tez mevcuttur (Bkz.9.HD.14.07.2008-26211/20195). Ama öğretide bunun Anayasa'nın hukuk devleti, eşitlik vs gibi ilkelerine aykırı bulunduğu ve değiştirilmesi gerektiği söylendiği (Bkz. N. **Tercan**, 86-91.**Süzek**,165.) gibi, iş hukukuna ve muvazaalı alt işverenlik ile sonuçlarına yönelik hiçbir etkisinin bulunmadığı bile dile getirilmektedir (Bkz.. **Çankaya/Çil**, 4857 sy. İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Sicil/Eylül 2006, 69). Nitekim incelediğimiz bir kararında **Yargıtay 9.HD.'de** isabetli olarak, "**5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İŞK'nun 2.maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir... Alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İŞK'nun 2.maddesinin 6.fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz"** demektedir (9.HD.19.02.2009-33290/2942 ve özde yine bu anlamı veren bir başka karar için bkz.9.HD.14.07.2008-1929/20008;16.04.2009-42564/10854).

Gerçekten de anılan hükümleri yorumlamaya kalkıştığımızda şöyle bir tabloyla karşılaşabiliriz: Bir kere öğretide de dile getirildiği üzere, hizmet alımı sözleşmesi, yüklenici gibi kavramlar iş hukukunun kendi kavramları değildir (**Süzek**,165). Bunlar kamu ihaleleri bağlamında Kamu İhale Kanunu gereği kullanılan kavramlar olup, hizmet alım sözleşmesi ihaleyi kazanan kişi (yüklenici) ile kamu kuruluşu arasında yapılan ve işin nasıl görüleceğine dair taahhütler içeren bir sözleşmedir. Teknik şartname ise hizmet alım sözleşmesinin eki niteliğinde kabul edilir ve bu husus sözleşmeye de yazılır, üstlenilen işin nasıl yerine getirileceğine dair ayrıntılı bilgi içeren bir düzenlemedir. Hizmet alımı sözleşmesinin bir kişiyle ve bizzat onun iş yapması üzerine yapılması mümkün olduğu gibi bir firmayla yapılarak onun işçilerinin ödünç işçi olarak kamuda çalışıp iş görmesi yahut alt işverenlik içeriğinde düzenlenmesi mümkündür. İşte anılan fıkra hükümleri bu anlamda değerlendirilmeye gidildiğinde denebilir ki; anılan hükümlerden birinde (İŞK.2/8) hizmet alımı sözleşmesi uyarınca yüklenici aracılığıyla yani onun işçisi sıfatıyla kamuda çalışanların oradaki kadrolara atanma ve orada kamunun kendi elemanlarına uygulanan TİS ve mevzuata göre belirlenen mali

haklar ve sosyal yardımlardan yararlanamayacağı söylenmektedir. Eğer hizmet alımı geçerli bir ödünç iş ilişkisi (İşK.7) veya alt işverenlik (İşK.2/6-7) yoluyla sağlanmışsa, gerek geçici/ödünç işçi ve gerekse alt işveren işçisi işi veren kamu kuruluşunun kendi işçisi sayılmayacağına göre, bu işçilerin işi veren kamu kuruluşundaki kadroya atanma ve ondaki kendi personeline uygulanan TİS ve mevzuattaki mali haklar ve sosyal yardımlardan yararlanamayacağı açıktır. Örneğin kamuda çalışan işçilere 6772 sayılı yasa uyarınca ödenecek ikramiyeden ve (varsa) TİS'deki ücret zammı ve çocuk-yakacak yardımından yararlanamama böyledir. Bizce bu yönüyle anılan hükümde bir terslik mevcut değildir(**Akyiğit**, Kamuda Muvazaa, 156).

Keza hizmet alımına temel olacak sözleşme ve şartnamelere (herhalde); “yüklenicinin kamudan aldığı bu işte çalıştırmak üzere işe alacağı işçilerin belirlenmesi ve alınanların sonra işten çıkarımı yetkisinin ihale sahibi kamu kurum ve kuruluşuna bırakılması” ve “aynı yerde daha önce hizmet alımı sözleşmesiyle veya geçici işçi olarak çalışmış olanların çalıştırımına devam olunması” yönünde hüküm konulmamasını öngören hüküm (İşK.2/9) de önemlidir. Burada işçi alımı ve işten atma yetkisinin işverene ait yetkiler olduğu ve fakat bunun kamu kurumuna bırakımı halinde ilişkinin (duruma göre alt işverenliğin) muvazaalı olduğu ve işçinin aslında işin sahibi kamu kurumunun işçisi olacağı gerçeğinden hareket edilerek bunun engellenmeye çalışıldığı söylenebilir. Daha önce hizmet alımı yoluyla veya geçici/ödünç işçi olarak orada çalışmış işçilerin yeni ihalede de ihaleyi alan değişse bile çalıştırılacağı yönünde kayıt konulamayacağı hükmü ise, (alt işverenlik varsa) alt işverenler değiştiği halde işçilerin hep aynı yerde ve pozisyonda çalışmaya devam etmesini ve böylece oluşabilecek muvazaayı önlemeye yöneliktir denilebilir. Nitekim uygulamada Yargıtay, alt işverenler değiştiği halde işçinin hiç ara vermeden aynı şekilde çalışmaya devam etmesi halinde, işçinin baştan beri asıl işveren işçisi sayılacağını belirtmektedir (9.HD.07.12.2006-13876/3223) ve öğretide de bu anlayış benimsenmektedir (**Süzek**, 159-160 ve **K.D.Yenisey**, Seminer 2006, 16). Hizmet alımının ödünç/geçici iş ilişkisi oluşturduğu hallerdeyse, bunun yasal azami ödünç süresi aşılarak ödünç işçi istihdamını ve doğuracağı kimi sonuçları baştan önlemek istediği şeklinde değerlendirebiliriz. Hal böyle olunca bu hükümde de bir olumsuzluk yoktur denilebilir.

İşte anılan hükümlere böyle bir anlam verilirse, gerçekten de kamu işyerlerindeki muvazaalı alt işverenliğin özele nazaran farklı değerlendirilmediği, muvazaa varsa yine yasadaki sistemin yani işçilerin baştan beri iş sahibi Kurumun işçisi sayılacağını, bu yüzden de olaydaki Yargıtay kararının bu konuda tamamen isabetli olduğu söylenecektir (**Akyiğit**, Kamuda Muvazaa, 157).

**Buna karşın, anılan düzenlemeye, hizmet alımı sözleşmeleri ve şartnamelere böylesi hükümler konulsa bile;**

a) **Hizmet alımının alt işverenlik ilişkisi sayıldığı hallerde**, olayın muvazaa olmayacağı ve/veya muvazaa olsa bile işçilerin **asıl işveren kamu kurumunun işçisi sayılmayacağı** ve ondaki işçilere uygulanan haklardan yararlanamayacağı **anlamı verilirse**; işte bu durumda kamu ve özel kesim işverenleri arasında muvazaalı alt işverenlik ve sonuçları bakımından haksız bir ayırım yapıldığı ve bunun Anayasa'nın eşitlik, çalışma sözleşme özgürlüğü ve hatta sosyal devlet ilkesine aykırı ve devlet ciddiyetiyle bağdaştırmanın zor olduğu düşünülebilir.

b) **Hizmet alımının ödünç/geçici iş ilişkisi olduğu hallerde** ise; yasal azami ödünç süresi aşılarak ödünce devam edildiği durumlarda, **işçinin iş sözleşmesinin ödünç alan kamu kuruluşuna devredilmiş sayılarak onun işçisi olarak işlem görmesi gerekir. İŞK.2/9 hükmüne bunu önleyecek mana verilirse**; işte bu durumda kamu ve özel kesim işverenleri arasında tarafların isteğiyle yasal azami ödünç süresinin aşılmasının doğuracağı hukuki sonuçları bakımından haksız bir ayırım yapıldığı ve bunun Anayasa'nın eşitlik, çalışma sözleşme özgürlüğü ve hatta sosyal devlet ilkesine aykırı ve devlet ciddiyetiyle bağdaştırmanın zor olduğu düşünülebilir. Oysa bize göre, anılan yasal düzenlemeden, geçici/ödünç işçinin, ödünç süresi tarafların ortak rızasıyla aşıldığında ilgili ödünç alan kamu kuruluşunun işçisi sayılmasını engeller bir sonuç çıkarmak isabetli düşmez.

c) Hizmet alımının ilgilinin bağımsız biçimde (danışmanlık vs gibi) hizmet sunması sonucu kamu kuruluşunda işçi olarak veya memur olarak kadroya alınma sonucu doğurmayacağı anlamı verilirse; bunun gayet doğal bir şey olduğunu düşünüyoruz.

