

Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi

Öz

Asıl işveren alt işveren ilişkisi, uygulamada kötüye kullanım nedeniyle 4857 sayılı Kanunda önemli sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlandırmalara uyulmadan işçi temini amacıyla kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisi yasa tarafından baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmiştir. Açılan davalarda ilk başlarda muvazaalı alt işverenler hakkında husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. Ancak Yargıtay'ın son dönemdeki isabetli içtihadında asıl işveren ile birlikte, haksız fiil hükümlerine göre muvazaalı alt işveren de BK m. 61 uyarınca müteselsilen sorumlu kabul edilmektedir.

Bu içtihadın asıl işveren ile alt işveren arasındaki Borçlar Hukuku ilişkisinde önemli sonuçları söz konusudur. Asıl işverenlerin İş Kanunu m. 2 uyarınca ödemek zorunda kaldıkları işçilik alacaklarını rücu için açtıkları davalarda, alt işveren İş Hukuku kapsamında bir sorumluluğu olmadığından rücu hakkı olmadığını savunmaktadır. Tersine kendisi ödemek zorunda kaldığı tutarları da, asıl işveren-

den aynı gerekçe ile talep edebilmektedir. Acaba bu savunmada olduğu gibi, asıl işveren alt işveren arasındaki rücu ilişkisinde İş Hukuku ilkeleri uygulanabilir mi? Yargıtay'ın işçinin hukuki durumunu ilgilendiren muvazaanın asıl işveren alt işveren arasındaki rücu bakımından bir etkisinin bulunmadığı, somut sözleşmede açık hüküm bulunmadığı takdirde BK m. 167'deki eşit paylaşım karinesinin uygulanacağı içtihadı isabetli midir?

Bu çalışmada belirtilen bu soruların yanıtı aranmıştır. Burada en başta, asıl işveren ile alt işverenin muvazaanın, başka deyişle işçiye karşı haksız fiilin birlikte tarafı olduklarından rücu konusunun -asıl işveren alt işveren ilişkisi hukuka uygun olsun ya da olmasın- aynı şartlarda değerlendirilmesi gerektiği ve sözleşmelerde açık bir kararlaştırmaya yer verilmediği takdirde, ilişkinin işçi temini olmayıp işin devri konulu olması nedeniyle, sorumluluğun bütünüyle alt işverende olduğu, çıkış noktası olarak tespit edilmelidir.

Anahtar Sözcükler:

Asıl işveren- alt işveren ilişkisi, birlikte sorumluluk, rücu.

Recourse Between Principal Employer and Subcontractors

Abstract

Principal employer-subcontractor relationship is subjected to significant restrictions under Law numbered 4857 due to abuse in practice. In a principal employer-subcontractor relationship which is not complied with those restrictions with the intent of employee recruitment, subcontractor's employee is accepted as the employee of the principal employer

from the beginning by law. In the filed lawsuits, initially, they were dismissed on the ground of lack of hostility regarding simulated subcontractors. However according to the recent judgments of the Court of Cassation, simulated subcontractor is held jointly liable with principal employer under tort rules pursuant to article 61 of Code of Obligations.

*İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku; mkabakci@itu.edu.tr

**İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku; haciogluar@itu.edu.tr

This judgment has important outcomes in the obligational relationship between the principal employer and the subcontractor. In the case of principal employers' recourse for the labour claims which the principal employer was obliged to pay pursuant to article 2 of Labour Act, subcontractor defends that principal employer has no right to recourse on the ground that he has no liability under Labour Law. On the contrary, subcontractor, demands the payments had to be made by himself from the principal employer, based on the same ground. Are the principals of labour law applicable to recourse between the principal employer and the subcontractor, as in this defence? Is the judgment of the Court of Cassation that the simulation which concerns legal status of the employee, has no effect regarding the recourse between the principal

employer and the subcontractor; unless otherwise is provided, share and share alike principle under the article 167 of Code of Obligations will be applicable?

Answers of the aforementioned questions have been sought in this study. First and foremost, it must be set as starting point that recourse between principal employer and subcontractor must be evaluated under the same conditions whether principal employer-subcontractor relationship is legal or not, since both principal employer and subcontractor are party to simulation, in another saying, they are joint tortfeasors regarding the employee; and unless otherwise agreed, liability relies entirely on subcontractor for the reason that subject matter of the relation is the transfer of the business not the employee recruitment.

Keywords:

Principal employer-subcontractor relationship, joint liability, recourse.

I. Giriş

Asıl işveren alt işveren ilişkisi uzun yıllardan beri Türk İş Hukuku uygulama ve öğretisinin en önemli konularından biridir. Sorunun kaynağı iş güvencesiz, daha düşük ücretle, toplu iş sözleşmesi düzeni dışında işçi çalıştırmak maksadı ile kurulan kötüniyetli asıl işveren alt işveren ilişkileridir. Böyle bir ilişkinin konusu yardımcı işin ya da asıl işin bir bölümünün devri olmayıp uygulamada bordro işverenliği olarak adlandırılan işçi teminidir. Bu konuda 4857 sayılı Kanun ile atılan önemli adımlara rağmen, gelinen aşamada kötüye kullanmanın tam olarak ortadan kaldırıldığını söylemek güçtür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında tanımlanan asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur. Burada alt işverenlerin çok defa az sermayeli ve/veya mali yönden güçsüz olmaları karşısın-

da işçilerin ücret ve diğer işçilik haklarını elde edeme- me riskini ortadan kaldırmak üzere asıl işverenlerin de sorumluluğu kabul edilmiştir¹. Bunun yanında asıl işverenin, alt işverenin işçilerinin emeğinden artı bir değer elde ettiği, ayrıca kendi hakimiyet alanı içinde bu işçileri çalıştırdığından hareketle, birlikte sorumluluğun temellendirildiği de görülmektedir².

Bahse konu sorumluluğun, birlikte borçluluk türlerinden biri olan müteselsil borçluluk³ olduğu konu-

1 Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 172; Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Bası, İstanbul, 2016, s. 67; Levent Akın, "Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği", AÜHFD, C. 60, S. 4, 2011, s. 733; Hande Bahar Aykaç, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, 2011, s. 280; Osman Güven Çankaya/ Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006, s. 28.

2 Aykaç, s. 281.

3 Müteselsil borçluluk ve müteselsil sorumluluk kavramlarının sıklıkla birbirinin yerine kullanıldığı vakidir. Müteselsil sorumluluğun, müteselsil borçluluğun haksız fiil hukukundaki bir görünümü olduğu ve esas itibarıyla TBK 61 vd. maddelerinde düzenlendiğine şimdiden işaret etmek isteriz. Bkz. Nurcihan Dalcı Özdoğan, Müteselsil Sorumluluk, Ankara, 2015, s. 25- 26.

sunda doktrin⁴ ve Yargıtay⁵ hemfikirdir. Buna göre alt işveren işçisinin İş Kanunu m. 2/6 kapsamındaki işçilik alacaklarından TBK m. 163 vd. anlamında dış ilişkide iş sözleşmesinden doğan sorumluluk esaslarına göre alt işveren ve kanundan doğan sorumluluk uyarınca asıl işveren birlikte sorumludurlar. İşte bu çalışmanın konusu bakımından sorun, asıl işveren ile alt işveren arasındaki iç ilişkide rücutur. Doğrudan İş Hukukunun inceleme alanına girmeyen bu konunun incelenmesinin önemli olduğunu düşünüyoruz. Burada sorunun kaynağı, rücu ilişkisinin salt Borçlar Hukukunun konusunu mu oluşturduğu, yoksa İş Hukuku esaslarının da birlikte dikkate alınıp alınmaya çağıdır.

Aşağıda öncelikle müteselsil borçlulukta borçlular arasındaki iç ilişkiye dair Borçlar Hukuku düzenlemeleri kısaca incelendikten sonra, konu Yargıtay 11., 13. ve 23. Hukuk Dairelerinin kararlarından hareket ile mevcut uygulama ile olması gereken bağlamında incelenecektir.

II. Borçlar Hukukunda Müteselsil Borçluluk

Asıl işveren alt işveren arasındaki rücu ilişkisi bakımından, en başta Borçlar Kanununun müteselsil borç-

lular arasındaki iç ilişkiye dair esasların tespiti önemlidir. Bunlar konunun hukuki temellerini oluşturduğu gibi konuyla ilgili davalarda Borçlar Hukuku ile sınırlı bir değerlendirmeye gidildiği, özellikle alt işveren işçisinin hukuki durumu açısından alt ve asıl işveren ile olan ilişkinin İş Hukuku yönünden özellikleri üzerinde durulmadığı Yargıtay kararlarından görülmektedir.

Yargıtay'a göre, "Bu düzenleme (İşK m. 2/6), işçi alacağının güvence altına alınması amacıyla yapılmış olup, sadece işçilere karşı bir sorumluluktur. Asıl ve alt işveren arasındaki ilişkide ise İş Hukuku değil, Borçlar Kanunu ve sözleşme hukuku esas alınacağından, uyumsuzluğun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gereklidir"⁶.

