

Davacının, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu iddiasıyla kendisinin asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan işçilik alacaklarının tazmini talebiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2016/2

Karar Sayısı : 2016/198

Karar Tarihi : 28.12.2016

R.G.Tarih-Sayısı : 18.1.2017-29952

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 21. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: A- 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun;

- maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*...alt işverenin taraf olduğu...*" ibaresinin,
- maddesine, 1.7.2006 tarihli ve 5538 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen dokuzuncu fıkranın (b) bendinde yer alan "*...toplu iş sözleşmesi...*" ibaresinin,

B- 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen üçüncü fıkranın,

Anayasa'nın 10., 48. ve 49. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacının, asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu iddiasıyla kendisinin asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan işçilik alacaklarının tazmini talebiyle açtığı davada, itiraz

konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

1- 4857 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 2. maddesi şöyledir:

"MADDE 2- Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.

İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.

İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.

(Ek fıkra: 23/7/2010-6009/48 md.; Mülga dördüncü fıkra: 20/6/2012-6331/37 md.)

İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur.

Bu Kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır. İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz.

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.

(Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) 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;

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

1. 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 malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,

hak kazanamazlar.

(Ek fıkra: 1/7/2006-5538/18 md.) Sekizinci fıkroda belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. 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 bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

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

1. Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,

yönünde hükümler konulamaz.”

2- 4735 sayılı Kanun’un itiraz konusu kuralı da içeren 8. maddesi şöyledir:

“MADDE 8- Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/13 md.) 4/1/2002 tarihli ve 4734

sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmeleri; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır. Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenir.

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/13 md.) 22/9/2012 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan ve ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanabilmesine ilişkin hüküm bulunan yapım işleri ihalelerinde, yaklaşık maliyetin yarısından fazlasını akaryakıt giderinin oluşturduğu ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla fesih veya tasfiye edilmeksizin geçici kabulü yapılmış işler ile devam eden işlerin, 22/9/2012 tarihinden sonra gerçekleştirilen kısımlarında kullanılan akaryakıtla ilişkin olarak özel tüketim vergisinde gerçekleşen artış nedeniyle fiyat farkı hesaplanmasında 31/8/2013 tarihli ve 28751 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2013/5217 sayılı

Bakanlar Kurulu Kararı hükümleri uygulanır.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ’in katılımlarıyla 28.1.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.
2. Anayasa’nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. maddelerine göre mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa’ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak kanun kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde

etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"...alt işverenin taraf olduğu..."* ibaresi ile 2. maddesine 1.7.2006 tarihli ve 5538 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen dokuzuncu fıkranın (b) bendinde yer alan *"...toplu iş sözleşmesi..."* ibaresinin ve 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen üçüncü fıkranın iptallerini talep etmiştir.
4. İtiraz konusu 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasında, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran 4735 sayılı Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmelerinin; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülmesi ve sonuçlandırılması halinde toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödeneceği, kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeyle alt işveren ile işçi sendikası arasında yapılacak toplu iş sözleşmesiyle belirlenecek ücret artışlarının idare tarafından karşılanması esası benimsenmiştir.

5. İtiraz yoluna başvuran Mahkemede bakılmakta olan dava, asıl işveren ile işçi sendikası arasında yapılmış olan toplu iş sözleşmesinden muvazaa nedeniyle alt işverenin işçisinin yararlanması gerektiği belirtilerek açılan işçilik alacağının tazmini talebine ilişkindir. Bakılmakta olan davada, alt işverenin yetkilendirmesiyle kamu işveren sendikası tarafından itiraz konusu kurala göre sonuçlandırıldığı, alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

6. Açıklanan nedenlerle;

A- 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen üçüncü fıkranın, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkra ile ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun;

- maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"...alt işverenin taraf olduğu..."* ibaresinin esasının incelenmesine, Nuri NECİPOĞLU, M. Emin KUZ ile Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

- maddesine 1.7.2006 tarihli ve 5538 sayılı Kanun'un 18.

maddesiyle eklenen dokuzuncu fıkranın (b) bendinde yer alan “...topl u iş sözleşmesi...” ibaresinin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

Karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

7. Başvuru kararları ve ekleri, Raportör Osman KODAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayarılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğ er yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereğ i görüşölüp düşünöldü:

▪ **Kanun’un 2. Maddesinin Yedinci Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan “...alt işverenin taraf olduğu...” İbaresinin İncelenmesi**

1- Anlam ve Kapsam

8. Bir işverenin üretim faaliyetini kendi işyeri veya işletmesinde tam gün süreli olarak iş sözleşmesi altında kendi işçileri ile gerçekleştirmesi çalışma ekonomisi ve özellikle iş hukuku açısından tipik istihdam olarak benimsenmiştir. İş hukukunda kural olan çalışma, tipik istihdam ilişkisi ile oluşan işçi-işveren ilişkisidir.

