

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı:2019/42

Karar Sayısı:2019/73

Karar Tarihi:19/9/2019

R.G. Tarih-sayısı:15/10/2019 - 30919

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1. Antalya 4. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2019/42)
2. Antalya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2019/49)
3. Antalya 6. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2019/57)
4. Antalya 2. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2019/66)
5. Antalya 11. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2019/73)

İTİRAZLARIN KONUSU: 21/2/2019 tarihli ve 7166 sayılı Kanun'un;

A. 11. maddesiyle 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine eklenen altıncı fıkranın,

B. 12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin,

Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı kapsamında alt işveren tarafından çalıştırılan işçiye kamu kurumunca yapılan kıdem tazminatı ödemesi nedeniyle alt işverene karşı açılan rücu davalarında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un;

1. 11. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine eklenen itiraz konusu altıncı fıkra şöyledir:

“ (Ek fıkra: 21/2/2019-7166/11 md.) 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.”

2. 12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'a eklenen itiraz konusu geçici 9. madde şöyledir:

“Geçici Madde 9- (Ek:21/2/2019-7166/12 md.)

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.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU’nun katılımlarıyla E.2019/42 ve E.2019/49 sayılı başvuruların 15/5/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında;

2. İçtüzük hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU’nun katılımlarıyla E.2019/57 sayılı başvurunun 30/5/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında;

3. İçtüzük hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU’nun katılımlarıyla E.2019/66 ve E.2019/73 sayılı başvuruların 26/6/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında;

öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

4. Anayasa’nın 152. ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa’ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

5. İtiraz yoluna başvuran Mahkemeler, 4857 sayılı Kanun’un 112. maddesinin altıncı fıkrası ile aynı Kanun’un geçici 9. maddesinin iptalini talep etmişlerdir.

6. Bakılmakta olan davalar, kıdem tazminatıyla ilgili olarak açılan rücu alacak davalarıdır. Dolayısıyla 4857 sayılı Kanun’un itiraz konusu geçici 9. maddesinin “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.” şeklindeki ikinci ve üçüncü cümlelerinde yer

alan, icra takipleri ve bu kapsamda tahsil edilen tutarlara yönelik hükümlerin bakılmakta olan davalara konu uyuşmazlıklarda uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu cümlelere ilişkin başvuruların Mahkemelerin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

7. Açıklanan nedenlerle 21/2/2019 tarihli ve 7166 sayılı Kanun'un;

A. 11. maddesiyle 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine eklenen altıncı fıkranın esasının incelenmesine,

B. 12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin;

1. Birinci cümlesinin esasının incelenmesine,

2. İkinci ve üçüncü cümlelerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemelerin bakmakta olduğu davalarda uygulanma imkânı bulunmadığından bu cümlelere ilişkin başvuruların Mahkemelerin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. BİRLEŞTİRME KARARLARI

8. 7166 Kanun'un 11. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine eklenen altıncı fıkra ile 12. maddesiyle anılan Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin iptallerine karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurularına ilişkin E.2019/49, 2019/57, 2019/66, 2019/73 sayılı davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2019/42 sayılı dava ile birleştirilmelerine, esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2019/42 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 15/5/2019, 30/5/2019 ve 26/6/2019 tarihlerinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

9. Başvuru kararları ve ekleri Raportör Yakup MACİT tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

10. 4857 sayılı Kanun'da asıl işveren-alt işveren ilişkisinin niteliği ve kapsamı belirtilmiştir. Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi; bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki olarak açıklanmıştır.

11. Anılan fıkranın son cümlesinde de asıl işverenin, alt işveren işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte (müteselsil) sorumlu olduğu belirtilmiştir.

12. Kamu kurum ve kuruluşlarının 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesi kapsamında alt işveren-asıl işveren ilişkisine taraf olmaları, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında hizmet alımı yoluyla gerçekleşmektedir.

13. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin dokuzuncu fıkrasında 4734 sayılı Kanun veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde hizmet alımı amacıyla sözleşme yapan kamu işverenlerinin kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip ortaklıklar olduğu belirtilmiştir.

