

“... ”

I. İtirazın Nedenini Oluşturan Vakıaların Özeti

1-Muratpaşa Belediyesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre çeşitli şirketlerden temizlik hizmeti satın almaktadır. Davalı şirketlerden de temizlik hizmeti satın almıştır. Bu amaçla ... ile 04/10/2013-31/12/2013, ... ile 01/01/2014-31/12/2014, ... ile 01/01/2015-29/12/2015 ve ... ile 30/12/2015-01/02/2016 tarihleri arasında geçerli olmak üzere “hizmet satın alma sözleşmeleri” akdetmiştir.

2- Dava dışı işçi ..., anılan şirketlerin sigortalı işçisidir. Hizmet alımı sözleşmeleri uyarınca Muratpaşa Belediyesi’nde çalışmıştır. İş akdi 01/02/2016’da feshedilmiştir. Başvurusu üzerine, Muratpaşa Belediyesi, 20/04/2016’da “üst işveren” sıfatıyla adı geçen işçiye 4.860,11 TL kıdem tazminatı ödemiştir.

3- Muratpaşa Belediyesi vekili,12/01/2018’de eldeki davayı ikame ederek, belediye ile hizmet sunan şirketler arasında “alt işveren- üst işveren” ilişkisi bulunduğunu, hizmet sözleşmeleri ve eklerindeki şartnamelere göre hizmet sunan şirketlerin istihdam ettikleri işçilerin tüm işçilik haklarından sorumlu olduğunu açıklayarak ödedikleri kıdem tazminatı tutarının işçinin her bir alt işveren nezdinde geçen dönemi ile sınırlı olması kaydıyla davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini istemiştir.

4- Tahkikat devam ederken, 21/2/2019’da 7166 sayılı “ Sosyal Hizmetler Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” kabul edilmiştir. Bu Kanunun 11 inci maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 112 nci maddesine beşinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilere, 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/9/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilmez.”

Aynı Kanunun 12 inci maddesi ile ise 4857 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“Geçici Madde 9- Bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalarda, 112 nci maddenin altıncı fıkrası kapsamında rücu edilmeyecek kısmı için ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir, yargılama gideri ve vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. İcra takiplerinde rücu edilmeyecek kısma ilişkin olarak harç alınmaksızın düşme kararı verilir, takip giderleri ile vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. Ancak, bu kapsamda alt işverene rücu edilerek takip ve tahsil edilmiş olan tutarlar, alt işverenler lehine hiçbir şekilde alacak hakkı doğurmaz ve tahsil edilmiş tutarlar iade edilmez.”

5- Muratpaşa Belediyesi vekili, 17/05/2019 günlü oturumda 7166 sayılı Kanunun 11 ve 12 inci maddelerinin Anayasa’nın 2 ve 36 ncı maddelerine aykırı olduğunu açıklayarak Anayasa’ya aykırılık iddialarının ciddiye alınmasını ve Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusu

Esas Sayısı : 2019/65

Karar Sayısı : 2019/48

yapılmasını istemiştir. Anayasa'ya aykırılık iddiasına havi dilekçesini de aynı oturumda ibraz etmiştir. Anayasa'ya aykırılık nedenleri, özce, "rücu haklarının ortadan kaldırılması" ve "kanunun geçmiş sözleşmelere de etki etmesinin sağlanarak hak arama özgürlüklerinin ihlal edilmesi" şeklindedir.

II. İtiraz Başvurusunun Şekli Koşulları

1- a) Anayasanın, "Anayasaya Aykırılığın Diğer Mahkemelerde İleri Sürülmesi" başlıklı 152 inci maddesi şöyledir.

"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

b) 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun, "Anayasaya Aykırılığın Mahkemelerce İleri Sürülmesi" başlıklı 40 inci maddesi şöyledir.

"1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa;

a) İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını,

b) Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini,

c) Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini,

dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine gönderir.

(2) Taraflarca ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası davaya bakan mahkemece ciddi görülmezse bu konudaki talep, gerekçeleri de gösterilmek suretiyle reddedilir. Bu husus esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılabilir.

