

ANAYASA MAHKEMESİNİN ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN ARASINDAKİ RÜCU İLİŞKİSİNE DAİR KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Decisions of the Constitutional Court Regarding Relation Between the Main Employer and Sub-Employer

Dr. Alptekin Burak BOYDAK *

Geliş Tarihi:28.11.2019 Kabul Tarihi:04.06.2020

ÖZET

Kamuda hizmet alımı kapsamında çalışan işçilerin kıdem tazminatlarını müteselsil sorumluluk borcu kapsamında ödeyen kamuidarelerinin yüklenici firmalara bu tutarın rücuen tazmini için açtığı davalar ulaştığı hacim itibarıyla mahkemelerin önemli bir iş yükünü oluşturur hale gelmiştir. Her ne kadar 7166 sayılı Kanun ile yasakoyucu 11.09.2014 tarihinden sonraki dönem için bu davaların önüne geçebilmek amacıyla bir düzenleme yapma yoluna gitmiş ise de düzenleme hukuk tekniği açısından sorunu çözmek yerine yeni tartışmaları beraberinde getirmiş ve düzenleme Anayasa Mahkemesinin önüne kadar gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemelerden somut norm denetimi yoluyla önüne gelen başvuruları incelemiş ve E: 2019/42, K: 2019/73 Sayılı kararı ile yüklenici firma nezdinde çalışan işçilerin kıdem tazminatlarını ödeyen kamu idarelerinin 11.09.2014 tarihinden sonraki dönem bakımından alt işverene rücu etmesini zorlaştıran hükmü eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.

Çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararı ve karar sonrası mevcut davaların durumu da irdelenerek hukuki açıdan bir değerlendirmede ve bu sorunun çözümü için önerilerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Aslı işveren alt işveren ilişkisi, rücuen tazminat

ABSTRACT

The lawsuits filed by the public administrations that pay the severance payments of the workers working in the scope of service procurement within the scope of joint liability constitute a significant workload of the courts in terms of the volume it reaches. Although the Law No. 7166 prohibited the legislator to make an arrangement in order to prevent these lawsuits for the period following 11.09.2014, instead of solving the problem in terms of legal technique, the regulation brought new controversial and the regulation came before the Constitutional Court.

The Constitutional Court examined the applications brought before the domestic courts through concrete norm control and made a decision with the decision E: 2019/42, K: 2019/73, which made it difficult for the public administrations paying the severance payments of the workers working with the contractor company to reclaim the sub-employer for the period after 11.09.2014. equality principle.

In this study, the cancellation decision of the Constitutional Court and the status of the existing cases after the decision were examined and a legal evaluation was made and suggestions were made for the solution of this problem.

Keywords: Principal employer subcontractor relationship, recourse compensation

* Avukat, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği, e-posta: alptekin_burakb@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9136-4621.

GİRİŞ

Kamuda hizmet alımı kapsamında çalışan işçilerin kıdem tazminatlarında sorumluluk meselesi gerek dış ilişki gerek iç ilişki itibariyle yıllardır hukuk sistemimizde tartışma konusu olan bir hukuki mesele olarak önümüzde durmaktadır.

Kamuda hizmet alımı kapsamında çalışan işçiler bir yanda kendilerini istihdam eden ama çoğu kez adını dahi bilmedikleri bir yüklenici firma diğeri de mesailerini icra ettikleri kamu idareleri olmak üzere iki işverenle muhatap olmakta ve genelde mali açıdan daha güvenilir bulunduğu kamu idarelerinden yargı yoluyla işçilik haklarını istemektedirler.

6552 sayılı Kanun ihdas edilene kadar yüklenici firma işçilerinin kıdem tazminatlarının doğrudan kamu idarelerince ödenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamakta, bu nedenle de işçiler 4857 sayılı Kanunun 2. maddesindeki asıl işveren alt işveren arasındaki mütesesil sorumluluk hükmü gereğince asıl işveren olarak niteledikleri kamu idarelerinden yargı yoluyla kıdem tazminatlarını istemekte idiler.¹ İşçilerin yargı yoluna başvurmadan doğrudan bu alacaklarını tahsil edebilmeleri amacıyla 11.09.2014 tarihinde “Alt işveren işçilerinin iş mevzuatından kaynaklanan haklarını kullanmalarını sağlayan, hak kayıplarını ortadan kaldıran, ücretlerini garantiye alan, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan alt işveren sözleşmeleri ve uygulamalarının iş mevzuatına uygunluğunu sağlayan, alt işverenlik ile ilgili düzenlemeler ile alt işveren yanında çalışan işçilerin hak kayıplarının sosyal hukuk devleti olmanın gereklerine uygun olarak ortadan kaldırılmasına, alt işverenlik ilişkisinin kanuni sınırlar içinde özellikle kamu kesiminde daha sınırlı fakat işlevsel olarak kullanılmasına imkân sağlama”² gerekçesiyle 6552 sayılı Kanun ihdas edilmiştir.

