

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı “Bordro İşvereni” Tabiri Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/29950

Karar No : 2008/7008

Tarihi : 31.03.2008

ÖZET

Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bir bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir.

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken

tazminat ile boшта geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, işyerinde fesih tarihi itibarıyla 30'dan az işçi çalışması nedeni ile davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının çalıştığı şirketinŞirketler Grubu içerisinde yer aldığı, gruba ait diğer şirketlerin davalı şirketle faaliyet alanlarının ve işkollarının aynı olduğu, bu nedenle grupta bulunan aynı işkolundaki şirketlerde çalışan toplam işçi sayısına göre iş güvencesinden yararlanma koşullarının gerçekleşmiş olduğu, feshin geçerli nedene dayandığının kanıtlanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirimini yaptığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2 maddesine göre, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır, işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.

Yine aynı Kanunun 18/4 maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dâhil olduğu iş kolundan sayılır.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirimini yaptığı tarihte 30

işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır (Mues, W. M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungrecht, Teil 2, Rz.75, s:293). Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir.

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süresiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dâhil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işveren işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında "bordro işvereni" olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret

olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu, elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işçilerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı işine aldığından (İş. K. Md.4/b), bu işyeri ya da işletmede çalışanlar da iş güvencesinden yararlanır. Buna karşılık, 50'den az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalacağından, bu yerlerde 30'dan fazla işçi çalıştırılrsa dahi (örneğin, 40 işçi) bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. 50 işçinin tespitinde sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.

Somut olayda davalı şirkete ait aynı işkolundaki toplam işçi sayısının fesih tarihi itibarıyla 28 olduğu anlaşılmaktadır. Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir.

Davacı işçinin Gruba ait şirketlerce birlikte çalıştırıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Bu

durumda iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek bakımından işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmiş olmadığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1-Mahkemenin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2-Davanın reddine,

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4-Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı ... YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5-Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre ... YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6-Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,

kesin olarak oybirliği ile karar verildi 31.03.2008.

KARARIN İNCELENMESİ:

Karar üç noktadan incelenecektir. İlk olarak otuz işçi sayısının belirlenmesinde Yüksek Mahkemenin ölçüleri esas alınarak değerlendirme yapılacaktır. İkinci olarak bordro işvereni tabiri incelenecektir. Üçüncü olarak ise alt işveren ilişkisinde muvazaa tabiri değerlendirilecektir. Muvazaa tabirinin değerlendirilmeye tabi tutulmasının sebebi ise; Yargıtay kararının tenkiti anlamına değil, doktrinde bir tartışma yaratmaya matuf beyan niyetimiz dolayısıyla olacaktır.

I- İncelemeye konu olan davada ilk derece mahkemesi E...Şirketler Grubu içerisinde yer alan bir işyerinde çalışan işçinin geçerli sebep olmaksızın işten çıkarıldığını, gruba bağlı işyerlerinde çalışan işçi sayısının 30'dan fazla olduğunu, her ne kadar kararda belirtilmese de, anlaşıldığı kadarıyla işçinin altı aydan fazla kıdeme sahip olduğu vb. gibi İş Kanunu'nun iş güvencesi için aradığı temel şart-

ların mevcut olduğu kanaatiyle davanın kabulüne karar vermiştir.

Ancak Yüksek Mahkeme verdiği kararla ilk derece mahkemesinin kararındaki şirketler grubu içerisinde çalışanlarıyla toplam 30 işçi sayısının mevcut olmakla birlikte, Kanunun gerçekte farklı tüzel kişiliklere ait toplam otuz işçi sayısını değil, aynı tüzel kişilik içerisinde 30 kişiyi amaçladığı ve iş güvencesinin ancak bu şartlarla kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bu sebeple 30 işçi sayısının işçinin çalıştığı işyeri (tüzel kişilik) için gerçekleşmediğini, dolayısıyla işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanmaya hak kazanmadığını belirtmektedir.

İş Kanunu m. 18/1 iş güvencesinden faydalana-bilecek işçilerin otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde çalışmış bulunmalarını şart olarak getirmektedir. Bunun sebebi de genel olarak otuz ve daha az sayıda işçi çalıştıran işletmelerin ekonomik güçlerinin düşük olduğu ve kanunlarla getirilen yükümlülüklerin ağırlığı karşısında korunmala-

Yüksek Mahkeme farklı tüzel kişiliklere ait işyerlerinin aynı gruba dâhil olsalar da iş güvencesi itibariyle birlikte değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.

rı düşüncesidir. İstihdam güvencesi getiren 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde ilke olarak Sözleşmeyle getirilen imkânların bütün ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanacağı belirtilmişse de aynı sözleşme "işletme büyüklüğü" ve "özel istihdam şartları" dikkate alınarak bazı işletmelerin istisna tutulabileceği imkânını getirmektedir. Bu alandan hareketle –sayı yüksek olmakla birlikte- Türkiye de ILO Sözleşmesinin verdiği imkân çerçevesinde iş güvencesi uygulanabilecek işyerleri ve işletmeleri otuz ve daha fazla işçilerin çalıştığı yerler olarak belirlemiştir¹.