Kişisel düşüncemiz; tartışmaya yol açar tarzda ve sanki ilgili konu hakkında pek bilgi derinliği olmadan kaleme alındığı izlenimi uyandırır biçimde düzenlenen ilgili hükümlerin kaldırılması ve bu yapılan kadar da yukarıda söylediğimiz gibi, kamu işverenleri için herhangi bir avantaj getirmediği ve gerek orada yasaklananlar ve gerekse de başka muvazaa veya azami ödünç süresi aşımı örnekleri yaşandığında, kamuda da işçilerin baştan beri asıl işveren kamu kuruluşunun işçisi sayılacağına kabulü uygun ve isabetlidir. O yüzden, alt işverenlik bağlamında bunu dile getiren Yargıtay kararlarını isabetli buluyor ve katılıyoruz (Ayrıca bkz.**Akyiğit**,Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları,Sicil/Mart 2010,138-159(157 vd)).

### III. KAMU İŞYERLERİNDE MÜTEAHHİTE İŞ VERMEDE SORUMLULUK BAKIMINDAN

**1. Genel olarak;** Mülga 1475 sayılı İşK. döneminde olduğu gibi 4857 sayılı İşK. evresinde de yasa koyucu kamu kuruluşlarının müteahhite vererek yaptırdıkları işlerde kamu kuruluşuna bazı yetkiler ve sorumluluklar vermiştir. 4857 sayılı İşK.36 hükmü işte bu konuyla ilgilidir. Aşağıda ayrıntılı biçimde sunulacak bu hükmünde 4857 sayılı İşK. “işçi ücretinin güvenceleri” arasında değerlendirilebilecek önemli bir düzenleme getirmektedir (İşK. 36). Tarihsel olarak bakıldığında denebilir ki, böyle bir hükme 3008 sy. İşK. da yer verilmemiş, ilk kez 931 sy. İşK. ile Türk İş Hukukuna girmiştir (931 sy. İş K. 29). Daha sonra bu hüküm 1475 sayılı İşK.’ya alınmış sonrasındaysa aynı hüküm biraz farklarla 4857 sayılı İşK. da yer bulmuş, diğer iş yasalarında ve Borçlar Kanunu’nda (yeni 6098 sayılı Borçlar Kanunu dahil) ise bu yönde bir hükme yer verilmemiştir.

İşte 4857 sayılı İş K’nın bu hükmü (İş K. 36) incelendiğinde, **birisi** özellikle bazı kamu kuruluşlarının ve asıl işverenlerin müteahhitlere verdikleri belirli niteliklere sahip işlerde çalışan müteahhit işçilerinin ücretlerinin ödenmesi bağlamında sorumluluk altına sokulmaları (İş K. 36/1, 2), **diğeryise** müteahhidin bazı işlemlerine yahut işverenden alacaklı olanların haciz ve icra takibine karşı koruma olmak üzere iki hususun düzenlendiği anlaşılmaktadır (İş K. 36/3, 4). Sözü edilen bu iki husustaki yetkinin bazı kamu işverenleri için öngörülmekle birlikte, özel kesim/kamu kesimi ayrımı yapılmaksızın İş K. 2/6, 7. fıkrada düzenlendiği kabul edilen alt işveren ilişkisi bağlamında alt işveren işçilerinin ücretleri için asıl işverenin de kullanma olanağına sahip kılındığını belirtmeliyiz (İş K. 36/son fıkra). Ancak, İş K. 36’da düzenlenen sadece bunlardan ibaret değildir. Zira maddenin bir başka fıkrasında bu kez (hangi kesim işvereni olduğu noktasında herhangi bir ayırıma gitmeksizin) herhangi bir işverenin üçüncü kişiye olan borcu nedeniyle işyerindeki alet/malzeme vs. değerler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibine karşı bu işyerindeki işçilerin ücret alacaklarının korunması amacıyla yönelik bir başka düzenlemeye gidildiği anlaşılmaktadır (İş K. 36/4). Şimdi bu hükümlerde dile getirilen hususları tek tek inceleyebiliriz.

**2.Müteahhit İşçilerine karşı kamu işverenlerinin sorumluluğunun koşulları:** Üzerinde duracağımız ilk husus, bazı kamu işverenlerinin/kuruluşlarının müteahhit eliyle yaptırdıkları kimi işlerde, o işyerinde çalışan müteahhit işçilerinin ücretlerinin ödenmesi konusunda taşıdıkları yetki ve sorumluluktur (İş K. 36/1-2). Söz konusu sorumluluğun şartları şöyle sıralanabilir kanısındayız.

### A. Belirli Nitelikte Bir Kamu Kuruluşu veya Asıl İşveren Bulunmalıdır

Yasakoyucu müteahhit işçilerinin ücret alacakları bağlamındaki sorumluluk ve yetkiyi her işverene değil belirli özellikleri haiz kamu işverenlerine ve asıl işverenlere özgülemiş gözükmektedir (İş K. 36/1). Gerçekten de maddede tüm kamu kuruluşlarının değil, sadece “genel ve katma bütçeli daireler ile mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar”ın anılan yetki ve sorumluluğa muhatap tutulduğu belirtilmektedir (İş K. 36/1). Öğretide de yasaca yapılan bu sayımın sınırlı olup, sadece orada belirtilen kuruluşlara özgülendiği ileri sürülmektedir.<sup>23</sup> Bu maddede sayılan kuruluşların sadece (Devlet İhale Kanunu) DİK. md. 1 ‘deki kamu tüzel kişilerinden ibaret bulunmayıp KİT’leri de içerdiği zaten hüküm metninden açıkça anlaşılmaktadır. Mahalli idareler konusunda da tereddüt yoktur. Özel bir kanunla yahut özel kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kuruluşlar içine nelerin gireceğini burada tek tek saymak anlamsızdır. Bununla birlikte özel kanunla veya özel yasanın verdiği yetkiyle kurulmuş bulunan “fonların” da yasa kapsamında değerlendirileceğini belirtmeliyiz.<sup>24</sup> Ancak, yukarıda girişte de değinildiği üzere. İş K. 36/son fıkra’daki düzenleme ile 36/1’deki hüküm, İş K. 2 çerçevesindeki alt işveren ilişkisinde alt işveren işçilerinin ücreti için asıl işverene de bu konuda yetki vermektedir (İş K. 36/1 ve son fıkra). Bu hükümde yetki verilen “İş K. 2/6 fıkra gereğince sorumluluk taşıyan işverenler”in hangi kesime aidiyetine dair sınırlama öngörülmediğinden, anılan yetkinin kamusal/özel nitelikli tüm işverenlere tanındığını söylemek isabetli olur. Fakat, burada dikkat edilecek önemli bir nokta; söz konusu yetkinin (maddede sayılan kamu kuruluşları dışında) sadece “İş K. 2/6 fıkrası gereğince sorumluluk taşıyan ... işverenler”e yayıldığıdır. Bilindiği üzere İş K. 2/6 fıkra kapsamında sorumluluk taşıyan işveren ise (İş K. 36’ya bağlantısı dikkate alındığında) bir alt işverenlik ilişkisinde kendisini gösteren “asıl işveren” dir. Asıl işveren niteliği ise müteahhide iş verilen her olayda değil, ancak belli koşulların varlığında edinilmektedir.<sup>25</sup> O halde yetkinin sınırlı bir alana özgülendiği söylenebilecektir.<sup>26</sup> Zira, bir işin bir başka işveren olan müteahhide verildiği her olayda asıl işveren-alt işveren ilişkisi (ve sıfatları) bulunmamaktadır. İşte alt işveren ilişkisinin gözükmeyen bir durumda işi müteahhide veren kişinin (işin sahibinin veya ilk müteahhidin) buradaki yetkiliden (istihkaktan kesme ve denetim yetkisinden) yoksun bulunduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte bizzat yasaca tanınmayan bu yetkinin, taraflar arasında yapılacak bir sözleşmeyle (ki genellikle bir eser sözleşmesidir) getirilmesine engel

<sup>23</sup> Bkz. **Çenberci**, 767; **İnce**, 239. Konu hakkında fazla bilgi için bkz. **O.Usta**, Müteahhit Eliyle Yaptırılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları, ÇİD. Ocak 98, 11-28.