9. Çalışma hayatında teknolojik ve ekonomik gelişmelerin

etkisiyle üretimin çeşitlenmesi sonucu belli bir alanda uzmanlaşmaya gidilmesinin gerekli hale gelmesi, ayrıca işverenlerin daha seri ve ucuz üretim yapabilme ve rekabet edebilme ihtiyacının baş göstermesi, kural olan işçi-işveren ilişkisi haricinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu bağlamda asıl işveren-alt işveren ilişkisi çalışma hayatının gereksinimlerinden doğmuştur.

10. Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi, 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 ilişki olarak tanımlanmıştır. Buna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için işyerinde hem asıl işveren hem de alt işverenin işçi çalıştırması, alt işveren tarafından üstlenilen işin, işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümü veya yardımcı iş olması ve alt işverenin, işçilerini sadece asıl işverenden aldığı işte çalıştırması gereklidir.

11. İtiraz konusu ibarenin bulunduğu Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Cümlede yer alan "...alt işverenin taraf olduğu..." ibaresi

itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

12. Asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğu, müteselsil sorumluluk olup bu sorumluluk gereği, alt işverenin işçisi, İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını, isterse asıl işverenden isterse alt işverenden isteyebilecektir.
13. Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan müteselsil sorumluluğu sadece alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olup asıl işverenin kendisinin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden alt işverenin işçilerine karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

2- İtirazın Gerekçesi

14. Başvuru kararında özetle; Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesine göre asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak hizmet akdinden ve İş Kanunu'ndan kaynaklanan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumlu tutulmuşken itiraz konusu kuralla asıl işverenin sorumluluğunun toplu iş sözleşmesi yönünden sınırlandırıldığı, bu nedenle alt işverenin işçilerinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamadığı, neticede alt işverenin işçileri aynı işi yaptıkları hâlde asıl işverenin işçilerine göre daha düşük ücret aldığı, diğer taraftan toplu iş hukuku açısından hiç kimsenin sendikaya üye olmaya zorlanamayacağı, itiraz konusu kuralın alt işverenin

işçilerini belli bir sendikaya üye olmaya da zorladığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10., 48. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

15. Anayasa'nın 48. maddesinde *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir."*; 49. maddesinde de *"Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir."* denilmek suretiyle herkesin çalışma hakkına ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.
16. Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmekle beraber Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı denetlemek ve işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi de verilmiştir.
17. İtiraz konusu ibarenin de bulunduğu Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması hâlinde asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeyle kanun koyucu asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde konuyu işçi lehine düzenleyerek ve özellikle az sermayeli alt işverenlerin, taraf oldukları toplu iş sözleşmesinden doğan işçilik alacaklarını ödeyemeyecek duruma düşmeleri

hâlinde, bu işin yapılmasında yararı bulunan asıl işvereni de sorumlu tutarak işçileri korumayı amaçlamıştır.

18. Diğer taraftan, itiraz konusu kural nedeniyle alt işverenin işçilerinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları mümkün olmamaktadır. Bu durum alt işverenin kendi işçileriyle işi gerçekleştirdiği yerin ayrı bir işyeri olarak kabul edilmesinin ve asıl işverenle alt işverenin işçileri arasında bir iş sözleşmesi bulunmamasının bir sonucudur. Nitekim 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 33. maddesinin birinci fıkrasında toplu iş sözleşmelerinin iş akitlerinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere kurulacağı belirtilmiştir.

19. Alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması hiçbir şekilde toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı anlamına da gelmemektedir. Alt işveren, asıl işveren karşısında bağımsız bir konumda, kendi emrinde işçi çalıştırmakta olup asıl işverenden ayrı olarak kendisinin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi yapması mümkündür. Alt işveren ile işçi sendikası arasında imzalanmış bir toplu iş sözleşmesinin mevcudiyeti hâlinde alt işveren işçisi, 6356 sayılı Kanun'un 39. maddesinin birinci ve dördüncü fıkraları ile aynı Kanun'un 26. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olduğu, dayanışma aidatı ödediği veya işçi sendikasının muvafakatini aldığı takdirde bu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkündür.