Bir başka deyişle 11.09.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı yasa ile işçilerin daha önceden mahkemeye başvurmak suretiyle kamu idarelerinden alabildikleri kıdem tazminatlarının mahkemeye başvurmaksızın doğrudan belirli şartlar dahilinde idare tarafından ödenebilmesinin önü açılmıştır.³

Söz konusu 6552 sayılı Kanunun 8 nci maddesiyle 4857 sayılı Kanunun 112 nci maddesinde yapılan değişiklikle kamu idarelerinde hizmet alımı kapsamında çalışan işçilerin kıdem tazminatlarının;

- işçilerin alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu işyerinde çalışanların ya da

¹ Başbuğ A.- Yücel Bodur M. , İş Hukuku , İstanbul 2018, s. 87.

² <http://www.sayilikanun.com/6552-sayili-torba-kanunun-gerekcesi> (Çevrimiçi: 05.11.2019).

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. , Boydak A. B. , 6552 Sayılı Kanun Gereğince Kamu İdarelerinin Kıdem Tazminatı Ödeme Yükümlülüğü, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2016, s. 21.

- kamu işyerinin ihale verdiği alt işverenin daha sonra işçisini bir başka işyerinde çalıştırıp bu sırada iş sözleşmeleri kıdem tazminatına hak kazandıracak bir şekilde sona erenlerin

kamu idarelerinde çalıştıkları döneme ilişkin kısmının doğrudan kamu idareleri tarafından ödenmesine ilişkin hükümler getirilmiştir.⁴

Bilindiği üzere kıdem tazminatlarını ödeyen idarelerin alt işverenlere karşı rücu hakları mevcuttur.⁵ Bahsi geçen 6552 sayılı Kanunla getirilen hüküm üzerine kimi görüşlerde, 25.10.2015 tarihli 29156 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan değişiklik ile Kamu İhale Genel Tebliğinin 78.30 maddesinde kıdem tazminatları, 11.09.2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere "Sözleşme

⁴ 4857 sayılı Kanun md. 112; "4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatları;

a) Alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur. Bunlardan son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından,

b) Aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından, işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.

Alt işveren ile yapmış olduğu iş sözleşmesi sona ermediği gibi, alt işveren tarafından 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelere ait işyerleri dışında bir işyerinde çalıştırmaya devam olunan ve bu şekilde çalıştırıldığı sırada iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona eren işçinin kıdem tazminatı, işçinin yazılı talebi hâlinde, kıdem tazminatının söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen süreye ilişkin kısmı, kamu kurum veya kuruluşuna ait çalıştığı son işyerindeki ücretinin yılları itibarıyla asgari ücret artış oranları dikkate alınarak güncellenmiş miktarı üzerinden hesaplanmak suretiyle son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.

...

İkinci fıkranın (b) bendi veya üçüncü fıkraya uyarınca farklı kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi hâlinde, kıdem tazminatı ödemesini gerçekleştiren son kamu kurum veya kuruluşu, ödenen kıdem tazminatı tutarının diğer kamu kurum veya kuruluşlarında geçen hizmet süresine ilişkin kısmını ilgili kamu kurum veya kuruluşundan tahsil eder. Ancak, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında bu fıkraya hükümlerine göre bir tahsil işlemi yapılmaz. Kıdem tazminatı tutarı, 4734 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde kıdem tazminatı ile ilgili açılacak bütçe tertibinden, (b) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde ise hizmet alımı gider kaleminden, ödeneğin yetip yetmediğine bakılmaksızın ödenir."

⁵ Şakar M. , İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2018, s. 35.

giderleri ve genel giderler” kapsamında çıkarıldığı, bu nedenle artık bu tarihten sonraki ihaleler kapsamında işçi çalıştırılması halinde ödenen kıdem tazminatı bakımından firmalara rücu edilemeyeceği⁶ öne sürülmüştür.