İncelediğimiz kararda işçinin çalıştığı işyerinde toplam 28 işçinin çalıştığı Yüksek Mahkemeye ifade edilmektedir. Yüksek Mahkemeye göre; "Somut olayda davalı şirkete ait aynı işkolundaki işçi sayısının fesih tarihi itibariyle 28 olduğu anlaşılmaktadır. Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle Gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir. Davacı işçinin Gruba ait şirketlerce birlikte çalıştırıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek bakımından işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmiş olmadığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır".

Yüksek Mahkeme farklı tüzel kişiliklere ait işyerlerinin aynı gruba dâhil olsalar da iş güvencesi itibariyle birlikte değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Halbuki Yüksek Mahkeme 27.06.2006 tarihli bir kararında şu şekilde karar vermiştir; ".özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklinde çalışma söz konusu ise, 30 işçi kıstasında grup şirketlerindeki işçilerin toplam sa-

yısının dikkate alınması gerekir"². Bu karara göre grup kavramı ile "birlikte istihdamın" gerçekleştiğini kabul eden Yargıtay toplam işçi sayısının birlikte çalışanların esas alınarak belirlenmesi gerektiğini de ifade ettiği görülmektedir. Doğru olan da budur. Ancak Yüksek Mahkeme incelediğimiz kararda "farklı tüzel kişiler" tabirini kullanarak bu farklılığı meydana getirirken gerekçe oluşturmuştur.

Yüksek Mahkeme kararında "Somut olayda davalı şirkete ait aynı işkolundaki işçi sayısının fesih tarihi itibariyle 28 olduğu anlaşılmaktadır" ifadesini kullanmaktadır. Bu ifadeye göre ilke olarak şirketin işkolunda -28 işçinin çalıştığı tüzel kişilik dışında- başka hiçbir işçisinin bulunmaması anlaşılmalıdır ki bunun doğru olmadığı da aşikârdır. Aynı kararda geçen "Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir" ifadesi ise işkolu seviyesinde şirketin çalıştırdığı işçilerin sayısının daha yüksek olduğunu belirtmektedir. Dolayısı ile tüm işkolu itibariyle şirketin aynı Grubun farklı işyerlerinde toplam otuzdan çok işçi çalıştırdığı anlaşılmaktadır.

Tüzel kişilikleri farklı da olsa neticede aynı işkolunda aynı grubun oluşturduğu, sahiplikleri aynı kaynağa dayanan işyerleri ya da işletmeler ayrı tüzel kişilikler olarak bulunabilirler. Aynı Grup ile kastedilenden anlaşılması gereken ise, aynı işverenin mülkiyetindeki işyerleri ve işletmelerdir. Grup kavramı farklı işverenlerin işyerleri ya da işletmelerinin bir araya gelmesi şeklinde oluşmamaktadır. Mülkiyetin aynı merkezden yönlendirildiği, sahipliğin aynı merkeze bağlanabileceği işyerleri ve işletmeler -hatta farklı tüzel kişilikler- söz konusu olduğunda Grup olgusu ortaya çıkar. Aksi takdirde farklı işverenlerin aynı işkolunda işbirliği yaptığı işverenlerle Grup oluşturması söz konusu olur ki, bu da mümkün değildir. Zaten Kanun da böyle bir şeyi amaçlamamaktadır. Kanun açıkça; "İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir" (m.18/IV) ifadesini kullanarak aynı işkolunda işyerleri sahipliğinin aynı olmasını amaçlamıştır. Gruba dâhil işyerleri kavramında da Kanunun bu amacını görmek mümkün iken ve bir kararında buna uygun görüş beyan etmiş iken, incelediğimiz kararda tersini getiren Yüksek Mahkeme kararı kanaatimizce Kanunun amacına da pek uygun düşmeyen bir karardır.

Ayrıca Yüksek Mahkeme kararında “Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle Gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir” ifadesiyle de Gruba dâhil işletmeler için ayrı bir ölçü olarak organik bağ kavramını getirmektedir. Bu kavramın da ne anlama geldiği açık değildir. Organik bağ maddi ilişki midir, idari ilişki midir, sosyal ilişki midir net olarak anlaşılammakta ancak karara esas teşkil eden bir gerekçe olabilmektedir.