20. Ayrıca Kanun'un 2. maddesinin sekizinci fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması durumları ve bunların sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanması, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışındaki asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi durumları muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğuna ilişkin kanuni karine kabul edilmiş, bu durumların gerçekleşmesi hâlinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı gerekçesiyle alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecekları belirtilmiştir.

21. Bu bağlamda muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu ise Kanun'un 2. maddesinin sekizinci fıkrası gereğince alt işveren işçisi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceğinden asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin tarafı olan işçi sendikasına üye olduğu, dayanışma aidatı ödediği veya işçi sendikasının muvafakatini aldığı takdirde yararlanması mümkündür.

22. Öte yandan, itiraz konusu kuralla asıl işveren sadece alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden alt işverenle birlikte sorumlu hale gelmekte olup kural, alt işverenin işçisini belli bir sendikaya üye olmaya zorlamamaktadır. Nitekim alt işverenin işçisi, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden sözleşmenin tarafı olan işçi sendikasına üye olmadan sadece dayanışma aidatı ödediği veya işçi sendikasının

muvafakatini aldığı takdirde yararlanma olanağına her zaman sahiptir.

23. Bütün bu hususlar göz önüne alındığında, alt işverenin işçilerinin yararlanabilecekleri toplu iş sözleşmesini belirleyen kuralın, çalışma hakkını sınırlayan veya Devletin çalışma barışını sağlayıcı tedbirleri alma yükümlülüğüne aykırı bir düzenleme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.
24. Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörölmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörölen eşitlik ilkesi zedelenmez.
25. Alt işverenin işçileri kendi işverenleriyle yapmış oldukları iş sözleşmesiyle asıl işverenin işyerinde çalışmakta iken asıl işverenin işçileri asıl işverenle yapmış oldukları iş sözleşmesi gereğince asıl işverenin işyerinde çalışmaktadırlar. Ayrıca asıl işveren işçileri mal ve hizmet üretimine ilişkin işin esasını oluşturan asıl işi ve asıl işle ilişkili olan yardımcı işleri yerine getirirken, alt işveren işçileri teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümünü

veya yardımcı işleri yerine getirmektedirler. Dolayısıyla alt işverenin işçileri ile asıl işverenin işçilerinin hukuksal durumları aynı değildir. Farklı hukuki durumlarda bulunan kişiler hakkında farklı düzenlemeler yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağından, kanun koyucu tarafından itiraz konusu kuralla alt işverenin işçilerinin asıl işverenin yapmış olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan yararlanamamasının öngörülmesinde eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

26. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10., 48. ve 49. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

▪ **Kanun'un 2. Maddesine 5538 Sayılı Kanun'un 18. Maddesiyle Eklenen Dokuzuncu Fıkranın (b) Bendinde Yer Alan "...topl u iş sözleşmesi..." İbaresinin İncelenmesi**

1- İtirazın Gerekçesi

27. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralın bulunduğu maddede sayılan hakların, kamuya veya kamu ortaklıklarının kadro ve pozisyonlarında çalışanlara idarece tek taraflı veya personelin siciline bağlı olarak verilen haklar olduğu hâlde, bunların içine işçi-işveren sendikaları arasında imzalanan iki taraflı ve tarafları bağlayan toplu iş sözleşmesinin de dahil edilmesinin sözleşme hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu, taraf işçi sendikasının üyelerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının mümkün olduğu, ancak itiraz konusu kuralın madde metnine alınması nedeniyle

kamuda çalışan alt işveren işçilerinin salt alt işveren işçisi olmaları nedeniyle asıl işverenin işçilerine uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanamadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10., 48. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

28. Kanun'un 2. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, 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 çalıştırılanların bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak; bu kurumlara ait kadro ve pozisyonlara atanmaya ve bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro ve pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, hak kazanamayacakları hüküm altına alınmıştır. Fıkranın (b) bendinde yer alan “...toplu iş sözleşmesi...” ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

29. Kanun'un gerekçesinde, 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 özel kanun hükümleri çerçevesinde yapılan hizmet alımları neticesinde yükleniciler tarafından istihdam edilenlerin, hizmet

alımını yapan kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarının, kendilerinin asıl işvereni olduğunu iddia ederek bu kurumların asli kadrolarına atanmayı talep ettikleri veya bu kurumlarda uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi ya da personel kanunundan yararlandırılma talebinde bulundukları, yapılan düzenlemeyle, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarının, hizmet alımı amacıyla sözleşme yaptıkları yükleniciler veya işverenler tarafından istihdam edilenlerin asli işvereni olmadığı hususuna açıklık getirildiği ifade edilmektedir.

