

## KAMU KURUMLARINDAKİ ALT İŞVEREN ÇALIŞANLARININ KADROYA ALINMASININ ANAYASAL ELEŞTİRİSİ<sup>(\*)</sup>

Dr. Yalçın ARSLANTÜRK<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarına kadro verilmesi geçmişte uygulandığı gibi günümüzde de gündem olmaya devam etmektedir. Politik rasyonalite açısından uygun görülerek gerçekleştirilen söz konusu uygulamaların, Anayasa hükümleri açısından analiz edilmesi önem taşımaktadır. Zira söz konusu uygulamalar kanuni düzenlemelere dayanılarak yapılmakta olup normlar hiyerarşisine göre kanuni düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu aranmalıdır. Mevcut kamu işçileri ile bu kadrolara atanmak isteyenler, mevzuat uyarınca belirli koşullarla bu kadrolara atanabilmektedir. Bu itibarla çalışmada kamudaki alt işveren çalışanlarına ayrı bir düzenleme ile kadro tahsisinin yapılması, Anayasa'nın özellikle "kanun önünde eşitlik" hükümleri doğrultusunda analiz edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın farklı kararlarında varlıklarını aramış oldukları kamu yararı, haklı neden gibi unsurlar dikkate alındığında söz konusu uygulamanın eşitlik ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilmiştir. Ayrıca söz konusu uygulamanın Anayasa'nın 70'inci maddesindeki; hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez, hükmüne de tezatlık teşkil ederek fırsat eşitliğini ortadan kaldırdığı yorumlanmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Kanun Önünde Eşitlik, Haklı Neden, Kamu Yararı.

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 06.10.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 16.01.2023.

Atıf Şekli: Yalçın Arslantürk, "Kamu Kurumlarındaki Alt İşveren Çalışanlarının Kadroya Alınmasının Anayasal Eleştirisi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 845-871.

DOI: 10.52273/sduhfd..1185085.

<sup>(\*\*)</sup> Uzman, Tarım ve Orman Bakanlığı, Ankara, Türkiye.

E-posta: yalcintrabzon@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-0895-0022>.

# **CONSTITUTIONAL CRITICISM OF THE REGISTRATION OF SUBCONTRACTOR EMPLOYEES IN PUBLIC INSTITUTIONS**

## **Abstract**

Staffing the employees of subcontractors in public institutions continues to be on the agenda today as it was practiced in the past. It is important to analyze the said practices, which were deemed appropriate in terms of political rationality, in terms of the provisions of the Constitution. Because the said practices are based on legal regulations and the conformity of legal regulations with the Constitution should be sought according to the hierarchy of norms. Existing public workers and those who want to be appointed to these positions can be appointed to these positions under certain conditions in accordance with the legislation. In this respect, in this study, the allocation of staff to subcontractor employees with a separate regulation was analyzed in line with the provisions of the Constitution, especially "equality before the law". Considering the factors such as public interest and justification sought by the Constitutional Court and the Council of State in their different decisions, it has been evaluated that the said practice is contrary to the principle of equality and therefore to the Constitution. In addition, the application in question has also been interpreted that it abolishes the equality of opportunity by being in contradiction with the provision which in Article 70 of the Constitution; in requirement, no discrimination other than the qualifications required by the job can be made.

## **Keywords**

Equality Before the Law, Justification, General Interest.

## GİRİŞ

Çalışma hayatında kamu çalışanı olmak, özellikle sağlamış olduğu iş güvenesi nedeniyle hem günümüzde hem de geçmişte pek çok çalışan tarafından tercih nedeni olmuştur. İş güvencesiyle birlikte özel kesime göre işçiler için sağlanan daha yüksek ücret ve daha iyi sosyal imkânlar, işçiler açısından söz konusu tercihi çok daha keskin hale getirmektedir. Bu da işçi kadrolarına atanma hedefinde olanların, kamu kadrolarının artırılması yönünde baskı oluşturmalarına neden olmaktadır. Söz konusu baskılar ise genellikle kamu kadrolarının genişlemesiyle neticelenmektedir.

Genel olarak kamu kadrolarının genişlemesi ilave bütçe yükü dışında hukuksal bir sorun oluşturmamaktadır. Zira mevzuatın öngördüğü ve fırsat eşitliğini tanıyacak şekilde sınavla ya da başka belirli yöntemlerle bu kadrolara atamalar gerçekleştirilmektedir. Memurlar ve benzeri statüdeki kamu personeli sınavla söz konusu kadrolara atanırken işçiler de eğitim durumuna göre sınavla ya da belirli şartları taşıyanlar arasında noter huzurunda yapılacak kuralarla bu kadrolara atanmaktadır. Dolayısıyla her vatandaş için fırsat eşitliğini sağlayan bir atama süreci gerçekleştirilmektedir.

Bununla birlikte belirli dönemlerde, kamu kurumlarında hizmet alımına yönelik istihdam edilmekte olan ve kamuoyunda taşeron firma adıyla bilinen alt işverenle hizmet akdi bulunan çalışanların, kamu kadrolarına atanması gündeme gelmekte ve buna ilişkin düzenlemeler yapılabilmektedir. Kanuni düzenlemelerle yapılmasına rağmen bu düzenlemeler hukuki çerçevede sorunlu bir husus olarak dikkat çekmektedir. Söz konusu düzenlemelerle gerçekleştirilen uygulamayla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda<sup>1</sup> (Anayasa) hüküm altına alınan bazı temel ilkelere riayet edilmediği değerlendirilmektedir. Özellikle Anayasa'da yer alan "kanun önünde eşitlik" hükümleri bahse konu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı noktasında irdelenmesini gerektirmektedir. Bu itibarla çalışmanın temelini, kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarına kadro verilmesine ilişkin uygulamaların Anayasa hükümleri doğrultusunda analizi oluşturmaktadır.

Çalışmada öncelikle farklı mevzuat hükümleri çerçevesinde asıl işveren ve alt işverenlik ilişkisi tanımlanmıştır. Sonrasında, kamu kurumlarının alt işveren niteliğine sahip firmalarla çalışma gerekçeleri ve akabinde bu kurumlardaki söz

<sup>1</sup> 09/11/1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

konusu firma çalışanlarına kadro verilmesine ilişkin geçmiş düzenlemeden yola çıkılarak hukuki dayanak açıklanmıştır. Son olarak söz konusu uygulamanın Anayasa hükümleri karşısında hukuki değerlendirmesi yapılmıştır.

## I. ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

İşverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklar, kapsamlı bir şekilde 4857 sayılı İş Kanunu'nda<sup>2</sup> (4857 sayılı Kanun) düzenlenmiştir. Kanunda; bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişki ise iş ilişkisi olarak tanımlanmaktadır<sup>3</sup>.

4857 sayılı Kanun'da işveren, yalnızca bu tanımla sınırlı bir şekilde kendine yer bulmamakta; asıl işveren ve alt işveren ayrımı yapılmak suretiyle iş ilişkileri açısından detaylandırılmaktadır. Kanun'da 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 şeklinde tanımlanmaktadır<sup>4</sup>. Kanunda yer alan alt işveren terimi, yaygın olarak kullanılan taşeron teriminin karşılığı olarak kullanılmaktadır<sup>5</sup>. Zira taşerona ilişkin literatürde yapılan tanım, alt işverene ilişkin Kanunda belirtilen temel unsuru karşılamaktadır. Nitekim terimler sözlüğünde yer alan genel bir tanımlamaya göre taşeron; büyük bir işi yapmayı üstlenen bir üstenciden iş alan, işin herhangi bir bölümünü onun hesabına yapan ikinci, küçük üstenci olarak tanımlanmaktadır<sup>6</sup>.

Alt işveren aracılığıyla iş yaptırma, 4857 sayılı Kanunda yer almak suretiyle kanuni bir dayanağa sahip olmakla birlikte iş hukukunda istisna bir iş görme yöntemi olarak dikkate alınmaktadır<sup>7</sup>. Zira iş hukukunda asıl olan iş görme yön-

<sup>2</sup> 10/06/2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>3</sup> Madde 2/1.

<sup>4</sup> Madde 2/6.

<sup>5</sup> Gazanfer Kaya, "Kamudaki Taşeron İşçiler Üzerine Bir Alan Araştırması: Adıyaman Örneği", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, C. 14, S. 55, s. 258.

