

## **ALT İŞVERENLİKLE İLGİLİ DÜZENLEMELER HAKKINDA DANIŞTAY VE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN SON KARARLARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **I- GİRİŞ**

Alt işverenlik, ilk İş Kanunumuz olan 3008 sayılı Kanun döneminden beri çalışma hayatımızda var olan bir kurumdur. Alt işveren, kısaca asıl işverenden aldığı iş kapsamında kendi işçilerini aynı işyerinde çalıştıran farklı bir işverendir.

Alt işverenlik, gerek kamu gerek özel kesim işyerlerinde sıkça kullanılan ve personel istihdamında esneklik sağlayan bir iş hukuku kurumudur[1]. Alt işverenlik ilişkisinin 1971 yılından 1985 yılına gelene kadar ciddi bir sorun oluşturmadığı, adeta varlığının çok fazla hissedilmediği, fakat 1985 yılından sonra artan bir ivmeyle sorun haline geldiği, belirtilmektedir. Alt işverenlik önce asıl işlere yardımcı işlerde başlamış, giderek asıl işlerin yürütülmesine ulaşmış ve son 10 yıl içerisinde de hızla yaygınlaşmıştır. Bu şekilde alt işverenlik, işletmenin faaliyet alanının dışında özel uzmanlık gerektiren bir işin görülmesi olarak oldukça da yararlı bir uygulama olmaktan çıkmış ve başlı başına özel ve alternatif bir istihdam modeli haline gelmiştir[2]. Bu nedenlerle, her zaman güncelliğini korumuş ve ciddi tartışmalara neden olmuştur.

Günümüzde yaklaşık olarak kamu sektöründe 650.000 özel sektörde ise 550.000 işçi, alt işverene bağlı olarak çalışmaktadır. Bu önemli işverenlikle ilgili biri Danıştay'ın diğeri Anayasa Mahkemesi'nin son güncel iki ayrı kararı ve değerlendirilmesi makalemin konusudur.

### **II- KARARLAR**

#### **A- Danıştay'ın Kararı[3]**

Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü tarafından açılan davada, Alt İşverenlik Yönetmeliğindeki 3, 4, 11, 12 ve 13. maddelerin İş Kanununu aşar şekilde asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesini, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi haliyle sınırlanmasında hukuka uygun bulunmadığı, muvazaa tespitinin yargı mercileri yerine iş müfettişlerine bırakılmasının hukuk devleti ve kuvvetler aykırılığı ilkelerine ters düştüğü, iş müfettişlerince hazırlanan raporlara yapılan itirazların iş mahkemesince kesin olarak karara bağlanmasının da adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği iddiaları, iptal davasına konu yapılmış, bu arada İş Kanununun 3. maddesinin ikinci fıkrası da Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması isteminde bulunulmuştur.

Danıştay tarafından anayasaya aykırılık iddiası ciddi görülmemiştir.

1475 sayılı İş Kanununda alt işverenlik ilişkisinin koşul ve unsurları ile Yasanın amacını aşan alt işverenlik ilişkisinin mevcudiyeti halinde uygulanacak yaptırımın belirlenmesi nedeniyle, oluşan bu yasal boşluğun uygulamada hakkın kötüye kullanılmasına yol açtığı, asıl işverenin, iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmasına imkan sağladığı tespiti üzerine 4857 sayılı Kanundaki alt işverenlikle ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Yapılan düzenlemeler sonrasında "bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.*

*İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*

*Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.*

*Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” hükmüne yer verilmiştir.*

Söz konusu Alt İşverenlik Yönetmeliği 27.09.2008 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelik hükümleri, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine açıkça aykırı olduğunu ileri sürmüş ise de, Yasa ve Yönetmeliğin amacı aynı olduğundan, Yönetmeliğin dayanak maddesinde gösterilmeyen İş Kanununun 2. maddesi kapsamında düzenleme yapılması, aynı Kanunun 3. maddesinde verilen düzenleme yetkisi kapsamını aşmadığından, yetki yönünden hukuka aykırılık görülmemiştir.