<sup>24</sup> Bu yönde **Centel**, Ücret, 349. **Akyiğit**, İş K. 36, 1428.

<sup>25</sup> Bkz. yukarıda alt işverenlik kısmında yapılan açıklamalar.

<sup>26</sup> **Akyiğit**, İş K. 36, 1428. Oysa İş K. 36 da (1475 sy. İş K. 29/1’de) sayılan kamusal ve yarı kamusal kuruluşların (bunlara resmi ve yarı resmi kuruluşlar adı da verilmektedir. Bkz. **Selçuki**, 547) İş verdikleri kimselerle aralarında asıl-alt işverenlik ilişkisinin bulunması gerekmez.

bulunmadığı kanısındayız. Böylece sözleşmeyle getirilen yetkide işçiye doğrudan talep imkanı tanınıp tanınmamasına göre “gerçek anlamda üçüncü kişi yararına sözleşme” yahut “gerçek anlamda üçüncü kişi yararına olmayan sözleşme” gündeme gelebilecektir.<sup>27</sup>

Önemli bir diğer husus, (İş K. 2/6 fıkra bağlamında görülen) bir asıl işverene İş K. 36'daki yetkileri tanımanın, onun İş K. 2/6-7 fıkradaki sorumluluğu karşısında bir anlamının bulunup bulunmadığıdır. Gerçekten de hatırlanacağı üzere İş K. 2/6'daki sorumluluk İş K. 36'dakinden farklı olarak alt işveren işçilerinin üç aylık ücretiyle sınırlı değildir. Keza sadece ücretle de sınırlanmamıştır. Fakat oradaki sadece işçiye (veya mirasçılara) karşı alt işverenle müteselsil bir sorumluluktur. Ayrıca, asıl işverene (kendisi kamu kuruluşu olsa bile) işçiye yaptığı ödemeyi kendiliğinden alt işverenin istihkakından kesme yetkisi İş K. 2'de tanınmamıştır. İşte bu hüküm (İş K. 36/son fıkra) söz konusu eksikliği giderecek bir sınırlı yetki sağlamaktadır ve önemi de buradadır. Ayrıca İşK.36 hükmünün bir kamu kuruluşunun ondan iş alan alt işveren işçilerine karşı asıl işveren sıfatıyla birlikte sorumluluğunu (İşK.2/6,7) daraltıcı bir etkisi mevcut değildir. Çünkü; bu hüküm (İşK.36), müteahhit/üstlenici ile ilgili kamu kuruluşu arasındaki hukuki ilişkinin alt işverenlik oluşturup oluşturulmadığıyla ilgilenmeksizin, 94 sayılı UÇÖ Sözleşmesi (md.5/2) uyarınca getirilmiş ve ayrıca çıkarılan 01.11.1988 tarihli Genel Esaslar (GE.3) ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nde(BİGŞ.33/3) belli şekilde düzenlenmiş bir durumdur (Bkz. **Canbolat**, Alt İşveren, 73-74).

## B. Belirli Nitelikli İşlerin Müteahhit Eliyle Yaptırımı Söz konusu Olmalıdır

Yasa yukarıda anılan kişi/kurum ve kuruluşlara söz konusu yetkiyi onların her işlerinde değil müteahhit eliyle yaptırdıkları “her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işleri”nde tanımıştır. O halde yapım ve onarım işi olarak nitelenemeyecek işlerdeki müteahhit işçileri için böyle bir yetkileri bulunmamaktadır.<sup>28</sup> Maddede örnekleri sayılan yapım ve onarım işlerinin devamlı değil bir müddet sonra biten nitelik taşıdıkları ve fakat bunun her zaman için İş K. 10'da dile getirilen süreksiz işle çakışmasının söylenemeyeceği<sup>29</sup> gibi mevsimlik iş olmasının da beklenemeyeceği kanısındayız.<sup>30</sup> Zira Türk inşaat/yapım uygulamasında bir tünel açmanın yahut yol yapmanın yıllarca sürdüğü

<sup>27</sup> **Akyiğit**, İş K. 36, 1428. Üçüncü kişi yararına sözleşme konusunda fazla bilgi için bkz. **Ş.Akyol**, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976, 11 vd.

<sup>28</sup> **Çenberci**, 767; **İnce**, Ücret, 239. Bu noktada 94 no.lu sözleşmeye de (94 sy. Söz. 1/1-c) kısmen uygunluk bulunduğu söylenebilir (**Akyiğit**, İş K. 36, 1429 ve dn. 6).

<sup>29</sup> **Centel**, Ücret 349. **Akyiğit**, İş K. 36, 1429.

<sup>30</sup> **Akyiğit**, İş K. 36, 1429. Krş. **Eşmeliolu**, 452.

örneklerle karşılaşmak mümkündür. Bununla birlikte kanun koyucunun, anılan türdeki işlerin belirtilen kuruluşlarca çoğu kez ihale yöntemiyle verildiği ve işin tümünü bitirse de bitirmese de müteahhitlerin istihkaklarını aldıktan sonra işçi ücretlerini ödemediği sınıftıkları gereğinden hareket ederek bu noktada bir ölçüde güvence getirme amacını güttüğü açıktır. Nitekim bu husus hükmün aynı şekilde düzenlendiği 931 sy. İş K. 29'un gerekçesinde "resmi veya yarı resmi kurumlar tarafından müteahhide verilen inşaat veya onarım işlerinde çalışan işçilerin ücretlerinin bazı hallerde müteahhitler tarafından çeşitli sebeplerle ödenmemekte ve bu yüzden işçiler günlerce beklemek veya adli mercilere başvurmak zorunda kalmaktadırlar. Bu gibi hallerde... bu surette bazen isteyerek, bazen istemeyerek tehlikeye düşen işçi ücret haklarını korumak için bu madde ile yeni bazı hükümler getirilmiştir" biçiminde ifade edilmektedir.<sup>31</sup> Yasanın hükmün uygulanma alanını sadece "yapım ve onarım" işlerine özgülemesi Türkiye tarafından da onaylanan "Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 no.lu Sözleşme"ye<sup>32</sup> belli ölçüde uygundur. Ancak, sözleşmede konuyla ilgili olarak bayındırlık işlerinin "yapım/tadil/tanık ve yıkımı" işlerinden söz edilirken (94 sy. Söz, 1/1-c-i) yasada bayındırlık işlerinde bile kapsamın daraltıldığı söylenebilir. Keza kanun koyucunun bu hükmü getirirken (1475 sy. İş K. döneminde) esinlendiği söylenen<sup>33</sup> Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin de konuyu dar kapsamda ele aldığı ortaya çıkmaktadır. Hal böyle olunca, örneğin Marmara Depremi'nin yaşandığı bölgede enkaz kaldırma işlerinin verildiği müteahhit işçileri için bu hükmün uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. Zira enkaz kaldırma işinin teknik anlamda "yapım ve onarım" işi olarak sayılması zordur. Oysa 94 sy. Sözleşme bu tereddüdü giderebilecek şekilde "materyal, levazım ve teçhizatın ... nakli"ni de kapsamaktadır (94 sy. Söz.1/1, c.ii). Keza aynı sözleşmede "bayındırlık işlerinin ... yıkımı"ndan da söz edilmektedir (94 sy. Söz.1/1, c, i). İş K. 36'da sayılan kamusal kurum/kuruluşlar için sınırlı işlerde tanınan bu olanağın aynı maddenin son fıkrası uyarınca uygulanabileceği belirtilen İş K. 2/6'daki asıl işverenler içinde aynı şekilde mi sınırlandırıldığı yoksa onların tüm işlerinde mi uygulanabileceği tereddüt uyandırabilir. Bir ihtimal, onlara da yayılan yetkinin tıpkı kamu kurum/kuruluşlarındaki gibi "yapım ve onarım" işleriyle sınırlı tutulduğudur. Ancak, yapılan atıfta (İş K. 36/son fıkra) ve atıf yapılan maddede (İş K. 2/6 fıkra) herhangi bir sınırlamanın bulunmadığı ve hükmün işçiyi koruyucu niteliği dikkate alınırca tanınan yetkinin sadece "yapım ve onarım işleri"ne özgülenmemesinin isabetli olacağını düşünüyoruz (**Akyiğit**, İş K. 36, 1430).