İş Kanunundaki asıl işveren alt işveren ilişkisine dair hükmün konusundan hareket ile aralarındaki rücu ilişkisinde uygulanamayacağını vurgulayan bir diğer karara göre, "Taşeron (yüklenici) ile asıl işveren arasındaki bir düzenlemeyi içermeyen 1475 sayılı Yasa'nın 1/son maddesinin dava konusu olaya uygulanması mümkün olmayıp, bu itibarla, uyumsuzluğun, davacı ile davalı arasındaki sözleşme hükümlerine göre, çözümlenmesi gerektiğinden, TBK'nın 167. maddesinin de uygulanması söz konusu olmayacaktır. Zira, yüklenici ile işveren arasında imzalanmış olan sözleşme hükümleri ve eklerine göre, bu tür ihtilaflardan yüklenici sorumludur"⁷.

Yargıtay'ın konuyla ilgili uygulamasını genel hatları ile yansıtan bu iki karardan iki çıkarımda bulunmak mümkündür: Asıl işveren alt işveren ilişkisini düzenleyen İş Kanunu hükmünün iç ilişkide rücunun kapsamı bakımından hiçbir belirleyiciliği yoktur ve tamamlayıcı bir hukuk kuralı olarak TBK m. 167 asıl işveren ile alt işveren arasında rücu bakımından bütünüyle serbest hareket edilebilecek bir alan tanımaktadır.

Acaba bu bakış açısı her durumda isabetli midir? Bu soru üzerinde durmadan önce, konunun Borçlar Hukuku yönüyle incelenmesinden, özellikle "borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliği"ne vurgu yapan TBK m. 167 hükmünün haklı bir soru işaretine neden olduğuna işaret etmek isteriz.

4 Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s. 120; Talat Canbolat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992, s. 71; Çankaya/ Çil, s. 29; Ünal Narmanlıoğlu, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Sorumluluklar", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2008, s. 69; Ercan Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, Ankara, 2011, s. 69; Aykaç, s. 283; Akın, s. 733; İbrahim Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Geliştirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 219; Hamdi Mollamahmutoğlu/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 224; Öner Eyrenci/ Savaş Taşkent/ Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2016, s. 38; Süzek, s. 172; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 68; Kenan Tunçomağ/ Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2016, s. 56.

5 Bkz. Yarg.13.HD, 16.11.2015, E. 2015/25618, K. 2015/33180; Yarg.23.HD, 22.06.2015, E. 2014/6532, K. 2015/4784; Yarg.13.HD, 22.12.2015, E. 2015/34172, K. 2015/37504; Yarg.13.HD, 25.01.2016, E. 2014/44232, K. 2016/1391, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (www.legalbank.net). Aşağıda kaynak gösterilmeksizin atıfta bulunulan Yargıtay kararları adı geçen veri bankasından alınmıştır.

6 Yarg.13.HD, 19.01.2016, E. 2015/28048, K. 2016/878. Benzer yönde aynı Daire, 15.09.2015, E. 2014/22552, K. 2015/26967

7 Yarg.23.HD, 08.06.2016, E. 2014/6540, K. 2016/4393.

1. Sorumluluğun Niteliği (Dış İlişki)

Müteselsil borçluluk, kısmi borçluluktan farklı olarak borçluların borcun tamamından sorumlu olduğu, alacaklının da borcun tamamını borçluların her birinden talep edebildiği; ancak borçlulardan birinin ifasıyla borcun sona erdiği bir borç ilişkisidir⁸. Alacaklı borçluların birinden, bir kaçından ya da tamamından borcun ifasını isteme hususunda seçim hakkına sahiptir⁹.

Tali borçtan farklı olarak borçlular arasında öncelik sonralık ilişkisinin bulunmaması, bu ilişkinin karakteristiğidir. Asıl işveren - alt işveren ilişkisindeki birlikte sorumluluk hükmü ile işçinin korunması amaçlandığından, asıl işverenin öncelikle alt işverene başvurulması gerektiği yönünde bir def'i hakkı düşünülemez. Yine uygulamada sıklıkla rastlanılan asıl işverenin, hak edişleri alt işverene eksiksiz ödediğinden bahisle, işçilere karşı herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı savunmasının hukuken bir değeri bulunmamaktadır. İşte işçi açısından böyle nitelikli bir korumayı sağlayacak birlikte borçluluk türü, müteselsil borçluluktur.

Müteselsil borçluluk, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 162 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun konuyu iradi ve kanuni müteselsil borçluluk olmak üzere iki şekilde ele almıştır. Önemle vurgulamak gerekir ki, asıl işveren ile alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluk doğrudan kanundan doğduğundan, işçi aleyhine aksinin kararlaştırılması mümkün değildir¹⁰. Diğer yandan eksik teselsül - tam teselsül ayrımının 6098 sayılı Kanun ile kaldırıldığına da işaret etmek isteriz¹¹. Bu

bağlamda 818 sayılı BK zamanında yapılan tartışmaların¹² büyük ölçüde anlamını yitirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Her bir borçlunun borcun tamamından sorumlu olması, alacaklının dilediği borçluya başvurma imkânına sahip olması yönüyle müteselsil borç ilişkisinde alacaklının hukuki durumunu güçlendirir¹³. Buna karşılık, alacaklının seçim hakkı dikkate alındığında, özellikle borçlulardan yalnız birinin ifa talebine muhatap olma ihtimali düşünülünce, borçlular açısından oldukça dezavantajlı bir durum yaratır¹⁴. Bu sebeple, borcun tamamını ifa eden müteselsil borçlunun birlikte sorumlu olduğu diğer borçlulara rücu imkânı tanınmıştır¹⁵: "Kendisine düşen paydan fazla ifada bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir" (TBK m. 167/2)¹⁶. Üstelik sözü edilen rücu hakkı TBK m. 168 gereği halefiyetle desteklenmiş durumdadır¹⁷. Buna göre, diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur.

2. Borçlular Arasında Rücu Şartları (İç İlişki)

Borçlular arasında rücunun temel şartı, alacaklının tatmin edilmesidir¹⁸. Alacaklının salt bir ihtarname ile ifa talebinde bulunmuş, icra takibi başlatmış ya da dava açmış olması yeterli olmayıp borcun fiilen ödenmiş olması gerekir¹⁹. İfa yanında borcu sona erdiren hallerden olarak takasın da bu sonucu doğuracağı belirtilmelidir²⁰. Kısmi ifanın söz konusu olduğu hallerde

8 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, 2014, s. 1197. Ayrıca bkz. Turgut Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971, s. 25; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 285; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul, 2013, s. 452; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara, 2013, s. 741; Haluk Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, 2013, s. 346; Dalcı Özdoğan, s. 25.

9 Dalcı Özdoğan, s. 50.

10 Canbolat, s. 71; Narmanlıoğlu, s. 67; Murat Engin, "Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, İstanbul, 2009, s. 19; Dalcı Özdoğan, s. 60.

11 Çiğdem Kırca, "6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu

Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler), İstanbul, 2013, s. 23.

12 Bu tartışmalar için bkz. Akin, s. 743 vd..

13 Müteselsil borçluluğun bir nevi kişisel teminat olduğu yönünde bkz. Kadir Berk Kapancı, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2015, s. 25.

14 Kapancı, s. 25; Pierre Tercier/ Pascal Pichonnaz/ H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, s. 502.

15 Oğuzman/ Öz, s. 474 vd.; Kapancı, s. 25; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 502.

16 Dalcı Özdoğan, s. 87; Emine Koçano Rodoslu, Rücu Hakkı, Ankara, 2016, s. 12.

17 Koçano Rodoslu, s. 14-15. Halefiyetle rücu arasındaki ilişki için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, Türk Borçlar Kanununda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979, s. 14.

18 Eren, s. 1210; Kapancı, s. 389; Koçano Rodoslu, s. 66.

19 Eren, s. 1213; Dalcı Özdoğan, s. 89.

20 Koçano Rodoslu, s. 66.

ise, müteselsil borçlunun yalnızca iç ilişkideki payını aşan kısmının rücuya imkân vereceği unutulmamalıdır²¹.

Öte yandan alacaklının borçlulardan birini ibra ettiği durumlarda TBK 166. maddesinin son fıkrası uyarınca diğer borçluların ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarılmış olacağı düşünülecek olursa, ibra edilen borçluya rücu edilemeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır²².

İkinci ve asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisi bakımından daha da önemli olan şart, alacaklıya yapılan ödemenin ödemede bulunan borçlu için iç ilişkide sorumlu olduğu paydan fazla olmasıdır²³. Bu hususta TBK 167/1, "aksi kararlaştırılmadıkça" şeklinde başlayan bir tamamlayıcı hukuk kuralına yer vermiştir. Buna göre borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludur, iki hal hariç: Taraflar arasında aksine açık bir kararlaştırmanın varlığı ve borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden aksinin anlaşılması.

Başka deyişle eşit paylaşım ilkesi olarak ifade edilen bu karine²⁴, tarafların aralarındaki ilişkide farklı bir oran belirlediği veya böyle bir belirleme söz konusu olmasa bile, işin niteliğinin farklı bir paylaşımı zorunlu kıldığı ispatı ile çürütülebilir.