30. Kamu idareleri, kamu hukuku kuralları uyarınca çalıştırdıkları personelin nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz kalması durumunda, yardımcı işlerini veya kamu hizmetinin gerekleri ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerini ihaleye çıkarmak suretiyle özel kesime gördürebilmektedir. Bu durumda, ilgili kamu idaresi ile ihaleyi kazanarak işi üstlenen işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisine benzer bir ilişki kurulmakta ve kamu idaresi, işi üstlenen işverenin o işyerinde çalıştırdığı işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya işi yüklenen işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden işi yüklenen işveren ile birlikte sorumlu olmaktadır.

31. İtiraz konusu kural gereğince kamu idarelerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin gerçekleşmesi hâlinde işi yüklenen alt işverenin işçileri, kamu idarelerinde işçi olarak çalışanlar için yapılmış olan toplu iş sözleşmesine göre belirlenecek her türlü mali haklar ve sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamamaktadır.

32. Kamu idaresinin üyesi olduğu kamu işveren sendikası ile işçi sendikası arasında kurulan toplu iş sözleşmesi, sadece sözleşmenin tarafları açısından hak ve yükümlülükler değil, aynı zamanda sözleşme ilişkisinin ötesinde tarafların üyeleri için de genel ve emredici nitelikte hükümler içermektedir. Toplu iş sözleşmesinin bu normatif hükümleri kanun hükümleri gibi genel soyut ve emredici nitelik taşımakta ve fonksiyon icra etmektedir. Bununla birlikte kamu idarelerinde hizmet sözleşmesiyle çalışan işçilerin tabi olduğu Kanun, 4857 sayılı İş Kanunu ve ilgili mevzuattır. Kamu idarelerinde çalışan işçileri kapsamına alan toplu iş sözleşmeleri de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine göre yapılmakta ve uygulanmaktadır.
33. Kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarında alt işverenin işçisi olarak çalışanların kamu işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması ise kamu idarelerinde işi yüklenen alt işverenin kendi işçileriyle işi gerçekleştirdiği yerin ayrı bir işyeri olarak kabul edilmesinin ve kamu işvereni ile alt işverenin işçileri arasında bir iş sözleşmesi bulunmamasının bir sonucudur.
34. Kamu kurum ve kuruluşları ile bunların ortaklıklarında alt işverenin işçisi olarak çalışanların ilgili kamu idarelerinde doğrudan çalışan işçiler için yapılmış toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya hak kazanmaları kural olarak mümkün değil ise de kamu idareleri tarafından kurulan alt işverenlik ilişkisi işin devrinden ziyade işçi temini amacıyla muvazaalı olarak yapılmışsa alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edileceğinden kamu idaresinde uygulanmakta olan kamu işverenin taraf olduğu

toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin tarafı olan işçi sendikasına üye oldukları, dayanışma aidatı ödedikleri veya işçi sendikasının muvafakatini aldıkları takdirde yararlanmaları mümkündür.

35. Diğer taraftan, kamu idaresinde hizmet alım sözleşmesi çerçevesinde kendi işçileriyle işi gerçekleştirecek olan alt işveren, asıl işveren konumunda olan kamu işvereni karşısında bağımsız bir konumda işçi çalıştırmakta olup kamu işvereninden ayrı olarak kendisinin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi yapabilecektir. Kamu idaresinden ihaleyle işi yüklenen alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinin mevcudiyeti hâlinde alt işveren işçileri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye oldukları, dayanışma aidatı ödedikleri veya işçi sendikasının muvafakatini aldıkları takdirde bu toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları mümkündür.
36. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları dışında üçüncü kişiler hakkında da normatif hükümler içermesi nedeniyle özel hukuk sözleşmesine göre farklı özelliğe sahip olan ve kamu işverenin işçilerini kapsamı içerisine alan kuralın çalışma hakkını sınırlayan veya Devletin çalışma barışını sağlayıcı tedbirleri alma yükümlülüğüne aykırı bir düzenleme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.
37. Öte yandan kamu idarelerinde ihaleyle işi yüklenen alt işverenin işçileri, kendi işverenleriyle yapmış oldukları iş sözleşmeleri kapsamında kamu idaresinde çalışmakta iken kamu işverenin işçileri, kamu işvereni ile yapmış oldukları hizmet sözleşmesi gereğince kamu idaresinde çalışmaktadırlar. Dolayısıyla kamu idaresinde çalışan alt işverenin işçileri ile kamu işverenin

işçilerinin hukuksal durumları aynı değildir. Bu işçilerin yaptıkları işin, kamu işverenin işçilerinin yaptığı işle aynı veya benzer nitelikte olması da hukuksal durumlarının aynı olması sonucunu doğurmaz. Farklı hukuki durumlarda bulunan kişiler hakkında farklı düzenlemeler yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağından, kanun koyucu tarafından itiraz konusu kuralla kamu idarelerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden doğan mali ve sosyal haklardan alt işverenin işçilerinin yararlanamamasının öngörülmesinde eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

38. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10., 48. ve 49. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

IV- HÜKÜM

22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun;

A- 2. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...alt işverenin taraf olduğu...” ibaresinin,

B- 2. maddesine, 1.7.2006 tarihli ve 5538 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen dokuzuncu fıkranın (b) bendinde yer alan “...toplular iş sözleşmesi...” ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, 28.12.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
------------------------	------------------------------	--------------------------------

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
---------------------------	-------------------------	----------------------------------

Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
----------------------	--------------------------	----------------------

Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
-------------------------------	-------------------------	--------------------

Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
-------------------------------	---------------------	---------------------

Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ
--------------------	--------------------------------

KARŞIOY GEREKÇESİ

Anayasanın 152. ve 6216 sayılı Kanunun 40. maddelerine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, davada uygulanacak kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, o hükümlerin iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, diğer hükümlerle birlikte 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “...alt işverenin taraf olduğu...” ibaresinin de Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürerek iptalini talep etmiş ve ilk inceleme sonucunda bu ibarenin Anayasaya aykırılığı itirazının da esasının incelenmesine karar verilmiştir.

Söz konusu ibarenin bulunduğu fıkroda asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanmakta ve bu ilişkide asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu hükme bağlanmaktadır.

İtiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu davada davacılar, asıl işveren olan davalı şirket ile dava dışı alt işveren arasında muvazaa olduğunu ve posta dağıtım işinin bölünerek alt işverene verilemeyeceğini belirterek, asıl işveren ile yetkili işçi sendikası arasında yapılan toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebiyle dava açmışlardır.

İtiraz konusu ibarenin bulunduğu fıkra hükmünden de anlaşılacağı üzere asıl işveren sadece “alt işverenin taraf olduğu” toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlölüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. Somut olayda alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi söz konusu olmadığından, davacıların asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebiyle açtıkları mezkûr davada itiraz konusu ibarenin bulunduğu yedinci fıkranın ikinci cümlesi uygulanacak kural değildir.

Nitekim itirazda bulunan mahkemenin gerekçeli başvuru kararında da, işçilerin davalı işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanma taleplerinin işverence İş Kanununun 2. maddesinin sekizinci fıkrası gerekçe gösterilerek reddedildiğı, bunun üzerine muvazaa iddiasıyla dava açıldığı ve yedinci fıkradaki mezkûr ibarenin “çalışılan işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını alt işveren işçileri yönünden” engellediğı belirtilerek, bakılmakta olan davada uygulanacak kuralın sekizinci fıkra hükmü olmasına rağmen, yedinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan itiraz konusu ibare ile getirilen sınırlamanın ortadan kaldırılması ve hükmün kapsamının genişletilmesi suretiyle ikinci cümle hükmünün davada uygulanarak davacıların da bu hükümden yararlanmalarını sağlamak amacıyla anılan ibarenin

Anayasaya aykırılığı itirazında bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Başka bir anlatımla, anılan hükmün itirazda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural olmamasına rağmen, başvuru kararındaki ifadeyle “alt işverenin taraf olduğu TİS sınırlama ve engellemesi kalktığında... taşeron işçi sorunu ortadan kalkmış olacaktır” gerekçesiyle Anayasaya aykırılık itirazında bulunulduğu ve davada uygulanacak kural hâline gelmesinin hedeflendiği görölmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, anılan ibarenin iptali talebi, ibarenin bulunduğu yedinci fıkranın ikinci cümlesinin kapsamını ve uygulama alanını genişletecek niteliktedir. Oysa, Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği üzere, “bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için iptali istenilemez” (18/1/1989 tarihli ve E.1988/3, K.1989/4 sayılı Karar). Buna göre, “yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi... yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir. Yasa maddesine, içindeki kimi sözcükleri ayıklayarak yeni bir kural niteliği vermek, Anayasa’ya uygunluk denetimiyle bağdaşmaz.”

Bu sebeplerle, itiraz konusu ibarenin başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural olmadığı düşüncesiyle, esasının incelenmesi yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye M. Emin KUZ	Üye Kadir ÖZKAYA
--------------------------	-----------------------	---------------------