<sup>31</sup> Gerekçe için bkz. **Eşmelioglu**, 452.

<sup>32</sup> Sözleşme metni ekte sunulmuştur.

<sup>33</sup> Bu husus, 931 sy. İş K. md. 19'un gerekçesinde "halen uygulanan Bayındırlık Genel Şartnamesinin bu konudaki hükümlerinden de mühlhem olan bu maddenin ..." biçiminde anlatılmıştır.

### C. Müteahhitçe Ödenmemiş İşçi Ücretleri Bulunmalıdır

Yukarıda belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarına (veya son fıkra atfıyla hangi kesime aidiyeti önem taşımayan asıl işverenlere) tanınan yetkinin/sorumluluğun vazgeçilmez koşulu, müteahhit işçilerinin müteahhitten alamadıkları ücret alacaklarının bulunmasıdır (İş K. 36/1-2). Bu şartın açılımı bağlamında şunları söyleyebiliriz. Her şeyden önce müteahhidin henüz ödemediği bir işçi ücreti mevcut olmalıdır. O halde müteahhit işçilerinin “ücret” dışındaki (ihbar/kıdem/kötüniyet tazminatı gibi) işçilik hakları İş K. 36’daki yetkinin/sorumluluğun kapsamına girmemektedir.<sup>34</sup> Zira anılan işçilik haklarının niteliği tartışmalı görünse de bizce bunları “ücret” diye nitelemek mümkün değildir.<sup>35</sup> Maddenin uygulanmasına imkan verecek ücretin İş K. 32/1’de düzenlenen genel anlamda ücret/temel ücret olacağını düşünüyoruz. Bu yüzdendir ki Yargıtay kararlarında da “kötüniyet tazminatı ve fazla çalışma ücreti”<sup>36</sup> ile “kıdem/ihbar tazminatının”<sup>37</sup> İş K. 36’daki sorumluluk içinde görülmemektedir.<sup>38</sup> Sorumluluk kapsamına girecek işçi ücretinin sadece ücret niteliği ve varlığı yetmemekte, ayrıca bu ödenmemiş ücretlerin müteahhidin işyerinde çalışan/çalışmakta olan işçilere ait bulunması da zorunludur. Yasanın pek de net olmayan bir şekilde “işyerinde çalışan işçiler” diye ifade ettiği ücreti ödenmeyen işçiler, müteahhidin ilgili kamu kurum/kuruluşundan aldığı işte çalışan işçiler olsa gerektir. Sonra, müteahhitçe ödenmediği için sorumluluk kapsamına girecek ücretin, müteahhide verilen işte çalışırken hak kazanılmış ücret olacağı kanısındayız. Her ne kadar kanun koyucu bu noktayı net olarak belirtmemiş ise de, bir kamu kuruluşunun iş verdiği müteahhit işçilerinin daha önceki bir başka işte veya müteahhidin bizzat kendi işinde çalışırken hak kazandıkları ve fakat ödenmeyen ücretleri için bir sorumluluğunun bulunmaması gerektiği inancını taşıyoruz. Bizce yasanın ücret alacağıın müteahhidin her bir hakediş dönemine ait olmasını arayan hükmü (İş K. 36/2) de bunu anlatır. Ayrıca, ödenmeyen ücret, kamu kuruluşundan alınan işte çalışırken hak kazanılan bir ücret olsa bile, ilgili kamu makamı tüm ücretler için değil sadece “belli bir miktar” ücret için sorumluluk ve yetki taşımaktadır. Gerçekten de yasakoyucu ilgili kamu makamının sorumluluğunu her bir işçinin her bir hakediş dönemi için “üç aylık ücreti” ile sınırlamıştır.<sup>39</sup> “Ücret alacağı olan işçilerin ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere hangi bir sorumluluk düşmez” diyen

<sup>34</sup> **Akyiğit**, İş K. 36, 1430. Aynı şekilde **Çenberci**, 767.

<sup>35</sup> Kıdem tazminatının hukuki niteliği hakkında bkz. **Akyiğit**, Kıdem Tazminatı, 31 vd. ile ileride İş K. 120 vd. bağlamında sunulan 1475 sy. İş K. 14.

<sup>36</sup> 9. HD. 02.07.1998-8623/11158.

<sup>37</sup> 9. HD. 02.07.1998-8598/11109; 02.07.1998-8607/11121.

<sup>38</sup> Öğretide ücret dışında kalan fazla çalışma, yıllık ücretli izin gibi diğer işçilik hakları için de aynı imkanın tanınmasının uygun düşeceği ileri sürülmektedir (Bkz. **Çenberci**, 60).

<sup>39</sup> **Akyiğit**, İş K. 36, 1431. Bu yönde bkz. **Esener**, 81; **Çenberci**, 766, 768; **Selçuki**, 547-548; **Canbolat**, 60.



yasa hükmü (İş K. 36/2, c.2) bunu anlatmaktadır. Hal böyle olunca işçi, her bir hakediş döneminde üç aylık ücretinden daha fazla bir miktar için ilgili kamu kurumu/kuruluşunu İş K. 36 çerçevesinde sorumlu tutamayacak demektir (olayda alt işverenliğin bulunduğu hallerde zaten İş K. 2 kuralı gereği sorumluluk vardır). Bununla birlikte ilgili kamu kuruluşuyla müteahhitte yapılan sözleşmede daha yüksek bir miktar için istihkaktan kesinti yapılacağına öngörülmesi mümkün ve geçerli olup, teknik deyişle bunu “üçüncü kişi (işçi) yararına sözleşme” diye anabiliriz. Fakat müteahhit ile işçileri arasında bireysel olarak iş sözleşmesinde ve/veya TİS’de kamu kurumuna 3 aylıktan fazla ücret için sorumluluk getiren anlaşmalar kamu kuruluşunu bağlamaz. Buraya dek anlatılanlarla ilgili görünen çok önemli bir nokta, kamu kurumlarına her bir hakediş döneminde üç aylık ücret tutarından fazlası için sorumluluk düşmez diyen yasanın, bununla sadece kendisine düşen yükümü yerine getirmeyen idarenin bu yüzden sorumlu tutulacağı miktarı mı belirlediği yoksa anılan sınırlı sorumluluğun idrakiyle hareket eden bir idarenin istihkaktan keseceği miktarı da mı kayıtladığıdır. Şüphesiz soruya verilecek yanıt İş K. 36’nın birinci ve ikinci fıkrasındaki ibarelerin yorumuna bağlıdır. Bununla birlikte yasal düzenlemeden netlikle anlaşılacak şey, bir defa kendisine düşen kesinti yükümünü yerine getirmeyen idarenin bu tutumu sonucu her bir işçiye karşı onun her bir hakediş döneminde en çok üç aylık ücreti tutarı için sorumlu tutulabileceği yönündedir. Oysa İş K. 36/1’de, idareye tanınan kontrol yetkisinin işçilerin ücretlerinin herhangi bir miktarıyla sınırlanmadığı söylenebilir. Gerçekten de ilgili kurum ve kuruluşlar “... işyerinde çalışan işçilerden ... ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığını kontrolü ... üzerine varsa ... bu ücretleri bunların (yani müteahhit ve taşeronların) hakedişlerinden öderler.” biçimindeki hüküm (İş K. 36/1), kontrol yetkisinin herhangi bir miktarla sınırlı tutulmadığını anlatmaktadır. Keza aynı hüküm, somut bir sınırlama (miktar) belirtmeden idarenin, ödenmediğini saptadığı işçi ücretlerini ilgili müteahhidin hakedişlerinden ödeyeceğini de dile getirmektedir. Dolayısıyla bu noktada da herhangi bir sınırlamanın bulunmadığı akla gelebilir.<sup>40</sup> Ancak, anılan istihkaktan kesinti yoluyla ödeme yetkisi bizce kesintinin miktarını da içerir niteliktedir.<sup>41</sup> Öyle ki, ödenmemiş ücretler için yapılacak kesinti, ödenmesi söz konusu olan her bir hakedişin tutarı ile sınırlıdır kanısındayız. Ödenmemiş ücretler toplamının o dönem ödenecek hakedişten fazla olması halinde kamu makamının kesinti yetkisini sadece işçilerin bir kısmı için değil hepsi için orantılı biçimde kullanması beklenir. Bir istihkak döneminde ücretlerin karşılanamayan kısmının izleyen istihkak döneminde (eğer halen ödenmemişse) kesinti yoluyla ödenmesi gerekecektir. Yoksa bir istihkak ödenme döneminde ödenmeyen/ödenemeyen ücretin bundan sonra kesinti yoluyla ödenme olanağını kaybettiği (son istihkak değilse) söylenemeyecektir.