<sup>6</sup> Ali Püsküllüoğlu, *Arkadaş Türkçe Sözlük*, Arkadaş Yayınları, Ankara, 1997, s. 1024.

<sup>7</sup> Ali Güzel, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", *Çalışma ve Toplum*, 2004, S. 2004/1, s. 38.

temi; işverenin kendi işyerinde, kendi işçileri ile iş görmesidir<sup>8</sup>. Ancak işverenler ekonomik, teknik ya da başka bazı nedenlerle; özellikle temizlik, bakım-onarım, yemek, servis ve güvenlik gibi yardımcı işlerin görülmesini alt işverene bırakabilmektedir<sup>9</sup>. Bu örneklerin de işaret etmiş olduğu gibi yardımcı iş; işyerindeki mal veya hizmet üretimiyle doğrudan ilişkisi kurulmasa ve üretimin başından sonuna kadarki herhangi bir aşamanın içerisinde doğrudan yer almasa da mal veya hizmet üretimiyle dolaylı bir biçimde ilişkisi olan işler şeklinde tanımlanabilir<sup>10</sup>. Bunların yanı sıra tanımlardan da anlaşılacağı üzere alt işveren, asıl işverenin vekili olmayıp burada iş görme sözleşmesi bulunmaktadır<sup>11</sup>. Nitekim alt işverenin işçilerine karşı iş ilişkisinden kaynaklanan genel yükümlülükleri olan ücretin ödenmesi, koruma ve gözetme, eşit şekilde bulunma gibi yükümlülükleri devam etmektedir<sup>12</sup>.

Mevzuatta alt işverene ilişkin tanımlama yalnızca 4857 sayılı Kanun'da yapılmamıştır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda<sup>13</sup> (5510 sayılı Kanun) alt işveren tanımı "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir." şeklinde yapılmıştır<sup>14</sup>. 4857 sayılı Kanun'da alt işverenlik ilişkisine yönelik tanımlamanın, 5510 sayılı Kanun'daki tanıma göre daha dar olduğu anlaşılmaktadır. Zira 5510 sayılı Kanun'da aksi belirtilmemesine rağmen 4857 sayılı Kanuna göre bir işyerinde asıl işe ilişkin alt işverenlik anlaşması için söz konusu işin "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" olması ve ayrıca "alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırması" hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükümler arasındaki farklılığın temel nedenlerinden biri olarak her iki kanunun kapsamının bazı unsurlar açısından ayrılmış olması değerlendirilebilir. 5510 sayılı Ka-

<sup>8</sup> Güzel, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", s. 38.

<sup>9</sup> Ali Kemal Sayın, "Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 2015, S. 69 - 2015/2, s. 63.

<sup>10</sup> Nuri Çelik vd. *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 34. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 98.

<sup>11</sup> İbrahim Aydın, *Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 183.

<sup>12</sup> Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 20.

<sup>13</sup> 16/06/2006 tarihli ve 26200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>14</sup> Madde 12/6.

nun'un kapsamı<sup>15</sup> "Sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri, işverenleri, sağlık hizmeti sunucularını, bu Kanunun uygulanması bakımından gerçek kişiler ile her türlü kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve tüzel kişiliği olmayan diğer kurum ve kuruluşları kapsar." şeklinde belirlenerek Kanun'un kapsamına ilişkin bir istisna getirilmemiştir. 4857 sayılı Kanun'da ise Kanun hükümlerinin uygulanması noktasında; deniz ve hava taşıma işleri, 50 ve daha az işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeler gibi bazı unsurlara yönelik Kanun'un uygulanmayacağına ilişkin istisna hükümleri<sup>16</sup> konulmuştur. Dolayısıyla sosyal sigorta kapsamındaki tüm kesimleri kapsayan 5510 sayılı Kanun, alt işverenliği belirli kesimler için zorlaştırmamak adına daha geniş bir şekilde tanımlamış; bazı istisnaların getirilmesiyle bazı unsurların Kanun'a tâbi olmaması dolayısıyla buradaki esnekliği dikkate alarak 4857 sayılı Kanun alt işveren ilişkisini ilave koşullarla tanımlamış olarak değerlendirilebilir. 5510 sayılı Kanun ve bahse konu alt işveren tanımına ilişkin maddesi, 4857 sayılı Kanun'dan daha sonra kanunlaşmasına<sup>17</sup> rağmen amaç maddesindeki "İşverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek" hüküm dolayısıyla alt işverenlik ilişkisine yönelik tanımlamada, 4857 sayılı Kanun'u dikkate almak hukuken uygun olacaktır. Zira amaç maddesinden de anlaşılacağı üzere konuya ilişkin 4857 sayılı Kanun, 5510 sayılı Kanun'a göre özel kanun olarak değerlendirilebilecektir.

4857 sayılı Kanun'un alt işverenlik hususunda özel kanun olarak değerlendirilmesi, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nden<sup>18</sup> de teyit edilmektedir. Zira söz konusu Yönetmelik 5510 sayılı Kanun yerine 4857 sayılı Kanun'a dayanarak çıkarılmıştır<sup>19</sup>.

Alt İşverenlik Yönetmeliği, 4857 sayılı Kanun'da tanımı yapılan alt işverenlik ilişkisinin tarafları olan asıl ve alt işvereni ayrıca tanımlamıştır. Şöyle ki alt işveren; bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan

<sup>15</sup> Madde 2.

<sup>16</sup> Bkz. Madde 4.

<sup>17</sup> 4857 sayılı Kanun hükmü 2003 yılında, 5510 sayılı Kanun hükmü ise 2006 yılında yayımlanmıştır.

<sup>18</sup> 27/09/2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>19</sup> Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 2.

kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır<sup>20</sup>. Asıl işveren ise; 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 kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar şeklinde tanımlanmıştır<sup>21</sup>.

4857 sayılı Kanun'da asıl işveren-alt işveren ilişkisine ilişkin yapılan tanım- da yardımcı işlerin yanı sıra işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde asıl işin bir bölümü için de bu ilişkinin kurulabileceği belirtilmekteydi. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde asıl işin bir bölümüyle kastedilen husus, daha açık belirtilmiştir. Buna göre asıl iş ancak bölünerek alt işverene verilebilir<sup>22</sup>.

Yine Kanun'da asıl işin bir bölümünün ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren hallerde alt işverene yaptırılabilmesine ilişkin sınırlandırmalar Yönetmelik'te de yinelenmiştir<sup>23</sup>. Bununla birlikte Yönetmelik'te "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" ayrıca tanımlanmıştır. Buna göre söz konusu iş; mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir<sup>24</sup>.

Sonuç olarak alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- Alt işveren işin sadece bir kısmını almalı, dolayısıyla işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren mevcut olmalı,
- Asıl işverenin işyerinde işin bütününe yapılmasını başka bir işverene devretmemiş olmak suretiyle işyerinde işveren kimliğini korumalı,
- Alt işveren, asıl işverenin işyeri veya eklentilerinde mal veya hizmet üretiminde bulunmalı, dolayısıyla işçilerini asıl işverene ait işyerinde çalıştırmalı,
- Alt işveren, asıl işverenden aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırmalı,

<sup>20</sup> Alt İşveren Yönetmeliği madde 3/1-a.

<sup>21</sup> Alt İşveren Yönetmeliği madde 3/1-ç.

<sup>22</sup> Madde 4/1-b.

<sup>23</sup> Madde 4/1-b.

<sup>24</sup> Madde 11/1.

- Alt işveren işçilerini, asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin “yardımcı işlerde” veya “asıl işin bir bölümünde” çalıştırılmalı ve alt işverenin yaptığı işin asıl işverenin işinin “tamamlanmasına yardımcı” olan bir iş olmalıdır<sup>25</sup>.

Yukarıda belirtilen şartlardan sonuncusunun da bir gereği olarak alt işverene verilen iş, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır<sup>26</sup>.

Asıl işverenin mal veya hizmet üretimini, işçi çalıştırmaksızın bizzat kendi gerçekleştirmesi gibi kendisine bağlı işçi çalıştırmaması durumlarında, alt işverenlik ilişkisi kurulamamış olacağından dolayı söz konusu sözleşme; işin duruma göre eser, taşıma veya kira sözleşmesi olarak kabul edilecektir<sup>27</sup>.