Buna karşılık kamu idarelerine işçinin kıdem tazminatını ödeme noktasında yükümlülük getiren 6552 sayılı Kanunla değişik 4857 Sayılı İş Kanununun 112. Maddesinin amacı; hizmet alımı kapsamında kamuda işçi çalıştıran firmaların kıdem tazminatlarından sorumluluğunu kaldırmak değil işçilerin kıdem tazminatları dava açmaya gerek olmaksızın İdarelerden ve firmalardan tahsilini sağlamaktır. Bir başka deyişle, değişikle getirilmek istenen davalı şirketlerin sorumluluklarını kaldırmak değil sadece işçilerin işçilik alacaklarını almalarında devletin garanti ve gözetiminin sağlanması olduğu açıktır.⁷ Nitekim yargı kararlarında da 6552 sayılı Kanunun idarenin rücu hakkına bir engel oluşturmayacağı artık müstekar hale gelmiştir.

7166 sayılı Kanun ile yapılan değişikle ise 11.09.2014 tarihinden sonraki ihale sözleşmeleri kapsamında hizmet alan ve bu hizmet kapsamında çalıştırdığı işçilerin kıdem tazminatlarını ödeyen idarelerinin bu tutarı rücu edebilmesi ancak sözleşmelerde rücu edilebilmesine ilişkin açık bir hükmün varlığını koşul saymıştır. Böyle bir hüküm olmadan daha önceden açılmış davalar ve ilamlar bakımından da mahkemelerin ve icra dairlerinin düşme kararı vermesini düzenlemiştir.⁸

7166 sayılı Kanunun söz konusu düzenlemesi uygulamada tartışmaları da bereberinde getirmiş ve kimi mahkemelerce bu hükümler özel sektör asıl işverenleriyle kamu sektörü asıl işverenleri arasındaki eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve yürüyen davalara müdahale niteliği taşıdığından Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir.

I. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN ARASINDAKİ RÜCU İLİŞKİSİNE DAİR MEVCUT DÜZENLEMELER:

6552 sayılı Kanun gereğince işçilerin ilgili döneme ait kıdem tazminatını ödeyen İdarelerin diğer idarelere karşı rücu hakkı ile ilgili olarak 6552 sayılı Kanunda hüküm bulunmasına karşılık ihaleyi alan alt işverenlere karşı rücu haklarıyla ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle rücu ilişkisi ile ilgili olarak genel hükümlere başvurma zorunluluğu doğduğundan müteselsil sorumluluk kurumunun irdelenmesi gerekli olmaktadır.

⁶ Çelik C., 6552 Sayılı Yasa Değişikliğinden Sonra, Kamuda Çalışan Taşeron İşçilerin Kıdem Tazminatını Ödeyecek Olan İdareler, Taşeron Firmalara Rücu Edebilir Mi? İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 89,Sayı: 5,2015, s. 188-198.

⁷ Boydak A. B., Kamu Kuruluşlarının İşçilik Haklarından Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 121; Akyiğit E. , İş Hukuku,İstanbul 2018, s. 388.

⁸ Senyen Kaplan E. T. ; Bireysel İş Hukuku, Ankara 2019, s. 362.

Türk Borçlar Kanununun 162. maddesinde: “Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar.” hükmüne yer verilmek suretiyle müteselsil borçluluğun ya taraf iradelerinden ya da kanundan doğacağını hükme bağlamıştır.⁹

4857 sayılı İş Kanununun 2/6 ncı ve takip eden 2/7 nci maddelerinde ifadesini bulan “ Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” hükmündeki birlikte sorumluluk hali Kanundan doğan birlikte sorumluluk hallerinin uygulamada en çok karşılaşılan örneklerinden birini teşkil etmektedir.

Kanunda “birlikte” ibaresi ile tanımlanan bu sorumluluk Borçlar Kanununda ifadesini bulan kanundan doğan müteselsil sorumluluk olup bu husus öğreti ve uygulamada da çoğunlukla kabul görmektedir.¹⁰ İşçinin alacağına kavuşmasını sağlama için getirilen birlikte sorumluluk olgusu alt işverenin sıfatı, konum, mali durumu bakımından herhangi bir ayırıma tabi olmaksızın asıl işveren-alt işveren ilişkisi içerisine giren işverenin mutlak, kayıtsız-şartsız bir sorumluluğu olarak kabul görmektedir.¹¹

Türk Borçlar Kanunu’nun 62 nci maddesinde, “Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.” hükmüne yer verilmiştir.

⁹ Boydak A. B., Kamu Kuruluşlarının İşçilik Haklarından Sorumluluğu, Adalet Yayınevi Ankara 2017, s. 112.

