

“... ”

1- Muratpaşa Belediyesinin 7166 sayılı Kanunun 11 ve 12 nci maddelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 ve 36 ncı 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 yarardır. 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 belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması 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 ayıksı 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 ilkelerindendir.”

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 kurallarla, “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 karşılanmasına 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, 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 bahşettiği “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, özürlüler, 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 ihlali 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. 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 bahsedilen “yarı 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 almasa da, kamu idareleri yasa gereği yarı 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 Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 21 Şubat 2019 kabul tarihli ve 7166 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik

Yapılmasına Dair Kanunun 11 ve 12 nci maddelerinin T.C Anayasası'nın 2, 10, 36 ncı maddelerine aykırı olmaları nedeniyle iptalleri,

yüksek takdirlerinize saygıyla arz olunur."

“... ”

Davacı MURATPAŞA BELEDİYE BAŞKANLIĞI tarafından davalılar ... Şirketi,

...Şirketi, ...Şirketi, ... Şirketi., ... Şirketi aleyhine açılan Tazminat (Rücu Tazminat) ilişkin davanın yapılan yargılaması sırasında davacı vekilinin Anayasa Mahkemesine başvuru talepli dilekçesi ile bu dilekçe hususunda 04.04.2019 tarihli celse de verilen 4 nolu ara karar kapsamında dosya ele alındı;

Davacı vekili Anayasa Mahkemesi’ne başvuru talepli dilekçesinde özetle; 22.02.2019 tarihli 30694 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 7166 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 11. maddesine “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.” ibaresinin, aynı Kanunun 12 inci maddesi ile ise 4857 sayılı Kanuna “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.” ibaresinin eklendiğini, ancak her iki düzenlemenin de Anayasanın 2. Maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ve bu kapsamda hukuki güvenlik ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, meşru beklenti ilkesi, kazanılmış hakların korunması ilkesi, kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile 5. Maddesinde yer alan devletin temel amaç ve görevlerini ifa ederken uyması gereken ilkelere yine 13. Maddesi kapsamındaki ölçülülük ilkesine, 36. Maddesindeki hak arama hürriyetine ilişkin ve bu kapsamda adil yargılanma ilkesine 138. maddesindeki mahkemelerin bağımsızlığı düzenlemesi ve bu kapsamda yasama yoluyla mahkemenin hukuki denetim yetkisinin kısıtlanmaması ilkesine ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğunu, zira yapılan bu düzenlemelerin müvekkili idare üst işveren sıfatıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Genel Tebliğ, Hizmet Alımları Uygulama Yönetmeliği ve eki Hizmet İşleri Genel Şartnamesi hükümleri dikkate alınarak davalı işverene karşı dava dışı işçiye yapılan ödemenin işverenden rücu tahsili istemiyle mahkeme masraflarına da katlanarak huzurdaki davayı ikame ettiğini, ancak bu aşamada Yargıtay uygulamalarına göre kazanacağı iş bu davayı iptali talep edilen Kanun hükümleri nedeniyle kaybedeceğini, düzenlemenin dava tarihindeki koşullar itibarıyla açılan davada menfaati yok saymak, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklı vekil eden müvekkilinin davalıya karşı ileri sürebileceği hakkı da ortadan kaldırması nedeniyle Anayasa’nın 2. Maddesin de yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu belirterek, bu iddiaların ciddi bulunmasını ve Anayasa Mahkemesi’ne bu normların iptali için itiraz başvurusu yapılmasını beyan etmiştir.

09/01/2018 tarihinde ikame edilen davanın tahkikatı sürdürülürken 21/02/2019 da 7166 sayılı Kanun kabul edilmiş ve 22 Şubat 2019 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu kanunun 11 inci maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununun 112 nci maddesinin 5 inci 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.”

Aynı kanunun 12 nci maddesi ile ise 4857 sayılı Kanuna, “geçici madde 9” numarasıyla aşağıdaki madde eklenmiştir:

“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.”

Davacı Muratpaşa Belediyesi vekili, 27/03/2019 günlü dilekçesi ile, eldeki uyuşmazlıkta 11/09/2014 tarihinden sonra kurulan sözleşmeler de bulunduğundan, dolayısıyla 7166 sayılı kanunun 11 ve 12 inci maddelerinin bu uyuşmazlıkta kısmen uygulama alanı olduğundan, ancak anılan her iki düzenlemenin de Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2 inci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesiyle 36 ncı maddesinde düzenlenen “adil yargılama ilkesine” aykırılık oluşturduğundan söz ederek Anayasa’ya aykırılık iddialarının ciddi bulunmasını ve Anayasa Mahkemesi’ne bu normların iptali için itiraz başvurusu yapılmasını talep etmiş olup, dilekçede yer alan açıklamalardan, özellikle “üst işveren” konumundaki kamu idarelerinin müteselsil sorumluluk kurallarına göre ödedikleri bedelleri diğer müteselsil sorumlulara rücu imkanlarının ortadan kaldırılmasıyla Anayasa’nın 2 inci maddesinde düzenlenen “hukuk devleti” ilkesinin, kanunun geçmişe yürütülerek daha önce ikame edilen ve derdest olan davalarda kamu idarelerinin ulaşmak istedikleri hukuki yarara ulaşılmasının önlenmesiyle Anayasa’nın 36 ncı maddesinde düzenlenen “adil yargılama” ilkesinin, keza “müteselsil borçluluk” için Türk Borçlar Kanununda öngörülen genel kurallardan farklı bir rejim öngörülmesiyle Anayasa’nın 10 uncu maddesinde düzenlenen “eşitlik” ilkesinin ihlali niteliğinde sonuçların doğabileceği düşünülmüştür.