Bu şartların yanı sıra alt işverenlik ilişkisinin geçerliliği konusunda, alt işverenin şahsına ilişkin ilave bir koşul da bulunmaktadır. Buna göre alt işveren daha önce asıl işverene ait alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır<sup>28</sup>. İşverenlerin risklerini veya maliyetlerini azaltma gibi amaçlarla alt işverenlik imkânını kötüye kullanmalarının önüne geçme gibi iyi niyetli bir yaklaşımla getirilen bu sınırlamaya; sözleşme, çalışma, çalıştırılma ve ekonomik özgürlüğü engellemesi ve anayasal eşitliğe aykırılık teşkil etmesi konularında eleştiriler yöneltilmektedir<sup>29</sup>. Bununla birlikte söz konusu işyerinde çalıştırılan işçinin, tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olmasının, alt işveren ilişkisi kurmasına engel olamayacağına ilişkin mevzuat hükmü de bulunmaktadır<sup>30</sup>. Dolayısıyla asıl işverende daha önce çalışan bir kimsenin, alt işveren şirkette yönetici olmayıp yalnızca hissedar olması, söz konusu ilişkinin kurulmasına mani olmamaktadır.

Alt işverenlik ilişkisine ait sınırlandırıcı bir başka hüküm, asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverenin, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremesidir<sup>31</sup>. Bu sınırlamanın yalnızca alt işveren tarafından asıl işin bir bölümünün görülmesi durumuna ilişkin olması ve yardımcı işlerde mevzuatta buna benzer

<sup>25</sup> Sayın, “Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar”, s. 64-66.

<sup>26</sup> Alt İşveren Yönetmeliği madde 4/1-ç.

<sup>27</sup> Aydın, 2021, s. 183.

<sup>28</sup> Alt İşveren Yönetmeliği madde 4/1-d.

<sup>29</sup> Mustafa Kılıç - Mehmet Merve Özyayın, “Türkiye’de Alt İşveren Uygulamasına İlişkin Güncel Sorunlar”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 2022, C. 13, S. 1, s. 92-93.

<sup>30</sup> Alt İşveren Yönetmeliği madde 4/1-d.

<sup>31</sup> Alt İşveren Yönetmeliği madde 11/4.



bir sınırlama olmaması dolayısıyla yardımcı işlere ilişkin alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin söz konusu işin bir bölümünü bir başkasına devredebileceği kanaatine varılabilir. Bunun yanı sıra alt işverene verilen işin asıl iş de olsa bölünmesinin bir bütün olarak başka bir alt işverene devredilmesi ise mümkün görülmektedir<sup>32</sup>. Zira bu durumda alt işverenin, asıl işverenin rızasını almak kaydıyla aldığı işi bir bütün olarak başka bir işverene devretmesi halinde zincirleme dolayısıyla birden fazla alt işverenlik sözleşmesi olmayacağı, iş bölünmediği için o iş için tek bir alt işveren bulunduğu ve ilişkinin devrinin söz konusu olacağı kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Böylece alt işverenlik ilişkisi, asıl işveren ile alt işverenden işi tamamıyla devralan ikinci alt işveren arasında kurulmuş olmaktadır<sup>34</sup>. Bununla birlikte alt işverenden işi devralan yeni işverenin alt işveren sayılabilmesi için Kanunda aranan alt işverenlik şartlarını sağlaması gerekmektedir<sup>35</sup>.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulması, yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilmektedir<sup>36</sup>. Bu itibarla alt işveren, kendi işyeri için yeni bir tescil işlemi gerçekleştirmektedir<sup>37</sup>. Söz konusu tescil için ise işyeri bildirgesinin yanı sıra alt işverenlik sözleşmesi ve ekleri de ilgili mercilere sunulmaktadır<sup>38</sup>. Bununla birlikte tescil için ilgili mercilere sunulan belgelerde 4857 sayılı Kanun'a aykırılık veya yeterli delillerin bulunması üzerine yapılacak teftiş neticesinde muvazaanın tespitinde bulunulması ve bu tespite ilişkin işverenlerce yargı yoluna gidilerek itiraz ve akabinde temyiz başvurusu üzerine yargıda da muvazaalı işlemin tespitinin onanmış olması durumunda, tescil işlemi iptal edilmektedir<sup>39</sup>. Bu durumda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmaktadır<sup>40</sup>. Böylece alt işverenin işçileri, asıl işveren işyerinde imzalanacak toplu iş sözleşmesinden de yararlanılabilecektir<sup>41</sup>. Kamu asıl işvereni, baştan

<sup>32</sup> Betül Erkanlı, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 18, S. 1, s. 104.

<sup>33</sup> Erkanlı, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", s. 104.

<sup>34</sup> Erkanlı, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", s. 104.

<sup>35</sup> Ercan Akyiğit, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 47.

<sup>36</sup> Alt İşveren Yönetmeliği madde 5/3.

<sup>37</sup> Alt İşveren Yönetmeliği madde 5/2 ve madde 7.

<sup>38</sup> Alt İşveren Yönetmeliği madde 6.

<sup>39</sup> 4857 sayılı Kanun madde 3/2.

<sup>40</sup> 4857 sayılı Kanun madde 3/2.

<sup>41</sup> İrem Çelik, *Sendikal Örgütlenmede İşkolunun Belirlenmesi*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 143.

itibaren asıl işveren işçisi olarak işlem görecektir işçilere, daimi işçi statüsünde çalışan işçilerin almış olduğu ücret ve diğer alacak taleplerini oluşacak ücret farkları ile birlikte ödemekle yükümlü hale gelecektir<sup>42</sup>. Bunlar da alt işverenlik ilişkisine yönelik düzenlenebilecek aldatıcı belge ve uygulamalara karşı ciddi bir yaptırım olarak dikkat çekmektedir.

Bunlarla birlikte teftiş raporlarında tespit edilen muvazaalı iddiasına ilişkin yargıya itiraz noktasında, asıl işverenin özel ya da kamu kurumu olmasına göre bir farklılık da bulunmaktadır. Şöyle ki kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunlu iken özel şirketlerin yargı yoluna başvurup başvurmaması kendi takdirindedir<sup>43</sup>. Böyle bir farklılık da kamu otoritesinin güvenilirliğini sağlama açısından önem arz etmektedir. Zira kamu otoritesinin asıl işveren olarak kendisinin de içinde bulunduğu işleme yönelik muvazaalı iddiasına karşı yargı yoluna giderek söz konusu işleminde muvazaalı bulunmadığını ortaya koyması beklentisiyle güvenilirliğini koruması amaçlanmıştır. Nitekim yargılama neticesinde çıkacak aksi bir karar, söz konusu güvenilirliği ciddi bir biçimde zedeleyecektir. Alt İşveren Yönetmeliği'nde alt işverenliğe ilişkin tescilin iptali şeklinde aleyhine yaptırım hükmü bulunan muvazaalı işlem, 4857 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda<sup>44</sup> daha ciddi yaptırımlara tâbi tutulmuştur. 4857 sayılı Kanun uyarınca söz konusu muvazaalı işleme karşı, asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin TL para cezası verilir<sup>45</sup>. Söz konusu para cezası, yeniden değerlendirme oranlarıyla artırıldığında 2022 yılı için 47.409 TL hesaplanmaktadır. Ayrıca Kamu İhale Kanunu'nda, alt işverenlik ilişkisinde muvazaalı kararının kesinleşmesi ve buna istinaden kamu idaresi aleyhine zarar ortaya çıkması durumunda, oluşan zararın, bu zarara neden olduğu tespit edilen kişilere rücu edileceği hüküm altına alınmıştır<sup>46</sup>. Söz konusu Kanun'daki yaptırımlar bununla da sınırlı değildir. Bu kişiler hakkında uygulanacak ceza ve disiplin hükümleri saklı kalmak üzere bu kişilere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin beş katı tutarında idari para cezası uygulanmaktadır<sup>47</sup>. Ayırı-

<sup>42</sup> Ömer Ekmekçi - Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 160-162.

<sup>43</sup> 4857 sayılı Kanun madde 3/2.

<sup>44</sup> 22/01/2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>45</sup> Madde 98/1.

<sup>46</sup> Ek madde 8/3.

