

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ VE SONUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MUHAMMET BARAK

1600004101

Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK

Programı: ÖZEL HUKUK

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi. Ender DEMİR

OCAK, 2023

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

MUVAZAALI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİ VE SONUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MUHAMMET BARAK

1600004101

Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK

Programı: ÖZEL HUKUK

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi. Ender DEMİR
Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU(Marmara Üniv.)
Dr. Öğr. Ü. Güler Gümüşsoy KARAKURT

OCAK, 2023

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT.....	vi
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
İŞÇİ - İŞVEREN – ALT İŞVEREN KAVRAMLARI VE ALT İŞVERENLİĞİN UNSURLARI	3
I-İŞÇİ KAVRAMI VE TANIMI	3
1-İşçi Tanımı.....	3
2-Diğer Kanunlar Bakımından İşçinin Durumu	7
II-İŞVEREN KAVRAMI	9
1-Tanım	9
2-Soyut-Somut İşveren	10
III-ALT İŞVERENLİK KAVRAMI, TANIM VE NİTELİĞİ	11
1-Alt İşverenlik Kavramı.....	11
2-Alt İşverenlik İlişkisinin Ortaya Çıkış Nedenleri, Tarihsel Süreci ve Dayanakları	13
a-Alt İşverenlik İlişkisinin Ortaya Çıkışı.....	13
b-Alt İşverenlik Kavramının Türk Hukukunda Tarihsel Süreci	16
c-Alt İşverenlik Kavramının Türk Hukukundaki Temel Dayanakları	18
d-Alt İşverenlik İlişkisinin Kurulması	21
3-Alt İşverenlik İlişkisinin Unsurları.....	25
a-Her İki Tarafında İşveren Sıfatına Sahip Olması	26
b-Alt İşverene Verilen İşin Asıl İşverene Ait İş Yerinde Yapılması	29
c-Alt İşverene Verilen İşin Niteliği	31
d-Alt İşverenlik Kapsamındaki İşçilerin Yalnızca Asıl İşverenin İş Yerinde Çalışması.....	36
4-Alt İşverenlik İlişkisinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğu	39
a-Müteselsil Sorumluluk Kavramının Tanımı	39
b-Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı	41
c-Asıl İşveren Ve Alt İşveren Arasındaki Rücu İlişkisi.....	52
İKİNCİ BÖLÜM.....	57
TÜRK HUKUKUNDA MUVAZAA	57
I-MUVAZAA KAVRAMI.....	57
II-MUVAZAALI İŞLEMİN TÜRLERİ	58

1-Mutlak Muvazaa (Basit Muvazaa)	58
2-Nisbi (Nitelikli, Mevsuf) Muvazaa ve Türleri	59
a-Sözleşmenin Niteliğinde Muvazaa	60
b-Sözleşmenin Konu Veya Şartlarında Muvazaa(Kısmi Muvazaa)	61
c-Sözleşmenin Taraflarında Muvazaa	63
III-MUVAZAALI İŞLEMİN UNSURLARI	65
1-Görünürdeki Sözleşme	65
a-Yokluk Hükmünde Sayılması Hali	67
b-Geçersiz Sayılması Hali	67
2-Muvazaa Anlaşması	69
3-Gizli Sözleşme.....	70
4-Kasıt	72
IV-MUVAZAALI İŞLEMİN İLERİ SÜRÜLMESİ VE İSPATI	73
1-Muvazaalı İşlemin İleri Sürülmesi	73
2-Muvazaa İddiasının İleri Sürülemeyeceği Durumlar.....	74
a-Alacak Hakkını İyiniyetle Yazılı Borç Tanımasına Dayanarak Devir Alan Kişinin Durumu.	74
b-Tapu Sicilindeki Kayda İyi Niyetle Güvenen Kişinin Durumu.....	76
c-Dürüstlük Kuralı	76
3-Muvazaanın İspatı	76
a-Sözleşmenin Tarafları Bakımından Muvazaanın İspatı	76
b-Üçüncü Kişiler Bakımından Muvazaanın İspatı.....	77
V-MUVAZAA İLE BENZER KAVRAMLAR ARASINDAKİ FARKLAR.....	78
1-İnançlı İşlemin Muvazaadan Farkları	78
a-İnançlı İşlem Kavramı	78
b-İnançlı İşlemi Muvazaadan Ayıran Unsurlar.....	79
2-Namı Müstearın Muvazaadan Farkları	80
a-Namı Müstear Kavramı	80
b-Namı Müstearı Muvazaadan Ayıran Unsurlar.....	80
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	81
ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE MUVAZAANIN TESPİTİ	81
I-ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA KAPSAMINDAKİ SINIRLANDIRMALAR	81
1-Genel Olarak.....	81
2-Muvazaaya Karine Teşkil Eden Kanuni Sınırlamalar	84

a-Asıl İşveren Bünyesindeki İşçilerin Alt İşveren Tarafından İşe Alınarak Haklarının Kısıtlanamaması	86
b-Eski Asıl İşveren İşçileriyle Alt İşverenlik İlişkisi Kurulması	90
c-Asıl İşin Kanundaki Yasal Koşulları Taşımaksızın Alt İşverene Verilememesi	94
3-Alt İşverenlik Yönetmeliğinde Yer Alan Muvazaa Ölçütleri.....	99
a-İşçinin Niteliğinin İşe Uygunluğu	101
b-Ekipman Yeterliliği	102
4-Doktrinde ve Yargıtay Kararlarında Öngörülen Muvazaa Ölçütleri	103
a-İş Alan Alt İşverenin İşçi Çalıştırmadan İş Başka Bir İşverene Vermesi.....	104
b-Asıl İşverenin İşveren Sıfatının Bulunmaması	105
c-Asıl İşverenin Alt İşveren İşçileri Üzerinde Yönetim Hakkını Doğrudan Kullanması	106
d-İşçilerin Görünürde Alt İşverenlere Bağlanması.....	107
e-Değişen Alt İşverenlere Rağmen Aynı İşçilerin Çalışmayı Sürdürmeleri.....	108
f-Asıl İşverenin Alt İşveren İşçisini İşe Alma, İşten Çıkarmada Yetkili Olması Ve Çalışma Şartlarını Belirlemesi	111
g-Alt İşveren İşçilerinin, Alt İşverenlik Sözleşmesi Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalıştırılması	112
h-Kullanılacak Olan Ekipmanların Asıl İşveren Tarafından Sağlanıyor Olması Ve Alt İşverenin Sermaye Düşüklüğü.....	113
i-Asıl İş – Yardımcı İş Ayrımına İlişkin Yargıtay Görüşü	114
5-Kamu Kurum ve Kuruluşları Lehine Düzenlenen Alt İşverenlik Hükümleri.....	116
a-İş Kanununda Öngörülen Düzenlemeler.....	116
b-Kamu İhale Kanununda Öngörülen Düzenlemeler	117
II-ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE MUVAZAANIN DENETİMİ, TESPİTİ VE YAPTIRIMI	120
1-Muvazaanın İdari Denetim ve Tespiti	120
a-İdarenin Denetim Ve Tespiti Kavramına Genel Bakış	120
b-Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespit Süreci	123
2-Muvazaanın Yargısal Tespiti.....	136
3-Alt İşverenlik İlişkisinde Kesinleşen Muvazaanın Sonuçları.....	138
a-İşçi Sayısı Bakımından Sonuçları	141
b-İşçilik Alacakları Bakımından Sonuçları.....	143
c-Sosyal Güvenlik Ve Vergi Hukuku Bakımından Sonuçları	145
d-İdari Para Cezası.....	146
SONUÇ	147
KAYNAKÇA.....	158

ÖZET

Güncel iş yaşamında işyerlerinin aynı anda üstlendikleri birden fazla iş alanı bulunmaktadır. Bu işlerin bir kısmı doğrudan işyerinin asıl iş kapsamındayken bir kısmı ise güvenlik, temizlik, bakım işleri gibi yardımcı iş kapsamındadır. Yine asıl işin kendi içinde bölünmesi ve farklı sektörleri ilgilendiren alanlara dağılmış olması mümkündür. Bu durumda işverenlerin tüm bu hususlarla ilgili ayrı ayrı işçi temini hem ekonomik zorluklara hem de organizasyon eksikliklerine neden olabilmektedir. Zira her iş kolu kendi içerisinde ayrı bir örgütlenme, yatırım ve ayrı bir maddi külfet gerektirmektedir. Bu hususlar göz önüne alınarak Türk hukukunda “Alt İşverenlik” kavramı oluşturulmuştur.

Alt işverenlik ile söz konusu işyerinin bir bölümü içerisinde veya eklenmelerinde bu işyerinin asıl işverenin haricinde alt işveren adıyla anılan başkaca işverenlerde yasal koşulların sağlanması halinde işçi çalıştırabilme imkanı oluşturulmaktadır. Örneğin bir tekstil fabrikası, bilgisayar ve teknik işlemlerin yürütülmesinde gerekli yasal şartların sağlanması halinde bir alt işveren aracılığıyla yerine getirilmesini sağlarken aynı tekstil fabrikasının güvenlik hizmetlerini de başka bir alt işveren yüklenebilecektir.

Alt işverenlik ilişkisi temel yapısı itibarıyla işletmelerin üzerindeki teknik külfetleri rahatlatmanın yanı sıra söz konusu işyerinde kurulan alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan alt işveren işçilerinin haklarını koruyan bir yapıya sahiptir. Örneğin kurulmuş olan bir alt işverenlik ilişkisinde maddi bakımdan asıl işverene kıyasla daha güçsüz durumda olan alt işverene karşı işçilerin haklarının temini için asıl işverenin müteselsil sorumluluğu hükümleri İş Kanunu’nda düzenlenmiş olup biz de detaylı bir şekilde ele alacağız.

Alt işverenlik kavramı güncel iş hayatında işverenlerin, yalnızca iş hukukundan ve diğer ilgili mevzuatlardan doğan yükümlülüklerden kurtulabilmek kastıyla yalnızca görünürde alt işverenlik ilişkilerinin kurulduğu, oysa gerçekte tüm işçilerin, tek işverenin emir ve kontrolü altında çalıştığı bir yapıya dönüştürülerek bu çalışmamızın da konusunu teşkil eden muvazaalı surette yürütülmeye çalışılsa da İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliği ile bu hususların önüne geçilmeye ve alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin hakları korunmaya çalışılmaktadır. Bu çalışmamızda ağırlıklı olarak doktrin kapsamında alt işverenlik ilişkisini bu ve bu ilişkide muvazaa kavramını ele alırken

aynı zamanda Yargı içtihatında alt işverenlik kavramına ve bu ilişki içerisinde doğan muvazaa hususuna bakış açısını kapsamlı bir surette ele alarak hangi durumların varlığı halinde muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinden söz edilebileceğinden, muvazaalı olarak kurulan bir alt işverenlik ilişkisinin nasıl ve hangi kıstaslar göz önüne alınarak tespit edilebileceğini ve son olarak muvazaalı olarak kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisine ilişkin sonuç ve yaptırımlardan bahsedeceğiz.

Anahtar Kelimeler: İş Hukuku, İşyeri, Alt İşverenlik, Asıl İşveren, Muvazaa, İş Kanunu, Alt İşverenlik Yönetmeliği



ABSTRACT

Incurrent business life, there is more than one business are a that work places undertake at the same time. While some of these Works are directly within the scope of the main job of the workplace, some of the mare security. It is within the scope of auxiliary work such as cleaning and maintenance works. Again, the division of the main work within itself, and may be scattered in to areas of interest to different sectors. In this case the employers' supply of individual workers regarding all these issues causes both economic difficulties and causes organizational deficiencies. Because each line of business is a separate business within itself. Organization requires investment and a separate financial burden. Considering these aspects in our law, the concept of "Subcontractor" has been created.

With the concept of subcontracting, within a part of the workplace in question or in addition to the main employer of this work place, there are no other jobs that we will call the subcontractor in the attachments. Employers will be able to employ workers provided that the legal conditions are met. For example, a textile factory, computer, and technical operations, ensuring the necessary legal conditions while ensuring that it is fulfilled through a subcontractor in case of security services can also be undertaken by another subcontractor.

In terms of the basic structure of the subcontractor relationship, both the technical in addition to relieving the burdens, the subcontractor relationship established at the workplace in question It also has a structure that protects the rights of subcontractor workers working within the scope of the project. For example, in a subcontractor relationship that has been established, financially compared to the main employer. To ensure the rights of the workers against the weaker sub-employer. The provisions of joint and severalliabilities are regulated in the Labor Law, and we will consider them.

The concept of subcontracting means that employers in current business life are not only concerned with labor law and only ostensibly to avoid obligations arising from other relevant legislation. Subcontractor relations are established, where as in reality all workers, a single employer's order sand which is the subject of this study by transforming into a structure under the control of Although it is tried to be carried out in collusion, with the Labor Law and Subcontracting Regulation, this to prevent these issues and to ensure that workers working within the scope of sub-employer relationship rights are being protected. In this study, we mainly focus on sub-doctrine. While discussing the employer-employee relationship and the concept of collusion in this relationship, at the same time, the Judiciary.

An overview of the concept of subcontracting and collusion arising from this relationship in its jurisprudence. By comprehensively addressing the since an employment relationship can be mentioned, a collusive subcontracting how and by which criteria the relationship can be determined and finally results and sanctions related to the subcontractor relationship established as collusion. We will talk about.

Keywords: Labor Law, Workplace, Subcontracting, Main Employer, Collusion, Labor Law, Subcontracting Employer Regulation



KISALTMALAR

C	:Cilt
ÇSGB	:Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
DEÜHFD	:Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi
E	:Esas
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
İ.B.G.K	:İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İNTES	:Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası
İSG	:İş Sağlığı ve Güvenliği
K	:Karar
M	:Madde
RG	:Resmi Gazete
s	:sayfa
S	:Sayı
T.	:Tarih
T.İ.D	:Tekstil İşveren Dergisi
TİSK	:Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TOBB	:Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TÜHİS	:Türkiye Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
TÜSİAD	:Türk Sanayicileri ve İş İnsanları Derneği
vd	:ve devamı

GİRİŞ

İş hukuku, özel hukuka bağlı olan hizmet sözleşmelerinden hareketle bağımlı olarak çalışmaları düzenleyen ve iki taraflı olan disiplinler bütünüdür.¹Bu ilişkinin temel olarak iki tarafı bulunmaktadır. Bunlar, işveren ve işçilerdir. Güncel iş yaşamının getirdiği gelişim ve teknolojik yenilikler bir işyerinin içerisinde birden çok iş kolunun gerektirdiği uzmanlıkların bulunması ve işverenlerin tüm bu alanlarda çalışacak işçi temini konusunda yaşamış oldukları problemler işverenleri iş yaşantısı içerisinde farklı arayışlara itmiş ve bu zorluklar da peşinde Türk hukukuna alt işveren kavramını getirmiştir.

Bu çalışmamızda yer alan yasal koşulların gerçekleşmesi durumunda, işverene ait işyerinin bir bölümünde veya eklentilerinde başka işverenlerce işçi çalıştırılması mümkündür. Bu duruma iş hukukunda alt işverenlik, kendisine ait olmayan işyerlerinde işçi çalıştıran kişilere ise “Alt İşveren, Taşeron” denilmektedir. Bu husus çalışmamızın içeriğinde, 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin 6-9. fıkralarında ve 27.09.2008 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Alt İşverenlik Yönetmeliğinde tanımlanmaktadır.

Her ne kadar İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliğinde alt işverenlik ilişkisine ilişkin yasal düzenlemeler yer almakta ise de güncel iş hayatında işverenler özellikle işçi ücretlerini düşürerek üretim maliyetlerini azaltmak, sosyal güvenliğe dair üzerlerine düşen görev ve sorumluluklardan kaçınmak, işçilerin sendikal hakları ile toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını kullanmalarını engellemek gibi belli amaçlarla muvazaalı bir şekilde aslında normal şekilde kurulu bulunan bir iş ilişkisini, üçüncü kişileri aldatma kastıyla hukuki düzenlemelere uygun bir alt işverenlik ilişkisi kurulmuş gibi göstermeye çalışmaları ve hukuki bir sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmaları durumudur.² Gerek İş Kanunu gerekse Yargıtay içtihatında bu hususu engellemeye yönelik düzenlemeler yer almakta olup muvazaalı olarak kurulmuş olan bir alt işverenlik ilişkisinde ortaya çıkan ilk sonuç ise 10.06.2003 yayım tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunumuzun madde 2/7 hükmünde geçen; “*Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.*” hükmü gereğince, alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin,

¹HALMAN ÇETİN, Emine, İş Hukukunda Alt İşveren Asıl İşveren ile Muvazaa, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019, s.11.

²SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s.175-176; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, Lykeion yayıncılık, Ankara, 2022, s.220.

ilişkinin başından itibaren asıl işveren işçisi olarak sayılmaları durumudur.³ Çalışmamızın ilerleyen safhalarında bu düzenlemeleri detaylı bir surette açıklayacağız.

Çalışmamız temel olarak üç kısımdan oluşacaktır. Birinci bölümde genel olarak işçi, işveren ve alt işveren kavramlarını ve alt işverenlik ilişkisinin kuruluşunu; ikinci bölümde muvazaa kavramını tanımladıktan sonra bu kavrama ilişkin unsur ve sonuçları; üçüncü bölümümüzde ise alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın tespiti başlığı altında alt işverenlik ilişkisinde muvazaa halinin ne şekilde meydana geldiğini, alt işverenlik ilişkisinde karine olarak muvazaa kabul edilen halleri ve hususa ilişkin sonuçları kanun, doktrin ve yargı içtihatları kapsamında irdedeleyeceğiz.

³SÜZEK, s.176; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.220; EKMEKÇİ, Ömer, YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.167; EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim, BAŞKAN, Esra, Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s.41.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞÇİ - İŞVEREN – ALT İŞVEREN KAVRAMLARI VE ALT İŞVERENLİĞİN UNSURLARI

I-İŞÇİ KAVRAMI VE TANIMI

1-İşçi Tanımı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında iş(hizmet) sözleşmesi tanımlanmış ve burada *“İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”* denilmiştir. İş sözleşmesinin tanımı ise 04.02.2011 yayım tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun madde 393 hükmünün 1. fıkrasında tanımlanmış ve burada *“İş sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”*olarak tanımlamıştır. Bu kanun maddelerinden yola çıktığımız taktirde işçinin kural olarak iş akdi ile bir işverene aralarında akdedilen iş sözleşmesi aracılığı ile bağımlı olarak çalışan kişiler olduğu görülmektedir.⁴

İş Kanunu'nun madde 2 hükmünde de işçi tanımına yer verilmiş ve burada işçi, *“Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi”* olarak tanımlanmıştır. Her ne kadar ilgili madde tanımında işçinin bir ücret karşılığı çalışıyor olacağı belirtilmemiş olsa da işçinin ücret beklentisi olmaksızın yapacağı çalışmanın hem hayatın olağan akışına aykırı olacağı hem de aynı kanunun 8. madde hükmünde işverenin ücret ödemeyi üstlendiğine ilişkin ibare göz önüne alındığında bu hususun bir eksiklik teşkil ettiği söylenemeyecektir.⁵ İş Kanunu madde 2 hükmünde yer alan işçi tanımına baktığımızda bir kişinin işçi sıfatını haiz olabilmesi için gerçek kişi olmasının arandığı ve tüzel kişilerin hiçbir surette işçi sıfatını

⁴SÜZEK, s.139;ÇELİK, Nuri, CANIKLIOĞLU, Nurşen, CANBOLAT, Talat, ÖZKARACA, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 94;SENYEN KAPLAN,Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s.47; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.165; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.34-35; NARMANLIOĞLU, Ünal, Ferdi İş İlişkileri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.95; BAŞBUĞ, Aydın, YÜCEL BODUR, Mehtap, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s.55.

⁵DEMİRCİOĞLU, Murat, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2007, s. 32; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s. 94.

haiz olamayacağı görülmektedir. Zira işçi sıfatına sahip olan kişinin üzerine düşen edimlerin mahiyeti ve iş sözleşmesinin kişisellik karakteri buna izin vermeyecektir.⁶

İşçi sıfatının varlığının incelenmesinde göz önüne alınması gereken ilk husus taraflar arasında özgür iradeleriyle ve hukuka uygun surette yapılan bir sözleşmenin varlığıdır. Çünkü hem işçi ile işveren arasındaki ilişkinin varlığı hem de işçinin, işverene karşı bağımlılığını sağlayan yegâne unsur tarafların arasındaki bu iş sözleşmesidir.⁷ Bu durumda görüleceği üzere aile içi bireylerin birbirlerine işyerlerinde yapmış oldukları yardımlar taraflar arasında özgür iradeleriyle sağlanmış olan bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından dolayı bu tür çalışmalar onlara işçi sıfatını kazandırmayacaktır.⁸ Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise iş sözleşmesi dışında toplum yararına, herhangi bir ücret ilişkisi bulunmaksızın gönüllü olarak çalışanların durumunun ne olacağı sorusudur. Doktrinde bu durumda gönüllü olarak iş görmekte olan kişilerin iş ve sosyal güvenlik hukuku hükümlerinin tamamen dışında değerlendirmenin hakkaniyete uygun düşmeyeceği ve bu durumdaki kişilerin özel durumları göz önüne alınarak yapılacak yasal düzenlemeler ile bu kişilerin de iş sağlığı ve güvenliği hukukunun koruyucu kapsamı altına alınması gerektiği savunulmaktadır.⁹

Cezaevleri ile çocuk ıslah evlerinde bulunmakta olan kişilere kendilerinin ıslahı ve ceza sürelerini tamamlayarak dışarı çıktıklarında topluma daha rahat adapte olabilmelerini sağlamak için yaptırılan işlerde de bir rıza söz konusu olmadığı ve İş Kanunu hükümlerine uygun bir iş(hizmet) sözleşmesinden bahsedilemeyeceğinden burada cezaevlerinde kalmakta olan kişilerin yaptıkları işler nedeniyle işçi sıfatını haiz oldukları söylenemeyecektir.¹⁰ Ancak burada Yargıtay'ın yapmış olduğu ayrıma dikkat etmek gerekmektedir. Şöyle ki, Yargıtay vermiş olduğu kararında cezaevinde kalmakta olan kişinin yapmış olduğu işi cezaevi dışındaki üçüncü kişiler için yapmış olması durumunda artık burada bir iş

⁶ANDAC, Faruk, İş Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018, s.51.; DEMİRCİOĞLU, s.32; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.169; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.35; NARMANLIOĞLU, s.95.

⁷SÜZEK, s.139.; ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 29.; SENYEN KAPLAN, s.48; AKYİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.52; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.168; NARMANLIOĞLU, s.95; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.35.

⁸SENYENKAPLAN, s. 48; AKYİĞİT, Bireysel, s.52; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.61.

⁹ Bu hususta daha kapsamlı bir değerlendirme ve bilgi için bkz. DOĞAN YENİSEY, Kübra, KABAKCI, Mahmut, Gönüllü Emegi ve İş Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s.17 vd; SÜZEK, Sarper, s.134.

¹⁰SÜZEK, s.139; SENYENKAPLAN, s.48; GÜVEN Ercan, AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Nisan Yayınları, Eskişehir/İstanbul, 2020, s.63.

sözleşmesi bulunduğunu ve cezaevinde bulunan kişinin işçi sıfatını haiz olduğuna hükmetmiştir.¹¹

İş kanunu, bir kişinin işçi sıfatını haiz olabilmesi için özel işyeri veya kamu kurumları arasında bir ayırım yapmamıştır. Bir kişinin işçi sıfatını haiz olabilmesi için zorunlu olarak özel sektörde çalışması gerekmemektedir. Buradan anlaşılması gereken, işveren bir kamu kurumu olsa dahi bünyesinde kendisine bağımlı olarak çalışmakta olan kişi ile arasındaki ilişki bir iş sözleşmesinden doğuyor ise artık burada çalışan kişinin işçi sıfatını haiz olarak çalışmakta olduğudur.¹² İşçi kavramının niteliğine baktığımız takdirde bu kavram, iş sözleşmesi ile çalışmakta olan herkesi kapsayan bir kavramdır. Bu nedenle belirli bir meslek unvanına sahip olan örnek vermek gerekirse doktor, avukat mühendis gibi kişiler de iş sözleşmesi kapsamında çalışmakta iseler hukuken işçi sayılacaklardır.¹³

Kamu kurumları ile ilgili durum açık olsa da doktrinde ve yargı içtihatında oldukça tartışılan bir diğer husus ise vakıf üniversitelerinde çalışmakta olan öğretim elemanlarının durumu ve hukuki değerlendirmesidir. Doktrinsel görüşlerdeki genel kanaat vakıf üniversitelerinin de tıpkı devlet üniversiteleri gibi kamu hizmeti yürüterek kamu gücünü kullanmakta olduğu ancak yapılan bir sözleşmenin idari nitelik taşıyabilmesi için söz konusu sözleşmenin vermiş olduğu yetkilerin özel hukuk hükümlerini aşması gerektiği ancak Vakıf üniversiteleri ile öğretim üyeleri arasında akdedilen sözleşmelerin böyle geniş bir yetkiye haiz olmadığı bu sebeple taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağı yönündedir.¹⁴ Yargıtay'ın bu hususta farklı tarihlerde vermiş olduğu farklı yönde kararları mevcuttur. Vermiş olduğu bazı kararlarında vakıf üniversitesi ile öğretim elemanları arasında düzenlenen sözleşmenin bireysel iş sözleşmesi niteliğinde olduğunu ve bu sebeple aralarındaki ilişkinin kamu hukuku değil,

¹¹ Yargıtay 9. HD, E. 1980/12525, K. 1980/14266, T.27.11.1980, Erişim:Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi:14.06.2021

¹² SÜZEK, s.140; SENYEN KAPLAN, s.49; GÜVEN, Ercan, AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Nisan Yayınları, Eskişehir/İstanbul, 2020, s.64.

¹³ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.169; ŞAKAR, Müjdat, s.29.; SENYENKAPLAN, s.48; NARMANLIOĞLU, s.97; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.61.

¹⁴ GÖKTAŞ, Seracettin, "Vakıf Üniversiteleri İle Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.29, S.1, s.588 vd., 2021, Erişim:https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/59423/868308, Erişim Tarihi:14.06.2021; Vakıf üniversitesi ile öğretim üyesi arasında kurulan ilişkiyi kamusal nitelikte değerlendirmekle beraber öğretim üyesi ile Vakıf Üniversitesi arasında kurulan sözleşmenin idari nitelik taşıyamayacağına ilişkin geniş bilgi için bkz. SEVER, Çiğdem, "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversitesi ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü" Legal Hukuk Dergisi, C.14,S.159, s.1175 vd., 2016, Erişim:https://www.researchgate.net/publication/340815019_BIR_KAMU_KURUMU_OLARAK_VAKIF_UNIVERSİTELERI_VE_BU_UNIVERSİTELERDE_CALISAN_AKADEMİSYENLERIN_HUKUKI_STATU SU, Erişim Tarihi:14.06.2021; SÜZEK, s.140; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.170; AKYİĞİT, Bireysel, s.53.

özel hukuk ilişkisi olduğunu belirten Yargıtay¹⁵,daha sonraki tarihte vermiş olduğu bir kararında ise 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu hükümleri de göz önüne alınarak vakıf üniversitesi bünyesinde çalışan öğretim üyelerinin statüsü, göreve alınma usulleri ile hak ve yetkileri incelendiğinde bunların idare hukuku kapsamında kamu personeli sayılmaları gerektiği aksi durumun Anayasa'nın 131. madde hükmüne de aykırılık teşkil edeceği bu nedenle vakıf üniversitelerinde çalışmakta olan öğretim üyelerinin idari sözleşmeyle çalıştıklarını kabul etmek gerektiği yönünde karar kılınmıştır.¹⁶ Nihayet Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2021 yılında vermiş olduğu bir kararında vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları ile yapılan sözleşmenin idari iş sözleşmesi olduğuna yönelik bir düzenlemenin yer almaması, yapılan sözleşmenin, sözleşme özgürlüğüne dayalı, kuralları tarafların serbest iradeleriyle belirlenen bir özel hukuk sözleşmesi olması nedenleriyle üniversite ile öğretim elemanı arasındaki işçi-işveren ilişkisinden kaynaklı özel hukuka tabi bu ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözümünde adli yargının görevli olduğuna ve 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi gereği uyuşmazlığın iş mahkemesinde çözülmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁷Görüldüğü üzere Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bu karar ile vakıf üniversitesi öğretim görevlilerinin arasındaki sözleşmenin bireysel iş sözleşmesi olduğu hükme bağlanmıştır.

İşçi ile işveren arasında kurulan iş sözleşmesinin bir diğer temel unsuru ise bağımlılıktır.6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun madde 393 hükmünde yer alan bağımlılık unsuru ele alındığında işçi, işverenin kendisine vermiş olduğu ücretin karşılığı olan çalışmasını işverene bağımlı olarak yerine getirmedeği durumda ortada usulüne uygun bir iş sözleşmesinin ve bunun uygulamasının varlığından söz edilemeyecektir.

İşçi çalışmasını, işverene bağımlı halde yerine getirmek zorundadır. İşçilik sıfatını karakterize eden yön bu bağımlılık unsurudur. Bağımlılıktan işçinin yalnızca tek bir işyerine bağlı olarak çalışması zorunluluğu aranmamalıdır. Zira işçinin işverene ait işyeri dışında başka bir işyerinde işverene ait olan bir işi ona tabi bir şekilde yürütmesi halinde bu kişinin de işçi sıfatını haiz olarak sayılması gerekmektedir.¹⁸Buradaki bağımlılık ile kastedilen

¹⁵ Yargıtay HGK, E. 2015/7-1738, K. 2017/523, T. 22.03.2017, Erişim:Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi:14.06.2021; Yargıtay 9. HD, E. 2015/35581, K. 2016/298, T. 12.01.2016, Erişim:Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi:14.06.2021.

¹⁶Yargıtay 9. HD, E. 2018/2777, K. 2018/21762,T.28.11.2018; Yargıtay 9. HD, E. 2016/24111, K. 2019/6033, T. 19.03.2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi:14.06.2021.

¹⁷ Yargıtay HGK, E. 2017/9-3094, K. 2021/1118, T. 30.09.2021 Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi:27.08.2022.

¹⁸**MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL** s.170; **SENYEN KAPLAN**, s.48; **ANDAÇ**, s.51; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.61.

işçinin, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda çalışmalarını yürütüyor olması yani işverence komuta edilerek yaptığı işleri işverenin yönetimi, denetimi ve gözetimi altında yerine getiriyor olması anlamındadır. Bu hususlardan anlaşılması gereken İş Kanunu kapsamında kurulmuş olan bir iş sözleşmesinin varlığı için mühim olan koşul, işin işverenin iş organizasyonu içerisinde görülmesi ölçütüdür. Buradan anlaşılması gereken işçinin, işverene ait iş organizasyonunun bir parçası olması ve çalışmalarını bu organizasyon içerisinde işverene bağlı, onun emir ve direktiflerine tabi olarak gerçekleştirmesidir.¹⁹ Örneğin, kendi namına çalışan bir kişinin işverene ait iş organizasyonunda iş gördüğü ve iş sözleşmesi kapsamında çalıştığı söylenemeyecektir.

Bir kişinin sosyal sigortalar bakımından sigortalı olması da onun doğrudan işçi sıfatını haiz olduğu anlamına gelmeyebilecektir. Çünkü iş sözleşmesi kapsamında çalışmayan kişiler de sosyal sigorta uygulamasında sigortalı olabiliyorken kişinin İş Kanunu açısından işçi niteliğine haiz olabilmesi için mutlak surette iş sözleşmesi kapsamında çalışması gerekmektedir.²⁰

Bir kişinin aynı anda hem işçi hem de işveren olabilmesinin önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Kişi kendi işyerinde işveren iken başka bir iş ilişkisi bünyesinde de işçi olarak çalışabilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus kişinin aynı anda hem işçi hem işveren olabilmesi ancak farklı iş ilişkileri nezdinde geçerli olabilecektir. Zira kişinin aynı iş ilişkisi içerisinde hem işveren hem de işçi olması mümkün olmayacaktır.²¹

2-Diğer Kanunlar Bakımından İşçinin Durumu

İş Kanunu kapsamında olmayan ancak işçi sıfatını haiz olan meslek grupları da bulunmaktadır. Deniz İş Kanunu madde 2/B hükmü şu şekildedir: “*Bir hizmet aktine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere “gemiadamı”* denir. Gemide çalışmakta olan kişilerin sıfatları belirtildikten sonra “diğer kimseler” ibaresine yer verilmiştir. Burada “diğer kimseler” ibaresinden anlaşılması gereken husus ise gemide çalışmakta olup Deniz İş Kanunu madde 2/B hükmünde sıfat olarak yer almakta olan kaptan, zabıt ve tayfalar dışındaki yemekhane personeli, güvenlik personeli, temizlik görevlileri işçi sıfatını haiz olacaklardır.²²

¹⁹SENYEN KAPLAN, s.48.

²⁰GÜVEN, AYDIN, s.64; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s. 95.

²¹AKYİĞİT, Bireysel, s.54.

²²SÜZEK, s.141; NARMANLIOĞLU, s.104;EKMEKÇİ, YİĞİT, s.35.

5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında çalışmakta olan kişiler bu kanunun 1. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır; *“Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki “işçi” tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır”*. İlgili kanun maddesine bakıldığında fikir ve sanat işlerinde bir ücret karşılığı çalışmasını sürdürmekte olan kişilerin gazeteci olarak adlandırıldığını görmekteyiz.

Bu durumda bu kişilerin Basın İş Kanunu kapsamı içerisinde işçi sıfatını haiz oldukları söylenebilecektir.²³ Ancak gazetede fikir ve sanat işlerinde çalışmayan kişiler, işverene iş sözleşmesiyle bağlı olsalar dahi gazeteci sayılmazlar ve bu kişiler hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanır.²⁴

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun madde 2 fıkra 3 hükmü işçi, işveren, işyeri kavramlarını şu şekilde izah etmiştir: *“Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu’nda tanımlandığı gibidir”*. Yine aynı kanunun madde 2 fıkra 4 hükmüne baktığımızda ise *“İş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılır”* ifadesini görmekteyiz.

Bu durumda öncelikle söylenebilecek olan husus diğer iş kanunlarında olduğu iş sözleşmesiyle çalışmakta olan kişiler bu kanuna göre işçi niteliği taşıyacaklardır.²⁵ Öte yandan ilgili kanun, işçi kavramını çok daha geniş bir biçimde ele alarak taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon, adi şirket sözleşmelerine göre bağımsız olarak meslek faaliyeti gösteren kişileri de bu kapsama dahil etmiştir.²⁶

²³ İş hukuku açısından gazeteciliğin hukuki yönü hakkında daha geniş bilgi için bkz. **ŞUĞLE**, Mehmet Ali, İş Hukuku Açısından Gazeteci, Çağdaş Gazeteciler Derneği Yayınları, Ankara, 2001, s.28.; Basın İş Kanunu kapsamında Gazetecilik sıfatı ve çalışmalarının hukuki yönü bakımından daha geniş bilgi için bkz. **KARAHİSAR**, Tuba, “Basın İş Kanunu’na Göre Gazetecilerin Yasal Hakları” Marmara İletişim Dergisi, C.13, S.13, 2014, s. 67 vd.; **SÜZEK**, s.141; **NARMANLIOĞLU**, s.101-103.

²⁴ **SÜZEK**, s.141; **NARMANLIOĞLU**, s.101-103.

²⁵ **SÜZEK**, s.141; **NARMANLIOĞLU**, s.105.

²⁶ **SÜZEK**, s.141; **NARMANLIOĞLU**, s.105.

II-İŞVEREN KAVRAMI

1-Tanım

İşveren kavramı⁴⁸⁵⁷ sayılı İş Kanunu'nun madde 2 fıkra 1 hükmünde “*işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar*” olarak tanımlanmıştır. Yani İş Kanunu'ndan yola çıktığımızda işverenin, bir iş sözleşmesiyle kendine bağımlı olarak kendi emir ve talimatları altında işçi çalıştıran kişi olduğunu söyleyebileceğiz. Yine bu tanımdan yola çıkarsak işverenin gerçek bir birey olması şartına bağlı kalınmamış bilakis işverenin özel hukuk tüzel kişiliği gibi bir şirket, dernek, vakıf olabileceği gibi üniversiteler veyahut belediyeler gibi kamu hukuk tüzel kişiliği olması da mümkündür. Yine kanun lafzından anlaşıldığı üzere herhangi bir tüzel kişiliğe sahip bulunmayan kamu kurumları yahut adi şirketlerin de işveren olması mümkündür.²⁷

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu ile kıyasladığımızda aslında işveren tanımının 4857 sayılı İş Kanunu ile genişletildiğini görmekteyiz. 1475 sayılı İş Kanunu'nda işveren olarak yalnızca gerçek ve tüzel kişiler sayılmışken 4857 sayılı İş Kanunu ile bu tanıma bir tüzel kişiliği bulunmayan kurumlarında eklendiği görülmektedir.²⁸ Tüzel kişiliğe sahip olmayanlarında işveren sıfatını haiz olmasına ilişkin yapılan genişletme çalışması kanımızca isabetsiz olup doktrinde de eleştirilmiştir.²⁹ Zira tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların hukukumuzda kişi kabul edilmiyor olmaları, husumet ehliyetlerinin bulunmaması, malvarlıklarının olmaması gibi nedenlerle bunların işveren sayılmasının uygulamada harici sorunlara sebebiyet vereceği belirtilmektedir.

Adi ortaklıkların tüzel kişilikleri bulunmadığı için işveren sıfatı ancak adi ortaklığı oluşturan kişilere veya şirketlere ait olabilecektir.³⁰Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararın da adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığını, adi ortaklığa karşı açılan davanın diğer ortakların tümüne karşı yöneltilmiş anlamına geldiğine, aktif ve pasif taraf ehliyeti tüm ortaklara ait olduğuna ve bu nedenle ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı

²⁷ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s. 105; SÜZEK,s.148.; DEMİRCİOĞLU,s.34;SENYENKAPLAN, s.52; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.63.

²⁸ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s. 105; DEMİRCİOĞLU, s.35; CANBOLAT, Talat, “4857 Sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri.” 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri Sempozyumu), 2016, s. 31-32, Erişim: <https://testapi.aybu.edu.tr/admin/genel/GetFile?id=294635fb-e1e8-46de-a2a5-1c48bdc22673.pdf>, Erişim Tarihi:28.08.2022.

²⁹CANBOLAT, Uygulama Sorunları, s.31-32; Aynı görüşü paylaşan, ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s. 105.

³⁰EKMEKÇİ, YİĞİT, s.37; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.187.

bulunduğuna, bir ortağın diğer ortak veya ortaklar aleyhine açtığı davada da tüm ortakların davaya dahil edilmesi gerektiğine karar vermiştir.³¹Görüldüğü üzere her ne kadar tüzel kişiliği olmayanlara da kanunda işveren sıfatı tanınmış ise de adi ortaklıklarda bu tüzel kişilik, adi ortaklığı oluşturan kişi veya şirketler nezdinde kullanılabilecektir.

Kişinin işveren olabilmesi için o işyerinin sahibi olması temel şart olarak aranmamaktadır.³² 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu madde 4 hükmüne göre sigorta ilişkisine dahil olan gerçek kişiler ve tüzel kişiler de işveren olarak sayılmıştır. Bunun dışında işverenin Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunlarında farklı tanımları bulunmaktadır. Deniz İş Kanunu madde 2 hükmüne baktığımızda kendisine ait olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kişinin de işveren olarak sayıldığını görmekteyiz. Keza bu düzenlemelerden İş Kanunu'na en paralel seyreden düzenleme Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunudur. İlgili kanunun 2. Maddesinin 3. Fıkrasında *“İşveren, 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlandığı gibidir”* denilerek İş Kanunu ile benzer bir tanıma gidilmiştir.³³Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 2 hükmünün ilk iki fıkrasına bakıldığında işletmenin bütününe yönetmekte olan işveren vekillerinin de işveren olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu durumda bir işletmenin bütününe yönetmekte olan bir genel müdürün hem işveren sayılması hem de bu sığata haiz olması nedeniyle işveren sendikasına üye olabilmesi gündeme gelecektir.³⁴

2-Soyut-Somut İşveren

İşverenlik hususunda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise soyut-somut işveren ayrımıdır. Kural olarak işçi tanımındaki esaslara bağlanmış ve bunun sonucu olarak da işveren hem iş görme alacaklısı hem de işçiye işin görülebilmesi için emir ve talimat vermeye yetkili olan kişidir. İşçi de işverene olan bağımlılığı gereğı bu emir ve talimatlara uymakla yükümlüdür.³⁵

³¹ Yargıtay 10. HD, E. 2018/5288, K. 2018/9142, T. 8.11.2018, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 16.06.2021

³²Yargıtay 9. HD, E. 1967/8386, K. 1967/10365, T. 10.11.1967, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 16.06.2021

³³SÜZEK, s.148; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.183-184; NARMANLIOĞLU, s.110-111.

³⁴SÜZEK, s.148; BAŞBUĞ, YÜCEL BODUR, s.62-63.

³⁵ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s. 105; SÜZEK, s.149.; DEMİRCİOĞLU, s.35; TUNÇOMAĞ, Kenan, CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 57; BAŞBUĞ, YÜCEL BODUR, s.63.

Güncel iş hayatında genel işleyiş bu şekilde olsa bile iş görme alacaklısı ile emir ve talimat verme hakkının farklı kişilerde olması gibi farklı durumların da ortaya çıktığı görülmektedir. Şöyle ki bazı durumlarda işin görülmesini isteme yetkisi ile emir ve talimat verme, bu talimatlara uyulmasını isteme yetkisi farklı kişilerde toplanabilmektedir. Örneğin, işyeri sahibinin herhangi bir sebeple hukuki işlem ehliyetine haiz olmaması durumunda işyeri sahibi olan kişinin işin görülmesini isteme hakkı devam ederken artık emir ve talimat verme yetkisine haiz olduğu söylenemeyecektir.³⁶

Bu durumda örneğin yaşının küçüklüğü sebebiyle hukuki işlem ehliyeti bulunmayan işyeri sahibi olan çocuk, işin görülmesini isteme yetkisine haiz iken çocuğun yasal temsilcisi olan kişi ise emir ve talimat verme yetkisine haiz olacaktır. Bu hususa bir diğer örnek ise Yargıtay içtihatından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, Yargıtay, işyerinin iflası durumunda artık iflas eden işverenin, iş görme ediminin alacaklısı olduğuna ancak emir ve talimat verme yetkisinin artık iflas masasına geçtiğine karar kılmıştır.³⁷

Tüm bu örneklerde görüldüğü üzere iş görme ediminin alacaklısı ile emir ve talimat verme yetkisinin sahibinin güncel iş hayatında ayrıldığı durumlar ortaya çıkmaktadır. Bu durumun meydana gelmesi halinde artık işin görülmesini isteme yetkisine haiz olan kişi soyut işveren olarak adlandırılırken, emir ve talimat verme yetkisine sahip olan kişi ise somut işveren olarak adlandırılacaktır.³⁸ Yukarı verdiğimiz yaşı küçük olan işverenden örnek vermek gerekirse, küçük olan işveren soyut işveren olarak adlandırılacakken, yasal temsilci ise artık somut işveren sıfatını haiz olacaktır.

III-ALT İŞVERENLİK KAVRAMI, TANIM VE NİTELİĞİ

1-Alt İşverenlik Kavramı

İşverenin, iş kanununda yer alan koşulların gerçekleşmesi durumunda kendisine ait işyerinde başkasına ait işçileri çalıştırması mümkündür. Bu durumda kendisine ait işyerinde işçi çalıştıran kişiye “Asıl işveren” başkasına ait işyerinde işçi çalıştıran kişiye ise “alt

³⁶SÜZEK,s.149;ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s. 106;SENYENKAPLAN,s. 53; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.190.

³⁷Yargıtay 9. HD, E. 2008/12235, K. 2009/33415, T. 03.12.2009, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 01.07.2021.

³⁸SÜZEK, s.161 vd.;MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.190; BAŞBUĞ, YÜCEL BODUR, s.64.

işveren” denilmektedir. Örneğin, inşaat işleriyle uğraşmakta olan bir müteahhit yapmakta olduğu inşaatın temel işlerinde kendisine ait işçileri çalıştırırken elektrik ve su tesisatlarının döşenmesi, dış kaplamaların yapılması gibi uzmanlık gerektiren başkaca işlerde alt işverenlik kurumundan faydalanarak bu tarz işleri alt işverene yaptırabilecektir.³⁹

Kanun koyucu, alt işverenlik kavramını temel olarak 4857 sayılı İş Kanunun 2. maddesinin 6. fıkrasında düzenlemiştir. Burada Alt İşveren, “*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.*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya baktığımız taktirde bir işin alt işveren aracılığıyla yürütülebilmesi için bir yardımcı iş veyahut işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işin varlığı halinde İş Kanunu uyarınca alt işverenlik ilişkisi mümkün olabilecektir. Bu durumda işin yardımcı iş vasfına haiz olmaması yahut aranan diğer şartları sağlamaması durumunda artık İş Kanunu’na uygun bir alt işverenlik ilişkisinin varlığından söz edilemeyecektir.

Asıl işverenin kendi işletmesinde çalışmakta olan alt işveren işçileriyle doğrudan bir sözleşmesi bulunmamakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. fıkrası hükmü gereğince 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.⁴⁰ Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus bu hükümden asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında bir iş sözleşmesinin varlığı sonucu çıkmamaktadır.

Her ne kadar asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı alt işverenle birlikte sorumlu olsa da bu işçilerle arasında herhangi bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Burada iş sözleşmesi alt işveren ile ona bağlı olarak asıl işverenin işyerinde çalışmakta olan işçiler arasında kurulmaktadır. Bu işçiler çalışmaya bağlı olarak sözleşmelerinde yer alan kazanımlarını alt işverenden alacaklar, ücret bordroları alt işveren tarafından düzenlenecek

³⁹SÜZEK,s.164;MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.200-201;SENYEN KAPLAN, s.54;EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.32 vd.;AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.185-186;AKYİĞİT, Bireysel, s.60;GÜVEN, AYDIN, s.71; KARAKAŞ, İsa, İş Kanunu Uygulaması İhtilafları ve Çözümü, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017, s.114.

⁴⁰Ayrıntılı bilgi için bkz.SÜZEK,s.163.;GÜVEN, AYDIN, s.72 vd.; SENYENKAPLAN, s.37;AYKAÇ, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s.44; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.193.

ve SGK primleri alt işveren tarafından yatırılacaktır. Bu durumda bu işçiler açısından işveren sıfatının asıl işverene ait işyerinde kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olarak işçiler çalıştırmakta olan alt işverene ait olduğu görülmektedir. Çünkü alt işverenlik ilişkisinin varlığından söz edebilmemiz için asıl işverenden bağımsız bir iş organizasyonunun varlığı gerekecektir. Burada alt işverenin kendisine bağlı olarak çalışmakta olan işçilerin işyeri içerisinde çalışmakta oldukları bölüm, asıl işverenden bağımsız ayrı bir işyeri niteliği taşımaktadır.⁴¹

Alt işveren, asıl işverene ait işyerinde gerçekleştirmekte olduğu bütün işleri kendi hesabına yapmakta olup asıl işveren ile arasında işveren vekilliği, vekalet ilişkisi yahut iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Buradaki ilişki istisna taşıma, kira sözleşmesi gibi bir nitelik taşımaktadır. Aralarında ilişkinin mahiyetini asıl işveren ile alt işveren arasında düzenlenen sözleşme belirleyecektir.⁴²

2-Alt İşverenlik İlişkisinin Ortaya Çıkış Nedenleri, Tarihsel Süreci ve Dayanakları

a-Alt İşverenlik İlişkisinin Ortaya Çıkışı

Alt işverenlik ilişkisinin ortaya çıkış sebeplerini incelediğimiz taktirde karşımıza firmaların küresel piyasalarda rekabet edebilme amacı yattığı görülmektedir. Ekonomik ve teknolojik gelişmeler iş hukukunun gelişimini, değişimini etkilerken aynı zamanda yeni kavramların da ortaya çıkışına sebebiyet vermişlerdir.⁴³

Küreselleşmenin anlamına baktığımızda karşımıza mekanlar arasındaki mesafelerin yok sayılarak ülkelerin ve insanların birbirleriyle yakınlaşmaları ve ekonomik sosyal etkileşimlerde bulunmaları tanımı çıkmaktadır.⁴⁴ Teknolojideki hızlı gelişimlerle birlikte

⁴¹SÜZEK, s.164.; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.202; AYDINLI, s.185-186; NARMANLIOĞLU, s.118; SENYEN KAPLAN, s.55; GÜVEN, AYDIN, s.71; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.33; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.68; Yargıtay 9. HD, E. 2015/21010, K. 2015/29843, T. 26.10.2015, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 08.08.2021.

⁴²SÜZEK, s.164; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.202; AYDINLI, s.187; SENYEN KAPLAN, s.55; AYKAÇ, s.37; DEMİRCİOĞLU, Murat, KORKMAZ, Doğan, KAPLAN, Hasan Ali, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s.33; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.33; Yargıtay yine bir kararında işyerinin (otel) alt katında bulunan garajın işletilmesi amacıyla bir başkasına kira sözleşmesi ile kiralanmış olmasını alt işverenlik ilişkisi olarak değerlendirmiştir. İlgili karar için: Yargıtay 9. HD, E. 2005/35194, K. 2005/39733, T. 19.12.2005, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 08.08.2021.

⁴³EKONOMİ, Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, s.21; AYKAÇ, s.7.

⁴⁴KIVILCIM, Fulya, “Küreselleşme Kavramı ve Küreselleşme Sürecinin Gelişmekte Olan Ülke Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C.5, S.1, 2013, s.219, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/117355>, Erişim Tarihi: 10.08.2021.

daha önce olmayan yeni ürünler piyasaya sürülmeye ve küreselleşmenin verdiği etkiyle bu ürünler bütün dünyaya rahat bir şekilde yayılmaya başlanmıştır. İletişim ile bilgiye ulaşmadaki kolaylıklar sonucu müşteri kitleleri yeni ürünler talep etmeye ve piyasadaki ürünler üzerinde kapsamlı bilgiler elde ederek alışverişlerini bu bilinçle yapmaya başlamışlardır. Bu durum ticarete yani iş dünyasında küresel bir pazarın ortaya çıkmasına neden olmuştur.⁴⁵

Küreselleşme, doğal sonucu olarak beraberinde rekabet ortamını doğurmuştur. Firmalar bu rekabet ortamında ayakta kalabilmek için hem teknolojik gelişmelere ayak uydurabilmek hem de kâr marjını yükseltmek için rekabet ortamına uygunluk sağlamak zorundadır. Küresel bir ekonomide başarının kıstası, dünya çapında piyasalara açılabilmiş ürünlerin rekabet gücü oluşturmaktadır.

Gerek üretim ve istihdamdaki artış gerekse piyasa içerisindeki rekabetin gücü şirketler ile bunların birlikte iş yaptıkları firmalar tarafından çizilmektedir.⁴⁶Yine ihracata dayalı olarak büyüyen küresel bir ekonominin temel sorunu rekabet gücü olacaktır. Söz konusu bu rekabet gücünde başarının kıstaslarını ise ürünün kalitesi, fiyatın rakip firmalara oranla düşüklüğü ve tüketici ihtiyaçlarına cevap verip veremediği oluşturmaktadır.⁴⁷Bu durumda hem maliyet dengesinin korunabilmesi hem de küresel piyasada rekabetçi ortam içerisinde tutunabilmek için firmalar geleneksel çalışma biçimlerinden uzaklaşarak farklı atipik çalışma biçimlerine geçmeye başlamışlardır.⁴⁸

Tüm bu hususların sonucu olarak iş hukukunda klasik çalışma biçimlerinden uzaklaşarak güncel iş yaşamına uygun daha farklı düzenlemelerin getirilmesi ihtiyacı doğmuş ve işyerlerini çeşitli arayışlara itmiştir.⁴⁹ Tüm bu ihtiyaçlar özgür ve ihtiyaçlarını

⁴⁵**KARAHAN**, Atilla, “Dış Kaynak Kullanımının Verimlilik Üzerine Etkisi: Hastane Yöneticileri Üzerine Bir Araştırma”, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.12, S.21, 2009, s.186, Erişim: <https://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423872350.pdf>, Erişim Tarihi:10.08.2021.

⁴⁶**EKİN**, Nusret, “Küresel Dönüşümde Sosyal Çelişkiler ve Yeni Vizyon” KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.5, S.3, 2000, s.161, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/pdf/5310.pdf>, Erişim Tarihi:21.08.2021.

⁴⁷**EKİN**,s.162.

⁴⁸**AYKAÇ**, s.7.; **GÜZEL**, Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt işveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.1, s.38, 2004, <https://www.calismatoplum.org/makale/is-yasasına-göre-alt-isveren-kavramı-ve-asıl-isveren-alt-isveren-iliskisinin-sinirları>, Erişim Tarihi: 21.08.2021.

⁴⁹**NARMANLIOĞLU**, s.115; **SÜZEK**, Sarper, “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve geleceği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, 2009, s.6, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6327_P1AB800B2Z14.pdf, Erişim Tarihi:10.08.2021; **EKONOMİ**, s.22.

karşılayabilecek nitelikte iş ilişkileri kurmak isteyen işverenlere yardımcı olabilmesi amacıyla esneklik kavramının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.⁵⁰

Buradaki esneklik, iş hukuku mevzuatının katı ve sınırlayıcı hükümlerinin yumuşatılarak kurulacak olan iş ilişkisinin taraflarının çalışma koşullarını daha geniş bir alanda düzenleyebilme imkânı tanınmasıdır.⁵¹ Karşımıza bu durumda esneklik türlerinden olan sayısal esneklik çıkmaktadır. Sayısal esneklik, işverenin çalıştıracağı işçi sayısı ile bunların niteliklerini belirleme serbestisinin yanında aynı zamanda bazı işleri başka kişilerin işçileri tarafından yürütülmesinin sağlanmasıyla da bağlantılıdır.⁵²

Uygulamada bu esneklik üretimi dışsallaştırma yoluyla elde edilmeye çalışılmaktadır. Şöyle ki; işverenler kendi uzmanlık alanları dışında uzmanlık gerektiren işlerde üretimi ve istihdamı dışsallaştırma yoluna giderek kendi işçilerini kullanmak yerine söz konusu alandaki çalışmaları bu konuda uzmanlaşmış alt işverenler vasıtasıyla yürütmektedirler.⁵³

Ülkemizde de 1990'ların başından itibaren yaygınlaşmaya başlayan ancak istisnai durumdaki bu esnekleşme modeli ekonomik krizler, fonlar ve işverenlerin baskısı gibi nedenlerin etkisiyle sürekli hale gelmeye başlamıştır.⁵⁴ Bu hususun da etkisiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun madde 2 hükmü ile alt işverenlik ilişkisi detaylı olarak düzenlenmiştir. TİSK, TOBB ve TÜSİAD esneklik konusundaki ortak görüş ve önerileri metninde esnek çalışmanın küreselleşen bir ekonomideki önemine ve esnek çalışmanın işsizlik karşısındaki pozitif etkisine değindikten sonra hızla küreselleşen ve küreselleşmenin etkisiyle rekabetin daha da yukarı doğru ivmelendiği piyasada klasik çalışma türlerinin yanı sıra artık esnek çalışma modellerinin yaygınlaştığı ve ülkemizde de 4857 sayılı İş Kanunu ile esnek çalışmanın yaygın olarak işçinin haklarını koruyacak şekilde yerleştiği, esnek çalışma biçimlerinin alt işverenlik, geçici iş ilişkisi, belirli süreli iş sözleşmesi, kısmi süreli çalışma ve çağrı üzerine çalışma olarak sıralanabileceği bu uygulamaların her ne kadar küresel ve rekabetçi bir piyasadaki önemi göz ardı edilemeyecek olsa da kanuni düzenlemelerin işçinin

⁵⁰ LİMONCUOĞLU, Alp Siyami, Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Güvenceli Esneklik, Yazarın Kendi Yayını, İzmir, 2010, s.71 vd.; SÜZEK, Esneklik, s.6; EKONOMİ, Münir, "4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.12, s.5; AYKAÇ, s.7.