14. 4734 sayılı Kanun kapsamında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı, Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenmiştir. Anılan hüküm, çeşitli tarihlerde değişikliklere uğramıştır. Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu kuralların uygulandığı davalara konu ihale sözleşmelerinin yapıldığı tarihte yürürlükte olan 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'la değişik (e) bendinde; idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler ile idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabileceği belirtilmiştir.

15. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihalelerinin kapsamı ve içeriği ile ilgili 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinde verilen yetkiye dayanılarak Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan ve 22/8/2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde de ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Kamu İhale Genel Tebliği'nin itiraz konusu kuralların uygulandığı davalara konu ihale sözleşmelerinin yapıldığı tarihte yürürlükte olan, 7/6/2014 tarihli ve 29023 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'le değişik 78.1. maddesinde; personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımının; ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70'lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dâhil işçilik giderinden oluşan hizmet alımlarını ifade ettiği belirtilmiştir.

16. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen müteselsil sorumluluk ilişkisi gereği kamu (asıl) işvereni, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. İşçilik alacağı olan kıdem tazminatı da bu kapsamda yer almaktadır.

17. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi müteselsil borçlulukta iç ilişkiyi düzenlemektedir. Anılan maddede, aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça borçlulardan her birinin alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumlu olacakları belirtilmiştir. Yine maddede, kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ışığında asıl işveren, işçiye fazladan yaptığı ödeme kadar halefiyet ilkesi gereği işçinin yani alacaklının yerine geçecek ve alt işverene karşı rücu hakkı elde edecektir.

18. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında kamu işverenlerinin kıdem tazminatından sorumluluğu ile ilgili olarak 11/9/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine fıkralar eklenmiştir. Bu kapsamda Kanun'un 112. maddesine eklenen ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarda; Kanun kapsamında yer alan işçilerin iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi hâlinde işçilerin kıdem tazminatlarının çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu

tarafından ödeneğin yeterli olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan işçinin banka hesabına ödeneceği belirtilmiştir.

19. Bu düzenlemeye koşut olarak 25/10/2014 tarihli ve 29156 sayılı Resmî Gazetete’de yayımlanan ve 11/9/2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in 2. maddesiyle Kamu İhale Genel Tebliği’nin 78.30. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde yer alan “...kıdem ve ihbar tazminatları...” ibaresi madde metninden çıkarılmak suretiyle personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde teklif bedellerinin bileşenlerden olan *Sözleşme Giderleri ve Genel Giderler* kapsamından kıdem ve ihbar tazminatları çıkarılmıştır.

20. Anılan kurallarla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında vermiş olduğu çeşitli kararlarında Yargıtay; Kanun’un 112. maddesinde yapılan değişikliğin kamu kurumları açısından kıdem tazminatından sorumluluğun yalnızca son işveren kamu kurumuyla sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı hususuyla ilgili olduğunu, kamu ihale mevzuatına tabi alt işverenlik sözleşmeleri kapsamında çalışanların kıdem tazminatının salt son kamu kurumunda ödeneceğinin öngörülmesinin kamu işverenlerinin alt işverenlere rücu hakkını ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E.2016/707, K.2018/24754, 19/11/2018).

21. İtiraz konusu kurallarla, 11/9/2014 tarihinden sonra 4734 sayılı Kanun’un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımları kapsamında çalıştırılan işçilerden bu tarihten 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 verilmemesi durumunda alt işverenlere rücu edilmemesinin ve bu kapsamda çalıştırılan işçilere ödenen kıdem tazminatlarının 11/9/2014 tarihinden sonraki kısmı için kamu kurum veya kuruluşları olan asıl işverenler tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalara devam olunmamasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