<sup>47</sup> Kamu İhale Kanunu ek madde 8/3.

ca 4857 sayılı Kanun'la muvazaa isnadına karşı itiraz veya diğer kanun yollarına başvurmakla yükümlü tutulan kamu idaresinin ilgili sorumluları, buna aykırı eylemlerinde her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası yaptırımına maruz kalmaktadır<sup>48</sup>.

Tüm bu hükümlerden; alt işverenlik ilişkisindeki muvazaaya ilişkin genel olarak ciddi yaptırımların öngörüldüğü, bununla birlikte söz konusu ilişkinin tarafının kamu idaresi olması durumunda söz konusu idarenin sorumluları hakkında ilave yaptırımlara hükmedilerek kamu kurumları için muvazaaya karşı daha yüksek hassasiyet gözetildiği anlaşılmaktadır.

## II. KAMU KURUMLARININ ALT İŞVERENLERLE ÇALIŞMA GEREKÇELERİ

Kamu kurumlarında farklı statüde personel istihdamı söz konusudur. Bu statüler; devlet memurları (657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi), akademik personel (2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa tâbi), askeri personel (926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tâbi), hâkim-savcılar (2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa tâbi), sözleşmeli personel (7/15754 sayılı Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslara tâbi), Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT) personeli (399 sayılı KİT Personel Rejiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye tâbi), sürekli işçiler ve belediye şirket işçileri (4857 sayılı Kanuna tâbi) olarak sayılabilir. Bunlar dışında kamu kurumları, kamuoyunda taşeron firma olarak bilinen alt işverenlere de iş gördürebilmektedir.

1990'lı yıllardan itibaren "açıktan atama izni" sınırlamasıyla kamu kurumlarının memur alımlarına sınırlama getirilmiş ve kurumlar önce geçici işçi alımına, sonra sözleşmeli personel alımına ve son olarak da alt işveren eliyle istihdama yönlendirilmiştir<sup>49</sup>.

Kamu kurumlarının alt işveren niteliğine sahip firmalarla çalışmalarında, kurumdan kuruma ya da dönemden döneme farklı nedenler olabilmektedir.

Teknolojik gelişmeler, firmalarda ve kamu kurumlarında uzmanlık ihtiyacını artırmakta; özellikle teknoloji yoğun hizmetler, maliyet ve zaman tasarrufunu sağlamak amacıyla uzman firmalara bırakılarak etkinlik ve kalite artışı hedef-

<sup>48</sup> Kamu İhale Kanunu ek madde 8/3.

<sup>49</sup> Kalkınma Bakanlığı, *On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023): Kamuda İnsan Kaynakları Yönetimi Çalışma Grubu Raporu*, Ankara, 2018, s. 12.

lenmektedir<sup>50</sup>. Kamu kurumları özellikle son yıllarda teknolojik gelişmelerin çok hızlanması neticesinde, teknoloji kullanımı gerektiren faaliyetlerinde çalışacak personeli istihdam etme ya da mevcut personelini bu konuda eğitme konusundaki gecikmeleri yaşamamak ve hizmet kalitesini düşürmemek için bu alanlarda alt işveren firmalarla çalışma yolunu tercih etmektedir. Kamuya personel alımındaki sürecin uzun olması karşısında, teknolojik gelişmelere adapte olmak için gerekli sürenin oldukça azalması da bu alanlarda alt işveren firmayla çalışma talebini artırmaktadır.

Kamu kurumlarına bütçeyle tahsis edilen kadroların sınırlı olması, kamu kurumlarının belirli faaliyetlerini hizmet alımıyla görmesine neden olmaktadır. Böylece hizmetlerde yaşanabilecek kalite noksanlığı ve gecikmelerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Kadro sınırının yanı sıra kamu işçilerinin ücretlerinin yüksek olması karşısında, teknoloji alanı gibi istisnai durumlar dışında özel firma çalışanlarının daha düşük ücretle çalışması dolayısıyla kamu kurumları, bütçeye daha az yük olması nedeniyle alt işverenlerle çalışabilmektedir.

Bazı hizmetlerin kamu kurumları için geçici bir süreyle yapılacak olması ve sonrasında söz konusu hizmetlere ve dolayısıyla o konuda çalışan işçilere ihtiyaç kalmayacak olması dolayısıyla bu gibi hizmetlerin alt işveren çalışanlarınca yerine getirilmesiyle ileride oluşabilecek atıl istihdamın önüne geçilmek suretiyle kaynak kullanımında etkinlik hedeflenmektedir.

### III. ALT İŞVERENE BAĞLI İŞÇİLERİN KAMU KADROLARINA ALINMASINA YÖNELİK HUKUKİ DAYANAK

Sözleşmeye bağlı olarak alt işveren konumundaki firmaların kamu kurumlarında görev alan işçilerinin sürekli işçi kadrolarına alınması, 375 sayılı “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”<sup>51</sup> (375 sayılı KHK) ile

<sup>50</sup> Muzaffer Koç, “Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik”, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, 2016, C. 4, S. 2, s. 80.

<sup>51</sup> 30/06/1989 tarihli ve 20211 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

uygulama alanı bulmuştur. Söz konusu uygulama, 375 sayılı KHK'ye 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin<sup>52</sup> (696 sayılı KHK) 127'nci maddesiyle eklenen geçici 23, 24 ve 25'inci maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

Bu maddelerde kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeleri kuruluşlarda; ödemeleri merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, 375 sayılı KHK'ye ekli I sayılı liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden karşılanan 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olanlar çalışanlara;

- “657 sayılı Kanununun 48'inci maddesinin (A) bendinin (1), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartları taşımak,
- Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak,
- Bu kapsamda çalıştırılmalarına ilişkin olarak açtıkları davalardan ve/veya icra takiplerinden feragat edeceğine dair yazılı beyanda bulunmak,
- En son çalıştığı idare ile daha önce kamu kurum ve kuruluşlarında alt işveren işçisi olarak çalıştığı iş sözleşmelerinden dolayı bu madde ile tanınan haklar karşılığında herhangi bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağını ve bu haklarından feragat ettiğine dair yazılı bir sulh sözleşmesi yapmayı kabul ettiğini yazılı olarak beyan etmek”

koşuluyla çalışmakta olduğu kamu idaresinin hizmet alım sözleşmesinin yapıldığı birimine, sürekli işçi kadrolarında istihdam edilmek üzere yazılı olarak başvurabilme imkânı getirilmiştir.

Söz konusu kadrolara 375 sayılı KHK'nin geçici 23 ve 24'üncü maddeleri uyarınca; 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı KHK'ye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatları ile il özel idareleri ve belediyeler ile bağlı kuruluşlarında ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinde, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin

<sup>52</sup> 24/12/2017 tarihli ve 30280 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketlerde çalışanların başvurabilmesine hükmedilmiştir.

375 sayılı KHK'nin geçici 25'inci maddesinde de geçici 23 ve geçici 24'üncü maddeler kapsamına giren hususlara ilişkin usul ve esaslar ile bu maddelerin uygulanmasında ortaya çıkacak tereddütleri giderecek idarelerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Maliye Bakanlığınca müştereken belirleneceğine ilişkin hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenlemelerle alt işverenlere bağlı; merkezi yönetimde çalışan yaklaşık 400 bin personel sürekli işçi kadrolarına, yerel yönetimlerde çalışan yaklaşık 450 bin personel ise belediye şirketlerinde işçi statüsüne geçirilmiştir<sup>53</sup>.

#### IV. ALT İŞVEREN ÇALIŞANLARININ KAMU KADROLARINA ALINMASININ ANAYASA HUKUKU KAPSAMINDA ANALİZİ

##### A. Normlar Hiyerarşisi ve Anayasa'nın Üstünlüğü

Modern devlet anlayışı, hukukun üstünlüğü görüşüne dayanır ve Thomas Hobbes'la beraber bu görüşün temel amacı, devletin kuruluş amacı birbiriyle rekabet içinde olan iradeleri denetlemektir<sup>54</sup>.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü, toplum ve devlet hayatında hukuk ilkelere bağlılığı, ideal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki mesafeyi kapatma niyetini ve hedefini ifade etmektedir<sup>55</sup>. Bu hedefi gerçekleştirmede pozitif bir hukuk kuralı olan Anayasa'nın üstünlüğü ve normlar hiyerarşisi temel bir rol oynamaktadır<sup>56</sup>.