⁵¹ EKONOMİ, sayısal, s.5; AYKAÇ, s.7.

⁵² AYKAÇ, s.9; EKONOMİ, sayısal, s.8.

⁵³ ARSLANOĞLU, Mehmet, Anıl, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler Geçici İş İlişkisi-Asıl İşveren-Alt İşveren, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005, s.93; GÜZEL, s.34; AYKAÇ, s.9.

⁵⁴ TOKOL, Aysen, Türk Endüstri İlişkileri Sistemi, Dora Yayınevi, Bursa, 2015, s.366.

haklarını korurken rekabetçi piyasaya uyum sağlamaya çalışan işverenlerin korunmasını yeterince sağlamadığı belirtilmiştir.⁵⁵

Tüm bu hususlar göz önüne alındığında işverenlerin maliyet hesapları ve küresel iş ekonomisine tutunabilmek amacıyla uzmanlık gerektiren bazı iş türlerini alt işverenler aracılığıyla yürüterek üretimi dışsallaştırma yoluna gittiği ve bu durumun bazı hallerde alt işveren işçileriyle asıl işveren işçilerinin aynı ortamda çalışmalarına neden olduğu ve aynı işyerinin içinde iki farklı sosyal statüde çalışan işçi grubunun ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği söylenebilecektir⁵⁶

b-Alt İşverenlik Kavramının Türk Hukukunda Tarihsel Süreci

Ülkemizin alt işverenlik kavramı ile ilk tanışması 15.06.1936 tarihli 3330 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanan 3008 sayılı İş Kanunu ile olmuştur. İlgili kanunun 1. maddesinde *“İşçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele akdetmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür”* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere alt işverenlik ilişkisinin hukukumuzda ilk girişi yalnız alt işveren işçisini korumaya yönelik olup bu maddeyle sınırlı kalmıştır. Ancak bu maddede alt işverenin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiş olup yalnız işçilerin doğrudan doğruya asıl işverene ait işyerinde çalışması şartı konularak asıl işveren ile alt işverenin arasında yapılan sözleşmenin niteliği belirtilmiştir.⁵⁷

Sorumluluğun yalnızca asıl işverene yüklendiği bu düzenlemenin yetersiz görülmesi üzerine 31.01.1950 tarihli 7420 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanan 5518 sayılı kanunla 3008 sayılı İş Kanunu’nda değişikliğe gidilmiş ve alt işverenliğin düzenlendiği 1. maddesi *“İşçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş iseler bu aracılar da asıl işverenle müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.”* şeklinde yeniden düzenlenerek asıl işveren ile aracı olan alt işverenin birlikte sorumluluğu esası benimsenmiştir.⁵⁸

⁵⁵ TİSK, TOBB ve TUSİAD’ın Esneklik Konusunda Ortak Görüş ve Önerileri Metni, 23.07.2009, Erişim: <https://tusiad.org.tr/tum/item/2364-tisk--tobb-ve-tusiadin-esneklik-konusundaki-ortak-gorus-ve-onerileri>, Erişim Tarihi:21.08.2021.

⁵⁶ GÜLEŞCİ, Yusuf, Kamu İş Yerlerinden Alt işveren Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.38.

⁵⁷ HEKİMLER, Alpay *“Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi”*, Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, C.1, S.2, s.2, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/bsbd/issue/43802/538078>, Erişim Tarihi: 03.09.2022.

⁵⁸ Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Dergisi, *“Soru, Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt işveren”*, Ankara 2012, Yayın No:318, s.8, Erişim: <https://docplayer.biz.tr/115644-Turkiye-isveren->

Hukumumuzda alt işverenliğe ilişkin bir diğer değişiklik 1960 yılında gerçekleşmiştir. 21.12.1960 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan ve 29.03.1961 tarihinde ülkemizde yürürlüğe giren “*Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik 94 Sayılı ILO Sözleşmesi*”⁵⁹ ile kamu kurumu sıfatı taşıyan işyerlerinde alt işveren işçilerine ait hakların korunması amacıyla yeni koruyucu hükümler hukukumuzda yer almıştır.⁶⁰

Bir diğer değişiklik ise 1967 yılında 931 sayılı İş Kanunu ile gerçekleşmiştir. İlgili kanunda asıl işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için alt işverenin işçilerinin, asıl işverene ait işyerinde münhasıran çalışmaları zorunluluğu getirilmiş ise de Türkiye İşçi Partisi’nin, ilgili düzenlemenin Anayasa’nın 85. maddesine, sosyal devlet kavramına, sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler bölümüne ve bütününe ruhuna aykırı olduğu ileri sürerek Anayasa’nın 149. ve 150. maddelerine dayanarak iptali için Anayasa Mahkemesi nezdinde açmış olduğu 1967/40 E. 1970/26 K. 14.05.1970 Karar Tarihli dava ile ilgili düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından şekil itibarıyla iptal edilmiştir.

01.09.1971 tarihinde 13943 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 1471 sayılı İş Kanunu’nda yapılan düzenlemeyle kanunun 1. maddesine “*bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işyerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.*” düzenlemesi getirilmiştir.

2003 yılına gelindiğinde ise uygulamada artık daha sık karşılaşılmakta olan alt işverenlik ilişkisinin daha geniş bir şekilde ele alınabilmesi ve yaşanan hak kayıplarından kaynaklı mağduriyetlerin önüne geçilebilmesi için 4857 sayılı İş Kanunu madde 2 hükmünde işveren-alt işveren ilişkisi detaylı bir biçimde ele alınmış olup ilgili kanun maddesi ile uygulamada yaşanan sorunların önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Bir sonraki değişiklik ise aşağıda daha detaylı olarak izah edeceğimiz üzere 4857 sayılı İş Kanunun çıkmasından 3 yıl sonra 2006 yılında yapılmıştır. 01.07.2006 tarihinde

sendikalar-konfederasyonu-soru-cevap-ve-sorunlariyla-is-hukukunda-alt-isveren.html,
Tarihi:12.08.2021.

Erişim

⁵⁹ İlgili sözleşme için bkz. https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377264/lang--tr/index.htm, Erişim Tarihi:12.08.2021.

⁶⁰ Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Dergisi, “*Soru, Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren*”, Ankara, 2012, Yayın No:318, s.8, Erişim: <https://docplayer.biz.tr/115644-Turkiye-isveren-sendikalar-konfederasyonu-soru-cevap-ve-sorunlariyla-is-hukukunda-alt-isveren.html>,
Tarihi:12.08.2021.

Erişim

kabul edilen ve 12.07.2006 tarihli 26226 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 5538 sayılı Kanunun 18. maddesi ile İş Kanunu'nun alt işverenliği düzenleyen 2. maddesine 2 ayrı fıkra daha eklenmiş ve bu fıkralarla kamu kurumlarında uygulanan alt işverenlik ilişkisine yönelik düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.⁶¹

Bir diğer düzenleme ise 2008 yılında gerçekleşmiştir. 15.05.2008 tarihinde kabul edilen ve 26.05.2008 tarihli 26887 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 5763 sayılı kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun madde 3 hükmüne ekleme yapılarak işyeri bildirme yükümlülüğü alt işverene yüklenmiş ve alt işverenin, asıl işverenden alacağı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ile bu işlemleri gerçekleştireceği hükme bağlanmıştır.⁶² Bir diğer gelişme ise alt işverenlik yönetmeliğinin 27.09.2008 tarihinde 27010 sayılı Resmî Gazetede yayımlanması ile yaşanmıştır. İlgili düzenlemeden sonra yönetmeliğe ilişkin bir diğer değişiklik 25.08.2017 tarihinde 30165 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren “Alt İşverenlik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”⁶³ ile Alt İşverenlik Yönetmeliğinin madde 13 hükmünde yer alan alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın incelenmesine dair değişiklik gerçekleştirilerek müfettiş incelemeleri ile kanun yollarına ilişkin süre düzenlemeleri ile yükümlülükler düzenlenmiştir.

c-Alt İşverenlik Kavramının Türk Hukukundaki Temel Dayanakları

Alt işverenlik kavramına hukukumuzda temel olarak iki yerde değinilmiştir. Bunlar 22.05.2003 tarihinde kabul edilen, 10.06.2003 tarihinde 25134 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6,7,8 ve 9. fıkraları ile 27.09.2008 tarihinde 27010 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Alt İşverenlik Yönetmeliğidir.

aa-4857 Sayılı İş Kanunu

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında alt işverenlik ilişkisinin tanımı yapılarak aşağıda detaylı olarak izah edeceğimiz unsurları ve alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin işçilerine karşı asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğu düzenlenmiştir. Maddenin devamı olan 7. fıkra da alt işverenlik ilişkisinde muvazaayı engellemeye yönelik olarak adımlar atılmış ve asıl işverene ait işçilerin hileli yollarla alt işveren tarafından işe alınmış gibi gösterilmesi suretiyle yahut daha önce asıl işverene ait işyerinde çalışmakta olan işçi ile

⁶¹5538 sayılı “Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” hakkında detaylı bilgi için bkz. RG, T. 02.07.2006, S. 26226.

⁶² 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun” hakkında detaylı bilgi için bkz. RG., 26.05.2008 T., 26887 S.

⁶³ RG. 25.08.2017 T., 30165 S.

alt işverenlik ilişkisi kurulamayacağı düzenlenerek asıl işverenin işçilerinin hakları hileli işlemlere karşı korunmaya çalışılmış ve her türlü işin alt işverenlik ilişkisi bağlamında bölünerek alt işverence yürütülemeyeceği belirtilmiştir.

İş Kanunu'nun madde 2 hükmünün 8. ve 9. fıkraları 01.07.2006 tarihinde kabul edilen ve 12.07.2006 tarihli 26226 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5538 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenmiştir. İlgili fıkralarda daha önceki düzenlemelerin aksine bu kez işçi değil, kamu kurumu olan işveren lehine düzenlemeler getirilmiştir. İlgili fıkralarla kamu kurumlarının, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden doğan sorumluluklarının kısmen dışında kalmaları amaçlanmıştır. İlgili fıkra hükümlerine göre kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmakta olan alt işveren işçileri, bu kurumların kendilerine ait personellerinin yararlanmakta oldukları haklardan ve toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamayacakları hüküm altına alınmıştır.

Alt işverenlik ilişkisine dair bir diğer madde ise İş Kanunu'nun madde 36 hükmüdür. İlgili madde içeriğinde genel ve katma bütçeli daire ve mahalli idarelerle kamu iktisadi teşebbüslerinin yahut Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne dayanılarak kurulan kuruluşların asıl işveren olarak müteahhitlere yaptırmakta oldukları köprü, yol gibi işlerde bu işlerde çalışmakta olan müteahhit yahut taşeron işçilerinin hak edişlerini alıp almadıklarını denetim yetkisi bu asıl işverenlere verilmiş olup hakkedişini alamamış olan işçinin başvurusu üzerine üç ayla sınırlı olmak üzere alacaklarını idare bu müteahhit yahut taşeronun kendi hakkedişinden keserek işçinin hesabına yatırması gerekecektir.

6552 sayılı Kanun ile madde hükmüne eklenen beşinci fıkra ile görüleceği üzere *“İşverenler, alt işverene iş vermeleri hâlinde, bunların işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin başvurusu üzerine veya aylık olarak resen kontrol etmekle ve varsa ödenmeyen ücretleri hak edişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür.”* aynı yükümlülük özel sektör asıl işverenleri için de öngörülmüş ve bu sayede kanun koyucu hükmün kapsamını oldukça büyük bir şekilde genişletmiştir.⁶⁴

Alt işverenlik ilişkisinde yıllık ücretli izin durumuna ilişkin düzenleme ise İş Kanunu'nun Yıllık Ücretli İznin Kullanılması başlıklı 56. maddesinin 7. fıkrasında

⁶⁴**GEREK**, Nüvit, “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 Sayılı Kanunun Düşündürdükleri”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.25, S.3-4-5-6, s.4; **ARSLANERTÜRK**, Arzu, “6552 Sayılı Kanunun 4857 Sayılı İş Kanunu ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Getirdiği Yenilikler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.45, 2015, s.181, Erişim: <https://www.calismatoplum.org/makale/6552-sayili-kanunun-4857-sayili-is-kanunu-ile-6356-sayili-sendikalar-ve-toplu-is-sozlesmesi-kanununa-getirdigi-yenilikler>, Erişim Tarihi:24.08.2022.

düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre alt işveren olan firma değişmiş olsa bile aynı işyerinde başka bir alt işveren firmanın işçisi olarak çalışmaya devam eden işçinin yıllık ücretli izin süresi bu aynı asıl işverene ait işyerindeki çalışma süresine göre hesaplanacak olup alt işveren firmanın değişmiş olması bu süreyi etkilemeyecektir. Yine işçinin yıllık ücretli izin hakkının kullandırılıp kullandırılmadığını denetim yetkisi asıl işverene verilmiş olup alt işveren, izin kayıt belgelerini asıl işverene teslim etmekle yükümlü tutulmuştur.⁶⁵

Alt işverenlik ilişkisi kapsamında kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmakta olan işçilerin kıdem tazminatı hak edişlerine ilişkin düzenleme İş Kanunu'nun Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışanların Kıdem Tazminatı başlıklı madde 112 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili madde içeriğinde kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmakta olan alt işveren işçilerinin durumu üç ayrı başlık altında değerlendirilmiştir. İlk olarak alt işveren işçisi olarak alt işverenin değişip değişmediği önem kazanmaksızın aynı kamu kurumuna ait farklı işyerlerinde çalışmakta olan alt işveren işçisinin durumu düzenlenmiş ve bu işçilerin hak edişi olan kıdem tazminatının tümünün bu kamu kurumu tarafından ödeneceği belirtilmiştir.

İkinci düzenleme ise aynı sözleşme kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılmış olan alt işveren işçisinin kıdem tazminatının nasıl ödeneceği hususuna ilişkindir. Madde düzenlemesine göre alt işveren işçisi aynı iş sözleşmesi kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılmış ise farklı kamu işyerlerinde çalışmış olduğu toplam süreden hak edişi olan kıdem tazminatı çalışmış olduğu son kamu kurumu tarafından işçinin banka hesabına ödenecektir.

Üçüncü başlık ise alt işveren ile yapmış olduğu sözleşme sona erme süresinin kamu kurumları dışında özel sektörde çalıştırılmaya başlanan alt işveren işçisinin sözleşmesinin kıdem tazminatına hak edecek şekilde sona ermesi halinde kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştığı süreye ilişkin kıdem tazminatı son çalışmış olduğu kamu kurumundaki son ücreti üzerinden yıllık asgari ücret artış oranları dikkate alınıp güncellenerek çalışmış olduğu son kamu kurumu tarafından ödeneceğine ilişkindir.

bb-Alt İşverenlik Yönetmeliği

İş Kanunu madde 3 hükmü “*Alt işverenlik ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyeri tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gereken diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.*”

⁶⁵(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/6 m.)

şeklinde düzenlenmiştir. İlgili madde hükmünde görüldüğü üzere alt işverenlik ilişkisinin kurulmasında ve yönetilmesinde izlenecek usul ve esasların temeli her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirtilmiş olsa da uygulamaya dönük aşamalar ile usul, yönetmelikte izah edilecektir.

Alt işverenlik yönetmeliği 4857 sayılı İş Kanunu madde 3 hükmüne göre tasarlanmış ve yönetmeliğin üçüncü, on ikinci ve on üçüncü maddelerinde bu çalışmamızın da konusunu oluşturan muvazaa kavramı ele alınmıştır. 3.maddesinde muvazaa kavramının oluşum şekilleri tanımlanırken 12. maddesinde muvazaanın ne şekil inceleneceği detaylı olarak belirtilmiştir.13. madde içerisinde ise inceleme sonrasındaki usul ile süreler hükme bağlanmıştır.

d-Alt İşverenlik İlişkisinin Kurulması

aa-Alt İşverenlik İlişkisinde Kurulma Aşaması

4857 sayılı İş Kanunu ve İş Kanunu Yönetmeliğine uygun bir alt işverenlik ilişkisinden bahsedebilmemiz için öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu madde 3 hükmüne bakmamız gerekmektedir. İlgili madde hükmüne göre “*Alt işverenlik ilişkisinin kurulması, bildirim ve işyeri tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gereken diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.*” görüldüğü üzere alt işverenlik ilişkisinin kurulmasında izlenecek usul ve esaslar 4857 sayılı İş Kanunu ile İş Kanunu Yönetmeliğinde belirtilmiştir. İş Kanunu Yönetmeliği madde 5 hükmüne baktığımızda alt işverenin, madde 6 hükmünde sayılan belgeler(işyeri bildirgesi, Ticaret Sicil Gazetesi sureti, alt işverenlik sözleşmesi ve ekleri) ile birlikte İş Kanunu madde 3 hükmüne göre iş kurumu il müdürlüğüne bildirimde bulunması gerekmektedir. Beyan etmiş olduğu bilgi ve belgelerde eksiklik bulunan alt işverenin tescili gerçekleştirilemeyecektir. Bu durum da yine ilgili yönetmeliğin 7. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu tescil öncesi yapılan araştırmaların temel sebebiyse kurulmuş bulunan alt işverenlik ilişkisinde bir muvazaanın bulunup bulunmadığının tespiti ve önlenmesi içindir. Bu durum 4857 sayılı İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmünde inceleme sonucunda muvazaanın tespiti halinde yapılacak işlemler ile belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu madde 3 hükmünün başlığının “İşyerini Bildirme” olduğu görülmektedir. Yine İş Kanunu Yönetmeliği madde 5 fıkra 3 hükmüne bakıldığında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasının her ne suretle olursa olsun yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bu hususun bir diğer sebebi de alt

işverenlik ilişkisinin kurulması esnasında alt işverenin işveren sıfatı değil bilakis asıl işverenle harici olarak kurduğu sözleşme ile ayrı bir işveren sıfatı taşıyan kişidir.⁶⁶Öncelikle yeni bir işyeri kurulmasının temeli olan alt işverenlik sözleşmesini incelememiz gerekecektir.

bb-Alt İşverenlik Sözleşmesi

4857 sayılı İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmüne göre alt işverenin alt işverenlik ilişkisinin bildirim ve tescili için yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve diğer gerekli belgeler ile birlikte iş kurumu il müdürlüğüne müracaat etmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda doğrudan asıl işveren-alt işveren ilişkisini temsil eden bir sözleşme bulunmamaktadır. Alt işverenlik ilişkisi eser, kira veya taşıma sözleşmelerinden kaynaklı olabilir. Yine Türk Borçlar Kanunu'nda yer almayan harici bir sözleşme türü ile de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması mümkündür.⁶⁷

Aslında burada dikkat edilmesi gereken husus sözleşmenin adı değildir. Mühim olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurma niyetiyle yapılan sözleşmenin İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünde yer alan unsurları içerip içermediğidir. Her sözleşme türünün alt işverenlik ilişkisine uygun düştüğünü söylemek doğru olmayacaktır.⁶⁸ Örneğin, doktrinadaki genel kanaate göre distribütörlük sözleşmesinin alt işverenlik ilişkisi doğurması mümkün değildir.⁶⁹ Distribütörlük niteliği gereği normal bir alım-satım sözleşmesinden ayrılmaktadır. Şöyle ki; distribütörlük sözleşmesinde her ne kadar ortada bir satın alma söz konusu olsa da burada distribütör ile satıcı arasındaki ilişki sürekli bir ilişki niteliğindedir. Distribütör ürünü yalnızca satmakla kalmıyor aynı zamanda söz konusu ürünün reklam ve tanıtımını da üstlenerek markanın ve ürünün tanınırlığını arttırmaktadır. Ancak burada distribütör yapmış olduğu bütün işlemleri kendi nam ve hesabına yapmakta olup burada asıl işin bir bölümünü üstlendiği yani bir alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu söylenemeyecektir.⁷⁰Bu hususta Yargıtay'ın düşüncesine baktığımızda ise yüksek mahkemenin daha önceki bir kararında

⁶⁶AKTAY, Nizamettin, “Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar”, KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.3, S.3, 1994, s.11-23, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/pdf/332.pdf>, Erişim Tarihi:22.08.2021.; SÜZEK, s. 164.

⁶⁷AYKAÇ,s.37.;ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s. 111;

GÜLEŞCİ,s.90.; AKYİĞİT, Ercan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2013, s.24.

⁶⁸ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA,s. 111 vd.; AYKAÇ, s.34;MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.201.

⁶⁹ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.112; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.117 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.201.

⁷⁰YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019,s.19; ÜLGİN, Hüseyin, HELVACI, Mehmet, KAYA, Arslan, NOMER ERTAN, Füsun, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s.898 vd.

distribütörlük sözleşmesinden doğan bir davada söz konusu ilişkiyi doğrudan asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak değerlendirerek söz konusu davayı alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın tespitine yönelik olarak ele almıştır.⁷¹ Ancak söz konusu kararın maddi hata gerekçesiyle temyizinde tekrardan verdiği kararında taraflar arasındaki distribütörlük sözleşmesinin tek başına asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğurmayacağına, taraflar arasındaki ilişki incelenmeden verilen bu kararın hatalı olduğuna hükmetmiştir.⁷²

Distribütörlük sözleşmesi gibi asıl işveren-alt işveren ilişkisine dair bir nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkin doktrinde tartışma konusu olan bir diğer husus ise Rödövens sözleşmeleridir. Rödövens sözleşmeleri, bir madenin işletim hakkını elinde bulunduran ruhsat sahibinin söz konusu madenin işletim iznini rödövensçiye devretmesi ve bunun karşılığında çıkan ton miktarına göre rödövensçiden kira bedeli almasıdır.⁷³ Burada mülkiyeti esasen devletin elinde bulunan bir madeni belirli bir süreyle işletme hakkına sahip bulunan ruhsat sahibi, bu hakkını kira bedeli karşılığında rödövensçiye aktarmaktadır. Yani burada söz konusu maden üzerinde asıl işveren-alt işveren olarak iki ayrı işveren bulunmamakta ve herhangi bir yardımcı işin bölünmesi söz konusu olmamakta bilakis söz konusu iş bütünüyle belirli bir süre için devredilmektedir. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında rödövens sözleşmelerinde, devlete ait belirli bir madeni belirli bir süreyle işletme hakkını elinde bulunduran ruhsat sahibi ile rödövensçi arasında kurulan ilişki alt işverenlik ilişkisinin niteliklerini taşımamakta olup söz konusu sözleşmenin alt işverenlik ilişkisi kurduğu söylenemeyecektir.⁷⁴

Doktrinde de isabetli olan bir diğer görüş ise taraflar arasında kurulan acentelik sözleşmelerinin alt işverenlik ilişkisi oluşturmayaacağı hususudur.⁷⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 102 hükmünde acente şu şekilde tanımlanmıştır: *“Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir.”*. Görüldüğü üzere acente, almış olduğu işi asıl işverene ait olan işyerinde değil belirli bir yer veya bölge içerisinde icra etmektedir. Aynı

⁷¹Yargıtay 22. HD,E. 2014/26641,K. 2015/3272, T. 02.02.2015, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 22.08.2021.

⁷²Yargıtay 22. HD, E. 2017/34520, K. 2017/15641, T. 03.07.2017, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 22.08.2021.

⁷³ÇANKAYA, Osman Güven, “Rödövens Alt İşverenlik Sözleşmesi midir?”, KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.13, S.3, 2014, s.15, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/pdf/1331.pdf>, Erişim Tarihi:02.09.2021.

⁷⁴ÇANKAYA, Rödövens, s.15 vd.

⁷⁵AYKAÇ, s.36; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.201.

zamanda acente, alt işverenlik ilişkisinde olduğu gibi kendi nam ve hesabına değil anlaşma sağlamış olduğu işverenin nam ve hesabına hareket etmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu madde 90 hükmünde İş ve İşçi Bulmaya Aracılık başlığı altında özel istihdam büroları ile Türkiye İş Kurumunun işçi temininde yetkili olduğu söylenmiştir. Ancak özel istihdam bürosunun bulmuş olduğu işçiyi o yetenek ve vasıflara sahip bir işçi aramakta olan işyerine yönlendirmesi burada herhangi bir alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını sağlamayacaktır. Burada yapılan söz konusu sözleşme asıl işveren-alt işveren ilişkisine dair değil yalnızca iş-işçi bulmaya aracılık sözleşmesidir.

Doktrinde ve uygulamada kimi çalışmalarda alt işveren sözleşmesi başlığı kullanılmakta ise de doktrindeki bir diğer görüşe göre burada alt işveren sözleşmesi başlığından kastedilen husus asıl işveren-alt işveren arasında istisna sözleşmesi gibi hukuki nitelik oluşturan bir sözleşme değil daha çok asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin işleyişini genel hatlarıyla düzenlemeyi amaçlayan teknik şartname gibi sözleşmeler kastedilmektedir.⁷⁶

cc-Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Tescili

Bir işyerinde kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi Alt İşverenlik Yönetmeliğinin madde 5 hükmü *“Bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir.”* gereğince her ne şekilde kurulmuş olursa olsun yeni bir işyeri kurulumu şeklinde değerlendirilmektedir. İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmüne göre İş Kanunu madde 2 hükmüne uygun olarak asıl işverenden iş alan alt işveren buradaki kendi işyerinin tescili için alt işverenlik sözleşmesi ve Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 6 hükmünde sayılan diğer belgelerle birlikte (İşyeri bildirgesi, tüzel kişiler için Ticaret Sicil Gazetesi sureti, alt işverenlik sözleşmesine ilişkin ekler) söz konusu işyerinin kaydının bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirimde bulunmalıdır. Yapılan bildirimin ardından Çalışma ve İş Kurumu Müdürlüğü tarafından Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 7 hükmüne göre sicil numarası verilir. Bu sicil numarasının verilmesi asıl işveren-alt işveren ilişkisi sonucunda kurulmuş olan yeni işyerinin tescil edildiği anlamına gelmektedir.

İşyerinin bildirimi esnasında sunulmuş olan belgelerin doğruluğuna ilişkin denetim ise 4857 sayılı İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmü gereği iş müfettişlerince gerçekleştirilecektir. Yapılan inceleme neticesinde belgelerinde gerçekliğinin bulunmaması

⁷⁶GÜZEL, s.38.

yahut eksik olması durumunda söz konusu işyerinin tescili işleminin iptali söz konusu olacaktır.

İş müfettişleri tarafından belgeler üzerinde gerçekleştirilen inceleme neticesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaalı bir durumun bulunduğu tespit edilmiş olması halinde bu durum rapor haline getirilerek asıl işveren ve alt işverene tebliğ edilecektir. İş kanunu madde 3 fıkra 2 hükmü gereğince muvazaanın tespitine ilişkin bu söz konusu rapora karşı çalışmamızın devamında daha detaylı olarak izah edeceğimiz üzere işverenlerin raporu tebliğ aldıkları günden itibaren otuz iş günü içerisinde yetkili iş mahkemesinde itiraz hakları bulunmaktadır. Ancak söz konusu itirazın yapılmamış olması yahut yapıp da mahkemece söz konusu asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı hal içerdiğinin tespiti halinde tescil işlemi iptal edilerek asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması esnasında alt işveren işçisi olarak sayılan bütün işçiler söz konusu ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçileri olarak sayılacaklardır.

3-Alt İşverenlik İlişkisinin Unsurları

Her asıl işverenin alt işverenlik kapsamında işçi çalıştırabilmesi mümkün olmadığı gibi aynı zamanda isteyen her kişinin de alt işveren olarak bir başkasına ait işyerinde işçi çalıştırması mümkün değildir. 4857 sayılı İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliği ile asıl işveren-alt işveren ilişkisine bazı temel şartlar getirilmiştir. Bununla güncel iş hayatında asıl işverenlerin sendikal faaliyetleri zayıflatmak ve toplu iş sözleşmesinin kendilerine getirdiği zorluklardan kurtulmak amacıyla ve diğer kendilerine kolaylık sağlayan kötü yönlü kullanımların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu hususa ilişkin şartlar İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası ile Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 4 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğundan bahsedebilmemiz için öncelikle ortada İş Kanunu'nda sayılan şartları taşıyan bir ilişkinin varlığı gerekmektedir. Söz konusu unsurlara uygun olmayan veya bunlardan birini taşımayan bir ilişkinin geçerli bir şekilde kurulmuş olan asıl işveren-alt işverenlik ilişkisi olduğundan bahsedilemeyecektir.⁷⁷

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise asıl işveren-alt işveren ilişkisinin düzenlendiği bir kanun daha bulunmaktadır. Bu da 16.06.2006 tarihli 26200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu madde

⁷⁷ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT,ÖZKARACA, s.114; BAŞBUĞ, YÜCEL BODUR, s.84 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL s.205; NARMANLIOĞLU, s.118-119; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.68 vd.

12 hükmüdür. İlgili kanun maddesi incelendiği takdirde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımına yer verilmiştir.⁷⁸ Ancak tek maddelik olarak yapılan bu tanım İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliğinde yer alan tanımlara göre çok daha dar kapsamlı ve soyut kaldığından dolayı uygulamada bazı aksaklıklara yol açabilmesi mümkündür. Böyle bir durumda Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre geçerli sayılan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin İş Kanunu hükümlerine göre geçersiz olması durumu ortaya çıkacaktır.⁷⁹

a-Her İki Tarafında İşveren Sıfatına Sahip Olması

İş hukuku kapsamındaki bir iş ilişkisinde alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için aranan temel şart kendisine ait işyerinde işçi çalıştırmakta olan bir asıl işverenin varlığı ile yine bu işyerinde işçi çalıştırmakta olan bir alt işverenin bulunmasıdır. Bu durum 4857 sayılı İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünden kaynaklanmaktadır. Bir diğer deyişle işverenin bu işverenlik sıfatı yalnızca işverenin söz konusu işyerinde işçi çalıştırmasından kaynaklanmamalı aynı zamanda alt işverene verilmiş olan iş nedeniyle de işçi çalıştırmasından kaynaklı olarak işveren sıfatına sahip olması gerekmektedir. Yani bir kişinin yalnızca işçi çalıştırıyor olması tek başına alt işverenlik ilişkisi bakımından asıl işveren sıfatını taşımasına kâfi gelmeyecektir.⁸⁰

Yine Alt İşveren Yönetmeliği madde 4 hükmünün a bendinde bu husus “*Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır*” şeklinde belirtilmiştir. Yani bir kimse kendisine ait işyerinde herhangi bir işçi çalıştırmaksızın doğrudan tüm işçilerini başka bir işveren üzerinden sağlıyorsa burada asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu söylenemeyecektir. Yani kanun koyucu hem 4857 sayılı İş Kanunu hem de Alt İşverenlik Yönetmeliği ile asıl işverenin bu işverenlik sıfatının korunmasını aramaktadır.

Asıl işverenin söz konusu işyerinde işçi çalıştırıyor olması asıl işveren-alt işveren ilişkisinin İş Kanunu'na uygun olarak kurulması bakımından şart olması gibi aynı husus asıl

⁷⁸ “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur.”

⁷⁹ ÇANKAYA, Rödövars, s.8 vd.

⁸⁰ DEMİR, Fevzi, Sorularla Bireysel İş Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s.35. Erişim: http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/soru_birey_is_huk_1.pdf, Erişim Tarihi:20.09.2021; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.114.; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.207 vd.; BAŞBUĞ, YÜCEL BODUR, s.85; SÜZEK, s.165; SENYEN KAPLAN, s.55; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.35.

işverenden iş almakta olan alt işveren için de geçerlidir. Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için her iki tarafın da işveren sıfatını haiz olması gerekmektedir. Alt işverenin, işveren sıfatını kaybetmesi durumunda artık bir alt işverenlik ilişkisinin taraflar arasında bulunduğu söylenemeyecektir.⁸¹ Asıl işverene ait işyerinde İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükümlerine uygun olarak işin bir bölümünü üstlenmiş olan alt işverenin bu işi bizzat kendisinin gerçekleştirmesi durumunda artık ortada bir alt işverenlik ilişkisinin bulunduğu ve kişinin alt işveren sıfatına sahip olduğundan bahsedilemeyecektir.⁸²

Alt işverenin bu sığata hangi aşamada sahip olması gerektiğine ilişkin doktrinde ikili bir ayırım bulunmaktadır.⁸³ Bir görüşe 4857 sayılı İş Kanunu madde 3 hükmüne göre kişinin alt işveren sıfatını haiz olabilmesi için bir işyerinin bulunması ve bu işyerinin tescil edilmiş olması şartı bulunmaktadır. Bu nedenle İş Kanunu'na uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için alt işverenin, söz konusu ilişkinin kurulmasından önce bir işyeri ve bu işyerinde işçilerinin bulunması gerekmektedir. Doktrinde de isabetli olarak ileri sürüldüğü üzere İş Kanunu'nda sözü geçen bildirim yükümlülüğü alt işverenin daha önceden sahip olduğu bir işyerine dair olmayıp, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için alt işverenin, asıl işverene ait işyerinde işçilerini çalıştırmaya başlayacağını ve bunun da yeni bir işyeri sayılacağına ilişkin bildirimdir.⁸⁴

İşverenin işyerinde işçi çalıştırıyor olması da ona doğrudan asıl işveren sıfatı kazandırmayacaktır. Örneğin, işyerindeki ana işin başka bir işverenin işçilerine devredilmiş olması ancak asıl işverenin işçilerinin ise söz konusu işyerindeki yardımcı işlerde çalışıyor olması durumunda her ne kadar işveren sıfatı korunmuş olsa da ortada İş Kanunu'na uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulduğu söylenemeyecektir.⁸⁵

⁸¹SÜZEK, s.165-166.; AYKAÇ, s.64 vd.; AYDINLI, s.187 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.206; HEKİMLER, s.4.

⁸²SÜZEK, s.165-166.; AYKAÇ, s.70 vd.; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.120; AKYİĞİT, Bireysel, s.64; AYDINLI, s.192.

⁸³MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, "4857 Sayılı İş Kanununun Getirdiği Bazı Önemli Yenilikler", KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.4, 2004, s.5., Erişim: www.yumpu.com/tr/document/read/32217827/4857-sayli-yeni-is-kanununun-getirdigi-onemli-baz-yenilikler, Erişim Tarihi:20.09.2021.

⁸⁴AYKAÇ, s.67; AKYİĞİT, Ercan, İctihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, C.1, Ankara, 2008, s.100 vd.; AKYİĞİT, Ercan, "Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.22, S.4-5, 2009-2010, s.20, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1349444406.pdf>, Erişim Tarihi:14.08.2022.

⁸⁵AKYİĞİT, s.35.; CANBOLAT, Talat, Türk İş Hukukunda Asıl-Alt İşveren İlişkileri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s.20.

Anahtar teslim sözleşmelerde üstlenici olan kişi söz konusu işin belli bir bölümünü değil bütünü teslim aldığından ve alt işveren değil doğrudan işveren olarak tanımlanmakta ve böylesi bir sözleşmede alt işverenlik ilişkisinden söz edilememektedir⁸⁶. Çünkü aynı zamanda böyle bir durumda kendisine ait işyerinde kendisine ait işçi çalıştırmayan, işi tamamıyla taşeron firmaya devretmiş olan kişinin artık işveren sıfatını haiz olduğu da söylenemeyecektir.⁸⁷

Bir kamu idaresinin yaptırmakta olduğu köprü-yol çalışmasının tümünün inşası için bir firmayla anlaşması durumunda yani kamu idaresinin hiçbir personelinin görev almayacağı şekilde yalnızca müteahhit firmanın çalışanlarıyla yürütülen bir projede asıl işveren olan kamu idaresinin hiçbir çalışanı yer almadığından burada İş Kanunu'na uygun olarak kurulmuş bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsedilemeyeceği gibi burada asıl işveren sıfatını taşımamakta olan kamu idaresi ancak ihale makamı sıfatı taşıyabilecektir.⁸⁸

Yargıtay da vermiş olduğu güncel kararlarında işverenin, söz konusu işin tümünü bir bütün olarak ya da parçalara bölerek bir başka işverene devretmesi ve bu şekilde artık söz konusu işten tamamen el çekmesi durumunda artık burada işin İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmüne uygun olarak bölünerek alt işverene devredilmesi gibi bir durum bulunmadığından burada söz konusu işverenin asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında bir asıl işveren sıfatını haiz olamayacağına bu nedenle söz konusu ilişkinin alt işverenlik ilişkisi sayılamayacağına hükmetmiştir.⁸⁹

Bazı durumlarda ise kişiler asıl işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırabilmek amacıyla sözleşmenin niteliğini anahtar teslim sözleşmesi olarak belirtmekte ancak fiilen alt

⁸⁶ Yargıtay 21. HD,E. 2013/19247,K. 2014/1720, T. 10.02.2014, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 17.09.2021; **SÜZEK**, s.165; **AYKAÇ**,s.50.; **GÜZEL**,s.39.; **DEMİR**, s.16.; **ALPAGUT**,Gülsevil, “4857 Sayılı İş Yasası İle Alt işveren Yasasındaki Yeni Yapılanma”, Yeni İş Yasasının Altışveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İNTES, İnşaat ve Sanayii Yayınları, No:10, Ankara, 2004, s.16, Erişim:<https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, Erişim Tarihi:17.09.2021.;**ÇELİK,CANİKLİOĞLU,CANBOLAT, ÖZKARACA**, s.115; **EKMEKÇİ, YİĞİT**, s.117; **EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN**, s.35.

⁸⁷**ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA**, s.115; **EKMEKÇİ, YİĞİT**, s.117; **SÜZEK**,s.165; **GÜZEL**, s.40; **ŞAFAK**,Can, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.51,2004, s.122. Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-51-5>, Erişim Tarihi: 17.09.2021.

⁸⁸**SÜZEK**, s.165; **AYKAÇ**, s.51; **DEMİR**,s.16.

⁸⁹Yargıtay 10. HD,E. 2015/24250, K. 2017/9408, T. 28.12.2017; Yargıtay 22. HD, E. 2017/29980, K. 2020/9612, T. 26.07.2020, Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 20.09.2021.

işverenlik ilişkisi kurmaktadırlar. Böylesi bir durumda ise tarafların arasındaki sözleşmenin ismine değil doğrudan niteliğine bakılması gerekmektedir.⁹⁰

Bir diğer husus ise asıl işveren-alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanunu'na uygun olarak kurulmuş olması ancak kurulduktan bir süre sonra asıl işverenin söz konusu işveren sıfatını kaybetmesi durumunda alt işverenlik ilişkisinin ne şekilde süreceği ve alt işveren işçilerinin bundan sonraki süreçte alt işveren işçisi olarak sayılıp sayılmayacakları meselesidir. Doktrindeki bir görüşe göre asıl işverenin işveren sıfatını kaybetmesi halinde artık ortada bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsedilemeyeceğinden dolayı söz konusu asıl işverenden iş almış ve kendi işçileriyle yürütmekte olan alt işverenin de alt işveren sıfatını kaybedeceğidir.⁹¹ Fakat asıl işverenin, işveren sıfatını kaybetmesine müteakip başka birinin bu işveren sıfatını üstlenmesi ve yeni işveren ile alt işveren arasında anlaşma kurulması durumunda asıl işveren-alt işveren ilişkisi aynı şekilde devam edebilecektir.

b-Alt İşverene Verilen İşin Asıl İşverene Ait İş Yerinde Yapılması

Taraflar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesinin diğer koşulu ise alt işverene verilen işin asıl işverene ait işyerinde yapılmış olmasıdır. Bu husus yine İş Kanunu'nun 2. Maddesinin 6. Fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre alt işverenin getirmiş olduğu işçilerin yapmış olduğu işin asıl işverenin yürüttüğü iş ile aynı organizasyon bütünlüğünde yer alması ve asıl işverene ait işyerinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bu koşul göz önüne alındığında özellikle uygulamada fazlaca görülen fason şeklindeki üretimlerde yani, işverenden devralmış olduğu işi kendisine ait işyerinde kendi işçileriyle yapmakta olan bir kişinin durumunda İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmüne uygun olarak kurulmuş olan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığından söz konusu işçilerin alt işveren işçisi ve işverenin, alt işveren olduğu söylenemeyecektir.⁹²

Alt işverenlik kapsamında verilen işin, asıl işverene ait işyerinde görülmesi gerekmektedir birlikte doktrinde de isabetli olarak ileri sürülen baskın görüşe göre bu kuralın dar bir şekilde yorumlanmaması gerekmektedir.⁹³ Nakil işlemleri gibi farklı coğrafi bölgeleri

⁹⁰ÇETİN, s.25; AYDINLI, s.192.

⁹¹CANBOLAT, s.21; ARSLANOĞLU, s.99; AYAN, Özge, “Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, S.10, s.505 vd.

⁹²SÜZEK, s. 166; SÜZEK, Sarper, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.25, 2010, s.15. ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.118.; AYKAÇ, s.74 vd.; BAŞBUĞ, YÜCEL BODUR, s.85; AYDINLI, s.216; HEKİMLER, s.4.

⁹³SÜZEK, s. 166; SÜZEK, Alt İşveren, s.15; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.117; DEMİR, Ender, “Asıl İşveren ile Alt İşverenin Mütelsel Sorumluluğu”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan,

kapsayan işlerin alt işverenlik kapsamında değerlendirilmesi gerektiği baskın görüş olarak ileri sürülmektedir. Şöyle ki; İş Kanunu madde 2 hükmünde yer almakta olan “işyerinde yürütülen iş” ifadesi mutlak bir coğrafi sınırlama öngörülerek dar yorumlanmamalıdır. Bazı durumlarda söz konusu işin niteliği gereği işyerinde gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilecektir. Örneğin Elâzığ’da bulunan bir hazır döner firmasının, hazırlanarak dondurulmuş haldeki dönerleri diğer şehirlerdeki işletmelere karayolu taşımacılığı aracılığıyla getirilmesi işleminin bu görüşe göre asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Yine termik santrallerin üretim yapabilmesinin temel kaynağı olan kömürün bu santrallere taşınması işinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekecektir.⁹⁴ Zira bazı işlerin niteliği gereğince asıl işverene ait işyerinde yerine getirilmesi mümkün olamayacaktır.

Bir diğer görüşe göre ise asıl işverene ait işyeri dışında yapılan işlerin, alt işverenlik hizmeti kapsamında düşünülmesi İş Kanunu’na aykırılık teşkil edeceğinden ve kanun hükmünün açık olmasından dolayı işin niteliği ne olursa olsun asıl işverene ait işyerinde gerçekleştirilmemiş olan bir işin asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında düşünülmesi mümkün olmayacaktır.⁹⁵

Her iki görüşte göz önüne alındığında burada 1475 sayılı İş Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu arasındaki işyeri tanımına ilişkin farklılığın ele alınması faydalı olacaktır. 1475 sayılı İş Kanunu’nda işyeri tanımlanırken yalnızca “işin yapıldığı yer” ifadesine yer verilmiştir. Ancak güncel 4857 sayılı İş Kanunu madde 2 hükmünde tanımlanmakta işyeri, burada “...İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin 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 meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” şeklinde tanımlanarak çok daha geniş bir şekilde ele alınmıştır.

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, 2016, s.839; **AYKAÇ**, s.77; **CANBOLAT**, s.24; **EKONOMİ**, s.30; **MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL**, s.212; **SOYER**, M. Polat, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.1, 2006, s.18. Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6347_9K7157B39V1.pdf, Erişim Tarihi:22.09.2021.

⁹⁴**SÜZEK**, s. 166; **SOYER**, s.18.; **MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL**, s.212; **AYDINLI**, s.216.

⁹⁵**EKMEKÇİ, YİĞİT**, s.121.

Görüldüğü üzere burada “*aynı yönetim altında örgütlenen yerler*” ve “*işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar*” ifadeleri ile işyerinin yalnızca tek çatı altından oluşmadığı ifade edilmiştir. Yine Yargıtay’ın bu doğrultuda vermiş olduğu kararlarında 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer alan bu genişlemeye uygun olarak dağıtım, ulaşım hizmetlerinde kullanılan araçların da işyeri içerisinde sayıldığını bu nedenle bu hizmetler her ne kadar işyerinin dışındaki bölgelerde gerçekleşmiş olsa da asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında değerlendirilmesine hükmetmiştir.⁹⁶

c-Alt İşverene Verilen İşin Niteliği

İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünde asıl işveren ile alt işveren arasında alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için belirli bir nitelik taşınmasına bağlı tutulmuştur. İlgili madde hükmünde “*...mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle...*” denilerek asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi sınırlandırılmıştır. 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için böyle bir sınırlama bulunmamaktaydı. İlgili dönemde alt işverenlik ilişkisinin kurulmasında serbest bir anlayış hakimken günümüzde belli sınırlamalarla bu kapsam daraltılmıştır.

Bu durumda karşımıza şu sonuç çıkmaktadır ki her ne kadar bir işverenin, başka bir işverene ait işyeri üzerinde iş alması mümkün olsa da 4857 sayılı İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünde belirtildiği üzere söz konusu işin bu işyerindeki mal veya hizmet üretimine ilişkin bir yardımcı iş yahut asıl işin bir parçası olmakla birlikte işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle herhangi bir uzmanlığı gerektiriyor olmaması halinde bu işin alınması geçerli olsa da ortadaki bu anlaşmanın asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşturduğu söylenemeyecektir. Bu hususa ilişkin doktrindeki bir diğer görüşe göre İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünde asıl işveren-alt işveren ilişkisine dair yapılan tanım ve kısıtlamalar tamamen asıl işverenin sorumluluğuna ilişkin olup ilgili madde içerisinde geçen asıl iş-yardımcı iş ayrımı gibi kavramların hukuki bir temeli olmayıp madde içerisindeki kullanımı isabetsiz olup hukuka aykırılık teşkil etmektedir.⁹⁷

⁹⁶Yargıtay 9. HD,E. 2011/5359, K. 2011/33287 T. 26.09.2011; Yargıtay 9. HD,E. 2012/16680,K. 2012/28315, T. 11.09.2012, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 22.09.2021.

⁹⁷**BAŞBUĞ**, Aydın, “*İş Mevzuatının Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlara Çözüm Üretmekteki Yetersizliği*”, İş ve Hayat Dergisi, S.3, 2016, s.15, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/374426>, Erişim Tarihi:24.09.2021.

aa-Alt İşverene Verile İşin İş Yerinde Yürütülen Mal Ve Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İş Olması

Yardımcı iş kavramı, İş Kanunumuz içerisinde tanımı bulunan bir kavram değildir. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi hükmünde bu hususla ilgili olarak “İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi, ifade eder” şeklinde bir tanımı bulunmaktadır.

Bu sınırlandırma da yine İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. fıkrasında yer almakta olup genel olarak doktrin tarafından da desteklenmektedir.⁹⁸Bu düzenlemeye göre alt işverene verilecek olan işin asıl işverenin yürütmekte olduğu mal veya hizmet üretiminin yardımcı işi kapsamında olabileceği gibi asıl işverenin kendi işçilerinin yürütmekte olduğu asıl işin bir bölümünde de olması mümkündür. Ancak yardımcı iş kavramı sadece asıl işverenin kendisine ait işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimi ile ilgili olması durumunda alt işverenlik ilişkisi kapsamında değerlendirilebilecektir. Yani aslında düzenleme alt işverenlik ilişkisinde asıl işverenle alt işverenin yapmış oldukları işlerin birbirlerinin tamamlayıcı unsurları olmasını aramaktadır.⁹⁹

Yardımcı işin ne olduğu ve nasıl tespit edileceği hususunu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşımakta ise asıl işin o olacağı, işyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işlerin ise yardımcı iş sayılacağı şeklinde izah etmiştir.¹⁰⁰

Yani alt işverene verilmiş olan yardımcı iş hususundan bahsederken dikkat edilmesi gereken temel mesele burada herhangi bir yardımcı iş değil burada asıl işverenin, alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını arzu ettiği işyerindeki bir mal veya hizmet üretimine ilişkin bir yardımcı işin varlığının bulunması gerektiğidir. Asıl işverene ait işyerindeki mal veya hizmet üretiminden ise anlamamız gereken husus, o işyerinin üretiminin konusunu teşkil eden işlerdir. Örneğin bir çikolata-bisküvi fabrikasının üretiminin temelini bunların ham maddelerinin işlenmesi, üretilmesi ve paketlenmesi hususları oluşturmaktadır. Bununla

⁹⁸ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.115; AYKAÇ, s. 85 vd.; SÜZEK, s.166; AYDINLI, s.192 vd.

⁹⁹ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.115; AYKAÇ, s. 85 vd.; SÜZEK, s.166; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.131; ŞAHLANAN, Fevzi: “İşyeri Devri ile Asıl İşveren-Alt İşveren (Karar İncelemesi)”, T.İ.D, Kasım2007, S. 333, s.2-4.

¹⁰⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2011/21622, K. 2011/15363T. 24.05.2011, Erişim: <https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/iskolu-tespitinin-isletmenin-teknik-amacina-gore-yapilmasinin-gerekmesi>, Erişim Tarihi: 30.08.2022.

birlikte burada söz konusu fabrikanın iç temizliğine, güvenliğine, yemekhanesine ve işçi servis taşımacılığına ilişkin işler yardımcı iş kategorisine dahil edilebilecek iken¹⁰¹ örneğin bir çatı onarımı veyahut asansör bakımı işinin söz konusu olması durumunda burada artık asıl işi tamamlayıcı niteliği bulunan bir yardımcı işten de söz edilemeyeceği için son halde asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinden bahsedilemeyecektir.¹⁰²

Doktrinde tartışılan bir diğer husus ise mal veya hizmet üretimiyle ilgili olmakla ve etkilemekle beraber sürekli olmayan işlerin alt işverenlik ilişkisi kapsamında sayılıp sayılamayacağıdır.¹⁰³ Bu hususta baskın görüşe göre önemli olan husus süre kavramıdır. Kanunda devamlılık koşulu aranmamakla beraber süre olarak da çok kısa olmayan bir zaman zarfı söz konusuysa alt işverenlik ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.¹⁰⁴ Bu durumda hazır giyim sektöründe üretim yapmakta olan bir tekstil fabrikasında yer alan üretim aletlerinin montajı gibi işlerde de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilebilecektir.¹⁰⁵ Doktrinde alt işverenlik ilişkisinin asıl iş devam ettiği müddetçe devam etmesi gerektiği bu nedenle kısa süreli alt işverenlik ilişkisinin kurulmasının uygun olmayacağını savunan bazı görüşlerde bulunmaktadır.¹⁰⁶

Doktrinadaki diğer bir görüşe göre ise alt işverenlik ilişkisinin İş Kanunu ile düzenlenmesinin temel amacı alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin haklarının müteselsil sorumluluk kapsamında güvenceye kavuşturabilmektir.¹⁰⁷ Bu tür işlerin de asıl işverene ait ve onun yararına işler olduğu kuşkusuzdur. Bu durumda alt işverenlik ilişkisinin yapılan işin asıl işverenin işyerinde yürütülen bir işle bağlantılı olmaması nedeniyle kısıtlanması, asıl işveren ile alt işverenin müteselsil sorumluluğunu da sınırlandırmakta ve bu durum kanunun ilgili maddeyi koyma amacıyla da tezatlık oluşturmakta ve alt işveren işçilerini müteselsil sorumluluk gibi büyük bir haktan mahrum bırakmaktadır.

¹⁰¹GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku (Yeni İş Yasaları), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.270; ŞAHLANAN, Fevzi, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile 06 Mayıs 2004 Tarihinde Düzenlenen Toplantı Notları, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara, 2004, s.46 vd; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.115; AYDINLI, s.192 vd.; AKYİĞİT, Bireysel, s.62.

¹⁰²Yargıtay H.G.K, E. 2006/21-796 K. 2006/812, T. 20.12.2006, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 01.11.2021; GÜZEL, s.43; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.115; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.131.

¹⁰³SÜZEK, s.166; EKONOMİ, s.32; CANBOLAT, s.13.

¹⁰⁴SÜZEK, s.166; EKONOMİ, s.32; CANBOLAT, s.13.

¹⁰⁵SÜZEK, s.166.; EKONOMİ, s.32.; CANBOLAT, s.13

¹⁰⁶MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.210 vd.

¹⁰⁷GÜZEL, s. 43-45.

bb-Alt İşverene Verilecek Olan İşin Asıl İşverenin İşyerinin Ve İşinin Gereği İle Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektirmesi

İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünde alt işverenlik ilişkisinin tanımı yapılırken *“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”* ifadesine yer verilmiştir. Alt işverenlik yönetmeliğinin 3. maddesinin c bendinde yer aldığı üzere asıl iş *“mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş”*, yardımcı iş ise ğ bendinde *“İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş”* olarak tanımlanmıştır.