<sup>40</sup> Öğretide sonuç itibarıyla buna götürecek şekilde bkz. **Centel**, Ücret, 352; **Canbolat**, 61.

<sup>41</sup> **Akyiğit**, İş K. 36, 1431. Konuyla ilgili hüküm içeren BİGŞ’de ise müteahhit/taşeron istihkakından kesinti yoluyla ödenecek ücret tutarının her bir işçinin üç aylık ücreti ile sınırlandırıldığı görülmektedir. (BİGŞ. 33/VII).

İdarenin kesinti yetkisinin müteahhidin sadece “hakediş” ile mi sınırlandığı, yoksa bunun dışındaki bir kaleme (teminat) de mi yayılabileceği noktası tartışılmalıdır. Eğer işçi ücretleri için kesintinin müteahhitlerin yatırdığı teminatlar üzerinde de uygulanabileceği benimsenirse<sup>42</sup>, böyle bir durumda işçi ücretlerinin daha çok güvenceye kavuşacağı açıktır. Her ne kadar yasada kesinti (İş K. 36/1) ve sorumluluk (İş K. 36/2) ile ilgili hükümlerde hep açıkça “hakediş” deyimini kullanılmışsa da, maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemenin her çeşit teminatı da kapsamına aldığı görülmektedir (İş K. 36/3). Hal böyle olunca, idarenin kesinti yetkisinin müteahhitçe yatırılmış teminata da yayılmasının işin özüne uygun bir yaklaşım olacağı söylenebilir. Fakat bu kez de bunun İş K. 36/3’teki gibi her çeşit teminatı kapsayıp kapsamayacağı problemiyle karşılaşılabilir. Keza bir başka sorunu ise (yukarıdaki problem çözüldükten sonra) kesintide öncelikle başvurulacak kalemin hangisi olacağı teşkil edecektir. Bu bağlamda, üzerinde kesinti uygulanacak teminatın müteahhide iadesi gereken bir nitelik taşıması, bu özelliği taşımayanda uygulanmaması düşünülebilir. Aksi halde idare, işçi ücretlerini müteahhide ait bir kalemden değil bizzat kendi kesesinden karşılamış sayılacaktır ki, bu anlamlı gözükmemektedir. Sonra, bir ücret alacağıının istihkak dururken teminattan karşılanması da akla uygun bir çözüm tarzı olarak nitelenemeyecektir. O halde kesintinin öncelikle istihkakta uygulanması ve o yetmediği takdir ve nispette (iadesi gerekli) teminata kaydırılması aranmalıdır.<sup>43</sup>

Ödenmemiş ücretlerle ilgili olarak burada değinilecek bir başka nokta; müteahhidin aldığı işi kısmen/tamamen alt müteahhitlere (uygulamadaki adıyla taşeronlara) vermesi durumunda, taşeron işçisinin anılan nitelikteki bir ücret alacağı için de ilgili kamu makamının sorumlu/yetkili bulunup bulunmadığıdır. Her ne kadar BİGŞ. hükmünde, müteahhidin iş verdiği taşeronların işçilerinin de müteahhidin elemanları hükmünde olduğunu ve bunların ücretlerinin ödenmesinden doğrudan doğruya müteahhidin sorumluluk taşıyacağını (BİGŞ. 33/IX) ve taşeronların idareye karşı hiçbir sıfat ve etkilerinin bulunmadığını belirtiyorsa da (BİGŞ.18/6) bunların İş K. 36’daki sorumluluğu bertaraf edeceği söylenemez. Nitekim BİGŞ.’nin başka hükümlerinde açıkça “taşeron işçilerinin ücret alacakları”ndan söz edilmektedir (BİGŞ.33/III vd.). Kaldı ki bizzat kanun “... müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin ...” bulunup bulunmadığının kontrolünü ve varlığının tespiti durumunda da “... müteahhit veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri(n) bunların istihkaklarından” ödeneceğini belirtmektedir (İş K. 36/1). Dolayısıyla denebilir ki, ilgili idare müteahhidin işçilerinin ücretleri gibi, onun işi kısmen/tamamen verdiği taşeron (alt müteahhit) işçilerinin ücretleri için de müteahhidin istihkakından kesinti

<sup>42</sup> Bu anlamda bkz. **Çenberci**, 767; **Centel**, Ücret 351.

<sup>43</sup> **Akyiğit**, İş K. 36, 1432. Aynı şekilde bkz. **Centel**, Ücret, 351.

yapma yetkisine ve yapmadığında da sorumluluğa sahiptir. İşin içine alt müteahhidin girdiği durumlarda alt müteahhit/taşeron işçisinin en çok üç aylık ödenmeyen ücretlerinin İş K. 36'nın çifte tatbikine imkan verdiği söylenebilir. Öyle ki ilgili kamu makamı taşeron işçilerinin anılan nitelikli ücretlerini müteahhidin hakedişinden kesme yetkisine sahip bulunduğu gibi (İş K. 36/1, BİGŞ.33) bizzat müteahhit dahi taşeronun kendisinden isteyeceği istihkaktan (İş K. 36/son fıkrayı da dikkate alarak) onun işçilerinin her bir hakediş döneminde en çok üç aylık ücreti için kesinti yapabilecektir. İstihkaktan kesinti yetkisi ve sorumluluğun "ödenmemiş işçi ücretleri" hakkında öngörüldüğü dikkate alınır, müteahhit ve/veya taşeron işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğinin tespiti büyük önem taşıyacaktır. Bu yüzden ödenmemiş ücretlerin tespiti üzerinde biraz durmakta yarar bulunduğunu söyleyebiliriz. Mevcut yasal düzenlemeye bakıldığında ilgili idarenin, her bir istihkak bağlamında henüz ödeme yapılmadan istihkak ödeneceğini işyerinde şantiye şefliği işyeri ilan tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebilecekleri yerlere yazılı ilan asmak suretiyle duyurması gerektiği anlaşılmaktadır (İş K. 36/2, BİGŞ.33/IV). BİGŞ. çerçevesinde ilan yapıldığı, kontrol teşkilatının ve müteahhit veya vekili ile işçi temsilcisinin imzaladıkları bir tutanakla tespit edilerek bu tutanağın bir kopyası hakedişin (istihkak) ödeme yerine gönderilecektir (BİGŞ.33/IV). Ancak bu duyuru ve ilan her hak edişin ödenmesinden evvel ödemeye ne kadar süre kala yapılacağına dair yasada bir açıklık mevcut değildir. Bu yüzden, ilgili işçilerin ve işçilik haklarının tespiti ve aşağıda sunulacak işçilerin başvurusu bakımından bazı etkileri olabileceği gözden kaçırılmamalı, bu süre noktasında dürüstlük kuralı göz ardı edilmemelidir. Yapılan duyuru üzerine ücreti ödenmemiş işçilerin ne kadarlık bir süre içinde idareye başvuracağı yasada sessiz geçilmekle birlikte BİGŞ. kapsamında bunun "ilan tarihinden başlamak üzere bir hafta" olduğu görülmektedir (BİGŞ.33/IV).<sup>44</sup> İlandan sonra ücretinin ödenmediği iddiasıyla idareye başvuru yapılması durumunda, idare hemen ret veya istihkaktan kesinti yoluna gitmeyip, ilgili müteahhitten/taşerondan iddia edilen ücretlerin ödendiğine dair bilgi ve belge isteyecektir. Şüphesiz ücretin ödendiğinin ispatı işverene düşmektedir ve işverenin bu noktada işçinin imzasını taşıyan bordrolardan yararlanması beklenir. Nitekim pozitif düzenlemelerde de bir yöntem olarak bordroya bakılarak işlem yapılacağından söz edilmektedir (İş K. 36/1, BİGŞ. 33/III). Ancak, BİGŞ. bunu sadece bordro ile sınırlamamıştır. Gerçektende BİGŞ. "bildirilen alacak iddiaları, müteahhit veya taşeronun