B. İtirazların Gerekçeleri

22. Başvuru kararlarında özetle; kanunların genel ve nesnel olması gerektiği, kanunların genelliği ilkesinin hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucu olduğu, kanunların ancak kamu yararı amacı güdülerek çıkarılabileceği, kanunların geriye yürümezliği kuralının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin bir sonucu olduğu ve istisnai durumlar dışında kanunların yürürlük tarihinden önceki işlemlere uygulanamayacağı, hizmet alımı sözleşmeleri ile kamu idarelerinde çalışan işçilerin kâr amacı güden şirketlere bağlı olarak çalıştırıldıkları, işçilerin istihdamında asıl yararı alt işverenin elde ettiği, itiraz konusu kurallarla 11/9/2014 tarihinden sonra yapılan hizmet alımı sözleşmelerinde kamu idarelerinin rücu imkânının yalnızca sözleşmede açık hüküm bulunması şartına bağlanmasının ve bu suretle işçilerin tazminatlarını ödeme yükümlülüğünün kamu üzerinde bırakılmasının adalet ve kamu yararı amacıyla bağdaşmadığı, kamu idareleri dışındaki asıl işverenlerin 6098 sayılı Kanun’un 167. maddesinde bahsedilen yarı yarıya rücu hakkından yararlanırken kamu idarelerinin bu haktan yoksun bırakılmasının kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu, 11/9/2014 tarihinden itiraz konusu kuralların yürürlüğe girdiği 22/2/2019 tarihine kadar birçok kamu kurum ve kuruluşunun çeşitli şirketlerle hizmet alım sözleşmeleri imzaladıkları, bu sözleşmelerin bazılarında alt işverene rücu edileceğine dair bir düzenleme yer almasa da kamu idarelerinin yarı yarıya rücu hakkına sahip olduğu, kurallarla bu davalarda ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı şeklinde karar verilmesinin zorunlu hâle getirildiği, yürürlükteki kurallara uygun olarak açılan ve derdest

olan davalara yasama organının müdahalede bulunduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

23. Anayasa'nın 10. maddesinde *“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. 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”* denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

24. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen *kanun önünde eşitlik ilkesi* hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı; aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişiler arasında ayırım yapılmasını ve kişilere ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

25. İtiraz konusu kurallarla ilgili olarak eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişiler arasında farklılığın gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından farklı uygulamanın nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

26. 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinin itiraz konusu altıncı fıkrasında, 4734 sayılı Kanun'un 62. 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 edilmeyeceği düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un geçici 9. maddesinin itiraz konusu birinci cümlesinde de maddenin yürürlük tarihi itibarıyla kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalarda, Kanun'un 112. maddesinin altıncı fıkrası kapsamında rücu edilmeyecek kısmı için ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedileceği ve yargılama gideri ile vekâlet ücretinin taraflar üzerinde bırakılacağı belirtilmiştir.

27. Asıl-alt işveren ilişkisinde 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, asıl işverenin alt işveren işçisinin Kanun'dan sözleşmeden ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarıyla ilgili olarak alt işverenle birlikte sorumlu oldukları belirtilmiş; 6098 sayılı Kanun'un 167. maddesinde, Kanun'da belirtilen durumlar dışında kendisine düşen paydan fazla ödemede bulunan asıl işverenin bu kapsamda alt işveren işçisine yaptığı kıdem tazminatı ödemeleriyle ilgili olarak alt işverene rücu edebileceği düzenlenmiştir.

28. Buna göre 4857 ve 6098 sayılı Kanunlar kapsamında asıl–alt işveren ilişkisinde rücu hakkının kullanımı, şartları ve sınırları ile ilgili olarak özel sektör asıl işverenleriyle sözleşme yapan alt işverenler ile kamuda hizmet alım yöntemiyle iş alan alt işverenler benzer hukuki konumda bulunmaktadır.

29. İtiraz konusu kurallar ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı kapsamında alt işverenlik sözleşmesiyle kamu idarelerinden iş alan alt işverenler, yalnızca sözleşmede kendilerine rücu edilebileceğine dair açık hüküm bulunması durumunda kamu (asıl) işverenlerine karşı işçilerin kıdem tazminatından sorumlu tutulmaya devam ederken benzer durumda olan özel hukuk tüzelkişileri ya da şahıslardan iş alan alt işverenler, kıdem tazminatı ile ilgili olarak her durumda rücu davasına muhatap olmaya devam edeceklerdir. Bu yönüyle kamudaki alt işverenler lehine farklı bir uygulama getirildiği anlaşılmaktadır.