Bu hususta akla gelen ilk soru *“işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren”* koşulunun yardımcı işleri de kapsayıp kapsamadığı yönündedir. Doktrinde baskın olan görüşe göre muvazaa oluşturmamak ve doğrudan asıl işin kapsamına girmemek şartıyla yardımcı işler kısıtlanmaksızın asıl işveren ile alt işveren arasında alt işverenlik ilişkisine konu edilebileceği yönündedir.¹⁰⁸ Yine Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadına göre de alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa bile asıl işin bir bölümünün teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur.¹⁰⁹ Yani yardımcı işlerin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşulunu sağlayıp sağlamadığına bakılmaksızın asıl işveren-alt işveren ilişkisine konu edilebilmesi mümkündür.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise bir iş bir işyerinde asıl işi oluştururken başka bir işyerinde yardımcı işin konusunu teşkil edebilecektir. Burada söz konusu işin yardımcı iş mi yoksa asıl iş mi olduğunun belirleyen husus asıl işverenin faaliyet alanı olacaktır.¹¹⁰ Bu durumda söz konusu asıl işverenin işyerinin konusu her ne olursa olsun o husus asıl iş sayılırken asıl iş niteliğinde olmayan diğer işler yardımcı iş kategorisinde değerlendirilecektir. Burada en çok verilen örnek temizlik işine yöneliktir. Açıklamak gerekirse temizlik sektörüne dair işler diğer asıl işverene ait iş yerlerinin yardımcı işi kategorisinde değerlendirilirken, 5393 sayılı Belediye Kanunun 14/a maddesinde belediyenin görev ve sorumlulukları arasında zikredilmiştir. Bu nedenle diğer sektörlerle ilişkin işlerde asıl işin yanında yer alan yardımcı iş kategorisindeki temizlik işi, belediyeler

¹⁰⁸SÜZEK, s. 167; GÜZEL, s. 47.; SOYER, s.26.; KILIÇOĞLU, Mustafa, ŞENOC AK, Kemal, İş Kanunu Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013, s.38; AKYİĞİT, Bireysel, s.62.

¹⁰⁹ Yargıtay 9. HD, E. 2015/1493, K. 2016/11196, T. 03.05.2016, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 30.08.2022.

¹¹⁰SÜZEK, s. 168.; MOLLAMA HMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.210.

açısından asıl iş statüsü taşımaktadır. Başka bir örnek vermek gerekir ise aynı temizlik işi gibi güvenlik işi de diğer neredeyse bütün sektörler açısından yardımcı iş kategorisinde iken asıl işi güvenlik olan bir firma açısından artık güvenlik işinin yardımcı iş kategorisinde değerlendirilebileceği ve güvenlik hizmetini yardımcı iş kapsamında alt işverenden temin edebileceği söylenemeyecektir.

Yardımcı işlerin aksine asıl işin, asıl işveren-alt işveren ilişkisiyle yürütülebilmesi kanunda harici şartlara bağlı tutulmuştur. Şöyle ki; İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmü içerisinde “... asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde...” hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere bir işyerindeki asıl işin bir bölümünün asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında yürütülebilmesi için söz konusu işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi gerekmektedir. Bunun dışında asıl iş üzerinde kurulacak olan asıl işveren – alt işveren ilişkisi İş Kanunu’na uygun olarak kurulduğu söylenemeyeceğinden geçerlilik arz edemeyecektir.¹¹¹

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise kanun, asıl işverene ait işyerindeki asıl işin alt işverenlik ilişkisi kapsamında yürütülmesini kabul etmiş olsa da işin tümünün değil yalnızca “bir bölümünün” verilmesi mümkündür. Aksi halde işin tümünün alt işverene verilmesi gibi bir durumda geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı söz konusu olamayacaktır.¹¹²

Bir diğer tartışmalı konu ise asıl işverenin işletmesinin ve işinin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşulunun bölünüp bölünemeyeceği üzerindedir. Bu konu da uzun süredir doktrinde tartışılmakta olup tartışmadaki görüşlerden bir kısmına göre her iki koşul arasındaki “ile” bağlacı koşullar arasında “ve” anlamı görmekte olup bu koşul kendi içinde bütünlüktür ve bölünme olasılığı bulunmamaktadır.¹¹³ Yani bir işletmedeki asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için bu işin hem işletmenin ve işin gereği

¹¹¹GÜZEL, s.41; SÜZEK, s.168 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.208; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.119; AKYİĞİT, Bireysel, s.62; GÜVEN, AYDIN, s.72; SENYEN KAPLAN, s.55.

¹¹²GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s.99.; GÜZEL,s.40.; GEREK, Nüvit,ORAL, İlhan, “Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.1, 2006, s.29 vd., Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6347_9K7157B39V1.pdf, Erişim Tarihi: 05.11.2021; BAŞBUĞ, YÜCEL BODUR, s.85.

¹¹³ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.119;SÜZEK, s.169-170;TAŞKENT, Savaş, “Alt İşveren”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004, S. 2, s. 363-367; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.35 vd.;GÜZEL, s.50; GÖKTAŞ, Seracettin, “Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları”,Sicil İş Hukuku Dergisi, S.12, 2008, s.99, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6331_XW1BOXYI2P12.pdf,Erişim Tarihi:30.08.2022; AYAN, s.509.

olması hem de nitelik olarak teknolojik nedenlerle “uzmanlık gerektiren iş” niteliğine haiz olması zorunludur.¹¹⁴Yine bu görüşe göre kanunun hem laf hem de amacı bu doğrultudadır.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise koşul içerisindeki “ile” bağlacının aslında veya anlamında kullanıldığını ve koşulun bölünebilirliğini savunmaktadır.¹¹⁵ Bu görüşe göre söz konusu koşulun birlikte uygulanması iyiniyetli olarak kurulmakta olan alt işverenlik ilişkilerini büyük sektöre uğratabilecek olup nitekim katı değerlendirme ülke ekonomisi açısından da zarara yol açacaktır.

Bu hususla ilgili son olarak konuyu Yargıtay’ın vermiş olduğu güncel kararlarında ne şekilde değerlendirdiğine bakmak gerekecektir. Yargıtay’ın güncel içtihatında bu hususla ilgili herhangi bir tereddütte yer verilmemekte olup işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler ölçütünün bir arada bulunması gerektiğine ve bu kavramların kendi içerisinde bölünemeyeceğine kanaat getirmiştir.¹¹⁶ Yine Yargıtay’a göre asıl işin bölünerek bir kısmının asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında alt işverene verilebilmesi için işin bölünerek verildiği alt işverene ait teknoloji kullanım kapasitesinin asıl işverene nazaran daha yüksek olması gerekmektedir.¹¹⁷

d-Alt İşverenlik Kapsamındaki İşçilerin Yalnızca Asıl İşverenin İş Yerinde Çalışması

4857 sayılı İş Kanunu’nda alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için aranan bir diğer koşul da alt işverenlik kapsamındaki işçilerin yalnızca asıl işverenin işyerinde çalışması hususudur. Bu husus 4857 sayılı İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünde “...*bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren...*”denmek suretiyle belirtilmiştir. Bu hükme göre alt işveren asıl işverenin işyerinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisine uygun olarak belirtilen iş sebebiyle tahsis ederek

¹¹⁴ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.119; SÜZEK, s.169-170; TAŞKENT, Savaş, “Alt İşveren”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004, S. 2, s. 363-367; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.35 vd., GÜZEL, s.50; ÇANKAYA, Osman Güven, ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.28; ÖZKARACA Ercüment, İş Yeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İş Verenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.87.

¹¹⁵EKONOMİ, s.42; TUNÇOMAĞ, CENTEL, s.57; SOYER, s.19 vd.; ALPAGUT, s.18 vd.; CENTEL, Tankut, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İNTES, İnşaat ve Sanayii Yayınları, No:10, Ankara, 2004, s.53, Erişim: <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, Erişim Tarihi:30.08.2022; ARICI, Kadir, “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C.55, S.1, İstanbul, 2011, s.492.

¹¹⁶Yargıtay 9. HD, E. 2021/10948, K. 2021/15322, T. 03.11.2021; Yargıtay 9. HD, E. 2021/8767, K. 2021/13057, T. 28.09.2021; Yargıtay HGK, E. 2018/9-678, K. 2021/1110, T. 28.09.2021, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 20.03.2022.

¹¹⁷Yargıtay 9. HD, E. 2021/10948,K. 2021/15322, T. 03.11.2021, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 20.03.2022.

çalıştırmakta olduğu işçileri başka bir işyerinde görevlendiremeyecektir.¹¹⁸Bu durumda 4857 sayılı İş Kanununa uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğunun söylenebilmesi için kanunun aradığı diğer şartları da taşıması koşuluyla asıl işverenden iş almış olan alt işverenin, kendisine ait söz konusu bu işçileri yalnızca asıl işverene ait ve alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu görev alanı çerçevesinde çalıştırması gerekecektir.¹¹⁹

Bu nedenle alt işverenin, işçilerini aynı anda farklı işyerlerinde çalıştırması durumunda artık bu işçiler nezdinden bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından ve asıl işverenin bu işçi nezdinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinden kaynaklı olarak asıl işverenin müteselsil sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.¹²⁰4857 sayılı İş Kanunu'nda aranan bu koşulun temel sebebi de zaten bu müteselsil sorumluluk hususuna ilişkindir. Çünkü asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasıyla birlikte asıl işverenin, alt işveren işçilerine karşı alt işverenle birlikte müteselsil sorumluluğu doğmaktadır. Ancak bir alt işveren işçisinin bu alt işveren tarafından birden çok işyerinde çalıştırılması durumunda hangi asıl işverenin müteselsil sorumlu olacağı hususu belirsizliği ortaya çıkacaktır. Bu durumda kanun koyucunun, alt işveren işçisinin yalnızca alt işverenlik ilişkisinin tarafı olan asıl işverenin işyerinde çalışması koşulunu getirmiş olmasının temelde işçiyi korumaya yönelik olduğu söylenebilecektir.

Bu husus eski 1475 sayılı İş Kanunu döneminde de aynı şekilde düzenlenmiştir. İlgili kanunda “...işçilerini münhasıran o işyerinde çalıştıran...” şeklinde belirtilerek yine alt işverenin işçilerini yalnızca asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurduğu söz konusu işyerinde çalıştırması aranmıştır. Bu husus yönünden her iki kanun döneminde herhangi bir farklılık bulunmamakta olup yalnızca münhasıran kelimesinin yerini “sadece” kelimesi almıştır.¹²¹

Bu durumda akla gelen husus, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında alt işverenin kurulan bu ilişki sebebiyle asıl işverene ait işyerinde çalışmaları için görevlendirdiği elli işçinin kırk tanesi yalnızca bu asıl işverene ait işyerinde çalışmakta iken diğer on işçinin harici işyerlerinde de çalıştırılmaya devam edilmeleri durumunda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin durumunun nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Örnek vermek

¹¹⁸SÜZEK, s. 164.; CANBOLAT, s.24.; AYKAÇ, s. 87.; TAŞKENT, Alt İşveren, s. 364; HEKİMLER, s.4.

¹¹⁹SÜZEK, s. 171.; NARMANLIOĞLU, s.126.; AYDINLI, s.218; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 212-213; ARICI, s.494.; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.118-119; ÇANKAYA, ÇİL, s.30.; SENYEN KAPLAN, s.57; AKYİĞİT, Bireysel, s.64; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.135 vd.

¹²⁰SÜZEK, s. 171.; NARMANLIOĞLU, s.126.; AYDINLI, s.218; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 212-213; ARICI, s.494.; ÇANKAYA, ÇİL, s.30.; SENYEN KAPLAN, s.57; AKYİĞİT, Bireysel, s.64; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.135 vd.; SÜZEK, Alt işveren, s.21 vd.

¹²¹SOYER, s.27.

gerekirse, bir tekstil fabrikasında çalışmakta olan elli işçiden kırk tanesi harici bir fabrikada çalışmaya devam ediyorsa söz konusu asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devam ettiği söylenebilecek midir? Böyle bir durumda doktrindeki baskın görüşe göre asıl işveren-alt işveren ilişkisi münhasıran asıl işverene ait fabrikada çalışmakta olan kırk alt işveren işçisi açısından devam edecekken diğer harici fabrikalarda da hizmet vermekte olan on işçi açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilemeyecek olup bu on işçi açısından asıl işverenin müteselsil sorumluluğu da kalkacaktır.¹²² Yani asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerliliğinin ve asıl işverene ait işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinin haklarına ilişkin asıl işverenin müteselsil sorumluluğunu değerlendirirken her alt işveren işçisi bakımından ayrı ayrı incelenerek buna göre değerlendirme yapılması gerekecektir.¹²³

Yargıtay da asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasından sonra asıl işverene ait işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinin bu ilişkide kararlaştırılan asıl işverene ait işyerinde çalışmakla birlikte kendilerine özgülenen asıl işin bir bölümü yahut yardımcı bir iş de değil de harici bir işte çalışmaları durumunda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin durumunun nasıl devam edeceğini incelemiştir. Yargıtay vermiş olduğu güncel kararlarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinin bir kısmının başka işyerlerinde de çalıştırılıyor olması durumunda doğrudan bütün asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerliliğini yitirmeyeceğini sadece başka işyerlerinde çalışmakta olan işçiler bakımından artık asıl işveren-alt işveren ilişkisine dair unsurların bulunmayacağı ve asıl işverenin müteselsil sorumluluğuna gidilemeyeceğini ancak diğer alt işverenlik ilişkisine özgülenen işte çalışmaya devam etmekte olan alt işveren işçileri açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurlarının korunduğunu ve ilişkinin geçerliliğini sürdürdüğüne hükmetmiştir.¹²⁴

Doktrinde isabetli olarak ileri sürülen bir diğer görüşe göre de alt işveren, iki ayrı asıl işverenden iş alması ve aynı işçileri her bir asıl işveren açısından taahhüt ettiği saatler içerisinde çalıştırması durumunda bu sürelerin çakışmaması halinde alt işverenlik ilişkisinin kurulu olduğu söylenebilecektir.¹²⁵

¹²²EKONOMİ, s. 50.; AYKAÇ, s.156 vd.; AKYİĞİT, s.58.; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.213.

¹²³EKONOMİ, s. 50.; AYKAÇ, s.161; AKYİĞİT, s.58.; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.213.

¹²⁴ Yargıtay 9. HD, E. 2019/5746, K. 2020/154, T.13.01.2020, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹²⁵MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 214.

4-Alt İşverenlik İlişkisinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğu

a-Müteselsil Sorumluluk Kavramının Tanımı

Bu başlık altında öncelikle müteselsil sorumluluk kavramını irdelemek gerekecektir. Müteselsil sorumluluk, Türk Borçlar Kanunu'nun 162 vd. maddelerinde yer almakta olup genel olarak bir yasa gereği ve iradi açıklama dolayısıyla bir edimin birden çok borçlusunun ifa hususunda edimin tamamından ortak olarak sorumlu olması ve edim alacaklısının bu borçlulardan istediğinden edimin tümünü ifa ettirebilmesi olarak açıklanmaktadır. Ancak edimin tümünü ifa eden kişi diğer edim borçlularına bu hususta rücu edebilecektir.

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda müteselsil sorumluluk kendi içerisinde eksik teselsül ve tam teselsül olarak ikiye ayrılmaktayken yeni Türk Borçlar Kanunu'nda bu ayrıma yer verilmemiş ve yalnızca TBK madde 61 ve 62 hükümlerinde müteselsil sorumluluğun içe ve dışa karşı görünüşleri ele alınmıştır. Doktrindeki baskın görüşe göre kurulan alt işverenlik ilişkisindeki asıl işveren ve alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluk bir tam teselsül türüdür.¹²⁶Alt işverenlik ilişkisi bakımından bakıldığında ise kanun koyucu asıl işverene alt işveren ile birlikte müteselsil sorumluluk öngörmüş ve bu sorumluluk mali anlamda işverenlere karşı zayıf durumdaki işçilerin haklarını korumayı amaçlayarak onların yararları bakımından ele alınmıştır.¹²⁷Buradaki temel amaç, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında asıl işverene ait işletmeden iş almış olan alt işverenin sermayesinin kısıtlı ve mali bakımdan güçsüz olması durumunda alt işveren işçilerinin yaşayacakları mağduriyetin önüne geçilebilmesidir.¹²⁸

İş Kanunu'nda birlikte sorumluluğa ilişkin düzenleme yapılırken alt işverenle birlikte olan bu sorumluluğun alt işveren işçisine karşı olduğu özellikle belirtilmiştir. Bu durumda asıl işveren ile alt işveren arasında alt işveren işçileri dışındaki herhangi bir konuda müteselsil sorumluluktan bahsedilemeyecektir ve buradaki sorumluluk alt işveren işçilerinin asıl işverene ait olan yerde çalıştıkları süre ile sınırlı olacaktır¹²⁹

Karşımıza çıkan bir diğer önemli husus ise asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun alt işverenin sorumluluğuyla sınırlı olduğudur. Yani asıl işverenin altında çalışmakta olan alt

¹²⁶**ÇİL**, Alt İşveren, s.29; **NARMANLIOĞLU**, Ünal, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Legal Vefa Toplantıları, İstanbul, 2008, s.70.

¹²⁷**ÇETİN**,s.267; **ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA**, s.128.

¹²⁸**SÜZEK**, s.172; **NARMANLIOĞLU**, Sorumluluklar, s.64 vd; **EKMEKÇİ,YİĞİT**, s.163.

¹²⁹**ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA**, s.128; **SÜZEK**, 172; **ÇİL**, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara, 2016, s.172; **MOLLAMAHMUTOĞLU,ASTARLI,BAYSAL**, s.218.

işveren işçileri, asıl işverene karşı, bağlı oldukları alt işverenin kendilerine karşı sorumluluğu kapsamında ötesinde bir talepte bulunamayacaklardır.¹³⁰

Müteselsil sorumluluk hususunda dikkat edilmesi gereken bir diğer konu ise zamanaşımı hususudur. Zamanaşımının birlikte borçlulara etkisini düzenleyen TBK madde 155 hükmüne göre zamanaşımının müteselsil borçlulardan biri hakkında kesilmesi durumunda diğer müteselsil borçlular açısından da kesilmiş sayılacaktır.¹³¹ Yargıtay içtihatında da bu doğrultuda karar verilmekte olup alt işveren açısından kesilen zamanaşımının asıl işveren açısından da kesileceğine ilişkin kararlar vermektedir. Burada bir diğer husus ise Yargıtay'ın güncel kararlarında değindiği üzere asıl işveren ve alt işveren arasındaki bir müteselsil sorumluluktan bahsediliyor olsa bile Yargıtay bu sorumluluğu TBK madde 155/2 kapsamında borçlu-kefil ilişkisinin bir türü olarak değerlendirerek alt işverenin ileri sürmüş olduğu zamanaşımı definin asıl işverene de sirayet edeceğini ancak asıl işverenin ileri sürdüğü zaman aşımı definden ise yalnızca asıl işverenin kendisinin yararlanacağını ve alt işverene sirayet etmeyeceğini belirtmektedir.¹³²

Uygulamada alt işverenlik sözleşmelerine hükümler eklenerek alt işverenin sorumluluğunun kaldırılmaya çalışıldığı görülse bile böylesine bir hükümle kanun maddesinin aşılamayacağı açıktır. Asıl işveren ile alt işverenin aralarında nasıl bir sözleşme düzenlenmiş olursa olsun, alt işveren işçisine karşı asıl işveren ile alt işverenin müteselsil sorumluluğu devam edecek olup taraflar arasındaki bu anlaşma ancak asıl işveren ile alt işverenin kendi arasındaki iç ilişkisinde bağlayıcılık kazanabilecektir.¹³³ Burada ise alt işveren ile asıl işveren arasındaki rücu ilişkisi ortaya çıkacaktır. Alt işveren işçinin alacaklarına ilişkin ödemeyi yapan işveren, kendi aralarındaki iç ilişkiler kapsamında diğer işverene rücu edebilecektir.¹³⁴

¹³⁰NARMANLIOĞLU, s. 133; SÜZEK, s.172; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.128 vd;MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Bireysel İş Hukuku, Lykeion yayıncılık, Ankara 2021; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.164.

¹³¹ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.128; Yargıtay 9. HD, E. 2014/31070,K. 2016/4088, T. 25.02.2016, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 04.08.2022.

¹³² Yargıtay 9. HD, E.2021/942,K.2021/5306, T. 02/03/2021; Yargıtay 22. HD, E. 2016/23673,K. 2019/22542, T. 05/12/2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 04.08.2022.

¹³³SÜZEK, s.173; SÜZEK, Alt İşveren, s.27.

¹³⁴ŞEN, Murat, NANEÇİ, Aslı, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.15, 2009, s.45, Erişim:https://www.mess.org.tr/media/files/6326_JX95YF15PZ15.pdf, Erişim Tarihi:14.04.2022; SÜZEK, s.173; AKIN, Levent, Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği, AÜHFD, 2011, S.4, s.737. Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624322>, Erişim Tarihi: 14.04.2022; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.20; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.216.

b-Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı

Burada ilk olarak değinilmesi gereken husus alt işverenlik ilişkisi kapsamında asıl işverenin müteselsil sorumluluğundan bahsedebilmemiz için kurulan ilişkinin İş Kanunu kapsamına uygun, sürdürülen ve geçerli bir alt işverenlik ilişkisi olması gerekmektedir. Aksi takdirde taraflar arasında bir ilişki söz konusu olsa da bu ilişkiden kaynaklı olarak asıl işverenin müteselsil sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.¹³⁵

Asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, bağımsız bir sorumluluk türü değildir. Alt işverenin kendi işçilerine karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle ortaya çıkan dolaylı bir sorumluluk türüdür.¹³⁶ Yani buradan anlaşılması gereken husus, alt işverenlik kapsamında çalışmakta olan işçilerin doğan hak ve alacaklarının öncelikli muhatabı alt işverendir. Ancak alt işverenin kendi işçilerinin doğan bu hak ve alacakları karşılamaması durumunda asıl işverenin birlikte sorumluluğu gündeme gelecektir.¹³⁷

İş Kanunu'nda yer alan alt işverenlikte müteselsil sorumluluk hükmünden bahsedilebilmesi için öncelikle kanuna uygun olarak düzenlenmiş olan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı olması ve bunun sürdürülmüş olması gerekmektedir. Bu durumda örneğin ücretini asıl işverenden tahsil edemeyen bir işçinin doğrudan alt işverene yönelmesi mümkün olabilecektir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki müteselsil sorumluluğun temel dayanağı İş Kanunu'nun madde 2 fıkra 6 hükmüdür. İlgili maddeye göre asıl işveren ile alt işveren asıl işverene ait işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinin kanundan, taraflar arasında düzenlenmiş olan iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmakta olan yükümlülüklerden alt işveren işçilerine karşı müteselsilsen sorumlu olacaklardır. Ancak burada bu sorumluluk ile asıl işveren, alt işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin bir tarafı haline gelmez ve müteselsil sorumluluk onu borcun sahibi kılmaz. Buradaki asıl işverenin konumu “başkasının borcunu ödemekle yükümlü kılınan” kişi konumudur.¹³⁸ Zira alt işveren ilişkisindeki müteselsil sorumluluğun fonksiyonu alt işverenin, alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilere karşı yükümlülüklerini yerine getirmediği zaman başlayacaktır.¹³⁹

¹³⁵NARMANLIOĞLU, s.131 vd;AYKAÇ, s.292-293; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.216.

¹³⁶NARMANLIOĞLU, Sorumluluklar, s.70.

¹³⁷NARMANLIOĞLU, Sorumluluklar, s.70; AYKAÇ, s.291.

¹³⁸EKMEKÇİ, YİĞİT, s.164.

¹³⁹AYKAÇ, s.291; AYDINLI, s.225.

Asıl işveren alt işveren ilişkisindeki müteselsil sorumluluk, idari yaptırımları da kapsamayacaktır. Zira idari yaptırımların nitelik olarak temel cezası olan idari para cezaları da kişinin yani işverenin kendi şahsına yönelik olduğundan dolayı burada asıl işverenin müteselsil sorumluluğundan söz edilemeyecektir.¹⁴⁰

Alt işverenlik ilişkisinde, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu kendi içinde belli sınırlarla çevrilmiş durumdadır. Burada akla gelen ilk temel husus, sorumluluğun alt işverenin yalnızca asıl işverene ait bulunan işyerinde görevlendirmiş olduğu işçilerine yönelik olacağıdır. Yani alt işverenin başka işverenlere ait iş yerlerinde görevlendirmiş olduğu, münhasıran asıl işverene ait işyerinde görevlendirmedığı işçilere yönelik olarak asıl işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir.¹⁴¹

İkinci bir sınır ise tabii olarak süre bakımından öngörülmüştür. Asıl işverenin kendisine ait işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinden kaynaklı olarak müteselsil sorumluluğu, alt işverenlik ilişkisi kapsamında gerçekleşen çalışma süresiyle sınırlı olacaktır ve asıl işverene ait işyerinde alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçi, uğramış olduğu zarar ile alamadığı ücretlerini alt işveren veya asıl işverenden talep edebilecek ve bu talep, İş Kanunu'nda yer alan tüm hakları kapsayabilecektir.¹⁴²

Buradan çıkartılan bir diğer sonuç ise alt işveren işçisinin daha önce farklı bir asıl işveren yanında çalışmakta iken sonradan farklı bir asıl işveren yanında çalışmalarını sürdürmesi ve burada iş sözleşmesinin feshedilmesi durumudur. Böyle bir durumun ortaya çıkması halinde ise alt işveren, işçinin çalışmış olduğu tüm süre üzerinden sorumlu olacakken asıl işveren ise yalnızca kendi dönemindeki süre ve ücret üzerinden sorumlu tutulabilecektir.¹⁴³ Yine Yargıtay'ın da vermiş olduğu kararlarında bu görüşü savunmakta ve daha önce başka bir asıl işveren yanında çalışmakta olan işçinin iş sözleşmesinin daha sonraki bir tarihte kurulan asıl işveren – alt işveren ilişkisi döneminde feshedilmesi durumunda alt işverenin tüm dönemler üzerinden sorumluluğu devam ederken asıl işverenin ise yalnızca kendi dönemindeki süre ve ücret üzerinden sorumlu tutulabileceğini hükme bağlanmıştır.¹⁴⁴

¹⁴⁰NARMANLIOĞLU, Sorumluluklar, s.65; AYKAÇ, s.290.

¹⁴¹MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.216; AYKAÇ, s.293.

¹⁴²NARMANLIOĞLU, s. 134; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.128; SÜZEK, 172; ÇİL, s.172; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.217.

¹⁴³MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.217; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.132-133.

¹⁴⁴Yargıtay 22. HD, E.2016/6639, K. 2016/9889, T. 05/04/2016, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 05.08.2022.

Alt işveren işçisi çalıştırmakta olan asıl işveren, kendi dönemindeki ücret ve süre üzerinden feshe bağlı haklar hariç sorumlu olacaktır. Yargıtay içtihadında bu görüş doğrultusunda bu husus değerlendirilerek alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin daha önce çalışmış olduğu asıl işverenin yanından ayrıldıktan sonra feshedilmesi durumunda eski asıl işverenin, alt işveren işçisinin kendi bünyesinde çalışmış olduğu süre ve o dönemki son ücret üzerinden kıdem tazminatı ve işçilik alacakları bakımından sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Bununla birlikte feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağı bakımından önceki asıl işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁴⁵

Söz konusu bu karar doktrinde sıkça eleştirilmektedir.¹⁴⁶ Söz konusu eleştirilere göre asıl işverenin her ne kadar müteselsil sorumluluğu olsa da bu sorumluluk yalnızca asıl işverene ait işyerindeki çalışma süresinde doğan haklarla sınırlıdır. Bu durumda kıdem tazminatının ancak iş sözleşmesinin feshi ile doğduğu, asıl işveren bünyesindeki çalışma döneminde doğmayan bir haktan dolayı asıl işverenin sorumluluğuna gidilebilmesinin hukuki bir dayanağı bulunmamakla birlikte tamamı feshe bağlı olan ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ile kıdem tazminatı arasına böylesi bir fark konulmasının da hukuki zeminde bir karşılığı bulunmamaktadır.

Bu hususa ilişkin bir diğer karşılaşılan durum ise alt işveren işçisinin aynı asıl işveren işyerinde sabit olarak çalışmasını sürdürmesine rağmen alt işverenlerin sürekli olarak değişmesi durumudur. Yargıtay 2018 yılında karşısına gelen böyle bir durumda; kıdem tazminatı açısından önceki alt işverenin devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu bulunduğunu, feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden son alt işverenin sorumlu olacağını, devreden alt işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmadığını, asıl işverenin ise İş Kanunu madde 2 hükmü gereğince işçinin tüm çalışma dönemine dair olmak üzere, iş sözleşmesinden doğan tüm alacaklarından sorumlu olduğunu, işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerektiğini, bu durumda değişen alt işverenlerin işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılacaklarını, asıl işverenin tüm hizmet süresine göre kıdem tazminatı

¹⁴⁵Yargıtay 9. HD, E. 2009/32288, K. 2010/1145, T. 25/01/2010, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 05.08.2022;

¹⁴⁶ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.134; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.217.

alacağından; devreden alt işveren ise kendi çalıştırdığı dönem ve ücret seviyesine göre belirlenecek kıdem tazminatından sorumlu olacağına karar vermiştir.¹⁴⁷

Bir diğer değinilmesi gereken konu ise alt işverenlik ilişkisi kapsamında farklı asıl işverenler yanında çalışmakta olan alt işveren işçisinin en son alt işveren işçisi olarak çalışmakta olduğu işyerindeki çalışma süresi henüz bir yılı doldurmaksızın iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda asıl işverenin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin hakkından kaynaklı alacaklardan sorumluluğu söz konusu olup olamayacağı hususudur. Bu konuda bir görüşe göre süreye bağlı haklar bakımından asıl işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için en az aranan süre kadar son asıl işveren yanında çalışılmış olması gerekmektedir.¹⁴⁸ Yargıtay da benzer bir hususta vermiş olduğu kararında İş Kanunu'nda asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğuna gidilebilmesi için o işyeri ile ilgili bir yükümlülüğün doğmuş olması gerektiğine ancak asıl işveren nezdindeki çalışma süresinin bir yılı doldurmamış olması durumunda kıdem tazminatı ve izin ücreti alacağı bakımından asıl işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁴⁹

Tüm bu hususlar göz önüne alındığında asıl işverenin alt işveren ile birlikte müteselsil sorumlu olduğu hususların işçinin her türlü işçilik hakkını kapsadığı görülmektedir. Asıl işverenin müteselsil olarak sorumlu olacağı kalemleri kısaca belirtmek gerekirse İş Kanunu'ndan doğan ücret, fazla çalışma ücreti, hafta tatili, genel tatil, yıllık izin ücreti, en fazla dört aylık boşta geçen süre ücreti alacağı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, işe başlatmama tazminatı gibi işçilik alacaklarını kapsadığı gibi aynı zamanda asıl işverene ait işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinin geçirdikleri iş kazası ve meslek hastalıkları nedeni kendilerinin ve ailelerinin uğradıkları maddi ve manevi zararları da kapsamaktadır.¹⁵⁰ Ayrıca ayrımcılık tazminatı konusunda müteselsil sorumluluğun yalnızca bu tazminatı değil, aynı zamanda eşit davranma borcunun yerine getirilmemiş olması sebebiyle alt işveren işçisinin yoksun kaldığı hakları da asıl işverenin müteselsil sorumluluğu kapsamındadır.¹⁵¹ Yine İş Kanunu'na dayanılarak çıkarılan

¹⁴⁷Yargıtay 22. HD, E. 2015/26603, K. 2018/4124, T. 20.02.2018, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 19.08.2022

¹⁴⁸ŞEN, NANEÇİ, s.44.

¹⁴⁹Yargıtay 9. HD, E. 2004/1126, K. 2004/11275, T. 11.05.2004, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 19.08.2022

¹⁵⁰NARMANLIOĞLU, s. 133; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.128; SÜZEK, s.172; AKYİĞİT, Şerh, s.116; AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, s.699; DOĞAN YENİSEY, Kübra, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkidir Kaynaklanan Hukuki Sorunlar", Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar Panel ve Görüşmeler, Antalya, 2009, s.38; ŞEN, NANEÇİ, s.44.

¹⁵¹AYKAÇ, s.305.

kanun hükmünde kararname, yönetmelik, tüzük ve tebliğlerin de müteselsil sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada Asıl işverenin müteselsil sorumluluğu ile kastedilen husus, görüldüğü üzere İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmü gereğince yalnızca hukuki sorumluluğu yani asıl işverenin işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülükler ile sınırlıdır ve cezai sorumluluğu içermemektedir. Zira ceza hukukundaki "cezaların şahsiliği ilkesi " gereğince alt işverenin cezai sorumluluğundan asıl işverenin müteselsil olarak sorumlu sayılması mümkün olmayacaktır.¹⁵² Keza yine alt işverenin başka kanunlardan veya sözleşmelerden doğmuş olan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde asıl işverenin müteselsil sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.¹⁵³

Alt işverenin kendi işçilerine yönelik olarak iş sözleşmesiyle veyahut iş sözleşmesinde yer almamakla birlikte işyeri uygulaması haline gelen bir şekilde yemek, yol yardımı veyahut prim gibi harici haklar tanıyor olması durumunda tüm bu haklardan asıl işveren de alt işveren ile birlikte sorumlu olacak ve alt işveren işçisi istediğine başvurma hakkına sahip olacaktır.¹⁵⁴

Değnilmesi gereken bir diğer husus ise alt işveren işçilerinin asıl işveren yanında aralıksız olarak çalışmasını sürdürmesine rağmen alt işverenlerin değiştiği bir ihtimal dahilinde işçilik alacaklarındaki müteselsil sorumluluğun ne şekilde değerlendirileceğine ilişkindir. Alt işverenlik hükümlerine göre normal şartlar altında beklenen husus, asıl işveren ile kurmuş olduğu alt işverenlik ilişkisi dolan veyahut sözleşmesi feshedilen alt işverenin, kendi işçilerini de alarak asıl işverene ait işyerinden çıkmasıdır. Ancak uygulamada alt işverenlerin düzenli aralıklarla değişmesine rağmen alt işveren işçilerinin aynı asıl işveren yanında çalışmaya devam ettikleri sıkça görülen bir durumdur. Özellikle özel güvenlik firmaları bakımından karşımıza çıkan bu durumda asıl işverenin alt işverenlik ilişkisi kapsamında özel bir uzmanlık gerektiren güvenlik işini devretmiş olduğu alt işveren firmalar yapılan ihaleler ile değişmesine rağmen alt işveren işçilerinin asıl işverene ait aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği görülmektedir. Yargı içtihatına ve doktrinsel görüşlere göre alt işveren işçisinin uzun süre aynı asıl işveren bünyesinde çalışmasına rağmen alt işverenlerin aralıklarla değişmesi durumunun işyeri devri şeklinde değerlendirilerek her alt işverenin İş Kanunu madde 6 hükmü gereğince devam eden hizmet sözleşmelerini de devraldığı kabul

¹⁵²NARMANLIOĞLU, Sorumluluklar, s.65; AYKAÇ, s.290; AYAN, s.520; ŞEN, Sendikal Notlar, s.90; ŞEN, NANEÇİ, s.43.

¹⁵³NARMANLIOĞLU, Sorumluluklar, s.65 vd.; AKYİĞİT, Şerh, s.116, ŞEN, NANEÇİ, s.43 vd.; AYKAÇ, s.304.

¹⁵⁴ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.130; ŞEN, NANEÇİ, s.44.

edilmelidir. Bu durumda her alt işveren hem iş sözleşmelerini hem de alt işveren işçilerinin doğmuş olan işçilik haklarını işyeri devri hükümleri kapsamında devralmış sayılacaklardır.¹⁵⁵ Aksi bir görüş durumunda işyeri devrinden bahsedilemeyeceğinden ve asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından dolayı hak kayıplarından söz edilebilecekti.

Alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin aynı asıl işveren yanında çalışmaya devam etmesi hususu doğrudan iş sözleşmesinin feshi değil ancak işyeri devri olarak sayılabilecektir. Bununla birlikte ortaya çıkabilecek bir diğer olasılık ise alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi durumudur. Bu durumda artık işçinin yeni bir alt işveren bünyesinde asıl işverenin yanında çalışmaya devam etmesi işyeri devri değil yeni bir iş sözleşmesi olarak sayılması gerekecektir.¹⁵⁶ Alt işverenlerin devir silsilesi sonunda işçinin iş sözleşmesine ilişkin bir fesih olgusunun ortaya çıkması durumunda ise son devralan alt işveren yalnızca kendi dönemiyle değil, işçinin kendisinden önceki alt işveren yanında çalışmış olduğu dönemden de asıl işveren ile birlikte kıdem tazminatından sorumlu tutulacaktır.¹⁵⁷ Burada önceki alt işverenler ise söz konusu işçinin kendi yanlarında çalıştığı dönem üzerinden kıdem tazminatına ilişkin sorumluluğu devam etmekte olup devir silsilesinin son halkasındaki alt işverenin kendisinden önceki alt işverene sorumluluğu üzerinden rücu etme hakkı bulunmaktadır.¹⁵⁸

İşçilik haklarının söz konusu olduğu bir diğer alan ise toplu iş sözleşmeleridir. Alt işverene ait işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunması durumunda bu toplu iş sözleşmesinden doğan tüm işçilik haklarından ve sendikal tazminatlardan asıl işveren ve alt işveren müteselsil sorumlu olacaklardır. Bununla birlikte alt işverenin iş almakta olduğu yerin ayrı bir işyeri sayılmasının doğal bir sonucu olarak asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden alt işveren işçileri yararlanamayacaklardır.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Yargıtay 22. HD, E. 2018/15478, K. 2018/26574, T. 10/12/2018, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 04.08.2022; ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.136; SÜZEK, Sarper, “İş Yerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, DEÜHFD, C.15, 2013, s.325. Erişim: 04.08.2022.

¹⁵⁶ ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.137; Yargıtay 9. HD, E. 2009/34509, K. 2012/990, T. 19.01.2012; Yargıtay 7. HD, E. 2014/6956, K. 2014/11222, T. 26.05.2014, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 05.08.2022.

¹⁵⁷ Yargıtay 9. HD, E. 2017/13142, K. 2020/69, T. 13.01.2020, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 05.08.2022.

¹⁵⁸ ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.138; KABAKCI, Mahmut, HACIOĞLU, Arzu, “Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.36, s. 91 vd., Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6695_YAESR973B5sicilsayi36.pdf, Erişim Tarihi: 05.08.2022.

¹⁵⁹ SÜZEK, s.173; TUNCAY, Can, SAVAŞ KUTSAL, Burcu, Toplu İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.227; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.75; SENYEN KAPLAN, s.56

Sendikal tazminattan sorumluluğa ilişkin İş Kanunu'nda bir hüküm yer almamaktadır. Ancak sendikal tazminatın anayasa ile korunan bir hak olduğu göz önüne alınarak asıl işverenin de bu yükümlülüğe uyması gerektiği ve bu nedenle müteselsil sorumlu olduğu kabul görmüştür.¹⁶⁰

Şöyle ki; alt işverenin sorumluluğu yalnızca İş Kanunu, alt işverenin bizzat kendisinin taraf olduğu iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmeleri ile sınırlıdır. Yani asıl işverenin bizatihi kendisinin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinden dolayı alt işveren işçilerinden sorumlu olması mümkün olmayacaktır.¹⁶¹ Yani alt işverenin kendisinin taraf olduğu toplu iş sözleşmelerinden kaynaklı olarak asıl işverenin sorumluluğuna gidilebilse bile asıl işverenin kendisinin taraf olduğu toplu iş sözleşmelerinden dolayı böyle bir yükümlülüğün bahsedilemeyecektir.¹⁶²

Toplu iş sözleşmelerinde asıl işverenin müteselsil sorumluluğuna ilişkin istisna ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu madde 8 hükmünde yer almaktadır. İlgili kanun hükmüne göre kamudan ihale yoluyla iş almakta olan alt işverenlerin taraf oldukları toplu iş sözleşmelerinin alt işverenin yetkilendirmesi suretiyle kamu işveren sendikaları tarafından yürütülmesi ve sonuçlandırılması halinde belirlenen bedel artışlarından kaynaklı fiyat farkı asıl işveren olan idare tarafından ödenecektir. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından yürütülerek sonuçlandırılmaması durumunda oluşacak olan fiyat farklarından kaynaklı olarak asıl işveren idarenin müteselsil sorumluluğuna gidilemeyecektir.¹⁶³ Söz konusu maddenin İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmüyle açıkça çatıştığı görülmektedir.

Müteselsil sorumluluk hususunda genel olarak karışıklıklara sebebiyet veren bir diğer husus ise işe iade davaları bakımından karşımıza çıkmaktadır. Burada öncelikle ikili bir ayırım yapmanın yerinde olacağını düşünüyoruz. Birinci husus olarak İş Kanunu hükümlerine göre geçerli bir alt işverenlik ilişkisinde nasıl olabileceğini ele alalım. Alt işveren işçisinin işe iade davasını kural olarak kendi işvereni olan alt işverene açması gerekir. Zira bu görüşe göre asıl işverenin müteselsil sorumluluğu onu işçinin işvereni

¹⁶⁰ ÇANKAYA, ÇİL, s.29 vd.

¹⁶¹ SÜZEK, s. 173; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.130.

¹⁶² TUNCAY, SAVAŞ KUTSAL, s.227.

¹⁶³ ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.128; YILDIZ, Gaye Burcu, "Kamu İşveren Sendikalarının Alt İşverenlerce Yetkilendirilmesine İlişkin Yasal Düzenlemenin Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.34, 2015, s.96, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6555_X6YQIV063Isicil_34.indd.pdf, Erişim Tarihi:04.08.2022.

konumuna getirmeyecektir.¹⁶⁴ Bununla birlikte asıl işveren – alt işveren ilişkisinin hukuka uygun olarak kurulmuş olması koşuluyla açılan işe iade davalarının asıl işveren ile birlikte alt işverene karşı açılabilmesi, asıl işverenin işe iadeye ilişkin bir yetkisi bulunmaması bile dava sonucunda ortaya çıkması muhtemel işe başlatmama tazminatı ile dört aylık boşta geçen süre ücretinden asıl işverenin alt işveren ile birlikte müteselsil sorumluluğu bulunduğu belirtilmektedir.¹⁶⁵

Bu hususa ilişkin bir diğer görüşe göre ise asıl işverenin sorumluluğu likit ve kesin olmayan bir sorumluluktur. Bu nedenle likit ve bir dava sonunda kesinleşecek olan hakların, doğrudan asıl işverenden talep edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu görüş göre asıl işverenin sorumluluğu ancak alt işverene karşı açılmış olan bir işe iade davasının kesinleşmesiyle gündeme gelebilecektir.¹⁶⁶

İş Mahkemeleri Kanunu madde 3 fıkra 15 hükmüne göre de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde arabuluculuğa başvurulması durumunda her iki tarafın da katılması ve iradelerinin birbirine uygun olması gerekir.¹⁶⁷Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise asıl işveren – alt işveren ilişkisi içerisinde yürümekte olan işe iade davalarında asıl işveren ile alt işveren arasında mecburi dava arkadaşlığı olduğu görüşünü savunmakta ve davanın yalnızca asıl işverene yahut yalnızca alt işverene açılması durumunda davanın reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁶⁸Yargıtay’ın bahsi geçen bu içtihatını savunan görüşlerde bulunmaktadır. İlgili görüşlere göre arabuluculuk aşamasının başarısız olması durumunda işe iade davasının alt işverene ve asıl işverene birlikte açılması ancak işçiyi işe başlama yükümlülüğünün alt işveren üzerinde olması gerekmektedir.¹⁶⁹

Ekmekçi’nin görüşüne göre ise müteselsil borçlular arasındaki dava arkadaşlığı ancak ihtiyari olabilecektir. Bu nedenle davanın hem asıl işverene hem de alt işverene birlikte açılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dava bu iki işverenden herhangi birine karşı açılabilir.¹⁷⁰ Ancak yine Ekmekçi’ye göre burada dikkat edilmesi gereken husus, dava

¹⁶⁴ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.139; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.164.

¹⁶⁵ÇANKAYA, ÇİL s.53; SÜZEK, Sarper, “İşe İade Davalarında Yargı Kararı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.40, 2018, s.13, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6874_MVSIFGNNGZsicil_01.2019.pdf, Erişim Tarihi:05.08.2022; Yargıtay 9. HD, E. 2016/32644,K. 2017/22023, T. 21.12.2017, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 05.08.2022; EYRENCİ, TASKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.41; AYKAÇ, s.298.

¹⁶⁶ŞEN, NANEÇİ, s.44; NARMANLIOĞLU, Sorumluluklar, s.72; AYKAÇ, s.299.

¹⁶⁷AKYİĞİT, İş Hukuku, s.76.

¹⁶⁸Yargıtay 22. HD, E. 2014/9111, K. 2014/7922, T. 14.04.2014, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 05.08.2022.

¹⁶⁹AKYİĞİT, İş Hukuku, s.76; AKYİĞİT, Şerh, s.117. Detaylı Bilgi için bkz:KÖME AKPULAT, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, Oniki levha yayınları, İstanbul, 2018, s.384.

¹⁷⁰EKMEKÇİ, YİĞİT, s.164.

sonucunda kararlaştırılan maddi haklardan kaynaklı olarak alt işveren işçisinin asıl işverenin sorumluluğuna gidebilmesi için davanın asıl işverene de karşı açılmış olması gerekmektedir.¹⁷¹

Kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması durumunda ise alt işveren işçisi ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağından dolayı işçinin işe iade talebinin de tek ve gerçek işvereni olan asıl işverene yapması gerekmektedir.¹⁷² Burada işçinin yanılarak yalnızca alt işverene karşı dava açması gibi durumlar da ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde Yargıtay’ın aynı dairesinin vermiş olduğu iki farklı yönde de kararlar mevcuttur. Yargıtay 9. Hukuk dairesi vermiş olduğu bir kararında¹⁷³ alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması sebebiyle işe iade davasının alt işverene karşı açılmış olmasının husumette yanılma olarak kabul edilerek davacıya, asıl işverene karşı davasını yöneltmesi için süre verilmesi gerektiğine hükmederken bir başka kararında ise¹⁷⁴ muvazaalı alt işverenlik ilişkisinde işe iade davasının muhatabının asıl işveren olduğu, asıl işverene karşı süresince açılan bir davanın bulunmaması durumunda davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Son olarak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise bu hususa ilişkin vermiş olduğu daha güncel kararlarında asıl işveren ile alt işveren arasındaki mecburi dava arkadaşlığının varlığına değinmiş ve taraf eksikliği halinde davanın reddedilmeyerek söz konusu eksikliğin giderilmesi için davacı tarafa süre verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁷⁵

Alt işveren işçilerinin haklarının korunabilmesi amacıyla ihale makamı olan kamu kurum ve kuruluşları için getirilmiş olan harici bir sorumluluk daha söz konusudur. Söz konusu sorumluluk İş Kanunu madde 36 hükmünde düzenlenmiş ve ilgili maddede ihale makamı olan kamu kurum ve kuruluşlarının vermiş oldukları iş kapsamında her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde alt işveren işçilerinin ücretlerinin ödenmemesi durumunda bunların hakkeğişlerinden her hak ediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarı kadarla sınırlı olmak üzere keserek söz konusu işçilere ödenmesi hükmüne varılmıştır.

Maddenin devamına 6552 sayılı Kanun ile eklenen beşinci fıkra “*İşverenler, alt işverene iş vermeleri hâlinde, bunların işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin*

¹⁷¹ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.161.

¹⁷² ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.139; AYKAÇ, s.301 vd.

¹⁷³ Yargıtay 9. HD, E. 2007/36945, K. 2007/35404, T.26.11.2007, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 19.08.2022.

, Yargıtay 9. HD, E. 2005/36137, K. 2005/39139, T.12.12.2005, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 19.08.2022.

¹⁷⁵ Yargıtay 22. HD, E. 2012/8231, K. 2012/12068, T.01.06.2012, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 19.08.2022.

başvurusu üzerine veya aylık olarak resen kontrol etmekle ve varsa ödenmeyen ücretleri hak edişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür.” ile kamu ve özel sektör işverenlerinin alt işveren işçilerinin ödenmeyen maaşlarını bunların hakkedışinden keserek ödemesi hükmüne varılmıştır. Ancak buradaki durum doktrinde farklı görüş ve eleştirilerinde ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Burada bir görüşe göre söz konusu genişleme sadece özel sektör asıl işverenleri açısından söz konusu olup kamu işverenleri açısından kanunda sayılan kısıtlamalar geçerliliğini koruyacaktır.¹⁷⁶ Bir diğer düşünceye göreyse İş Kanunu madde 36/5 hükmünde kamu-özel sektör ayrımı bulunmamaktadır. Bu nedenle kamu işverenleri de İş Kanunu madde 36/1 hükmünde sayılan işler dışındaki işlerde aynı yükümlülüğe tabi olacaklardır.¹⁷⁷

Yine iş kanunu madde 56/6 hükmünde “Alt işveren işçilerinden, alt işvereni değıştığı hâlde aynı işyerinde çalışmaya devam edenlerin yıllık ücretli izin süresi, aynı işyerinde çalıştıkları süreler dikkate alınarak hesaplanır. Asıl işveren, alt işveren tarafından çalıştırılan işçilerin hak kazandıkları yıllık ücretli izin sürelerinin kullanılıp kullanılmadığını kontrol etmek ve ilgili yıl içinde kullanılmasını sağlamakla, alt işveren ise altıncı fıkraya göre tutmak zorunda olduğu izin kayıt belgesinin bir örneğini asıl işverene vermekle yükümlüdür.” ifadesine yer verilerek alt işveren tarafından çalıştırılmakta olan işçilerin yıllık izinlerinin kullandırılıp kullandırılmadığına ilişkin asıl işverene denetleme yükümlülüğü verilmiştir.¹⁷⁸

Kamu kurumlarıyla ilgili bir diğer husus ise İş Kanunu’nun 112. maddesine göre kamu kurum ve kuruluşlarından Kamu İhale Kanunu kapsamında iş alan alt işverenlerin çalıştırmakta oldukları işçilerin kıdem tazminatları kamu kuruluşunca, farklı kamu kurumlarında çalıştırılması durumundaysa son kamu kurumu tarafından ödenecektir. “Madde 112 - Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kurum ve kuruluşların haklarında bu Kanun ve 854, 5953, 5434 sayılı kanunların hükümleri uygulanmayan personeli ile kamu kuruluşlarında sözleşmeli olarak istihdam edilenlere mevzuat veya sözleşmelerine göre kıdem tazminatı niteliğinde yapılan ödemeler kıdem tazminatı sayılır. (Ek fıkra: 10/9/2014-6552/8 md.) 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 değışip

¹⁷⁶AYDINLI, s.231 vd.

¹⁷⁷AYDINLI, s.232.(Yazarın kendi görüşü İş Kanunu madde 36/5 düzenlemesinin sadece özel sektör asıl işverenleri tarafından geçerli olarak düzenlenmiş olduğudur. Ancak geniş bir değerlendirmenin daha doğru olabileceğini de söylemektedir.)

¹⁷⁸EKMEKÇİ, YİĞİT, s.166; SÜZEK, s.174; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.41.

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.”

Burada ortaya çıkan bir diğer sorun ise alt işverenin, asıl işverenden almış olduğu işi, bölerek farklı alt işverenlere vermesi durumunda sorumluluk hükümlerinin ne şekilde işeyebileceğidir. Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 11 fıkra 4 hükmünde “*Asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremez.*” ifadesine yer verilmiş ve alt işverenin, asıl işverenden almış olduğu işi bölerek farklı işverenlere veremeyeceği öngörülmüş ise de bizim de katıldığımız üzere İş Kanunu’nda böyle bir sınırlamaya yer verilmediğinden, alt işverenin almış olduğu işi bölerek farklı alt işverenlere vermesi mümkün olabilecektir.¹⁷⁹ Ancak burada da aynı alt işverenlik ilişkisinin ilk kurulum aşamasında olduğu gibi işin, alt işveren için asıl iş niteliği taşıması halinde farklı bir alt işverene bölebilmesi için işin ve işletmenin gerekleri ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekmektedir. Bu şartın sağlanması halinde alt işverenin, asıl işverenden almış olduğu işi bölerek farklı bir alt işverene vermesi ve böylece alt işverenin alt işvereni gibi bir durumun ortaya çıkması mümkündür.¹⁸⁰ Böyle bir durumda doktrindeki görüş zincirleme sorumluluk kavramı olmakla birlikte¹⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda asıl işveren, alt işveren ile birlikte iş güvenliği önlemlerinin alınmasından müştereken ve müteselsil sorumlu olduğundan, işyerinde meydana gelen kaza nedeniyle alt işverenler ile birlikte müştereken ve müteselsil sorumlu oldukları yönünde

¹⁷⁹ ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.134; CANBOLAT, s.74.

¹⁸⁰ ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.134; CANBOLAT, s.74.

¹⁸¹ ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.134; CANBOLAT, s.74 vd.

hüküm kurmuştur.¹⁸²Yüksek mahkemenin kararında görüldüğü üzere asıl işverenden iş almış olan alt işverenin söz konusu işi bölerek başka bir alt işverene vermesi durumunda hem asıl işveren hem alt işveren hem de üçüncü alt işveren söz konusu ilişkiden dolayı müteselsil sorumlu olacaklardır.

Tüm bu bahsedilen hususların tek istisnasını ise bu çalışmanın konusunu teşkil eden “muvazaa” hususu oluşturmaktadır. Zira asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak kurulmuş olması durumunda ortada geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilemeyeceğinden dolayı 4857 sayılı İş Kanunu madde 2 Fıkra 7 gereğince muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında asıl işverene ait işyerinde alt işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçiler, kurulan bu ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaklardır.

c-Asıl İşveren Ve Alt İşveren Arasındaki Rücu İlişkisi

Güncel iş hayatının içerisinde asıl işverenler ile alt işverenler arasında düzenlenen alt işverenlik sözleşmesinde taraflar arasında sıkça rücu hususuna ilişkin düzenlemelere yer verilebilmektedir. Bu düzenlemelerin temel sebebi alt işverenlik ilişkisinden kaynaklı müteselsil sorumluluk hükümleridir. Zira asıl işveren, alt işverenlik ilişkisi kapsamında bünyesinde çalışmakta olan işçilerin o işyerindeki çalışmalarıyla ilgili olarak iş sözleşmesinden, İş Kanunu’ndan ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan alt işverenle birlikte müteselsilsen sorumlu bulunmaktadır. Bu müteselsil sorumluluk kavramının iş kazası veya meslek hastalığı gibi durumları da kapsadığı açıktır. Yargıtay da içtihadında asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin müteselsil sorumluluk olduğunu, asıl işveren ile işçi arasında doğrudan bir iş sözleşmesi bulunmadığını ancak İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmü gereğince alt işverenlik kapsamında çalışmakta olan işçilerin uğramış oldukları iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararlar ile işçinin ölümü halinde mirasçıların açacakları tazminat davalarında asıl işveren ile alt işverenin müteselsil sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır.¹⁸³

Hukukumuzda özellikle sorumluluk hukuku bakımından borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi bulunmaktadır. Bu ilkeye göre hiç kimsenin kendi iradesi dışında borç altına sokulması yahut başkalarının borçlarından sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durum

¹⁸²Yargıtay HGK, E. 2012/21-732, K. 2013/207, T. 06.02.2013, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 19.08.2022.

¹⁸³Yargıtay 21. HD, E. 2018/5073, K. 2019/4779, T. 27.06.2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 09.08.2022.