Normlar hiyerarşisi, hukuk normlarının derece ve kuvvetini belirlemektedir<sup>57</sup>. Pozitif hukukun bir teorisi olan normlar hiyerarşisine göre normlar arasında bir eşitliğin aksine hiyerarşi bulunmaktadır<sup>58</sup>. Hukuk düzeni bir piramit ola-

<sup>53</sup> Kalkınma Bakanlığı, 2018, s. 48.

<sup>54</sup> Mustafa Yaylalı, "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", *Liberal Düşünce Dergisi*, 2018, Y. 23, S. 91-92, s. 97.

<sup>55</sup> Yaşar Karayalçın, "Hukukun Üstünlüğü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1992, C. 47, S. 3, s. 212.

<sup>56</sup> Karayalçın, "Hukukun Üstünlüğü", s. 212.

<sup>57</sup> Erdal Kuluçlu, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", *Sayıştay Dergisi*, 2009, S. 71, s. 3.

<sup>58</sup> Metin Şahin, "Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması", *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yüksek Lisans Tezi), 2014, s. 40, 43.

rak kabul edilirse bu piramit; anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden oluşan birden çok normun varlığını temsil etmektedir<sup>59</sup>. Farklı kademelerde bulunan normlar arasında astlık ve üstlük ilişkisi söz konusu olmakta ve her norm geçerliliğini bir üst hukuk normundan almaktadır<sup>60</sup>. Genel ve soyut olan normlar hiyerarşiye göre altlarında bulunan daha somut normların belirginleşmesi işlevini görmekte olup somut normlar üstte yer alan soyut olan normlara aykırı olmamak suretiyle yukarıdan aşağıya doğru bir uyum sağlamaktadır<sup>61</sup>.

Normlar hiyerarşisi olarak ifade edilen bu sıralamayla hukuk kuralları aracılığıyla sağlanmak istenen toplumsal ahengin, hukuk düzeni içinde de geçerli olması hedeflenmektedir<sup>62</sup>. Aksine kendi içinde uyumu yakalayamamış ve uygulama açısından da tereddütlerle dolu hukuk normlarının mevcudiyeti durumunda, bu normların kendisinden beklenen sonuçları ortaya koyması, dolayısıyla toplumsal uyumu temin etmesi zor bir hâl olacaktır<sup>63</sup>.

Normlar hiyerarşisine göre birinci sırada Anayasa, Anayasa Mahkemesi kararları, anayasa teamülleri, temel haklara ilişkin uluslararası anlaşmalar; ikinci sırada temel haklar dışındaki uluslararası anlaşmalar; üçüncü sırada kanunlar, içtihadı birleştirme kararları; dördüncü sırada Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan tüzükler, beşinci sırada Bakanlar Kurulu kaide kararnameleleri, altıncı sırada Başbakanlık, bakanlar ve kamu tüzel kişiliklerinin çıkardığı yönetmelikler belirtilebilmekteydi<sup>64</sup>. Cumhurbaşkanlığı sistemiyle birlikte normların sıralamasında Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan tüzük ve kaide kararnamelelerinin yerini Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin, Başbakanlık yönetmeliklerinin yerini ise Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerinin almış olduğu değerlendirilebilir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri normlar hiyerarşisinde kanunlardan sonra gelmekle birlikte olağan üstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin kanunlardan

<sup>59</sup> Kuluçlu, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", s. 3-4.

<sup>60</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 283.

<sup>61</sup> Ender Ethem Atay, "Normlar Hiyerarşisi, Erklar Hiyerarşisi İkilemi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri, 2008, s. 310.

<sup>62</sup> Mustafa Yaşar Demircioğlu, "Düzenleyici İşlemin Konusunun Gayrimeşru Olması", *TBB Dergisi*, 2016, S. 126, s. 182.

<sup>63</sup> Kuluçlu, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", s. 3.

<sup>64</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 86.

daha üst normu teşkil edeceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Anayasa hükmü<sup>65</sup> uyarınca olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olmasına rağmen bu görüşün dayandığı temel gerekçe, yine Anayasa hükmü<sup>66</sup> uyarınca söz konusu kararnamelerin Anayasa denetimi dışında tutulmasıdır<sup>67</sup>.

Normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alması dolayısıyla diğer hukuk normlarının Anayasa'ya uygun olması gerekmektedir. Bu da Anayasa'nın üstünlüğünün bir göstergesi olup bu itibarla çalışma konusunu teşkil eden düzenleme olan kanun hükmünde kararnameler de Anayasa'ya uygun olarak çıkarılmalıdır.

### **B. Kadro Düzenlemesinin Anayasa Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmesi**

Anayasa'nın 10'uncu maddesinde "Kanun önünde eşitlik" hükümlerine yer verilmiştir. Maddenin beşinci fıkrası uyarınca, devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır. Maddenin dördüncü fıkrasında "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz." hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte 2010 yılında aynı maddeye üçüncü fıkra olarak "Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." hükmü ilave edilmiştir. Dolayısıyla eşitlik ilkesi ancak pozitif ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilecek olan üçüncü fıkrada bahsi geçen kişiler lehine olabilecek şekilde istisnaya tâbi tutulabilecektir. Bunun dışında dördüncü fıkra hükmünde de belirtildiği üzere hiçbir kimseye eşitliğe aykırılık teşkil edebilecek bir imtiyaz tanınamayacaktır.

"Kanun önünde eşitlik" hükümlerinin Anayasa hükmü olması dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu hususa yaklaşımı önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi muhtelif davalara yönelik vermiş olduğu kararlarda, Anayasa'nın 10'uncu maddesinin; herkese her zaman aynı kuralın uygulanması anlamına gelmediğini; eşitlik anlayışının, hukuksal eşitlik olduğunu yani eşit durumdakilere eşit davranılmasını ancak eşit olmayan konumda bulunanlara da farklı davranılmasını öngördüğünü belirtmektedir<sup>68</sup>. Bununla birlikte "kanun önünde eşitlik" hükümlerinin uygulamasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin daha detaylı bir yo-

<sup>65</sup> Madde 119/6.

<sup>66</sup> Madde 148/1.

<sup>67</sup> Yasin Aydoğdu, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı İşlemleri", *Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2019, Y. 9, S. 1, s. 91.

<sup>68</sup> Jülide Gül Erdem, "Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği", *Akademik Hassasiyetler*, 2017, C. 4, S. 8, s. 28.



rumu, karara bağlamış olduğu bir davada<sup>69</sup> kaydetmiş olduğu açıklamalarından anlaşılmaktadır. Söz konusu açıklamalarda Mahkeme ancak “haklı neden” ve “kamu yararı” gibi unsurların varlığı halinde kişiler arasında yapılan ayrımcılığın “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırılık oluşturmayacağı yorumunda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin bahse konu Kararındaki açıklaması özetle “Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının anlam ve öneminin tüm ağırlığını taşıyan ‘haklı neden’ ve ‘kamu yararı’ kavramlarına, öğretide eşitliği bozduğu ileri sürülen sınıflandırma ya da ayırımın a) Anlaşılabilir, b) Amaçla ilgili, c) Mâkul ve adil olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazandırılmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır, denebilir. Çünkü eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta var olan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi halinde de Anayasa kurallarına aykırı hale gelebilirler.”<sup>70</sup> şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu açıklamalarından, bir düzenlemenin “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırılık oluşturmaması için “haklı neden” ve “kamu yararı” unsurlarının varlığını aradığı anlaşılmaktadır. Bunların varlığı için de Anayasa Mahkemesi düzenlemenin anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması gerektiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bu ölçütleri, alt işveren çalışanlarının kamu kadrolarına alınmasına yönelik düzenlemeye uygulandığında, bu düzenlemenin “kanun önünde eşitlik” hükümlerine aykırılık teşkil etmiş olduğu değerlendirilmektedir. Zira alt işveren çalışanlarına tanınan kadrolarda mevcut durumda istihdam edilmekte olan kamu işçileri bu kadrolara eğitim durumlarına göre sınavla ya da noter huzurunda çekilen kura ile atanırken<sup>71</sup> alt işveren çalışanlarından bu kadrolara atanmalar herhangi bir sınav ya da

<sup>69</sup> AYM, E. 1991/24, K. 1991/40, 31/10/1991.