30. Eşitlik ilkesine aykırı olmaması açısından benzer durumda olanlar arasında bir taraf lehine getirilen farklı düzenlemenin nesnel ve makul bir temele dayanması ve ölçülü olması gerekir. 4857 ve 6098 sayılı Kanunlar gereği aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça bütün alt işverenler, asıl işverenlerce kendi işçilerine yapılan kıdem tazminatı ödemelerinden ötürü rücu davasına muhatap olabilmektedir. İtiraz konusu kuralların yer aldığı 4857 sayılı Kanun’un 112. maddesinin altıncı fıkrası ile aynı Kanun’un geçici 9. maddesinde, kamu işverenlerinin alt işverenlere rücu hakkının sözleşmede açık bir hüküm bulunması hâli dışında yasaklanarak bu kapsamda açılan davaların sonlandırılması öngörülmektedir. Anılan düzenlemelerin amacı ve dayandığı temelle ilgili olarak Kanun’un gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

31. Bu itibarla kamuda 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesine taraf olan alt yüklenicilere karşı sözleşmede açık hüküm bulunması dışında rücu yolunun kapatılması ve bu kapsamdaki derdest davaların sonlandırılmasını öngören itiraz konusu kuralların bu kesimdeki alt işverenler yönünden farklı bir uygulama getirmesinin nesnel ve makul bir temele dayalı olduğu söylenemez. Bu nedenle itiraz konusu kurallarla getirilen farklı düzenleme eşitlik ilkesine aykırıdır.

32. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kurallar Anayasa’nın 10. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa’nın 2. ve 36. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

V. HÜKÜM

21/2/2019 tarihli ve 7166 sayılı Kanun’un;

A. 11. maddesiyle 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 112. maddesine eklenen altıncı fıkranın,

B. 12. maddesiyle 4857 sayılı Kanun’a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin,

Anayasa’ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ile Selahaddin MENTEŞ’in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 19/9/2019 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İtiraz konusu ilk kuralla (4857 Sayılı Kanunun 112. maddesinin altıncı fıkrası), 11.9.2014 tarihinden sonra imzalanan kamu ihale sözleşmeleri kapsamında bu tarihten sonra geçen süreye ilişkin yapılan kıdem tazminatı ödemeleri ile ilgili kamu idarelerinin alt işverene rücu hakkı “*sözleşmede açık hüküm bulunması*” koşuluna bağlanarak, bu şartı barındırmayan sözleşmelere taraf olan kamu idarelerinin 4857 sayılı Kanunun 2. maddesi ile 6098 sayılı kanunun 167. maddesinden doğan rücu hakkına müdahalede bulunulduğu; ikinci kuralla (4857 Sayılı Kanunun geçici 9. maddesi), bu kapsamda açılan davaların sonlandırılmasına ilişkin hükümler öngörülme suretiyle devam eden yargılamalara müdahale edildiği anlaşılmaktadır.

2. Kanun koyucunun, daha önce yürürlüğe koyduğu 6552 Sayılı Kanunla alt işveren işçisinin kıdem tazminatının doğrudan kamu işverenlerince ödenmesi doğrultusundaki düzenlemesine açıklık getirmek, uygulamada yargı kararlarına yansıyan belirsizliği telafi etmek amacıyla yürürlüğe koyduğu itiraz konusu kurallarla kamu yararını gözetir niteliği itibarıyla, alt işverenler lehine geçmişe etkili olacak şekilde yürütmesinin takdir yetkisi içerisinde bulunduğu, dolayısıyla kamu işverenleri üzerine bırakılan bir ödeme külfetinin hukuk güvenliği ilkesini ihlâl edeceğinin söylenemeyeceği, benzer şekilde, önceki yürürlükteki kurallara uygun olarak açılan davalar devam ederken, bu davaların getirilen yeni kural doğrultusunda sonlandırılmasında, hukuki güvenlik ilkesini ihlâl edecek bir geriye yürümenin söz konusu olmadığı görülmektedir.

3. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında; bir alacakla ilgili Devletin geçmişe yönelik düzenlemelerle mevcut alacağından vazgeçmesi, mevcut mali yükümlülüklerin tümünü ya da bir kısmını kaldırmasının, keza mahkeme kararıyla kesinleşen alacaklarından vazgeçmesinin yasa koyucunun takdirinde olduğu, dolayısıyla bu yönde yürürlüğe konulan kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığı belirtilmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 9.5.2013 tarih ve E.2011/42, K.2013/60; 15.10.2009 tarih ve E.2007/44, K.2009/148; 16.1.2017 tarih ve E.2016/195, K.2017/158; 7.9.2016 tarih ve E.2015/88, K.2016/156 sayılı kararları). Bu nedenle, itiraz konusu kurallarla Kamu işverenlerinin rücu davası açma hakkının, sözleşmede açık hüküm bulunması hali dışında ortadan kaldırılması ve evvelce bu kapsamda açılan davaların sonlandırılmasının, Anayasal hak bağlamında bir sorun teşkil etmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kuralların Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

4. Kamu kurum ve kuruluşları ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı gerçekleştiren “alt işverenler” ile özel hukuk tüzel kişileri ya kişilerinden oluşan asıl işverenlerden iş alan “alt işverenler”in hukuksal durumları aynı olmadığından; aralarında bir eşitlik değerlendirilmesi yapılamayacağı itibarıyla, itiraz konusu kurallarda kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşen bir yön de bulunmamaktadır. Dolayısıyla kurallar Anayasa'nın 10. maddesine de aykırı değildir.

5. Yukarıda açıklanan nedenlerle, iptal istemine konu kuralların Anayasaya aykırı olmadığı ve iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İtiraz konusu 7166 sayılı Kanun'un 11. ve 12. maddeleri 21/2/2019 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'un 11. maddesinde, 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 edilmeyeceği belirtilmiştir.

2. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ve bunun koruması altında olan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır.

3. Hukuki güvenlik ilkesi gereği belirli durumlar dışında kanunların geriye yürütülmemesi asıldır. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, kanunların, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi istisnai

durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmasını zorunlu kılar.

4. Anayasa Mahkemesi kararlarında, kanunların geriye yürümezliği ilkesi hukuk güvenliği bağlamında Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiş, bir kısım itiraz başvurusu ve iptal davaları da, kanunların geriye yürütülmemesi kuralının istisnası kapsamında mülahaza edilmiştir.

5. Anayasa Mahkemesi bir kararında, itiraz konusu kuralla ilgili olarak daha önce ihdas edilmiş kurala açıklık getirmek ve bu konuda uygulamada **ortaya çıkan belirsizliği** gidermek amacıyla vâz ettiği bir kuralı aynı yetki kapsamında geçmişe dönük olarak yürürlüğe girmesine olanak tanınmasının, hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir geriye yürüme olarak nitelendirmemiştir (E.2015/88, K.2016/156, 7/9/2016).

6. İtiraz konusu kuralların 11/9/2014 tarihinde kadar geriye yürütüldüğü ve bu kapsamda açılan derdest davalara müdahalede bulunulduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu müdahalenin hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir yönü bulunmamaktadır. Çünkü kanun koyucu 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinde 11/9/2014 tarihinden geçerli olmak üzere yaptığı değişiklikle, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında ilgili kamu kurum ve kuruluşuna, doğrudan alt işveren işçisinin kıdem tazminatı alacağını ödeme yükümlülüğü getirmiştir. Ancak uygulamada adli yargı mercilerinin, kamu işverenlerinin, kıdem tazminatından müstakil olarak sorumlu olmadığı, bu konuda alt işverenlere rücu edebileceğine ilişkin kararlar vermesi, ve aynı konuda idari yargı mercileri, Kamu İhale Kurulu ve Sayıştay kararlarında farklı değerlendirmeler yapılması nedeniyle oluşan belirsizliği gidermek amacıyla itiraz konusu kurallar geriye yürütülmüş ve mevcut davalar sona erdirilmiştir. Bu açıdan itiraz konusu kuralların hukuki güvenlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir.

7. Anayasanın 10. maddesi yönünden yapılacak incelemede, değerlendirmeye esas alınan **kamu işverenleri ile sözleşme yapan alt işverenler ile özel sektördeki alt işverenlerin** durumlarının karşılaştırmaya müsait olup olmadığının dikkate alınması gerekir.

