

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'...

1. GENEL OLARAK ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ VE SINIRLANDIRILMASI

Çağımızda ekonomik ve teknolojik gelişmeler, küresel pazarın rekabet koşulları işletmeleri mal veya hizmet üretimlerini kendi işçileriyle değil, başka işverenlerin işçileri aracılığıyla gerçekleştirme yöntemlerini kullanmaya itmiştir. Alt işverene iş gördürme de bu yöntemlerden biridir. İşverenler yönünden bu tür yöntemlere başvurma 'girişim özgürlüğü' kapsamında düşünülrse de, bu uygulama sonucunda alt işveren işçileri çoğunlukla sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme düzeninin dışına itilmekte, daha ağır çalışma koşullarına tabi tutulmakta ve çok düşük ücret ve sosyal yardımlarla çalıştırılmaktadır. Böylece İş Hukuku kurallarının alt işveren işçileri açısından çok fazla bir anlam ve etkinliği söz konusu olamamaktadır. Doğuş sebebi işçiyi korumak olan İş Hukuku, sermaye karşısında emeğin ve örgütlenmenin etkisini zayıflatan bu uygulamanın sınırlandırılması ihtiyacını hissetmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında, işçi haklarını sınırlandıran ve kullanılamaz hale getiren kötüniyetli uygulamaları önlemek amacıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartlarına, muvazaa ölçütlerine ve bunlara aykırılığın yaptırımına yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı 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.

Aynı maddenin yedinci fıkrasında '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' kuralına yer verilmiştir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi konusunda Kanunda öngörülen yasal sınırlamalar; 'asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağına', 'daha önce asıl işveren tarafından o iş yerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağına' ve 'işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğine' ilişkindir. Buna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerliliği kanunda belirtilen unsurları taşımasına bağlıdır. Maddenin yedinci fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisine ilişkin örnekleme yoluyla muvazaa kriterlerine yer verilmiş ve ilişkinin muvazaaya

dayanması halinde alt işveren işçisinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği düzenlenmiştir.

4857 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükümleri ekonomik ve teknolojik gelişmelerin bir zorlaması olarak, işletmelere alt işverenlere iş gördürme imkânı tanırken, işçilerin korunması amacıyla önemli güvenceler ve sınırlamalar da içermekte, bu istihdam modelinin İş Hukukunda temel bir kural değil, bir istisna olarak değerlendirildiğini ortaya koymaktadır.

...

3. ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ

a. Sosyal Devlet İlkesi Yönünden

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir.

Sosyal devlet, vatandaşların sosyal durumlarıyla, refahlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı ödev bilen, sosyal ve ekonomik hayata müdahale yoluyla, sınıf çatışmalarını yumuşatan ve milli bütünleşmeyi sağlamaya çalışan bir devlet anlayışdır.

Sosyal devletin başta gelen amaçlarından birisi toplumdaki sosyal ve ekonomik dengesizlikleri azaltmaktır.

Anayasa Mahkemesinin 23.05.1972 tarih ve 2-28 sayılı kararında da belirtildiği üzere sosyal devlet, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve böylece sosyal dengeyi sağlamakla yükümlü devlettir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına aykırı olarak kurulan veya muvazaaya dayalı asıl işveren-alt işveren ilişkileri işçiyi mağdur etmeye yöneliktir. İşveren karşısında ekonomik ve sosyal açıdan güçsüz durumdaki işçiyi mağdur etmeye yönelik kanuna aykırı veya muvazaalı işlemlere karşı hak arama yolunu kapatan 3. maddenin ikinci fıkrasında yer alan 'İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir' cümlesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesine uygun düşmemektedir.

b. Çalışma Hakkı Yönünden

Anayasanın 49. maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir' hükmü ile çalışma hakkı, Anayasa ile güvence altına alınmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında 'Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır' hükmü ile devlete çalışma hakkının gerçekleştirilmesi sorumluluğu verilmiş bulunmaktadır. Buna göre devlet, çalışanları koruyacak, işsizliği önleyecek ve işçi-işveren ilişkilerinde çalışma barışını sağlayacak önlemleri alacaktır.