¹⁰ Çelik-Caniklioğlu-Canbolat; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, s. 119; Akın L. , Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği, AUHFD, 60 (4) 2011: 733-774, s. 743; Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017, s.70.

¹¹ Narmanlıoğlu Ü., Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar (Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler), s. 53-75; Süzek S. , İş Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2018, s.159.

Türk Borçlar Kanununun 167. maddesinde “Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir. Borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler.” ifadelerine yer verilmiştir. “Aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresi bizi işçilik alacaklarına ilişkin ödemeyi gerçekleştiren kamu işverenleri ile hizmet satın alınan firmalar arasındaki iç ilişkinin tespiti bakımından taraflar arasında kanunda öngörülen yarı yarıya sorumluluk hükmü yerine başka bir hüküm konulup konulmadığının araştırılmasını gerekli kılar.

Taraflar arasındaki şartname veya sözleşmelerde işçilerin İş Hukuku kaynaklı alacaklarından ihaleyi alan firmanın sorumlu olacağına dair bir hüküm yahut idarenin işçiye ödediği tutarı ihaleyi alan firmalardan rücu isteyebileceğine ilişkin bir hüküm mevcut olması halinde ve ihaleyi alan firma işçinin son çalıştığı firma ise kamu işverenleri işçilere yaptıkları ödemenin tamamı bakımından iç ilişkide ihaleyi alan firmaya rücu edebilmekte; bu yönde bir hüküm yok ise ödediği miktarın yarısı oranında rücu hakkına sahip olabilmektedirler.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN KONUYA BAKIŞI VE KARARI:

7166 sayılı Kanunun çalışmamıza konu ve Anayasa Mahkemesinin önüne gelen hükmünde;

" 4734 sayılı Kanununun 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.

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 karan 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.” ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin iptaline ilişkin kararında konuyu Anayasanın eşitlik ilkesi temelinde değerlendirerek özel sektör asıl işverenleri ile kamu sektörü asıl işverenleri arasında makul bir sebebe dayanmadan farklı uygulama tesis etmenin eşitlik ilkesine uygun olmadığı gerekçesine yer vererek iptal kararı vermiştir.¹²

¹² “ Anayasa'nın 10. maddesinde *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî 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 tanınmaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar"* denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

... 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.

... 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. 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. 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. 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.”

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE KARAR SONRASI DAVALARIN DURUMU

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı irdelendiğinde konuya salt eşitlik ilkesi bağlamında baktığı ve özel sektör asıl işverenlerinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın alt işverene rücu edebilmesi mümkün iken kamu işverenlerinin bu haklarının neden sınırlandırıldığı makul ve nesnel bir hukuki gerekçeye dayanmamasını iptal kararına temel aldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bu kararında da makul ve nesnel bir hukuki gerekçeyi kanunun konuluş amacında aramış; kanunun gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemesini iptal gerekçesine esas almıştır.¹³

Öğretide isabetle belirtildiği üzere, Anayasanın 10 uncu maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi ve ilkeye dair Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar tetkik edildiğinde 1982 Anayasasında anayasanın kurucu iradesinde eşitlik ilkesi; “farklı yönde muamelede bulunulmasını haklı kılacak özel bir durumu olmayan ya da hukuki yönden farklı bir statüde bulunmayan, diğer bir ifadeyle hukuk karşısında eşit konumda bulunan kişilere aynı yönde işlemler tesis edilmesi” olarak tezahür etmektedir.¹⁴

Her ne kadar kararın karşı oy yazılarında kimi üyelerce kamu işverenleri ile özel sektör işverenlerinin hukuksal durumlarının aynı olmaması nedeniyle aynı hukuki statüye tabi olmayan tüzel kişiler arasında eşitlik ilkesinin söz konusu olmayacağı belirtilmiş ise de fikrimizce, kamu işverenleri ile özel sektör işverenleri arasında rücu ilişkisi bakımından farklı bir yönde bir işlemde bulunulmasını haklı kılacak özel bir durum söz konusu değildir.