Yönetmelikte alt işverene asıl işin bir bölümünün verilebilmesi için, işin “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” bir iş olması koşullarının birlikte aranmasına yönelik şart koşulmasının Yasaya aykırı olduğu iddia edilmiş olsa da, Yasada bu iki koşulun “ile” bağlacı ile bağlanması, yasa teklifinin gerekçesinde de açıkça “alt işverenin asıl işverenden iş alabilmesi işyeri gereklerine “ve” teknolojik nedenlere bağlanmıştır”, ifadesiyle koşulların birlikteliğinin belirtilmesi, yine gerekçede muvazaaya ilişkin yeni kuralların Yargıtay içtihatlarından harekete getirildiği dikkate alındığında ve Yargıtay içtihatlarında da bu iki koşulun birlikte gerçekleşmesi halinde alt işverenlik ilişkisinin kurulabileceği tespitlerine yer verilmesi karşısında Yasaya aykırılık bulunmamıştır.

Öte yandan, muvazaa tespitinin yargı mercilerinin görevi olduğu, iş müfettişlerince inceleme yapılmasının yargı yetkisinin gaspı niteliğinde olduğu iddiası konusunda ise Danıştay, İş Kanununun 3. maddesinde, bu yetkiye açıkça yer verilmesi, 91. maddesinde ise, Devletin çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izleme ve denetleme görevini iş müfettişleri eliyle yerine getireceğini belirten hükümlerin bulunması karşısında muvazaa tespitinin iş müfettişlerinin görev tanımı içinde bulunduğunu belirtmiş ve dava konusu yapılan Alt İşverenlik Yönetmeliğini hukuka aykırı görmemiştir.

## **B- Anayasa Mahkemesi'nin Kararı[4]**

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesinin, ikinci fıkrasındaki “itiraz üzerine verilen kararlar kesindir.” biçimindeki beşinci cümlesinin, Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek iptalini talep etmiştir.

Söz konusu 3. maddenin 2. fıkrası şöyledir: “*Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.*”

İptalle ilgili 22. H.D.'nin gerekçelerini kısaca özetlemek istersek: Çalışma hakkı olumlu edim gerektiren ve bu konuda daha çok devleti sorumluluk altına sokan bir hak niteliği taşıdığından, bu

hakki zayıflatan muvazaalı işveren uygulamalarına karşı kanun yollarını kapatan bu hüküm, Anayasa'nın 49. maddesine aykırıdır. Mahkemenin verdiği (muvazaanın varlığı veya yokluğu hakkındaki) kesin hüküm, bu davanın tarafları olmayan kişiler yönünden kesin hüküm ve kesin delil oluşturmaz. Bu nedenle iş müfettişinin muvazaa tespitine karşı açılan itiraz davası sonucunda muvazaa bulunmadığına yönelik verilecek karar, işçinin, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı veya muvazaaya dayalı olduğu iddiasıyla asıl işverene karşı işe iade veya alacak davası açmasına engel teşkil etmemektedir. Aynı şekilde sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmak için açacağı yetki tespiti v.b. davalarda da kesin hüküm ve kesin delil oluşturmayacaktır. Ne var ki, itiraz davasında verilen hükmün, tarafları farklı diğer bir davada (kesin hüküm ve kesin delil değil), kuvvetli bir takdiri delil teşkil etmesi mümkündür. İşçinin tarafı olmadığı bir davada oluşan kuvvetli takdiri delilin aleyhine sonuç doğurması göz önünde bulundurulduğunda iş mahkemesince verilen kararın kesin olması anayasal güvenceye sahip çalışma hakkını zayıflatıcı ve hatta ortadan kaldırıcı niteliktedir.