<sup>70</sup> Anayasa Mahkemesi, *Kararlar Dergisi*, 1993, C. 2, S. 27, s. 636.

<sup>71</sup> 09/11/2018 tarihli ve 30590 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle değiştirilmiş olan 09/08/2009 tarihli ve 27314 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Madde 10/1: “Kamu kurum ve kuruluşlarının önlisans ve lisans düzeyindeki işçi talepleri KPSS puanıyla, aynı eğitim düzeyindeki münhasıran engelli işçi talepleri EKPSŞ puanıyla; ortaöğretim ve daha alt eğitim düzeyindeki işçi talepleri ile temizlik hizmetlerinde, güvenlik ve koruma hizmetlerinde, bakım ve onarım hizmetlerinde, eğitim şartı aranmaksızın kömür ve maden işletmelerinin yeraltı işlerinde çalıştırılacaklara ilişkin taleplere gönderilecek adaylar ise noter huzurunda çekilecek kura ile belirlenir.”

kuraya tâbi olmaksızın bu kadrolara atanmaktadır. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin aramış olduğu "adil olma" unsurunu karşılamamaktadır. Aynı şekilde alt işveren çalışanlarının sınavsız ve kurasız bir şekilde bu kadrolara atanması, herhangi bir alt işverende çalışmayan ancak söz konusu kamu kadrolarına atanmak için sınavlara girmekte olan adaylar için haksız rekabet oluşturmaktadır. Bu husus dikkate alındığında da söz konusu uygulamanın "makul ve adil" olmamasının yanı sıra "haklı neden" unsurunu karşılamadığı değerlendirilmektedir. Nitekim söz konusu kadrolara atanmayı bekleyen pek çok kişi var iken kamu idarelerinin personel ihtiyacı nedeniyle alt işverendeki çalışanları kadroya alma gibi bir gerekçeye başvuramayacağı ortadadır. Ayrıca söz konusu ihtiyacın hâlihazırda alt işveren aracılığıyla yerine getirilmiş olması sebebiyle böyle bir gerekçe bu açıdan da makul görülmeyecektir.

Bunların yanı sıra bahse konu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin aramış olduğu "kamu yararı" unsurunu da ihtiva etmemekte, aksine mevcut duruma göre kamu bütçesine ilave maddi bir yük getirmek suretiyle kamu yararı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira alt işverene bağlı işçilere ödenen ücret, işin mahiyetine göre değişmekle birlikte yaklaşık olarak asgari ücret tutarıdır. Ancak söz konusu işçilerin kadroya alınması durumunda kamu işçisi olarak almaya hak kazandıkları ücret, asgari ücretin üzerinde olmaktadır. Dolayısıyla aradaki ücret farkı, kadroya alınan işçi sayısına paralel bir şekilde bütçe yükünü artırmaktadır.

Ayrıca kamu kurumlarının alt işveren statüsündeki firmalarla anlaşmasının temel gerekçesi, firmalara yaptırılan işin, istisnalar olmakla birlikte genellikle kamunun asli işi olmaması ya da geçici bir süreyle sınırlı olması gibi gerekçelerle kamunun kendi personeliyle iş yapmasının rasyonel olmamasıdır. Dolayısıyla alt işverenlere yaptırılan söz konusu işler ve bu itibarla buna ilişkin yapılan ödemeler genellikle belirli bir süreyle sınırlı olabilmektedir. Bu kapsamda çalışanların kadroya alınması durumunda ileride böyle bir işe ihtiyaç kalmadığı durumda, söz konusu personelin başka işlere kaydırılmasıyla tecrübe kazandığı iş dışında çalıştırılmak suretiyle kendilerine ödenen ücretten daha az verim alma riski bulunmaktadır. Bu hususların gerçekleşmesi ise bütçeden çıkan kaynağın verimli kullanılmaması bakımından kamu yararına aykırılık oluşturmaktadır.

Mesai ücretleri konusunda kamu bütçesindeki sınırlamalar karşısında, fazla mesai ağırlıklı hizmetlerde hizmet kalitesi sorunu yaşamamak ve daha uygun maliyetle işi yaptırabilmek amacıyla da kamu kurumları alt işverenlerle çalışabilmektedir. Alt işveren çalışanlarının kadroya alınması bir yandan bu işlerin gereği gibi yerine getirilmesinde sorunlar oluşturabilirken diğer yandan ise fazla

mesai ağırlıklı olmaları dolayısıyla daha fazla maliyet oluşturabilmektedir. Bu da söz konusu uygulamanın kamu yararının aksine sonuç doğuran durumlardan birine örnek teşkil etmektedir.

Tüm bu olumsuz sonuçlara ilave olarak alt işveren çalışanlarının ücretlerinin genel olarak kamu işçilerine göre daha düşük olduğu ve kamu kadrolarına atamaları neticesinde kamudan emekli olmaları dikkate alındığında, bu işçilere daha yüksek emeklilik ikramiyesi ve emeklilik aylıkları ödenmesi, mevcut sosyal güvenlik finansman açığını daha da artıracaktır. Sosyal güvenlik finansman açıklarının nihayetinde bütçeden karşılanacak olması dolayısıyla bu da bütçe yükünü artıran bir unsur olarak dikkate alınabilecektir. Alt işveren çalışanlarının kadroya alınmasının bütçe üzerindeki bu olumsuz etkisi de buna ilişkin düzenlemenin “kamu yararı” doğrultusunda yapılan bir düzenleme olmadığına bir başka göstergesini teşkil etmektedir. Zira bu düzenlemenin; lehine sonuç doğuracak kesim olan kamu kadrosuna geçen ya da geçecek işçi sayısı ile dolaylı ve dolaysız vergiler aracılığıyla bütçe finansmanını sağlamaları nedeniyle ilave bir maddi yük yükleyecek kesim olan ülke nüfusunun neredeyse tamamını kapsayan vatandaşların sayısı karşılaştırıldığında, bu uygulamada kamu yararının varlığı iddia edilemeyecektir. Anayasa madde 10/3'te sayıldığı üzere ancak çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gazilere yönelik böyle bir uygulama kamu yararına aykırılık oluşturmayacaktır. Zira böyle bir durumda söz konusu kimselere yapılan ayrımcılık “makul” ve “haklı neden” kavramları içerisinde değerlendirilebilecektir. Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere bahse konu uygulamada ise herhangi bir haklı neden unsurunu bulunmamaktadır.

Danıştay da vermiş olduğu kararlarda, kamu idarelerinin uygulamalarında Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranmalarının önemini vurgulamıştır. Danıştay'ın bir dava kararında<sup>72</sup> yapmış olduğu “Hukuk Devletinde, idareye tanınan hiçbir yetki sınırsız değildir. İdare, yetkisini, hukuk kurallarına uygun olarak kullanmak zorundadır. Anayasa'nın idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu söyleyen 125'inci maddesi, bu zorunluluğun anayasal kanıtıdır. Anayasa'nın 10'uncu maddesinde öngörülen kanun önündeki eşitlik ilkesi, idarenin yetkisini kullanırken uymak zorunda olduğu söz konusu hukuk kurallarının en önemlilerinden biridir. İdare, idare edilenler yönünden, hak yaratırken ve külfet getirirken bu ilkeye uygun davran-

<sup>72</sup> Danıştay 7'nci Dairesinin 11/06/2001 tarihli ve K. 2001/2124, E. 2001/1 sayılı Kararı.

makla yükümlüdür.” şeklinde açıklamasıyla<sup>73</sup> idarenin hak yaratırken de bu ilkeye uygun davranması gerektiğini açık bir şekilde belirtmektedir. Alt işveren çalışanlarının kadroya alınması, kamuda kadroya atanma açısından bir hak oluştururken bu haktan alt işveren çalışanları dışındakilerin yararlanmaması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere bu durum; adalet, kamu yararı, haklı neden unsurlarının hiçbirini ihtiva etmemektedir. Bu itibarla yukarıda açıklandığı üzere gerek ilgili Anayasa hükümlerinin lafzi yorumları gerekse Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin yorumları dikkate alındığında, alt işveren çalışanlarına kamu kadrosu tahsisine ilişkin düzenlemeler Anayasa’ya aykırı olarak değerlendirilmektedir.