Anayasa madde 48 hükmü ile de korunan sözleşme özgürlüğü ülkesinin bir sonucudur.¹⁸⁴ Normal şartlar altında alt işverenin işçisi olan kişilerin doğan hak ve alacaklarının sorumluluğu işveren sıfatını haiz olan alt işveren üzerinde olmakla birlikte İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünde düzenlenen asıl işveren – alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluk ilkesi borç ilişkisinin nisbiliği ilkesine getirilen bir istisnadır.¹⁸⁵

Asıl işveren hakkında düzenlenen bu müteselsil sorumluluk hükümlerinin alt işverenin sorumluluklarını kaldırmadığı muhakkaktır. Ancak asıl işveren yahut alt işverenden birinin işçiye karşı bu borcu ödemesi, işçiye olan borcu her iki işveren içinde kapatmakla birlikte artık taraflar arasında karşılıklı rücu ilişkisi söz konusu olacaktır. Zira her ne kadar asıl işveren ile alt işveren arasında müteselsil sorumluluk ve işçinin ikisinden istediğine yahut ikisine birden başvurma hakkı olsa da uygulamada işçilerin genelde maddi olarak daha güçlü konumda olan asıl işverene bu alacaklarını tahsil etmek için başvurduğu görülmektedir.¹⁸⁶

Burada dikkat edilmesi gereken husus müteselsil sorumluluk hususu, asıl işvereni bu borcun sahibi konumuna getirmeyecek ve asıl işveren burada başkasının borcunu ödeyen kişi konumunda kalacaktır. Zira borcun nihai sorumlusu asıl işveren değil alt işverendir.¹⁸⁷

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisi İş Kanunu kapsamında düzenlenmemiş olup buradaki ilişkinin çözümü ancak borçlar hukuku ve sözleşme hukuku kuralları kapsamında sağlanabilecektir. Bu nedenle asıl işveren – alt işveren ilişkisinde rücu hususu taraflar arasında ayrı bir sözleşmenin konusu olabilmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, asıl işveren ile alt işverenin kendi aralarında rücu ilişkisine dair yapmış oldukları sözleşme, alt işveren işçisinin haklarını kısıtlayamaz ve her iki tarafa da müteselsil sorumluluk kapsamında başvurma hakkını elinden alamaz. Söz konusu sözleşme yalnızca tarafların rücuyla ilişkin iç ilişkilerini etkileyebilecektir.¹⁸⁸ Burada taraflar arasındaki rücu ilişkisi, alt işverenlik ilişkisinin hukuka uygun bir biçimde kurulup kurulmamış olmasına göre ikili bir biçimde ele almak gerekecektir.

¹⁸⁴EKMEKÇİ, YİĞİT, s.163.

¹⁸⁵EKMEKÇİ, YİĞİT, s.163.

¹⁸⁶AYDINLI, s.269; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.40

¹⁸⁷EKMEKÇİ, YİĞİT, s.164; SENYEN KAPLAN, s.58.

¹⁸⁸EKMEKÇİ, YİĞİT, s.161; SÜZEK, s.173; SÜZEK, Alt İşveren, s.27; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.40.

aa-Alt İşverenlik İlişkisinin Hukuka Uygun Olması Durumunda Rücu İlişkisi

Hukuka uygunluktan kastedilen husus tabiki İş Kanunu hükümlerine uygun olarak kurulmuş olan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığıdır. Hukuka uygun bir şekilde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde birlikte, müteselsil sorumluluk söz konusu olacak ve her iki işverende işçilik haklarının tamamının ödenmesinden birlikte sorumlu olacaklardır.¹⁸⁹ Yani taraflar arasında kanundan doğan müteselsil sorumluluk¹⁹⁰ söz konusu olacak ve öncelik sonralık ilişkisi bulunmayacaktır.

Müteselsil sorumlulukta rücu ilişkisi Türk Borçlar Kanunu madde 167 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre *“Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifada bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır.”* şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Madde hükmünden anlaşıldığı üzere kişiler arasında müteselsil sorumluluğun bulunduğu hallerde rücu ilişkisinin şekli belirlenirken ilk bakılması gereken husus taraflar arasında iç ilişkiye dair bir sözleşmenin bulunup bulunmaması hususudur. Taraflar arasında kararlaştırılan bir durumun varlığı halinde iç ilişkide rücu meselesi tarafların belirlediği şekilde çözülecektir. Taraflar arasındaki sözleşmeden rücuya ilişkin bir çıkarımın yapılamaması durumunda ise işin niteliği dikkate alınarak bir çözüme gidilmesi gerekir ve işin niteliği dikkate alınarak bir çözüme gidilmesi yolundan da bir sonuç alınamaması halinde müteselsil borçluların eşit paylarla sorumlu oldukları kabul edilecektir.

Asıl İşveren – alt işveren arasındaki ilişki bakımından baktığımızda ise öncelikle işverenler arasında kendi iç ilişkilerine dair rücuya ilişkin bir sözleşmenin var olup olmadığına bakılması gerekecektir. Böyle bir sözleşmenin varlığı halinde ise asıl işverenin, alt işveren işçisine yapmış olduğu ödemelerin alt işverene ne şekilde ve hangi oranda rücu edileceğini bu sözleşme hükümleri belirleyecektir. Taraflar arasında bir sözleşmenin bulunmaması durumunda ise işin niteliğine göre hareket edilmesi gerekecektir ki alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren açısından öngörülen sorumluluk başkasının sözleşme

¹⁸⁹ AYDINLI, s.269; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.40; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.163; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.129.

¹⁹⁰ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.163

kaynaklı bir borcundan sorumluluk niteliği taşımaktadır.¹⁹¹ Bu nedenle asıl işveren, yapmış olduğu ödemelerin tamamı açısından alt işverene rücu hak ve yetkisine sahiptir.

bb-Alt İşverenlik İlişkisinin Hukuka Aykırı Olması Durumunda Rücu İlişkisi

Asıl işveren ile alt işveren arasın kurulan ilişkinin kanuna aykırı olması durumunda İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmü uyarınca alt işveren işçilerinin, iş ilişkisinin başından itibaren asıl işverenin işçileri olması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Ancak burada geriye doğru işçinin sigortasız olarak çalıştırılan bir işçi olduğundan bahsedilemeyeceği de açıktır. Zira alt işverenlik ilişkisi kapsamında verilen işe giriş bildirgeleri ile aylık prim ve hizmet belgelerinin asıl işveren tarafından verilmiş olduğunun sayılması gerekecektir.¹⁹²

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması halinde akla ilk gelen sorun ise böyle bir ilişkide artık işçinin yalnızca asıl işverenin işçisi olduğu göz önüne alındığında, asıl işverenin yapmış olduğu ödemeleri alt işverene rücu edip edemeyeceği hususudur. Bu hususa ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir karar 2004 yılına ait olup eski 1475 sayılı İş Kanunu hükmüne atıfta bulunmuş ve ilgili karar alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması durumunda taraflar arasındaki rücu ilişkisinin Kanunun 1/son maddesinin uygulanmayarak taraflar arasındaki sözleşmenin hükümlerine göre uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararı ile alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması durumunda dahi bu durumun taraflar arasındaki rücu ilişkisini bozmayacağını hükme bağlamıştır.¹⁹³ Vermiş olunan bu karar oy birliğiyle sağlanmamış olup karşı oy yazısında ise asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunun tespit edildiği, bu nedenle alt işverenin artık işçilerin alt işvereni olduğu söylenemeyeceği ve bu nedenle asıl işverenin alt işverene rücu edemeyeceği belirtilmiştir.¹⁹⁴

Doktrinde Aydınli'nın görüşüne göre asıl işveren ve alt işveren aralarında kurmuş oldukları asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı yani hukuka aykırı olarak kurulmuş olması durumunda asıl işverene, alt işverene yönelik rücu hakkı tanınması durumunda, bu durum kesinleşen bir yargı kararı ile muvazaalı sayılmış olan bir işleme geçerlilik kazandırılması anlamına gelecektir.¹⁹⁵ Zira muvazaalı olduğu tespit edildiği için batıl olan ve baştan itibaren geçersiz sayılan bir işlemin sonradan farklı bir hakka dayanak teşkil etmesi

¹⁹¹EKMEKÇİ, YİĞİT, s.166.

¹⁹²EKMEKÇİ, YİĞİT, s.167.

¹⁹³Yargıtay HGK, E. 2004/11-254, K. 2004/295, T. 12.05.2004, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 09.08.2022.

¹⁹⁴ Yargıtay HGK, E. 2004/11-254, K. 2004/295, T. 12.05.2004, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 09.08.2022.

¹⁹⁵AYDINLI, s.273.

mümkün olmayacaktır.¹⁹⁶Yine hukuka uygun bir biçimde kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisi ile muvazaalı alt işverenlik ilişkisi arasında rücu farkı oluşturmaya gerek bulunmadığı, kanun koyucunun tek amacının alt işveren işçilerinin haklarını korumak olduğuna ilişkin görüş, doktrindeki bazı görüşler tarafından eleştirilmekte ve bu hususun kanun koyucunun nihai amacı ile uyuşmadığı, kendi içinde çelişki oluşturduğu savunulmaktadır.¹⁹⁷

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile aynı görüşü paylaşan Ekmekçi'ye göre de alt işverenlik ilişkisi muvazaalı şekilde kurulmuş olsa dahi bu durum alt işverenin işçilik alacaklarından doğan müteselsil sorumluluğunu sona erdirmeyecektir. Bir kişinin kendi muvazaasından yararlanabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle muvazaalı işlemin tarafı olan alt işverenin kendi muvazaasından yararlanması mümkün olmayacaktır. Örneğin, asıl işverenin işverene işçilik alacakları bakımından yapmış olduğu ödemeyi, alt işverene rücu etmesi durumunda alt işverenin bu muvazaayı ileri sürerek borçtan sorumluluğunun bulunmadığını söylemesi mümkün değildir.¹⁹⁸

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda da bu hususa değinilmiştir. Yargıtay, her ne kadar alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulmuş olması durumunda alt işveren işçisi bu ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisi olarak sayılacak olsa da söz konusu muvazaalı işlemin tarafı olan alt işverenin de işçilik alacaklarından müteselsil sorumlu tutulması gerektiğine çünkü kişinin kendi muvazaasına dayanamayacağını ifade etmiştir.¹⁹⁹Yine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de güncel kararlarında aynı doğrultuda hüküm kurmakta ve kişinin kendi muvazaasına dayanamayacak olması sebebiyle muvazaalı işlemin müteselsil sorumluluğu kaldırmayacağını belirtmektedir.²⁰⁰

¹⁹⁶AYDINLI, s.273.

¹⁹⁷AYDINLI, s.273-274; AYKAÇ, s.319 vd.

¹⁹⁸EKMEKÇİ, YİĞİT, s.167-168.

¹⁹⁹ Yargıtay 9. HD, E. 2015/30848, K. 2015/31601, T. 09.11.2015, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 09.08.2022.

²⁰⁰Yargıtay 22. HD, E. 2016/21960, K. 2019/19498, T.21.10.2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 09.08.2022.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA MUVAZAA

I-MUVAZAA KAVRAMI

Muvazaa köken olarak Arapça bir kelime olup zamanla dilimize tamamıyla yerleşmiştir. Kelime anlamı ise bir hususta bahse girişmek, mecazi danışıklı döğüştür.²⁰¹ Muvazaa, hukukumuzda Türk Borçlar Kanunu'nun “muvazaalı işlemler” başlıklı 19. maddesinde yer almaktadır. Muvazaanın Türk Borçlar Hukuku kapsamındaki anlamı ise kişilerin kendi irade ve istekleri doğrultusunda hukuk dünyasında meydana getirdikleri gerçeğe aykırı uyumsuzluktur. Zira muvazaada irade ile beyan arasında iki taraflı bir uyumsuzluk söz konusudur.

Muvazaada kişiler kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmenin hüküm doğurmaması yahut görünürde var olan sözleşmenin dışında harici bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususunda anlaşılmaktadır. Taraflar böylece her ne kadar görünürde gerçek bir sözleşme görünümünde meydana çıkmış olsalar dahi aslında ortaya çıkartılan bu sözleşme, sözleşmenin taraflarını ya hiç bağlamamakta veyahut başka gizli bir sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasını sağlamak isteğiyle danışıklı olarak hareket etmektedirler.²⁰² Yani ortada gerçekten bir sözleşme vardır. Ancak bu sözleşme tarafların gerçek iradeleriyle uyuşmamaktadır.

Bir diğer husus ise tarafların gerçekte yapmış oldukları bir sözleşme bulunduğu halde üçüncü kişilere karşı aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi yokmuş gibi davranmaları durumunda ise muvazaadan söz edilemeyecektir.²⁰³ Böyle bir durumda ancak TBK madde 112 koşullarının bulunması durumunda aydınlatma yükümlülüğünün gerçekleştirilmemiş olması sebebiyle borca aykırılık ve somut duruma uygun düşmesi halinde haksız fiil

²⁰¹<http://www.lugatim.com/s/muvazaa>. (Erişim tarihi:09.08.2022).

²⁰²ÖĞÜZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s.134; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s.233; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.395; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.347; ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.346.

²⁰³ÖĞÜZMAN, ÖZ, s.134.

hükümlerinden söz edilebilecektir.²⁰⁴Muvazaadan söz edebilmemiz için akdin her iki tarafının da muvazaalı olarak akdedilen işlemin bilincinde olmaları ve böylece tarafların gerçek ve samimi beyanları ile iradeleri arasındaki uygunsuzluğun kastını taşıması gerekmektedir.²⁰⁵ Yargıtay ise içtihadı birleştirme kararında muvazaayı, tarafların göstermelik beyanlarının gerçek amaçlarına uymadığını bildikleri halde sözleşmede gösterilen hükümlerden başka hükümlerde kendilerini anlaştıkları gibi göstermeleri hali olarak yorumlamıştır.²⁰⁶

Akla gelen bir diğer husus ise muvazaalı sözleşmenin taraflarının üçüncü kişilere karşı aleyhte muvazaa iddiasında bulunup bulunamayacaklarıdır. Yargıtay'ın yerleşik görüşleri esas alındığında muvazaalı işlemin taraflarının üçüncü kişilere karşı kendi muvazaalarını ileri süremeyecekleri ancak kendi aralarında bu muvazaaya dayanarak taleplerde bulunabilecekleri belirtilmiştir.²⁰⁷

Muvazaa sözleşmesi görünüşteki dışa yansıtılan sözleşmenin tamamını kapsayabileceği gibi yalnızca bir bölümünü de içine alabilecektir. Böyle bir halde ilk duruma ilk duruma tam muvazaa, ikinci duruma ise kısmi muvazaa denilebilecektir.

II-MUVAZAAALİ İŞLEMİN TÜRLERİ

1-Mutlak Muvazaa (Basit Muvazaa)

Mutlak (basit) muvazaa olarak bahsettiğimiz muvazaa, sözleşmenin taraflarının aslında kendi aralarında herhangi hukuki herhangi bir hüküm ve sonuç doğuracak bir işlem meydana getirmek istemedikleri halde yalnızca üçüncü kişilere karşı aralarında gerçek bir sözleşme ilişkisi varmış gibi görünmek kastıyla işlem yapmaları halidir.

²⁰⁴ OĞUZMAN, ÖZ, s.135.

²⁰⁵ ANTALYA, s.346.

²⁰⁶ Yargıtay İ.B.G.K, E. 1953/8, K. 1953/7, T. 07.10.1952, <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=4352>, Erişim tarihi: 09.08.2022.

²⁰⁷ Yargıtay H.G.K, E. 2011/13-173, K. 2011/291, T. 11.05.2011, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim tarihi: 20.10.2019.

Mutlak muvazaanın en çok görüldüğü alan muvazaalı devir durumlarıdır.²⁰⁸ Bu hususa ilişkin verilebilecek en net örneklerden biri ise borca batık durumdaki bir kişinin alacaklılarından kurtulmak kastı ile kendi mülkiyetindeki mallarını bu durumdan haberdar olan bir arkadaşına satması durumudur. Mutlak muvazaanın söz konusu olabilmesi için aranan bir diğer temel şart da muvazaalı ilişkinin taraflarının yalnızca görünüşte gerçekleştirilmekte olan bu hukuki işlemin arkasında başka bir hukuki işlemi üçüncü kişilere karşı gizleme gayesinin olmaması gerekmektedir.²⁰⁹

Mutlak muvazaa, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan bir muvazaa çeşidi değildir. Her ne kadar TBK madde 19 hükmünde muvazaadan bahsedilse de burada kastedilen muvazaa mutlak değil, nispi muvazaadır.

Mutlak muvazaanın genel olarak görüldüğü alanlardan biri de borçlunun alacaklılarından mal kaçırabilme saikiyle hareket etmesi durumudur. Böyle bir durumda kişi cebri icra işlemlerinden mal varlığını sakınabilmek amacıyla taşınmaz mallarını tanıdığı üçüncü kişilere satmış gibi göstererek taşınmaz mallarını korumak isteyebilir. Böyle bir durumda taraflar arasında taşınmazın devrine ilişkin samimi ve gerçek bir irade uyuşması bulunmamasına rağmen yalnızca üçüncü kişilere karşı görünüşte böyle bir işlem yansıtılabilecektir. Böyle bir durumun ortaya çıkması halinde alacaklılar tarafından muvazaaya dayalı olarak açılan davada da tapunun iptali değil, cebri icra yoluyla alacaklının hakkını kullanabilmesi kararı verilir.²¹⁰

2-Nisbi (Nitelikli, Mevsuf) Muvazaa ve Türleri

Mutlak muvazaanın dışında bir diğer muvazaa türü de nispi (nitelikli) muvazaadır. Nispi muvazaa, tarafların kendi aralarında aslında rızaen bir işlemin yapılması hususunda anlaştıkları halde dışarıya yani üçüncü kişilere karşı farklı bir işlem gerçekleştiriliyormuşçasına yaptıkları yani kendi iradelerine uygun olan sözleşmeyi, dışa karşı iradelerine uymayan harici bir sözleşme ile gizledikleri işlemlerdir.²¹¹ Yani nispi muvazaa da işlemin taraflarının temel amacı arkada yer alan ve tarafların gerçek iradelerine dayalı olan işlemi gizleme arzusudur.

²⁰⁸ **ESENER**, Turhan, **GÜNDOĞDU**, Fatih, Borçlar Hukuku 1 Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.94; **ÖZKAYA**, Eraslan, İnancılı İşlem ve Muvazaa Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.189.

²⁰⁹ **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, s.347; **ÖZKAYA**, s.289 vd.; **ANTALYA**, s.348.

²¹⁰ **NOMER**, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.110; Yargıtay 17. HD, E. 2013/7947, K. 2014/15062, T. 04.11.2014, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 10.08.2022.

²¹¹ **ANTALYA**, s.349; **ESENER**, **GÜNDOĞDU**, s.96; **KILIÇOĞLU**, s.238; **OĞUZMAN**, **ÖZ**, s.136; **EREN**, s.399; **ÖZKAYA**, s.290.

Nispi muvazaa TBK madde 19 hükmünde “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Yani nispi muvazaada taraflar gerçekten de bir sözleşmenin meydana getirilmesi konusunda iradeleri birleşirken bu sözleşmeyi arka planda gizleyerek üçüncü kişileri sözleşmenin niteliği, tarafları veyahut koşulları konusunda yanıltmaktadırlar.

Görüldüğü üzere nispi muvazaada temelde iki işlem(sözleşme) karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri görünürdeki işlem iken diğeri ise gizlenen işlemdir. Nispi muvazaa ile ilgili uygulamada en çok görülen örnekler muris muvazaası ile ön alım hakkının kullanımının engellenmesine dayalı işlemlerdir. Saklı pay hakkı bulunan mirasçısından mal kaçırmak kastıyla hareket eden muris, mülkiyetinde yer alan malı satış sözleşmesi suretiyle başka bir kişiye devretmekte ancak bu satış sözleşmesi ile arkada yer alan bağışlama sözleşmesini gizlemektedir. Burada satış sözleşmesi görünürdeki işlem olarak karşımıza çıkarken, bağışlama ise gizli sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.²¹²Tüm bu hususlar izah edildikten sonra nispi muvazaanın türlerine de kısaca değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

a-Sözleşmenin Niteliğinde Muvazaa

Sözleşmenin niteliğinde muvazaa ile kastedilen husus, tarafların muvazaalı olarak yapmış oldukları sözleşme ile gerçek iradelerini yansıtmakta olan gizli sözleşmenin gerçek niteliğini gizleyebilme gayesidir.²¹³ Örneğin taraflar aslında yasal mirasçılardan mal kaçırmak gayesiyle aralarında bir bağışlama sözleşmesi yapmaktalarken bu işlemi dışarıya karşı gizleyerek üçüncü kişilere karşı görünürde bir satış sözleşmesi suretiyle gerçekleştirmektedirler veyahut bir diğer sıkça karşılaşılan örnek ise önalım hakkı sahibinin bu yasal hakkını kullanabilmesinin önüne geçilebilmesi amacıyla tarafların araların düzenlemiş oldukları bir satış sözleşmesini, dışarıya karşı bağışlama sözleşmesi ile gizlemeleri durumudur. Bu durumda da gizlenen işlem satış sözleşmesi iken görünürdeki işlem ise bağış sözleşmesidir.²¹⁴

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise tarafların gerçek arzu ve iradelerini yansıtmakta olan bir sözleşmenin yalnızca ismen yanlış nitelendirmiş olmaları

²¹²EREN, s.400 vd; ANTALYA, s.349.

²¹³ESENER, GÜNDOĞDU, s.95; EREN, s.400; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.350; ÖZKAYA, s.191

²¹⁴ESENER, GÜNDOĞDU, s.95; ANTALYA, s.349.

hali muvazaayı oluşturmamaktadır.²¹⁵ Zira tarafların değerlendirmesi her ne olursa olsun mühim olan sözleşmenin bütün hükümleriyle birlikte değerlendirilerek nitelendirilmesi olacaktır.

Sözleşmenin niteliğinde muvazaa da sözleşmenin yalnızca bir unsuru yahut bir kısmı değil tamamı değiştiğinden dolayı burada tam muvazaa söz konusudur.²¹⁶

b-Sözleşmenin Konu Veya Şartlarında Muvazaa(Kısmi Muvazaa)

Sözleşmenin konu veya şartlarında muvazaa olarak nitelendirilen husus aslında diğer muvazaa türlerinden farklı olarak muvazaalı işlemin taraflarının görünürdeki işlemi gerçekten de gerçekleştirme arzu ve iradesi taşıyor olmalarıdır. Ancak buradaki temel farklılık kişilerin gizleme gayesinde oldukları husus sözleşmenin kendisini değil sözleşmenin içerdiği bazı şartları kendi iradelerine göre gizleyerek üçüncü kişilere karşı farklı şekilde belirlemektedirler. Yani buradaki muvazaa taraflar arasındaki sözleşmenin tümünde değil yalnızca birkaç noktasında söz konusu olacaktır.

Sözleşmenin konu veya şartlarında oluşan muvazaa, uygulamada en çok taşınmaz satışlarına ilişkin sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta taraflar bir taşınmazı kendi iradelerinde sattıkları fiyattan daha düşük bir meblağı satış sözleşmesinde gösterebilmektedirler.²¹⁷ Böyle bir durumda taraflar arasında gerçekten de bir taşınmazın satımı için gerçek ve samimi bir irade ve anlaşma bulunmasına rağmen sözleşmenin fiyata ilişkin hükümlerinde taraflar arasında yapılan gizli bir işlem ve muvazaa iradesi söz konusu olacaktır.

Bedelde muvazaa en sık görülen muvazaa türüdür. Burada taraflar gerçek iradelerini yansıtan ve anlaştıkları bedeli gizlemekte, farklı bir bedel beyan ederek bunu dışa yansıtmaktadırlar. Bu durumda ortada gerçekten de tarafların iradelerine uygun bir bedelin varlığı söz konusu olmasına rağmen gerçek arzu ve iradeye dayalı olan bu bedelin dışa yansımamış olması söz konusudur. Sözleşmeye yansıyan beyandaki bedel ise tarafların gerçek irade ve arzularını göstermeyen bir iradedir. Bu durumda tarafların gerçek iradeleri ile beyanları arasında bilinçli bir uyumsuzluk söz konusudur.²¹⁸

²¹⁵KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.351.

²¹⁶ÖZKAYA, s.191.

²¹⁷OĞUZMAN, ÖZ, s.136; ESENER, GÜNDOĞDU, s.95; EREN, s.401; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.351; ANTALYA s.349.

²¹⁸KILIÇOĞLU, s.235.

Bu bilinçli uyumsuzluğun genel amacı kamu kurumlarından gerçek devir bedelinin gizlenerek doğması muhtemel maddi külfetlerin azaltılabilmesidir. Bu hususa ilişkin örnek vermek gerekirse, kişilerin taşınmaz satımı için kendi araların kararlaştırmış oldukları bir milyon TL bedeli, tapu dairesinde yüz bin TL olarak göstermeleri durumudur. Burada aslında tarafların gerçek irade ve arzuları bir milyon TL olmasına rağmen muvazaalı olarak dışa karşı bilinçli bir uyumsuzlukla yansıtılan bedel yüz bin TL olmuştur.

Bedelde muvazaanın bir diğer sıkça görüldüğü alan ise ön alım hakkına ilişkin hususlardır. Ön alım hakkı sahibinin yasal hakkını önlemek veyahut zorlaştırmak için taraflar gerçekte anlamış oldukları bedelin çok daha üzerinde bir değer iradesi dışa karşı yansıtılabilirler.²¹⁹ Bu hususa da örnek vermek gerekirse A kişinin B ve C kişilerinin müşterek mülkiyetinin bulunduğu taşınmazdaki hissesini dışarıdan bir kişi olan D kişisine satmak istemesi halinde satım işlemini sonradan öğrenen B ve C kişilerinin yasal ön alım haklarını kullanabilmek gayesiyle yasal ön alım hakkından kaynaklı dava açarak söz konusu satılan payı D kişisinden almaları mümkündür. Bu nedenle A ve D kişileri kendi aralarında anlaşarak gerçekte yüz bin TL olan satım bedelini resmiyette bir milyon TL olarak göstererek yasal ön alım hakkının sahipleri olan B ve C kişilerinin bu haklarını kullanabilmelerinin önüne geçmeye çalışabilmektedirler. Böyle bir durumda tarafların gerçek iradeleri yüz bin TL iken dışa karşı bilinçli bir uyumsuzlukla yansıtılan bedel bir milyon TL olabilmektedir.

Zaman zaman iş hukuku alanında da güncel iş hayatında muvazaanın uygulandığı görülmektedir. İşveren ile işçi arasında kurulan iş sözleşmesinde aylık maaş olarak asgari ücret gösterilmesine rağmen fiiliyatta kişinin maaşı daha yüksek bir meblağ olarak ödenmekte ve böylece işveren sigorta primi ve diğer vergisel yükümlülüklerden kaçınmaktadır.

Bu duruma ilişkin iki farklı görüş öne sürülmüştür. Bu görüşlerden birine göre ortada gizlenen sözleşme ve gösterilen sözleşme olarak iki farklı sözleşme söz konusu olacaktır.²²⁰ Bir diğer ve hâkim olan görüşe göre ise ortada iki ayrı sözleşmenin varlığından değil tek bir sözleşmenin varlığından söz etmek mümkün olacaktır. Zira taraflar arasında muvazaalı olarak akdedilmiş olan ve tarafların iradelerinin yansıtılmadığı bir sözleşme söz konusu değildir. Bilakis taraflar arasında gerçekten de iradelerini yansıtan ve rızalara doğrultusunda

²¹⁹KILIÇOĞLU, s.235; EREN, s.401.

²²⁰SAYMEN, Ferit, ELBİR, Halid Kemal, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1958, s.252.

oluşturulmuş bir sözleşme vardır ancak sözleşmenin içerisindeki sadece bedel gibi bazı hususlarda muvazaa söz konusudur. Bu durumda somut durumda ortada yalnızca bir veya birkaç hükmü muvazaalı olan ancak tarafların iradesini yansıtan tek bir sözleşme bulunmaktadır.²²¹ Bedelde muvazaa olması durumunda söz konusu sözleşmenin geçerliliği hakkında farklı tartışmalar olmuştur. Türk hukukunda bedelde muvazaa olması durumunda muvazaa sebebiyle sözleşmenin iptali değil, bildirilen değer taşınmazın emlak vergisi değerinden az olması durumunda eksik gösterilen bedelin harç cezal olarak tahsili öngörülmüştür.²²²

Bedelde yapılan muvazaaya ilişkin söylenebilecek bir diğer husus ise muvazaalı işlemin tarafları olan kişilerin bu bedeldeki muvazaayı ileri sürmeleri halinde bu husus dinlenmeyecektir. Zira muvazaalı sözleşmenin taraflarının bu muvazaayı ileri sürerek sözleşmenin iptalini talep etmeleri hakkın kötüye kullanımına sebebiyet verecektir.²²³ Ayrıca sözleşmenin bedelinde muvazaa da olsa tarafların taşınmaz satışı konusunda iradelerinin uyduğu ve gerçekten de hem paranın ödendiği hem de taşınmaz devrinin sağlandığı durum da sözleşmenin her iki tarafı da borçlarını bilerek ve isteyerek yerine getirdiğinden sözleşmenin bedeldeki muvazaa nedeniyle iptalini istemek hakkın kötüye kullanılması olacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki edelin düşük gösterildiği her durumun muvazaalı olarak atfedilmesi de yanlıştır. Çünkü gerçekten de kişiler samimi biçimdeki gerçek iradelerini olduğu gibi sözleşmeye yansıtmış olabilirler. Bu durumda sözleşmenin taraflarınca belirlenen bedel, o malın gerçek bedelinden düşük olsa da bu durum tek başına muvazaaya karine teşkil edemeyecek ve bedelde muvazaa yapıldığı söylenemeyecektir. Zira nispi muvazaanın temel unsurlarından olan gizli sözleşme burada söz konusu değildir ve taraflar arasında yapılmış tek bir gerçek sözleşme söz konusudur. Yine Yargıtay'ın bu görüş doğrultusunda vermiş olduğu kararlarında yalnızca taşınmaz bedelinin emsal değerlerden düşük kalması hususunun muvazaaya tek başına delil teşkil edemeyeceğini belirtmektedir.²²⁴

c-Sözleşmenin Taraflarında Muvazaa

Sözleşmenin taraflarında muvazaa ile kastedilen husus aslında ortadaki sözleşme ve sözleşmenin hükümleri gerçeği yansıttığı halde sözleşmenin tarafı olan kişinin gizlenerek

²²¹KOCAYUSUFPASAOĞLU, s.351; ANTALYA s.350.

²²²OĞUZMAN, ÖZ, s.140; EREN, s.401.

²²³ÖZKAYA, s.192; OĞUZMAN, ÖZ, s.140.

²²⁴ Yargıtay 9. HD, E. 2019/3920,K.2020/237, T. 20.01.2020, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 10.08.2022.

başka bir kişinin sözleşmenin tarafı olarak yazılması durumudur. Örneğin A ile B arasında yapılmak istenen bir sözleşmede, sözleşmenin tarafı olarak A ile C gösterilmesi durumunda aslında sözleşmedeki yansıtılan iradenin muhatabı olan B'nin muvazaalı olarak gizlenerek üçüncü kişilere karşı C'nin sözleşmenin tarafı olarak yansıtılması söz konusu olacaktır. Niteliği itibarıyla sözleşmenin taraflarında muvazaa da aslında bir tür kısmi muvazaadır.²²⁵

Sözleşmenin taraflarında muvazaa hususu üç ayrı şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan biri taraflardan birinin kendisini başka bir şahsın temsilcisi olarak tanıtarak sözleşme yapması durumudur. Bu halde kişi temsilci sıfatıyla başka bir kişi adına yapmış olduğu sözleşme vasıtasıyla kendisi ile yapılmış olan gerçek sözleşmeyi gizlemektedir.

İkinci durum ise yine temsilci olan kişinin bu kez sözleşmeyi görünüşte kendi adına aslında temsilcisi olduğu kişi adına yapmakta ve böylece temsil olunan ile sözleşmenin diğer tarafı arasında ilişki muvazaalı olarak gizlenmektedir.

Son ve üçüncü durum ise her üç taraf arasında da herhangi bir temsil ilişkisi bulunmaksızın örneğin A kişisi ile B kişisi arasında gerçekleştirilmiş olan sözleşmenin aslında A kişisi ile C kişisi arasında düzenlenmek istenen sözleşmeyi gizlemek iradesiyle muvazaalı olarak gerçekleştirilmesi durumudur.²²⁶

Bir diğer görüşe göre ise sözleşmenin taraflarında muvazaa şeklinde özel bir muvazaa türünün söz konusu olamayacağına ilişkindir. Bu görüşe göre sözleşmenin taraflarını gizlemeye yönelik yapılan muvazaa mutlak muvazaanın bir diğer görünüm halidir.²²⁷

Sözleşmenin taraflarında muvazaa da bedelde muvazaadan farklı olarak her daim iki ayrı sözleşme söz konusu olacaktır. Burada taraflardan biri her iki sözleşmede de yer almakla birlikte, sözleşmenin diğer tarafı ise yalnızca tek sözleşmede yer alacaktır.²²⁸

²²⁵ **ATAMULU**, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.117; **EREN**, s.372.

²²⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.354; **ANTALYA** s.351.

²²⁷ **OĞUZMAN, ÖZ**, s.136; **ADAY**, Nejat Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.15.

²²⁸ **ANTALYA**, s.351.

III-MUVAZAALI İŞLEMİN UNSURLARI

Muvazaalı işlemin unsurları, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında da sırasıyla belirtilmiş olup aşağıda daha detaylı şekilde izah edilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararında muvazaalı işlemin unsurları; muvazaa anlaşması, görünürdeki işlem, gizli işlem ve kasıt olarak sayılmıştır.²²⁹Aşağıda tüm bu unsurları sırasıyla izah edeceğiz.

1-Görünürdeki Sözleşme

Bir sözleşmenin ortaya konulabilmesi öncelikle iradenin açıklanmasına, açığa vurulmasına ve başkalarının bunu öğrenmelerine bağlıdır. Zira dışarıdaki kişiler bu açığa vurulan iradeyi öğrenmedikçe buna uygun bir irade bildirmeleri ve bir sözleşmenin kurulabilmesi mümkün değildir. Kişinin iradesi ile dışa karşı yapmış olduğu bildirim normal şartlar altında kural olarak birbirine uygun düşer. Ancak bu irade ile dışa karşı yansıtılan bildirim arasındaki kasıtlı uyumsuzluk muvazaayı oluşturacaktır.²³⁰

Muvazaada görünürdeki işlem, tarafların kendi aralarında herhangi bir hüküm doğurmayacağı halde sadece üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yaptıkları, harici bir işlemi gizlemek veyahut gerçekte hiçbir işlem amacı olmaksızın kendi aralarında dışa yansıtmadan gizli olarak yapmış oldukları işlemlerdir.²³¹Yani muvazaalı işlemdeki temel amaç kişilerin, iradelerine uymayan bir işlemi varmış gibi göstererek üçüncü kişileri aldatma kastıdır.

Tarafları aldatmak kastıyla yapılan bu işlem Türk Borçlar Kanunu madde 19 hükmünce batıl olup geçerliliği bulunmamaktadır ve hüküm doğurmayacaktır. Zira TBKmadde19 hükmünce taraflar arasındaki kurulan bu sözleşmede, sözleşmenin taraflarının

²²⁹“Muvazaanın çeşidi ne olursa olsun olayda üç unsurun nisbi muvazaada ise bunlara ek olarak dördüncü bir unsurun gerçekleşmesi gerekir.1- Muvazaa Anlaşması: Tarafların muvazaalı işlemi sırf üçüncü şahısları aldatma için yaptıklarına ve kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine dair anlaşma yapmaları gerekir. Muvazaa anlaşması netice itibariyle bir sözleşmedir; görünüşteki muvazaalı muameleden ayrı olup onunla birlikte veya daha önce yapılabilir. Muvazaa işleminin bir sözleşmeye dayanması nedeniyle tek taraflı işlemler ile irade sakatlığı oluşturan durumlardan (hata-hile gabin) farklı niteliktedir.2- Görünüşteki İşlem: Tarafların kişisel aldatmak için yapmış oldukları işleme görünüşteki işlem denir. Taraflar burada hukuki işlemi sırf görünüşte yapmakta, bu sebeple kendileri hakkında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşmış bulunmalıdırlar. Burada devir sağlayan görünüşteki işlem, hukuki niteliği itibariyle muvazaalı işlemin kendisidir.3- Gizli işlem: Nispi muvazaada söz konusu olan bir unsurdur. Tarafların görünüşteki işlemin altında gerçek iradelerine uygun ve gerçekten arzu ettikleri bir işlem yapıldığı zaman söz konusu olur.4- Aldatma kastı: Borçlar Kanunu'nun 18/1'de tarafların sözleşmenin gerçek niteliğini gizledikleri niyetinden söz edilmektedir. Gizleme niyeti, anacak üçüncü kişilerin aldatılması yoluyla gerçekleştirebileceğinden aldatma kastı muvazaanın içeriğine dahil zorunlu şarttır. Aldatma kastındaki amaç, tarafların harice karşı aldatıcı durum yaratmak hususundaki niyetidir.”, Yargıtay HGK, E. 1991/14369, K. 1991/562, T.06.11.1991, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 10.08.2022.

²³⁰ÖZKAYA, s.184

²³¹ESENER, GÜNDOĞDU, s.96; EREN, s.396; ANTALYA, s.346.

sehven yahut kasti olarak gerçek iradelerini gizlemek amacıyla kullanmış oldukları isimler önem taşımaksızın görünürdeki sözleşme geçersiz sayılacaktır.²³² Aynı zamanda görünürdeki işlemin niteliğinin de muvazaanın doğumu bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Görünürdeki işlem niteliği itibariyle muvazaalı işlem ile aynıdır.

Muvazaada tarafların görünüşteki sözleşmenin herhangi bir sonuç doğurmaması konusunda anlaşarak harici bir sözleşme daha yapmamaları durumunda mutlak muvazaa, ikinci bir sözleşme daha yapmaları durumunda ise nispi muvazaa söz konusu olacaktır. Görünüşteki sözleşmeye örnek vermek gerekirse örneğin, kiracısını tahliye etmek isteyen ancak tahliye için yasal koşulları taşımayan birinin evini bu yasal koşulları taşıyan örneğin konut ihtiyacı olan ve kirada oturan birine devretmesi ancak devrettiği kişi ile yapmış olduğu muvazaa anlaşmasında bu devrin herhangi bir sonuç doğurmamasını kararlaştırması gibi bir durumda buradaki devir sözleşmesi görünürdeki sözleşmeyi oluşturacaktır.

Tüm bu hususlardan anlaşıldığı üzere görünürdeki sözleşme niteliği itibariyle muvazaalı işlemin dışında kalan diğer kişileri yanıltma kandırma unsurunu içermektedir. Zira görünüşteki sözleşme yalnızca gerçeğe uymayan bir görünüş yaratmak için düzenlenmektedir.²³³

Muvazaanın ispatı kural olarak şekil şartına bağlı değildir. Üçüncü kişiler muvazaa iddialarını tanık delili de dahil olmak üzere istedikleri herhangi bir şekilde ispat edebileceklerdir.²³⁴ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus hukuki işlemin şekle tabi olmamasıdır. Örneğin taşınmaz malını muvazaalı olarak devreden kişinin mirasçıları saklı payları bakımından üçüncü kişi durumunda sayılacaklarından dolayı muvazaalı işlemi tanıkla ispat etmeleri mümkün iken saklı payı olmayan mirasçılarla saklı payı olup da bunun dışındaki haklarının temini için hareket eden mirasçılar üçüncü kişi sayılamayacak ve şekle tabi olan işlemi tanıkla ispat edemeyeceklerdir.²³⁵

Muvazaalı işlemde görünürdeki işlemin hukuki sonuçları konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlar genel olarak geçersiz, yok hükmünde, batıl, hükümsüz olarak belirlenmektedir.

²³² OĞUZMAN, ÖZ, s.136; EREN, s.396; KILIÇOĞLU, s.236.

²³³ ÖZKAYA, s.185; EREN, s.396

²³⁴ OĞUZMAN, ÖZ s.137; ESENER, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956, s.109, Erişim: <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/11728>, Erişim Tarihi: 10.08.2022; EREN, s.402 vd.

²³⁵ OĞUZMAN, ÖZ, s.137.

a-Yokluk Hükmünde Sayılması Hali

Bu görüşe göre TBK madde 19 gereğince Türk hukukunda irade teorisini benimsenmiştir. Muvazaalı işlemde de tarafların birbirine uygun olan ve gerçek iradesi muvazaalı işlemin hiçbir somut zeminde meydana gelmemiş, yok olmuş, hüküm ve sonuç doğurmamış olmasıdır. Bu durumda muvazaalı işlemlerde görünürdeki sözleşmeye bağlanan hukuki sonuç ancak yokluk olabilecektir.²³⁶ Zira bu görüşe göre yalnızca görünüşte kalan ve işlemin her iki tarafınca da hukuki sonuç doğurmamak üzere ortaya çıkartılmış olan irade beyanları ile gerçek bir işlemin olduğundan söz edilemeyecektir.

TBK madde 19 hükmüne göre taraflar arasında gerçekleşen sözleşmelerin türlerinin ve içeriklerinin belirlenmesinde yahut yorumlanmasında tarafların kullandıkları sözcüklerden ziyade gerçek iradeleri esas alınacaktır. Muvazaalı işlemde ise tarafların gerçek iradeleri ise muvazaalı işlemin meydana gelmemesi olduğuna göre muvazaalı işleme bağlanan sonuç yokluk olacaktır.²³⁷

Yine bu görüşe göre muvazaalı bir işlemin batıl olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira batıl işlem niteliği gereği ciddi beyanları gerektirmekte iken muvazaalı işlemlerde ciddi bir beyan iradesinin varlığından söz edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle muvazaalı işlemin yok hükmünde sayılması gerekmektedir.

b-Geçersiz Sayılması Hali

Doktrinde daha baskın olan görüşe göre ise muvazaalı işlem TBK madde 19 hükmü gereğince en başından itibaren geçersizdir zira tarafların karşılıklı iradesine uygun düşmemektedir ve buradaki geçersizlik butlan(kesin hükümsüzlük) türünde bir geçersizliktir.²³⁸ Bu nedenle mutlak muvazaadaki muvazaalı sözleşme, nispi muvazaadaki görünüşteki sözleşme tarafların gerçek iradeleri ile uyumsuzluk teşkil ettiğinden dolayı geçersiz olacaktır. Bu görüşe göre somut durumda taraflar arasında şeklen dahi olsa tarafların iradelerinin yer aldığı bir sözleşmenin varlığı söz konusudur. Bu nedenle yokluktan bahsedilmesi mümkün olmayacağı gibi ancak tarafların arzusundan kaynaklı bir geçersizlik söz konusu olacaktır.²³⁹

Geçersiz sayılması durumunda bunun da doğurduğu sonuçlar söz konusu olacaktır. Bu sonuçlar öncelikle taraflar arasında muvazaalı sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz

²³⁶EREN, s.402; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.34.

²³⁷EREN, s.402 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.34 vd.

²³⁸KILIÇOĞLU, s.238; ÖZKAYA, s.195; OĞUZMAN, ÖZ, s.136; ANTALYA, s.352.

²³⁹OĞUZMAN, ÖZ, s.137.

olacağı için herhangi bir alacak ve borcun doğması söz konusu olmayacaktır. Taraflar bu sözleşmeden dolayı herhangi bir zarara uğramış olsalar da zararlarını isteyebilmeleri mümkün değildir zira taraflar muvazaalı işlemi kasıtlı olarak ve isteyerek yapmışlardır.²⁴⁰ Bununla birlikte burada muvazaalı işlemin taraflarının isteyebileceği tek husus verilen şeyler var ise bunların iadesi olabilecektir. Muvazaalı işlem, yapıldığı andan itibaren taraflar arasında herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağı dolaylı bir dava açılması durumuna da bu dava sonucunda verilen karar yenilik doğuran değil, açıklayıcı bir karar hükmünde olabilecektir.

Bir sözleşmenin muvazaalı olduğu iddiasıyla dava açmak yahut halihazırda yürümekte olan bir davada muvazaa iddiasını ileri sürmek herhangi bir zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabii değildir. Zira bu durum geçersiz sayılması durumunda kesin hükümsüzlükten gelen temel niteliklerden biridir.²⁴¹ Bu hususa ilişkin bir istisna ise 3402 sayılı Kadastro Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır. İlgili kanunun madde 12 hükmünde kadastro işlemleri sonucunda oluşturulan tapu sicillerinin belli zaman aralıklarıyla bozulmasının önüne geçilebilmesi amacıyla tespit tutanaklarının kesinleşmesinden itibaren dava açılabilmesi ön görülmüştür. Bu nedenle her ne kadar muvazaanın ileri sürülebilmesi herhangi bir süre sınırına tabi olmasa da kişi, işlemin muvazaalı olduğu iddiasıyla dava açılabilmesi için bu on yıllık süre şartına uyulması gerekmektedir. Buradaki on yıllık süre muvazaadan değil, dava açılabilmesi için kanunun aradığı özel şarttan kaynaklanmaktadır.

Açılan bir davada muvazaa hususunun bulunması durumunda muvazaa iddiasında bulunan kişi bunu ispatla yükümlü olmakla birlikte hâkimin muvazaayı re'sen göz önünde tutması gerekmektedir. Böyle bir durumda hâkim tarafından dosya kapsamında işlemlerin muvazaalı olduğuna ilişkin emarelerin görülmesi durumunda resen araştırma yapılması gerekecektir. Bununla birlikte davanın muvazaa sebebine dayanmaması durumunda taraflarında muvazaaya ilişkin herhangi bir delil veya iddia ileri sürmemesi halinde hâkimin bu hususu re'sen dikkate alması hukukumuzda mümkün olamayacaktır.

Doktrindeki bir görüş muvazaanın re'sen göz önüne alınmasının aşırılığa kaçtığını savunmaktadır.²⁴² Bu görüşü savunanlara göre muvazaalı işlemin taraflarca sonradan geçerli kılınması mümkün olduğu gibi açılan davada tarafların muvazaa hususuna dayanmak istememeleri de mümkün olabilecektir. Muvazaalı işlemin tarafları bu işlemi geçerli sayar

²⁴⁰ÖZKAYA, s.197; KILIÇOĞLU, s.238; OĞUZMAN, ÖZ, s.136 vd.

²⁴¹KILIÇOĞLU, s.238; ÖZKAYA, s.197; OĞUZMAN, ÖZ, s.136 vd; ANTALYA, s.352.

²⁴²EREN, s.403; ÖZKAYA, s.199.

yahut birinin açacağı ifa davasında işlemin diğer tarafı muvazaa hususunu ileri sürmezse muvazaalı işlemin hüküm ve bağlayıcılığını kabul etmiş olurlar.²⁴³

Muvazaalı işleme karşı yapılan savunmanın defi mi yoksa itiraz mı olduğu sorunu akla gelse de muvazaaya karşı yapılan savunmanın defi değil itiraz olduğu hususu doktrinde kabul görmüş durumdadır.²⁴⁴ Zira defi, davalının özel bir sebebe dayanarak üzerindeki yükümlülüğü yerine getirmeme durumu iken itirazda ise ileri sürülen hak ya hiç doğmamıştır ya da sonradan ortadan kalkmıştır.

Yine bir diğer görüşe göre her ne kadar muvazaalı işlemin yaptırımı hükümsüzlük olsa da muvazaadan kaynaklı olarak hükümsüzlük, kamu düzeni düşüncesiyle düzenlenmiş bir yaptırım türü olan kesin hükümsüzlük ile aynı değildir. Zira kesin hükümsüzlük iddiasını savunan biri bunu herkese karşı ileri sürebilirken muvazaalı işlem nedeniyle hükümsüzlük iddiasında bulunan kişi bu iddiasını TBK madde 19/2 hükmü gereğince herkese karşı ileri süremeyecektir.²⁴⁵

2-Muvazaa Anlaşması

Muvazaa ilişkisinin kurucu unsuru olan muvazaa sözleşmesi, herhangi bir şekil şartı taşımamakla birlikte muvazaanın geçerliliği için tabii şarttır. Zira taraflar arasında iradeleriyle oluşmuş bir muvazaa ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için muvazaalı sözleşmenin yalnızca üçüncü kişileri aldatmaya yönelik olarak ve kendi aralarında herhangi bir hüküm ihtiva etmeyeceğine ilişkin harici bir anlaşma yapmaları gerekmektedir.²⁴⁶ Bu sözleşme ile muvazaa ilişkisinin tarafları görünürdeki işlemin aslında herhangi bir hüküm ihtiva etmediğini, yalnızca üçüncü kişileri aldatmak kastıyla yapıldığını kararlaştırırlar.²⁴⁷

Muvazaa anlaşmasının tarafları görünürdeki muvazaalı sözleşmenin ve gizli sözleşmenin tarafları yahut temsilcileridir. Muvazaa anlaşmasını taraf temsilcisinin yapması durumunda temsil edilen kişi artık bununla bağlı olacaktır. Muvazaa anlaşması niteliği itibariyle taraflar arasındaki muvazaanın tam muvazaa yahut kısmi muvazaa olduğunu belirleyecektir. Zira muvazaa anlaşmasının görünürdeki işlemin tümüne ilişkin olması durumunda tam muvazaa, yalnızca bir kısmına ilişkin olması durumunda ise kısmi muvazaa

²⁴³EREN, s.403; ÖZKAYA, s.199.

²⁴⁴EREN, s.403; ÖZKAYA s.200; ESENER, Muvazaa, s.56.

²⁴⁵ESENER, GÜNDOĞDU, s.96-97.

²⁴⁶EREN, s.396; ATAMULU, s.25; ÖZKAYA, s.186 vd; ANTALYA, s.347.

²⁴⁷EREN, s.397; ANTALYA, s.347.

söz konusu olacaktır. Somut durumda muvazaa anlaşmasının kendisi de muvazaalı olarak yapılmış olabilecektir.²⁴⁸

Muvazaa anlaşması yapılacağı süreç bakımından muvazaalı sözleşme ile aynı anda yapılabileceği gibi muvazaalı sözleşmeden önce de yapılması mümkündür. Lakin muvazaa anlaşmasının, muvazaalı sözleşmeden sonra yapılabilmesi mümkün değildir. Zira daha sonra yapılan sözleşme niteliği itibariyle daha önceki sözleşmeyi ortadan kaldıran veya değiştiren yeni bir sözleşme niteliği taşıyacağından artık ortada muvazaadan söz etme olanağı bulunmayacaktır.²⁴⁹

Muvazaa anlaşması, niteliği itibariyle bir sözleşme olması nedeniyle ve sözleşmede tarafların muvazaa hususunda anlaşmaları sebebiyle latife beyanı ve zihni kayıttan ayrılmaktadır. Zira latife beyanı ve zihni kayıt, tarafların karşılıklı olarak anlaştığı bir sözleşme niteliğinde değil, tek taraflı hukuki işlem niteliğindedirler.²⁵⁰ Muvazaanın niteliği itibariyle bir sözleşme olması nedeniyle vasiyetname, vakıf kurma gibi tek taraflı işlemlerde de muvazaa söz konusu olmayacaktır.²⁵¹

Burada dikkat edilmesi gereken temel husus ise muvazaa ilişkisinin her iki tarafının da aynı irade ile hareket ediyor olmasıdır. Yani taraflardan biri muvazaa iradesi ile hareket ederken diğer tarafın bu hususta herhangi bir bilgisi yoksa veyahut her iki tarafta farklı iradeler ile hareket ediyorlarsa burada bir muvazaa anlaşmasından söz edilemeyecektir.

3-Gizli Sözleşme

Muvazaa ilişkisinde mutlak muvazaa bakımından ikinci bir gizli sözleşmenin varlığı söz konusu değildir. Zira ilişkinin tarafları kendi aralarında herhangi bir hukuki ilişki kurma arzu ve isteğinde değildirler. Bu nedenle muvazaalı sözleşmenin yanında gizlenmiş olan bir ilişkinin varlığı söz konusu değildir. Nitelikli muvazaa bakımından ise gizli sözleşme muvazaa ilişkisinin kurucu unsurlarındandır. Çünkü burada gizli sözleşme ya dışarıya üçüncü kişilere gösterilen muvazaalı sözleşmeyi yok eder ve taraflar arasındaki geçerli ilişkiyi oluşturur ya da üçüncü kişilere yansıtılan muvazaalı sözleşmenin muvazaalı olan maddelerinin yerlerini doldurur.

²⁴⁸ANTALYA, s.347

²⁴⁹EREN, s.397; ÖZKAYA, s.187; ANTALYA, s.347.

²⁵⁰EREN, s.397.

²⁵¹ESENER, Muvazaa, s.23; ATAMULU, s.36.

Nispi muvazaada muvazaalı işlemin tarafları arasında bir sözleşme yapma gayesi vardır ancak bu sözleşmeyi yaparken bunu farklı bir sözleşmenin arkasına saklama ihtiyacı duyarlar. Yani bu gizli sözleşme niteliği itibarıyla tarafların gerçek ve samimi iradelerini taşıyan sözleşmedir. Muvazaalı sözleşme ile gizli sözleşme genellikle iç içe geçmiş olabilirler ancak bu durum onların iki ayrı sözleşme olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Gizli sözleşmenin, muvazaalı sözleşmeden temel farkı gerekli kanuni şartları sağlaması durumunda güven ilkesi gereğince geçerli sayılması durumudur.²⁵² Zira gizli sözleşme niteliği itibarıyla tarafları gerçek irade ve beyanları ile kurulmuş bir sözleşmedir. Bu nedenle her ne kadar muvazaalı sözleşmenin arkasına saklanmış olsa da bu durum tek başına gizli sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmayacaktır.

Gizli sözleşmenin muvazaa sözleşmesinin arkasına saklanması tek başına onu geçersiz yapmayacaktır. Ancak bununla birlikte gizli sözleşmenin geçerli olduğunun söylenebilmesi için de aranan temel üç şart bulunmaktadır. Bunlar gizli sözleşmenin TBK madde 1 hükmü gereğince geçerli bir şekilde meydana gelmiş olması, gizli sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması ve konusu itibarıyla imkânsız olmaması, gizli sözleşmenin konusu itibarıyla şekil şartı aranan sözleşmelerden olması durumunda bu şekil şartlarını taşıyor olmasıdır.²⁵³ Gerekli şekil şartlarını taşıması durumunda artık gizli sözleşmenin geçerli olduğu söylenebilecektir.²⁵⁴ Burada mühim olan husus sözleşmenin taraflarının bu gizli sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşabilmiş olmalarıdır.