Gerçekten müteselsil borç ilişkisinde borçlu tarafı oluşturan kişiler, çok istisnai hallerde tesadüfen bir araya gelmişlerdir²⁵. Sıklıkla karşılaşılan, bu kişilerin arasında mevcut bir hukuki ilişkinin varlığı ve bu ilişkinin iç ilişkideki sorumluluğu düzenlemiş olmasıdır. Bu açıdan müteselsil borçlular kendi aralarında anlaşmak suretiyle TBK m. 167/1'de öngörülen eşit paylaşım ilkesini dışlayarak sorumluluğu dağıtabilecekleri gibi, içlerinden yalnızca birinin borcun tamamından sorumlu olacağını da kararlaştırabilirler. Hemen belirtelim bu yöndeki anlaşma, müteselsil borçluluğun doğumundan önce yapılabileceği gibi sözü edilen anlaşmanın borcun doğumundan sonra yapılmasına da bir engel bulunmamaktadır²⁶.

Benzer şekilde, eşit paylaşım ilkesinin doğrudan kanun tarafından dışlanması da söz konusu olabilir. Bu yönde sıklıkla karşılaşılan bir hal, birden çok kimşenin ortak kusurla veya farklı sebeplerle aynı zararın meydana gelmesine sebep olmalarıdır. Böyle bir durumda tazminatın müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşulların, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığının ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulacağını öngören TBK'nın 62. maddesi uygulama alanı bulur²⁷. Bu durumda hâkim, takdir hakkını TMK m. 4'deki ölçülerde kullanarak iç ilişkideki sorumluluğu farklı takdir edebilecektir²⁸.

Bunun yanında işin niteliği de iç ilişkide farklı bir paylaşımı gerektirebilir. Zira bu çalışmanın konusu bakımından önemli olarak, müteselsil borçlulardan her birinin alacaklı ile olan ilişkisindeki menfaati aynı olmayabilir²⁹. Birden fazla borçlulardan birinin müteselsilen borç altına girmekte hiçbir menfaati yoksa veya borçlulardan biri karşı edimden tek başına ya da diğer borçludan daha fazla yararlanıyorsa, bu hallerde eşit paylaşım ilkesinin geçerli olacağını kabul etmek hakkaniyete aykırı olacaktır³⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki TBK 164/2 gereği, ortak savunma ve def'ileri sürmeyen müteselsil borçlu rücu hakkına sahip değildir³¹.

Rücu talebinde bulunacak olan müteselsil borçlu, alacaklıya yaptığı ödeme ile iç ilişkide sorumlu olduğu değer arasındaki farkın iadesinden başka faiz ve diğer masraflarının da karşılanmasını talep edebilir³².

III. Müteselsil Borçlular Olarak Asıl İşveren ile Alt İşveren Arasında Borcun Paylaşımı

1. Açık Kararlaştırma

Yukarıda işaret edildiği üzere Yargıtay kanundan doğan müteselsil borçlular olarak asıl işveren ile alt iş-

21 Dalcı Özdoğan, s. 90.

22 Eren, s. 1214; Nomer, s. 347; Dalcı Özdoğan, s. 91.

23 Dalcı Özdoğan, s. 91.

24 Dalcı Özdoğan, s. 100.

25 Akıntürk, s. 207.

26 Dalcı Özdoğan, s. 100.

27 Koçano Rodoslu, s. 116.

28 Eren, s. 1210; Oğuzman/ Öz, s. 476.

29 Akıntürk, s. 211.

30 Akıntürk, s. 211.

31 Kapancı, s. 182; Dalcı Özdoğan, s. 91.

32 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kapancı, s. 421 vd.

veren arasındaki rücu bakımından, İş Kanunu m. 2/6 düzenlemesini hiç dikkate almadan, aralarındaki hukuki ilişkiyi kuran başta eser olmak üzere Borçlar Hukuku sözleşmesinde yer alan hükümlere mutlak değer vermek; somut kararlaştırmanın bulunmadığı hallerde de Kanundaki eşit paylaşım karinesini işletmektedir. Buna göre Yargıtay, asıl işveren ve alt işveren arasındaki rücu ilişkisi bakımından TBK m. 167'deki "borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliği" üzerinde durmaksızın, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi kuran sözleşme ve eklerinde konuyla ilgili özel bir hükmün olup olmadığından hareket etmektedir.

Bu hususu asıl işverenin alt işverene rücu yönüyle ele alan bir karara göre, "Dava konusu olayda da taraflar arasında asıl işveren- alt işveren ilişkisi mevcut olup, davacı ve hükmü temyiz eden davalı ... arasındaki hizmet sözleşmesi ve eki olan şartnamelerde, dava konusu tazminattan tümüyle yüklenicinin sorumlu olduğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, dava dışı işçiye yapılan ödeme nedeniyle davalı ...'ın kendi dönemi ile sınırlı olmak üzere, davacı ... ile yarı oranda sorumlu olduklarının kabulü gerekir"^{33,34}.

Yüksek mahkeme, konuyla ilgili kararlarının hemen hemen tamamında "tarafların serbest iradeleri ile düzenlediği bu sözleşme hükümleri bağlayıcıdır" tespiti ne yer vermektedir. Bunu destekler biçimde, "tacir olan davalının (yüklenicinin) çalıştırdıkları işçilerin fiili işçilik dışında sair tazminat haklarından sorumlu olacaklarını bilebilecek durumda oldukları ancak, davacı kurumun da asıl işveren durumunu muhafaza etmesi nazara alındığında doğan zararlardan tarafların yarı yarıya sorumlu

olduğunun kabulü gerekir"³⁵ değerlendirmesinde bulunmaktadır.

Buna göre asıl işveren ile alt işveren arasındaki hukuki ilişkiyi kuran Borçlar Hukuku sözleşmesinde alt işveren işçilerinin İş Kanunu m. 2/6 kapsamındaki işçilik alacaklarından münhasıran alt işverenin sorumlu olduğunun ya da asıl işverenin alt işveren işçisine İş Kanunu m. 2/6 uyarınca olası bir ödemesi durumunda alt işverene rücu hakkının açıkça kararlaştırıldığı durumda, bu kararlaştırma TBK m. 167 uyarınca geçerli olup, iç ilişkide sorumluluğun sınırını oluşturur.

Konuyla ilgili taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin değerlendirilmesinde, asıl işverenin ve alt işverenin sözleşmeden doğan borç ve yükümlülüklerinin sayıldığı hükümler, iç ilişkide TBK m. 167 anlamında aksine bir kararlaştırma olarak kabul edilmemektedir. Örneğin "Taraflar arasındaki hizmet alım sözleşmelerinde davalı yüklenici şirketlerin dava dışı işçinin kıdem tazminatı alacağından sorumlu olduklarına dair hüküm bulunmadığı anlaşılmakla, ... her bir yüklenicinin sorumlu olduğu döneme ilişkin kıdem tazminatının yarısından asıl işveren konumundaki davacının, diğer yarısından davalı yüklenicilerin sorumlu olduğu gözetilmelidir"³⁶.

Yargıtay, kamu ihale mevzuatı kapsamında geçen Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin "Yüklenici, çalıştırdığı işçilerin, işin yapılmakta olduğu bir iş kolu veya meslekte aynı tipteki bu iş için mevzuatta kabul edilenlerden daha az elverişli olmayan şartlarda çalışmalarını ve ücret almalarını sağlayacaktır. Ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarının toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilmiş olması halinde yüklenici, en yakın ve en uygun bir bölgedeki iş kolu veya meslekteki aynı tip bir iş için mevzuatla tespit edilenlerden daha az elverişli olmayan ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarını sağlayacaktır" hükmünü (m. 38), asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisini düzenleyen bir hüküm olarak kabul etmemektedir. Yargıtay'a göre, bu hüküm "çalışanların fiili işçilik ücretleri ile ilgili özlük haklarına ilişkindir"³⁷, başka deyişle yüklenici alt işverenin istihdam edeceği işçileri-

33 Yarg.13.HD, 02.02.2016, E. 2015/19323, K. 2016/2426.

34 Tersine alt işverenin asıl işverene rücu talepli bir davaya ilişkin kararda da, "halde tarafların serbest iradeleri ile düzenlemiş oldukları sözleşme hükümleri tarafları bağlayacağından, iç ilişki itibarıyla, dava dışı işçiye yapılan ödemedan davacı ve davalı Kurumun yarı yarıya sorumlu olduklarının kabulüne olanak bulunmamaktadır. Bu durumda 'davacının alt işveren olarak ödemiş olduğu miktarın 1/2'sini davalıdan rücu tahsilini talep etmiş olduğu' iş bu davanın reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece açıklanan hususlar göz ardı edilerek, 'davacı tarafından ödenen işçi alacaklarından tarafların müteselsilen sorumlu oldukları ve bu sorumluluğun da eşit oranda olması gerektiği' belirtilmek suretiyle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması ... bozmayı gerektirir" Yarg.13.HD, 04.03.2014, E. 2013/31033, K. 2014/5901.

35 Yarg.13.HD, 20.06.2012, E. 2012/6197, K. 2012/16178.

36 Yarg.13.HD, 23.11.2015, E. 2015/32903, K. 2015/34139.

37 Yarg.13.HD, 22.12.2015, E. 2015/341725, K. 2015/37504. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi de, aynı hükmü benzer nitelikte değerlendirmektedir (22.06.2015, E. 2014/6532, K. 2015/4784).

le ilgili ücret ve diğer çalışma koşullarıyla ilgili uymayı taahhüt ettiği koşullardır.