II- Yüksek Mahkeme kararında “bordro işvereni” tabirini kullanmaktadır. Cümledeki bordro işveren tabiri dışında “Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında “bordro işvereni” olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır.” cümlesindeki hukuki mantık, yani sayı olarak alt işveren işçilerinin de -İş Kanunu m. 2/7 deki ifadeyle muvazaa var ise- otuz sayısının hesabına dâhil edilmesi doğrudur. Fakat 4857 sayılı İş Kanunu yapıldığından beri hukuk düzenimizce tanınan “geçici iş ilişkisi” kavramında “yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlar”dan -Yüksek Mahkemenin ifadesi- kasıtlı, bordro işvereni tabirine ulaşarak, alt işverenliği Yüksek Mahkeme nezdinde bir iş aracılığı -bir geçici iş ilişkisi kurulmaya yarayan hukuki kurum- olarak düşünmek kanaatimizce İş Kanunu’na yüklenen anlamından uzaklaştırır. Çünkü İş Kanunu geçici iş ilişkisini, işçinin de rızasının alınarak holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi şeklinde nitelemektedir (İş Kanunu m. 7/D). Böylelikle Yüksek Mahkeme kararında belirtildiği gibi “bordro işvereni olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler” tabiriyle geçici iş ilişkisinin anlamından uzaklaştırıldığı inancı -zehabı- ortaya çıkabilir. Ayrıca bu hususta Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği de dikkatli davranmakta ve emeğin sömürülmesine, bazı şirketlerce emtia -mal- gibi pazarlanmasına karşı tedbirler getirmektedir. Hatta geçici iş ilişkisinin hassasiyetinden ötürü

Yönetmelik geçici iş ilişkilerinde özel istihdam bürolarının “mesleki olarak geçici iş ilişkisi düzenleme faaliyetinde bulunamayacaklarını” belirtmektedir (Yönetmelik m. 5/2)³.

III- Yüksek Mahkeme kararının bir yerinde “...fakat iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dâhil edilmesi gerekir” tabirini kullanmaktadır. İfade hukuken doğrudur. Ancak cümlenin başlarında Kanuni tabir olarak ve doğru biri biçimde “alt işveren” deyiminin kullanılması, daha sonra İş Kanunu ifadesi olmayan “taşeron” deyiminin kullanılması kritik edilebilir. Fakat üzerinde durmak istediğimiz konu esasında ayrıdır. Burada işverenin iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak alt işveren işçisi şeklinde gösterilmesi üzerinde durarak, aslında burada muvazaanın mı yoksa kanuna karşı hilenin mi söz konusu olduğu izah edilmeye çalışılacaktır. Bu konuda doktrinde değerli kavram çalışmalarının az da olsa yapıldığı bilinmektedir. Son olarak yapılan bir çalışma konuyu etraflı bir incelemeye tabi tutarak hukuki işlemin muvazaaya mı yoksa kanuna karşı hileye mi girdiğini tartışmaktadır⁴. Konu aslında çok önemlidir, lakin hukukumuzda kavram incelemesi fazla yapılmadığı için bazı kavramlara yönelik tartışmalar henüz tamamlanamamıştır. Bazı hukukçular ise alt işverenin kötü niyetli uygulamalarında muvazaanın mevcudiyetini kabul etmekte, kanuna karşı hile kavramı üzerinde durmamaktadırlar⁵.

Öncelikle muvazaa ve kanuna karşı hile kavramları üzerinde durarak İş.K.Md.2/VII de belirtilen deyim in yerinde olup olmadığı tartışılmalıdır.

Muvazaa ile ilgili olarak Yargıtay 2004 ve 2005 yıllarında verdiği kararlarında muvazaayı şöyle tanımlamaktadır; “...muvazaa kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluktur. Muvazaada taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak için anlaşarak bazen aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımadıkları halde görünürde bir sözleşme yapmaktadırlar (mutlak muvazaa) veya gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlemektedirler (nispi muvazaa)”⁶.

Doktriner bir tarife göre de, muvazaa; tarafların

üçüncü kişileri aldatmak amacıyla aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratma hususunda anlaşmalarıdır⁷.

Kanuna karşı hile ise Topçuoğlu tarafından şu şekilde tanımlanmıştır; "...kanunların mana ve maksatlarına mugayir olmakla beraber lafızlarına mutabakatı yüzünden metinlerin normal tatbikleri ile takip edilemeyen ve ancak gai tefsirleri sayesinde yaptırma bağlanabilen fiil ve muamelelerdir"⁸. Ya da bir başka tanıma göre "...emredici bir kanun hükmünün yasakladığı ekonomik veya hukuki amaca kişilerin hukuk düzeninin izin verdiği başka bir amaçla ulaşmaları"dır⁹.

Her iki kavramın tanımı yapıldıktan sonra İş Kanunu m.2/7'de belirtilen muvazaa tabirinin yerinde olup olmadığı, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararındaki muvazaa tabirinin de ne derece uyumlu olduğu incelenecektir.