Şekil şartıyla ilgili uygulamada en sık karşılaşılan durum bağış sözleşmesinin tapuda satış olarak muvazaalı şekilde yapılması durumudur. Bağışlama sözü verme sözleşmesinin geçerliliği TBK madde 288 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili kanun maddesine göre geçerli bir bağış sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için bu sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Resmi şekil şartının uygulanmaması durumunda muvazaalı satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle geçersiz iken, bağışlama sözü verme sözleşmesi ise resmi şekil şartına uyulmaması nedeniyle kesin hükümsüz sayılacaktır.²⁵⁵ Örnek vermek gerekirse, A şahsı kendisine ait taşınmazı, B şahsına bağışlamak istemekte ancak bu işlemi tapuda satış

²⁵²ESENER, GÜNDOĞDU, s.97; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.358; KILIÇOĞLU, s.238; ANTALYA, s.354.

²⁵³ESENER, GÜNDOĞDU, s.98; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.358; ANTALYA s.354-355.

²⁵⁴ESENER, GÜNDOĞDU, s.99; SAYMAN, ELBİR, s.254; TEKİNAY, Selahattin, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1993, s.413; UYGUR, Turgut, Türk Borçlar Kanunu Şerhi M.d 1-236, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.281; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.358; ANTALYA, s.355.

²⁵⁵ESENER, GÜNDOĞDU, s.98; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.358;

göstermek suretiyle yapmaktadır. Burada tapuda gerçekleştirilen satış işlemi muvazaalı sözleşme iken, bağışlama işlemi ise gizli işlemdir. Ancak taşınmazların mülkiyet devrine ilişkin işlemlerin resmi şekilde yapılması zorunluluğu bulunduğundan dolayı söz konusu resmi şekil şartını taşımamakta olan bağışlama sözleşmesi, muvazaalı işlemin arkasına saklanan gizli işlem olmasından dolayı değil, resmi şekil şartına uygun olarak yapılmadığı için geçersiz sayılacaktır.

4-Kasıt

Muvazaa ilişkisinin bir diğer kurucu unsuru ise, aslında ilişkinin taraflarının gerçek iradeleriyle uyuşmayan görünüşteki sözleşme vasıtasıyla üçüncü kişileri aldatmaya ve gerçekte yapılan iş ve eylemleri gizlemeye yönelik olan kasıttır. Zira muvazaalı işlemde gizleme niyeti ancak irade ve beyan arasındaki kasti uyumsuzlukla üçüncü kişilerin aldatılması suretiyle gerçekleşebilecektir. Bu kasıt neticesinde, taraflar arasında aslında gerçekte hiçbir zaman var olmayan ve bu durumu ilişki taraflarının bildiği muvazaalı işlem meydana gelmektedir. Bu kasıtlı işlem neticesinde gerçekte yapılan işlem gizlenmiş ve üçüncü kişilerin aldatılmış olması gerekir. Ancak kişilerin görünüşte yapmış oldukları işlem, muvazaalı sözleşme ile gerçek iradeleri arasındaki fark kasıt içermiyorsa burada muvazaadan söz edilemeyecektir. Zira kasıt, muvazaalı ilişkide aranan temel şartlardandır.²⁵⁶ Gerçek irade ile dışa yansıtılan görünüşteki işlem arasındaki irade farklılığı bu ilişkinin taraflarından yalnızca birinde söz konusu ise yani ilişkinin diğer tarafı için herhangi bir kasıt söz konusu değil ise burada da muvazaadan söz edilemeyecektir.²⁵⁷

Tüm bu açıklamalardan muvazaanın söz konusu olabilmesi için üçüncü kişinin kasten zarara uğratılması sonucunun da çıkmaması gerekmektedir. Zira her ne kadar muvazaa da dışarıdaki üçüncü kişileri kandırma kastı zorunlu olsa da bu kandırma her zaman üçüncü kişiye zarar verici nitelik taşımayacaktır. Bu hususa ilişkin örnek vermek gerekirse, bir babanın okula ilgi duymayan çocuklarını fakirlikle terbiye edebilmek ve okumaya yönlendirebilmek için taşınmazlarını muvazaalı olarak devretmesinde üçüncü kişiler olan çocuklarını kandırma kastı olsa da burada çocuklarına zarar verme saiki bulunmamaktadır.²⁵⁸

²⁵⁶EREN, s.398; ÖZKAYA, s.187; ATAMULU, s.36.

²⁵⁷AYDINLI, s.49; ANTALYA, s.348

²⁵⁸ÖZKAYA, s.187.

Kasıtla ilgili tüm bu hususların tersine bir görüş ise muvazaa ilişkisinde aslında ilişki dışında bulunan üçüncü kişiyi kandırma kastı bulunmadığını ileri sürmektedir.²⁵⁹ Son olarak değinmek istediğimiz bir husus ise üçüncü kişileri kandırma kastının, muvazaalı işlemi hukuka aykırı hale getirmeyeceğidir. Bu nedenle muvazaanın ortaya çıkartılması durumunda tarafların karşılıklı olarak birbirlerinden aldıkları şeyleri geri vermeleri gerekecektir.²⁶⁰

IV-MUVAZAALI İŞLEMİN İLERİ SÜRÜLMESİ VE İSPATI

1-Muvazaalı İşlemin İleri Sürülmesi

Muvazaalı sözleşmeyi yapan taraflar bu sözleşmeyi kendi aralarında ileri sürebilecekleri gibi istisnalarına da aşağıda yer vereceğimiz üzere kural olarak üçüncü kişilere karşı da ileri sürmeleri mümkün olabilecektir. Bu ileri sürme hususu hali hazırda yürümekte olan bir davada söz konusu olabileceği gibi kişinin doğrudan muvazaaya dayalı olarak dava açması da söz konusu olabilecektir.

Muvazaalı işleme karşı yapılan savunmanın doktrinde genel kabul gördüğü şekliyle bir defa değil itiraz niteliği taşımaktadır.²⁶¹ Yine muvazaa iddiasıyla dava açmak yahut halihazırda yürümekte olan bir davada muvazaa iddiasını ileri sürme, herhangi bir zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabii olmayacaktır.²⁶²

Sözleşmenin muvazaalı olduğunun ileri sürülmesinde dikkat edilmesi gereken husus ise bu iddianın hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verip vermeyeceğidir. Zira Türk Medeni Kanunu madde 2 fıkra 2 hükmüne göre bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzenimiz korumayacaktır.²⁶³

Muvazaalı işlemin, bu işlemin tarafları arasında ileri sürülebilmesi mümkün olduğu gibi üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi mümkündür. Zira geçersiz bir sözleşme kural olarak herkese karşı ileri sürülebilecektir.²⁶⁴

²⁵⁹KARAYALÇIN, Yaşar, Miras Bırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı? Bir Tartışma, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s.50.

²⁶⁰ÖZKAYA, S.188; ESENER, Muvazaa, s.12.

²⁶¹EREN, s.403; ÖZKAYA, s.199.

²⁶²KILIÇOĞLU, s.238; ÖZKAYA, s.197; OĞUZMAN, ÖZ, s.136 vd; ANTALYA, s.352.

²⁶³ÖZKAYA, s.192; OĞUZMAN, ÖZ, s.140.

²⁶⁴ANTALYA, s.356.

Muvazaa iddiası muvazaalı işlemin taraflarınca üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği gibi üçüncü kişiler tarafından muvazaalı işlemin taraflarına karşı da ileri sürülebilecektir. Yani doğrudan yahut dolaylı olarak muvazaalı işleme karşı itiraz etmekte yararı bulunan üçüncü kişiler muvazaalı işlemin geçersizliğinin tespiti için dava açabileceklerdir.²⁶⁵ Üçüncü kişilere tanınan muvazaalı işlemlere karşı itiraz hakkı kendilerine karşı da tanınmıştır. Ancak aşağıda detayı izah edeceğimiz üzere iyiniyetli üçüncü kişiler hukukumuzda bu muvazaa nedeniyle geçersizlik iddiasına karşı korunmuş durumdadırlar.

Üçüncü kişilerin muvazaa iddiasında bulunabilmelerinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise itirazda bulunan kişinin, üçüncü kişi sıfatı taşıyıp taşımadığı hususudur. Zira üçüncü kişinin miras bırakanın halefi olması durumunda, sözleşmenin tarafıymış gibi muvazaayı ileri sürmesi durumunda artık bu kişinin üçüncü kişi olduğu söylenemeyecektir.²⁶⁶ Bu hususa ilişkin örnek vermek gerekirse miras bırakanın, diğer paydaşların şufa hakkını engelleyebilmek amacıyla kendisine ait payı satmak istemesine rağmen bunu bağışlama sözleşmesi şeklinde yapması durumunda söz konusu bağış sözleşmesinin muvazaalı olduğunu iddia eden kişiler burada aslında miras bırakanın halefi sıfatıyla hareket ettiklerinden dolayı üçüncü kişi sayılamayacaklardır. Ancak bir diğer durum ise miras bırakanın mirasçılarında mal kaçırabilmek saikiyle taşınmazını bir başkasına bağışladığı halde resmiyette bunu satış olarak göstermesi durumunda artık miras bırakan ile mirasçının çıkarları çatıştığından dolayı mirasçının muvazaa iddiasını ileri sürerek dava açması durumunda miras bırakanın halefi olduğu söylenemeyecek ve burada üçüncü kişi sıfatını taşıyacaktır.²⁶⁷

2-Muvazaa İddiasının İleri Sürülemeyeceği Durumlar

a-Alacak Hakkını İyiniyetle Yazılı Borç Tanımasına Dayanarak Devir Alan Kişinin Durumu

Yazılı borç tanımasına güvenerek alacak kazanan kişinin durumu Türk Borçlar Kanunu madde 19 fıkra 2 hükmünde düzenlenmiştir. *“Borçlu, yazılı bir borç tanımasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. İlgili madde hükmünden anlaşıldığı üzere bir borçlunun yazılı olarak borç ikrarını alacaklısına sunması ve bu işlemin muvazaalı olması halinde söz konusu borç ikrarı senedini muvazaalı işlemin alacaklısı tarafındaki bir

²⁶⁵ ESENER, Muvazaa, s.92 vd; ÖZKAYA, s.219

²⁶⁶ ÖZKAYA, s.219.

²⁶⁷ ÖZKAYA, s.220

kişinin üçüncü kişiye devretmesi durumunda taraflar arasındaki bu muvazaa hususu alacak hakkını devir alan üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyecektir.²⁶⁸

Bu hususu örnekleyerek izah etmek gerekirse A kişinin, B kişisine karşı gerçekte herhangi bir borcu bulunmaması rağmen herhangi bir sebeple örneğin B kişinin ticari itibarını yükseltebilmek saikiyle B kişisine karşı borçlu olduğunu ikrar ettiği bir sözleşme hazırlayarak B kişisine vermesi ve B kişinin de bu muvazaalı sözleşmeyi kendisinin borcu olduğu ve taraflar arasındaki muvazaa ilişkisini bilmeyen iyiniyetli C kişisine devretmiş olması durumunda artık C kişisine karşı bu borç ikrarı sözleşmesinin muvazaalı olduğu ileri sürülemeyecektir.

TBK madde 19 fıkra 2 hükmünde yer alan bu koruma görüldüğü üzere belli şartlara dayanmaktadır. Öncelikle borçlunun, alacaklıya karşı borç ikrarında bulunmuş olması ancak bu borçlanmanın sebebini göstermemiş olması gerekir. Zira borçlanmanın sebebini de sözleşmede yer alması durumunda daha sonradan borçlunun üçüncü kişiye karşı borcun sebebini oluşturan işlemin muvazaalı olduğunu ileri sürebilmesi ihtimali ortaya çıkacaktır.²⁶⁹

Aranan bir diğer şart ise taraflar arasındaki muvazaalı olarak düzenlenen borç ikrarının yazılı olması gerekmektedir. Zira TBK madde 19 fıkra 2 hükmü, söz konusu korumanın ortaya çıkabilmesi için borç ikrarı içeren sözleşmenin yazılı olmasını şart koşmuş bulunmaktadır.

Üçüncü şart, muvazaa anlaşmasının bulunmasının gerekliliğidir. Zira muvazaa anlaşmasının bulunmaması durumunda tarafların iradeleri böyle bir husus üzerinde anlaşmamış olacağından dolayı muvazaalı olarak kurulmuş bir borç ikrarı sözleşmesinden bahsedilemeyecektir.

Dördüncü şart, üçüncü kişi alacağı hukuken geçerli bir şekilde devralmış olmalıdır. Alacak, alacağın devrine ilişkin hükümlere uygun bir şekilde üçüncü kişi tarafından devralınmış olması gerekmektedir.

Aranan beşinci ve son şart ise üçüncü kişinin iyiniyetli olması hususudur. Alacağı devralan üçüncü kişinin bu alacağı devralırken borçlu ile alacaklı arasındaki muvazaalı ilişkiyi bilmiyor olması gerekmektedir. Burada iyiniyetle kastedilen husus Türk Medeni

²⁶⁸ KILIÇOĞLU, s.243; ANTALYA, s.356; EREN, s.404 vd.

²⁶⁹ KILIÇOĞLU, s.243.

Kanunu madde 3 kapsamında düzenlenmiş olan iyiniyetir²⁷⁰ ve iyiniyetin alacağın temlikli anında mevcut olması gerekmektedir.

b-Tapu Sicilindeki Kayda İyi Niyetle Güvenen Kişinin Durumu

Türk Medeni Kanunu madde 1023 hükmünde tapu siciline güven ilkesi benimsenmiştir. İlgili madde hükmünde “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*” denilerek tapu sicilinde yer almakta olan kayda güvenerek aynı hak kazanmış olan kişinin bu kazanımının korunacağı hükme bağlanmıştır. Örnek vermek gerekirse A kişinin kendisine ait taşınmazı muvazaalı olarak B kişisine satmış olması ve tapu sicilinde söz konusu taşınmazı B kişisi adına tescil edilmiş olması durumunda daha sonra B kişinin bu taşınmazı, A ve B kişileri arasındaki muvazaa ilişkisini bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişi olan C kişisine satmış olması durumunda C kişinin bu kazanımı korunacaktır.

İyiniyetle mülkiyet hakkı iktisabına ilişkin bir diğer düzenleme de Türk Medeni Kanunu madde 988 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili madde hükmünde, “*Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur*” denilmiştir. Görüldüğü üzere taşınır bir malı muvazaalı olarak elinde bulunduran bir kişinin söz konusu malı iyiniyetli üçüncü kişiye devretmesi durumunda yine üçüncü kişinin bu hak iktisabı korunacaktır.

c-Dürüstlük Kuralı

Muvazaalı işlem iddiasının yahut gizli sözleşmenin geçerlilik şartlarına uymadığı iddiasının dürüstlük kurallarına aykırılık içermesi durumunda söz konusu iddia dinlenilemeyecektir.

3-Muvazaanın İspatı

Muvazaa iddiasında bulunan bir kişinin bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu muhakkaktır. Yapılan bir sözleşmenin muvazaalı olduğu iddiasını bizzat sözleşmenin tarafları ileri sürebilecekleri gibi üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülmesi mümkündür.

a-Sözleşmenin Tarafları Bakımından Muvazaanın İspatı

Muvazaalı şekilde yapılmış olan sözleşmenin taraflarının söz konusu sözleşmenin muvazaalı olduğuna ilişkin iddiaları hukuksal işlemle ilgili bir iddiadır.²⁷¹ Hukuksal işlemle

²⁷⁰ANTALYA, s.357; EREN, s.406.

ilgili iddiaların HMK madde 200 ve 201 hükümleri gereğince aynı kuvvette bir senetle ispat edilmeleri gerekmektedir. Yargıtay içtihatında da bu hususta görüş birliği sabittir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararında muvazaa davalarının sözleşmenin tarafları arasında gerçekleşmesi durumunda muvazaa iddiasının yazılı delille ispatının zorunlu olduğuna aynı şekilde muvazaa ile taşınmazı devreden kişinin ölümü halinde mirasçılarının dava açması durumunda da ispat hukuku yönünden aynı kuralın uygulanacağına ilişkin hüküm kurmuştur.”²⁷²

Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 203 hükmü gereğince yakın derecedeki akrabalar arasında senetle ispat kuralı bulunmasa da muvazaaya ilişkin iddialarda bu hüküm geçerli olmayacak ²⁷³ve kişi, iddiasını senet dışındaki herhangi bir delille ispat etmek istediğinde söz konusu delilin karşı tarafça kabul edilmemesi halinde muvazaaya ilişkin iddiasını ispatlayamamış ve sözleşme muvazaa yapılmamış gibi geçerli olacaktır.

Muvazaalı şekilde kurulmuş olan sözleşme, resmi şekilde yapılmış olsa dahi delil niteliğinde aranan senedin resmi şekilde yapılması şart olmayıp yazılı bir belge olması yeterlidir.²⁷⁴

Muvazaa iddiasında bulunan kişi bu iddiasını aslında karşı tarafla aralarında böyle bir sözleşmenin gerçek iradeleriyle kurulmadığını, söz konusu sözleşmenin yalnızca görünürde olduğunu ve gerçek irade ve isteklerinin bu olmadığını sunabileceği her türlü yazılı belge delil niteliği taşıyabilecektir.²⁷⁵ Bu hususa ilişkin örnek vermek gerekirse A kişisi sahip olduğu taşınmazdaki paydaşların ön alım hakkını engelleyebilmek için satmak istediği taşınmazını B’ye resmiyette bağışlama olarak devretmiştir. Ancak devir işleminin öncesinde A’nın B ile yapılan işlemin aslında satış olduğuna ilişkin hazırlamış olduğu ve tarafların imzalamış oldukları gizli bir sözleşmenin varlığı halinde artık söz konusu bu gizli sözleşme muvazaa iddiasıyla açılmış olan davanın senet niteliğindeki delili olabilecektir.

b-Üçüncü Kişiler Bakımından Muvazaanın İspatı

Muvazaa ilişkisinde üçüncü kişi olarak kastedilen kişiler yasa mirasçılar, alacaklılar ve ön alım hakkı sahipleridir. Muvazaalı sözleşme ilişkisinin dışında kalan ve tarafı olmadıkları bir sözleşmeyi senet ile ispat etmeleri de mümkün bulunmayan üçüncü kişilerin,

²⁷¹KILIÇOĞLU, s.238; ANTALYA, s.325; EREN, s.411;

²⁷² Yargıtay HGK, E. 2003/1-374, K. 2003/370,T. 28.05.2003, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 11.08.2022.

²⁷³KILIÇOĞLU, s.239.

²⁷⁴EREN, s.411; ESENER, Muvazaa, s.84.

²⁷⁵KILIÇOĞLU, s.240.

sözleşmenin tarafları arasındaki muvazaa ilişkisini her türlü delille kanıtlamaları mümkündür.²⁷⁶

Hukuk Muhakemeler Kanunu madde 203/1-d maddesinde senetle ispat zorunluluğunun istisnaları arasında “*Hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları*” özel olarak sayılmıştır. Bu deliller, her türlü belge, muvazaalı işlemin taraflarının sosyal-ekonomik durumu, bilirkşi incelemesi, yemin ve diğer her türlü delil olabilecektir.

Üçüncü kişilerin muvazaa iddialarının ispatı için getirilen bir diğer kolaylık da İcra İflas Kanunu madde 277-284 hükümleri arasında yer almaktadır. İlgili madde hükümlerine göre borçlunun acz içine düşmesi yahut iflas etmesi halinde yapmış olduğu ivazsız tasarruflar ile bir kısım ivazlı tasarruflar herhangi bir delil şartı aranmaksızın geçersiz kabul edilmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus Türk Borçlar Kanunu’na göre muvazaa nedeniyle açılan davalarda süre sınırı bulunmazken İcra ve İflas Kanunu’na dayalı olarak açılan davalarda beş yıllık hak düşürücü süre bulunmaktadır.

V-MUVAZAA İLE BENZER KAVRAMLAR ARASINDAKİ FARKLAR

1-İnançlı İşlemin Muvazaadan Farkları

a-İnançlı İşlem Kavramı

İnançlı işlem, işlemin taraflarının karşılıklı güvene dayalı olarak öngörülen koşulların ileriki bir süreçte gerçekleşmesi halinde bu anlaşmaya uygun hareket yükümlülüğü doğuran bir sözleşmedir.²⁷⁷ İnanç sözleşmesinin tarafları, karşılıklı güven ilişkisi içerisinde üçüncü kişi ile bir işlem yapılmasını kararlaştırmakta ancak ileride gerçekleşmesi öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, inanç sözleşmesiyle amaçlanan asıl işlemin yapılmasını karşılıklı olarak taahhüt etmektedirler. Bu hususa ilişkin örnek vermek gerekirse, Türkiye’de bulunan bir köyden taşınmaz satın almak isteyen A kişisi henüz Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı başvurusu onaylanmadığı için söz konusu taşınmazı satın alamamaktadır. Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan B kişisi ile aralarında inanç sözleşmesi

²⁷⁶ KILIÇOĞLU, s.240; ANTALYA, s.357; EREN, s.410 vd.; ESENER, Muvazaa, s.109; ÖZKAYA, s.220.

²⁷⁷ KILIÇOĞLU, s.244; ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968, s.1; ANTALYA, s.361; EREN, s.412 vd.; ATAMULU, s.272; OĞUZMAN, ÖZ, s.140.

düzenleyen A kişisi, bedelini kendi ödediği taşınmazı B kişisi üzerine satın almakta ve inanç sözleşmesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı başvurusu onaylandığı tarihte söz konusu taşınmazı kendi üzerine devrettirebilmektedir.

İnanç sözleşmesi gereği inanılan kendisine devredilen alacaklar konusunda inanan aleyhine hareket etmemek, bu alacakları bir başka üçüncü kişiye devretmemek, inanç sözleşmesinde belirlenen süre dolduğunda yahut amaç gerçekleştiğinde tekrardan inanana devretmekle mükelleftir.²⁷⁸

İnanç sözleşmesinin varlığı ise ancak yazılı delille ispat olunabilecektir. Yargıtay'ın vermiş olduğu yerleşik kararları da aynı yöndedir.²⁷⁹ Burada dikkat edilmesi gereken husus, inanç sözleşmesinin varlığı için yazılı olarak yapılmış olmaması aranmamaktadır. Ancak inanç sözleşmesinin tarafları arasında bir uyumsuzluk olması durumunda yazılı delil şartı bulunmaktadır. Bu nedenle yazılı delil başlangıcı niteliğine haiz bir delilin sunulması halinde inanç sözleşmesi tanık delili de dahil olmak üzere her türlü delille ispat edilebilecektir.²⁸⁰

Doktrinde bir başka görüşe göre ise inanç sözleşmesi, hakkın konusu olan şeyin şekline tabi olması gerekmektedir.²⁸¹ Bu görüşe göre taşınmaz devrine ilişkin bir inanç sözleşmesinin aynı resmi şekil şartıyla sağlanması gerekmekte olup aksi durumda ise görünen sözleşme muvazaası, inanç sözleşmesi ise resmi şekle aykırı olduğundan geçersiz sayılması gerekecektir.

b-İnançlı İşlemi Muvazaadan Ayıran Unsurlar

İnançlı sözleşmenin, muvazaalı sözleşmeden temel farkı inançlı sözleşmeye konu olan hak veya alacağın devrinin, sözleşmenin taraflarının iradesine uygun olmasıdır. İnançlı sözleşmede sözleşmeye konu olan işlemin gerçekleşmesi taraflarca gerçekten de istenmektedir. Bu nedenle ortada hukuken sağlam ve geçerli bir sözleşme söz konusuysa muvazaalı sözleşme tarafların gerçek iradesine uygun olmadığından geçersizdir.²⁸² İnançlı sözleşmelerde muvazaalı sözleşmelerin aksine üçüncü kişileri kandırma kastı bulunmamaktadır. İnançlı sözleşmeler yalnızca tasarrufi işlemlerde söz konusu olabilirken

²⁷⁸ ANTALYA, s.364; KILIÇOĞLU s.204 vd; EREN s.414; OĞUZMAN, ÖZ, s.140.

²⁷⁹ Yargıtay HGK, E. 2010/14-394, K. 2010/395, T. 14.07.2010, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 11.08.2022.

²⁸⁰ KILIÇOĞLU, s.247; EREN, s.414.

²⁸¹ ANTALYA, s.364; EREN, s.414; ATAMULU, s.74; ÖZSUNAY, s.124; ADAY, s.92; OĞUZMAN, ÖZ, s.141.

²⁸² ANTALYA, s.368; EREN, s.416; KILIÇOĞLU, s.247.

muvaazalı sözleşmeler hem tasarruf hem de borçlandırıcı sözleşmelerde söz konusu olabilecektir.

2-Namı Müstearın Muvazaadan Farkları

a-Namı Müstear Kavramı

Namı müstear, hukukumuzda eskiden uygulanan bir kavramdır. Kavram olarak araya sokulan kişiler aracılığıyla yapılan işlemleri ifade etmektedir.²⁸³ Namı müstear, inançlı işleme ilişkin unsurları taşımakla birlikte farklı olarak burada inanılan kişi söz konusu hak veya alacağı inanandan değil, üçüncü bir kişiden devralmaktadır.²⁸⁴

b-Namı Müstearı Muvazaadan Ayıran Unsurlar

Namı müstear, niteliği fark etmeksizin devir konusu hakka devretme borcu altında hak sahip olur.²⁸⁵ Namı müstearı muvazaadan ayıran temel unsur ise hakkın namı müsteara geçmesi ve onun devretme borcu tarafların ortak ve samimi iradesi sonucunda ortaya çıkmaktadır.

²⁸³ **ANTALYA**, s.369; **ESENER**, Muvazaa, s.177;

²⁸⁴ **ÖZDEMİR**, Erdal, Yetkiye Dayanan Temsil ve Nam-ı Müstear Uygulaması, Adalet Yayınları, Ankara, 1994, s.94; **ANTALYA**, s.369;

²⁸⁵ **ANTALYA**, s.370; **EREN**, s.419.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE MUVAZAANIN TESPİTİ

I-ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA KAPSAMINDAKİ SINIRLANDIRMALAR

1-Genel Olarak

Muvazaa, ilişkinin taraflarının bu ilişkinin dışında kalan üçüncü kişileri yanıltma saikiyle hareket ederek gerçek arzu ve iradeleriyle uyumsuz, herhangi bir hüküm ihtiva etmeyecek olan, yalnızca görünüşte var olan bir anlaşma meydana getirmeleri halidir. Söz konusu kurulan bu ilişkide yalnızca üçüncü kişileri yanıltma saikiyle kurulan görünüşteki işlemin herhangi bir hukuki hüküm ve sonuç doğurmayacağı açıktır zira söz konusu görünüşteki işlem tarafların gerçek iradeleriyle uyumsuzluk teşkil edecektir.²⁸⁶

Türk çalışma hayatında hızla yayılmaya başlayan alt işverenlik ilişkisi öncelikli olarak inşaat sektöründe büyük bir yayılım göstermiş, bunun akabinde de diğer sektörlerde yayılmaya başlamıştır.²⁸⁷ Ancak bu hızlı yayılım beraberinde hileli, muvazaalı bir şekilde uygulanan ve işçilerin ağır şartlar altında sömürüldüğü bir çalışma şeklini de beraberinde getirmiştir. Bu hususa ilişkin her ne kadar sınırlama şeklindeki aşağıda izah edilecek olan kanuni düzenlemeler sonradan getirilmiş ise de bu kanuni düzenlemelerin öncesinde de yargı içtihatında muvazaaya ilişkin tespitler mevcuttu. Örneğin işçilerin, müteahhitler değiştiği halde aynı işyerinde uzun süreli olarak çalışmaya devam etmesi, iş amacıyla kullanılan her türlü ekipmanın asıl işveren tarafından sağlanıyor olması, işçilerin işe alımları ile iş sözleşmelerinin feshi gibi hususların aynı işverenin yetkisi altında olması gibi durumların bulunması halinde söz konusu ilişkiye görünüşte her ne kadar alt işverenlik ilişkisi denilse de bu ilişki muvazaalı olarak kabul ediliyordu.²⁸⁸

Kanun koyucu tarafından 4857 sayılı kanunun madde 2 fıkra 7 hükmünde asıl işveren – alt işveren ilişkisine dair muvazaalı ilişkileri engellemeye yönelik sınırlamalar

²⁸⁶SÜZEK, s.176; TAŞKENT, Savaş, Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

²⁸⁷MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.220.

²⁸⁸MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.220; Yargıtay 9. HD, E. 1997/16673, K.1997/9164, T. 18.11.1997, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 04.08.2022.

düzenlenirken kanuni düzenlemeden önce muvazaaya yönelik oluşmuş bu yargı içtihatları göz önüne alınmış ve uygulamada en sık karşılaşılan muvazaalı haller kanunda özel olarak sayılmıştır.²⁸⁹

Bir kısım görüşlere göre İş Kanunu'nda yer alan sınırlamaların öncesinde uygulamada zamanla oluşmuş olan alt işverenlik ilişkisine dair kısıtlamaların İş Kanunu maddeleri arasına alınarak örneklendirilip sayılmış olması olumsuz bir kanı ortaya çıkarmış ve eleştirilmiş²⁹⁰ ise de diğer bir görüşe göre ise bu durum aksi bir görüşe göre daha isabetli bir düzenlemedir. Zira alt işverenlik ilişkisinde muvazaa sayılacak olan hallerin kanunda açık ve somut bir surette belirtilmesi büyük bir caydırıcılık oluşturacaktır. ²⁹¹Özellikle burada kanunda örneklendirilerek sayılmasının en büyük faydalarından biri olarak işçi üzerindeki ispat külfetinin kalkması olarak karşımıza çıkmakta ve bu durum muvazaalı alt işverenlik ilişkinin yargı tarafından tespitinde kolaylık sağlamaktadır.²⁹²

Aşağıda kanunda muvazaa olarak sayılan hallere ilişkin açıklamalarda bulunacağız ancak doktrindeki bir diğer görüşe göre ise kanunda sayılan sınırlandırmaların aksine gerçekleşen fiili durumların muvazaa olarak nitelendirilmesi hukuki değerlendirme olarak doğru olmayıp ancak kanuna karşı hile olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir.²⁹³ Bu görüşe göre, İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde yer almakta olan muvazaaya ilişkin hükümler ister kanuna karşı hile olarak isterse muvazaa olarak değerlendirilsin muvazaanın unsur ve sonuçlarını düzenlememekte yalnızca işçiye ispat kolaylığı sağlamaktadır. Bu nedenle kanuna karşı hile kurumunun sonuçları itibariyle bu hükümlerde görülmesi sebebiyle alt işverenlik ilişkisinde düzenlenen hukuka aykırılık hallerinin, kanuna karşı hile olarak nitelendirilmesinin daha yerinde olacağı savunulmaktadır.²⁹⁴

Asıl işveren – alt işveren arasındaki ilişki bir borç ilişkisi ve temel itibariyle borçlar hukukunun genel prensiplerine tabi bir ilişkidir.²⁹⁵ Bu niteliği itibariyle de geçerliliği bakımından hukuki işlemlerin geçerlilik koşullarına tabi durumdadır. Borçlar hukukunun niteliği itibariyle en temel özelliklerinden biri de irade özerkliği ve bunun borç ilişkilerindeki yansıması olan sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü, kişilerin bir sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşmelerde taraf seçme, sözleşmenin şeklini istedikleri

²⁸⁹SÜZEK, s.176

²⁹⁰ALPAGUT, s.19

²⁹¹SÜZEK, s.176; GÜZEL, s.58 vd.

²⁹²SÜZEK, Sarper, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.27, 2010, s.935; GÜZEL, s.58 vd.

²⁹³ Daha detaylı bilgi için bkz. AYDINLI, s.285 vd.

²⁹⁴AYDINLI, s.303 vd.

²⁹⁵AKYİĞİT, s.101.

surette belirleme, sözleşmenin süre-konu gibi içeriğini belirleme ve sözleşmeyi istedikleri zamanda istedikleri şekilde sona erdirebilmelerini sağlayan özgürlüktür. Ancak muhakkak ki sözleşme özgürlüğü böylesine sınırsız bir şekilde bırakılmamış ve belli bir düzenin oturtulabilmesi amacıyla belli gerekçelerle sınırlandırılmıştır. Bunlar genel ve özel sınırlandırılmalarıdır.

Genel sınırlandırmalar Türk Borçlar Kanunu'nun madde 26 ve madde 27 hükmünde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu madde 26 hükmünde *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”* denilerek sözleşmenin içeriğinin belirlenmesine belli bir kanuni sınır getirilerek genel prensipleri belirlenmiştir. madde 27 hükmünde ise *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”* denilerek sınırlamanın sebepleri ortaya konmuştur.

Her iki madde birlikte incelendiğinde görülmektedir ki ilk maddede sözleşmelerin içerik itibarıyla hukuka uygun olmaları durumunda sözleşmenin taraflarınca kendi istedikleri şekilde düzenlenebileceği belirtilmişken devamında gelen madde hükmünde ise bu serbestliğin sınırları ortaya konularak bu sınırların aşılması durumunda sözleşmenin artık geçersiz sayılacağı belirtilmiştir.

Tüm bu hususlar uhdesinde görüldüğü üzere yalnızca sınırlandırılmaya ilişkin genel hükümler kapsamında ele aldığımızda bir sözleşmenin içeriği itibarıyla kanuna, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması veya imkânsız olması gibi bir durumun ortaya çıkması halinde artık ortada kesin hükümsüz bir sözleşmenin varlığı söz konusu olacak ve sözleşme kurulduğu andan itibaren bir hüküm ve sonuç doğuramayacaktır.

Sözleşmelerin bir diğer genel sınırlandırılma hali ise Türk Borçlar Kanunu madde 19 hükmünde sayılmıştır. İlgili maddeye göre *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”* denilerek tarafların gerçek iradelerini yansıtmayan ve yalnızca dışa karşı o şekilde yansıtılarak üçüncü kişileri aldatma kastındaki sözleşmeler kesin hükümsüz sayılmışlardır.

Saymış olduğumuz tüm hususlar Türk Borçlar Kanunu'nda ön görülmüş olan genel sınırlandırma halleri olup bir de kanunlarda farklı sebeplerle ve genel itibariyle sözleşmenin bir tarafını koruyabilmek gayesiyle düzenlenen ve belli konulara ilişkin olan özel sınırlandırma halleri de mevcuttur. Bu özel hallerden bizim çalışmamızı ilgilendiren husus ise iş hukuku kapsamında getirilen düzenlemelerdir. İş hukuku bakımından getirilen bu düzenlemeler genel itibariyle işverene karşı daha zayıf bir konumda olan işçinin haklarının sınırlandırılmasının önüne geçilebilmesi ve işçinin korunabilmesi amacıyla getirilmiştir. Buradaki temel amaç işçiye koruma ilkesinin gerçekleştirilebilmesidir.²⁹⁶ İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmü ile birlikte alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi belli şartlara ve sınırlandırmalara bağlanmıştır. İlgili madde hükmüne göre *“Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.”* şeklinde bir kısıtlamaya gidilmiştir. Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin İş Kanunu ile özel olarak kısıtlanmasının altındaki temel sebep alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin haklarının korunması ve güncel iş hayatında sıkça görülen alt işverenlik kapsamındaki işçilerin haklarının kısıtlanmasına yönelik davranışların önüne geçmek olmakla birlikte bir diğer sebep ise işlerini kanuna uygun bir şekilde yürütmekte olan işverenleri, hukuki düzenlemeleri çıkarları doğrultusunda istismar eden işverenler karşısında haksız rekabetten koruyabilmektir.²⁹⁷

2-Muvazaaya Karine Teşkil Eden Kanuni Sınırlamalar

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında asıl işverene ait işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinin hakları korunmaya çalışılmıştır. 6. fıkra da asıl işveren ve alt işverenin işçilere karşı müteselsil kapsamındaki sorumluluğu düzenlenirken 7. fıkra da ise alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesine dair sınırlar konularak hileli (muvazaalı) alt işverenlik ilişkisinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Yine 7. fıkranın devamında muvazaalı olduğu tespit edilen alt işveren ilişkisinin yaptırımı da hükme bağlanmış ve böyle bir durumun ortaya çıkması halinde muvazaalı alt işverenlik ilişkisi

²⁹⁶ AYDINLI, s.283.

²⁹⁷ SÜZEK, Muvazaa, s.935.

kapsamında çalışmakta olan işçilerin bu ilişkinin başlangıcından itibaren asıl işverenin işçisi olarak sayılacakları düzenlenmiştir.²⁹⁸

İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı ve kurulması halinde muvazaalı sayılarak herhangi bir hüküm ihtiva etmeyeceği haller sayılarak yaptırımına da yer verilirken İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünde düzenlenen alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesinin temel koşullarına ilişkin bir yaptırıma yer verilmemiştir. Her iki fıkranın da düzenlenmesindeki temel amaç şüphesiz alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin haklarının korunabilmesidir. Zira bu nedenle her iki fıkra da alt işverenlik ilişkisine ilişkin kısıtlamalara gidilmiştir. Bu durumda İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde düzenlenen yaptırımın 6. fıkra hükmü içinde uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması mümkün olabilecektir.²⁹⁹ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus söz konusu yaptırım düzenlenmesinin muvazaalı haller için getirilmiş olması nedeniyle alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesine ilişkin yasal koşullara her durumda uyum sağlayamayacağıdır. Örneğin farklı inşaat firmaları arasında çalıştırılmayan farklı müteahhit firmalar arasında değiştirilerek çalıştırılan inşaat işçileri açısından ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisi sayılması gibi bir durum söz konusu olamayacakken alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için aranan uzmanlık ölçütünün bulunmaması halinde muvazaaya ilişkin yaptırımın kıyasen bu somut durumda da uygulanması mümkün olabilecektir.³⁰⁰

Burada kanun koyucunun temel amacı, işçilerin haklarının işveren ve alt işveren tarafından, alt işverenlik ilişkisinin kullanılması suretiyle ücretlerin düşürülerek daha fazla kar elde edebilmek, çalışma koşullarını ağırlaştırmak, sosyal güvenlik ile iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin sorumluluklardan feragat edebilmek, alt işveren işçisinin sendika ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını kullanmasını önlemek amacıyla kısıtlanmasının engellenmesidir.³⁰¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı görüşü paylaşmakta olup alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü yükümlülüklerden kaçınılmak için yapıp yapılmadığının, çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmelerinden, toplu iş sözleşmelerinden

²⁹⁸ “...Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler”, RG. 10.06.2003 T, 25134 S, Kanun Numarası: 4857.

²⁹⁹ SÜZEK, s.175; SÜZEK, Alt İşveren , s.25 vd; DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.305;

³⁰⁰ SÜZEK, s.175; SÜZEK, Alt İşveren , s.29; YILDIZ, Muhammed Enes, İş Hukukunda Bildirim, Oniki levha Yayınları, 2021, s.29.

³⁰¹ SÜZEK, s.176.

yahut mevzuattan kaynaklanan haklarının kısıtlanması veya ortadan kaldırılması saikiyle yapıp yapılmadığının incelenmesi gerektiği görüşündedir.³⁰²

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise yasada belirtilen bu karinelerin mutlak nitelikte olmadığıdır. Yani işverence bunların aksinin her zaman ispatlanabilmesi mümkün olduğundan bunlar adi karine niteliğindedir.³⁰³

a-Asıl İşveren Bünyesindeki İşçilerin Alt İşveren Tarafından İşe Alınarak Haklarının Kısıtlanamaması

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında alt işverenlik ilişkisinde hilenin önüne geçilebilmesi için bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlardan ilki “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz*” düzenlemesidir. Burada doğrudan yasakçı dar bir görüş ile daha geniş şekilde yalnızca işçilik haklarına ilişkin değerlendirmede bulunulmasına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.

aa-Yasal Karine Görüşü

Diğer görüşlere nazaran daha hâkim olan görüşe göre burada adi yasal karine söz konusudur ve adi yasal karine olmasının bir özelliği olarak da muvazaa karinesinin çürütülmesi mümkündür. Zira kanun maddesinde yer alan “aksi halde, genel olarak” ifadeleri birlikte değerlendirildiğinde söz konusu maddenin harici durumların ortaya çıkabileceği ve çürütülebileceği görülmektedir.³⁰⁴ İlk başta göze çarpan husus kanun koyucu tarafından asıl işverene ait olan işçilerin, alt işveren tarafından işe alınması engellenmemiştir. Yalnızca alınan işçilerin haklarının kısıtlanmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Yani buradan anlaşılması gereken alt işveren tarafından, asıl işverene ait işçiler alınarak çalıştırılmaya devam edilebilecek ancak haklarında herhangi bir sınırlamaya gidilemeyecektir.³⁰⁵

İşçilerin hak kaybı değerlendirilirken asıl işveren işçisinin yalnızca alt işveren tarafından devralındığı esnada doğmuş olan haklar değil, aynı zamanda söz konusu işçiler

³⁰² Yargıtay HGK, E. 2015/3294, K. 2019/400, T. 04.04.2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 12.08.2022.

³⁰³ Yargıtay 22. HD, E. 2017/22559, K. 2019/14356, T. 27.6.2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 12.08.2022.

³⁰⁴ AYKAÇ, s.385-386;

³⁰⁵ Yargıtay 22. HD, E. 2019/5776, K. 2019/163121, T. 16.9.2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 12.08.2022; SÜZEK, s.177; AYKAÇ, s.384; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.143; SÜZEK, Muvazaa, s.937; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.39; ALPAGUT, s.20; GÜZEL, s.46; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.226.

hiçbir zaman alt işveren bünyesine girmeksizin asıl işveren yanında çalışmaya devam etselerdi gerçekleşecek olan haklarının da hak kaybının doğup doğmadığı hususu irdelenirken göz önüne alınması gerekmektedir.³⁰⁶ Bu hususa ilişkin örnek vermek gerekirse, asıl işveren yanında çalışırken daha sonra alt işveren bünyesine devredilen işçi, eğer bu devir işlemi olmaksızın asıl işverenin bünyesinde çalışmaya devam etseydi yıl içinde hak kazanacağı ikramiyeleri alt işveren yanında da kazanıp kazanmadığı hususunun da dikkate alınması gerekecektir. Yani buradaki haklar bireysel ve toplu iş sözleşmelerinden doğan hakların tümünü içermektedir. Buna işçinin almış olduğu ücret gibi parasal haklar yanında kıdem süresinden işçinin hak kazanmış olduğu haklar da dahil olacaktır.³⁰⁷ Yine işçilerin iş güvencesinden kaynaklı olarak hak ettiği kazanımlar da kısıtlanamayacaktır.³⁰⁸

Bu hususta ortaya çıkabilmesi bir diğer muhtemel konu ise işçinin bazı haklarında kısıtlamalara gidilirken bazı haklarındaysa tam tersi bir artış ve kendi içerisinde bir denge söz konusuysa ne olacağı hususudur. Örneğin kişinin çıplak maaşında asıl işveren yanında çalıştığı döneme ilişki düşüş varken ikramiye ve diğer haklarda artışlar söz konusuysa bu durumda her somut olayın hâkim tarafından olayın koşulları yönünde değerlendirilmesi gerekecektir.³⁰⁹ Hatta hakları kısıtlanmış işçiler olmakla birlikte bunların sayıca daha az olmaları durumunda yine muvazaadan söz edilemeyecektir.³¹⁰

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise alt işveren bünyesindeki işçilerin sayı bakımından oranıdır. Yani alt işveren işçilerinin kaçının asıl işverende çalışmakta iken sonradan alt işveren bünyesine geçtiğinin tespiti gerekmektedir. Yargıtay da yine vermiş olduğu kararlarında alt işverenin işçilerinin büyük çoğunluğunun kendi kadrosundan oluşması halinde yalnızca birkaç asıl işveren işçisinin işe alınarak çalıştırılması durumunda bunların haklarında bir kısıtlanma yaşansa dahi bunun alt işverenlik ilişkisini muvazaalı hale getirmeyeceğini belirtmektedir.³¹¹ Yine uzun zaman önce asıl işveren yanında

³⁰⁶SÜZEK, s.177; ÇİL, Şahin, “Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyum, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.19; AYKAÇ, s.388; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.226 vd.

³⁰⁷SÜZEK, s.176; AYKAÇ, s.386; AYDINLI, s.293 vd; ŞEN, NANEÇİ; s.36.; EKONOMİ, s.90; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.226.

³⁰⁸AYKAÇ, s.387; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.226 vd.

³⁰⁹AYKAÇ, s.388.

³¹⁰SÜZEK, Muvazaa, s.936; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.226 vd.

³¹¹“Belirtilmek gerekir ki, büyük çoğunluğu kendi işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumu işlemi muvazaalı hale getirmemelidir. Bu durumda, işe alınan az sayıdaki asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanmış olmasının da sonuca etkili olmayacağı düşünülmelidir. Bu nedenle öncelikle, dava dışı firma tarafından davalıya ait üstlendiği işte çalıştırdığı işçilerin kaç tanesinin kendi kadrosundan olduğu, kaç tanesinin de daha önce bu işte çalıştırılan asıl işveren işçisi olduğu belirlenmeli ve sonucuna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı

çalışmakta olan bir kişinin işten ayrıldıktan uzun bir süre sonra alt işverenlik ilişkisi kapsamında asıl işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi durumunda bu hususun da muvazaaya karine teşkil ettiği söylenemeyecektir.

Aksi durumda bu görüşe göre muvazaadan ziyade alt işverenlik ilişkisinin kurulmasının önüne engeller konmuş olacak ve bu durum kanunun amacıyla uyumlayacaktır. Zira söz konusu kanun maddesinin amacı taraflar arasında alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını engellemek değil, alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın önüne geçebilmektir.³¹²

İleri sürülen bir diğer görüşe göre ise işyerinde toplu iş sözleşmesinin bulunması durumunda, toplu iş sözleşmesinin süresince asıl işveren alt işveren işçilerine aynı ücret ve hakları tanıyor olsa dahi işten çıkarmış olduğu işçileri alt işverenlik kapsamında hiçbir surette tekrardan işe alamayacak ve toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesini beklemesi gerekecektir.³¹³Bu görüşün içerisindeki birtakım görüşlere göre dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise işçilik haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığına ilişkin değerlendirmede yapılan işin niteliği büyük önem taşımaktadır. Yani yaptırılan işlerin aynı veya farklı olması hususunun göz önüne alınarak buna göre muvazaa değerlendirmesi yapılması gerekmektedir.³¹⁴Örnek vermek gerekirse, A şahsı asıl işveren yanında müdür sıfatında çalışmakta iken alt işverenlik ilişkisine geçirilip de aynı şirkette işçi sıfatına çalışmaya başlaması durumunda maaşları arasındaki farklılık muvazaaya karine teşkil edemeyecektir. Ancak kanımızca bu görüş yerinde değildir. Zira üst pozisyonda çalışan birinin alt işverenlik kapsamında daha alt bir pozisyonda çalıştırılmaya başlanmasının doğrudan hak kısıtlanması olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Asıl işveren bünyesinde çalışmasına rağmen alt işveren yanında çalışması uygun görülen kişiler de Alt İşverenlik Yönetmeliğinde öngörülmüştür. İlgili yönetmeliğin madde 12 fıkra 2 bent e hükmünde eşgüdüm ve denetimden görevli olacak olan asıl işveren işçilerinin, alt işveren yanında çalışmaya devam edebileceğini düzenlemiştir. Buradaki dikkat edilmesi ve irdelenmesi gereken husus ise asıl işveren bünyesinde çalışmakta iken alt

saptanmalıdır”, Yargıtay 9. HD, E. 2006/11741, K. 2006/14066, T. 15.05.2006, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 12.08.2022.

³¹²SÜZEK, s.178;

³¹³UÇUM, Mehmet, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, 2003, s.22; AYKAÇ, s.388.

³¹⁴AYDINLI, s.297.

işveren bünyesinde çalışmaya devam eden işçiler arasında asıl işveren tarafından denetim amacıyla görevlendirilenler dışında asıl işveren işçisinin çalışıp çalışmadığıdır.³¹⁵

Doktrindeki bir diğer değerlendirme de kanun maddesinde yer alan “...çalışmaya devam ettirilme...” ifadesi üzerine gelişmiştir. Bir görüşe göre asıl işveren yanında çalışmakta olan işçi, herhangi bir muvazaa söz konusu olmaksızın iş sözleşmesinin işverence feshi yahut emeklilik nedeniyle iş ilişkisinin bitiminin akabinde araya bir zaman girmeksizin aralıksız olarak alt işveren işçisi olarak çalışmaya devam etmesi halinde burada doğrudan muvazaanın var olduğu söylenemeyecek ve adi yasal karine kabul edilerek hâkim tarafından değerlendirilmesi gerekecektir.³¹⁶Yine bir başka görüşe göre de işçi asıl işverenin yanından ayrılmasından uzun bir süre sonra ve tamamen tesadüfi şekilde aynı asıl işverenin yanında ama alt işveren işçisi olarak daha düşük hak ve koşullarda çalışması durumunda muvazaa dan bahsedilmemesi gerekmektedir.³¹⁷

bb-Mutlak Yasak Görüşü

Bir diğer görüşe göre ise kanunda yer alan ifadenin daha katı, kesin bir yasak olarak yorumlanması gerekmekte ve herhangi bir istisna içermemektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde muvazaanın oluşup oluşmadığına bakılmaksızın alt işveren tarafından işe alınmış olan tüm alt işveren işçilerinin muvazaalı olarak değerlendirilmesi gerektiği ve tamamının asıl işveren işçisi olarak sayılması gerektiği kanaatini ileri sürmektedir.³¹⁸Ancak böyle bir değerlendirmenin iş ve çalışma hürriyetini düzenleyen Anayasa madde 48 hükmüyle çelişeceğini, kanun maddesinin bu haliyle muvazaa araştırması yapılmaksızın doğrudan iş ve çalışma hürriyetini kısıtlayarak anayasaya aykırı olacağını ve bu durumda samimi ve gerçek bir şekilde kurulmak istenen alt işverenlik ilişkilerinin kurulamayacağını savunan görüşler de mevcuttur.³¹⁹Mutlak yasak görüşünü göre asıl işveren yanında çalışmakta olan işçinin, alt işverenlik ilişkisi kapsamında asıl işveren yanında çalışmaya devam etmesi işçinin kıdem ve iş güvencesinden doğan haklarında bir sınırlamaya sebebiyet

³¹⁵SÜZEK, s.178; Yargıtay HGK, E. 2021/22-310, K. 2022/331, T. 16.03.2022, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 12.08.2022

³¹⁶ŞAHLANAN, s.50.

³¹⁷SOYER, s.22; AYKAÇ, s.390.

³¹⁸Detaylı Bilgi İçin Bknz: GÜZEL, s.56 vd; EKMEKÇİ, Ömer, “26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine”, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları,Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2002, Marmaris, s. 67; EKMEKÇİ, Ömer, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları”, Mess Mercek Dergisi, S.6, 2003, s.133 vd;ŞEN, Sabahattin, “Yeni İş Yasasında Alt İşverenlik”, Sendikal Notlar, Petrol-İş Yayınları, 2003, s.91, Erişim: <https://www.petrol-is.org.tr/sites/default/files/19-agustos2003.pdf>, Erişim Tarihi:13.08.2022; ARSLANOĞLU, s.124.

³¹⁹ALPAGUT, s.20; EKMEKÇİ, Tasarı, s.67; ŞAHLANAN, s.28; AYDINLI, s.294.

verecektir. Zira alt işverenlik ilişkisi kapsamında devam eden bu ilişki, işçinin aynı zamanda kıdem süresinin sıfırlanmasına, yıllık ücretli izin süresinin etkilenmesine, toplu iş sözleşmesinden kaynaklı diğer haklardan mahrum kalmasına sebebiyet vererek her koşulda işçinin haklarının kısıtlanmasına sebep olacaktır.³²⁰

Mutlak yasağı savunan bir diğer görüşe göre ise kanunda yer alan “çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle” ifadesini konunun temelinde ele almakta ve asıl işveren işçisinin işyerinden ayrıldıktan belli bir süre sonra alt işverenlik ilişkisi kapsamında aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi durumunda ortada kanunun aradığı şartlara uygun bir muvazaalı durumdan söz edilemeyeceğini, zira kanunun lafzından anlaşıldığı üzere asıl işveren işçisinin asıl işverene ait işyerindeki işyerinde aralıksız olarak çalışmaya devam ederken alt işveren bünyesine geçmesi durumunda muvazaanın söz konusu olacağını savunmaktadır.³²¹

Bu hususa ilişkin güncel Yargıtay vermiş olduğu kararlarına bakıldığında ise Yargıtay’ın mutlak yasak görüşüne katılmadığı, her durumun kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini ve İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde sayılmakta olan hususların “adi yasal karine” olarak sayıldığını bu nedenle aksinin kanıtlanabileceğini hükme bağladığı görülmektedir.³²²

b-Eski Asıl İşveren İşçileriyle Alt İşverenlik İlişkisi Kurulması

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kötü niyetli olarak kurulmasının önüne geçilebilmesinin önüne geçilebilmesi amacıyla İş Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrasında alt işverenlik uygulamasında sınır kapsamına alınan bir diğer husus ise asıl işverene ait eski işçilerle yeniden bir alt işverenlik ilişkisi kurulamayacağıdır. Söz konusu hükmün temel amacı, işverenin, eskiden yanında çalışan ve güvendiği bir işçiyi alt işveren olarak göstererek işçilerin ücretlerini düşürmek, toplu iş sözleşmeleri kurabilmelerinin önüne geçmek ve diğer yükümlülükleri atlatabilmektir.³²³

Doktrinadaki kanun hükmünün değerlendirilmesine ilişkin farklı görüşler bulunmakla birlikte bu görüşler söz konusu yasağın mutlak olarak değerlendirilmesi ve nispi olarak değerlendirilmesine yönelik ikiye ayrılmaktadır.

³²⁰ ARSLANOĞLU, s.125; GÜZEL, s.57; AYKAÇ, s.392 vd; ALPAGUT, s.20.

³²¹ ARSLANOĞLU, s.124 vd.

³²² Yargıtay 9. HD, E. 2022/3785, K. 2022/6495, T. 25.05.2022, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 13.08.2022.