5538 sayılı Kanunla da, 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesine 8. ve 9. fıkralar eklenmek suretiyle; kamu kurum ve kuruluşlarının ihale yoluyla hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanların, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak kamu kurumlarının kendilerinin asıl işvereni olduğu iddialarının önüne geçilmeye çalışılmıştı. Buna karşılık öğretide, getirilen düzenlemenin muvazaa iddiasının ve sonuçlarının kamu işverenlerine ve ortaklıklarına uygulanamayacağı ve kamu işverenleri bünyesinde alt işverenler aracılığı ile çalıştırılan işçilerin asıl işverenlerine karşı muvazaa iddiasını ileri sürmelerinin kanunla engellendiğini belirterek bu halin hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini öne sürülmüştür.¹⁵ Yargıtay da konuyla ilgili verdiği kararında 5538 sayılı Kanun ile getirilen

¹³ Anayasa Mahkemesi kararlarında eşitlik ilkesiyle ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Çağlar S. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu , Ankara Barosu Dergisi , 2012/ 3

¹⁴ Yıldırım T. , Göçgün M. ; İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016, s. 42

¹⁵ Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2015 s. 296-298; Ayrıca bkz., Ekmeççi Ö. , Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayrılması ve Anayasanın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, Legal İSGHD, Sayı:12 Yıl: 2006.

değişikliğin asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde müteselsil sorumluluğu düzenleyen 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından ve asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmediğinden kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunamayacağı gerekçesiyle özel sektör ile kamu işverenleri arasında uygulama farklılığına gidilmesinin eşitlik ilkesini ihlal edeceğine karar vermiştir.¹⁶

Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesini gerekçe göstererek verdiği iptal kararı yerinde bir karar olmakla birlikte gerekçe açısından salt eşitlik ilkesi haricinde diğer gerekçelere de dayansa idi hukuki açıdan daha doyurucu bir karar olacağı kanaatindeyiz. Nitekim iptale konu düzenlemede neden salt 11.09.2014 tarihinden sonraki sözleşmelerde rücuya ilişkin açık bir hüküm yoksa rücu edilemeyeceği belirtilmişken bu tarihten önceki sözleşmelerde bir sınırlama olmaması anlaşılammaktadır. 11.09.2014 tarihinin 6552 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olması bağlamda rücu hakkının sınırlanması istenmiş ise 6552 sayılı Kanunun idarenin rücu hakkına bir engel oluşturmadığı yargı kararlarıyla istikrar kazandığından bu düşünceyle yapılmış bir düzenleme de hukuki açıdan yerinde olmayacaktır.

4857 sayılı Kanunun 2. maddesindeki asıl işveren ve alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluk hükmü ile müteselsil sorumlular arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen Borçlar Kanununun 167. maddesindeki “Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar.” hükmü mevcutken 11.09.2014 tarihinden sonraki kısım için rücu edilmesine sınırlama getirip önceki tarih için bir sınırlama getirilmemesi de özel hukuk mantığı içerisinde yerinde bir norm olmamıştır.

Kanaatimizce, buradaki temel mesele kamu idarelerinin hizmet alımı hususunun ve bu kapsamdaki problemlerin bir yanda kamu hukuku niteliğini haiz olması diğer tarafta da büyük ölçüde özel hukuk ilişkisi olmasıdır. Bu kaotik yapı Anayasa Mahkemesinin önüne gelen davaya konu düzenlemede olduğu gibi çözülmesi zor problemlere yol açabilmektedir.

¹⁶ “...5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa 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 açık biçimde 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.” Yargıtay 9. H. D. , 21.01.2010 tarih, 41520/669, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 26, 2010/3, s. 440.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında uygulamada kimi mahkemelerin Anayasa Mahkemesi kararının geriye yürümeyeceği gerekçesiyle iptal edilen hüküm esas alınarak eldeki rücu davalarına bakmaya devam ettikleri müşahede edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının geriye yürümesi yasağını iptalden önce açılan davalara uygulamak ve davaları Anayasaya aykırılığı yüksek mahkemece saptanmış iptal edilen bir hükme göre yürütmek anayasa mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği ilkesiyle ilgili olmadığı gibi hukuk devleti ilkesine de açıkça aykırıdır.

Danıştay 2. Dairesinin konuyla ilgili verdiği kararında, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ve fakat iptal kararının yürürlük tarihi ileri bir tarih olan belirlenen bir düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği mahkemece bilindiği halde yürüyen bir davadaki uyuşmazlığın Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görülüp çözümlenmesinin Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemeyeceği¹⁷ içtihadı ile iptal hükmünün henüz yürürlüğe girmediği hallerde dahi mevcut davaların iptal edilmiş hükme göre çözülemeyeceğini açıkça ortaya koymuş iken iptal edilen ve iptal kararı yürürlüğe giren hallerde evleviyetle mahkemelerin Anayasaya aykırılığı saptanmış maddeye göre davayı çözümlenmemesi gerekmektedir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin kamu idarelerinin alt işverenlere rücu hakkına sınırlama getiren hükmüne yönelik iptal kararı gerekçesinin daha da ayrıntılı olması mümkün olsa bile sonucu itibarıyla hukuki açıdan yerinde bir karar olarak gözükmektedir. Zira kamu işverenleri ile özel sektör işverenleri arasında rücu tazminat davaları bakımından farklı hukuki düzenlemeler belirlemenin anayasal güvence altına alınmış eşitlik ilkesinde yeri olmadığı açıktır.