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkrasına aykırı olarak kurulan veya muvazaaya dayanan asıl işveren-alt işveren ilişkileri işçinin daha düşük ücret ve sosyal yardımlarla çalışmasına, iş güvencesinin zayıflamasına, daha ağır çalışma koşullarına tabi tutulmasına, sendikal örgütlenme ve toplu iş sözleşmesi düzeninin dışına itilmesine neden olmaktadır. Muvazaanın tarafları "asıl işveren" ile "alt işveren"dir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesi gereğince muvazaa tespit eden iş müfettişinin raporuna karşı iş mahkemesinde açılan itiraz davasında işçi yer almamaktadır. İşçinin taraf olarak yer almadığı ve delil sunma imkânından yoksun bulunduğu bir yargılama sonucunda muvazaa bulunmadığına yönelik mahkeme kararının kesin olduğunun kabulü, işverene kanuna aykırı uygulaması için adeta "ruhsat" anlamına gelecektir.

Davalarda asıl olan, ilk derece mahkemelerinin verdikleri kararlara karşı, menfaati olan tarafın kanun yoluna başvurusudur. Kanun yoluna başvurma, hak arama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Kural bu olmakla birlikte, istisnai bazı durumlarda ilk derece mahkemelerinin verdiği kararların kesin olduğu yolunda kanunlarda (örneğin HMK m.341/f.2) hüküm yer almaktadır. Kanun koyucunun İş Kanununun 3. maddesinin ikinci fıkrasının getirdiği itiraz davası bakımından da bu yönde yeni bir istisna kabul ettiği anlaşılmakta ise de, itiraz davasının konusu, niteliği itibarıyla işçi - işveren ve hatta ülke ekonomisi bakımından çok önemli sonuçlar doğurmakta olduğundan, "istisna" olmaya müsait değildir.

İtiraz davasının üst mahkemeye gitmesine izin verilmemesi, ilk derece mahkemesinin yanlış karar vermesi halinde, Yargıtay'ın müdahalesini ve daha da önemlisi bu konuda ülke çapında hukuk birliğinin sağlanmasını güçleştirecektir. Bu nedenle, İş K. m.3,II/cümle 4'deki kanun yollarını kapatan söz konusu hükmün Anayasanın hak arama özgürlüğünü kısıtlar nitelikte ve Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.

### **Anayasa Mahkemenin Ret Gerekçesi**

Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmamakta, uygulamada bunlardan birine öncelik tanınmamaktadır. Bu nedenle, bazen zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti için düzenlendiği maddede herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de, davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. ve mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır. Buna göre, kanun koyucu, uyuşmazlıkların niteliklerini gözeterek, Anayasa'daki yargı ile ilgili temel ilkelere ve güvence kurallarına aykırı bulunmamak şartı ile yargı yerlerince verilecek kararlardan hangilerinin kesin olduğunu belirleyebilecektir.

Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, her uyuşmazlığın zorunlu olarak iki ya da üç dereceli yargılamaya tabi olmasını gerektirmez. Anayasa'da iki dereceli yargılamayı zorunlu tutan bir kural olmadığı gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'nin taraf olmadığı 7 Numaralı Protokolü'nün 2. maddesi ile Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin beşinci fıkrasında yalnızca ceza davaları açısından iki dereceli yargılama öngörülmüş, hukuk davaları açısından ise iki dereceli yargılama zorunluluğu getirilmemiştir. Bu nedenle bazı hukuk uyuşmazlıklarının usul ekonomisi vb. nedenlerle iki dereceli yargılamaya kapatılması yasama organının takdir yetkisi içinde olup hak arama hürriyetine aykırılık oluşturmaz.