Esas Sayısı : 2019/65

Karar Sayısı : 2019/48

(3) Genel Sekreterlik gelen evrakı kaleme havale eder ve keyfiyeti başvuran mahkemeye bir yazı ile bildirir.

(4) Evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı incelenir. Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir.

(5) Anayasa Mahkemesi, işin kendisine noksansız olarak gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse ilgili mahkeme davayı yürürlükteki hükümlere göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır.”

2- Muratpaşa Belediyesi vekilinin, 7166 sayılı Kanununun 11 ve 12 nci maddelerinin Anayasa'nın ve 2 ve 36 ncı maddelerine aykırı olduğu yönündeki iddiası ciddi bulunmuştur. Ayrıca, anılan normların Anayasa'nın 10 nuncu maddesine de aykırı olduğu düşünülmüştür.

3- 21/02/2019'da kabul edilen ve 22 Şubat 2019 tarihli ve 30694 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 7166 sayılı “Sosyal Hizmetler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un itiraz konusu maddeleri şunlardır.

Madde 11 – 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 112 nci maddesine beşinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilere, 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/9/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilmez.

Madde 12- 4857 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“Geçici Madde 9- Bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalarda, 112 nci maddenin altıncı fıkrası kapsamında rücu edilmeyecek kısmı için ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir, yargılama gideri ve vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. İcra takiplerinde rücu edilmeyecek kısma ilişkin olarak harç alınmaksızın düşme kararı verilir, takip giderleri ile vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. Ancak, bu kapsamda alt işverene rücu edilerek takip ve tahsil edilmiş olan tutarlar, alt işverenler lehine hiçbir şekilde alacak hakkı doğurmaz ve tahsil edilmiş tutarlar iade edilmez.”

4- Görülmekte olan davanın niteliği, yargısal uygulama ilkeleri ve itiraz konusu olan normlarla ilişkisi ise şöyledir.

a) “Hizmet satın alan” davacı Muratpaşa Belediyesi ile “hizmet sunan” davalı şirketlerin dava dışı işçi karşısındaki hukuksal konumları “alt işveren- üst işveren” kurumlarına vücut vermektedir. İşçilerin iş akdiyle çalıştıkları şirketler “alt işveren”, işin sürdürüldüğü belediyeler ve diğer kamu kurumları ise “üst işveren”dir. “Üst işveren” kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2 inci maddesinde “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik

Esas Sayısı : 2019/65

Karar Sayısı : 2019/48

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.” şeklinde tanımlanmıştır. Buradaki sorumluluğun türü “müteselsil sorumluluk”tur.

b) Müteselsil sorumlulukta bir “dış ilişki”, bir de “iç ilişki” mevzubahistir. Dış ilişkide, işçi, hakettiği işçilik alacaklarını müteselsil sorumlulardan birinden veya hepsinden isteyebilir. (Türk Borçlar Kanunu’nun 163 üncü maddesi) İç ilişki ise, müteselsil borçluların kendi aralarındaki ilişkidir ve bu da Türk Borçlar Kanunu’nun 167 ve 168 inci maddelerinde düzenlenmiştir. “Paylaşım” başlıklı 167 inci maddedeki düzenleme “Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir. Borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler.” şeklindedir. Muratpaşa Belediyesi, hizmet sunan şirketlerle düzenledikleri sözleşmelerde, istihdam edilen işçilerin her türlü işçilik haklarının istihdam eden şirketlerin sorumluluğunda olduğunu açıklayarak ödediği kıdem tazminatını işçiyi istihdam eden şirketlerden istemektedir. İstemin dayanağı evvela sözleşme hükmü, saniyen kanun hükmüdür. Sözleşmede herhangi bir hüküm olmasa, bu takdirde, Muratpaşa Belediyesi ödediği kıdem tazminatının yarısını kanun hükmü icabı işçiyi istihdam eden şirketlerden isteyebilecektir. Yargıtay’ın bu tür uyuşmazlıklardaki yerleşik uygulaması da bu minval üzeredir. Yargıtay, bir kararında, görüşünü şu şekilde açıklamıştır:

“Dava, asıl işveren davacı kurumun, davalı şirket tarafından çalıştırılan işçinin açmış olduğu dava sonrasında ödemek zorunda kaldığı miktarın rücu tahsili istemine ilişkindir. 4857 sayılı İş Kanununun 2/6. maddesinde, “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.” hükmü bulunmaktadır. Dava konusu olayda da davacı ile davalı arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcut olup, davacı asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu’ndan kaynaklanan yükümlülükler nedeniyle, alt işverenle birlikte müteselsilen sorumludur. Burada Kanundan kaynaklanan bir teselsül hali söz konusu olup, asıl ve alt işverenler, dış ilişki itibarıyla (dava dışı işçiye karşı) müteselsilen sorumludurlar. Bu düzenleme, işçi alacağının güvence altına alınması amacıyla yapılmış olup, sadece işçilere karşı bir sorumluluktur. Asıl ve alt işveren arasındaki ilişkide ise iş hukuku değil, Borçlar Kanunu ve sözleşme hukuku esas alınacağından, uyuşmazlığın taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gereklidir. Alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olan borçlular, kendi aralarındaki iç ilişkide, bu husustaki nihai sorumluluğun hangi tarafa ait olduğu konusunda bir anlaşma yapabilirler. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 167. maddesinde düzenlenen, “Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır.” şeklindeki hükümde de, müteselsil borçlulardan her

Esas Sayısı : 2019/65

Karar Sayısı : 2019/48

birinin alacaklıya yapılan ifadan birbirlerine karşı genel olarak eşit paylarla sorumlu oldukları, ancak bunun aksinin kararlaştırılabileceği de açıkça belirtilmiştir. İşte müteselsilen sorumlu olan borçlular arasındaki iç ilişkide, bu konudaki sorumluluğun tamamen borçlulardan birine ait olacağı yönünde bir sözleşme yapılmış ise, tarafların serbest iradeleri ile düzenlemiş oldukları sözleşme hükümleri kendilerini bağlayacağından, dış ilişkide kanundan doğan teselsül gereğince borcu ödemiş olan müteselsil borçlunun, ödediği miktarın iç ilişkide borcun nihai yükümlüsü olan borçludan rücu tahsilini talep edebileceği kabul edilmelidir.” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 19/12/2017 gün ve E. 2016/2957, K.2017/12716)

c) İtiraz konusu kurallarla, 11/09/2014'den sonra kurulan sözleşmelerde, belediye ve diğer kamu idarelerinin kıdem tazminatını alt işverenlere rücu edebilmeleri, sözleşmede açık hüküm bulunması koşuluna bağlanmıştır. Yine bu koşulun görülmekte olan tüm davalarda uygulanacağı, bu davaların “ ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına “kararlarıyla sonuçlandırılacağı öngörülmüştür. Muratpaşa Belediyesinin dayandığı “hizmet satın alma” sözleşmelerinin hiç birinde kıdem tazminatının rücuuna dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Davalı alt işverenlerle kurulan sözleşmelerin yukarıda gösterilen tarihlerine göre itiraz konusu kurallar görülmekte olan davada tatbik alanı bulmaktadır. Dolayısıyla başvuru koşulları gerçekleşmiştir.

III. Anayasaya Aykırılık Nedenleri

1- Muratpaşa Belediyesinin 7166 sayılı Kanununun 11 ve 12 nci maddelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 ve 36 ıncı maddelerine aykırı olduğu iddiası ciddi bulunmuştur. Mahkemece, itiraz konusu kuralların aynı zamanda Anayasanın 10 uncu maddesine de aykırı olduğu düşünülmüştür.

2- a)Anayasanın “Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı 2 inci maddesi şöyledir.

“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

b)Anayasa Mahkemesi, “hukuk devleti” bahsinde, bu kavramın ne şekilde anlaşılması gerektiğine dair bir çok karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin internet sitesi aracılığıyla erişilen bu kararlarla ortaya konulan görüşler kısaca şöyledir:

“Hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devleti ilkesinin bir başka gereği ise kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır.

“Kanunların ilke olarak genel ve nesnel olmaları gereğini ifade eden “kanunların genelliği ilkesi” ise hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Kanunların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durumu gözetmeyen, önceden saptanıp soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. Buna göre yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir.”