Açıklanan nedenlerle;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

1) Davacı Muratpaşa Belediyesi’nin “Anayasaya aykırılık iddiasının” ciddi bulunmasına,

2) 7166 sayılı Kanunun 11. ve 12. maddelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılık sebebiyle iptalleri için Anayasa Mahkemesi’ne itiraz başvurusunda bulunmasına,

2

Mahkememiz dosyasının onaylı suretinin itiraz başvurusu ile birlikte Anayasa

Esas Sayısı : 2019/49

Karar Sayısı : 2019/32

Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine,

Dair dosya üzerinden yapılan inceleme neticesinde karar verildi."

“... ”

III. Anayasaya Aykırılık Nedenleri

1- Muratpaşa Belediyesinin 7166 sayılı Kanunun 11 ve 12 nci maddelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 ve 36’ncı 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 kaçman, 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 yaran; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. 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 belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması 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 ilkelerindendir.”

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 kurallarla, “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 karşılanmasına 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, hukuk devletinin temelini oluşturan “adalet” düşüncesiyle, keza “kamu yaran” 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 “yan 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, özürlüler, 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 ihlali 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. 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 bahsedilen "yan 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 nci 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 almasa da, kamu idareleri yasa gereği yarı 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 İNCEOGLU. Avrupa Konseyi. 2013. 1. baskı.) İtiraz konusu kurallarla Anayasanın 36 nci maddesinin de ihlal edildiği belirgindir.

III. Sonuç Ve İstek Açıklanan nedenlerle,

22 Şubat 2019 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 21 Şubat 2019 kabul tarihli ve 7166 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 11 ve 12 nci maddelerinin T.C Anayasası’nın 2, 10, 36 ncı maddelerine aykırı olmaları nedeniyle iptalleri,

yüksek takdirlerinize saygıyla arz olunur.”

“...

1- Davacı Muratpaşa Belediyesinin 7166 sayılı Kanunun 11 ve 12 nci maddelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 ve 36 ncı maddelerine aykırı olduğu iddiası ciddi bulunmuştur. Mahkememizce, 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.” şeklindedir.

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 yapılp 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 yarardır. 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 belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması 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 ön koşullarından 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 ayrıksı 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 ilkelerindendir.” şeklindedir.

c) Yine 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 kurallarla, “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 karşılanmasına 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, 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.

d) Ayrıca itiraz 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.

e) Yine sözkonusu düzenleme ile “Belirlilik” ilkesi de ihlal edilmiştir. Çünkü, 11/09/2014’den itibaren kurulan hizmet alımı sözleşmelerinin kamu idarelerine bahşettiği, 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- Yine 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, özürlüler, 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 tanınmaz.

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

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 ihlali 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.

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

Kamu idareleri dışındaki üst işverenler Türk Borçlar Kanunu’nun 167 inci maddesiyle bahşedilen “yarı 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 maddesinde;

“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 kaçınmaz.” şeklindedir.

Somut olayda 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 almasa da, kamu idareleri yasa gereği yarı yarıya rücu hakkına sahiptir. Hali hazırda 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.

IV. SONUÇ VE İSTEK

Gerekçesi yukarıda 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 Kanunun 11 ve 12 nci maddelerinin T.C. Anayasası’nın 2, 10, 36 ncı maddelerine aykırı olmaları nedeniyle iptallerine karar verilmesi, yüksek takdirlerinize saygıyla arz olunur.”

“... ”

1- 7166 sayılı Kanunun 11 ve 12 nci maddelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 ve 36 ıncı maddelerine aykırı olduğu düşünölmüştür. Mahkememizce itiraz konusu kuralların aynı zamanda Anayasanın 10 uncu maddesine de aykırı olduğu düşünölmüştür.

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

“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî 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 birçok 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 yarardır. 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 belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği 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 ilkelerindendir.”

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 kurallarla, “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 karşılanmasına 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, 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 yürütülmesi, 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, özürlüler, 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 ihlali 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. 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 bahsedilen “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 almasa da, kamu idareleri yasa gereği yarı 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.

SONUÇ VE İSTEK

Açıklanan nedenlerle,

22 Şubat 2019 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 21 Şubat 2019 kabul tarihli ve 7166 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik

Yapılmasına Dair Kanunun 11 ve 12 nci maddelerinin T.C Anayasası'nın 2, 10, 36 ncı maddelerine aykırı olmaları nedeniyle iptalleri, yüksek takdirlerinize saygıyla arz olunur."