Aydınli'nın belirttiği gibi muvazaa hukuken geçerli işlemlerle yapılabilen bir geçersizlik türüdür. O halde alt işveren ilişkisinin, öncelikle muvazaa sayılabilmesi için bu ilişkinin İş Kanununa göre unsurlarında bir eksiklik olmaması veya başka bir geçersizlik halini üzerinde taşıması lazımdır.

Mutlak ve nitelikli muvazaada ortak üç unsur vardır. Bunlar; görünürdeki muvazaalı işlem, muvazaa anlaşması ve üçüncü kişilerin aldatılmasıdır. Nitelikli muvazaada unsur olarak bir de gizli işlem bulunmaktadır. Doktrin ve yargı kararlarında muvazaalı sayılan alt işveren ilişkilerinde muvazaayı belirleyen yukarıda saydığımız unsurlar ya kısmen ya da tamamıyla mevcut değildir. Normal muvazaalı işlemde olması gereken birtakım şartların (kötüniyetli) asıl işveren-alt işveren ilişkisinde bulunmadığı görülmektedir. Öncelikle asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin istisna ya da başka bir sözleşme olduğunu düşünürsek, bu ikisinin daha önceden ayrıca muvazaa anlaşması yapmaları gerekmektedir. Halbuki asıl işveren-alt işveren ilişkisinde böyle bir muvazaa anlaşması yoktur. Bu muvazaa anlaşması amacının olmaması da muvazaanın varlığını ortadan kaldırır. Netice olarak hem incelemeye konu olan Yargıtay kararındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaa değildir, hem de İş Kanunu m.2/7'de bahsi geçen muvazaa deyimine oturmamaktadır.

Nitelikli muvazaada da görünürdeki muvazaalı işlem ile gizli işlemin taraflarının ve konularının aynı olması gerekir. Hâlbuki Aydınli'nın da belirttiği gibi alt işveren ilişkisinde muvazaalı sayılan iş-

lemin tarafları asıl işveren ve alt işveren iken, gizlendiği ifade edilen işlemin tarafları ise asıl işveren ile alt işverenin işçileridir¹⁰.

Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde suiistimale yönelik uygulamaları muvazaa olarak niteleyemeyeceğimize göre sorun nasıl çözülecektir? Yukarıda bahsedildiği şekilde asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde suiistimal var ise bunun hukuki kalıbı muvazaa değil kanuna karşı hile olarak adlandırılabilir. Kanuna karşı hilenin de ne olduğu yukarıda izah edilmişti.

Yeniden incelendiğinde kanuna karşı hilede şu şartların olması gerekmektedir. Birincisi; emredici bir hukuk kuralı ile doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik veya hukuki bir sonucun yasaklanması. İkincisi; yasaklanan ekonomik ya da hukuki amaç doğrudan veya dolaylı ulaşmaya yarayan geçerli bir hukuki işlemin yapılması. Üçüncü olarak da; Kanuna karşı hile yapanların hile kasıtlarının önemli olmamasıdır¹¹.

Kanuna karşı hile ile İş Kanunu m.2/7'de muvazaa olarak bahse konu olan hususun örtüştüğü, muvazaanın ise bu kötü niyetli uygulamayı karşılamaya yetmediği görülmektedir. Dolayısı ile maddedeki "muvazaa" ifadesi yerine "kanuna karşı hile" ifadesi hukuken daha yerinde bir tabir olacaktır.

Netice olarak; Yargıtay'ın yukarıda incelediğimiz görüşüne belirttiğimiz gerekçelerle katılmaktayız.

DİPNOTLAR

- 1 Mollamahmutoglu, Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2004, s.553, Süzek, Sarper, İş Hukuku, 1. Bası, Ankara, 2005, s.437, Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20.Bası, s.212 vd.
- 2 Y.9.H.D. E.1163, K.4714, Aktay, Nizamettin- Arıcı, Kadir-Seneyen, Kaplan, Emine Tuncay, Ankara 2007, s.182, dn.29.
- 3 Özel İstidam Büroları Yönetmeliği, 1 Ağustos 2008 Tarihli Resmi Gazete, sayı 26954.
- 4 Bkz. Aydınli, İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara, 2008.
- 5 Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2005, s.57, Mollamahmutoglu, s.141 vd., Süzek, s.144, Çelik, s.51 vd.
- 6 Yarg.1.H.D. 29.09.2004,E.2004/5930, K.2004/10052, aynı daire, 11.04.2005, E.2005/3715, K.2005/4338 bkz. Aydınli, s.29, dn.26.
- 7 Tarifle ilgili olarak bkz. Aydınli, s.28, dn.20.
- 8 Topçuoğlu Hamide, Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950, s.249 Aydınli'dan naklen, s.104.
- 9 Aydınli, s.309.
- 10 Aydınli, s.304.
- 11 Aydınli, s.309-314.