“Anayasa Mahkemesince “kamu yararı” konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa’nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa’da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararadır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa’nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayırık hâl dışında bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasî tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.”

“Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliligi değil daha geniş anlamda hukuki belirliligi de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.”

“Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. “Kanunların geriye yürümezliği” olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.”

c) Hizmet alımı sözleşmeleri ile kamu idarelerinde çalışan işçiler, hizmeti sunan şirketlere bağlıdır. Bu işçilerin istihdamından asıl yararı, “karlılık” amacıyla faaliyet gösteren bu şirketler elde etmektedir. Kamu idareleri, istihdam edilen işçilerin sunduğu hizmetin karşılığını şirketlere ödemektedir. Şirketler, kamu idarelerinden aldıkları hizmet bedeliyle, istihdam ettikleri işçilerin ücretlerini, kıdem tazminatlarını ve diğer kanuni haklarını ödemek ödevi altındadırlar. 4857 sayılı Kanunun 2 inci maddesinde düzenlenen “alt işveren- üst işveren” kurumları, iş hukukunda egemen olan “işçinin korunması”, “işçi yararına yorum” ilke ve amaçlarına matuftur.. Ne ki, itiraz konusu kurullarla, “işçi lehine yorum” ve “işçinin korunması” ilke ve amaçlarından, kar elde etmek amacıyla hareket eden, çoğu tacir sıfatına haiz alt işverenler de yararlandırılmış olmaktadır. 11/06/2014’den sonra kurulan hizmet alımı sözleşmelerinde kıdem tazminatının alt işverenlere rücu edileceğine dair bir düzenleme yoksa, kıdem tazminatlarını ödeme yükü sadece kamu idarelerine geçecektir. Oysaki hizmet sunan şirketler birer tacirdirler ve her tacir gibi basiretli davranmak zorundadırlar. Kamu idareleri ile akdettikleri sözleşmelerde, kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacaklarının kendilerince karşılmasına olanak sağlayan düzenlemeleri, en azından müteselsil borçluluk düzenlemesini kendi ticari politikalarına uygun bulmuyorlarsa o sözleşmeleri imzalamayabilirler. Bu sözleşmeleri ve eklerindeki şartnameleri önceden görme imkanına da sahiptirler. Kıdem tazminatlarının kamu idarelerince ödenmesi, işveren şirketlerin bu yasal ödevlerinin onların uhdesinden alınarak kamu idarelerinin uhdesine geçirilmesi sonucunu doğurur. Bu sonucun,

Esas Sayısı : 2019/65

Karar Sayısı : 2019/48

hukuk devletinin temelini oluşturan “adalet” düşüncesiyle, keza “kamu yararı” amacıyla bağdaştığı söylenemez.

Türk Borçlar Kanunu’nun 167 inci maddesi, müteselsil borçlulukta “iç ilişki”nin öncelikle sözleşmeye göre belirleneceğini öngörmektedir. Müteselsil borçlular bu ilişkiyi diledikleri şekilde düzenleyebilirler. Eğer düzenlememişlerse, o takdirde, yasa hükmü uygulanır ve müteselsil borçlular iç ilişkide “yarı yarıya” sorumlu olurlar. İşte itiraz konusu kurallarla genel bir kanun olan Türk Borçlar Kanunu’nun 167 inci maddesinin kamu idarelerine bahsettiği “yarı yarıya rücu” imkanı da ortadan kalkmaktadır. Ama bu imkan, sadece kamu idareleri yönünden ortadan kalkmaktadır. Kamu idareleri dışındaki üst işverenler, sözleşmeye ve yasaya göre önceden olduğu gibi alt işverenlere rücu edebileceklerdir. İtiraz konusu kurallar, bu nitelikleriyle “kanunların genelliği” ilkesine de aykırıdır.

İtiraz konusu kuralların geçmişe yürütülmeleri, 11/09/2014’den sonra kurulan tüm sözleşmeleri etki alanına almaları, “kanunların geriye yürümezliği” ve bağlantılı olarak “hukuki güvenlik” ilkelerine de aykırılık oluşturur.