<sup>44</sup> Öğretide bu sürenin 1475 sy. İş K. 29 (şimdiyse İş K. 36) bağlamında her bir somut olayın özellikleri çerçevesinde yargıç tarafından belirleneceği ve bu yapılırken de ilgili kamu kuruluşunun iş durumu ile müteahhit ve/veya taşeronun çalıştırdığı işçi sayısı gibi hususların dikkate alınacağından söz edilmektedir (Centel, Ücret, 351). Kanımca, farklı çözüme götürecek ek olgular bulunmadığı takdirde bu konuda BİGŞ.33/V'deki bir haftalık sürenin örneksime yoluyla uygulanması düşünülebilir (Akyiğit, İş K. 36, 1433 dn. 22).

kayıtları ile varsa puantaj ve daha önceki hesap pusulalarından incelenip anlaşmaya varılan miktarların (üç aylık ücret tutarını geçmemek üzere) müteahhitçe bordroya bağlanması sağlanır...” demektedir (BİGŞ. 33/IV). Şartname, varlığına kanaat getirilen ücret alacağıının nasıl ödeneceğine ilişkin olarak da hüküm içermektedir (BİGŞ.33/VIII, vd.). İdarenin bu noktalarda yetkili kılınması, onu ileride bu konuda yargıya intikal eden uyuşmazlıkta anılan yetkisini kullanıp gerekli işlemleri yaptığını ispat yükü altına sokacaktır.<sup>45</sup>

**3. İdarenin (kamu işverenin) Sorumluluğu:** Müteahhit/taşeron işçisinin müteahhitçe (taşeronca) ödenmemiş bulunan ücretinden dolayı müteahhide işi veren kamu kurum/kuruluşunun sorumlu tutulabilmesi için onun yukarıda dile getirilen kontrol ve ilan ile denetim yetkisini gereği gibi yerine getirmemesi şarttır. Ayrıca, idarenin bu görevini yerine getirmemesi yanında ilgili işçi ücretinin ödenmemiş bulunması da gerekmektedir. Nihayetide idarenin bu yüzden sorumluluğu her bir işçiye karşı o işçinin her bir hakediş dönemindeki üç aylık ücreti tutarını aşamayacaktır (İş K. 36/2).<sup>46</sup> Keza ücret alacakları her bir işçinin üç aylık ücreti tutarını aşmasa da bunların toplamının müteahhide/taşerona ait hakedişten (istihkaktan) fazla olmaması gerekir.

Konuyla ilgili olarak 1475 sayılı İş K. dönemindeki bir Yargıtay kararında da bu anlayış şöyle dile getirilmektedir; **“1475 sayılı İş Kanunu’nun 29. maddesine göre, kamu kuruluşlarının müteahhide verdikleri bakım ve onarım işlerinde işyerinde çalışan işçi ücretlerinden sorumlu tutulabilmeleri için maddede öngörülen koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunun için öncelikle müteahhit ya da taşeronlara yaptıktan iş karşılığı ödenmesi gereken bir istihkak söz konusu olmalıdır. Bir başka anlatımla istihkakın miktarından fazlası için kamu kuruluşu sorumlu tutulamaz. 29. maddedeki koşulların mevcut olup olmadığının anlaşılabilmesi için ihale dosyaları ile istihkak belgelerinin öncelikle getirilmesi ve müteahhidin işçilerinin de kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ve varsa borç miktarlarının tespit edilmesi icap eder”**.<sup>47</sup> Aynı yönde daha yakın tarihli

<sup>45</sup> **Akyiğit**, İş K. 36, 1433. Bunu anlatan bir Yargıtay kararı olarak bkz. HGK. 16.06.1982-9-2369/705.

<sup>46</sup> Bu konuda bkz. **Çenberci**, 767 vd.; **Akyiğit**, İş K. 36, 1434. **Centel**, Ücret, 349 vd.; **İnce**, Ücret, 239. Keza bkz. 9. HD. 20.06.1996-3068/14140. İstihkaktan kesinti yükümünü kasten yerine getirmeyen kamu kuruluşunun ücretin üç aylık kısmı değil tamamından sorumlu tutulması, buna mukabil kastın bulunmadığı durumlarda üç aylık sınırlamanın uygulanması gerektiği söylenebilir (aynı yönde **Centel**, Ücret, 352).

<sup>47</sup> 9. HD. 24.06.1998-8815/10841. Yine bir başka kararda soruna değinen kısım aynen şöyledir; **“Anahtar teslimi bir ihale sözleşmesi ise, davalı... Genel Müdürlüğünün ... ancak 1475 sayılı İş Kanununun 29. maddesindeki üç aylık ücret tutarı ile sınırlı olarak sorumlu tutulması olanağı vardır.”** (9. HD.

bir kararda ise şöyle denilmektedir;” **Davalılardan ... İnş. Tic. Ltd. Şti.’nin ihale yoluyla diğer davalı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünden bir bina yapım işini üstlendiği anlaşılmaktadır. 1475 sayılı İş Kanununun 29. maddesinde, müteahhitlere ödenecek her istihkaktan önce işyerinde çalışan işçilerden müteahhit tarafından ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığını kontrol edip, ücretleri ödenmeyen varsa bunların istihkaklarından ödenmesi ve üç aylık tutarından da sorumlu tutulması kurallarına yer verilmiştir. Davacı işçi dört aylık ücret isteğinde bulunduğuna göre anılan madde çerçevesinde bir araştırma ve inceleme yapılmalıdır. Bilirkişi raporunda da bu nokta üzerinde durulmuştur. Davalı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün sorumluluğu bakımından az önce belirtildiği şekilde bir inceleme ve irdeleme yapılmaksızın isteğin reddine karar verilmesi hatalıdır” (9. HD. 14.01.2002 - 16129/20).**

İlgili kamu kurumunun/kuruluşunun sorumluluğu bağlamında çıkan bir uyuşmazlıkta öncelikle İş K. 36 anlamında bir işin müteahhit eliyle yaptırımının bulunup bulunmadığı; bunun varlığı halindeyse hak iddiasında bulunanın anılan müteahhidin işçisi olup olmadığı ve bu işte çalışırken hak kazanılıp da ödenmemiş bir ücret alacağıının bulunup bulunmadığı, istihkakın tümüyle ödenip ödenmediği<sup>48</sup> ve nihayetinde idarenin kendisine düşen yükümü yerine getirip getirmediği noktalarının açıklığa kavuşturulması zorunludur. Müteahhit ilişkisini ve ona verilen işlerin İş K. 36’ya girip, kendisinin de onun işçisi olduğunun ve bu işte çalışırken hakettiği bir ücret alacağıının bulunduğu işçi tarafından ispatı gerekir. Ancak, ücret alacağıının ödendiğinin ve/veya kendisine düşen yükümlerin yerine getirildiğinin ispatı ise ilgili kamu kuruluşuna düşecektir.<sup>49</sup> Şüphesiz yargılama esnasında davalı kamu kuruluşunun mevcut davayı müteahhide ihbar etmesi (HUMK.49 vd.) kadar müteahhidin de söz konusu davaya müdahale/katılma olanağının (HUMK. 53 vd.) varlığı açıktır.