2. Eşit Paylaşım Karinesi

İç ilişki bakımından asıl işveren ile alt işveren arasındaki Borçlar Hukuku sözleşmesinde açık bir kararlaştırmanın bulunmadığı durumda ise, Yargıtay doğrudan eşit paylaşım ilkesini işletmektedir. Yüksek Mahkeme bu uygulamasında, asıl işveren alt işveren ilişkisinin İş Kanunu m. 2'deki unsurlar bakımından geçerli olup olmaması arasında bir fark gözetmemekte, muvazaa ya da asıl işin bir bölümünün alt işverene devrine dair sınırlandırmaya uyulmaması nedeniyle alt işveren işçisinin baştan itibaren asıl işveren işçisi kabul edildiği durumlarda dahi, işverenlerin birbirlerine rücu bakımından aralarındaki sözleşme hükümlerini esas almakta, rücu konusunda bir sözleşme hükmünün bulunmadığı halde de eşit paylaşım karinesini işletmektedir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu ve taraflar arasındaki rücu bakımından özel bir kararlaştırmanın bulunmadığı bir olaya ilişkin verilen kararda, "Hal böyle olunca tacir olan davalıların çalıştırdıkları işçilerin fiili işçilik dışında sair tazminat haklarından sorumlu olacaklarını bilebilecek durumda oldukları ancak, davacı Bakanlığın da asıl işveren durumunu muhafaza etmesi nazara alındığında doğan zararlardan tarafların yarı yarıya sorumlu olduğunun kabulü gerekir"³⁸. Buradan hareket ile Yargıtay'ın İş Kanunu m. 2 kapsamında muvazaa ile asıl işin devrine dair sınırlandırmayı işçinin hukuki durumu ile sınırlı olarak ele aldığı, geçersizlik yaptırımını asıl ve alt işveren arasındaki hukuki ilişkiye teşmil etmediğini söylemek hatalı olmayacaktır.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi muvazaalı asıl işveren- alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işverene rücu davasında, benzer yönde "Davacıyı işveren konumundan çıkarmak için yapılan muvazaa, taraflar arasında sözleşme hükümlerinin uygulanmasında davacının rücu talebini engelleyici bir etkiye sahip değildir." görüşündedir³⁹. Karara karşı yazılan muhalefet görüşünde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu halde asıl işverenin gerçek işveren olarak muvazaalı alt işverenden rücu talep hakkı olamayacağı, taraflar arasın-

daki sözleşmeye dayanılarak sorumluluğun muvazaalı alt işverene yüklendiğinin kabulünün, "hakkaniyete uygun olmadığı gibi sözleşmeyle sorumluluk kuralına da uygun olmadığı" görüşü bildirilmiştir.

3. Sorumluluğun Belirlenmesinde Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Konusu

Ulaşabildiğimiz Yargıtay kararlarından hiçbirinde İş Kanunu m. 2'nin gereği müteselsil borçlular olarak asıl işveren alt işveren arasındaki rücu ilişkisinde "borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliği" üzerinde durulmamış; konu taraflar arasındaki Borçlar Hukuku sözleşmesinde somut bir kararlaştırma varsa buradaki, yoksa TBK m. 167'deki eşit paylaşım karinesine göre ele alınmıştır. Bize göre asıl işveren alt işveren ilişkisi bağlamında TBK m. 167 uyarınca yapılacak bir değerlendirmede taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği göz ardı edilmeyecek derecede önemlidir.

Yargıtay'ın İş Kanunu m. 2/6'da asıl işveren alt işveren arasındaki rücu ilişkisine dair bir kural olmadığı, düzenlemenin işçinin hukuki durumu, başka deyişle dış ilişki ile sınırlı olduğu tespitine katılmamak mümkün değildir. Yine göz ardı edilemeyecek bir gerçek, TBK m. 167 düzenlemesinin "aksi kararlaştırmadıkça" ifadesi ile sabit olduğu üzere emredici değil, tamamlayıcı bir hukuk kaynağı olduğudur⁴⁰. Buna göre en azından İş Kanunu m. 2/6 hükmüne uygun asıl işveren alt işveren ilişkilerinde, alt işveren işçisinin işçilik alacaklarından münhasıran alt işverenin ya da uygulama açısından gerçekçi olmamakla birlikte münhasıran asıl işverenin sorumlu olacağı, bu kararlaştırmanın aksine İş Kanunu m. 2/6 uyarınca ödeme yapmak zorunda kalan tarafın diğer taraftan ödediği tutarı tümüyle rücu edebileceği yolunda bir kararlaştırma geçerlidir.

Ancak bu şekilde açık bir kararlaştırmanın bulunmadığı halde TBK m. 167'deki eşit paylaşım karinesinin uygulanması mutlak olmamalıdır. Yukarıda altı çizildiği üzere, müteselsil borçlulardan her birinin alacaklı ile olan ilişkisindeki menfaatin aynı olmadığı durumlarda, aksine bir kararlaştırma bulunmasa bile eşit paylaşım karinesi uygulanmayabilecektir. Borçlar Hukuku öğretisinde ifade edildiği üzere, birden fazla borçlulardan birinin müteselsilen borç altına girmekte hiçbir menfa-

38 Yarg.13.HD, 20.04.2015, E. 2015/7625, K. 2015/12607

39 Yarg.23.HD, 17.12.2015, E. 2015/2283, K. 2015/8227.

40 Eren, s. 1210.

ati yoksa veya borçlulardan biri karşı edimden tek başına ya da diğer borçludan daha fazla yararlanıyorsa, bu hallerde eşit paylaşım ilkesinin geçerli olacağını kabul etmek hakkaniyete aykırı olacaktır⁴¹.

Bilindiği üzere sözleşmeler hukukunda nispiyet ilkesi geçerli olup, bundan sözleşme ile ancak taraflarının bağlı olması, genel kural olarak üçüncü kişiler üzerinde sonuçlarının olmaması anlaşılır⁴².

İş Kanunu m. 2/6 düzenlemesi uyarınca 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 işverende aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkidir". Düzenleme ile amaç, asıl işvereni, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu kılmaktır. Bu surette sözleşmelerin nispiyeti ilkesine bir istisna getirilmekte ve alt işveren işçilerini korumak için kanundan doğan bir müteselsil borçluluk yaratılmaktadır.

Müteselsil borçlulardan asıl işverenin sorumluluğu, alt işveren ile yaptığı bir Borçlar Hukuku sözleşmesinin kanuna dayalı sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu surette alt işveren işçisi, alt işverene karşı iş sözleşmesi hükümlerinden doğan talep hakkından başka, Kanundaki unsurların gerçekleşmesi koşuluyla asıl işverene karşı bir talep hakkı elde etmektedir. Yoksa sorumluluk bakımından asıl işverenin alt işveren işçileriyle ilgili iradi bir işlemi bulunmamaktadır⁴³.

Bu noktada asıl işveren alt işveren ilişkisinin konusu, asıl işveren işyerinde görülen yardımcı işin ya da asıl işin bir bölümünün alt işverene devridir. Buna göre bu ilişkinin asıl işveren tarafından anlamı, uzmanlık, daha uygun maliyet gibi bir nedenle işyerinde yapması gereken bir işi üçüncü kişi eli ile gördürmek, alt işveren açısından da, eser, taşıma, kira gibi bir sözleşme ile üstlendiği işi görerek kazanç elde etmektir. Alt işverenin üstlendiği işin ifası için işçi istihdam etmesi asıl işveren alt işveren

ilişkinini kuran Borçlar Hukuku sözleşmesinin konusu değil, sonucudur. Bu tabloda asıl işveren ile alt işverenin karşılıklı menfaatleri karşılaştırıldığında, İş Kanunu m. 2/6 uyarınca müteselsil sorumluluğun konusu olarak alt işveren işçilerinin istihdamında, doğrudan menfaat alt işverendedir. Bu işçiler sayesinde alt işveren üstlendiği işi görmekte ve asıl işverenden karşı edime hak kazanmaktadır. Asıl işveren, işinin görülmesinin karşılığında sözleşmede üstlendiği edimi alt işverene ifa ettiğinde, alt işverene karşı sorumluluktan kurtulmaktadır. Yoksa İş Kanunu m. 2/6 düzenlemesi sözleşme ilişkisi anlamında asıl işvereni alt işveren işçisinin muhatabı haline getirmemektedir⁴⁴.

Asıl işveren ile alt işveren arasında işin görülmesi konulu Borçlar Hukuku sözleşmesi yapılırken, karşılıklı edimlerin denkliği ilkesi gereği alt işverenin hak kazanacağı karşı edimi belirlerken tüm maliyetleri, bu arada işçilik giderlerini de dikkate alması beklenir. Dolayısıyla İş Kanunu m. 2/6 uyarınca asıl işverenin ödemek zorunda kalabileceği tutar, aslında alt işverene ödenen tutar içerisinde yer almaktadır. İş Hukukundaki işletme rizikosunun işverende olması esası, bu tespitimizi doğrular. Kaldı ki asıl işveren alt işveren ilişkisini kuran birçok sözleşmede, asıl işveren devrettiği işin maliyetleri bağlamında, alt işverene istihdam edeceği işçilerin kıdem tazminatı ile ilgili bir ek ödeme kararlaştırılmaktadır.