³²³ SÜZEK, s.178; SÜZEK, Muvazaa, s.937; AYKAÇ, s.373; GÜZEL, s.58.; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.144.

aa-Mutlak Yasak Görüşü

Doktrinadaki bir görüşe göre kanun lafzından anlaşıldığı, söz konusu kısıtlamanın mutlak ve istisnasız olup herhangi bir biçimde aksinin gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı hususudur.³²⁴ Yani bir diğer deyişle kanunda geçen ifade adi yasa karine değil kesin karine teşkil etmektedir. Bu durumda işçinin lehine bir durumun somut vakıada ortaya çıkması ve hatta alt işverenlik ilişkisinin taraflarının bu ilişkiyi kurmakta gerçek ve samimi iradeleriyle hareket etmeleri durumunda dahi muvazaadan kaynaklı olarak alt işverenlik ilişkisinin hukuka uygun bir surette kurulduğu söylenemeyecektir.³²⁵

Mutlak yasak görüşünün kabul görmesi durumunda artık taraflar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin ne şekilde kurulduğu, niteliği, tarafların gerçek iradesi ve somut durumun koşulları herhangi bir önem arz etmeksizin kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu söylenebilecektir.³²⁶

Görüşlerden bir kısmında kanunun alt işverenlik asıl işverenin eski çalışanı ile alt işverenlik ilişkisi kurmasına yönelik mutlak bir yasak getirdiğini savunurken bir yandan da bu hususun yanlış olduğunu savunmakta ve eleştirmektedir.³²⁷ Bu görüşe göre kanunun lafzında geçen “aksi halde” ifadesi artık somut alt işverenlik ilişkisinde herhangi bir muvazaa olup olmadığına ve tarafların iradesine bakılmaksızın doğrudan muvazaalı sayılacak ve alt işverenlik kapsamında çalışmakta olan işçiler, ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisi olarak sayılacaklardır.³²⁸

Güncel iş hayatında bir kişi çalışmakta olduğu işyerinden herhangi bir sebeple ayrılabilir ve bir süre sonra bir girişimcilik olarak alt işverenlik kapsamında firmalarda çalışabilecektir. Bu durumda kişinin yalnızca daha önceki bir tarihte söz konusu işyerinde çalışmış olmasının kurulan gerçek ve samimi alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı sayılmasına sebebiyet vermesi Anayasa madde 48 gereği çalışma ve sözleşme hürriyetini kısıtladığı

³²⁴GÜZEL, s.61; AYKAÇ s.373 vd.; ÇANKAYA, ÇİL, s.34; EKMEKÇİ, Tasarı, s.67; ARSLANOĞLU, s.117.

³²⁵GÜZEL, s.61; AYKAÇ s.373 vd.; ÇANKAYA, ÇİL, s.34;ŞAHLANAN, Fevzi, “Yeni İş Kanunu’nun Getirdikleri”, Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri, TİSK Yayınları, İzmir, 2003, s.34; EKMEKÇİ, Tasarı, s.67; ARSLANOĞLU, s.117.

³²⁶GÜZEL, s.61.

³²⁷ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.144-145; EKMEKÇİ, Tasarı, s.67; ARSLANOĞLU, s.117; AKYİĞİT, s.72; ARICI, s.496 vd.;AYKAÇ, s.376 vd.

³²⁸EKMEKÇİ, Tasarı, s.67; ARSLANOĞLU, s.117; AKYİĞİT, s.72.

gibi³²⁹ aynı zamana Anayasa'nın madde 10 hükmünde düzenlenmekte olan eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.³³⁰

Doktrinde bu görüşteki yorumlardan birinde mutlak yasak görüşünün eleştirilmesinin yanında aynı zamanda adi yasal karineye ilişkin görüşler de kanıtlanmasının oldukça zor ve riskli olması; kişinin işyerinden ayrıldıktan uzun bir süre sonra bu sefer de alt işverenlik ilişkisi kapsamında aynı işyerinde çalışmaya başlamasının muvazaaya sebebiyet vermeyeceğine ilişkin görüş de³³¹ durumu bu sürenin belirsizliği nedeniyle eleştirilmiştir.³³²

Doktrindeki mutlak yasak görüşüne ilişkin ikinci bir görüş ise mutlak yasak görüşünü benimsemesinin yanı sıra aynı zamanda savunmakta ve kanun lafzında yer alan yasağa ilişkin herhangi bir istisnanın getirilemeyeceğini, söz konusu yasağın delinemeyeceğini, işveren yanında çalışmakta olan işçinin, söz konusu işyerinden ayrılmasının ardından ne kadar zaman geçtiği fark etmeksizin kurulacak olan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olacağını, zira kanunun emredici hükmünün adi yasal karine olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır.³³³

bb-Nisbi Yasak Görüşü

Doktrinde nisbi yasak görüşünü savunanlara göre, kısıtlama kanun lafzında her ne kadar kesin bir biçimde yer alsa da bunun kesin bir nitelikte değerlendirilmesi mümkün olmayacağı gibi niteliği gereği söz konusu kısıtlama adi yasal karine niteliği taşımakta olup aksinin ispatı da mümkün olabilecektir.³³⁴ Zira bu görüşe göre bir kanun hükmü Anayasa hükümlerine uygun düşecek şekilde yorumlanması gerekmekte ve mutlak şekilde değerlendirilmemesi gerekmektedir. Mutlak bir yorum ancak bir hükmün, Anayasa'ya uygun yorumunun mümkün olmaması halinde söz konusu olabilecektir. Zira söz konusu

³²⁹ ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.144-145; EKMEKÇİ, Tasarı, s.67; ARSLANOĞLU, s.117; AKYİĞİT, s.72; ARICI, s.496 vd.; AYKAÇ, s.376 vd.

³³⁰ AYKAÇ, s.377.

³³¹ AKYİĞİT, s.72 vd.

³³² ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.145.

³³³ GÜZEL, s.49

³³⁴ SÜZEK, s.179; SÜZEK, Sarper, "Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İNTES, İnşaat ve Sanayi Yayınları, Ankara, 2004, s.44, Erişim: <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, Erişim Tarihi: 16.08.2022; SÜZEK, Muvazaa, 937; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.227; GÜZEL, s.59; EYRENCİ, Öner, "4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, 2004/1, s.22; ARICI, s.496 vd.

madde hükmünü katı bir şekilde yorumlamanın Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği açıktır.³³⁵

Nispi yasak görüşüne göre kanun hükmünü mutlak bir surette uygulanması Anayasa hükmüne açıkça aykırılık teşkil edecektir. Şöyle ki; Anayasa'nın 48. maddesinde girişim ve sözleşme özgürlüğü düzenlenmiş olup ilgili madde, "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*" hükmüne haizdir. Burada ilgili madde kapsamında değerlendirildiği taktirde İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan bu hükmü katı bir biçimde uygulamak Anayasa'da yer alan "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*" hükmüyle tamamen tezatlık oluşturacaktır. Bu durumda doğrudan kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğuna hükmetmeden önce asıl işveren bünyesinden ayrılan işçinin tekrardan bir alt işverenlik ilişkisi kurması arasında geçen süreye ve alt işverenlik ilişkisinin gerçek ve samimi bir biçimde kurulup kurulmadığının incelenerek buna göre bir karar verilmesi gerekecektir.³³⁶ Çünkü kanunun amacı alt işverenlik ilişkisini zorlaştırmak değil, asıl işverenin işçileri ile alt işverenlik ilişkisi kurularak maaş miktarı ve çalışma koşulları bakımından haksızlığa uğramalarının önüne geçmektir.

Tüm bu hususlardan anlaşıldığı üzere, bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyen bir yorumunun bulunması durumunda bu yorumuna göre hareket edilerek somut duruma uygulaması gerekmektedir. Mahkeme; somut durumu değerlendirirken Anayasa'yı, kanunun amacını, somut vakıanın özellikleri ile dürüstlük kuralını birlikte değerlendirerek bir sonuca varması gerekmektedir.³³⁷ Bu hususa ilişkin bir örnek vermek gerekirse, A isimli asıl işverenin yanında çalışmakta olan B kişisi, işyerinden ayrıldıktan belli bir müddet sonra bir firma kurarak işyerine hizmet vermeye başlaması ve A kişinin şirketiyle de alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışması durumunda burada ortada artık mutlak bir yasak ile muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin kurulduğunu söylemek yasanın amacıyla uyuşmayacağı gibi kişinin Anayasal haklarını da kısıtlayacaktır. Ancak söz konusu kanun maddesinin, adi yasal karine olduğu göz önüne alınırsa somut durumda kurulan alt

³³⁵SÜZEK, s.179; SÜZEK, Yeni İş Yasası, s.44; SÜZEK, Muvazaa, 937; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.227; GÜZEL, s.59; EYRENCİ, s.22; ARICI, s.496 vd.

³³⁶SÜZEK, s.178-179, AYKAÇ, s.396; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.227; EYRENCİ, s.22; AYDINLI, s.302 vd; ARICI, s.496 vd.

³³⁷SÜZEK, s.179; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.227; EYRENCİ, s.22; AYDINLI, s.302 vd.

işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı, gerçek ve samimi olduğu işveren tarafından ispatlanabilecektir.

Kanun lafzının her ne kadar mutlak gibi görülse de aslında kanun koyucu tarafından adi yasal karine olarak düzenlendiğinin anlaşıldığı bir diğer yer ise Alt İşverenlik Yönetmeliğidir. İlgili yönetmeliğin 4. maddesinin d bendinde “*Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez.*” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere her ne kadar kişi daha önce o işyerinde çalışmış olsa da daha sonra kendisine bulduğu bir ortak vasıtasıyla kurmuş olduğu şirket üzerinden asıl işveren ile alt işverenlik ilişkisi kurması mümkündür. Bu husus da aslında İş Kanunu madde 7 hükmünde getirilen sınırlamanın mutlak bir nitelik taşımadığını göstermekte olup somut vakıada mahkeme doğrudan muvazaa hususunda karar veremeyecek ve ortada gerçek, samimi bir şirket ilişkisinin mi yoksa muvazaalı şekilde kurulmuş bir alt işverenlik ilişkisinin mi olduğunu araştırması gerekecektir.³³⁸

c-Asıl İşin Kanundaki Yasal Koşulları Taşımaksızın Alt İşverene Verilememesi

İş Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrasında muvazaalı alt işverenlik ilişkisine yasal karine olarak gösterilen bir diğer husus ise “*İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez*” hükmüdür. İlgili hükme bakıldığında ilk aşamada aslında bir muvazaadan ziyade doğrudan mutlak bir yasağın düzenlendiği görülmektedir.

Uygulamada alt işverenlik ilişkilerinde gerçekten de birçok işletmenin ana işinin bizzat kendisini oluşturan işleri bölerek alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işveren işçilerini çalıştırdığı ve bu hususun yoğun bir şikâyet konusuna sebebiyet verdiği görülmektedir. Tüm bu nedenlerle her ne kadar alt işverenlik ilişkisinin geçerlilik koşulları İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünde sayılırken “*...asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...*” ifadesiyle asıl işin bir kısmının alt işverenlik ilişkisi kapsamında bölünmesi hususu düzenlenmiş ise de konunun önemi göz önüne alınarak bir sonraki fıkroda ek bir düzenlemeye daha gidilmiştir.

³³⁸ ÇİL, Alt İşveren, s.23; SÜZEK, s.179-180; SÜZEK, Muvazaa, s.938; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.227.

Burada akla gelebilecek ilk husus asıl iş kavramının içeriğinin ne olduğuyla ilgilidir. Asıl iş kavramı İş Kanunu'nda değil alt işverenlik yönetmeliğinde tanımlanmış ve “mal veya hizmet üretimini oluşturan iş” ifadesine yer verilmiştir.

Özellikle fabrikalarda ve tekstil firmalarında üretim bandının bir tarafında asıl işverenin işçileri çalışırken bandın diğer tarafında alt işveren işçilerinin çalışıyor olması uygulamada sıkça görülen bir durumdur. Tüm şikayetler nedeniyle İş Kanunu'nda madde 2 fıkra 7 hükmünün sonunda “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” ifadesine yer verilmiştir. Kanun maddesinde yer alan bu ifade ile birlikte artık güncel iş hayatında asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi gibi bir durumun ortaya çıkması halinde bölünen bu işte asıl işveren bünyesinde yer almakta olan işçilerin çalıştırılmasına imkân vermemiş ve asıl işverenin, asıl işi kapsamındaki işlerini kural olarak kendi bünyesinde yer almakta olan işçilerle yapması gerektiğini kabul etmiştir.³³⁹

Burada asıl işin bölünmesi hususunu ikili bir ayrımla ele almak gerekecektir. Öncelikle işyerinde yürütülmekte olan işin mal, hizmet üretimi gibi farklı bölümlere ayrılamıyor ve üretim süreci bozulup, kesilmeksizin kendi içinde bölünemiyor ise söz konusu bu asıl işin alt işverenlik ilişkisi kapsamına konu edilmesi ve alt işveren işçilerinin çalışması mümkün olamayacaktır.³⁴⁰ Örneğin asıl işi üreticilik olan bir firmanın doğrudan ütü işini alt işverenlik sözleşmesiyle alt işveren işçilerine devretmesi ilgili madde kapsamında değerlendirilerek muvazaa kapsamına alınacağı ve alt işveren işçilerinin ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçileri olarak değerlendirileceği görülmektedir.

Yargıtay da bir kararında asıl işi taşıma olan ve niteliği gereği bölünmesi mümkün olmayan bir işin, işveren tarafından alt işverenlik ilişkisi kapsamında ayrı bir nakliye firmasına verilmesini, işin niteliği gereği İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünün ihlali olarak değerlendirmiş ve alt işveren işçilerini ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisi olarak değerlendirerek bu şekilde saymıştır.³⁴¹

İşyerinde hali hazırda yürütülmekte olan işin birbirini takip eden parça ve süreçlerden oluşması, mal ve hizmet üretimi gibi bölünebilmesi halinde de bu bölümlerden

³³⁹ ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.145; SÜZEK, s.180; SÜZEK, Muvazaa, s.939; EKONOMİ, s.38; TAŞKENT, Alt İşveren, s.365; GÜNAY, s.301 vd.; GÜZEL, s.50; SENYEN KAPLAN, s.59-61; ARICI, s.504.

³⁴⁰ SÜZEK, s.180; SÜZEK, Muvazaa, S.938; EKONOMİ, s.36; AYKAÇ, s.401 vd.

³⁴¹ Yargıtay 9.HD, E. 2005/36137, K. 2005/39139 T. 12.12.2005, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 14.08.2022.

birinin alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işverene verilmesi halinde yine doğrudan hukuka uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu söylenemeyecektir. Zira aynı zamanda İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmü gereğince söz konusu bölünebilen bu işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık koşulunu da taşıyor olması gerekmektedir.³⁴² Örneğin hazır döner imalat ve satışı yapan bir fabrikayı ele aldığımızda hayvan yetiştiriciliği, hayvan kesimi, bunların şişlere dizilmeye uygun hale getirilmesi, paketlenmesi ve dağıtımı gibi ana işin birbirini takip eden birçok parçadan oluştuğu görülmektedir. Bu tür durumlarda ana iş kapsamındaki parçalardan birinin alt işverene devredilmiş olmasının uzmanlık koşulunun da sağlanması halinde muvazaa kapsamında değerlendirilmeyeceği açıktır.

İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde yer alan koşulları sağlayan ve kendi içerisinde bölünmesi mümkün olan bir işyerinde dahi asıl işin bölünebilen bu parçalarının tümünün alt işverenlik ilişkisi kapsamına konu edilmesi mümkün olamayacaktır.³⁴³ Zira bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinden bahsedilebilmesi için aranan asıl işverenin işçi çalıştırması koşuluna ve İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmündeki asıl işin bölünerek alt işverenlik ilişkisi kapsamında yürütülmesine ilişkin yasağa aykırılık oluşturacaktır. Yine alt işverenlik ilişkisinden bahsedilebilmesi için ortada bir asıl işverenin varlığı şarttır ve asıl işverenin tanımını yapan Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 3/1-ç hükmüne göre asıl işveren, *“işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları”* olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere ortada hukukun geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin varlığından söz edebilmemiz için söz konusu işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işverenin varlığı zaruri şart olarak bulunmaktadır.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında işverenin asıl işin tamamını bölümlere ayırarak her birini farklı alt işverenlere vermesi durumunda İş Kanunu çerçevesinde bir alt işverenlik ilişkisinin söz konusu olmayacağını ve bu nedenle alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi olarak kabul edileceğini hükme bağlamıştır.³⁴⁴

Asıl işin bir kısmının alt işverenlik ilişkisi kapsamında bölünmesi halinde bölünerek alt işverene verilen asıl işin, bir bütün olarak mı verilmesi gerektiği yoksa onun da kendi

³⁴²AYKAÇ, s.398 vd.; SÜZEK, s.180; SÜZEK, Muvazaa, s.939.

³⁴³SÜZEK, s.180.

³⁴⁴Yargıtay 9.HD, E. 2008/12851, K. 2008/8003, T. 10.04.2008, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 14.08.2022; SÜZEK, s.180-181.

içerisinde bölünüp bölünemeyeceği kendi içerisinde ayrı bir tartışma konusu olmuştur. Baskın olan görüşe göre asıl işin alt işverene devredilen bölümünün bir bütün halinde verilmesi ve artık asıl işverenin, asıl işin bu kısmında kendi işçisini çalıştıramaması gerekirken,³⁴⁵ bir diğer görüşe göre asıl işin, alt işverene devredilen kısmının bölünebilmesi ve asıl işverenin burada kendi işçilerini de çalıştırabilmesi mümkün olmalıdır.³⁴⁶

aa-Asıl İşveren İşçileriyle Alt İşveren İşçilerinin Birlikte Çalışamayacağı Görüşü

Bu görüş, doktrin ve uygulamadaki baskın görüş olup bu görüşe göre alt işverene devredilmiş olan asıl işin kendi içerisinde bölünerek bir kısmında alt işveren işçilerinin, bir kısmında ise asıl işveren bünyesindeki işçilerin çalışması mümkün değildir.³⁴⁷ Bu durum İş Kanunu'nun gerekçesi ile de sabittir. Zira kanun gerekçesinde *“bir işyerinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin bir bölümünde iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkân vermediği”*³⁴⁸ denilerek alt işveren ve asıl işveren işçilerinin asıl işin aynı parçasını bölerek bir kısmını asıl işveren işçilerinin bir kısmını ise alt işveren işçilerinin çalışması suretiyle birlikte yürütemeyecekleri öngörülmüştür.³⁴⁹ Bu durumda örnek vermek gerekirse hazır döner imalatı yapan bir firmada iki ayrı kesimhane olması durumunda, bu ikisinden birinin alt işveren işçilerince diğer kesimhanenin ise asıl işveren işçilerince çalıştırılması mümkün olmayacaktır.

Bu görüşteki düşüncelere göre asıl işverenin, asıl işin bir kısmını bölerek alt işverene verebilmesinin temel şartı kanunda aranan “uzmanlık gerektiren” koşuludur. Ancak somut durumda asıl işverenin, söz konusu uzmanlık gerektiren işi yapabilen işçilerinin olması durumunda artık burada uzmanlık gerektirmesi nedeniyle alt işverenlik ilişkisinin kurulabileceği bir durum kalmayacaktır.³⁵⁰

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin muvazaanın incelenmesi başlıklı 12. maddesinde asıl işverenin alt işverene verilen iş bölümünde az sayıda da olsa kendi işçilerini çalıştırabileceği

³⁴⁵SÜZEK, s.181;AYKAÇ, s.407;SÜZEK, Muvazaa, s.940; EKONOMİ, s.34; ŞAHLANAN, s.49; ALPAGUT, s.21.

³⁴⁶EKMEKÇİ, Tasarı, s.66.

³⁴⁷SÜZEK, s.181; AYKAÇ, s.407; SÜZEK, Muvazaa, s.940; EKONOMİ, s.34;ŞAHLANAN, s.49; ALPAGUT, s.21; SOYER, s.21; ARICI, s.506; ŞEN, Sendikal Notlar, s.89; ÖZCAN, Şeref, “Tersane İşyerlerinde Mevcut Olan İş İlişkileri Bağlamında İş Sağlığı ve Güvenliği”, 2. Çalışma Yaşamı Kongresi, İş Müfettişleri Derneği Yayını, Ankara, 2008, s.104.

³⁴⁸AKYİĞİT,Alt İşveren, s.15.

³⁴⁹GÜZEL, s.50; SÜZEK, s.181.

³⁵⁰AKYİĞİT, Alt İşveren, s.16.

öngörülmüştür. İlgili madde “*Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı*” hükmüne haizdir. Yani görüldüğü üzere, her ne kadar İş Kanunu’nun 7. maddesi hükmü göz önüne alındığında asıl işveren işçileriyle alt işveren işçilerinin bir arada farklı ekonomik koşullarda çalışmalarının önüne geçilmek istenmişse de yönetmelikteki bu hüküm nazarıyla bu duruma ilişkin bir istisna getirilmiştir. Bölünmüş ve alt işverene devredilmiş olan asıl işin alt işveren ve asıl işveren işçilerince birlikte yürütülemeyeceğini savunan görüşe göre alt işverene verilmiş olan işin yönetim ve koordinasyonunun sağlanabilmesi için işin niteliğine uygun şekilde asıl işveren işçisi çalışabilecektir.³⁵¹

Akla gelen bir diğer soru ise asıl iş değil de yardımcı iş sayılan bir işte asıl işveren ve alt işveren işçilerinin birlikte çalışması durumunda ne olacağı hususudur. Bir görüşe göre yemek gibi yardımcı işlerde bu durum böyle katı yorumlanmayacak ve asıl işveren işçileriyle alt işveren işçilerinin birlikte çalışmaları mümkün olabilecektir.³⁵²

Bir görüşe göre asıl işin bölünen bir kısmının farklı alt işverenlerce yürütülmesi, yani farklı alt işveren işçilerinin yan yana çalışıyormuş gibi gösterilmesi durumu da muvazaaya sebebiyet verecektir.³⁵³

Bir diğer görüşe göre de asıl işverenin, asıl işin bölünebilen bir kısmını alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işverene devretmesi halinde, söz konusu işte kendisine ait işçi çalıştıramaması, asıl işverenin yönetim hakkını kısıtlayan bir durum içermektedir.³⁵⁴

Bir diğer husus ise alt işveren işçilerinin üstlendikleri işin herhangi bir muvazaa oluşturmadığı halde üstlenilen iş dışında bu işçilerin bir kısmının asıl iş veya başka bir yardımcı işte çalıştırılması durumunda alt işverenlik sözleşmesinin durumunun ne olacağıdır. Her ne kadar ilk başta akla muvazaanın genel yaptırımı olan tüm alt işveren işçilerinin en baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılabileceği gelse de bu durumda alt işveren işçilerinin yalnızca bir kısmının üstlendikleri iş dışında asıl işte çalıştırılmaları durumunda sadece bu işçiler açısından alt işverenlik hükümlerinin uygulanamaması ancak diğer alt işveren işçileri açısından somut durumlarının korunması gerekmektedir.

³⁵¹SÜZEK, Muvazaa, s.940; ŞAHLANAN, s.50; AYKAÇ, s.404.

³⁵²SÜZEK, Muvazaa, s.940; AKYİĞİT, Alt İşveren, s.16.

³⁵³ŞAHLANAN, s.49.

³⁵⁴ARSLANOĞLU, s.105.

bb- Asıl İşveren İşçileriyle Alt İşveren İşçilerinin Birlikte Çalışabileceği Görüşü

Doktrindeki bir diğer görüş ise İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünden yola çıkılarak asıl iş kapsamındaki bir işte asıl işveren ve alt işveren işçilerinin birlikte çalışmalarına engel herhangi bir husus olmadığını ileri sürmektedir.³⁵⁵

3-Alt İşverenlik Yönetmeliğinde Yer Alan Muvazaa Ölçütleri

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinden kaynaklı sorunlar güncel iş hayatımızda oldukça yaygın bir vaziyette olup bu durum alt işverenlik ilişkisinin hukukumuzda oldukça sorunlu bir yer kaplamasına sebebiyet vermiştir. Alt işverenlik ilişkisi İş Kanunu’nun yanı sıra aynı zamanda 27.09.2008 tarihinde yürürlüğe giren Alt İşverenlik Yönetmeliği ile de uygulamasına yönelik düzenleme altına alınmıştır. Hazırlanan bu yönetmelik, oldukça ayrıntılı olmasının da hasebiyle özellikle sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması hususunda oldukça yoğun tartışmalara sebebiyet vermiştir.³⁵⁶

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin temel amacı alt işverenlik kapsamındaki çalışma hayatının denetiminde ve işleyişindeki bağlayıcı hususları düzenlemek ve doğabilecek karışıklıkların önüne geçmektir. Alt İşverenlik Yönetmeliğinin amacı, yönetmeliğin birinci maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: *“Bu Yönetmeliğin amacı, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartlarını, alt işverene ait işyerinin bildirimini, tescilini, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususları düzenlemektir.”* . Görüldüğü üzere alt işverenliğin uygulamasına yönelik doğan sorunlarda İş Kanunu’ndan sonra bakılacak ikinci yerde Alt İşverenlik Yönetmeliği olacaktır.

Alt İşverenlik ilişkisindeki muvazaaya yönelik hükümler İş Kanunu’nun yanı sıra Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin “Muvazaanın İncelenmesi” başlıklı 12. maddesinde muvazaanın tespiti için hangi hususların değerlendirilmesi gerektiğine yer verilmiş ve bunlar 8 başlıkta sıralanmış ve Yönetmelik de şu şekilde yer almıştır: *“...(2) Muvazaanın incelenmesinde özellikle; a) Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, b) Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, c) Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı, ç) Alt*

³⁵⁵ EKMEKÇİ, Tasarı, s.66.

³⁵⁶ SÜZEK, Muvazaa, s.944; DOĞAN YENİSEY, Uygulama, s.30 vd.; SUBAŞI, İbrahim, *“İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi”*, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.1, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.173 vd.

işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı, d) İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, e) Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, f) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, g) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı, hususları göz önünde bulundurulur.”

Yargıtay içtihatında da yönetmelikte yer alan bu hususları benimseyerek alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı belirlenirken hukuksal ve ekonomik bağımsızlığa sahip iki ayrı iş organizasyonu içerisinde iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığına, alt işveren işçilerinin alt işverenlik ilişkisi kapsamında alınan iş dışında başka bir işte çalıştırılıp çalıştırılmadıklarına, alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işverene verilmiş olan işin asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadıklarına, alt işverene verilmiş olan işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığının incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁵⁷Bu içtihatı ile Yargıtay, alt işverenlik ilişkisinde muvazaa hususunun değerlendirilmesinin temel sınırlarını çizmiştir.

Yönetmelikte sayılmakta olan muvazaa hallerinden, İş Kanunu’nda sayılanlar dışındakilerden birinin gerçekleşmesi durumunda muvazaa şüphesi uyandıran harici bir durumun var olmaması halinde bu alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu doğrudan söylenemeyecektir. Zira Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 12 fıkra 1 hükmünde “7’nci madde uyarınca tescili yapılan işyeri için 6’ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu

³⁵⁷ Yargıtay 9. HD, E. 2010/11733, K. 2010/11997 T. 03.05.2010; Yargıtay 22. HD, E. 2018/12876, K. 2018/22416, T. 17.10.2018, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.08.2022.

belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir.” denilerek madde hükmünde geçen ölçütlerin somut bir alt işverenlik ilişkisinde bulunması halinde bunun sadece “kanaat” uyandırabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle kesin bir muvazaada bahsedilebilmesi için ek delillerin varlığına ihtiyaç duyulacaktır.³⁵⁸

Görüldüğü üzere Alt İşverenlik Yönetmeliğinde sayılmakta olan muvazaa ölçütlerini bir kısmının asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurucu unsurları, bir kısmının ise İş Kanunu’nda zikredilen muvazaaya karine haller olduğu görülmektedir. Tekrara düşmemek açısından yalnızca İş Kanunu’nda belirtilmemiş olan ve uygulamada sıkça karşılaşılan muvazaa ölçütlerini aşağıda izah edeceğiz.

a-İşçinin Niteliğinin İşe Uygunluğu

Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 12. maddesinin d bendinde “*İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı*” ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere muvazaaya ilişkin inceleme yapılırken alt işveren işçilerinin niteliklerinin de irdelenmesi gerekmektedir.

Alt işveren işçilerinin niteliklerinin uygunluğunu belirleyecek olan kıstas ise asıl işverenin yürütmekte olduğu iş alanı ile alt işverene vermiş olduğu işin ne olduğudur. Zira alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işverene verilmekte olan işin aynı zamanda alt işveren işçilerinin nitelikleriyle uygun düşmesi gerekecektir. Bu hususa ilişkin örnek vermek gerekirse asıl işi hazır döner imalatı olan bir firmanın büyükbaş hayvan besleme ve bakım işlerini alt işverenlik ilişkisi kapsamında bir alt işverene vermesi halinde alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmaya başlayan alt işveren işçilerinin nitelikleri itibarıyla büyükbaş hayvan bakımından anlayan kişiler olması gerekir. Ancak alt işverenlik ilişkisinin “temizlik işi” üzerine verilmiş olması ancak temizlik işi dışındaki işlerin, örneğin bu işçilerin hazırlanmış olan dondurulmuş dönerleri paketleme bölümünde çalıştırılmaları durumunda ise hukuka uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulmadığından ve kurulan ilişkinin “işçi temini” olduğundan bahsedilebilecektir. Alt işveren işçilerinin, yalnızca alt işverenlik ilişkisi kapsamında üstlenilen işte çalışmasına dair zorunluluk Yargıtay içtihatında da benimsenmiştir.³⁵⁹

³⁵⁸ AYDINLI, s.310.

³⁵⁹ Yargıtay 22. HD, E. 2018/12876, K. 2018/22416, T. 17.10.2018, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.08.2022.

Söz konusu madde ile aslında muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin önüne büyük bir engel konulmuş bulunmaktadır. Zira ülkemizde alt işverenler genel olarak küçük ölçekli işverenlerdir. Bu nedenle ellerinde yeterli sayıda nitelikli, uzman çalışan bulundurmaları her zaman mümkün olmamaktadır. Ancak uzman bir alt işverenin şirket bünyesinde alt işverenlik ilişkisi kapsamında talip olduğu işe yönelik nitelikli ve uzman işçi bulundurması gerektiğinden bu hususun sağlanamadığı durumlar muvazaaya yönelik kanaat uyandırmaktadır.

Yargıtay da vermiş olduğu içtihatında alt işverenlik sözleşmesinde yapılacak olan işin taşıma, temizlik ve yemek servis hizmetleri olarak belirlenmesine rağmen alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin bir kısmının özel eğitime tabi tutularak hasta bakıcılık gibi asıl işverenin asıl işi olan sağlık hizmetlerinde, güvenlik hizmetinde, hastanenin ameliyathane gibi kimi bölümlerinde çalıştırıldıklarının tespit edildiği, bu nedenle tarafların arasındaki ilişkinin işçi teminine yönelik olduğuna karar vermiştir.³⁶⁰Görüldüğü üzere alt işveren işçilerinin, alt işverenlik sözleşmesinde yer alan nitelikler dışındaki işlerde çalışmaları durumunda artık burada muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinin varlığı ve işçi temini söz konusu olacaktır. Ancak böyle bir durumun varlığında dahi doğrudan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğundan söz edilemeyecek yalnızca Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 12 gereği muvazaa hususunun incelenmesi gerekecektir.

b-Ekipman Yeterliliği

Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 12 hükmünde “*Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı*” denilerek her ne kadar alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin niteliği, alt işverenlik ilişkisi kapsamında alınan işle uyumlu ve yeterli olsa da alt işverenin, alt işverenlik ilişkisi kapsamında alınan işin niteliğine uygun ve söz konusu işi yapabilecek derecede gerekli ve yeterli oranda ekipmanı bünyesinde bulundurması gerekmektedir.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinde kelime olarak harici kullanılabilecek isimler yerine özellikle “ekipman” kelimesinin kullanılmasının temel sebebi alt işverenin, alt işverenlik

³⁶⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2008/8597, K. 2008/4590, T. 11.03.2008, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.08.2022.

ilişkisi kapsamında almış olduğu işi tamamlayacak ölçüde fonksiyonel olarak birbirini tamamlayan gereçlerin tümünü bulundurması gerektiğinden dolayıdır.³⁶¹

Bu durumda her ne kadar alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin şahsi niteliklerinin işe uygun olduğu söylenebilse de ekipmanlarının bulunmaması veyahut bulunsa dahi bunların asıl işveren tarafından temin edilmesi durumunda asıl işverenin aslında alt işverenlik ilişkisine ihtiyaç duymadığından ve yalnızca ucuz işçi temini için muvazaalı alt işverenlik ilişkisi kurduğundan söz edilebilecektir. Yargıtay da vermiş olduğu güncel kararlarında yalnızca işçilerin şahsi niteliklerinin değil ekipmanlarının da bu işe uygun olup olmadığının muvazaa kapsamında irdelenmesi gerektiği görüşündedir.³⁶²Yargıtay yine içtihatında işin yapılması için gerekli olan araçların ihale yapan kurum tarafından sağlanması, taşeron işçileriyle kurumun kendi işçilerinin birlikte çalışması durumunda ihaleye veren ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyeceğini vurgulamaktadır.³⁶³İhale sonucunda verilen işin yapılabilmesi için gerekli olan araç ve gereçlerin bizzat asıl işverenin kendisi tarafından karşılanması durumunda burada alt işverenlik ilişkisinden değil, işçi temini ilişkisinde bahsedilebilecektir.

Diğer taraftan bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna dair ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

4-Doktrinde ve Yargıtay Kararlarında Öngörülen Muvazaa Ölçütleri

Alt işverenlik ilişkilerinde hangi durumda muvazaadan söz edilebileceği İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmiş olsa da muvazaanın bu hallerle sınırlı kalmayacağı açıktır. Bu sebeple doktrinde bu adi yasal karinelerin dışında başkaca muvazaa halleri de ön görülmüştür.³⁶⁴ Buradaki temel dayanak ise yine İş Kanunu'nun madde 2 fıkra 7 hükmünden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; kanun maddesinde kısıtlamalar sayıldıktan sonra

³⁶¹AYDINLI, s.310.

³⁶²Yargıtay HGK, E. 2015/22-3294, K. 2019/400, T. 04.04.2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.08.2022.

³⁶³ Yargıtay 7. HD, E. 2016/37207, K. 2016/21708, T. 20.12.2016, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.08.2022.

³⁶⁴SÜZEK, s.182 vd.; SÜZEK, Muvazaa, s.941; AYDINLI, s.180-181; ALPAGUT, s.21; UÇUM, s.23; GÜZEL, s.61.

“Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” ifadesine yer vermiştir. Yani görüldüğü üzere kanun açıkça sayılan hususlar dışında muvazaa olduğuna dair şüphe uyandıran durumların da ispat edildikleri taktirde muvazaalı işlem olarak sayılacağını ön görmüştür.³⁶⁵

Burada dikkat edilmesi gereken husus artık yasal bir karineden söz edilemiyor olmasıdır. Bu nedenle yasal bir karinenin söz konusu olmadığı noktada artık Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 190 ve Türk Medeni Kanunu madde 6 gereğince herkes iddia etmekte olduğu olgu ve olayı ispatla mükellef sayıldığından, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğunu iddia eden kişinin bu hususu ispat etmesi gerekecektir.³⁶⁶ Ancak yasal bir karineye dayanıldığı durumlarda, örneğin alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğunu iddia eden işçi, ispatla mükellef değilken, yasal karinenin aksini iddia eden taraf ispatla mükellef olacaktır.

a-İş Alan Alt İşverenin İşçi Çalıştırmadan İş Başka Bir İşverene Vermesi

Burada kastedilen husus; asıl işverenden bir iş, ihale almış olan alt işverenin, söz konusu bu işte henüz herhangi bir işçi çalıştırmamışken, alınan bu işi bir başkasına vermiş olması durumudur.

Bu durumda alt işverenlik ilişkisi kapsamında işi ihale yoluyla almış olan alt işveren, henüz kendi bünyesinde işçi çalıştırmamış olduğundan alt işveren sıfatını kazanamamış bulunmakta ve alt işveren sıfatı kazanılamadığından dolayı işi vermiş olan işveren de asıl işveren sıfatı kazanamamaktadır.

Doktrinde bu durumun “muvazaalı işlem” olarak değerlendirilmesinin sebebi ise henüz ortada ne alt işveren ne de asıl işverenin bulunmamasından kaynaklı olarak işlemin taraflarının, işçiye karşı alt işverenlik ilişkisinden doğan müteselsil sorumluluktan kurtuluyor olmalarıdır.³⁶⁷ Zira taraflar İş Kanunu’nun asıl işverene yüklemiş olduğu müteselsil sorumluluktan kurtulmak için öncelikle görünürdeki muvazaalı işlem olan ilk alt işverenlik ilişkisini düzenlemekte, muvazaalı sözleşmenin arkasında gizlenen işlem ise işi alt işverenlik ilişkisi kapsamında almış olan ikinci alt işveren ile işin sahibi arasındaki ilişki

³⁶⁵SÜZEK, s.182 vd.;SÜZEK, Muvazaa, s.941; AYDINLI, s.180-181; ALPAGUT, s.21; UÇUM, s.23; GÜZEL, s.61.

³⁶⁶AYDINLI, s.181; SÜZEK, s.182 vd.; GÜZEL, s.61.

³⁶⁷AKYİĞİT, Şerh, s.99; AYDINLI, s.314; CANBOLAT, s.30.

oluşturmaktadır. Böyle bir durumun varlığı halinde ise artık muvazaa kurumu göz önüne alınarak ilk alt işverenlik ilişkisinin asıl işvereni olan kişinin, işçilerin haklarından dolayı müteselsilsen sorumlu sayılması gerekmektedir.³⁶⁸

b-Asıl İşverenin İşveren Sıfatının Bulunmaması

Bir alt işverenlik ilişkisinin varlığının söz konusu olabilmesi kendi bünyesinde kendisine ait işçileri aktif olarak çalıştırmakta olan bir asıl işveren ile bu asıl işverenin kendisine İş Kanunu'nda gösterilen sınırlar dahilinde işi ihale ettiği ve aldığı işte işçi çalıştıran alt işverenin varlığı aranmaktadır.

Bazı işletmelerde asıl işverenlerin iş organizasyonunun düzgün yürütülebilmesi, verilen işlerin beklenen kalite ve seviyede olabilmesi için işi alt işverene ihale etmiş olan asıl işverenin bu kontrollerin sağlanabilmesi için birkaç işçisini işyerinde bulundurması ona asıl işverenlik sıfatı kazandırmayacaktır.³⁶⁹

Asıl işverenlik sıfatının bulunmadığı bir yerde kanuna uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından da bahsedilemeyecektir. Bu nedenle asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işveren sıfatının kazanılabilmesi için bu sıfatı taşımak isteyen işverenin kendisine bağlı işçiler çalıştırması, bunlara iş vermesi gerekmektedir. Aksi bir durumda asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsedilemeyecektir.³⁷⁰

Burada akla gelen ilk soru işareti ise asıl işverenin, alt işverene vermiş olduğu asıl işte kendi işçilerini çalıştırmasının muvazaaya karine teşkil ettiği göz önüne alındığında muvazaa karinesi olan bu hususun, asıl işverenin sıfat kazanması için gerekli olan işçi çalışma şartına bir çelişki oluşturup oluşturmadığıdır. Ancak burada muvazaaya karine herhangi bir durum oluşmayacaktır. Zira söz konusu muvazaa karinesinin oluşabilmesi için asıl işverenin alt işverene bölerek verdiği asıl iş üzerinde işçi çalıştırması gerekmektedir.³⁷¹ Ancak alt işverene vermiş olduğu kısım dışındaki asıl işi kapsayan diğer alanlarda işçi çalıştırması

³⁶⁸GÜZEL, Ali, “Alt İşveren Taşeron Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri”, Çimento İşveren Dergisi, C.7, S.5, 1993, s.7; AKYİĞİT, Şerh, s.99; AYDINLI, s.314; CANBOLAT, s.30.

³⁶⁹AYDINLI, s.314.

³⁷⁰SÜZEK, Yeni İş Yasası, s.69; GÜNAY, Cevdet İlhan, “Yargıtay Kararları Açısından Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi”, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İNTES, İnşaat ve Sanayi Yayınları, Ankara, 2004, s.32, Erişim: <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, Erişim Tarihi: 16.08.2022.

³⁷¹SÜZEK, s.181; AYKAÇ, s.407; SÜZEK, Muvazaa, s.940; EKONOMİ, s.34; ŞAHLANAN, s.49; ALPAGUT, s.21; SOYER, s.21; ARICI, s.506; ŞEN, Sendikal Notlar, s.89; ÖZCAN, s.104.

muvaazaaya karine teşkil etmeyecek. Bilakis alt işverenlik ilişkisinin zorunlu unsurunu oluşturacaktır.³⁷²

c-Asıl İşverenin Alt İşveren İşçileri Üzerinde Yönetim Hakkını Doğrudan Kullanması

Muvazaanın söz konusu olmadığı gerçek bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olabilmesi için temel olarak aranan şartlardan bir diğeri de alt işverenin, asıl işverenden kanuni sınırlamalar çerçevesinde almış ve yürütmekte olduğu ekonomik faaliyetteki organizasyonu bağımsız bir biçimde yürütebilmesidir. Aksi bir durumun varlığı halinde ortada gerçek bir alt işverenin varlığı söz konusu olmayacaktır.³⁷³

Alt işverenin, asıl işverenden almış olduğu iş faaliyetini yürütmekte olduğu esnada, kendi iş organizasyonu içerisinde çalışmakta olan işçiler üzerindeki yönetim, emir ve talimat hakkını bizzat kendisinin kullanması gerekmektedir. Aksi bir durumun, yani alt işveren işçilerine ilişkin emir ve talimat yetkisinin asıl işveren tarafından kullanılması, iş organizasyonundan kaynaklı disiplin cezalarının asıl işveren tarafından verilmesi hususu muvaazaaya ilişkin büyük bir belirti olarak karşımıza çıkacaktır.³⁷⁴

Yine bir diğer görüşe göre de alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin yürütmekte olduğu iş organizasyonuna dair yönetim hakkı kesin bir şekilde alt işverende olması gerekmektedir. Alt işverenlik ilişkisi kapsamındaki işçilerin işe alımı, SGK primlerinin ödenmesi, izinlerinin kullandırılması, işin denetiminin yapılması, gerektiği noktada gerekli disiplin cezalarının verilmesi ve hizmet akdinin aynı başlaması gibi sona erdirilmesi kesin olarak alt işverenin kontrol ve yönetiminde olmalıdır. Aksi bir durumun ortaya çıkması halinde söz konusu alt işverenlik ilişkisi muvazaalı olarak kabul edilmelidir.³⁷⁵

Yargıtay güncel kararlarında alt işverenin, asıl işverene ait işyerinde faaliyet yürüttüğü esnada belli bir organizasyona sahip olmasını aynı zamanda uzmanlık ve hukuksal anlamda bir bağımsızlığının da bulunmasını aramış bunlara sahip olmayan alt işverenlik ilişkisinin bağımsız bir yönetim de üstlenemeyeceğini bu sebeple burada alt işverenlik ilişkisinin değil işçi temininin söz konusu olacağını ve bu durumun da muvazaa teşkil

³⁷²AYDINLI, s.315.

³⁷³GÜZEL, s.40; SOYER, s.17;

³⁷⁴GÜZEL, s.40; SOYER, s.17; ÇANKAYA, Osman Güven, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.6, S.4, 2002, s.28; SÜZEK, Yeni İş Yasası, s.78; AKYİĞİT, Şerh, s.110

³⁷⁵ÇANKAYA, Sorunlar, s.29; AYKAÇ, s.414; EKMEKÇİ, Ömer, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkilerinde İSG Uygulamaları”, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu: Tebliğler ve Tartışmalar, ÇEİS, İzmir 2008, s. 60 vd; SÜZEK, s.182; AYDINLI, s.316 vd.

ettiğine hükmetmektedir.³⁷⁶Yargıtay yine içtihatında alt işverenin, asıl işverenden ayrı ve bağımsız bir organizasyonu bizzat kendisinin yönetmesi gerektiğini, bu yönetimin ekonomik ve hukuksal açıdan asıl işverenden ayrı olması gerektiğini vurgulamıştır.³⁷⁷

Ancak tüm bu hususları değerlendirirken unutulmaması gereken bir diğer konu ise asıl işverenin, alt işverenlik ilişkisinden kaynaklı müteselsil sorumluluğudur. Zira alt işverenlik ilişkisi bakımından müteselsil sorumluluğu bulunan asıl işverenin hiçbir surette denetim yetkisinin bulunmadığı hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bu nedenle örneğin asıl işverenin, alt işveren işçilerinin belli bir konuda eğitime tabi tutulmalarını talep etmesi, bu ilişkinin muvazaalı olduğunu göstermeyecektir.³⁷⁸ Alt işveren işçilerinin çalışmaları esnasında uğrayabilecekleri iş kazası ve meslek hastalıkları gibi durumlarda asıl işverenin de alt işverenle birlikte müteselsil sorumlu olduğu göz önüne alındığında asıl işverenin, alt işveren işçilerine yönelik olarak iş sağlığı ve güvenliği, işyeri denetimi ve diğer genel nitelikli konularda emir ve talimat vermesinin alt işverenlik ilişkisini muvazaalı hale getirmemesi gerekmektedir.³⁷⁹

Yargıtay da bu hususa değinerek alt işverenin, asıl işverenin emir ve talimatları doğrultusunda değil, alt işverenlik sözleşmesinde belirlenen proje ve şartlara göre işi yürüteceğini; Asıl işverenin alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerden işin ifasını isteme hakkı olamayacağını yalnızca işçi sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak asıl işverenin genel nitelikli talimatlar verebileceğini hüküm altına almıştır.³⁸⁰Yargıtay bu içtihatı ile asıl işverenin, alt işveren işçisinin uğrayabileceği zararlardan doğacak olan müteselsil sorumluluğunu göz önüne alarak asıl işverenin emir ve talimat vermesi hususuna ilişkin daha geniş bir yorumda bulunmuştur.

d-İşçilerin Görünürde Alt İşverenlere Bağlanması

Güncel iş hayatında sıklıkça karşılaşılan durumlardan bir diğeri de aslında işverenin, alt işverenlik kurumundan faydalanmaya yönelik herhangi bir saiki bulunmadığı halde yalnızca İş Kanunu'ndan doğan yükümlülüklerden kaçınabilmek amacıyla görünürde alt işverenlik sözleşmesi yapmasıdır.

³⁷⁶ Yargıtay 21. HD, E. 2018/59, K. 2018/458, T. 23.01.2018, Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 16.08.2022.

³⁷⁷Yargıtay 22. HD, E. 2018/12876, K. 2018/22416T. 17.10.2018; Yargıtay 22. HD, E. 2018/9334, K. 2018/18189, T. 17.10.2018, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 16.08.2022.

³⁷⁸**EKMEKÇİ**, Uygulamalar, s.61;**ALPAGUT**, Gülsevil, “Alt İşveren Yönetmeliğinin Hukuka Aykırılığı Üzerine”, İşveren Dergisi, C.47, S.2, 2008, s.61; **AYDINLI**, s.317.

³⁷⁹**EKMEKÇİ**, Uygulamalar, s.61; **AYDINLI**, s.317.;**SOYER**, s.17.

³⁸⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2015/36390, K. 2016/19706, T. 14.11.2016, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 16.08.2022.

Bilindiği üzere İş Kanunu'nda doğrudan işçi sayısına bağlanmış olan ve yeterli işçi sayısının sağlanması durumunda işverene belli yükümlülükler yükleyen iş güvencesi(İş Kanunu madde 18, otuz işçi), özürlü çalıştırma zorunluluğu(İş Kanunu madde 30, elli veya daha fazla işçi), toplu işten çıkarma gibi işverenlere yüklenmiş olan yükümlülüklerden kurtulabilmek amacıyla kendisine bağlı olarak çalışmakta olan işçilerin sayısına düşürebilmek için görünürde alt işverenlik sözleşmeleri kurarak kendisine bağlı olan işyeri bölümlerini ve işçi sayılarını azaltmakta, böylece kendisine yüklenen mesuliyetlerden kaçınmaya çalışmaktadır.³⁸¹

Bir diğer görüşe göre ise her ne kadar İş Kanunu'nda işveren açısından işçi sayısına bağlı olarak düzenlenmiş olan yükümlülükler bulunsun da işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından işçilerin hayat hakkı da göz önüne alınarak bu yükümlülüklerde işçilerin hangi işverenin işçisi olduğu hususu göz önüne alınmaksızın hareket edilmesi gerekmektedir. Kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisi muvazaalı olsun yahut olmasın, işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin yükümlülüklerde fiilen çalışmakta olan alt işveren ve asıl işveren işçi sayısı bütün olarak dahil edilmelidir.³⁸²

Uygulamada işverenlerin görünürde alt işverenlik sözleşmeleri yaparak işçi sayısını düşürmek istemelerinin bir diğer sebebi ise toplu iş sözleşmelerinden kaçınabilmektir.³⁸³ Zira işyerinde birden çok işverenin varlığı halinde işçilerin de sayı olarak bölünmesi söz konusu olacağından dolayı, işyerinde işçilerin sayı olarak birleşerek örgütlenmeleri veya bu işçilerle toplu iş sözleşmeleri yapılması imkânsız bir duruma gelmektedir.

Yargıtay da yine işverenin toplu iş sözleşmesinden kaçınabilmek için kurulmuş olan bir alt işverenlik ilişkisini tespit ettiği bir içtihadında söz konusu alt işverenlik ilişkisini işçi temini olarak değerlendirmiş ve işçilerin toplu iş sözleşmesi hükümlerinden faydalanmaları gerektiğine karar kılmıştır.³⁸⁴

e-Değişen Alt İşverenlere Rağmen Aynı İşçilerin Çalışmayı Sürdürmeleri

Güncel iş hayatında sıkça karşılaşılan durumlardan bir diğeri ise işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçileri sabit olarak kalmakta ve aynı işi yapmaya devam etmelerine rağmen alt işverenlerin sürekli olarak yeni ihaleler ile değişmesi durumudur. Ancak alt işverenler

³⁸¹AYDINLI, s.319.

³⁸²AYDINLI, s.319, ÖZCAN, s.100 vd.

³⁸³AYDINLI, s.320.

³⁸⁴Yargıtay 9. HD, E. 2017/20559, K. 2017/8871, T. 25.05.2017, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 16.08.2022.

sürekli olarak değişmelerine rağmen çalışmakta olan alt işveren işçilerinin sözleşmeleri feshedilmemekte ve çalışmaya devam etmektedirler. Muvazaalı bir şekilde sürekli yeni ihaleler yoluyla alt işverenleri değişmesine rağmen işçilerin sabit bir şekilde çalışmaları durumunda söz konusu alt işveren değişiklikleri gerçek bir işveren değişikliği sayılmayacak ve işçiler ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisi olarak muamele göreceklidir.³⁸⁵

Ancak alt işverenlik kapsamında çalışmakta olan işçinin farklı alt işverenler altında devamlı olarak aynı işyerinde çalışmasının muvazaa oluşturmadığı durumlarda uygulamada söz konusudur. Şöyle ki; her ne kadar usulüne uygun olarak yapılan ihaleleri farklı alt işverenler kazanmış olsalar da işçilerin ihaleyi kaybeden alt işverenle beraber ayrılmak yerine yeni alt işveren bünyesinde çalışmasını sürmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumda Yargıtay kararlarına göre muvazaa oluşmamakta ve işçi açısından işyeri devri hükümleri uygulanmaktadır.³⁸⁶

Somut durumdan anlaşıldığı üzere alt işverenlerin sürekli yapılan ihalelerle değişmesine rağmen alt işveren işçilerinin aynı işyerinde ve aynı iş tanımıyla sabit bir şekilde çalışmaya devam etmeleri hususu bazı durumlarda muvazaanın irdelenmesini gerektiren bir durum ortaya çıkartırken bazı durumlardaysa her yeni ihaleyle işyerinin alt işverenliğini almış bulunan alt işveren firmanın o söz konusu işyeri için yeni işçi istihdamı sağlamak yerine doğrudan söz konusu işyerini bilen, tanıyan, belli bir süredir orada tecrübe kazanmış olan alt işveren işçisini kendi bünyesinde istihdam etmiş olabilecektir.³⁸⁷

Buradaki bir diğer görüşe göre alt işverenin değişmesine rağmen alt işveren işçilerinin sabit bir şekilde çalışması durumunda muvazaaya ilişkin ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Eski alt işveren, kendi işçilerinin iş sözleşmelerini feshettikten sonra alacaklarını da tasfiye edip işyeriyle olan ilişkisini kestikten sonra ihaleyi yeni alan alt işverenin, işyerini işçisiz olarak alıp eski alt işverenin söz konusu işyerinde çalışan işçileriyle yeni bir iş sözleşmesi yaparsa artık burada muvazaadan söz edilemeyecektir. Ancak eski alt işverenin, işçileriyle iş sözleşmesinin devam etmesine rağmen işçilerini yanında götürmemiş olması, ihaleyi alan yeni alt işvereninse söz konusu halihazırda çalışmakta olan alt işveren işçileriyle çalışmasını sürdürmesi durumunda muvazaa hususu gündeme gelebilecektir.³⁸⁸ Aynı zamanda eski alt işverenin, işçilerin iş sözleşmesini

³⁸⁵ SÜZEK, s.183; SÜZEK, Muvazaa, s.942; AYAN, s. 526; AYKAÇ, s.409.

³⁸⁶ Yargıtay 9. HD,E. 2012/1536, K. 2014/469,T. 20.01.2014, Erişim: <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=216&t=164217>, Erişim Tarihi: 16.08.2022.

³⁸⁷ AYKAÇ, s.409; ÇANKAYA, Sorunlar, s.26.

³⁸⁸ ÇANKAYA, Sorunlar, s.26.

feshetmemiş ve işçilerin aynı işyerinde çalışmaya devam ediyorken yeni alt işverenin gelmesi durumunda burada işyeri devri hükümleri söz konusu olacaktır.³⁸⁹

Alt işverenlerin sürekli olarak değişmesine rağmen alt işveren işçilerinin sabit olarak çalışmaya devam ediyor oluşunun tek başına alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu kanıtlayamayacağı açıktır. Yargıtay da içtihadında bu hususa değinmiş ve alt işverenlerin değişmesine rağmen alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçinin asıl işverene ait işyerindeki çalışmasını sürdürmesi durumunun tek başına alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu göstermeyeceğine karar vermiştir.³⁹⁰ Görüldüğü üzere alt işverenlerin değişmesine rağmen alt işveren işçilerinin sabit bir şekilde çalışmaya devam etmesi durumu her ne kadar muvazaa iddialarını gündeme getirecek olsa da muvazaanın ispatı için tek başına yeterli olmayacaktır.