İş K. 36 gereği kamu kuruluşunun sorumluluğu bağlamında değinilecek bir nokta, kamu kuruluşu gerekli ilanı yaptığı halde ilgili işçinin (o istihkak ödenmeden) idareye

---

20.06.1996-3068/14140). Nispeten eski tarihli bir daire kararında ise şunlar söylenmektedir; “**1475 sayılı Yasanın 29. maddesine göre ihale makamı durumunda bulunan davalı Bayındırlık Bakanlığının ihale konusu işyerinde çalışan müteahhit veya taşeron işçilerinin ücret alacağıından sınırlı sorumluluğu, her hakedişten önce işyerinde ücretini alamamış işçi olup olmadığı, tespit için işyerinde yazılı ilan ve bu konuda yasaca yükümlü olduğu araştırma ve incelemeyi yapmamış olması halinde söz konusudur.**” (9. HD. 04.12.1980-1221/12744; Çenberci, 769).

<sup>48</sup> Yargıtay’a göre de “... **Davada istenen işçi ücretlerine yetecek istihkak tamamen ödenmediğine göre, iş Yasasının 29. maddesi koşullarının gerçekleşmediği nazara alınma(dan) Bakanlığın sorumlu tutulması da yasaya aykırıdır.**” (9. HD. 21.12.1982-9736/9958,Çenberci, 769).

<sup>49</sup> Bu paralelde bkz. HGK. 16.06.1982 – 9-2369/705.

başvurmamasının sorumluluğa etkisidir. Böyle bir durumda işçinin başvurmamasının haklı görülebilecek bir nedene dayanıp dayanmadığı yanında idarenin başvuru olmasa bile söz konusu alacağın varlığını bildiği/bilebilecek konumda olup olmadığı üzerinde durulabilir ve çözüm de buna göre değişir. Hal böyle olunca; o işçiye ait ücretin ödenmediğini bilen/bilebilecek durumda olan bir idarenin sırf işçinin (bunu mazur gösterecek bir nedeni olmasa da) başvurmamasını gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.<sup>50</sup> Buna karşın kendisine düşen tüm yükümleri (araştırma, ilan vs.) gereği gibi yerine getiren bir kamu kuruluşunun da sırf haklı bir sebeple süresinde başvurmamış işçiye karşı sorumlu tutulması mümkün gözükmemektedir.<sup>51</sup>

Önemli bir nokta kamu kuruluşunun sorumluluğuna esas ücretin hangi ücret olacağına kendisini göstermektedir. Öyle ki, acaba burada işçiyle onun işvereni olan müteahhit/taşeron arasındaki ilişkide bulunan ücretin mi yoksa iş sahibi kamu kuruluşunun kendi işçilerine uyguladığı ve ondan daha yüksek gözükken ücretin mi esas alınacağı tartışılabilir. Bu konuda 1475 sy. İş K. döneminde “Kamu Kuruluşlarında Yapıtırılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları ile İlgili Genel Esaslar”dan (md.2/b)<sup>52</sup> ve BİGŞ. 33/XIII’deki hükümden hareketle, işin sahibi niteliğindeki kamu kuruluşunda uygulanan daha yüksek ücretin baz alınacağı ileri sürülmekte idi.<sup>53</sup> Ancak, 94 sy. sözleşmeden hareketle ve onun içeriğine uygun bir yasal düzenleme yapılmadan sırf onama işlemiyle iç hukuk kuralı haline gelemeyeceği gerekçesiyle böyle bir uygulamayı reddedenler de bulunmakta idi.<sup>54</sup> Keza konuyla ilgili olarak Yargıtay 21. HD.’nin yakın tarihli bir kararında da müteahhit işçisinin ücreti saptanırken iş sahibi kamu kuruluşundaki TİS’in dikkate alınmayacağı

<sup>50</sup> Aynı şekilde **Çenberci**, 767. **Akyiğit**, İş K. 36, 1435. Bu durumda işçinin gecikmesinin birlikte kusur (müterafik kusur) sayılarak (BK.44) kamu kuruluşunca ödenecek miktarda indirim nedeni olacağı ileri sürülmekte (Çenberci, 767) ise de, bunun kabulü, kamu kuruluşunun ödeyeceği şeyin “tazminat” niteliği taşımasına bağlıdır. Öğretide bunu benimseyenler vardır (**Çenberci**, 767 ve **Centel**, Ücret, 350) fakat biz anılan ödemenin ücret yerine ödenen bir tazminat değil gerçekten “ücret” niteliğinin bulunduğunu düşünüyoruz. Bu yüzden de birlikte kusur ve indirim olgularının burada uygulanamayacağı kanısındayız (**Akyiğit**, İş K. 36, 1435 dn. 28).

<sup>51</sup> **Akyiğit**, İş K. 36, 1435. Krş. **Çenberci**, 767 ve **Centel**, Ücret, 350.

<sup>52</sup> Bu genel esaslar 01.11.1998 tarihli RG’de yayınlanmış olup, metni ekte sunulmuştur.

<sup>53</sup> **Çelik**, İş Hukuku, 125-126; **Güzel**, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi, (İstanbul 1998, 188).

<sup>54</sup> **Güzel**, ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı (ILO Normları ve Türk İş Hukuku, yy.ISGHTMK.) Ankara 1997, 22 vd. Bununla birlikte yazar bu düşüncesinden sonraki bir yayınında vazgeçmiş gözükmemektedir (Bkz. **Güzel**, Seminer 96,188).

benimsenmişti.<sup>55</sup> Şimdiye Ay.90'da yapılan değişiklik sonrası durum daha da önemli hale gelmiştir. Bizce ücret konusu da ekonomik ve sosyal bir temel haktır fakat ayrı işverenlik durumu sıkıntıya yol açacaktır.

Son bir husus, İş K. 36'daki şartları yerine getirmediği için sorumlu tutulan kamu kurumunun/kuruluşunun böyle yaptığı ödemeyi o işçinin işvereni niteliğini haiz müteahhitten/taşerondan istemesinin mümkünlüğü ve bunun yasal dayanağının da sebepsiz zenginleşme kuralları (BK.62 vd.) olacağıdır.<sup>56</sup> İşçi tarafından ilgili kamu kuruluşu aleyhine açılacak dava iş mahkemesinde görülürken<sup>57</sup> kamu kuruluşuyla müteahhit arasındaki rücu davasının genel hukuk mahkemelerinde görüleceği söylenebilir (**Akyiğit**, İş K. 36, 1436).