Belirtilen nedenlerle İş Kanunu m.2'ye uygun asıl işveren alt işveren ilişkilerinde, müteselsil borçlular olarak asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisinde, sözleşmede açık kararlaştırma bulunmadığı takdirde TBK m. 167'deki eşit oranda sorumluluk karinesinin yerine, borcun niteliği gereği müteselsil borçlulardan asıl işverenin İş Kanunu m. 2/6 uyarınca ödemek zorunda kaldığı tutarı alt işverenden bütünüyle rücu edebilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

4. Kanuna Aykırı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Konusu

İş Kanunu m. 2/6 hükmüne aykırı olarak muvazalı ya da asıl işin devriyle ilgili getirilen sınırlandırmaya uyulmaksızın kurulan ilişkilerde, işçi açısından yaptırım kendisinin baştan itibaren asıl işveren işçisi olarak işlem görmesidir. Acaba bu durum, asıl işveren ile alt işveren

41 Akıntürk, s. 211.

42 Eren, s. 18.

43 Narmanlioğlu, s. 61.

44 Narmanlioğlu, s. 61.

arasındaki rücu ilişkisine dair bir üst başlıkta yer verilen değerlendirmede bir değişikliği gerektirir mi? Bize göre, evet çünkü böyle bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin konusu bir işin görülmesi değil işçi temini, uygulamadaki adı ile bordro işverenliğidir.

Kanuna uygun olmayan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren açısından Kanunun cevaz vermediği amaçlar söz konusudur. Asıl işveren bu surette işçi istihdamıyla ilgili işletme rizikosundan kurtulmayı, ekonomik yönden daha avantajlı bir durum elde etmeyi amaçlamaktadır. Asıl işveren tarafındaki bu kötüye kullanma, alt işveren tarafında kazanç elde etme maksadıyla asıl işverenin hukuka aykırı uygulamasına katılma, tarafı olma şeklinde ortaya çıkmaktadır. İş Kanunu m. 2/6'yu ihlal eden uygulamada, İş Hukuku anlamında korunmaya değer menfaatler bakımından asıl işveren ve alt işveren eşit düzeyde kusurludurlar. Dolayısıyla kanuna aykırı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde müteselsil borçlular arasındaki rücu bakımından BK m. 167 hükmünden hareket ile açık bir kararlaştırmanın varlığı halinde bunun; bir kararlaştırma bulunmadığı takdirde eşit paylaşım karinesinin uygulanması gerektiği görüşündeyiz⁴⁵.

5. 6552 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliğin Etkisi

İş Kanununun "Bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kıdem tazminatı" başlıklı 112. maddesine 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun m. 8 ile eklenen yeni fıkralarda, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde onlardan kamu ihale mevzuatı hizmet alım sözleşmeleri ile iş üstlenen yüklenici alt işverenlerin işçisi olarak çalışan işçilerin kıdem tazminatlarının, iş sözleşmesinin tazminata hak kazandırır biçimde sona ermesi şartıyla, yüklenici değişikliklerine rağmen işçinin aynı işyerinde geçen toplam hizmet süresine göre hesaplanacağı ve ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından ödeneceği düzenlenmiştir.

Bu değişikliğin yürürlüğe girmesi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarından kamu ihale mevzuatı hizmet alım sözleşmeleri ile iş üstlenen yükleniciler, bu işler kapsamında istihdam ettikleri işçilerin kıdem tazminatlarından sorumlu olmadıklarını, sorumluluğun mün-

hasıran kamu kurumunda olduğunu savunmuşlardır. Acaba İş Kanunu m. 112'de yapılan değişikliğin amacı, işlevi nedir?

Öncelikle bu değişiklikten önceki uygulamayı hatırlamak, değişiklik ile amaçlananın tam olarak anlaşılması için önemlidir. İş Kanununun asıl işveren alt işveren ilişkisini düzenleyen 2. maddesinde kamu ya da özel hiçbir ayrıma gitmeksizin⁴⁶ bu ilişkinin unsurları ile sınırları çizildiği halde, uygulamada kamu kurumları bir iş mahkemesi ilamı olmaksızın hükümde öngörülen birlikte sorumluluk şartlarına uymamakta; ödemede bulunmamaktaydı. Hatta İş Kanununun 2. maddesine, uygulamada kamu hizmet alımı sözleşmelerini daha da yaygın hale getiren 2006 tarihli 5538 sayılı Kanun ile iki yeni fıkra da eklenmiştir. Bu değişiklik ile kamu kurum ve kuruluşlarında, asıl işveren alt işveren ilişkisi hakkında kanunda yer verilen sınırlandırmaların ve dolayısıyla müteselsil sorumluluğun, kamu işverenleri bakımından ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

5538 sayılı Kanunun değişiklikle ilgili madde gerekçesinde, kamu hizmet alım ihaleleri kapsamında alt işverenler tarafından istihdam edilen personelin, ilgili kamu kurum ya da kuruluşunun işçisi olduklarını iddia ederek asli kadrolara atanmayı, kamu kurum ve kuruluşunun kendi personeline uyguladığı haklardan yararlanmayı talep ettikleri, eklenen bu iki fıkra ile alt işveren işçilerinin asıl işverenin kamu kurum ve kuruluşu olmadığı hususuna açıklık getirilmek istendiği belirtilmiştir. Daha açık deyişle, İş Kanunu m.2'ye eklenen bu iki fıkra ile kamu hizmet alım sözleşmeleri kapsamında alt işveren işçisi olarak çalışan işçilerin, muvazaa iddiasında bulunmalarının önü kapatılmak istenmiştir.

Öğretide, kamu kesimi işverenlerini koruma, bu kuruluşları asıl işveren alt işveren ilişkisinin yüklediği sorumluluk ve yaptırımlardan kurtarma gayesi güdüldüğü ve bunun da eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçeleri ile eleştirilen⁴⁷ bu düzenleme, hukuk tekniği açı-

46 Öner Eyrenci, "Kamu Faaliyet Gösteren Alt İşveren İşyerlerinde Toplu İş Sözleşmesi Sürecine İlişkin 6552 Sayılı Kanun Hükümleri", Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Legal İSGHD, Özel Sayı, 2016, s. 136.

47 Ömer Ekmekçi, "Kamu İşverenin Özel Kesim İşvereni Karşısında Kayrılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar", Legal İSGHD, S. 2006/12, s. 1176 vd.; Gülsevil Alpagut, "Üç Yıllık Uygulamanın Ardından Alt

45 Krş. Aydın, s. 238 vd.; Aykaç, s. 320.

sından eleştirilir yönü bir tarafa, Yargıtay tarafından adeta yok sayılmıştır: “5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaalı öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açıkça öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temelleri olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur”⁴⁸.

Görüldüğü üzere 5538 sayılı Kanun ile kamu işverenleri hakkında yapılan değişikliklerin, aynı hükümde asıl işveren-alt işveren ilişkisine dair genel sınırlamaların varlığını aynen koruması karşısında uygulanamaz olduğu kabul edilmiştir. İşte bu isabet-

li bakış açısı, konumuz 6552 sayılı Kanun ile değişik İş Kanunu m. 112 hakkında da geçerlidir. 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, asıl işveren olarak kamu kurumlarının bir iş mahkemesi ilamı bulunmadığı sürece İş Kanunu 2. maddedeki müteselsil sorumluluğunu yerine getirmemesine tepki niteliğinde olup çıkış noktası kamu işyerlerinde çalışan yüklenici alt işveren işçilerinin korunmasıdır, yoksa yüklenicinin kendisinin değil. Bu surette İş Kanunu m. 2 ve 6 ile 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 hükümlerindeki koşullarda yüklenici işçisinin kıdem tazminatına hak kazandığının açık olduğu durumlarda, ihale makamı asıl işveren İş Kanunu m. 2’den doğan müteselsil sorumluluğunun gereğini yerine getirecektir.

Açıklanan nedenlerle 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin işlevi, asıl işveren kamu kurum ve kuruluşlarının İş Kanunu m. 2’den doğan müteselsil sorumluluğunun vurgulanması olup, burada kıdem tazminatıyla ilgili sorumluluğun münhasıran asıl işveren kamu kurumunda bulunduğu, yüklenici alt işverenin bir sorumluluğunun olmadığına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Başka deyişle İş Kanunu m. 112, TBK m. 167 anlamında aksine bir kararlaştırma ya da borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliği bağlamında, müteselsil borçlular olarak kamu asıl işvereni ile yüklenici alt işvereni arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen bir hüküm değildir. Bunu doğrulayan bir başka yön, 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe rağmen İş Kanunu m. 2/6 hükmündeki müteselsil sorumluluk ilkesinin varlığını aynen korumasıdır.

Kaldı ki aksine bir düşünce hem sözleşmeler hukukunun temel ilkelerine aykırıdır hem de asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işin devrinden ziyade, işçi temininin amaçlandığı yolunda örtülü bir kabul anlamına gelir. Çünkü işveren olarak yüklenicinin iş sözleşmesinden doğan kıdem tazminatı sorumluluğundan kurtarılarak bunun asıl işverene yüklenmesinin, İş Hukukunun varlık sebebi olan işçinin korunması ilkesi karşısında açıklanması olanaklı değildir.

