

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2011/7

Karar Sayısı : 2011/28

Karar Günü : 3.2.2011

R.G. Tarih-Sayı : Tebliğ Edildi.

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 7. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 1.7.2006 günlü, 5538 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile eklenen fıkraların Anayasa'nın 2., 5., 10., 49., 53. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemidir.

I- OLAY

İstanbul Üniversitesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğünden hizmet alımı sözleşmesi yoluyla yüklenici sıfatıyla iş alan bir şirkette Tıp Fakültesinin Radyoloji Bölümünde bilgi işlem sorumlusu olarak çalışan davacının iş akdinin feshedilerek işten çıkarılması üzerine, feshin geçersizliği ve işe iade ile tazminat ödenmesi istemiyle İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü ve yüklenici firma aleyhine açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için re'sen başvurmuştur.

II- İTİRAZ KONUSU YASA KURALLARI

22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 1.7.2006 günlü, 5538 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile eklenen itiraz konusu fıkralar şöyledir:

'Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

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

b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,

hak kazanamazlar.

Sekizinci fıkra da belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkra da belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki

kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

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

yönünde hükümler konulamaz.'

III- İLK İNCELEME

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve oyçokluğuyla karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşım KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 3.2.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dava dosyası ve ekleri, ilk inceleme raporu, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanan Anayasa kurallarıyla, bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuran Mahkeme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 5538 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen iki fıkranın iptalini istemektedir.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan

sözleşmeler gereğince yüklenici aracılığıyla çalıştırılanların bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak bu kurumlara ait kadro ve pozisyonlara atanmaya ve toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamayacakları hükmü yer almaktadır.

Başvuran Mahkemede görülmekte olan davada davacı, iş akdinin yüklenici tarafından feshedilmesi üzerine, öncelikle söz konusu feshin geçersizliği ve işe iadesini, bunların olmaması durumunda ise kendisine tazminat verilmesini istemektedir. Davacının itiraz konusu dokuzuncu fıkra da belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadro veya pozisyonlara atanma talebi bulunmadığı gibi; söz konusu kurum veya kuruluşlara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali ve sosyal haklardan yararlanma talebi de bulunmamaktadır. Bu durumda, davacının dokuzuncu fıkra da belirtilen hususlara yönelik bir talebinin bulunmadığı dikkate alındığında, itiraz konusu dokuzuncu fıkranın davada uygulanacak kural niteliğinde bulunmadığı açıktır.

Aynı maddenin son fıkrasında ise bir önceki fıkra da belirtilen **yükleniciler dışında kalan** işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanların da aynı fıkra hükümlerine tabi olacağı ifade edilmektedir. Fıkra da ayrıca, dokuzuncu fıkra da belirtilen kamu kurum ve kuruluşları veya ortaklıklarının sermayesine katıldıkları ortaklıklarda çalışan işçiler hakkında da dokuzuncu fıkra hükümlerinin uygulanacağı; hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere işe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması ile hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması yönünde hükümler konulamayacağı belirtilmiştir.

Başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada, davacı yüklenici (alt işveren) aracılığıyla çalıştırılmaktadır. Bu durumda, yüklenici dışındaki alt işverenlere bağlı olarak çalışanlar hakkında uygulanması olanaklı bulunan 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin son fıkrası, davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Açıklanan nedenlerle, 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 5538 sayılı Kanun ile eklenen fıkralar, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı kurallar değildir.

İtiraz başvurusunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

IV- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışmayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin sonuna 1.7.2006 günlü, 5538 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen;

'Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

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

b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,

hak kazanamazlar.' biçimindeki fıkra ile,

'Sekizinci fıkra belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkra belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

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

yönünde hükümler konulamaz.' biçimindeki fıkranın,

itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3.2.2011 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ Üye	Osman Alifeyyaz PAKSÜT Üye	Fulya KANTARCIOĞLU Üye
Ahmet AKYALÇIN Üye	Mehmet ERTEN Üye	Fettah OTO Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ
Üye

Engin YILDIRIM
Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Alparslan ALTAN
Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Burhan ÜSTÜN
Üye

Hicabi DURSUN
Üye

Erdal TERCAN