**4. Devir/Haciz ve İcra Takibine Karşı Korunma:** İş K. md. 36'da getirilen ve işçi ücretinin korunması bağlamında değerlendirilebilecek bir başka güvence, işverenin borcu nedeniyle işyerindeki tesisat vs. ile başka kıymetlere yöneltilecek haciz ve icra işlemleri (İş K. 36/4) ile kamudan iş alan müteahhitlemin teminat ve istihkakları üzerinde yapılacak devir/haciz ve icra işlemlerine (İş K. 36/3) karşı işçi ücretinin bundan tümünden veya kısmen etkilenmemesidir. Anılan hükümler incelendiğinde aslında iki ayrı güvencenin getirildiği görülmektedir. Öyle ki bunlardan birisi sadece İş K. 36/1 kapsamındaki müteahhit/taşeron işçilerinin ücretlerinin korunmasını hedeflemiştir (İş K. 36/3). Diğeriyse genel olarak işverenin üçüncü kişilere olan borcu nedeniyle işyerindeki tesisat vs.ye konulacak haciz ve icra takibine karşı o işyerinde çalışan işçilerin ücretlerinin korunmasına yönelik güvencedir (İş K. 36/4). İşte bizde anılan düzenlemelerin bu özelliklerini göz önünde tutarak ayrı ayrı incelenmesinin isabetli olacağını düşünüyoruz. Buna göre;

#### **A. Müteahhit İşçileri Bakımından Getirilen Güvence**

Yasa İş K. 36/1'de sayılan kamu kurum ve kuruluşlarından yapım ve onarım işlerini alan müteahhitlerin bu işte çalıştırdıkları işçilerin ücret alacaklarının bizzat müteahhitçe yapılacak işlemlere (devir ve el değiştirme) karşı olduğu gibi başkalarınınca müteahhite yöneltilecek haciz ve icra takibine karşı da korunmasını öngörmektedir. Getirilen bu hükümde "anılan müteahhitlerin bu idaredeki her çeşit teminat ve istihkakları üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi bu işte çalışan işçilerin ücret alacaklarından fazlası hakkında hüküm ifade eder" denilerek buna işaret edilmektedir (İş K. 36/3). Söz konusu düzenlemenin açılımında şunlar söylenebilir; Her şeyden önce ortada

<sup>55</sup> 21. HD. 18.10.1996 – 2261/5790.

<sup>56</sup> **Çenberci**, 767. **Akyiğit**, İş K. 36, 1436.

<sup>57</sup> 9. HD. 16.06.1972-22125/20547 (**Çenberci**, 769) ve öğretilde aynı yönde bkz. **Çenberci**,767.

İş K. 36/1'de belirtilen şekilde bir kamu kurum veya kuruluşundan müteahhitçe alınan bir yapım ve onarım işi bulunmalıdır. Müteahhidin aldığı bu işte çalıştırdığı işçilerin bizce yine bu işte çalışarak hak kazandıkları ve fakat henüz ödenmemiş ücret alacakları bulunmalıdır. Ücret alacağıın miktarı bakımından herhangi bir sınır getirilmemiştir ve bu yön aşağıda sunulacak genel olarak işveren işçilerinin ücretiyle ilgili güvenceden önemli bir farklılıktır. Yine İş K. 36/3'de getirilen güvencenin işleyebilmesi için müteahhidin ilgili kamu kuruluşunda teminat ve/veya istihkakı bulunmalıdır. Teminatın türünün önemli olmadığı "her çeşit teminat" biçimindeki yasal ibareden açıklıkla anlaşılmaktadır. İşte bu teminat ve istihkak üzerinde bizzat müteahhitçe yapılacak her türlü devir-temlik işlemleriyle başka türlü yaşanacak el değiştirmeler veya anılan kalemlere başkalarınınca yöneltilecek haciz ve icra takibi söz konusu işçilerin henüz ödenmemiş ücret alacakları çıkıldıktan sonra geriye bir şey kalmışsa sadece bu "geri kalan kısım" üzerinde geçerli kabul edilecektir. Görüldüğü gibi burada belli özellikleri taşıyan işlerde sadece müteahhit işçilerinin bu işte kazandıkları ücret alacakları için sadece müteahhitlerin idaredeki her çeşit teminatı ve istihkakı üzerindeki işlemlere karşı güvence getirilmiştir. Bunun gerçekten önemli bir kurum olduğunu söyleyebiliriz (**Akyiğit**, İş K. 36, 1437).

## B. Genel Olarak İşçiler İçin Getirilen Güvence

Yukarıda değinilen durumdan farklı olarak yasakoyucu genel olarak işverenin üçüncü kişilere olan borcu nedeniyle işyerindeki malzeme vs. değerler üzerinde haciz ve icra takibine gidildiğinde bunu o işyerinde çalışan işçilerin ücret alacakları karşısında belli ölçüde sınırlamak gereğini de duymuştur. Bu konudaki düzenlemeye göre; "**Bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş veya tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder.**" (İş K. 36/4). Görüldüğü gibi burada getirilen güvence İş K.'ya tabi olmak koşuluyla her tür işte çalışan işçiler içindir. Keza bunların işverenin müteahhit olması da zorunlu değildir. Tümüyle kendi işini yapan bir işveren de olabilir. Bu noktalarda güvencenin yaygınlaştırıldığından ya da geniş bir uygulama alanı bulduğundan söz edilebilir. İşçilerin işverenden olan ücret alacağıın bu işyerinde kazanılmış bulunmasının zorunluluk taşıyıp taşımadığı tartışılabilir. Yasanın "bu işyerinde çalışan işçilerin ücret alacakları"ndan bahseden ifadesi ücretin de bu işyerinde edinilmesi gerektiğini anlatır şekilde yorumlanmaya zorlanabilir. Ancak, yorumsuz olan şey, işverenden ücret alacağı bulunan işçinin bu işyerinin (haciz ve icra takibi uygulanacak işyerinin) işçisi olmasıdır. Güvence sadece işverenin ilgili işçinin çalıştığı bu işyerindeki "tesisat/malzeme/ham-yarı işlenmiş-tam işlenmiş mallar/başka kıymetler (değerler)" üzerinde uygulanacak haciz ve icra takibi içindir. Başka işlemleri kapsamaz. Hatta anılan mallar ve mal varlığı değerleri üzerinde bile belli bir miktar ücret alacağı güvenceye kavuşturulmuştur. Buna göre, güvence kapsamındaki ücret alacağı



“icra/haciz kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret”ten ibarettir. İşçinin bunun dışındaki ücret alacağı söz konusu korumadan yararlanamayacaktır (**Akyiğit**, İş K. 36, 1437).

**5.Yükümlere Aykırılık:** İş K. 36 hükmüne aykırılık durumunda herhangi bir ceza öngörülmemiştir. İş K. 36'daki güvenceleri kaldıran veya daraltan sözleşmeler geçersizdir (BK.19, 20). İş K. 36/3'ün kamu tüzel kişilerini ve asıl işverenleri müteahhit işçilerinin sadece 3 aylık ücretiyle sorumlu tutan hükmünün İş K. 2/6-7 fıkradaki miktar içermeyen sorumluluk karşısındaki durumunun bilinmesi önemlidir. Acaba İş K. 36/3 hükmü asıl işveren niteliğindeki kamu tüzel kişilerinin İş K. 2/6-7 fıkradaki sorumluluğunu sınırlamakta mıdır? Kaldı ki bu imkan isterse özel kişi işverenlerce de kullanılabilmesine göre (İş K. 36/son fıkra) anılan hüküm (İş K. 2/6 fıkra) böylece bir başka hükümde sınırlanarak işçilik haklarından asıl işverenin sorumluluğu daraltılmakta mıdır?<sup>58</sup> Kanımca sorunun çözümünde şöyle düşünülebilir. Bilindiği üzere gerek kamu gerekse özel kesim işverenlerinin müteahhede verdikleri işlerde müteahhitte aralarında bir asıl-alt işveren ilişkisi olabileceği gibi bu nitelikten uzak saf bir eser sözleşmesi vs. niteliği bulunması da mümkündür. Her ne kadar İş K. 36'da alt işverenliğin bulunduğu haller istisna edilmiş değilse de İş K. 2/6-7 fıkra, alt işverenliğin yaşandığı durumlarda asıl işverene alt işveren işçisine karşı daha kapsamlı bir sorumluluk yüklemektedir. İşte bize göre, İş K. 36, İş K. 2/6-7 fıkradaki sorumluluğu bertaraf etmemiş, tam tersine alt işverenlik bulunmayan ve dolayısıyla da İş K. 2/6'nın uygulanamayacağı hallerde müteahhit işçilerinin hiç değilse ücret alacağının bir kısmına güvence getirmiştir. Dolayısıyla İş K. 36/3, İş K. 2/6'nın uygulanmadığı alanda anlam ifade etmektedir. Bunu özel kesim işverenlerine de isteğe bağlı yaymanın amacı budur (**Akyiğit**, İş K. 36, 1438).

<sup>58</sup> Nitekim uygulamada bu tür soruyla karşılaşılmaktadır. (Bkz. **O.Önal**'ın Seminer 96, 404/41'deki sorusu)