Sonuç olarak İş Kanununun 6552 sayılı Kanun ile değişik 112. maddesi kapsamındaki asıl işveren-alt işveren ilişkileri de dâhil, müteselsil borçlular olarak aralarındaki rücu ilişkisi, yukarıdaki genel açıklamalar uyarınca değerlendirilecektir. Yoksa yüklenici alt

İşveren Uygulamasında Yeni Arayışlar”, İntes, Mayıs-Haziran 2006, s. 3 vd. Nüvit Gerek, “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, S. 2007/4, s. 81 vd.; Kübra Doğan Yenisey, “Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar”, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar Semineri, Ankara, 2010, s. 28; Mahmut Kabakcı, “Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Saper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul, 2011, s. 91; Sarper Süzek, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Gerçekleştirilen Alt İşverenlik ve İşçi Temini Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I, İstanbul, 2016, s. 711.

48 Yarg.9.HD,01.11.2010 tarih ve E.2009/43812, K.2010/30888. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili 03.02.2011 tarih ve 7/28 sayılı kararında, Yargıtay’ın bakış açısında olduğu üzere, İş Kanunu’nun 2. maddesine 5538 sayılı Kanun ile eklenen fıkraların, başvuruda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı kurallar olmadığı gerekçesi ile itirazı reddetmiştir.

işverenin kıdem tazminatı yükünden kurtarıldığı, sorumluluğun bütünüyle kamu kurumu asıl işverende olduğu söylenemeyecektir.

IV. Değişen Alt İşverenlerin Sorumluluklarının Ayırıştırılması

1. Temel İlke: Her Alt İşverenin Kendi Dönemi ile Sınırlı Sorumluluğu

Asıl işveren ile alt işveren taraflarının değişmediği durumda, asıl işverenin ya da alt işverenin karşı tarafa rücuu kapsamı açıktır. TBK m. 167'deki esaslar dâhilinde alt işveren işçisine kendi sorumlu olduğu tutardan daha fazlasını ödeyen asıl ya da alt işveren, fazladan ödediği tutarı bütünüyle rücu edebilecektir. Rücu edilebilecek tutar, salt alacak aslı başka deyişle alt işveren işçisinin işçilik alacakları ile sınırlı olmayıp ödemenin bir mahkeme ilamı üzerine olduğu durumda işlemiş faizi, yargılama giderlerini ve vekâlet ücretini de kapsayacaktır.

Rücunun kapsamının belirlenmesiyle ilgili sorun, alt işveren tarafında birden fazla kimsenin bulunduğu hallerde aralarında sorumluluğun paylaşılması bakımından ortaya çıkmaktadır. İşçinin fiilen hep aynı asıl işveren işyerinde çalışmasına karşın süreç içinde hizmet alım sözleşmesinin yenilenmesi gibi nedenlerle alt işverenlerin değişmesi Yargıtay'ın iş hukuku dairelerinin uygulanmasında İş Kanunu m. 6 kapsamında işyeri devri olarak kabul edilmektedir⁴⁹. Sorunun kaynağı işyeri devri hükümlerine göre işverenin sorumluluğunun kendi dönemleri ile sınırlı olmayıp, kendisinden önceki alt işverenler yanında geçen sürelerden de sorumlu olmasıdır. Zira devralan işveren devir öncesi doğmuş alacaklardan sorumlu olduğu gibi, devir sonrasında hizmet süresiyle ilişkili hakların belirlenmesinde işçinin o işyerinde başladığı ilk günü esas almakla yükümlüdür⁵⁰.

İşyeri devri hükümlerine göre birden fazla alt işvere-

nin bulunduğu hallerde, asıl işverenin alt işverenlere rücuu kapsamı bakımından yüksek mahkeme, salt ihbar tazminatından ve yıllık izin ücretinden son alt işverenin münhasıran sorumlu olduğunu, diğer işçilik alacakları bakımından her bir alt işverenin kendi dönemi ile sınırlı rücu sorumluluğunun bulunduğunu vurgulamıştır⁵¹. Karara göre, "Öte yandan davacı Belediye'den tahsil edilen işçilik alacakları, dava dışı işçinin sadece davalı şirket nezdindeki çalışmasını değil, dava dışı diğer alt işverenler nezdindeki çalışmalarını da kapsamaktadır. İşçinin çalışmış olduğu her bir alt işveren dönemine isabet eden işçilik alacaklarından, ilgili olan alt işveren sorumlu olacağından, davalı alt işverenin sorumluluğu da sadece kendi dönemi ile sınırlı olmalıdır. Davalının 'son işveren' olması da bu sonucu değiştirmez. Bununla birlikte feshe bağlı bir hak olan ihbar tazminatından ise, diğer işverenler sorumlu olmayıp, sadece son işveren sorumludur. Başka bir ifade ile davacı asıl işveren, dava dışı işçiye ödemiş olduğu ihbar tazminatını ancak son işverenden rücu tahsilini talep edebilir. Bunun dışındaki tüm işçilik alacaklarından ise, işçinin çalışmış olduğu dava dışı ve davalı alt işverenler, davacı üst işverene karşı, kendi dönemleriyle sınırlı olmak üzere sorumludurlar".

Birden fazla alt işverenin sorumlu olduğu tutarların ayırıştırılması bakımından, ihbar tazminatı dışındaki işçilik alacaklarından her alt işverenin kendi dönemi ile sınırlı olduğu, ihbar tazminatından ve yıllık izin ücretinden ise sadece son alt işverenin sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁵². Örneğin "yıllık ücretli izin hakkından son alt işverenin sorumlu olmasının gerekmesine, dava dışı işçilere ihbar tazminatı ödenmesine davalının sebep olmasına, ihbar tazminatı

51 Yarg.13.HD, 15.12.2015, E. 2015/22811, K. 2015/36787.

52 "İş mahkemesinde görülen davada işçinin toplam kıdem tazminatı alacağı başka alt işveren yanında çalıştığı süreler de dikkate alınarak hesaplanmıştır. Son işveren olan davalı ...'nin ihbar tazminatı ile bu alacağa ilişkin yargılama giderinden sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik yoktur. Ancak, davalının kıdem tazminatı alacağı ile ilgili olarak davacıya karşı olan sorumluluğu kendi dönemine isabet eden miktarla sınırlı bulunduğundan, davalının kıdem tazminatına ilişkin sorumluluğunun buna göre belirlenmesi gerekirken, mahkemece bu yön gözetilmeden davalının ödenen kıdem tazminatının tamamından ve kıdem tazminatına isabet eden yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulması doğru olmamıştır" Yarg.11.HD, 16.01.2015, E. 2014/14971, K. 2015/541.

49 Örneğin Yarg.9.HD, 11.05.2016, E. 2016/15222, K. 2016/11860; Yarg. 9. HD, 08.12.2015, E. 2015/19142, K. 2015/34751; Yarg. 9. HD, 19.03.2013, E. 2013/5587, K. 2013/9305; Yarg. 9. HD, 27.11.2012, E. 2011/51419, K. 2012/39553. Ayrıca bkz. Süzek, s. 223- 224; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 73 vd.; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 240- 241.

50 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 90.

ve yıllık ücretli izin hakkı alacağına tamamlanmış ve sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır⁵³.

Her bir alt işverenin kendi dönemine isabet eden kıdem tazminatı tutarının belirlenmesi açısından, Yargıtay'ın salt hizmet süresini dikkate aldığı, tazminata esas ücret düzeyi açısından her bir alt işveren dönemiyle ilgili bir ayrıştırmaya gitmediği görülmektedir⁵⁴. Bundan, uygulamada sorumluluğun, tüm hizmet süresi ve son giydirilmiş ücret/tavan üzerinden hesap edilen kıdem tazminatından her bir alt işverenin kendi dönemi için kıst usulü sorumlu kabul edildiği anlaşılmaktadır.

2. Ücretlerden Sorumluluk

Müteselsil borçlular olarak birden fazla alt işverenin asıl işverene karşı rücu sorumluluğunun kapsamı bakımından Yargıtay'ın kısaca özetlenen içtihadının isabetli olduğu yönler olmakla birlikte, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak hak kazandığı ancak hesaplanmasında tüm hizmet süresinin dikkate alındığı haklar noktasında bu içtihadın tam isabetli olduğunu söylemek güçtür.

Öncelikle İş Kanunu m. 6'da devreden işverenin devir tarihi itibarıyla doğmuş ücretlerden olan sorumluluğunun devirden sonra 2 yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmış olması, işçinin talep hakkı bakımındadır. Yoksa asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkide zamanaşımı sınırları dahilinde asıl işverenin ya da son alt işverenin geçmişe dönük devir öncesi dönemi de kapsar biçimde ücret ödemek zorunda kaldığı durumda, asıl işverenin alt işverenlere rücu hakkı her bir alt işveren bakımından kendi dönemi ile sınırlı olacak, alt işverenin rücu bakımından da kendi dönemi dışındaki sürelerle ilişkin olabilecektir. Ancak burada zamanaşımı def'i ileri sürmüyerek, zamanaşımına uğramış dönem için ödemede bulunan asıl işverenin ya da alt işverenin önceki

alt işverenlere rücu hakkı olamayacağı belirtilmelidir. Çünkü TBK m. 164/2 hükmü uyarınca "müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur".