Alt işverenlik sözleşmesi sona ermesine rağmen alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmesi sona erdirilmez ve çalışmaya devam ederlerse yeni gelen alt işverenle kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisinin muvazaa içermemesi durumunda doktrindeki baskın görüşe göre burada artık iş sözleşmesinin devam etmesi sebebiyle işyeri devri söz konusu olacaktır.³⁹¹

Bir başka görüşe göre ise alt işverenin değişmesine rağmen alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin çalışmalarını sürdürmesi durumunda eski ve yeni alt işverenler arasında hukuki bir işleme dayalı surette işyeri devri yapılmaması halinde burada artık işyeri devrinden bahsedilemeyeceği, iş sözleşmesinin önceki alt işverence sona erdirildiğinin ve yeni alt işverenle yeni bir iş sözleşmesi kurulduğunu savunmaktadır.³⁹²

Yargıtay kararları ise doktrindeki baskın görüş ile aynı doğrultuda olup alt işverenlerin değişmesi durumunda eski alt işverenin, işçilerin iş sözleşmesini feshetmemiş olması ve işçilerin aralıksız yahut makul görülebilecek bir süre aralığı ile çalışmaya devam etmeleri durumunda yeni alt işverenle işçiler arasında işyeri devri hükümlerinin uygulanması gerektiğini hükme bağlamıştır.³⁹³ Görüldüğü üzere işçilerin aralıksız yahut makul bir süre

³⁸⁹MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.230;Yargıtay 9. HD, E. 2021/5506, K. 2021/9779, T. 01.06.2021, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu Erişim Tarihi: 16.08.2022.

³⁹⁰Yargıtay 9. HD, E. 2021/1687, K. 2021/5418,T. 03.03.2021, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu Erişim Tarihi: 16.08.2022.

³⁹¹MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.230; ÇANKAYA, ÇİL, s.79; ŞAHLANAN, Karar İncelemesi, s.4; GÖKTAŞ, Sorunlar, s.104;AYKAÇ, s.356 vd.

³⁹²SÜMER, Haluk Hadi, “Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İş Yerinde Bir Başka Alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.15, 2009, s.110.

³⁹³“Değişen alt işverenler arasında işyeri devrinden söz edebilmek için, devir tarihi itibarıyla işçi veya devreden işveren tarafından fesih bildiriminde bulunulmamış olması, kısaca devir tarihi itibarıyla iş

aralıkla çalışmaya devam etmeleri durumunda işyerinin devri hükümleri söz konusu olacakken makul süreyi aşan bir durumun ortaya çıkması halinde ise artık yeni bir iş sözleşmesinin varlığı söz konusu olacaktır.³⁹⁴

Burada akla gelen bir diğer husus ise alt işverenlerin birçok kez değişmesi fakat alt işveren işçilerinin sabit kalması durumunda değişen alt işverenlerden birinin ilişkisinin muvazaalı ancak ondan daha sonra kurulan alt işveren ilişkisinin gerçek ve samimi olması durumunda gerçek olarak kurulan ilişkinin hukuki durumudur. Doktrindeki görüşlere göre her alt işveren ilişkisinin kendi içerisinde ayrı ayrı değerlendirilmesinin daha uygun olacaktır.³⁹⁵ Zira aksi bir durum Yargıtay kararlarıyla daha önceden belirlenen ölçütlerin, somut durumda her alt işveren için uygulanmasını olanaksız kılacaktır.

f-Asıl İşverenin Alt İşveren İşçisini İşe Alma, İşten Çıkarmada Yetkili Olması Ve Çalışma Şartlarını Belirlemesi

Alt işverenlik ilişkisinin niteliği gereği alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışma olan işçilerin işe alımı, işten çıkartılması ve bu işçilerin her türlü çalışma şartının bizzat alt işveren tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olabileceğine ilişkin ortaya çıkan bir diğer etmen ise asıl işverenin, alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçileri bizzat kendisinin işe alması, işten çıkarması ve işçilerin çalışma şartlarını kendisinin belirlemesi hususudur. Böyle bir hususun varlığı, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğu iddiasını gündeme getirecektir.³⁹⁶

Yargıtay da bu hususta kurmuş olduğu içtihatında asıl işverenin; alt işveren işçilerinin işe alınması ve işten çıkartılması, çalışma koşullarının belirlenmesi, işçilerin

sözleşmesinin devam ediyor olması gerekir. Açık bir fesih bildirimini müteakip işçinin ara vermeden yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmesi yeni bir iş sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Bir fesih bildirimini söz konusu değilse ve işçi kesintisiz veya makul sayılabilecek bir süre sonra aynı işyerinde çalışmaya devam etmekte ise, işyeri devri kurallarına göre hareket etmek gerekir. O halde alt işverenler arasında işyeri devri bulunduğu kabulü için, işçinin ihale süresi sona eren alt işverenden ayrıldığı tarih ile bir sonraki alt işveren bünyesinde işe başladığı tarih arasındaki süre makul bir süreyi aşmaması gerekir. Değişen alt işverenler nezdindeki çalışma süresinde makul süreyi aşan çalışma aralıklarının varlığı halinde artık işyeri devrinden söz edilemeyeceği kabul edilmelidir. İşçinin bu süreyi aşan kesintiden sonra başlayan çalışması, yeni bir iş sözleşmesine dayalıdır. Böyle bir durumda işçinin kesintisiz kaç dönem halinde çalıştığı belirlenmeli ve belirlenen çalışma dönemlerinin her biri için, o döneme ilişkin çalışma süresi ve dönemin son bulunduğu tarihteki ücret seviyesine göre değerlendirme yapılmalıdır.”, Yargıtay 9. HD, E. 2021/5506, K. 2021/9779, T. 01.06.2021, Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 17.08.2022.

³⁹⁴ ÇİL, s.165.

³⁹⁵ CENTEL, Tankut, “Taşeron İşçinin Muvazaa İddiası (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren Dergisi, S.296, 2004, s.34-36; AYKAÇ, s. 411.

³⁹⁶ AYKAÇ, s.412; AYDINLI, s.316 vd.

yönetimi konusunda yetkili kılınması durumunda söz konusu alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın gündeme geleceği hususunda hüküm kurmuştur.³⁹⁷

Burada asıl işverene bilgi verilmesi zorunluluğu ile doğrudan asıl işverenin yetkili kılınması hususlarının karıştırılmaması gerekmektedir. Zira her ne kadar alt işveren işçilerinin işe alımında ve işten çıkartılmasında tek yetkili alt işveren olsa da işin, asıl işverene ait işletmede yürütüldüğü ve iş sürecinin aksama olasılıkları göz önüne alındığında bu tür işlemlerin öncesinde asıl işverene bilgi verilmesi zorunluluğu muvazaaya sebebiyet vermemelidir. Yargıtay da bu hususta vermiş olduğu içtihatında asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan sözleşmede hastane komisyonunun uygun göreceği kişiler çalıştırılacak, hastane komisyonunun uygun görüşü olmayan hiçbir personel çalıştırılmayacak, hastane idaresinin haberi olmadan hiçbir personelin işine son verilmeyecektir şeklindeki ifadelerin yalnızca hizmetlerin aksamaya mahal vermeksizin yürütülebilmesi için bilgi amaçlı düzenlenmiş olduğuna bu nedenle taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.³⁹⁸

g-Alt İşveren İşçilerinin, Alt İşverenlik Sözleşmesi Kapsamı Dışındaki İşlerde Çalıştırılması

Alt işverenlik ilişkisinin kurulma aşamasında alt işverenlik sözleşmesinde alt işveren işçilerinin hangi iş kolunda ve hangi amaçla çalışacağı yer almaktadır. Ancak uygulamada bazı durumlarda alt işveren işçilerinin, alt işverenlik ilişkisinin kurulma amacıyla ilgisiz farklı alanlarda çalıştırıldıkları görülebilmektedir.

İşverenlerin, uygulamada işçilere yönelik mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerden kurtulabilmek, işçilerin sendikal haklarını engelleyebilmek ve diğer çalışmamızda saymış olduğumuz sebeplerle alt işverenlik ilişkisi kapsamında belirli bir iş alanı için alınan alt işveren işçilerini alt işveren ilişkisiyle ilgisiz farklı alanlarda çalıştırdığı bilinen bir gerçektir. Yargıtay kararlarındaysa bu tür durumlar bir muvazaa kıstası olarak kullanılmakta ve asıl işverenin doğrudan sorumluluğuna hükmedilebilmektedir.³⁹⁹

Akla gelen bir diğer soru işareti ise alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin yalnızca çok küçük bir kısmının alt işverenliğin konusunu oluşturan iş dışında harici bir işte asıl işveren tarafından sürekli çalıştırılması durumunda ne olacağına yöneliktir.

³⁹⁷ Yargıtay 7. HD, E. 2015/1113, K. 2015/12733, T. 22.06.2015, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 16.08.2022.

³⁹⁸ Yargıtay 7. HD, E. 2015/6330, K. 2016/7565, T. 30.03.2016, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 16.08.2022.

³⁹⁹ Yargıtay 9. HD, E. 2008/8597, K. 2008/4590, T. 11.03.2008, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.08.2022.

Doktrinadaki bir görüşe göre böyle bir durumun ortaya çıkması halinde eğer bu durum çok az sayıdaki işçi için söz konusu oluyorsa burada yalnızca o işçi veya işçiler açısından muvazaanın söz konusu olması gerekecektir.⁴⁰⁰ Yine aynı görüşe göre bu sorun yalnızca asıl iş kapsamındaki işlerde söz konusu olacak olup yardımcı işlere ilişkin konularda böyle bir değişiklik taraflar arasındaki alt işverenlik ilişkisini zedelemeyecek ve taraflar arasındaki alt işverenlik ilişkisinin o yardımcı işi de kapsadığı kabul edilecektir.⁴⁰¹ Yine aynı görüşe göre, alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin, alt işverenlik sözleşmesinde belirtilen iş tanımının dışında ancak bu sefer alt işveren işçilerinin asıl iş kapsamındaki bir işte çalışmaları durumunda somut durumun kanunda yer alan “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun varlığının aranması gerekecek ve taşımaması durumunda söz konusu işçi veya işçiler için alt işverenlik ilişkisinin kurulmamış olduğu varsayılarak asıl işverenin işçisi sayılacaklardır. Ancak bu şartın sağlanması durumunda ise bu kez alt işverenlik sözleşmesinin bu işi de kapsadığı varsayılacaktır.⁴⁰²

Bir diğer görüşe göre de alt işveren işçilerinin, alt işverenlik sözleşmesi kapsamı dışındaki işlerde çalıştırılmaları durumunda her işçi yönünden fiilen yaptığı işe göre ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁴⁰³ Yine aynı görüşe göre somut durumda bir geçici iş ilişkisinin varlığı da söz konusu olabilecektir. Alt işveren işçilerinden bir veya birkaçını asıl işverene geçici iş ilişkisi kapsamında verebilecektir. Altı ayı geçmemekle en fazla iki defa yenilenmek üzere İş Kanunu madde 7 hükmüne uygun olarak asıl işveren- alt işveren- alt işveren işçisi arasında geçici iş ilişkisi kurulacaktır.⁴⁰⁴

h-Kullanılacak Olan Ekipmanların Asıl İşveren Tarafından Sağlanıyor Olması Ve Alt İşverenin Sermaye Düşüklüğü

Alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işveren işçilerinin çalışmaları esnasında kullanacakları ekipmanların bizzat alt işverenin kendisince temin edilmesi gerekmektedir. Alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işverenin üstlenmiş olduğu işte kullandığı ekipmanların asıl işveren tarafından sağlanması yahut asıl işverenin sermayesinin düşük olması gibi hususlar Yargıtay tarafından muvazaa kriterleri olan öngörülmektedir. Yargıtay, bir içtihatında alt işveren şirketin ticaret siciline yer alan kaydının incelenerek kuruluş tarihinin, faaliyet alanının, alt işverenlik ilişkisi öncesinde asıl işveren ile bir bağlantısının bulunup bulunmadığının, sermayesinin ne kadar olduğunun araştırılarak muvazaa

⁴⁰⁰GÖKTAŞ, Sorunlar, s.101.

⁴⁰¹GÖKTAŞ, Sorunlar, s.101.

⁴⁰²AYKAÇ, s.417; GÖKTAŞ, Sorunlar, s.101.

⁴⁰³AYKAÇ, s.418.

⁴⁰⁴AYKAÇ, s.418.

hususundaki kararın buna göre verilmesine karar vermiş ve alt işverenin sermayesinin, alt işverenlik ilişkisi açısından önemine ve muvazaa kriterleri arasında bulunduğuna vurgu yapmıştır.⁴⁰⁵Burada dikkat edilmesi gereken husus, alt işverenin sermayesinin düşüklüğü yahut ekipmanların asıl işveren tarafından sağlanıyor olması tek başına muvazaa hususunu ispat etmemektedir. Zira Yargıtay vermiş olduğu kararlarında da bu hususların muvazaa için değerlendirilen kriterler olduğu ancak tek başlarına muvazaayı ispatlayamayacakları vurgulanmıştır.⁴⁰⁶

Görüldüğü üzere firmanın sermayesinin az olması, bir kısım ekipmanların asıl işveren tarafından sağlanıyor olması, yemek ve servis giderlerinin asıl işverence karşılanıyor olması hususlarını muvazaanın ispatı için yeterli görülmemektedir. Tüm bu yükümlülüklerin asıl işverene yüklenmiş olmasının doğrudan muvazaayı ispatlayamayacağı hususu genel olarak kabul görmüş durumdadır.⁴⁰⁷

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise işin görülmesi için gerekli olan ekipmanların sağlanmasının muvazaaya yönelik etkisi değerlendirilirken ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir.⁴⁰⁸ Alt işverenlik ilişkisinin asıl işin bir bölümüne ilişkin olması durumunda uzmanlık şartı arandığından dolayı, uzmanı olduğu alanda bir kişinin nasıl gerekli ekipmanlara sahip olamayacağı büyük bir soru işaretine sebebiyet vereceğinden dolayı burada alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olacağı kuvvetli bir ihtimal olacaktır. Ancak alt işverenlik ilişkisinin yardımcı işlere ilişkin olması halinde ise herhangi bir uzmanlık şartı bulunmadığından buradaki ekipmanın, örneğin yemek işinin verildiği bir alt işverenlikte sandalye, ocak gibi donanımların asıl işverence karşılanıyor olması muvazaa oluşturmayacaktır.⁴⁰⁹

i-Asıl İş – Yardımcı İş Ayrımına İlişkin Yargıtay Görüşü

4857 sayılı İş Kanunu öncesinde alt işverenlik ilişkisinin kurulmasında asıl iş – yardımcı iş ayrımına gidilmeksizin alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi söz konusuydu. Ancak uygulamada neden olduğu sorunlar nedeniyle sıkça eleştiri altında kalan söz konusu düzenleme⁴¹⁰yeni kanunla birlikte düzeltilmiştir.

⁴⁰⁵Yargıtay 9. HD, E. 1997/16673, K. 1997/19164, T. 18.11.1997, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 17.08.2022.

⁴⁰⁶Yargıtay 9. HD, E. 2004/6280, K. 2004/9180, T. 22.04.2004, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 17.08.2022.

⁴⁰⁷ÇANKAYA, Sorunlar, s.27 vd.; AKYİĞİT, Şerh, s.120; AYAN, s.526; AYKAÇ, s.419-420.

⁴⁰⁸AKYİĞİT, Şerh, s.120.

⁴⁰⁹AKYİĞİT, Şerh, s.120.

⁴¹⁰ÇANKAYA, Sorunlar, s.26.

Yargıtay, alt işverenlik ilişkisinde muvazaaya ilişkin yapmış olduğu incelemelerinde asıl işveren – alt işveren ayrımı üzerinde özellikle durmakta ve her somut olayı bu kavramlar üzerinden değerlendirmektedir. Bu hususa ilişkin örnek vermek gerekirse bankaların nakit taşıma ve güvenlik işlerini değerlendiren Yargıtay, nakit taşıma işinin, bir bankanın niteliği gereği asıl iş olduğunu ancak nakdin taşınması esnasında doğması muhtemel birtakım aksaklıkların önüne geçilebilmesi için güvelik yönünün ağır bastığı, güvenlik işininse asıl iş olan bankacılığın dışında ayrı ve uzmanlık gerektiren bir iş olduğu, bu nedenle nakit taşıma işinin yardımcı iş olduğuna karar vermiştir.⁴¹¹

Yargıtay vermiş olduğu ve oldukça eleştiri alan bu kararından yalnızca bir yıl sonra görüş değişikliğine giderek nakit taşıma işinin asıl iş, bankadaki kurye ve kargo işlerininse yardımcı iş olduğuna karar vermiştir.⁴¹²

Yargıtay yine bir kararında şirketlerin merkez ve şubeleri arasındaki evrak dağıtım işini ele almıştır. Yargıtay, şirketlerin merkezleri ile şubeleri arasında evrak dağıtım ve toplama işlemlerinin yardımcı iş niteliğinde olduğuna ve bu niteliği gereği alt işverenlik ilişkisi kurulabileceğine, kurulan alt işverenlik ilişkisinden muvazaadan bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir.⁴¹³

Yargıtay PTT ile ilgili bir kararında ise alanında tekel olan ve asıl işi posta dağıtımını olan PTT'nin tek görevinin kendisine gönderilmesi için verilen mektup, posta, havale gibi belgeleri kabul ederek onları gidecekleri adreslere nakletmek değil aynı zamanda bunları söz konusu gideceği yerdeki ilgili şubeye de zamanında ulaştırmak olduğu vurgulanmış ve bu nedenle dağıtım işinin yardımcı iş olamayacağı asıl iş sayılacağına, asıl işin bölünüp alt işverenlik kapsamında yürütülebilmesi için aranan teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren şartını dağıtım işinin taşımadığı, bu nedenle işçinin ilişkinin başından itibaren asıl işveren olan PTT Genel Müdürlüğü'nün işçisi olduğuna hükmetmiştir.⁴¹⁴

⁴¹¹Yargıtay 9. HD, E. 2005/36991, K. 2006/486, T. 22.04.2004, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 17.08.2022.

⁴¹²AYKAÇ, Hande Bahar, “Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş Yardımcı İş Ayrımı”, Çalışma ve Toplum Dergisi S.46, 2015, s.110,Erişim: <https://www.calismatoplum.org/makale/altisvereniliskisinde-asilis-yardimciisayrimi#:~:text=Yarg%C4%B1tay%20ayn%C4%B1%20y%C4%B1%20verdi%C4%9Fi%20di%C4%9Fer,oldu%C4%9Fu%20a%C3%A7%C4%B1kt%C4%B1r%E2%80%9D%20de%C4%9Ferlendirmesinde%20bulunmu%C5%9Ftur&83>, Erişim Tarihi: 17.08.2022.

⁴¹³ Yargıtay 9. HD, E. 2005/39106, K. 2006/9332,T. 23.01.2006, Kararın tam metni için bkz: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.10, 2006, s.678.

⁴¹⁴Yargıtay 9. HD, E. 2007/3132, K. 2007/14914, T. 14.05.2007,Kararın tam metni için bkz: Çalışma ve Toplum Dergisi, S.15, 2007, s.240-243.

5-Kamu Kurum ve Kuruluşları Lehine Düzenlenen Alt İşverenlik Hükümleri

a-İş Kanununda Öngörülen Düzenlemeler

İş Kanunu 2. maddesine 01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı yasa ile 8 ve 9. fıkra hükümleri eklenerek kamu kurumları açısından özel düzenlemelere yer verilmiştir. Fıkra 8 hükmü ile *“Kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak; (1)a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya, b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya ,hak kazanamazlar.”* Fıkra 9 hükmü ile *Sekizinci fıkra belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkra belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması, b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı işyerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması, yönünde hükümler konulamaz.”* ifadeleri eklenmiştir.

Görüldüğü üzere yapılan eklemeler ile İş Kanunu madde 2 fıkra 8 ve 9 hükümlerine göre kanuna yahut Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ne dayanılarak kurulan kamu kurum veya kuruluşları ile bunların en az yüzde ellisine sahip ortaklıklar İş Kanunu’nda alt işverenliğe ilişkin madde 2 fıkra 6 ve 7 hükümlerinde öngörülen koşullara tabi tutulmaksızın alt işverenlik ilişkisine girerek, alt işverenlere iş verebileceklerdir.

Görüldüğü üzere alt işverenlik ilişkisi kapsamında bu şekilde kamu kurumunda çalışmakta olan alt işveren işçileri, kendileri gibi kamu kurumlarında çalışmakta olan ancak alt işverenlik kapsamında olmayan işçilerin iş mevzuatı ve toplu iş sözleşmesinden kaynaklı olarak yararlanmakta oldukları haklardan yararlanamazlar ve yararlandırılmalarına yönelik bir talepte bulunamazlar.⁴¹⁵

Ancak burada kanunda yapılan düzenlemelerle ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Her ne kadar İş Kanunu madde 2 fıkra 6 ve 7 hükümleri ile alt işverenlik ilişkisi kanun koyucu tarafından alt işveren işçilerinin zarar görmeyeceği ve işverenlerin yalnızca samimi ve gerçek ihtiyaçları doğrultusunda alt işverenlik ilişkisi kurabilmelerini sağlayacak bir perspektif çizmiş ise de kanun maddesine eklenen ek iki fıkra ile tüm bu sınırlamalar özel sektör işverenleri için geçerli olacakken kamu işverenleri, tüm bu çizilen sınırların dışında alt işverenlik ilişkisi kurabilecektir. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında kamu işvereni ve özel sektör işvereni arasındaki bu ayrımcılığın Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen madde 10 hükmüne aykırılık teşkil etmesi sebebiyle iptal edilme niteliği taşımaktadır.⁴¹⁶

Her ne kadar söz konusu maddeler henüz iptal edilmemiş olsa da Yargıtay kamu işverenlerine tanınan bu ayrımcılığın korunamayacağını ileri sürerek özel işverenler ile kamu işverenleri arasında alt işverenlik ilişkisindeki muvazaa hükümleri bakımından farklı bir uygulamanın savunulamayacağını hükme bağlamıştır.⁴¹⁷Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin benzer konulardaki yerleşik hale gelmiş olan kararında görüldüğü üzere her ne kadar İş Kanunu madde 2 fıkra 8 ve 9 hükümleri ile alt işverenlik ilişkisinin kurulmasında kamu işverenlerinin lehine oldukça geniş ayrımcılıklar tanınmış ise de İş Kanunu madde 2 hükmünde alt işverenliğe ilişkin hükümler değişmeksizin yalnızca kamu işverenleri adına yapılan tek taraflı düzenlemeler korunmayacaklardır.

b-Kamu İhale Kanununda Öngörülen Düzenlemeler

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun madde 62 fıkra 1 bent e hükmünde 10.09.2014 tarihinde 6552 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerle kamu kurumlarının, yapacakları

⁴¹⁵**SÜZEK**, s.184; **EKMEKÇİ**,Ömer, “Kamu İşvereni'nin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali” Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.12, 2006, s.1173 vd.;**ÇANKAYA**, Osman Güven, **ÇİL**, Şahin, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, 2006, s.69, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6345_6VMB1UCXMP3.pdf, Erişim Tarihi:17.08.2022.

⁴¹⁶**DOĞAN YENİSEY**,Uygulama, s.28; **SUBAŞI**, s.179; **EKMEKÇİ**, Kamu, s.1173 vd.

⁴¹⁷Yargıtay 9. HD, E. 2020/8823, K. 2021/7161, T. 30.03.2021, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 17.08.2022.

ihalelerde ilgili kanun maddesinde belirtilen esaslara uygun olarak özel istihdam büroları aracılığıyla işçi temini sözleşmesi yapabilmeleri sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak değişiklik amacı her ne kadar bu ilişkilerin birer alt işverenlik ilişkisi oluşturulması olsa da aslında birer geçici iş ilişkisi niteliği taşımaktan öteye gidememektedirler.⁴¹⁸

Kamu İhale Kanunu'ndaki söz konusu değişiklik, bu kapsamda işe alınan işçilerin kamu işverenin işçileriyle işyerinin değişik yerlerinde birlikte çalışabilmeleri, alt işveren sıfatı yüklenmeye çalışılan özel istihdam bürosunun, alt işverenliğin temel unsurlarını taşınamaması (kamu işvereninden bağımsız bir yönetim ve organizasyona sahip olmaması) sebebiyle eleştirilmiş ve muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisi olduğu öne sürülmüştür.⁴¹⁹ Gerçekten de tarafların gerçek iradelerinin işçi temini sözleşmesi olmasına rağmen görünürde bunun alt işverenlik ilişkisi şeklinde yapılmasına bir geçerlilik bağlanamayacağı açıktır. Yargıtay kararlarında da bu görüşü savunmakta ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu kararında kanunda yer alan bu değişikliği benimsemeyerek kamu kurumları açısından da alt işverenlik ilişkisini İş Kanunu hükümlerinde yer alan genel prensipleri doğrultusunda ele almakta ve incelemektedir.⁴²⁰

Görüldüğü üzere kamu kurum ve kuruluşları aslında gerçek iradelerinde işçi temini sözleşmesi yapmak istemekte fakat bunu görünürde muvazaalı olarak alt işverenlik ilişkisi şeklinde gerçekleştirmektedirler. Nihayet İş Kanunu madde 7 hükmünde 6715 sayılı yasa ile 06.05.2016 tarihinde yapılan değişiklikle söz konusu maddenin 4. fıkrasında kamu kurumlarının işçi temini sözleşmesi ile işçi istihdam edemeyeceği kararlaştırılmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendinin 1. alt bendinde 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 20.11.2017 tarihinde değiştirilmesi ile bentte adı geçen kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet alımı yahut niteliği itibarıyla hizmet alımı sonucunu ortaya çıkartacak şekilde işçi alımı yapmaları engellenmiştir. Aynı bendin 2. alt bendinde ise bu yasağın dışında kalan haller sayılmış ve aynı kanunun ek 8. maddesinde 233

⁴¹⁸SÜZEK, s.185.

⁴¹⁹SÜZEK, Sarper, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Gerçekleştirilen Alt İşverenlik ve İşçi Temini Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C.1, 2016, s. 707-716; SOYER, s.17 ;AYKAÇ, Hande Bahar, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İş Hukukunun Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.25, 2010, s.121 vd; GÜZEL, s.40; AKIN, Levent, İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.343 vd; Detaylı bilgi için bkz: AKYİĞİT, Ercan, “Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.23, S.4, 2011, s.1-33, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1347536835.pdf>, Erişim Tarihi:18.08.2022.

⁴²⁰ Yargıtay HGK, E. 2017/7-2134, K. 2018/2001, T. 20.12.2018; Aynı nitelikte: Yargıtay HGK, E. 2015/22-3294, K. 2019/400, T. 04.04.2019, Erişim:Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 18.08.2022.

sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi KİT'ler ile onlara bağı olan ortaklıkların Hazine ve Maliye Bakanlığından uygun görüş almak şartıyla hizmet alımı ihalesi yapabilecekleri belirtilmiştir.

Son olarak, kamu kurum ve kuruluşlarından hizmet alımı yapamayacak olanlarda 24.04.2017 tarihinde çalıştırılmakta olanlardan Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendinin 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "e) (Değişik: 20/11/2017-KHK-696/83 md. Aynen kabul: 1/2/2018-7079/78 md.)57 1) 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatları, il özel idareleri, belediyeler ile bağı kuruluşları ve bunların üyesi olduğı mahalli idare birlikleri, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağı kuruluşlarına ait şirketler; merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü, mahalli idare ve şirket bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, anılan liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliğı itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde alım yapamaz ve buna imkân sağılayan diğer mevzuat hükümleri uygulanmaz. 2) Bu bendin uygulanmasında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı; bu Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiğı, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70'lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğı ve niteliğı gereğı süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet alımlarını ifade eder. Mahalli idare veya şirketlerinin bütçelerinden yapılan, yıl boyunca devam eden, niteliğı gereğı süreklilik arz eden ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı park ve bahçe bakım ve onarımı ile çöp toplama, cadde, sokak, meydan ve benzerlerinin temizlik işlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilir. Hizmet alım sözleşmesi kapsamında niteliğı birbirinden farklı hizmet türlerinin bulunması halinde personel çalıştırılmasına dayalı olup olmama yönünden yapılacak değerlendirme her hizmet türü için ayrı ayrı yapılır. Danışmanlık hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak kabul edilmez. 3) Kurum, hizmet alımının personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı ya da niteliğı itibarıyla bu sonucu doğurup doğurmadığı hususunda (2) numaralı

alt bentte sayılan kriterleri ayrı ayrı ya da birlikte dikkate almak suretiyle usul ve esaslar belirlemeye yetkilidir.” şeklinde değiştirilmesiyle Çalışma Bakanlığının 01.01.2018 tarihli “Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımı Sözleşmeleri Kapsamında Çalıştırılmakta Olan İşçilerin Sürekli İşçi Kadrolarına Veya Mahalli İdare Şirketlerinde İşçi Statüsüne Geçirilmesine İlişkin 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 23 Ve Geçici 24 Üncü Maddelerinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar” isimli tebliğinde yer alan koşulları yerine getiren kamu kurum ve kuruluşları ile, belediyelerin, il özel idarelerinin sürekli işçi kadrolarına geçirilmişlerdir. Bu sayede muvazaalı surette özel istihdam bürosunun çalışanı sayılan işçiler, asıl işverenlerinin kadrolu işçisi olarak çalışmaya başlamışlardır.⁴²¹

II-ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDE MUVAZAANIN DENETİMİ, TESPİTİ VE YAPTIRIMI

1-Muvazaanın İdari Denetim ve Tespiti

a-İdarenin Denetim Ve Tespiti Kavramına Genel Bakış

İş hukukumuzda, çalışma hayatına ilişkin denetim ve teftişler İş Kanunu’nun Çalışma Hayatının Denetim ve Teftişi başlıklı 91 ile 97. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu bu denetim ve teftişler bir ihbar veya şikâyet üzerine gerçekleştirilebileceği gibi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği gereği bakan onayıyla gerçekleştirilen yıllık genel çalışma planı ve söz konusu plan sınırları içerisinde iş teftiş müfettişlerine verilen teftiş görevlendirmeleri kapsamında da gerçekleştirilebilecektir. Söz konusu bu teftiş görevlerini bakan, iş teftiş kurulu başkanı ve iş teftiş kurulu grup başkanı tarafından verilebilecektir.⁴²²

İş Kanunu’nun 91. maddesine göre “Devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder. Bu ödev Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikte teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılır.” şeklinde düzenlenerek bu madde iş müfettişlerinin genel inceleme

⁴²¹SÜZEK, s.186-187; AYDINLI, s.237 vd.

⁴²²ÇALIK, Abdurrahman, “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler”, ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi, C.2, S.1, 2014, s.79 vd., Erişim: <https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, Erişim Tarihi:20.08.2022; KARAKAŞ, s.122.

yetkisini düzenlemektedir. Yetkili makam ve memurlar ise aynı kanunun madde 92 hükmünde “91 inci madde hükmünün uygulanması için iş hayatının izlenmesi, denetlenmesi ve teftişiyle ödevli olan iş müfettişleri, işyerlerini ve eklentilerini, işin yürütülmesi tarzını ve ilgili belgeleri, araç ve gereçleri, cihaz ve makineleri, ham ve işlenmiş maddelerle, iş için gerekli olan malzemeyi 93 üncü maddede yazılı esaslara uyarak gerektiği zamanlarda ve işçilerin yaşamına, sağlığına, güvenliğine, eğitimine, dinlenmesine veya oturup yatmasına ilişkin tesis ve tertipleri her zaman görmek, araştırmak ve incelemek ve bu Kanunla suç sayılan eylemlere rastladığı zaman bu hususta Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte açıklanan şekillerde bu halleri önlemek yetkisine sahiptirler” şeklinde düzenlenmiştir.

Bir diğer inceleme yetkisi ise İş Kanunu madde 3 hükmünde düzenlenmiştir. İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmüne göre kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisinin, aynı kanunun madde 3 fıkra 2 hükmünde yer alan “Bu Kanunun 2’nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür.” ifadesi gereğince alt işverenin, gerekli belgeler ve yazılı şekilde düzenlenen alt işverenlik sözleşmesi ile birlikte işyerini bildirme yükümlülüğü altındadır.

Aynı maddenin devamında ise “Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir” ifadesine yer verilerek bölge müdürlüğü nezdindeki iş müfettişlerine, bildirim yapılmış olan alt işverenlik ilişkisinin denetimi, muvazaalı işlem içerip içermediği ve alt işverenlik ilişkisinin geçerliliği konusunda yetki verilmiş ve gerekli görülmesi halinde bölge müdürlüğünce yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve bu hususla ilgili diğer ilgili evrakların iş müfettişlerine inceleneceği hususu hükme bağlanmıştır.⁴²³

Kanunda, incelenecek olan alt işverenlik sözleşmesinin yazılı olması gerektiği özellikle vurgulanmıştır. Ancak asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurucusu olan sözleşmelerin eser, taşıma, işletme amaçlı kira sözleşmeleri gibi tamamına yakını yazılı şekil şartı içermemektedir. Bu durumda alt işverenlik ilişkisinin tescil edilerek geçerli hale

⁴²³ŞEN, NANEÇİ, s.33 vd.; ÇELİK, Nuri, “Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, 2009, s.89, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6328_KMPHZ8VTBI13.pdf, Erişim Tarihi:20.08.2022; EKONOMİ, Münir, “4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.12, s.11, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6331_XW1BOXYI2P12.pdf, Erişim Tarihi:20.08.2022; SÜZEK, s.187; AYKAÇ, s.431; GÜVEN, AYDIN, s.83.

gelebilmesi için yazılı olarak yapılması zorunludur. Ancak kanımızca katılmamakla birlikte bir görüşe göre buradaki yazılılık, geçerlilik değil ispat şartıdır.⁴²⁴

Aşağıda daha detaylı olarak izah edeceğimiz üzere, alt işverenlik ilişkisinin iş müfettişleri tarafından incelenmesi esnasında göz önüne alınacak olan hususlar Alt İşverenlik Yönetmeliğinde izah edilmiş olup ayrıca İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde yer alan muvazaaya ilişkin karinelerin de göz önüne alınması ve bazı görüşlere göre kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu hukuken gösteren her türlü hal ve olguyu göz önüne alarak buna göre inceleme ve tespit yapması gerekecektir.⁴²⁵

Bir hukuki işleme dair muvazaanın tespiti kural olarak yargının yetkisinde bulunmaktadır. Ancak bununla birlikte hukukun konusu olan ve yargının yetkisinde olan muvazaa tespitinin iş müfettişlerine devredilmiş olması hakimlerin dahi muvazaa hususunu tespit etmekte zorlandıkları ve bilirkişi raporlarına göre hareket ettikleri, bakanlığın ilgili personel kadro sayısının sınırlı olması, ülkemizde iş denetimlerinin dahi amaca uygun gerçekleştirilememesi ve bu yükün üzerine iş müfettişlerine yüzbinlerce alt işverenlik dosya yükünün yüklenmiş olması nedeniyle sıkça eleştiri sebebi olmaktadır.⁴²⁶ Yine bir diğer görüşe göre de hakimlerin dahi böylesine zorlandıkları bir hususta bu yetkinin iş müfettişlerine verilmesi yerinde olmayıp, bütün sakıncalarının yanında iş barışını da zedeleyecek bir takım sakıncalara yol açabilecektir.⁴²⁷

Doktrindeki bir kısım görüşlere göre İş Kanunu kapsamında verilen yetki ile iş müfettişlerinin düzenlemiş oldukları raporların hukuki nitelikleri idari bir işlem olarak kabul edilmelidir.⁴²⁸ İdari işlem niteliği gereği, iş müfettişleri tarafından İş Kanunu hükümleri gereğince hazırlanmış olan raporların gerekçeli olması zaruridir. İdari işlemlerde gerekçe, hukuki olarak sebep ile sonuç arasındaki bir köprüdür. Bu köprü sayesinde muhataplar işlemin neden yapıldığını anlar ve aksi kanaatte iseler yargı haklarını kullanarak işlemin tam

⁴²⁴EKONOMİ, Sayısal, s.11.

⁴²⁵ALPAGUT, Yönetmelik, s.59; AYKAÇ, s.431; ÇALIK, s.80 vd; HEKİMLER, s.7-8.

⁴²⁶EKONOMİ, Sayısal, s.11; Aynı Görüşte bkz: ÇELİK, Koşullar, s.89; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.126; ÇANKAYA, ÇİL, s.39; AKYİĞİT, s.115.

⁴²⁷YILMAZ, Ejder, “Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası”, Çimento İşveren Dergisi, C.23, S.1, 2009, s.8, Erişim: <https://33doxp2ncc21zsc1r9kym919-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/10/2009ocak.pdf>, Erişim Tarihi:20.08.2022; ALPAGUT, Gülsevil, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.20, 2008, s.1353; ÇANKAYA, ÇİL, s.39.

⁴²⁸YILMAZ, s.11; AYKAÇ, s.431.

anlamıyla denetlenebilmesini sağlarlar. Aksi halde ortada sebep yönünden sakat bir idari işlemin varlığı söz konusu olacaktır.⁴²⁹

b-Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespit Süreci

aa-Muvazaa İncelemesinde Müfettişin Göz Önüne Alacağı Hususlar

İş müfettişleri tarafından alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığına ilişkin yapılacak inceleme sırasında özellikle göz önüne alınması gereken hususlar Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 12 hükmünde sayılmıştır. İş müfettişlerince yapılacak olan incelemede yalnızca yönetmelikte özel olarak belirtilen hususlar değil aynı zamanda İş Kanunu kapsamında alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğuna dair karine teşkil eden hususların, işyerine dair her türlü somut durumun, işyeri kayıtlarının incelenmesi ve gerektiği durumda İş Kanunu madde 92/2 *“Teftiş, denetleme ve incelemeler sırasında işverenler, işçiler ve bu işle ilgili görülen başka kişiler izleme, denetleme ve teftişle görevli iş müfettişleri (...) (1) tarafından çağrıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek; iş müfettişlerinin birinci fıkrada yazılı görevlerini yapmaları için kendilerine her çeşit kolaylığı göstermek, bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler.”* gereğince işçiler ve işverenlerle görüşmelerin sonuçları da göz önüne alacaklardır.⁴³⁰

Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 12/2-a hükmüne baktığımızda *“Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı”* ifadesine yer verildiği görülmektedir. Her ne kadar söz konusu madde lafzından ilk başta alt işverenlik ilişkisi kapsamında verilen işin asıl işin yardımcı işi konumunda olması durumunda söz konusu alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olabileceği anlaşılsa da⁴³¹ kanun koyucunun madde hükmündeki amacı bu değildir.

Alt İşverenlik Yönetmeliği ile iş müfettişlerinin muvazaaya ilişkin incelemelerinde göz önüne almaları gereken bir diğer husus ise yönetmeliğin madde 12/2-b hükmünde *“Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı”* şeklinde zikredilmiştir. Söz konusu madde hükmüne baktığımızda iş müfettişine, yalnızca alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığına değil aynı zamanda

⁴²⁹YILMAZ, s.11; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.222-223.

⁴³⁰ÇALIK, s.79 vd.; Yine Alpaut’a göre de muvazaanın tespiti sırasında her türlü olgunun iş müfettişi tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir (ALPAGUT, Hukuka Uygunluk, s.1353).

⁴³¹KIZILOĞLU, Hakkı, *“Alt İşverenlik Mevzuatında Son Durum”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.15, 2009,s.99, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6326_JX95YF15PZ15.pdf, Erişim Tarihi: 20.08.2022; AYKAÇ, s.432.

verilen işin bir uzmanlık alanı gerektirip gerektirmediğine ilişkin de inceleme yetkisi verildiği görülmektedir. İş Kanunu madde 3/2 hükmünden “*Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir.*” anlaşıldığı üzere, İş Kanunu ile iş müfettişine verilen yetki yalnızca muvazaanın tespitine ilişkinken aynı zamanda verilen işin bir uzmanlık alanı gerektirip gerektirmediğine ilişkin yönetmelik ile verilen yetkinin normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle iptalinin gerektiği doktrinde savunulmuştur.⁴³²

Bir diğer görüşe göre asıl işveren – alt işveren ilişkisindeki muvazaayı düzenleyen İş Kanunu madde 2/7 “*İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*” hükmünü içermektedir. Bu nedenle asıl işveren – alt işveren ilişkisinin yokluğu, aynı zamanda alt işverenlik ilişkisindeki muvazaanın da varlığını ortaya çıkartacağından dolayı iş müfettişinin, asıl işveren – alt işveren ilişkisinin yokluğunu da tespit etme yetkisi bulunmaktadır.⁴³³ Ancak aynı yazar bu görüşünün devamında her ne kadar iş müfettişinin böyle bir yetkisinin olduğunu düşünse de iş müfettişinden bu hususu saptayabilecek seviyede formasyonun kendisinde bulunmasının beklenemeyeceğini ve bu durumun yerindeliliğinin tartışmalı olduğunu belirtmektedir.⁴³⁴ Yine bir diğer görüşe göre de uzmanlık gerektiren işlerin incelenmesi konusunda iş müfettişine bir yetki tanınmamıştır.⁴³⁵

Alt İşverenlik Yönetmeliği kapsamında iş müfettişinin, alt işverenlik ilişkisini incelemesi sırasında göz önüne alacağı kriterlerden diğer ikisi de “*Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı*”, “*İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı*” hususları olmakla birlikte bu her iki kriter de doktrinde eleştirilmektedir. Zira her iki hususun da tam olarak neyi ifade ettiği anlaşılamamakla birlikte belirsizliklere yol açmaktadır.⁴³⁶ Zira bu hususların bakanlık tarafından belirlenmesi ve incelenebilmesi de mümkün değildir.

⁴³²KIZILOĞLU, s.100 vd.; AYKAÇ, s.432; ALPAGUT, Yönetmelik, s.61.

⁴³³CENTEL, Tankut, “*Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.10, 2008, s.8, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6338_NQX5JRH8RT10.pdf, Erişim Tarihi: 21.08.2022.

⁴³⁴CENTEL, Değişiklik, s.8.

⁴³⁵ALPAGUT, Hukuka Uygunluk, s.1353.

⁴³⁶AYKAÇ, s.433; ÇELİK, Nuri, “*İş Hukukumuzda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, 2010, s.13, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6324_CI94422ANG17.pdf, Erişim Tarihi:21.08.2022; ALPAGUT, Yönetmelik, s.62; ALPAGUT, Hukuka Uygunluk, s.1357.

Muvazaa incelemesine ilişkin göz önüne alınacak olan bir diğer kriter de “Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı” ve “Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı” hususudur. Alt işverenlik yönetmeliğinde sayılan bu husus da kamusal yükümlülüklerden kaçınmak hususunun oldukça geniş ve belirsiz olması nedeniyle doktrinde eleştiri konusu olmaktadır.⁴³⁷ Zira bir işyerinde, alt işverenlik ilişkisinin kurulmasıyla birlikte işçi sayısının yüz ellinin altına düşmesi ve kreş kurma yükümlülüğünün ortadan kalkması yahut işçi sayısının ellinin altında kalmasıyla yüzde üç oranındaki engelli çalıştırma yükümlülüğünün ortadan kalkması gibi bir durumun ortaya çıkmasına rağmen, kurulan alt işverenlik ilişkisinin gerçek ve samimi bir biçimde kurulmuş olması mümkün olabilecektir. Bu durumda yalnızca bu kriter göz önüne alınarak doğrudan muvazaa tespiti yapılabilmesi mümkün değildir.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinde sayılan diğer kriterler ise “Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı”, Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı” hususlarıdır.

bb-Muvazaanın İdari İncelemesinin Yapılacağı Zaman

Muvazaa incelemesinin iş müfettişleri tarafından yapılacağı zamanı belirlemede ilk bakmamız gereken yer İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmüdür. İlgili kanunda maddesinde “Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir” ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere alt işverenlik ilişkisinde ilişkinin denetimi işyerinin tescilinden sonra gerçekleşecektir.⁴³⁸ Öncelikle görüldüğü üzere iş müfettişlerine verilen yetki, doğrudan bütün asıl işveren – alt işveren ilişkilerini incelemek değildir. Bu nedenle kanunda da “gerektiğinde” ifadesi özellikle kullanılmıştır.⁴³⁹ Yalnızca alt işveren, işyeri bildirgesi, tüzel

⁴³⁷ALPAGUT, Gülsevil, “Alt İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği ile İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler”, İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara, 2008, s.40; ALPAGUT, Yönetmelik, s.61.

⁴³⁸ŞEN, NANEÇİ, s.34; YILMAZ, s.7.

⁴³⁹ŞEN, NANEÇİ, s.34; GÜVEN, AYDIN, s.83-84.

kişiler için Ticaret Sicil Gazetesi sureti, alt işverenlik sözleşmesi ve ekleri ile birlikte işyerinin tescili amacıyla bölge müdürlüğüne başvurarak, işyerini tescil ettirdikten sonra Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 12 “6 ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğüne iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir.” gereğince sunulan evraklarda muvazaa şüphesinin doğması durumunda iş müfettişinin denetim yetkisinin doğacağı görülmektedir. Kanun koyucu bu sayede iş müfettişinin yetkisini sınırlamaya çalışmıştır.⁴⁴⁰

Alt işverenin bölge müdürlüğüne yukarıda sayılan evraklar ile birlikte yapmış olduğu başvurunun ardından her ne kadar gerekli görülmesi halinde kurulan ilişkinin muvazaalı olup olmadığı hususunda inceleme yapılabilecek ise de alt işverenin yapmış olduğu başvurunun amacının muvazaa incelemesi olmadığı muhakkaktır.⁴⁴¹

Muvazaanın tespitine ilişkin iş müfettişi incelemesinin ancak gerekli görülen hallerde işyeri tescili yapıldıktan sonra gerçekleştirilebilecektir. Bu nedenle alt işveren tarafından işyerinin tescilinin gerçekleştirilmesinden önce iş müfettişleri tarafından resen bir inceleme gerçekleştirilemeyeceği gibi alt işverenin bölge müdürlüğüne yapmış olduğu tescil başvurusunun ardından bölge müdürlüğünün, kendisine sunulmuş olan alt işverenlik sözleşmesini iş müfettişine göndererek alt işverenin yapmış olduğu tescil başvurusunu bekletmesi yahut doğrudan muvazaa nedeniyle reddetmesi mümkün değildir.⁴⁴²

İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmünde yer alan “Bölge müdürlüğüne tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir” ifadesinden anlaşılması gereken hususun, iş müfettişinin gerekli görülmesi halinde yapacağı incelemenin ancak muvazaa şüphesi üzerine bölge müdürlüğünün alt işverenlik sözleşmesini müfettişe intikal ettirmesi sonrasında mı inceleme yapabilecek yoksa kendisine gelen bir şikâyet, ihbar üzerine de bu incelemeyi gerçekleştirebilecek midir? Bu hususta doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre söz konusu işyerine ilişkin yapılan bir şikâyet veya ihbar üzerine iş müfettişi tarafından muvazaa incelemesi yapılabilecek iken⁴⁴³ diğer bir görüşe göre ise bölge müdürlüğü vasıtasıyla iş müfettişine tanınan istisnai ve sınırlı yetki nedeniyle bölge müdürlüğünün talebi olmaksızın iş müfettişi tarafından tescili gerçekleştirilen işyerine

⁴⁴⁰ŞEN, NANEÇİ, s.34.

⁴⁴¹ŞEN, NANEÇİ, s.34-35; YILMAZ, s.9.

⁴⁴²ŞEN, NANEÇİ, s.34; YILMAZ, s.7 vd.

⁴⁴³CENTEL, Değişiklik, s.7; ÜRCAN, Gülümden, “Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.19, 2008, s.962 vd.

ilişkin muvazaa incelemesi gerçekleştirilemeyecektir. Zira aksi bir durumun kabulü halinde bu husus iyiniyetli işverenlerin de üzerinde her daim bir tehdit unsuru olarak kalacak ve işverenlerin bölge müdürlükleri ile sendikaların baskısı altında kalmalarına sebebiyet verecektir.⁴⁴⁴ Ayrıca İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmünde verilmiş olan yetki sınırlı ve istisnai bir yetkidir. Bu hususta menfaati bulunanların genel hükümlere göre muvazaa davası açma hakları bulunduğundan iş müfettişinin muvazaa hususunu inceleyebilmesi için bölge müdürlüğünün muvazaa şüphesi ile bu husustaki talebi şart olmalıdır. Zira iş müfettişi tarafından muvazaa nedeniyle inceleme yapılmasına ilişkin süreç yalnızca işyerinin tescili aşamasına özgüdür ve daha sonra tekrardan iş müfettişinin karşısına getirilmemesi gerekir.⁴⁴⁵ İkinci görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira yalnızca tescil aşaması için özel olarak öngörülmüş bir sürecin, tescil aşamasından çok daha sonra tekrardan gündeme gelmesinin kanunun hem lafzına hem de amacına aykırı olacağı kanaatindeyiz.

cc-Muvazaa İddiasının İş Müfettişi Tarafından İncelenme Yöntemi

İncelemenin nasıl olacağı hususu için öncelikle İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmüne baktığımızda madde hükmünde *“kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir.”* ifadesine yer verildiği, Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 12/1 hükmünde ise *“7 nci madde uyarınca tescili yapılan işyeri için 6 ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir”* denildiği ve gerekçesi ile incelenmek üzere iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilecek olan belgelerin ise Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 6 hükmünde *“İşyeri bildirgesi ile birlikte; Tüzel kişiler için Ticaret Sicil Gazetesi sureti, Alt işverenlik sözleşmesi ve ekleri, bölge müdürlüğüne verilir.”* şeklinde belirtildiği görülmektedir.

Bu durumda incelemenin nasıl yapılacağı hususunda doktrinde ikili bir ayrıma gidilmiş bulunmaktadır. Bir görüşe göre muvazaa kanaatinin oluşması durumunda hangi belgelerin incelenmek üzere iş teftiş kuruluna gönderildiği yönetmelik maddesinde açıkça sayıldığından dolayı iş müfettişinin yapacağı inceleme yalnızca bu belgelerle sınırlı olabilecek ve iş müfettişinin ilgililerden harici belge talep etmesi, işyerinde inceleme

⁴⁴⁴ŞEN, NANEÇİ, s.35; AYKAÇ, s.436.

⁴⁴⁵YILMAZ, s.9; ŞEN, NANEÇİ, s.35.

yapması, işçileri dinlemesi gibi işlemleri gerçekleştirmesi mümkün olamayacaktır.⁴⁴⁶Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise iş müfettişinin yalnızca sunulan belgeler ile yetinmesi yeterli olmayacak ve bu nedenle doğrudan işyerinde inceleme, gözlem ve tespit yaparak tüm bu sonuçlara göre rapor hazırlaması gerekecektir.⁴⁴⁷

Doktrinde Ekonomi tarafından isabetli olarak ileri sürüldüğü üzere alt işveren sözleşmesinin Yargıtay ölçütlerinde muvazaa olarak kabul edilen tüm belirtilerden arındırılmış şekilde hazırlanmış ancak uygulamanın tam tersi muvazaayı işaret eder şekilde ilerlemesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğinin kanun ve yönetmelikte belirtilmediğini ve böyle bir durumda iş müfettişinin yalnızca alt işverenlik sözleşmesini inceleyerek bir sonuca varamayacağını, gerekirse işyerlerinin de denetlenmesi gerekmektedir.⁴⁴⁸

Ekonomi ile aynı görüşü paylaşmakta olan Aykaç ise her ne kadar kanun ve yönetmelik lafzından, iş müfettişinin yapacağı incelemenin yalnızca sunulan belgelerle sınırlı olacakmış gibi bir sonuç çıksa da müfettişin incelemesi gereken hususların sadece belge üzerinden bir sonuca ulaştırmayacağını belirtmekte ve bu nedenle iş müfettişlerinin gerektiği noktada işyerlerinde de incelemede bulunabileceğini savunmaktadır.⁴⁴⁹

dd-İş Müfettişi Raporunun Alt İşveren Ve Asıl İşverene Tebliği

İş Kanunu madde 3/2 hükmünde “*İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir.*” ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü iş müfettişleri tarafından yapılan incelemenin sonunda iş müfettişi tarafından asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğunun tespiti halinde iş müfettişince hazırlanan rapor işverenlere yani hem asıl işverene hem de alt işverene tebliğ edilecektir.⁴⁵⁰

Kanun lafzında özellikle “işverenlere” şeklinde belirtildiğinden dolayı tebligatın hem alt işverene hem de asıl işverene yapılması gerekecektir. Her ne kadar raporun konusu işyeri tescil işleminin iptali olup tescili iptal edilecek olan işyerinin asıl işverenin değil, alt işverenin işyeri olduğu, bu nedenle tebligatın asıl işverene yapılmasının bir mantığının bulunmadığı düşünülecek olsa da muvazaa tespiti ile tescili iptal edilen alt işverenlik

⁴⁴⁶YILMAZ, s.10;ŞEN, NANEÇİ, s.35.

⁴⁴⁷ÜRCAN, s.963; KARAKAŞ, s.122.

⁴⁴⁸EKONOMİ, Sayısal, s.11.

⁴⁴⁹AYKAÇ, s.437.

⁴⁵⁰ALPAGUT, İş Sağlığı, s.37;YILMAZ, s.12; ÜRCAN, s.981; ÇELİK, Koşullar, s.89; CENTEL, Değişiklik, s.8; AYKAÇ, s.437-438; ŞEN, NANEÇİ, s.38; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.221-222; EKONOMİ, Sayısal, s.11; GÜVEN, AYDIN, s.84.

ilişkisinin ardından alt işveren işçilerinin, İş Kanunu madde 3/2 gereğince “*alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.*” şeklinde düzenlenmesinden ötürü artık asıl işverenin işçisi sayılacaklarından dolayı, raporun asıl işverene de tebliği zorunludur. Zira tescil işleminin iptali alt işverenden daha çok asıl işveren nezdinde sonuç doğuracaktır.⁴⁵¹

Raporun tebliğ edilmesine bağlanan en önemli hukuki sonuçlardan biri de iş müfettişinin hazırlamış olduğu rapora karşı itiraz süresinin, bu raporun tebliği ile başlaması hususudur.⁴⁵² Zira söz konusu tebligat, hak düşürücü süre içeren idari bir işleme ilişkindir. Bu nedenle söz konusu tebligatın Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğü hükümlerine uygun olarak taahhütlü veya iadeli taahhütlü olarak yapılması gerekmektedir.⁴⁵³ Zira tebligatın normal posta ile yapılması durumunda ne zaman ve kime yapıldığı hususları hak düşürücü sürenin başlaması ve kaçırılması açısından büyük bir sorun ve mağduriyet yaratabilecektir.⁴⁵⁴ Rapora ilişkin tebligatın sıhhatli bir biçimde yapılması hem işverenlerin hem de işçilerin hak kayıpları yaşamasını önleyebilecektir.⁴⁵⁵

ee-İş Müfettişi Raporuna İtiraz

İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmünde “*İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir. Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur. Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır*” ifadesine yer verilmiştir.