8. Kamu işverenleri ile hizmet alımı yoluyla alt işverenlik sıfatını kazanan alt işverenlerin hukuki statüsünde kamusal yönün ağır bastığı görülmektedir. Nitekim bu ilişkinin tesisinde hâkim olan, ihale sözleşmesinin kurulması, sona erdirilmesi ve tabi olduğu yargısal süreç gibi ilkeler, kamudaki alt işverenlik ilişkisini özel sektördeki alt işverenlik ilişkisinden ayırmaktadır. Bu yönüyle farklı hukuksal konumda bulunan süjeler arasında eşitlik değerlendirmesi yapılamayacağından itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 10. maddesi aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Bunun yanında, kuralların Anayasa'nın 36. maddesiyle de bir ilgisi bulunmamaktadır.

9. İzah ettiğim nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığı için itiraz başvurusunun reddine karar verilmesi gerektiği kanaatiyle iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Hicabi DURSUN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İtiraz konusu kuralların Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadığımızdan bu kapsamda yapılacak değerlendirmeden önce kuralların Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında yapılacak incelemede tespit edilecek hususlar eşitlik ilkesi bakımından itiraz konusu kuralların nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığının tespitinde önemli bir yer tutacaktır.

2. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

3. Hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelerden biri hukuki güvenlik ilkesidir. Hukuki güvenlik 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.

4. Kural olarak hukuki güvenlik, kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturur. *Kanunların geriye yürümezliği ilkesi* uyarınca kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi istisnai durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması, hukukun genel ilkelerindendir. Ancak kanun koyucu kişilerin lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olacak şekilde yapma konusunda takdir yetkisine sahiptir.

5. Kanunların geriye yürütmesi, getirilen yeni kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Yeni kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması ise kanunların geriye yürütmesi olarak nitelendirilemez.

6. 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 halinde, söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayırık hâl dışında, bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve 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.

7. İtiraz konusu kurallar 22/2/2019 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmekle birlikte 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri ile ilgili alt işverenlere rücu etme hakkı ile bu kapsamda ödenen kıdem tazminatlarında kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene açılan davalara müdahale edildiği anlaşılmaktadır. Bu açıdan anılan kurallarla, yürürlük tarihinden önce gerçekleşmiş olaylara yönelik düzenleme yapıldığında tereddüt bulunmamaktadır. Bu durumda, yapılan düzenlemelerin kanunların geriye yürütülmemesi ilkesinin istisnaları kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin irdelenmesi gerekmektedir.

8. 11/9/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile 4857 sayılı Kanun’un 112. maddesinde değişiklik yapılmadan önce personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı yapan kamu işverenlerinin, çalıştırılacak her bir personelin işçilik maliyeti üzerinden hesaplanan sözleşme ve genel giderler içerisinde yer alan kıdem tazminatlarını peşinen alt işverenlere hak edişleri içerisinde ödemekteydi. Nitekim Kamu İhale Genel Tebliği’nin 78.30. maddesinin (ç) bendinde kıdem tazminatı ihale teklif bedeli içerisinde sözleşme gideri olarak öngörülmüştü.

9. Ancak 11/9/2014 tarihinden önceki dönemde işçinin iş akdinin kıdem tazminatı hakkı doğacak şekilde sona ermesi durumunda normalde alt yüklenicinin bu tazminatı işçiye ödemesi gerekirken uygulamada birçok alt işveren bu yükümlülüklerini yerine getirememiştir. İşçiler, 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinde yer alan müteselsil sorumluluk gereği kamu işverenlerine dava açmak suretiyle tazminatlarını işverenden tahsil yoluna gitmiştir. Kamu kurumlarının dava yoluyla alt işverenlere mükerrer ödeme yapmak durumunda kalmaları üzerine kamu kurumları alt işverenlere rücu davası açmak zorunda kalmışlardır. Esasen 6552 sayılı Kanun, kıdem tazminatları ile ilgili kamu işverenleri ve alt işverenler arasında yaşanan yoğun dava süreçleri ve diğer olumsuzlukları sona erdirmek amacıyla ihdas edilmiştir. Düzenlemeyle, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında ilgili kamu kurum ve kuruluşuna, doğrudan alt işveren işçisinin kıdem tazminatı alacağını ödeme yükümlülüğü getirilmiştir.