4857 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrası, sosyal hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak, diğer bir ifadeyle, asıl işveren ile alt işverenin işçiler aleyhine muvazaalı işlem yapmalarına engel olmak ve muvazaalı işlem yapılmışsa, işçilerin bu işlemle yoksun bırakılan haklarını koruma altına almak amacıyla kabul edilmiştir. Bu kapsamda itiraz konusu kuralın da, bir yandan iş müfettişlerinin muvazaalı işlem tespit etmeleri üzerine düzenledikleri rapora karşı açılan itiraz davasının en kısa zamanda sonuçlandırılarak, uzayan yargılama nedeniyle işçilerin mağdur olmalarına engel olmak, diğer yandan da Yargıtay'ın iş yükünü azaltmak amacıyla kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, iş mahkemesi kararlarına karşı açılan davaların hızlandırılarak, işçi haklarının korunmasına ve mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına yönelik kamu yararı amacıyla, temyiz yoluna gidilmesini önleyen itiraz konusu kuralın adalet duygusunu rencide eden, hak arama hürriyetini ve çalışma hakkını aşırı derecede zorlaştıran ya da ortadan kaldıran, dolayısıyla hakkın özüne dokunan bir sınırlama olmadığı açıktır.

Öte yandan, başvuru kararında iş müfettişlerince yapılan inceleme sonucunda muvazaalı işlemi tespit eden rapora karşı iş mahkemesine açılan itiraz davasında, işçinin yer almadığı ve delil sunma olanağından yoksun bulunduğu, böyle bir yargılama sonucunda muvazaa bulunmadığına yönelik mahkeme kararının kesin olduğunun kabul edilmesinin işverene kanuna aykırı uygulama yapması için adeta ruhsat vermek anlamına geldiği ileri sürülmüş ise de 4857 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 3. maddesinin ikinci fıkrası, işçilerin lehine kabul edilmiş olup, haklarının ihlal edildiğini düşünen işçilerin muvazaanın tespiti ya da başkaca nedenlerle bağımsız olarak dava açmalarına ya da iş müfettişlerinin raporuna karşı işverenler tarafından açılan itiraz davasına müdahil olarak katılma talebinde bulunmalarına engel teşkil etmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasaya aykırı değildir.

### **III- SONUÇ**

Alt işverenlik konusunda uzun zamandır ifade edilen ve tartışma yaratan tereddütlü konulardan ikisi daha Yargı kararları ile sonuca bağlanmıştır. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin İş Kanununa, İş Kanunundaki alt işverenliğin muvazaalı olduğuna dair müfettiş raporunun kesinleşmesine ilişkin prosedürün Anayasaya, aykırı olmadığına karar verilmiştir.

Kimilerinin yargının kesin iptal edeceği bu düzenlemelerle işlem yapıyor şeklindeki kaygılarına son veren bu kararlar son derece yerindedir. Zira Danıştay, İş Kanununun 2. maddesinin 3. fıkrasında iyi ifade edilemeyen asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesinde aranılan, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulunun birlikte gerçekleşmesi gereğini, Alt İşverenlik Yönetmeliğinde açıkça ortaya konmasını hukuka aykırı görmemiştir. Bu iki koşulun ayrı aranması halinde hemen hemen her iş bölünerek alt işverenliğe verilmesinin önüne geçilemeyecekti. Öte taraftan iş yargılamasının uzun sürmesi, Yargıtay'ın iş davalarına bakan Dairelerinin iş yükünün artması, alt işverenlikle ilgili kesin kararın gecikmesinin doğurduğu çalışma yaşamına ilişkin belirsizliğin uzaması, çalışma barışını da olumsuz etkilemektedir. Bu nedenlerle de iş müfettişlerince düzenlenen muvazaalı işlemin tespitine ilişkin raporların kısa sürede kesinleşmesine ilişkin İş Kanunundaki sürecin yerinde olduğu, değerlendirilmektedir.

---

[1] Ercan AKYİĞİT, "Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhide İş Verme Özeldekinden Farklı Mıdır?", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 23, Sayı 4, s.1.

[2] Murat ÖZVERİ, "Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/2, s.384.

[3] Dn. 10. D.'nin 12.02.2013 tarihli ve E. 2008/10796, K. 2013/831 sayılı kararı.

[4] Anayasa Mahkemesinin 18.10.2012 tarihli ve E.2012/40, K. 2012/158 sayılı Kararı. Karar 12.05.2013 tarih ve 28645 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.