¹⁷ "... iptal hükmünün yürürlük tarihi konusunda bir süre belirlenmesi yasama organına bu konuda yeni bir düzenleme yapması için tanınmış bir süre olup, bu zaman zarfında iptal edilmiş olan bir Kanun ya da Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre idarenin tasarrufla bulunabilme hakkını öngören bir süre olmadığı; bu nedenle, Anayasa Mahkemesince Kanun Hükmünde Kararnamenin tamamının Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği mahkemece bilindiği halde dava konusu uyuşmazlığın Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görülüp çözümlenmesinin Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemeyeceği; öte yandan, Anayasanın 153 üncü maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplumun huzurunun bozulmasına yol açacak sorunları önlemek amacıyla kabul edilmiş olup, bu kuralın mutlak anlamda anlaşılıp uygulanamayacağına açık olduğu..." Dan.2.Dai., 01.06.2005 Gün, E:2004/1545, K:2005/1886 (Bayraktar A. , Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Yürürlüğe Girişi Ve Bağlayıcılığı, Ankara 2013, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, s. 111).

Bunun haricinde iptal edilen düzenlemede 11.09.2014 tarihinin bir milat olarak kabul edilerek bu tarihten önceki sözleşmeler kapsamında yapılacak rücu talepleri ile bu tarihten sonraki sözleşmeler kapsamında rücu talepleri arasında bir fark belirlemek uygulayıcı tatmin etmemiş olduğu gibi hukuken anlaşılması zor bir hüküm niteliğini de almıştı.

Yasakoyucunun amacı rücu tazminat davalarını azaltmak ise ihdas edeceği düzenlemenin özel sektör işverenleri ile kamu işverenleri arasında eşitlik ilkesine uygunluğu, özel hukukun müteselsil sorumlular arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlerini ve kamu ihale hukukunu gözetererek yapması yerinde olacaktır. Örneğin kamudan ihale alacak bir firmanın ihale alabilmesinin şartları arasında geçmiş dönemden kalma işçilik haklarına ilişkin herhangi bir borcunun olmaması ile doğmuş ve doğacak işçilik haklarına mukabil belirli bir teminat bırakmasının kamu ihale mevzuatına eklenmesi ilk elde düşünülmesi mümkün tedbirlerdendir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı neticesinde mevcut davaların hukuki akıbetleri noktasında da mahkemelerin Anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesi tarafından saptanmış bir hükmü esas alarak yargılamaya devam etmemeleri, mevcut davaları müteselsil sorumluluğa ilişkin mevcut hükümler çerçevesinde karara bağlamaları hukuken doğru ve gereklidir.

KAYNAKÇA

- Akın L.: Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asil İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği, AUHFD, 60 (4) 2011: 733-774.
- Akyiğit E.: İş Hukuku, İstanbul 2018.
- Aydın İ.: Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu Ankara 2015.
- Başbuğ A.- Yücel Bodur M.: İş Hukuku , İstanbul 2018.
- Bayraktar A. : Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Yürürlüğe Girişi Ve Bağlayıcılığı, Ankara 2013.
- Boydak A. B.: 6552 Sayılı Kanun Gereğince Kamu İdarelerinin Kıdem Tazminatı Ödeme Yükümlülüğü, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2016.
- Boydak A. B.: Kamu Kuruluşlarının İşçilik Haklarından Sorumluluğu, Adalet Yayınevi Ankara 2017
- Çelik N./Caniklioglu N./Canbolat T.: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.
- Çağlar S. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3.
- Ekmekçi Ö.: Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayrılması ve Anayasanın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, Legal, Sayı:12 2006.

- Mollamahmutoğlu H./Astarlı M./Baysal U.: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017.
- Narmanlıoğlu Ü.: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişisinden Doğan Sorumluluklar (Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler), s. 53-75.
- Senyen Kaplan E.T. : Bireysel İş Hukuku, Ankara 2019.
- Sarper S.: İş Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2018.
- Şakar M.: İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2018.
- Yıldırım T. : Göçğün M.: İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016.