Tüm bunlara ilave olarak Anayasa’nın 70’inci maddesinde “Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” hükmü bulunmaktadır. Alt işveren çalışanlarına kadro verilmesi, bu Anayasa hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır. Zira söz konusu kadrolara alt işveren çalışanlarının atanmasında, görevin gerektirdiği nitelik dışında, o kamu kurumuyla alt işverenlik ilişkisine sahip firmada istihdam edilme gibi başka bir unsur dikkate alınmaktadır. Bu da açık bir şekilde 70’inci madde hükmünün aksine bir uygulamayı içermektedir. Bu maddeyle Anayasa, kamu hizmetine girmeyi herkese tanımakla fırsat eşitliğinin sağlanmasını emretmektedir<sup>74</sup>. Ancak alt işveren çalışanlarına kadro ihdası uygulaması, alt işverenlik ilişkisine sahip firmada çalışmayıp söz konusu kadrolara atanmak isteyenler aleyhine olmak üzere fırsat eşitliğini ortadan kaldırmaktadır. Yalnızca alt işveren çalışanlarına ayrılan kadrolara başvuru yapamayan kişiler, bütçe kısıtı nedeniyle kamu kadrolarının sınırlı olması dolayısıyla başka bir şekilde kamu kadrolarına atanmayabilmekte ve böylece mağdur kesimi temsil etmektedir. Bu gerekçeler dikkate alındığında söz konusu uygulama, Anayasa’nın 70’nci maddesiyle sağlanmak istenen amacın tam aksi bir sonuç doğurmaktadır.

Anayasa madde 148/1’de, “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasa’ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları

<sup>73</sup> Danıştay Başkanlığı, “Danıştay Karar Arama”, <https://karararama.danistay.gov.tr/> (28.09.2022).

<sup>74</sup> Yasin Sezer, “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 11, S. 3-4, s. 155.

karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” hükmü bulunmaktadır.

Bu hükümden, olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için gerek şekil gerekse esas bakımından Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmayacağı açık bir şekilde anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte Anayasa madde 119/6, “Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104’üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.” hükmünü ihtiva etmektedir.

Bu hükümden ise olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabileceği anlaşılmaktadır. Bu hüküm uyarınca olağanüstü halin gerekli kılmadığı konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin olağanüstü hal dönemlerinde çıkarılsa dahi olağanüstü hal kararnamesi olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Zira Anayasa hükmü, bir kararnamenin söz konusu kapsamda kabul edilebilmesi için konu itibarıyla bir şart koymuş ve kararnameyi olağanüstü halin gerekli kıldığı konuyla sınırlandırmıştır.

Kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarına kadro verilmesine ilişkin düzenleme 375 sayılı KHK’ye eklenen geçici maddelerle yapılmıştır. Bu maddeler ise 696 sayılı KHK’yle 375 sayılı KHK’ye eklenmiştir. 696 sayılı KHK ise bir olağanüstü hal kararnamesidir. Dolayısıyla Anayasa madde 199/6 uyarınca söz konusu Kararname hükümlerinin, olağanüstü halin gerekli kıldığı konulardan olma zorunluğu bulunmaktadır. Alt işveren çalışanlarının kamu kadrolarına atanmasının olağanüstü halin gerekli kıldığı konulardan olmaması nedeniyle söz konusu hükümlerin olağanüstü hal kararnamesi kapsamında değerlendirilmesi hukuken mümkün olmayacaktır. Olağanüstü hal kararnamesi olarak değerlendirilemeyen bu hükümler ise ancak olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda ise bu hükümler Anayasa madde 148/1 hükmü uyarınca şekil ve esas bakımlarından Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamına girmektedir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde izahatı yapıldığı üzere söz konusu hükümlerin Anayasa hükümlerine aykırılığı dolayısıyla iptalinin gerektiği düşünülmektedir. Buna benzer yapılacak düzenlemeler de aynı koşullar altında Anayasa’ya aykırılıktan kurtulamayacaktır. Sonuç olarak tüm idari işlemlerin yanı sıra kanuni düzenlemelerde de hukuk devleti ve hukukun üs-

tünlüğü ilkeleri uyarınca bir pozitif hukuk kuralı olan normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan Anayasa hükümlerine riayet edilmesinin önemi, bu çalışma konusu özelinde de ortaya konulmuştur.

## SONUÇ

Politik gerekçelerle gerek iktidar gerekse muhalefet partileri olmak üzere politikacıların geneli kamu kadrolarının genişletilmesi konusunda hemfikir olabilmektedir. Aynı gerekçelerle kamu kurumlarıyla alt işveren ilişkisine sahip firmaların bu kurumlardaki çalışanlarına kadro verilmesi de politik zeminde uzlaşmaya varılan konulardan birini teşkil etmektedir. Ancak politik olarak makul görünen bu husus, hukuki olarak sorunlu bir uygulama alanı olmaktan kurtulmayabilmektedir. Yalnızca söz konusu firmaların kamu kurumlarındaki çalışanlarının düzenleme kapsamında olması, bahse konu sorunun temel nedenidir. Zira kamu kadroları, kamu kaynağının kullanımını ve dolayısıyla bir idari işlem gerektirmektedir. Yalnızca sınırlı bir kesimin bu kadrolardan faydalanmasını mümkün kılan bir idari işlemin dayanağı olan düzenlemenin ise özellikle Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki "kanun önünde eşitlik" hükümlerini karşılama noktasındaki eksikliği, muhtemel bir sonuç olarak belirlemektedir.

Bu bağlamda, konuya ilişkin son yapılan kanuni düzenleme de dikkate alınarak kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarına kadro hakkı verilmesine ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği sonucuna varılmıştır. Söz konusu aykırılık öncelikle Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki "kanun önünde eşitlik" hükümlerinden kaynaklanmaktadır. 10'uncu maddede; devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Bahse konu uygulamayla ise kişiler arasında bir ayırım yapılarak yalnızca kamu kurumlarındaki alt işveren firma çalışanlarına kadro hakkı tanınmaktadır. Halbuki kamu kurumlarındaki işçi kadrolarına ilgili mevzuat hükümleri gereği, eğitim durumlarına göre sınavla ya da noter huzurunda kura yöntemiyle atama yapılmaktadır. Alt işveren çalışanlarına kadro hakkı verilmesiyle söz konusu yöntemler atlanarak doğrudan bu işçilere kadro verilmek suretiyle söz konusu kamu işçisi olma talebinde bulunan diğer vatandaşlar arasında eşitsizlik oluşturularak diğer vatandaşlar mağdur edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bir düzenlemenin "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturmaması için "haklı neden" ve "kamu yararı" unsurlarının varlığını

aramakta; bunun için de ilgili düzenlemenin anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olmasının gerektiğini belirtmektedir. Kamu kurumlarındaki alt işverene bağlı işçilere tanınan kadrolarda mevcut durumda istihdam edilmekte olan kamu işçileri, bu kadrolara eğitim durumlarına göre sınavla ya da noter huzurunda çekilen kura ile atanırken alt işveren çalışanlarının herhangi bir sınav ya da kuraya tâbi olmaksızın bu kadrolara atanması, “adil olma” unsurunu karşılamamaktadır. Aynı şekilde alt işveren çalışanlarının sınavsız ve kurasız bir şekilde bu kadrolara atanması, herhangi bir alt işveren firmada çalışmayan ancak söz konusu kamu kadrolarına atanmak için sınavlara girmekte olan adaylar için haksız rekabet oluşturmaktadır. Bu husus da söz konusu uygulamanın “makul ve adil” olmamasının yanı sıra “haklı neden” unsurunu karşılamadığını ortaya koymaktadır. Zira söz konusu kadrolara atanmayı bekleyen pek çok kişi var iken kamu idarelerinin personel ihtiyacı nedeniyle alt işveren çalışanlarını kadroya alma şeklinde olası bir gerekçesinin kabulü mümkün olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin “kamu yararı” unsuru dikkate alındığında da söz konusu uygulama, kanun önünde eşitlik hükümlerine aykırılıktan kurtulamamaktadır. Zira alt işveren işçilerine ödenen ücret, işin mahiyetine göre değişmekle birlikte yaklaşık olarak asgari ücret tutarında olup söz konusu işçilerin kadroya alınması durumunda kamu işçisi olarak almaya hak kazandıkları ücret, asgari ücretin üzerinde olmaktadır. Bu itibarla bahse konu uygulama, aynı hizmetin daha fazla maliyetle yapılmasını, dolayısıyla bütçe yükünü artırmak suretiyle kamu yararının aksine bir sonuç doğurmaktadır.