“Belirlilik” ilkesi de ihlal edilmiştir. Çünkü, 11/09/2014’den itibaren kurulan hizmet alımı sözleşmelerinin kamu idarelerine bahsettiği, en azından yasal “yarı yarıya rücu” hakkı yaklaşık beş yıl sonra kabul edilen bu kurallarla geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmıştır. Halbuki, geçmiş beş yılda kurulan bu sözleşmeler, yasalara, irade ve sözleşme özgürlüğüne, kısaca hukuk düzenine uygun ve meşrudurlar.

3- Anayasanın “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10 uncu maddesi şöyledir.

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Anayasa Mahkemesi bir çok kararında “kanun önünde eşitlik” ilkesinin şu şekilde yorumlanması gerektiğine işaret etmektedir.

“Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen “eşitlik ilkesi” ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunla aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir.

Esas Sayısı : 2019/65

Karar Sayısı : 2019/48

Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlâl edilmiş olmaz.”

Kamu idareleri dışındaki üst işverenler Türk Borçlar Kanunu'nun 167 inci maddesiyle bahşedilen “yar yarıya rücu” hakkından şartsız ve kısıtlamasız yararlanabilirken, kamu idarelerinin bu haktan yoksun kalması, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olur. Çünkü, örneğin, alt işverenlerden temizlik hizmeti satın alan bir özel sağlık kuruluşu ile, Sağlık Bakanlığına bağlı bir kamu sağlık kuruluşu arasında hukuki konum açısından hiçbir fark yoktur. İkisi de bedelini ödeyerek hizmet satın almaktadırlar. Keza, özel sağlık kuruluşlarının kıdem tazminatını alt işverenlere rücu için sözleşmede açık bir düzenlenme bulunması aranmazken, kamu sağlık kuruluşları için aranması da, aynı şekilde “kanun önünde eşitlik” ilkesini ihlal eder.

4- Anayasanın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36 ncı maddesi ise şöyledir.

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

11/09/2014'den, itiraz konusu kuralların yürürlüğe girdiği 22/02/2019'a kadar bakanlıklar, üniversiteler, belediyeler ve diğer birçok kamu kurum ve kuruluşu çeşitli şirketlerle hizmet alım sözleşmeleri akdetmişlerdir. Bu sözleşmelerin bazılarında kıdem tazminatının alt işverenlere rücu için özel bir düzenleme yer alması da, kamu idareleri yasa gereği yar yarıya rücu hakkına sahiptir. Halihazırda ülkemizdeki asliye hukuk mahkemelerinde, 11/09/2014'den sonra kurulan sözleşmeler sebebiyle kamu idarelerinin açtığı ve devam eden çok sayıda rücu davası bulunmaktadır. İtiraz konusu “geçici madde 9”, bu davalarda, “ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde kararlar verilmesini buyurmaktadır. Oysaki kamu idareleri bu davaları meşru yasal ve yargısal ilkelere dayanarak açmışlardır. İtiraz konusu kural geçmişe yürütülmeyecek olsa, bu davalar önceden olduğu gibi kamu idareleri lehine sonuçlanacak ve idareler alt işverenlerin yasal borcu olan kıdem tazminatını onların yerine ödemek yükünden kurtulacaklardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yürürlükteki kurallara uygun olarak açılmış bir dava devam ederken, yasamanın yeni düzenleme yaparak davayı etkisizleştirmesinin “mahkemeye başvurma hakkı”nı zedeleyebileceğini benimsemektedir. (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir inceleme. Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU. Avrupa Konseyi. 2013. 1. baskı.) İtiraz konusu kurallarla Anayasanın 36 ncı maddesinin de ihlal edildiği belirgindir.

III. Sonuç ve İstek

Açıklanan nedenlerle,

22 Şubat 2019 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 21 Şubat 2019 kabul tarihli ve 7166 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 11 ve 12 ncı maddelerinin T.C Anayasası'nın 2, 10, 36 ncı maddelerine aykırı olmaları nedeniyle iptalleri,

yüksek takdirlerinize saygıyla arz olunur.”