Aylık ücret, ikramiye, prim, fazla mesai ücreti, hafta tatilinde çalışma ücreti, genel tatil ücreti gibi işçilik alacakları bakımından rücu ilişkisinde alt işverenlerin sorumlu oldukları tutarların ayrıştırılması bir zorluk taşımaz. Çünkü bu haklar, çalışmanın karşılığı olarak o tarihte uygulanan ücret düzeyinden hesap edilir. Sorun iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı hak kazanılan ihbar ve kıdem tazminatı ile kullanılmayan yıllık izin süreleri karşılığı ücret bakımındandır.

Yukarıda tespit edildiği üzere Yargıtay kıdem tazminatı bakımından her bir alt işverenin kendi dönemi ile sorumlu olduğunu ancak ihbar tazminatı ile yıllık izin ücretinden son alt işverenin sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Bize göre Yargıtay'ın bu yaklaşımı kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı bakımından isabetli ise de, asıl işveren ile alt işveren arasında rücu ilişkisinin kaynağının Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğu dikkate alındığında yıllık izin ücreti bakımından uygun değildir.

3. İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Bağlı Alacaklardan Sorumluluk

a) Kıdem Tazminatı

Öncelikle kıdem tazminatı bakımından konu ele alındığında, bu hakkın doğumu iş sözleşmesinin Kanunda öngörülen hallerden birine uygun olarak sona ermiş olmasıdır. Buna göre aynı asıl işveren işyerinde kesintisiz çalışıp da işyeri devri hükümlerine göre işveren değişikliği uyarınca tüm sürede tek iş sözleşmesinin kabul edildiği durumda, İş Kanunu m. 6'da açıkça ifade edildiği üzere toplam süre için son giydirilmiş ücret üzerinden hesap edilen kıdem tazminatından, sadece kıdem tazminatının doğduğu andaki son alt işverenin sorumlu kabul edilmesi, asıl işveren alt işveren arasındaki rücu ilişkisi bakımından aralarındaki Borçlar Hukuku sözleşmesinin süre açısından kapsamını aşan bir sorumluluk yüklenmesi anlamına gelir. Bu işçinin korunması esasına dayanan İş Kanunu m. 6 sisteminde kabul edilebilir ise de, müteselsil borçluların hukuki durumu bakımından kabul edilebilir değildir.

Bu nedenle işçinin tüm hizmet süresi için son ücret

53 Yarg.11.HD, 21.01.2014, E. 2012/10535, K. 2014/1298.

54 "Dava dışı işçilerin kıdem tazminatı alacaklarıyla ilgili olarak davalının, kendisinden önceki alt işverene bağlı olarak çalıştırılan süreler de dikkate alınarak yazılı şekilde sorumlu tutulmuştur. Ancak, kıdem tazminatı alacağı bakımından davalının, davacıya karşı sorumluluğu kendi dönemine isabet eden kısım ile sınırlıdır. O halde, davalının, kıdem tazminatıyla ilgili alacak kalemi bakımından dönemine isabet eden kısımdan sorumlu olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir", Yarg.11.HD, 21.01.2014, E. 2012/10535, K. 2014/1298.

düzeinden hak kazandığı kıdem tazminatından her bir alt işverenin kendi dönemi ile sınırlı sorumlu olduğunun kabulü gerekir. İşçinin hak kazandığı kıdem tazminatı tutarı bakımından İş Kanununda öngörölen koşullar bir yana, rücu ilişkisi bakımından mutlak surette pro rata temporis esasından hareket edilmelidir. Dolayısıyla değişen alt işverenlerin işçiyeye karşı sorumlulukları bakımından her alt işveren kendisi ve öncesi dönemden, kendi nezdindeki son ücretten sorumlu ise de, rücu ilişkisi bakımından esas olan tazminatın kaynağı hizmet süresidir. İşçi geçmişee dönük tüm çalışma süresi için son ücret düzeyinden tazminata hak kazandığı için, önceki alt işverenlerin sorumlu olduğuu tutarların ayrıştırılmasında her bir alt işveren dönemindeki ücret düzeyi dikkate alınmaksızın, toplam tutar ve toplam çalışma süresine göre her bir alt işveren yanında geçen süre için orantı yoluna başvurulmalıdır. Yargıtay da benzer bir yaklaşım ile rücu ilişkisini İş Hukukundaki kural ve ilkelerden bağımsız ele almakta,-; örneğin işçinin yanında çalışması bir yıldan kısa olan alt işverenleri dahi kıdem tazminatından orantılı biçime sorumlu kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, "Her ne kadar mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi raporu gereğince, dava dışı işçinin, davalılardan... .. Şirketlerindeki çalışmalarının, bir yıldan az bir süre olması nedeniyle rücu tazminat dışında kaldığı belirtilerek, adı geçen davalılar hakkındaki davanın reddine karar verilmişee de, az yukarda da belirtildiği gibi dava, Borçlar Hukuku hükümlerine göre çözümlenmesi gereken asıl işverenin alt işverenlere karşı açmış olduğuu rücu tazminat istemine ilişkin olduğundan, olayda iş hukuku mevzuatı hükümleri esas alınamaz. Dava konusu uyuşmazlığın, Borçlar Hukuku kapsamında, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğinden, dava dışı işçinin, her bir davalı nezdinde çalıştığı dönem itibariyle davacının davalılara rücu edebileceği miktarlar ayrı ayrı belirlenerek, her bir davalının kendi dönemi ile sınırlı olmak üzere sorumluluklarına karar verilmesi gereklidir. Bu sürenin bir yıldan az olması da, asıl işverenin alt işverene karşı, işçinin kendi nezdinde çalıştığı dönem itibariyle rücu tazminat isteminde bulunmasına engel değildir"⁵⁵.

b) İhbar Tazminatı

Belirtildiği üzere Yüksek Mahkeme ihbar tazminatının tümünden münhasıran son alt işverenin sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Buna, ihbar tazminatının miktarının İş Kanunu m. 17 uyarınca önel sürelerine göre değiştii gerekçesi ile itiraz etmek olanaklıdır. Çünkü işçinin son alt işveren yanındaki çalışma süresi görece kısa olsa ve örneğin 2-4 hafta gibi kısa bir önel söz konusu olsa dahi, önceki alt işverenler yanındaki sürelerin dikkate alınması ile daha uzun bir önel süresinin, dolayısıyla ihbar tazminatının gündeme gelmesi olanaklıdır.

Ancak böyle bir yaklaşımın hatalı olduğunu düşünöyoruz. Çünkü iş sözleşmesi sona eren işçinin ihbar tazminatına hak kazanması mutlak olmayıp, işveren tarafından haklı neden olmadan yapılan fesihlerde önel verilmemesinin yaptırımıdır. Buna göre işçinin ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı, son alt işverenin elindedir,; haklı neden olmadan bir feshe gitteğinde gerekli önel sürelerine uyarak bu tazminattan kaçınması olanaklıdır. Bu bakış açısından hareketle TBK m. 165'deki "Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz" hükmü uyarınca, ihbar tazminatının doğumuna neden olan son alt işverenin, bunu önceki alt işverenler ile paylaşması, onlara sorumluluk yüklemesi düşünölemez.

c) Yıllık İzin Ücreti

Yargıtay'ın yıllık izin ücretinden sorumluluğa ilişkin ihbar tazminatına benzer değerlendirmesine katılmak olanaklı değildir. Çünkü ihbar tazminatının tersine, işçi iş sözleşmesinin sona ermesinde salt son işverenin değil, her bir alt işverenin kusurlu olduğuu oranda yıllık izin ücretine hak kazanır. İş Kanunu m. 53 vd. hükümlere göre hak kazanılan yıllık iznin takip eden yılda kullanılması esas olup kullanılmayan yıllık izinler kaç yıl olursa olsun iş sözleşmesi devam ettiği sürece ücrete dönüşmez. Bir başka önemli husus, iş sözleşmesi her ne şekilde sona ererse ersin, sona erme tarihinde kullanılmayan izin süresi varsa ücrete dönüşür. Dolayısıyla izin ücretine hak kazanmada sözleşmenin sona erme şekliyle ilgili son alt işverene atfedilebilecek bir yön bulunmamaktadır.

55 Yarg.13.HD, 12.05.015, K. 2014/18882, K. 2015/15117. Benzer şekilde "Mahkemece dava dışı işçinin davalı işyerinde 32 gün çalıştığı bir yılı doldurmadığından, kıdem tazminatına hak kazanamayacağı gerekçesiyle bu konudaki talebi reddetmiş ise de; işçinin devam edegelen tüm çalışmaları

nazara alındığında kıdem tazminatına hak kazandığı, davalının ise ödenen kıdem tazminatından kendi dönemi kadar sorumlu olacağından bu hususta bilirkişiden ek rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir" (Yarg.23. HD, 22.10.2015, E.2015/100, K. 2015/6796).