10. Bunun yanında, 25/10/2014 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in 2. maddesi ile Tebliğ’in 78.30 uncu maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde yer alan **“kıdem ve ihbar tazminatları,”** ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Kanun koyucunun esasen 11/9/2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 6552 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun’un 112. maddesinde yaptığı düzenleme ve buna koşut olarak Kamu İhale Kurumu’nca, Kamu İhale Genel Tebliği’nin 78.30. maddesinin (ç) bendinde yapılan değişiklik ile bu tarihten sonraki dönemde kamu işverenlerince yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde, asıl işveren olan idarenin, alt işveren işçilerine ödemesi gereken kıdem tazminatından münhasıran sorumlu olduğu yönündeki iradesini belirginleştirdiği anlaşılmaktadır.

11. 4857 sayılı Kanun’un 112. maddesi ile Kamu İhale Genel Tebliği’nin 78.30. maddesinin (ç) bendinde yapılan ve 11/9/2014 tarihinde yürürlüğe giren bu iki düzenleme ile kamu işverenleri tarafından daha önce sözleşme gideri içerisinde yer alan ve hak edişlerle alt işverenlere peşin olarak ödenen kıdem tazminatı giderinin kamu işverenince **doğrudan işçiye ödeme yapmak suretiyle kamu üzerinde bırakılan bir harcama kalemi haline** getirildiği anlaşılmaktadır. Esasen **bu yükümlülük yukarıda izah edildiği gibi dolaylı olarak 11/9/2014 tarihinden önce de kamu işverenleri üzerinde** öngörülmüştü.

12. Nitekim Yargıtay ve yerel mahkemeler dışında Kamu İhale Kurulu, Sayıştay ve İdari yargı mercileri, 6552 sayılı Kanun’la yapılan düzenleme ve Kamu İhale Genel Tebliği’ndeki

değişiklikle kıdem tazminatından kamu işverenlerinin sorumlu olduğu yönünde değerlendirmelerde bulunmuş ve kararlarında bu görüşü esas almışlardır. Dolayısıyla kıdem tazminatından kamu işverenlerinin sorumluluğu ile ilgili devletin farklı kurumları tarafından yapılan yorum farklılığı nedeniyle bu konuda hukuki bir belirsizlik olduğu anlaşılmaktadır.

13. Kanun koyucunun daha önce yürürlüğe koyduğu 6552 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine eklenen hükümlere göre alt işveren işçisinin kıdem tazminatının doğrudan kamu işverenlerince ödenmesi yönündeki düzenlemesine açıklık getirmek, bu konuda oluşan hukuki belirsizliği gidermek amacıyla ihdas ettiği itiraz konusu kuralların kamu yararı amacına yönelik olmadığı söylenemez.

14. Bunun dışında Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi kanun koyucu, kişiler lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olacak şekilde yürütme konusunda takdir yetkisine sahiptir. İtiraz konusu kurallarla kamu işverenleri ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarına taraf olan gerçek ya da özel hukuk tüzelkişilerinden oluşan alt işverenler lehine getirilen düzenlemelerin geçmişe etkili olacak şekilde yürütülmesi, tamamen kanun koyucunun takdir yetkisi içerisindedir. Bu açıdan kamu işverenleri aleyhine yapılan ve geçmişe etkili sonuç doğuran düzenlemelerde, kanunların geriye yürümezliği ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

15. Bu açıdan, kuralın geçmişteki olayları etkileyecek şekilde hüküm ifade etmesi, hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir geriye yürüme olarak nitelendirilemeyecektir. Esasen kanun koyucu itiraz konusu kurallarla daha önce ortaya koyduğu iradesini açıklığa kavuşturmuş, takdir yetkisi içerisinde açık bir şekilde gerçek veya özel hukuk tüzelkişileri lehine bir takım haklar tesis etmiştir. Kurallar bu işleviyle hukuk güvenliğini ihlal edecek nitelik taşımamaktadır.

16. Bu itibarla itiraz konusu kuralların geçmişe dönük olarak yürürlüğe girmesine imkân tanınmasında, hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir yön bulunmadığı gibi bu konuda açılan davaların sona erdirilmesi yönündeki düzenlemenin de hukuk devleti ilkesini zedeleyen bir niteliğinin bulunduğu söylenemez.

17. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir.

18. Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında yapılacak değerlendirmede, öncelikli olarak kamu ve özel kesimde yer alan alt işverenlerin statüleri ve tabi oldukları hukuki rejimin dikkate alınması gerekmektedir.

19. Kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hizmetine yardımcı işleri alt işverene vermesi, idare hukuku ilkelerine göre "hizmet alımı" çerçevesinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Kamu idarelerinden Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı suretiyle asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işi yüklenen alt işverenin hukuki statüsünün özel hukuk tüzelkişileri ya da bireylerden oluşan asıl işverenlerden iş alan alt yüklenicilerden farklı özellikler arz etmektedir.

20. Çünkü, rücu hakkının temelini oluşturan, kamu işverenlerinden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı yoluyla iş alan alt yüklenicilerin tabi olduğu hukuksal rejim, ihale sözleşmesinin kapsamının belirlenmesi, sözleşme giderlerinin hangi kalemlerden oluştuğu, sözleşme içeriğinin denetimi, kanun yolları vs. gibi hususlar dikkate alındığında kamusal yönünün ağır bastığı görülmektedir.

21. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşları ile personel çalıştırmasına dayalı hizmet alımı gerçekleştiren alt işverenler ile özel hukuk tüzelkişileri ya da bireylerden oluşan asıl işverenlerden iş alan alt işverenlerin hukuksal durumları aynı değildir. Bu alt işverenlerin yaptıkları işin aynı veya benzer olması da hukuki durumlarının aynı olması sonucunu doğurmaz.

22. Bu yönüyle, hukuki durumları farklı olan kamu idaresinde personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı yapan alt işverenler ile özel hukuk tüzelkişileri ya da bireylerden oluşan asıl işverenlerden iş alan alt işverenler arasında eşitlik değerlendirmesi yapılamayacağından, itiraz konusu kuralda “*kanun önünde eşitlik*” ilkesini aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

23. Bir an için kamu ve özel kesimde yer alan alt işverenlerin hukuki durumlarının benzer olduğu düşünülse bile Anayasa Mahkemesinin 11/4/2019 tarihli ve E.2019/6, K.2019/25 sayılı kararında benimsediği kriterlere göre itiraz konusu kurallarla kamudaki alt işverenler lehine getirilen rücu yasağı şeklindeki ayrıcalığın nesnel ve makul nedenlere dayanıp dayanılmadığına bakılarak değerlendirme yapılması mümkündür.

24. Yukarıda Anayasa’nın 2. maddesi aykırılık iddiası ile ilgili yapılan değerlendirmelerde de belirtildiği gibi Kanun koyucu esasen 6552 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun’un 112. maddesinde yaptığı düzenleme ve Kamu İhale Genel Tebliği’nde yapılan değişiklikle 11/9/2014 tarihinden sonraki dönemde kamu kurumlarınca yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında, işçilerin kıdem tazminatlarını sözleşme gideri kapsamında çıkarmak suretiyle bu konudaki yükümlülüğü kamu kurumları üzerinde bırakmıştır. Esasen dana öncede var olan yükümlülüğü bir anlamda somutlaştırmıştır. Kanun koyucu anılan düzenlemelerle asıl işveren olan kamu idarelerinin, rücu hakkı olmaksızın alt işveren işçilerine ödemesi gereken kıdem tazminatından münhasıran sorumlu olduğu yönündeki iradesini ortaya koymuştur. Dolayısıyla bu konudaki belirsizliğin giderilmesi amacıyla ihdas edilen itiraz konusu kuralların objektif nedenlere dayalı olarak ihdas edildiği anlaşılmaktadır.

25. Buna göre, kıdem tazminatı ile ilgili olarak asıl (kamu) işverenlerince alt işverenlere karşı rücu hakkının kullanımının sözleşmede açık hüküm bulunması şartına bağlanması yönündeki itiraz konusu kuralların nesnel ve makul bir temele dayandığı, ölçülü olduğu, bu açıdan eşitlik ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

26. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralların Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığı için itiraz başvurusunun reddine karar verilmesi gerektiği kanaatini taşıdığımızdan, iptaline yönelik çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Selahaddin MENTEŞ