Ayrıca bu kapsamdaki işçilerin kadroya alınması durumunda ve bahse konu işin kamu idaresinin asli işi olmaması nedeniyle ileride böyle bir faaliyete ihtiyaç kalmaması durumunda, söz konusu personelin başka işlere kaydırılmasıyla tecrübe kazandığı iş dışında çalıştırılmak suretiyle kendilerinden daha az verim alma riski bulunmaktadır. Bu hususların gerçekleşmesi ise bütçeden çıkan kaynağın verimli kullanılmaması bakımından kamu yararına aykırılık oluşturacaktır.

Kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarının kadroya alınmasının, kamu yararına aykırılık teşkil edecek diğer bir nedeni ise sosyal güvenlik finansman açığını artırmasıdır. Zira alt işveren çalışanlarının ücretleri genel olarak kamu işçilerine göre daha düşük olup kamu kadrolarına atamaları neticesinde kamudan emekli olmaları dikkate alındığında, bu işçilere daha yüksek emeklilik ikramiyesi ve emeklilik aylıkları ödenecektir. Mevcut sosyal güvenlik finansman açığını daha da artıracak olan böyle bir sonuç ise sosyal güvenlik finansman açıklarının nihayetinde bütçeden karşılanacak olması dolayısıyla bütçe yükünü

artıracaktır. Dolaylı ve dolaysız vergiler dikkate alındığında ülke nüfusunun neredeyse tamamının katkısı olduğu kamu kaynaklarının, “haklı neden” olmaksızın yalnızca belirli bir kesim için daha fazla kullanılması ise kamu yararının varlığının iddiasını mümkün kılamayacaktır.

Anayasa Mahkemesine benzer şekilde Danıştay da Anayasa’nın 10’uncu maddesinde öngörülen kanun önündeki eşitlik ilkesinin önemini ve idarenin idare edilenler yönünden, hak yaratırken ve külfet getirirken bu ilkeye uygun davranmakla yükümlü olduğunu vurgulamaktadır. Alt işveren çalışanlarının kadroya alınması, kamuda kadroya atanma açısından bir hak oluştururken bu haktan alt işveren çalışanları dışındakilerin yararlanmaması, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere bu durum; adalet, kamu yararı, haklı neden unsurlarının hiçbirini ihtiva etmemektedir. Bu itibarla yukarıda açıklandığı üzere gerek ilgili Anayasa hükümlerinin lafzi yorumları gerekse yüksek mahkemelerin eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin yorumları dikkate alındığında, alt işveren çalışanlarına kamu kadrosu tahsisine ilişkin düzenlemeler Anayasa’ya aykırı olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa’nın kanun önünde eşitlik hükümlerine aykırılığının yanı sıra alt işveren çalışanlarına kadro verilmesinin, Anayasa’nın 70’inci maddesindeki “Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” hükmüne de aykırı olduğu düşünülmektedir. Zira söz konusu kadrolara alt işveren çalışanlarının atanmasında; eğitim, beceri sertifikası, sağlık durumu gibi görevin gerektirdiği nitelik dışında, o kamu kurumuyla alt işveren ilişkisi bulunan firmada istihdam edilme gibi başka bir unsur dikkate alınmaktadır. Bu unsur ise alt işveren firmada çalışmayıp söz konusu kadrolara atanmak isteyenler aleyhine olmak üzere fırsat eşitliğini ortadan kaldırmaktadır.

Anayasa hukuku çerçevesinde yapılan bu tespitlerin yanı sıra çalışmada, kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarının kadroya alınmasına ilişkin yapılan son fiili düzenlemenin Anayasa denetim yolu da yorumlanmıştır. Şöyle ki söz konusu düzenleme, bir olağanüstü hal kararnamesi olması dolayısıyla ilgili Anayasa hükmü<sup>75</sup> uyarınca Anayasa denetimine tâbi görünmemektedir. Ancak yine bir başka Anayasa hükmüne<sup>76</sup> göre olağanüstü hal kararnameleri ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilmektedir. Kamu kurumla-

<sup>75</sup> Madde 148/1.

<sup>76</sup> Madde 199/6.



rındaki alt işveren çalışanlarına kadro imkânı tanıyan uygulamanın, olağanüstü halin gerekli kıldığı konular dışında olması sebebiyle söz konusu uygulamayı mümkün kılan KHK hükümlerinin, her ne kadar olağanüstü hal kararnamesi altında alınsa da bu kapsamda kabul edilemeyeceği değerlendirilmektedir. Zira Anayasa madde 199/6'da bu kapsamda düzenlenebilecek konular, açık bir şekilde olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla sınırlandırılmıştır. Bu koşulu yerine getirmemesi nedeniyle alt işveren çalışanlarına kadro verilmesine ilişkin hükümler ancak olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri olarak kabul edilebilir. Bu durumda ise gerekçeleri çalışmada detaylı bir şekilde açıklandığı üzere gerek Anayasa'nın kanun önünde eşitlik hükümlerine gerekse 70'inci madde hükümlerine aykırılıktan dolayı söz konusu hükümlerin iptalinin gerektiği değerlendirilmiştir.

**KAYNAKÇA**

- AKYİĞİT, Ercan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Anayasa Mahkemesi, *Kararlar Dergisi*, 1993, C. 2, S. 27, ss. 627-643.
- ATAY, Ender Ethem, "Normlar Hiyerarşisi, Erklar Hiyerarşisi İkilemi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri, 2008, ss. 287-343.
- AYDINLI, İbrahim, *Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- AYDOĞDU, Yasin, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı İşlemleri", *Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2019, Y. 9, S. 1, ss. 85-92.
- ÇELİK, İrem, *Sendikal Örgütlenmede İşkolunun Belirlenmesi*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇELİK, Nuri - Canıklıoğlu, Nurşen - CANBOLAT, Talat - ÖZKARACA, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar, "Düzenleyici İşlemin Konusunun Gayrimeşru Olması", *TBB Dergisi*, 2016, S. 126, ss. 167-210.
- EKMEKÇİ, Ömer - Yiğit, Esra, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 160-162.
- ERDEM, Jülide Gül, "Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği", *Akademik Hassasiyetler*, 2017, C. 4, S. 8, ss. 19-48.
- ERKANLI, Betül, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 18, S. 1, ss. 63-111.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2016.
- GÜZEL, Ali, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", *Çalışma ve Toplum*, 2004, S. 2004/1, ss. 31-65.
- Kalkınma Bakanlığı, *On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023): Kamuda İnsan Kaynakları Yönetimi Çalışma Grubu Raporu*, Ankara, 2018.
- KARAYALÇIN, Yaşar, "Hukukun Üstünlüğü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1992, C. 47, S. 3, ss. 193-214.
- KAYA, Gazanfer, "Kamudaki Taşeron İşçiler Üzerine Bir Alan Araştırması: Adıyaman Örneği", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, C. 14, S. 55, ss. 257-267.
- KILIÇ, Mustafa - ÖZAYDIN, Mehmet Merve, "Türkiye'de Alt İşveren Uygulamasına İlişkin Güncel Sorunlar", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 2022, C. 13, S. 1, ss. 81-106.
- KOÇ, Muzaffer, "Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, 2016, C. 4, S. 2, ss. 65-90.

- KULUÇLU, Erdal, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", *Sayıştay Dergisi*, 2009, S. 71, ss. 3-22.
- PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, *Arkadaş Türkçe Sözlük*, Arkadaş Yayınları, Ankara, 1997.
- SAYIN, Ali Kemal, "Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 2015, S. 69 - 2015/2, ss. 59-98.
- SEZER, Yasin, "Kamu Hizmetine Girme Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 11, S. 3-4, ss. 153-171.
- SÜMER, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ŞAHİN, Metin, "Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması", *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yüksek Lisans Tezi), 2014.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- YAYLALI, Mustafa, "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", *Liberal Düşünce Dergisi*, 2018, Y. 23, S. 91-92, ss. 93-109.

#### Elektronik Kaynak

- Danıştay Başkanlığı, "Danıştay Karar Arama", <https://karararama.danistay.gov.tr/> (28.09.2022).