Bu açıdan kusur, izinlerin olağan süresinde kullandırılmaması olup bu da yıllık izin kullandırmayan her bir alt işverenin kusurlu olması sonucunu doğurur. Yıllık izin ücreti kıdem ve ihbar tazminatında olduğu üzere iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücret düzeyinden hesap edilirse de, kendi döneminde İş Kanununa aykırı yıllık izinleri kullandırmayan her bir alt işveren bu süreler rastlayan izin ücretinden münhasıran sorumlu kabul edilmelidir. Dolayısıyla kendi dönemi dışında kullandırılmayan izinler karşılığı ücret ödemek zorunda kalan alt işveren bu süreler için diğer alt işverenlere rücu edebilmelidir. Asıl işverenin rücu bakımından ise, tüm izin ücreti için son ya da önceki tek bir alt işverene değil, ücrette dönüşün izni ilgili olduğu her bir dönemdeki alt işverene rücu hakkı kabul edilmelidir.

V. Zamanaşımı, Temerrüt, Faiz, Görevli Mahkeme

Yargıtay'ın yukarıda tespit edilen asıl ve alt işveren arasındaki ilişkide ise iş hukuku değil, Borçlar Kanunu ve sözleşmeler hukukunun esas alınacağı, uyumsuzluğun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözüleceği görüşünün, rücu ilişkisinde hem zamanaşımı hem de temerrüt ile faiz bakımından sonuçları bulunmaktadır. Buna göre Türk Borçlar Kanununun haksız fiillerde rücu zamanaşımını düzenleyen 73. maddesindeki, "Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar" hükmü ilk bakışta asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisinde uygulanabilir gözükmekteyse de, böyle bir değerlendirme hatalı olacaktır.

Asıl işverenin alt işverenin işçilerinin işçilik alacaklarından müteselsil sorumluluğunun kaynağı Kanun olup, asıl işverenin alt işveren işçisi ile sözleşmeler hukuku anlamında bir bağı bulunmamaktaysa da, rücunun tarafları olarak asıl işveren ile alt işveren arasında konusu işin görülmesi olan bir Borçlar Hukuku sözleşme ilişkisi vardır. Dolayısıyla sözleşmenin ihlali anlamında rücu hakkının doğduğu tarih

itibariyle temerrüt ile TBK m. 146'daki 10 yıllık genel sözleşme zamanaşımı işlemeye başlayacaktır⁵⁶.

Faiz başlangıcı açısından yüksek mahkeme haklı olarak, "taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu ve dosya kapsamından davacının davalıyı temerrüde düşürdüğü tespit edilemediğinden, temerrüt faizine dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekirken ödeme tarihinden itibaren alacağa faiz yürütülmesi doğru olmamıştır" görüşünü açıklamıştır⁵⁷. Keza uygulanacak faizin türü, usul hukukundaki taleple bağlılık kuralı da gözetilmek suretiyle ticari avans faizidir. Buna göre, "tarafları tacir olduğundan, alacağın faizin doğduğu tarihte yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 4/1. maddesi uyarınca nispi ticari dava olan bu davada 3095 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi uyarınca avans faizi ile birlikte tahsiline hükmedilmesi gerekir..."⁵⁸.

İş Mahkemeleri Kanunu düzenlemeleri dikkate alındığında asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu davalarında iş mahkemesinin görevli olmadığı açıktır⁵⁹. Genel mahkemelerden asliye hukuk ya da asliye ticaret mahkemesinden hangisinin görevli olduğu ise, Türk Ticaret Kanunu m. 3, 4 ve 5 hükümlerindeki ticari iş ve dava karinesine göre değerlendirilecektir. Buna göre alt işverenler arasında olası bir rücu davasında, her halükarda asliye hukuk mahkemesi görevlidir çünkü aralarında bir sözleşme gibi somut bir bağ yoktur. Rücu ilişkisinin kaynağı İş Kanununun işyeri devri halinde işçinin hukuki durumunu düzenleyen m. 6 hükmüdür. Bu anlamda rücu ilişkisinin kaynağı, İş Kanunu m. 2 ile benzer biçimde müteselsil borçluluk hükümleri çerçevesinde TBK m. 167/2'dir.

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkilerinde ise, çoğu durumda TTK anlamında ticari iş

56 Benzer şekilde Yarg.23.HD, 22.06.2015, E. 2014/6532, K. 2015/4784.

57 Yarg.23.HD, 07.08.2015, E. 2014/6590, K. 2015/5648; Yarg.13.HD, 20.10.2015, E. 2014/37831, K. 2015/30464.

58 Yarg.23.HD, 13.11.2014, E. 2014/9000, K. 2014/7235. Benzer şekilde aynı Daire, 23.03.2015, E. 2014/10738, K. 2015/1861.

59 Canbolat, s. 78.

niteliğinde bir Borçlar Hukuku sözleşmesi bulunduğundan asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

VI. Sonuç

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki hukuki ilişki bir Borçlar Hukuku sözleşmesine dayandığından, asıl işverenin İş Kanunu m. 2'den doğan müteselsil sorumluluğu kapsamındaki rücu ilişkilerinde doğal olarak aralarındaki sözleşme hükümlerinden hareket edilecektir. Bu konuda İş Kanunu m. 2 işçinin hukuku durumunu ilgilendirdiği gibi, rücu bakımından bir açıklık taşımamaktadır. Buna göre asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu davalarında Yargıtay'ın TBK m. 167 hükmü uyarınca taraflar arasındaki sözleşmede konuyla ilgili açık bir düzenleme olduğunda sorumluluğun paylaşımını buna göre yapması, açık kararlaştırma bulunmadığı takdirde ise aynı yerdeki eşit paylaşım karinesinden hareket etmesi isabetli ancak eksiktir.

İş Kanunu m. 2'ye uygun bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinin konusu işin devri olup asıl işverenden üstlendiği işi görmek için istihdam edeceği işçilerin hakları işveren olarak alt işverenin işletme rizikosunu alanını oluşturur. İşçiyi koruma için İş Kanunu m. 2/6'da istisna getirilerek asıl işveren bakımından kanuni bir müteselsil sorumluluk kabulü, işveren olarak alt işverenin hukuki durumunda farklı düşünmeyi gerektirmez. Bu nedenle asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmede sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı durumda, doğrudan Kanundaki eşit paylaşım karinesi işletilmemeli; hükümdeki "borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliği" ölçütünden hareket ile İş Kanunu m. 2'ye uygun bir ilişkide sorumluluğun bütünüyle alt işverende olduğu kabul edilmelidir. Aksine Kanuna uygun olmayan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin konusu işçi temini, başka deyişle bordro işverenliği olduğundan, işçinin konumu itibarıyla hem asıl işveren hem de alt işveren aynı derecede kusurlu olduğundan, Kanundaki eşit paylaşım karinesine göre sorumluluğun paylaşılması kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent: "Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği", AÜHFD, C. 60, S. 4, 2011, s. 733- 773.
- Akıntürk, Turgut: Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971.
- Akyiğit, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, Ankara, 2011.
- Alpagut, Gülsevil: "Üç Yıllık Uygulamanın Ardından Alt İşveren Uygulamasında Yeni Arayışlar", İntes, Mayıs-Haziran 2006, s. 83- 85.
- Aykaç, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, 2011.
- Aydın, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Geliştirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2012.
- Canbolat, Talat: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992.
- Çankaya, Osman Güven/ Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006.
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Bası, İstanbul, 2016.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986.
- Dalcı Özdoğan, Nurcihan: Müteselsil Sorumluluk, Ankara, 2015.
- Doğan Yenisey, Kübra: "Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar", Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar Semineri, Ankara, 2010, s. 19- 51.
- Ekmekçi, Ömer: "Kamu İşverenin Özel Kesim İşvereni Karşısında Kayrılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar", Legal İSGHD, S. 2006/12, s. 1173- 1180.
- Engin, Murat: "Asıl İşveren- Alt İşveren İlişki-

- sinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, İstanbul, 2009, s. 14- 23.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, 2014.
 - Eyrenci, Öner: “Kamuda Faaliyet Gösteren Alt İşveren İşyerlerinde Toplu İş Sözleşmesi Sürecine İlişkin 6552 Sayılı Kanun Hükümleri”, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, Legal İSGHD, Özel Sayı, 2016, s. 135- 149.
 - Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2016.
 - Gerek, Nüvit: “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, S. 2007/4, s. 81- 90.
 - Kabakcı, Mahmut: “Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Saper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul, 2011, s. 83- 124.
 - Kadir Berk Kapancı, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2015.
 - Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Borçlar Kanununda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979.
 - Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara, 2013.
 - Kırca, Çiğdem: “6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler), İstanbul, 2013, s. 23- 58.
 - Koçano Rodoslu, Emine: Rücu Hakkı, Ankara, 2016.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2014.
 - Narmanlıoğlu, Ünal: “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2008, s. 53- 72.
 - Nomer, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, 2013.
 - Oğuzman, M. Kemal/Öz, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul, 2013.
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, 2016.
 - Süzek, Sarper: “Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Gerçekleştirilen Alt İşverenlik ve İşçi Termini Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I, İstanbul, 2016, s. 707- 716.
 - Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
 - Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
 - Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2016.
 - www.legalbank.net