Anayasa'nın 48/2 hükmüne göre devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek ve çalışma hayatını geliştirmek üzere girişim özgürlüğünü özüne dokunmamak şartıyla eşitlik ilkesini de göz önünde tutarak sınırlandırabilecektir. Bu anlamda çalışma hakkı, çalışma ve

sözleşme özgürlüğüne getirilecek kayıtlamaları da haklı kılarken aynı zamanda onları sınırlandırır.

Çalışma hakkı, iş bulma hakkını, yaşa, cinsiyete ve güce uymayan işlerde çalıştırılmama hakkını, işe almada ırk, renk, cinsiyet, inanç, siyasal düşünce ayrımcılığı yapılmama hakkını, istediği alan ve işte çalışma hakkını içerir. Bu hakların kullanılabilmesi devlete, istihdam olanaklarının yaratılması, eğitim hakkı, iş güvencesi ve koruyucu standartların sağlanması, çalışma yaşamında belirli bir gelir güvencesi sağlanması, işçi sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işçilerin örgütlenme hakkının sağlanması, işsizliğe ve işgücünün toplumsal risklere karşı korunmasını içeren uygun mevzuatın hazırlanması yükümlülüğünü vermektedir.

Çalışma hakkı olumlu edim gerektiren ve bu konuda daha çok devleti sorumluluk altına sokan bir hak niteliği taşıdığından, bu hakkı zayıflatan muvazaalı işveren uygulamalarına karşı kanun yollarını kapatan 4857 sayılı Kanun'un 3. maddesinin yukarıda belirtilen cümlesi Anayasa'nın 49. maddesine aykırı düşmektedir.

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

c. Hak Arama Özgürlüğü Yönünden

Anayasamızın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü düzenlenmiştir. Buna göre 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Hiç bir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçamaz.'

Anayasa'nın sözü edilen maddesi bireylerin sahip oldukları hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaya yöneliktir. Bireyler anayasamızca kendilerine tanınan haklarını meşru yollardan arama hürriyetine sahiptir.

Hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşturulması, hak arama yollarının sayısının artırılması, ulaşılmasının kolaylaştırılması ve etkinleştirilmesi ile sağlanabilir.

Hak arama özgürlüğü ve hak arama yollarının yokluğu, diğer hak ve özgürlüklerin sadece teoride kalmasına neden olur. Bu yönüyle hak arama özgürlüğü koruyucudur. Koruyuculuk özelliği sayesinde hak arama hürriyeti tüm hakların yaşama geçirilmesini sağlar.

Yaşam hakkı, çalışma hakkı, seçme ve seçilme hakkı, çevre hakkı gibi haklar hak arama özgürlüğü ile doğrudan ilgilidir. Zira bu hakların birisi ihlal edilirse her halde hak arama özgürlüğü söz konusu olacaktır.

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

Davalarda asıl olan, ilk derece mahkemelerinin verdikleri kararlara karşı, menfaati olan tarafın kanun yoluna başvurusudur. Kanun yoluna başvurma, hak arama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Kural bu olmakla birlikte, istisnâ bazı durumlarda ilk derece mahkemelerinin verdiği kararların kesin olduğu yolunda kanunlarda (örneğin HMK m.341/f.2) hüküm yer almaktadır. Kanun koyucunun İş Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasının getirdiği itiraz davası bakımından da bu yönde yeni bir istisna kabul ettiği anlaşılmakta ise de, itiraz davasının konusu, niteliği itibariyle işçi - işveren ve hatta ülke ekonomisi bakımından çok önemli sonuçlar doğurmakta olduğundan, 'istisna' olmaya müsait değildir (Bkz. Ejder YILMAZ, 'Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası', Çimento İşveren, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, Cilt 23, Sayı:1, Ocak 2009, s.20).

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

...''