6552 sayılı torba yasanın çıkmasından önce kanunda öngörülen itiraz süresi 6 işgünü idi ayrıca 6552 sayılı yasa öncesinde iş mahkemesinin itiraz üzerine vereceği kararlara karşı temyiz yolu kapalıydı. Ancak torba yasa ile birlikte kanuna “*İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir*” hükmü de

⁴⁵¹CENTEL, Değişiklik, s.8; YILMAZ, s.12.

⁴⁵²ŞEN, NANEÇİ, s.38; YILMAZ, s.12-13.

⁴⁵³ŞEN, NANEÇİ, s.38; AYKAÇ, s.437-438; YILMAZ, s.13.

⁴⁵⁴ŞEN, NANEÇİ, s.38; AYKAÇ, s.438; YILMAZ, s.13.

⁴⁵⁵ŞEN, NANEÇİ, s.38.

eklenerek işverenlerin yapmış olduğu itiraz üzerine iş mahkemesinin vereceği karara karşı temyiz yolu da açılmıştır.⁴⁵⁶

Kanun düzenlemesinden önce iş mahkemesi kararına karşı temyiz kanun yolunun kapalı olması hususu Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş ise de mahkeme, bu durumun Anayasa hükümlerini ihlal etmediğine kanaat getirmiştir.⁴⁵⁷ Daha sonra uygulamadaki çözümsüzlükler ve doktrindeki eleştiriler neticesinde kanun koyucu tarafından bu isabetli düzenleme getirilmiştir.⁴⁵⁸ Ayrıca İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmüne yapılan “*Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur.*” eklemeyle kamu kurumları açısından iş müfettişlerinin sunmuş oldukları raporlara karşı kanun yollarının tüketilmesi zorunluluğu getirilerek, kamu kurumlarına doğması muhtemel maddi külfetlerin önüne geçilmeye çalışılmıştır.⁴⁵⁹

Görüldüğü üzere iş müfettişinin hazırlamış olduğu raporun kendilerine tebliğinden itibaren asıl işveren ve alt işverenin söz konusu rapora karşı itiraz etmek için otuz işgünü olacaktır. Bununla birlikte işverenlerden birinin hak düşürücü süre olan otuz işgünü içerisinde iş mahkemesi nezdinde iş müfettişi raporuna karşı itirazda bulunması halinde muvazaanın tespitine ilişkin işlemin uygulamasını durduracaktır.⁴⁶⁰ Buradaki günün otuz işgünü olarak düzenlenmesi sürenin uzunluğu bakımından doktrinde eleştirilmiş ve otuz günün içine tüm tatil günlerinin eklenmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁶¹

Doktrinde dava yerine “itiraz” kelimesinin kullanılmış olması sıkça eleştiri konusu olmaktadır. Mahkeme önüne getirilen bu hususun bir itiraz değil dava yoluyla çözümlendiği, usul hukukunda sistemin dava üzerine kurulduğu savunulmuştur.⁴⁶²

İş Müfettişinin hazırlamış olduğu muvazaa tespit raporuna karşı kimlerin itiraz davası açabileceği İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmünde “*Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir.*” denilerek davayı yalnızca işverenlerin yani asıl işveren ile alt işverenin açabileceği vurgulanmıştır.

⁴⁵⁶ ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.126; AYDIN, Ufuk, “6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkileri”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C.5, S.1, 2015, s.16, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/297164>, Erişim Tarihi:22.08.2022; ÇALIK, s.84 vd.; ARSLANERTÜRK, s.178.

⁴⁵⁷ AYM, E. 2012/40, K. 2012/158, T. 18.10.2012, Resmî Gazete (Yayın Tarihi: 12.05.2013).

⁴⁵⁸ ÇALIK, s.85.

⁴⁵⁹ ÇALIK, s.86; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.126.

⁴⁶⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.224; AYKAÇ, s.439; CENTEL, Değişiklik, s.9; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.126; KARAKAŞ, s.122-123.

⁴⁶¹, ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.126.

⁴⁶² YILMAZ, s.13; ŞEN, NANEÇİ, s.38; AYKAÇ, s.439.

Aynı zamanda buradan çıkan bir diğer sonuç da işçilerin söz konusu tespit raporuna karşı itiraz davası açamayacaklarıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, taraflar her ne kadar otuz işgünü olan itiraz süresini kaçırmış olsalar da muvazaa tespitine ilişkin raporun gerekçesiz yani sakat olması durumunda idari yargıda bu sakatlığa dayanarak idari işlemin iptalini talep edebileceklerdir.⁴⁶³

İş müfettişinin raporunun kendisine tebliğ edilen işverenler söz konusu itiraz davasını ayrı ayrı açabilecekleri gibi birlikte açmaları da mümkündür.⁴⁶⁴ Bu durumda birlikte dava açılması halinde her iki işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır.⁴⁶⁵ İşverenlerin ayrı ayrı dava açması durumunda ise her iki davanın ayrı yürümesi halinde birbirinden farklı ve kesin nitelikli kararların çıkma olasılığı bulunacağından böyle bir durumda bu davaların birleştirilmesi gerekecektir.⁴⁶⁶ Ayrıca Yılmaz'a göre usul ekonomisi ilkesi gereğince her iki davanın birleştirilmesi gerekecektir.⁴⁶⁷ Ayrıca işverenlerden birinin kendisine yapılan tebligata rağmen otuz işgünü içerisinde itiraz etmeyerek dava açma süresini kaçırmaması durumunda dava açan diğer işverenin davasına feri müdahil olarak katılması da mümkündür.⁴⁶⁸

İtiraz davasının açılacağı görevli ve yetkili mahkemeye gelir isek kanun koyucu tarafından, iş müfettişinin hazırlamış olduğu rapora idari işlem niteliği yüklenmiştir. Kural olarak bir idari işleme karşı açılacak olan davalarda görevli mahkeme idare mahkemesi olabilecektir. Ancak kanun koyucu tarafından burada bir istisna getirilerek İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmünde *“Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir”* ifadesine yer verilerek itiraz davasının açılacağı görevli mahkemenin kanun koyucu tarafından iş mahkemesi olarak belirlendiği görülmektedir.⁴⁶⁹

Kanunda görevli mahkemeye ilişkin düzenleme olmakla birlikte yetkili mahkemenin hangisi olacağı belirtilmemiştir. Bu husus doktrinde oldukça tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre yasa koyucu muhtemelen alt işverenin işyerinin, asıl işverene ait işyeri olduğunu düşünerek uyuşmazlık konusu işyerinin, asıl işverene ait işyeri olduğunu

⁴⁶³ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.222-223.

⁴⁶⁴ YILMAZ, s.15; ŞEN, NANEÇİ, s.39.

⁴⁶⁵ YILMAZ, s.15; AYKAÇ, s.439

⁴⁶⁶ AYKAÇ, s.440; CENTEL, Değişiklik, s.9

⁴⁶⁷ YILMAZ, s.15.

⁴⁶⁸ AYKAÇ, s.440; YILMAZ, s.15; ÜRCAN, s.990.

⁴⁶⁹ ŞEN, NANEÇİ, s.39; ÜRCAN, s.982; CENTEL, Değişiklik, s.9; AYKAÇ, s.441.

düşünmüş ve tüm bu nedenlerle asıl işverene ait işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili olduğunu düşünmek gerektiği savunulmuştur.⁴⁷⁰

Başka bir görüşe göre, alt işverenin işyerinin her halükârda asıl işverene ait işyeri olduğunu düşünmek doğru olmayacaktır. Alt işverene ait işyerinin müstakil, ayrı bir yapı da olması mümkündür. Bu durumda yetkili mahkeme, asıl işverene ait işyeri olabileceği gibi alt işverenin işyerinin bulunduğu yer iş mahkemesi de olabilecektir. Keza iş müfettişinin muvazaaya ve tescil iptaline ilişkin yapmış olduğu tespit incelemesi ve hazırlamış olduğu tespit raporu da alt işverene ait işyerinin tescilinin iptaline ilişkin olduğuna göre alt işverene ait ayrı bir müstakil işyerinin varlığı halinde artık yetkili mahkemenin o yer mahkemesi olması gerekecektir.⁴⁷¹

Doktrinde de isabetli olarak ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise İş Mahkemeleri Kanunu madde 6 hükmünde “*İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir.*” ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme kamu düzenine ilişkindir. Bu durumda itiraz davasının da davalı idare olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı aleyhine Ankara’da yahut işlemin yapıldığı Bölge Müdürlüğü’nün bulunduğu ildeki iş mahkemesinde açılması gerekmektedir.⁴⁷²

İşverenlerce iş müfettişinin tespit raporuna karşı açılacak olan itiraz davası, niteliği itibariyle bir menfi tespit davasıdır. Çünkü burada iş müfettişinin yapmış olduğu tespitin aksi olarak asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olmadığının tespiti istenmektedir.⁴⁷³

Türk hukukunda, Türk Medeni Kanunu madde 6 “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” gereğince kural olarak tarafların her biri iddia ettikleri olguları ispatla mükelleftir. İtiraz davasında ispat yükünün kimde olması gerektiği hususuna gelir isek somut durumda iş müfettişi tarafından hazırlanan raporda, kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu tespit edilmesi üzerine taraflarca kurulan bu ilişkinin muvazaalı olmadığının tespiti istenmektedir. Yani davacı taraf açmış olduğu davada olumsuz bir

⁴⁷⁰CENTEL, Değişiklik, s.9.

⁴⁷¹MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.223- 224.

⁴⁷²ŞEN, NANEÇİ, s.39-40; AYKAÇ, s.442-443 (Aykaç’a göre ayrıca hukuk açısından olması gereken davacının ikametgahının bulunduğu yahut işyerinin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olarak düzenlenmesi gerekmektedir).

⁴⁷³ÜRCAN, s.978; YILMAZ, s.17; AYKAÇ, s.443.

durumun tespiti talep etmektedir. Hukukumuzda menfi tespit davalarında ispat yükü kural olarak davalıya düşecektir. Yargıtay içtihatında da menfi tespit davalarında kural olarak ispat yükünün davalıda olduğu belirtilmektedir.⁴⁷⁴

Menfi tespit davalarında ispat yükü kural olarak davalı tarafta olmakla birlikte burada göz önüne alınması gereken bir diğer husus ise İş Kanunu madde 92 fıkra 3 hükmünde “Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri (...) (1) tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. İş müfettişleri tarafından düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına karşı taraflarca otuz gün içerisinde yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İş mahkemesinin kararına karşı taraflarca 5521 sayılı Kanunun 8 inci maddesine göre kanun yoluna başvurulabilir. Kanun yoluna başvurulması iş mahkemesince hüküm altına alınan işçi alacağının tahsiline engel teşkil etmez.” ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Zira söz konusu hüküm ile gerekçeli iş müfettişi raporuna, aksi ispat edilebilen kanuni karine niteliği tanınmış ve böylece aksi ispat edilinceye kadar geçerli olması öngörülmüştür.⁴⁷⁵ Bu husus Yargı içtihatında da aynı surette öngörülmüştür. “4857 Sayılı İş Kanunu'nun 92. maddesine göre :“91.madde hükmünün uygulanması için iş hayatının izlenmesi, denetlenmesi ve teftişiyle ödevli olan iş müfettişleri, işyerlerini ve eklentilerini, işin yürütülmesi tarzını ve ilgili belgeleri, araç ve gereçleri, cihaz ve makineleri, ham ve işlenmiş maddelerle, iş için gerekli olan malzemeyi 93. maddede yazılı esaslara uyarak gerektiği zamanlarda ve işçilerin yaşamına, sağlığına, güvenliğine, eğitimine, dinlenmesine veya oturup yatmasına dair tesis ve tertipleri her zaman görmek, araştırmak ve incelemek ve bu Kanunla suç sayılan eylemlere rastladığı zaman bu hususta T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak İş Teftişi Tüzüğünde açıklanan şekillerde bu halleri önlemek yetkisine sahiptirler. Teftiş, denetleme ve incelemeler sırasında işverenler, işçiler ve bu işle ilgili görülen başka kişiler izleme, denetleme ve teftişle görevli iş müfettişleri ve işçi şikayetlerini inceleyen bölge müdürlüğü memurları tarafından çağrıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek; iş müfettişlerinin birinci fıkroda yazılı görevlerini yapmaları için kendilerine her çeşit kolaylığı göstermek, bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler. Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri ile işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanaklar aksi

⁴⁷⁴Yargıtay HGK, E. 2017/19-821, K. 2019/58, T. 05.02.2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 23.08.2022.

⁴⁷⁵AYKAÇ, s.443; YILMAZ, s.18-19; SÜZEK, Yeni İş Yasası, s.71; AYDINLI, s.347.

*kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. İş müfettişleri tarafından düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların işçi alacaklarına dair kısımlarına karşı taraflarca otuz gün içerisinde yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir”.*⁴⁷⁶

Yargılamanın nasıl olacağı İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmünde “İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir.” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere açılan dava basit yargılama usulünde görülecek olup ilk derece mahkemesinde dört ay, temyiz edilmesi halinde ise Yargıtay’da altı ay içerisinde sonuçlandırılacaktır. Süre bakımından böyle bir sınırlamanın konulması oldukça isabetli olmuştur. Zira güncel yargılama süreçleri zamansal bakımdan oldukça uzun sürelerle yayılabilmektedir. Fakat burada muvazaalı olarak kurulduğu tespit edilen bir alt işverenlik ilişkisinin dava sonuçlanmadığı sürece devam edeceği göz önüne alındığında, süreye ilişkin yapılan bu düzenlemenin oldukça yerinde olduğu görülmektedir.

İş Müfettişi tarafından, kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğuna ilişkin tespit raporuna karşı işverenlerce itiraz edilmesi durumunda ortaya iki ihtimal çıkmaktadır. Bunlar itirazın kabulü ve reddi hususlarıdır.⁴⁷⁷

İş müfettişi tarafından hazırlanan rapora yapılacak olan itirazın İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmü gereğince “Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir” otuz işgünü içerisinde yapılması gerekmektedir. Söz konusu itirazın hak düşürücü süre olan otuz işgünü içerisinde yapılmaması durumunda işverenlerin yapmış oldukları itirazın reddedileceği açıktır.

Diğer bir reddedilme olasılığı ise alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun mahkemece saptanması durumudur. İtiraz üzerine davaya bakan İş Mahkemesi, asıl işveren ile alt işveren arasında kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğuna, iş müfettişi tarafından tespit edilen muvazaa olgusunun doğruluğuna kanaat getirmesi halinde işverenlerin yapmış oldukları itiraz reddedilecektir. İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmü “Rapora otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl

⁴⁷⁶Yargıtay 22. HD, E. 2018/2786, K. 2018/10910, T. 07.05.2018, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 23.08.2022.

⁴⁷⁷CENTEL, Değişiklik, s.9.

işverenin işçileri sayılır” şeklindeki düzenlemesi uyarınca muvazaalı olduğu tespit edilen alt işverenlik ilişkisinde, alt işverenin işyerinin tescil işlemi iptal edilecek ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri oldukları söylenecektir.

Alt işverenin işyerinin tescil işleminin iptal edilmesi hususu doktrinde eleştirilmiştir.⁴⁷⁸ Alt işveren konumundaki işverenin, güncel olarak yalnızca tek bir asıl işverenle değil, birden fazla asıl işverenle alt işverenlik ilişkisi kurması durumunda, kurulan bu alt işverenlik ilişkilerinden yalnızca birinin muvazaalı olarak tespit edilmesi halinde tescilin iptali gibi diğer asıl işverenlerle kurmuş olduğu alt işverenlik ilişkisini olumsuz yönde etkileyecek bir yaptırıma maruz bırakılması durumu hukukta aşırılıktır.⁴⁷⁹

İşyeri tescili iptalini hukukta aşırılık olarak gören görüşe karşı Aykaç’a göre burada tescili iptal edilen işyeri ile anlaşılması gereken husus yalnızca alt işverenin, alt işverenlik ilişkisi kapsamında asıl işverenin işyerinde oluşturduğu ve hukuken bağımsız sayılan işyerini kapsamaktadır. Bu nedenle alt işverenin diğer asıl işverenler ile kurmuş olduğu alt işverenlik ilişkisi kapsamındaki işyerleri için herhangi bir tescil iptali söz konusu olmayacaktır.⁴⁸⁰

İşverenlerin, iş müfettişinin muvazaa tespit raporuna karşı yapmış oldukları itirazın reddi dışında olabilecek diğer bir ihtimal ise itirazın yerinde bulunarak itiraz sahiplerinin hukuken haklı görülmesi durumudur. Mahkemece yapılan incelemenin ardından işverenlerin haklılığına kanaat getirilmesi durumunda alt işverenin, incelemelerin ve iş müfettişi raporu hazırlanmasının öncesinde yapmış olduğu işyeri tescil işlemi korunacak ve idari tespitten etkilenmemiş olan işyeri, alt işverenin bildirimini yaptığı tarihten itibaren hiçbir zarara uğramamış şekilde varlığını koruyacaktır.⁴⁸¹

Doktrinde tartışma konusu olan bir diğer husus ise mahkemece verilen ve temyiz sonrası yahut temyiz edilmeksizin kesinleşen kararın, ileride muvazaaya dayalı olarak dava açmak isteyecek olan alt işveren işçilerini ne yönde etkileyeceği hususudur. Bir görüşe göre daha önce yargı hükmüyle var olmadığı saptanmış olan bir muvazaanın, daha sonra başka bir yargı sürecine konu edilerek bu kez de var olduğu gibi bir durumun ortaya çıkması kesinleşmiş yargı içtihatları arasında çelişki oluşturacağı gibi hukuka ve yargı sistemine olan güveni de azaltacaktır. Bu nedenle iş müfettişi tarafından yapılan muvazaa tespitinin akabinde işverenlerin yapmış olduğu itiraz üzerine iş mahkemesi tarafından yapılan

⁴⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.224.

⁴⁷⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.224.

⁴⁸⁰ AYKAÇ, s.444-445.

⁴⁸¹ CENTEL, Değişiklik, s.9; AYKAÇ, s.445.

incelemede muvazaanın olmadığı tespiti halinde söz konusu kararın daha sonra muvazaaya ilişkin olarak açılacak olan davalarda da kesin hüküm oluşturmaları gerekecektir.⁴⁸²

Doktrinde de isabetli olarak ileri sürüldüğü üzere mahkemenin vermiş olduğu bir karar, o davanın tarafları olmayan kişiler açısından kesin hüküm niteliği taşıyamayacaktır.⁴⁸³ Bu nedenle itiraz istemli açılan davada alınacak olan karar, daha sonra alt işveren işçisinin muvazaaya dayalı olarak açacağı bir davada kesin hüküm niteliğinde olamayacak olup yalnızca salt bir kuvvetli delil niteliği taşıyacaktır.⁴⁸⁴

2-Muvazaanın Yargısal Tespiti

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin tespiti hususunda bölge müdürlüğü tarafından yapılan resen tespit dışında karşımıza çıkabilecek bir diğer husus ise muvazaalı işlemin taraflarının yahut işçilerin muvazaa nedeniyle açmış olabilecekleri davalardır. Güncel iş yaşantısında genel olarak muvazaa iddiasının işçiler tarafından ileri sürüldüğü bilinmektedir. Muvazaalı alt işverenlik ilişkisinde bu ilişkinin alt işveren işçisi olarak gösterilen işçilerden her birinin muvazaayı ileri sürmesi ve bu nedenle dava açması mümkündür.⁴⁸⁵ Anayasa Mahkemesi de karşısına gelen bir uyuşmazlıkta verdiği “Öte yandan, başvuru kararında iş müfettişlerince yapılan inceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti eden rapora karşı iş mahkemesine açılan itiraz davasında, işçinin yer almadığı ve delil sunma olanağından yoksun bulunduğu, böyle bir yargılama sonucunda muvazaa bulunmadığına yönelik mahkeme kararının kesin olduğunun kabul edilmesinin işverene kanuna aykırı uygulama yapması için adeta ruhsat vermek anlamına geldiği ileri sürülmüş ise de 4857 sayılı Kanun’un itiraz konusu kuralı da içeren 3. maddesinin ikinci fıkrası, işçilerin lehine kabul edilmiş olup haklarının ihlal edildiğini düşünen işçilerin muvazaanın tespiti ya da başkaca nedenlerle bağımsız olarak dava açmalarına ya da iş müfettişlerinin raporuna karşı işverenler tarafından açılan itiraz davasına müdahil olarak katılma talebinde bulunmalarına engel teşkil etmemektedir.” hükmüyle muvazaalı olarak alt işverenlik kapsamında çalışmakta olan işçilerin bu iş ilişkisinin muvazaalı olduğuna yönelik olarak bireysel alacakları için veyahut işe iade davaları kapsamında dava açarak muvazaalı ilişkinin

⁴⁸² MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.224.

⁴⁸³ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.224.

⁴⁸⁴ ALPAGUT, Hukuka Uygunluk, s.1354; YILMAZ, s.21; CENTEL, Değişiklik, s.10.

⁴⁸⁵ GÜNAY, Yargıtay, s.28; AKYİĞİT, Şerh, s.118 vd.; CENTEL, Tankut, “Alt İşveren Yönetmeliği”, İşveren Dergisi, C.47, S.2, 2008, s.56;

tespitini mahkemeden talep edebilecekleri gibi aynı zamanda farklı herhangi bir talep olmaksızın yalnızca muvazaa tespiti sebebiyle de dava açabileceklerini belirtmiştir.⁴⁸⁶

Herhangi bir talep olmasa dahi muvazaa şüphesinin bulunması durumunda buna ilişkin araştırmanın mahkeme tarafından re'sen yerine getirilmesi ve irdelenmesi gerekmektedir. Yargıtay da vermiş olduğu güncel kararlarında alt işverenlik ilişkisinin geçerli bir şekilde yerine getirilip getirilmediğinin ve ilişkinin muvazaa unsuru taşıyıp taşımadığının tarafların talebi olmaksızın mahkemece re'sen incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁸⁷ Aynı görüşü paylaşan Aykaç'a göre de muvazaalı, kesin geçersiz olan bir alt işverenlik ilişkisinin varlığı herkes tarafından ileri sürülebileceği gibi alt işverenlik ilişkisindeki muvazaanın varlığının hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekmektedir.⁴⁸⁸

Bu hususta akla gelebilecek olan bir diğer soru ise işçi sendikalarının alt işverenlik ilişkisindeki muvazaa sebebiyle dava açıp açamayacağı yönünde ortaya çıkmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre bu hususta hukuki yararı bulunan işçi sendikalarının da muvazaa iddiasıyla dava açmaları mümkündür.⁴⁸⁹

Yargıtay'ın ise bu hususla ilgili farklı tarihlerde vermiş olduğu birbirinden farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.09.2021 tarihinde vermiş olduğu bir kararında alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu konusunda iş müfettişine verilen yetkinin alt işveren işçileri, sendikalar gibi hukukî yararı bulunanların muvazaalı dava açma haklarını kaldırmadığını, konuyla ilgili hukuki yararı tespit edilmiş olan sendikanın muvazaa tespiti amacıyla dava açabileceğini savunurken⁴⁹⁰ vermiş olduğu başka bir kararında sendikanın muvazaa tespitinde hukuki yararı bulunmadığını, bu nedenle dava açamayacağını ileri sürmüştür. Ancak bu hususta yerel mahkemenin sendikal örgütlemenin zorluklarına değinerek kararında direnmesi üzerine konu tekrar Yargıtay 9. Hukuk dairesine taşınmış olup burada yeniden yapılan incelemede bir işyerinde kurulan alt işverenlik ilişkisinin geçerli olup olmadığının tespiti noktasında asıl işverene ait işyerinde örgütlü bulunan sendikanın hukuki menfaatinin olduğu kabul edilmelidir denilerek direnme kararının doğru

⁴⁸⁶ AYM, E. 2012/40, K. 2012/158, T. 18.10.2012, Resmî Gazete (Yayın Tarihi: 12.05.2013).

⁴⁸⁷ Yargıtay 22. HD, E. 2018/17133, K. 2019/14194, T. 26.06.2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 23.08.2022.

⁴⁸⁸ AYKAÇ, s.453.

⁴⁸⁹ AYKAÇ, s.454 vd.

⁴⁹⁰ Yargıtay HGK, E. 2018/9-678, K. 2021/1110, T. 28.09.2021, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu Erişim Tarihi: 23.08.2022.

olduğu ve sendikanın alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın tespiti sebebiyle dava açabileceği yönünde⁴⁹¹isabetli bir karar verilmiştir.

Açılacak olan böyle bir davada ispat yükünün hangi tarafta olduğu hususunda ise ikili bir ayrıma gidilmesi gerekecektir. Yargıtay'ın bir kararında muvazaaya ilişkin ikili bir ayırım yapılarak muvazaanın genel ispat kuralları ile ispat edilebileceği, bundan başka İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin yedinci fıkrasında sözü edilen hususların, aksi kanıtlanabilen adi kanuni karineler olduğu⁴⁹²belirtilerek muvazaanın normal şartlarda kural olarak genel ispat kuralları ile ispat edilebileceği ancak İş Kanunu madde 2 hükmünde istisna olarak muvazaaya adi kanuni karine hallerin düzenlendiği belirtilmiştir.

Muvazaayı iddia eden taraf, bu hususu ispatla yükümlüdür. Ancak muvazaaya ilişkin İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde belirtilen adi kanuni karinelere birinin bulunması durumunda ise iddiasını ispat yükü tekrardan davacı işçiye düşmekte olup⁴⁹³ işçi iddiasını her türlü delille ispat edebilecektir.⁴⁹⁴

3-Alt İşverenlik İlişkisinde Kesinleşen Muvazaanın Sonuçları

Alt işverenlik ilişkisinin idarenin tespiti yahut yargısal yolla muvazaalı olduğunun anlaşılması ve muvazaa olgusunun kesinleşmesi halinde muvazaalı olan alt işverenlik ilişkisinin geçersiz-batıl olduğu söylenebilecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde muvazaanın sonuçlarını incelerken doktrinde baskın olan görüşe göre muvazaalı işlemin TBK madde 19 hükmü gereğince en başından itibaren geçersiz olduğunu, zira tarafların karşılıklı iradesine uygun düşmediğini ve buradaki geçersizliğin butlan (kesin hükümsüzlük) türünde bir geçersizlik olduğunu⁴⁹⁵mutlak muvazaanın Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan bir muvazaa çeşidi olmadığını, her ne kadar TBK madde 19 hükmünde muvazaadan bahsedilse de burada kastedilen muvazaanın mutlak değil, nispi muvazaa olduğunu izah etmiştik. Muvazaalı olan işlem, işlemin başından itibaren geçersiz sayılacaktır. Ancak hukuka aykırı olan alt işverenlik ilişkisine muvazaa dışında nitelikler yükleyen görüşlere de aşağıda yer vermek istiyoruz.

⁴⁹¹Yargıtay 9. HD, E. 2015/19998, K. 2015/27698,T. 07.10.2015, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 23.08.2022.

⁴⁹² Yargıtay 9. HD, E. 2016/30528, K. 2021/5760,T. 08.03.2021, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 23.08.2022.

⁴⁹³SÜZEK, Yeni İş Yasası, s.67;ŞEN, NANEÇİ, s.37; AYKAÇ, s.453 vd.

⁴⁹⁴ŞEN, NANEÇİ, s.37;AYKAÇ, s.453 vd.

⁴⁹⁵KILIÇOĞLU, s.238; ÖZKAYA, s.195; OĞUZMAN, ÖZ, s.136; ANTALYA, s.352.

Doktrinadaki bir diğer görüşe göre ise İş Kanunu'na aykırı olarak kurulan alt işverenlik ilişkisi ancak kanuna karşı hile olarak nitelendirilebilecektir.⁴⁹⁶ Zira söz konusu ilişkide gerçeğe aykırı olan kısım alt işverenlik ilişkisinin kuruluşu yahut varlığı değildir. Yalnızca gerçek ilişkide asıl işverenin kendi işçisi olan kişilerin, alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işveren işçisi olarak gösterilmesine sebebiyet veren taahhüt sözleşmesidir. Bu durumda objektif gerçeklere dayanmayan bir taahhüt sözleşmesinin varlığı halinde bu durumda muvazaa değil ancak kanuna karşı hile olarak nitelendirilebilecektir.

Aynı görüşteki Aydınli' ya göre İş Kanunu madde 2 hükmünde yer almakta olan düzenlemenin muvazaanın unsurlarını ve sonuçlarını belirten bir düzenleme olmadığını, İş Kanunu madde 2 hükmünün yalnızca alt işverenlik ilişkisinin hangi hallerde geçersiz olacağını belirttiğini söylemektedir. Bu durumda nitelendirilen isim ister muvazaa isterse kanuna karşı hile olsun, tüm bu nitelendirmeler yalnızca birer adi yasal karine olarak işçiye ispat hususunda kolaylık sağlayacaktır. Bir alt işverenlik ilişkisinde muvazaadan söz edilebilmesi için öncelikle kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisinin İş Kanunu hükümlerine göre unsurlarının tam olması ve harici bir geçersizlik halinin bulunmaması gerekmektedir. Bu durum ise muvazaanın özellikleriyle bağdaşmayacaktır. Ayrıca muvazaalı işlemlerde tarafların kendi aralarında, üçüncü kişileri aldatacakları görünürdeki sözleşmenin arkasındaki gerçek iradeyi yansıtan gizli sözleşme ile üçüncü kişileri aldatma kastıyla yapılan ve tarafların gerçek, samimi iradelerine dayanmayan muvazaalı sözleşmenin taraflarının aynı olması gerekirken alt işverenlik ilişkisinde gizlenen iş sözleşmesinin tarafları asıl işveren ile işçilerken görünürdeki alt işverenlik sözleşmesinin tarafları ise alt işveren ile asıl işverendir. Tüm bu nedenlerle muvazaalı olduğu sayılan alt işverenlik ilişkisi ile muvazaanın unsurları birbirleriyle bağdaşmamakta olup bu durum alt işverenlik ilişkisindeki usulsüz durumun muvazaa olarak adlandırılmasını engellemektedir.⁴⁹⁷ Yine aynı yazara göre kanuna karşı hileyi muvazaadan ayıran hususlardan bir diğeri de muvazaanın temel unsuru olan aldatma kastının kanuna karşı hilede aranmayacak olmasıdır. Bu durumda kanuna aykırı olarak kurulmuş olan bir alt işverenlik ilişkisinin muvazaa değil de kanuna karşı hile olarak nitelendirilmesi durumunda bu hususun ispatı çok daha kolay olacaktır.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ **ELBİR**, Halid Kemal, “Asıl İşveren-Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler”, İş Hukuku Dergisi, S.1, 1991, s.14-15.

⁴⁹⁷ **AYDINLI**, s.390 vd.

⁴⁹⁸ **AYDINLI**, s.390 vd.

Hukuka aykırı olarak kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak nitelendirilemeyeceğini savunan bir diğ er görüş de yine muvazaanın unsurlarıyla hukuka aykırı olarak kurulan alt işverenlik ilişkisini kıyaslayarak bu sonuca varmıştır. Görüş e göre alt işverenlik ilişkisinde muvazaadan bahsedilebilmesi için muvazaanın temel unsurları olan taraflar arasında görünürde bir işlemin olması, görünürde yapılmış olan işlemin taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayarak geçerli olmayacağı na dair muvazaa anlaşmasının yapılmış olması ve görünürdeki işlemin arkasına gizlenmiş olan ve tarafların gerçek iradesini yansıtan bir işlem bulunması gerekmektedir. Muvazaalı olarak kurulduğu söylenen alt işverenlik ilişkisinde bu unsurların tümünün bulunduğunu kabul etmek ancak afaki bir varsayımdan ibaret olacağı ndan alt işverenlik ilişkisindeki hukuka aykırılığ ın muvazaa olarak nitelendirilmesi kabul edilemez.⁴⁹⁹ Aynı yazar 4857 sayılı kanunun çıkmasından sonra İş Kanunu madde 2 hükmüne gelen yenilik ve sınırlamalar nedeniyle görüş değişikliğine giderek İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde düzenlenmiş olan yasak hallerin özel kanun niteliğinde olduğunu, bu nedenle genel kanun olan TBK madde 19 hükmündeki muvazaa şartlarının burada aranmaması gerektiğini zira burada kendine özgü muvazaa olduğunu savunmuş⁵⁰⁰ ve son olarak görüşünde bir yeniliğ e giderek İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde sayılan sınırlama hallerinin varlığı halinde alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığ ının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵⁰¹

Bir diğ er görüş e göre ise muvazaalı işlemlerde, ilişkinin taraflarının iradeleri ile beyanları arasında bir uygunsuzluğ un bulunması gerekirken geçersiz şekilde kurulmuş olan alt işveren ilişkilerinde beyan ile irade arasında böyle bir uyumsuzluk bulunmadığı halde alt işverenlik ilişkisindeki uyumsuzluklara muvazaa karinesi olarak dayanmak hukuken savunulamayacaktır. Bu görüş e göre hukuka aykırı olarak kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisi dolaylı temsil ile açıklanabilecektir. Bu durumda ilişkinin muvazaalı sayıldığı ana kadar yapılan fesih, ücret ödeme gibi her türlü işlemin geçerli sayılması gerekir. Ayrıca taraflar arasındaki alt işverenlik ilişkisi muvazaalı sayıldığı ndan dolayı alt işverenlik ilişkisi kapsamında yapılmakta olan işlemlerden alt işverenin kurtarılması gerekecek ve bu durum

⁴⁹⁹SENYENKAPLAN,Emine Tuncay, “*Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu*”, A. Can Tuncay’a Armağ an, Legal Yayınları, İstanbul, 2005, s.229-230.

⁵⁰⁰SENYEN KAPLAN, Muvazaa, s.233.

⁵⁰¹SENYEN KAPLAN, s.60.

sadece alt işvereni, asıl işverenin dolaylı temsilcisi olarak saymakla mümkün olabilecektir.⁵⁰²

Gerek İş Kanunu madde 2 fıkra 7 lafzında getirilen hukuki sınırlamalara uyulmaması durumunda ortaya çıkan ilişkinin muvazaalı olacağının açık bir şekilde vurgulanmış olması, gerekse yerleşik yargı içtihatlarının bu hususta herhangi bir tereddütte yer vermemiş olması nedeniyle alt işverenlik ilişkisinin hukuka aykırı düzenlenmesi durumunun, söz konusu ilişkiyi başlangıcından itibaren geçersiz-muvazaalı hale getireceği kanaatindeyiz.

a-İşçi Sayısı Bakımından Sonuçları

Muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin yaptırımı hususu İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*” düzenlenmiştir. İlgili kanun maddesinden anlaşıldığı üzere, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğunun anlaşılması üzerine, asıl işveren ve alt işveren yapmış oldukları bu işlemlerle arzu ettikleri sonuca ulaşamayacak ve alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçiler, bu ilişkinin başlangıcından itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak İş Kanunu’ndan, iş sözleşmesinden ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını asıl işverenden talep edebileceklerdir.⁵⁰³

Yargıtay kararlarında da alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesi durumunda artık söz konusu alt işveren işçilerinin, ilişkinin başlamasından itibaren asıl işverenin işçisi sayılması gerektiği, işçinin sendikaya üye olarak ve üyeliğin işverene bildirilmesiyle ya da imzalanan bir toplu iş sözleşmesinden yararlanma yönünde dayanışma aidatı ödemesi yoluyla tüm bu haklardan faydalanabileceği belirtilmiştir.⁵⁰⁴

Bu durumda ortaya çıkacak olan ilk sonuç, asıl işverenin işçi sayısındaki artış olacaktır. Zira alt işveren işçilerinin artık ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçileri

⁵⁰²BASBUĞ Aydın, “İşveren Vekilinin İşvereni Dolaylı Temsili ve İş Hukuku Açısından Sonuçları”, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.3, s.12-13. Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/pdf/732.pdf>, Erişim Tarihi:25.08.2022.

⁵⁰³SÜZEK, s.188; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, ÖZKARACA, s.146-147;EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.43; EKMEKÇİ, YİĞİT, s.167;

⁵⁰⁴Yargıtay 9. HD, E. 2019/5485, K. 2019/15858, T. 16.09.2019, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 25.08.2022.

sayılmalarıyla beraber asıl işverenin işçi sayısına bağlanmış olan yasal yükümlülükleri bu yeni işçi sayısına göre belirlenecektir. Bu durumda İş Kanunu madde 30 hükmünde *“İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler”* engelli işçi çalıştırma zorunluluğu için aranan elli işçi şartında, İş Kanunu madde 29 hükmünde *“İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir. İşyerinde çalışan işçi sayısı: a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin, b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin, c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, İşine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır.”* toplu işçi çıkarma usulünde, İş Kanunu madde 18 hükmünde *“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.”* İş güvencesi için aranan otuz işçi şartında artık yeni işçi sayısı ile birlikte dahil olacaktır. Bu nedenle tüm bu işçi sayısına bağlı olan yükümlülüklerin belirlenebilmesi için kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının incelenmesi gerekecektir.⁵⁰⁵

Muvazaalı alt işverenlik ilişkisi olgusuyla ilgili Yargıtay içtihatında da işçinin işe iade davası açması durumunda öncelikle söz konusu işyerinde İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmüne uygun bir alt işverenlik ilişkisi kurulup kurulmadığının incelenmesini ve buna göre İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmüne uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulmadığının tespit edilmesi halinde asıl işveren işçi sayısına, alt işveren işçileri de dahil edilerek artık bu işçilerin iş güvencesi için aranan otuz işçi sayısına dahil edileceklerini ve iş güvencesi hükümlerinin buna göre belirlenmesine karar vermiştir.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ AYDINLI, s.356; AKYİĞİT, Şerh, s.121; AYKAÇ, s.481; GÜZEL, s.62; AYAN, s.527.

⁵⁰⁶ Yargıtay 9. HD, E. 2007/13965, K. 2007/27703, T. 24.09.2007, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 25.08.2022.

İş Kanunu dışında işçi sayısının işverene yükümlülük getirdiği yönetmeliklerde mevcuttur. Örneğin Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik madde 13 *“Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta EK-IV’te belirtilen şartları taşıyan bir emzirme odasının kurulması zorunludur. Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150’den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın EK-IV’te belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur. Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür.”* hükmüne göre yüz – yüz elli kadın çalışanı olan işyerlerinde emzirme odaları, 150’den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde ise yurt kurulması zorunluluğu bulunmaktadır. Yine Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği madde 15 *“İşçi sayısı yüzden fazla olan işyerlerinde işveren veya işveren vekilini temsilen bir, işçileri temsilen iki kişi olmak üzere toplam üç kişiden oluşan izin kurulu kurulur.”* hükmü gereği yüz üzerinde işçi çalıştıran işyerlerinde izin kurulu kurulacağı görülmektedir. Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespiti halinde tüm bu işçi sayısına ilişkin yükümlülüklerin de alt işveren işçileri de artık ilişkinin başından itibaren asıl işveren işçisi sayılacaklarından dolayı yeniden hesaplanması ve işçi sayısındaki artışı yönetmelik maddelerindeki rakamsal sınırı aşması durumunda yerine getirilmeleri gerekecektir.

b-İşçilik Alacakları Bakımından Sonuçları

Kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olmasının işçi sayısından kaynaklı yükümlülükler dışındaki ikinci etkisi ise bireysel işçilik alacakları ile toplu iş hukukundan kaynaklı haklarda kendisini gösterecektir. Zira alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin işçilik hakları geçmişe dönük olarak ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisiymiş gibi yeniden hesaplanması ve değerlendirilmesi gerekecektir.⁵⁰⁷

Daha önce alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçiler, alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın kesinleşmesinden sonra artık ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaklarından dolayı ücret, ücrete göre belirlenen ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, kıdem tazminatı, sendikal tazminatlar, yıllık izin ücreti gibi tazminat ve haklar

⁵⁰⁷EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BAŞKAN, s.43; AYDINLI, s.357; AYKAÇ, s.482; AKYİĞİT, Şerh, s.104; SÜZEK, s.188; SÜZEK, Muvazaa, s.945; TAŞKENT, Alt işveren, s.366.

artık asıl işverenin kendi işçilerine uyguladığı şartlar üzerinden değerlendirilecek ve talep edilebilecektir.⁵⁰⁸

Tüm bu işçilik alacakları, başlangıçtan itibaren asıl işverenin çalışanı olsalardı hangi miktar ve oranlarda talep edilecekse o miktar ve oranlarda talepte bulunulacaktır. Bu durumda asıl işverenin benzer bir işte, benzer kıdemde çalışan bir işçisi varsa bu işçi göz önüne alınacaktır. Ancak burada akla ilk gelen soru asıl işverenin benzer bir işte ve benzer kıdemlerde çalışan işçisinin bulunmaması durumunda ne yapılacağıdır. Bu durumda ise İş Kanunu madde 12 fıkra 3 “*Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır.*” ve madde 13 fıkra 3 “*Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.*” hükümlerine göre asıl işverenin işletmesinin iş kolunda, benzer şartlarda ve benzer bir işi üstlenen işçinin maddi olanakları burada göz önüne alınabilecektir.⁵⁰⁹

Taraflar arasında kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisinde, alt işveren işçileri, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmelerinden faydalanamayacaklardır. Ancak alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesi halinde artık muvazaalı olarak kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan alt işveren işçileri, ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaklarından dolayı taraf işçi sendikasının üyesi olması veyahut dayanışma aidatı ile talepte bulunması şartıyla işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin uygulama alanında bulunacaklardır.⁵¹⁰ İşçinin taraf sendikaya üye olmaması ve daha sonra talepte de bulunmaması durumunda nasıl hareket edileceğine ilişkin bir soru işareti ortaya çıkmakta ise de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu içtihatında işçinin ücret ve ücret ekleri belirlenirken toplu iş sözleşmesi öncesindeki emsal bir işçinin almış olduğu ücret üzerinden hareket edilerek asgari ücretteki artış oranına göre göre fesih tarihinde alması gereken ücret ve diğer haklarının tespit edilmesi gerektiğine karar

⁵⁰⁸AYDINLI, s.357-358; AYKAÇ, s.481 vd.; GÜZEL, s.61 vd, ÇALIK, s.87; SÜZEK, Muvazaa, s.945; TAŞKENT, Alt işveren, s.366.

⁵⁰⁹AYDINLI, s.360.

⁵¹⁰SÜZEK, s.188; AYKAÇ, s.482; AKYİĞİT, Şerh, s.104; AYDINLI, s.358.

vermiştir.⁵¹¹ Verilen karar isabetli olup aksi bir görüşün hak kayıplarına yol açacağı muhakkaktır.

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğunun tespit edilmesinin ardından alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan ve asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden faydalanamayan alt işveren işçisi de artık ilişkinin başından itibaren asıl işveren işçisi sayılacağından dolayı toplu iş sözleşmesinden faydalanabilecektir. Bu durumda taraf işçi sendikası üyelik aidatı yahut dayanışma aidatını asıl işverenden gerçek ücretler üzerinden talep edebilecektir.⁵¹²

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise muvazaa nedeniyle alt işverenlik ilişkisinin geçersizliğine dayanarak asıl işverenden talepte bulunabilecek olan işçilerin kimler olduğu hususudur. Burada bu husustan yararlanabilecek olan işçiler yalnızca alt işverenin, asıl işverene ait işyerinde çalıştırdığı işçiler olması gerekmektedir. Bu durumda muvazaalı olduğu tespit edilen alt işverenlik ilişkisinin asıl işverenine ait işyerinde çalışmayan yahut kesintili bir şekilde çalışmasını sürdüren işçiler muvazaa hükümlerinin sonuçlarından faydalanamayacaklardır.⁵¹³

c-Sosyal Güvenlik Ve Vergi Hukuku Bakımından Sonuçları

Taraflar arasında kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesiyle ve artık alt işveren işçilerinin, asıl işveren işçisi sayılmaya başlamasıyla birlikte ortaya çıkan bir diğer husus ise artık asıl işveren işçisi sayılan işçilerin sosyal güvenlik primlerine ilişkin yükümlülükler ile vergi hukukundan kaynaklı gelir vergisine ilişkin hükümlerin asıl işveren bünyesine geçmiş olmasıdır. Söz konusu bu yükümlülüklerin tamamı kamu alacağı niteliğinde ve kendilerine özgü zamanaşımı sürelerine tabidirler.

Böylece alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta iken söz konusu ilişkinin muvazaalı sayılması nedeniyle ilişkinin başından itibaren asıl işveren işçisi sayılan işçilere yönelik olarak sosyal güvenlik ve vergi borçları ile bunlara dair faiz ve gecikme cezalarını ödeme yükümlülüğü artık asıl işveren üzerinde kalmıştır.⁵¹⁴

⁵¹¹ Yargıtay 9. HD, E. 2009/25544, K. 2009/20096, T. 07.07.2009, Erişim: Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 26.08.2022.

⁵¹² AYDINLI, s.358-359; AKYİĞİT, Şerh, s.121.

⁵¹³ AYDINLI, s.359-360.

⁵¹⁴ AYDINLI, s.360; AYKAÇ, s.481.

d-İdari Para Cezası

İş Kanunu'nda alt işverenlik ilişkisinin muvazaa içermesi durumunda uygulanacak olan İdari Para Cezası Yaptırımını, Kanun'un 98. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili kanun hükmünde *“Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası, 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu para cezasının kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde takip eden her ay için aynı miktar ceza uygulanır.”* ifadelerine yer verilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise işyeri yükümlülüğüne aykırı davranan bir işverenin her işçisi için yüz TL ceza öngörülürken alt işverenlik ilişkisi kapsamında yapılan bildirimin muvazaalı olması halinde ise hem asıl işveren hem de alt işveren için ayrı ayrı cezalar öngörülmüştür. Söz konusu ceza 2022 yılı itibarıyla hem alt işveren hem asıl işverenin her biri için ayrı ayrı 105.688,00 TL'dir.

SONUÇ

İşverenin, iş kanununda yer alan koşulların gerçekleşmesi durumunda kendisine ait işyerinde başkasına ait işçileri çalıştırması mümkündür. Bu durumda kendisine ait işyerinde işçi çalıştıran kişiye “Asıl işveren” başkasına ait işyerinde işçi çalıştıran kişiye ise “alt işveren” denilecektir. Kanun koyucu, alt işverenlik kavramını temel olarak 4857 sayılı İş Kanunun 2. maddesinin 6. fıkrasında düzenlemiştir. Burada Alt İşveren, *“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.”* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya baktığımız taktirde bir işin alt işveren aracılığıyla yürütülebilmesi için bir yardımcı iş veyahut işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işin varlığı halinde İş Kanunu uyarınca alt işverenlik ilişkisi mümkün olabilecektir.

Asıl işveren ile alt işveren arasında alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçiye yönelik İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmü uyarınca müteselsil sorumluluk söz konusudur. Alt işverenlik ilişkisi kapsamında asıl işverenin müteselsil sorumluluğundan bahsedebilmemiz için kurulan ilişkinin İş Kanunu kapsamına uygun, sürdürülen ve geçerli bir alt işverenlik ilişkisi olması gerekmektedir. Bu durumda örneğin ücretini asıl işverenden tahsil edemeyen bir işçinin doğrudan alt işverene yönelmesi mümkün olabilecektir.

Alt işverenlik ilişkisi öncelikle inşaat sektöründen başlayarak daha sonra ise diğer hemen hemen bütün sektörler yönünden Türk çalışma hayatında hızlı bir yayılım göstermiştir. Ancak bu hızlı yayılım beraberinde hileli, muvazaalı bir şekilde uygulanan ve işçilerin ağır şartlar altında sömürüldüğü bir çalışma şeklini de beraberinde getirmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında asıl işverene ait işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinin hakları korunmaya çalışılmıştır. 6. fıkra da asıl işveren ve alt işverenin işçilere karşı müteselsil kapsamdaki sorumluluğu düzenlenirken 7. fıkra da ise alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesine dair sınırlar konularak hileli (muvazaalı) alt işverenlik ilişkisinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Yine 7. fıkranın devamında muvazaalı olduğu tespit edilen alt işveren ilişkisinin yaptırımı da hükme bağlanmış ve böyle bir durumun ortaya çıkması halinde muvazaalı alt işverenlik ilişkisi

kapsamında çalışmakta olan işçilerin bu ilişkinin başlangıcından itibaren asıl işverenin işçisi olarak sayılacakları düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın önüne geçilebilmesi için bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlardan ilki *“Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz”* düzenlemesidir. Burada doğrudan yasakçı dar bir görüş ile daha geniş şekilde yalnızca işçilik haklarına ilişkin değerlendirmede bulunulmasına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Diğer görüşlere nazaran daha hâkim ve isabetli olan yasal karine görüşüne göre burada adi yasal karine söz konusudur ve adi yasal karine olmasının bir özelliği olarak da muvazaa karinesinin çürütülmesi mümkündür. Zira kanun maddesinde yer alan *“aksi halde, genel olarak”* ifadeleri birlikte değerlendirildiğinde söz konusu maddenin harici durumların ortaya çıkabileceği ve çürütülebileceği görülmektedir. Bir diğer görüş olan mutlak yasak görüşüne göre ise kanunda yer alan ifadenin daha katı, kesin bir yasak olarak yorumlanması gerekmekte ve herhangi bir istisna içermemektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde muvazaanın oluşup oluşmadığına bakılmaksızın alt işveren tarafından işe alınmış olan tüm alt işveren işçilerinin muvazaalı olarak değerlendirilmesi gerektiği ve tamamının asıl işveren işçisi olarak sayılması gerektiği kanaatini ileri sürmektedir. Bu hususa ilişkin güncel Yargıtay vermiş olduğu kararlarına bakıldığında ise Yargıtay'ın mutlak yasak görüşüne katılmadığı, her durumun kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini ve İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde sayılmakta olan hususların *“adi yasal karine”* olarak sayıldığını bu nedenle aksinin kanıtlanabileceğini hükme bağladığı görülmektedir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kötü niyetli olarak kurulmasının önüne geçilebilmesinin önüne geçilebilmesi amacıyla İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında alt işverenlik uygulamasında sınır kapsamına alınan bir diğer husus ise asıl işverene ait eski işçilerle yeniden bir alt işverenlik ilişkisi kurulamayacağıdır. Söz konusu hükmün temel amacı, işverenin, eskiden yanında çalışan ve güvendiği bir işçiyi alt işveren olarak göstererek işçilerin ücretlerini düşürmek, toplu iş sözleşmeleri kurabilmelerinin önüne geçmek ve diğer yükümlülükleri atlatabilmektir. Doktrinde kanun hükmünün değerlendirilmesine ilişkin farklı görüşler bulunmakla birlikte bu görüşler söz konusu yasağın mutlak olarak değerlendirilmesi ve nispi olarak değerlendirilmesine yönelik ikiye ayrılmaktadır. Mutlak yasak görüşüne göre kanun lafzından anlaşıldığı, söz konusu kısıtlamanın mutlak ve istisnasız olup herhangi bir biçimde aksinin gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı hususudur. Bu durumda işçinin lehine bir durumun somut vakıada ortaya

çıkması ve hatta alt işverenlik ilişkisinin taraflarının bu ilişkiyi kurmakta gerçek ve samimi iradeleriyle hareket etmeleri durumunda dahi muvazaadan kaynaklı olarak alt işverenlik ilişkisinin hukuka uygun bir surette kurulduğu söylenemeyecektir. Daha isabetli olarak gördüğümüz bir diğer görüş olan nisbi yasak görüşüne göre, kısıtlama kanun lafzında her ne kadar kesin bir biçimde yer alsa da bunun kesin bir nitelikte değerlendirilmesi mümkün olmayacağı gibi niteliği gereği söz konusu kısıtlama adi yasal karine niteliği taşımakta olup aksinin ispatı da mümkün olabilecektir. Zira bu görüşe göre bir kanun hükmü Anayasa hükümlerine uygun düşecek şekilde yorumlanması gerekmekte ve mutlak şekilde değerlendirilmemesi gerekmektedir. Mutlak bir yorum ancak bir hükmün, Anayasa'ya uygun yorumunun mümkün olmaması halinde söz konusu olabilecektir. Zira söz konusu madde hükmünü katı bir şekilde yorumlamanın Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği açıktır.

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında muvazaalı alt işverenlik ilişkisine yasal karine olarak gösterilen bir diğer husus ise *“İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez”* hükmüdür. İlgili hükme bakıldığında ilk aşamada aslında bir muvazaadan ziyade doğrudan mutlak bir yasağın düzenlendiği görülmektedir. Uygulamada alt işverenlik ilişkilerinde gerçekten de birçok işletmenin ana işinin bizzat kendisini oluşturan işleri bölerek alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işveren işçilerini çalıştırdığı ve bu hususun yoğun bir şikâyet konusuna sebebiyet verdiği görülmektedir. Tüm bu nedenlerle her ne kadar alt işverenlik ilişkisinin geçerlilik koşulları İş Kanunu madde 2 fıkra 6 hükmünde sayılırken *“...asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...”* ifadesiyle asıl işin bir kısmının alt işverenlik ilişkisi kapsamında bölünmesi hususu düzenlenmiş ise de konunun önemi göz önüne alınarak bir sonraki fıkrada ek bir düzenlemeye daha gidilmiştir.

Burada asıl işin bölünmesi hususunu ikili bir ayrımla ele almak gerekecektir. Öncelikle işyerinde yürütülmekte olan işin mal, hizmet üretimi gibi farklı bölümlere ayrılamıyor ve üretim süreci bozulup, kesilmeksizin kendi içinde bölünemiyor ise söz konusu bu asıl işin alt işverenlik ilişkisi kapsamına konu edilmesi ve alt işveren işçilerinin çalışması mümkün olamayacaktır. İşyerinde hali hazırda yürütülmekte olan işin birbirini takip eden parça ve süreçlerden oluşması, mal ve hizmet üretimi gibi bölünebilmesi halinde de bu bölümlerden birinin alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işverene verilmesi halinde yine doğrudan hukuka uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu söylenemeyecektir. Zira aynı zamanda İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmü gereğince söz konusu bölünebilen bu işin,

işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık koşulunu da taşıyor olması gerekmektedir.

Yine alt işverenlik ilişkisinden bahsedilebilmesi için ortada bir asıl işverenin varlığı şarttır. Her ne kadar asıl işveren işçilerinin alt işveren işçileri ile birlikte çalışabileceğine ilişkin görüşler olsa da daha isabetli olan görüşlere göre asıl işveren işçileriyle alt işveren işçilerinin birlikte çalışmaları mümkün olamayacaktır.

Alt İşverenlik ilişkisindeki muvazaaya yönelik hükümler İş Kanunu'nun yanı sıra Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin "Muvazaanın İncelenmesi" başlıklı 12. maddesinde muvazaanın tespiti için hangi hususların değerlendirilmesi gerektiğine yer verilmiş ve bunlar 8 başlıkta sıralanmış ve Yönetmelik de şu şekilde yer almıştır: "...*(2) Muvazaanın incelenmesinde özellikle; a) Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, b) Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, c) Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı, ç) Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı, d) İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, e) Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, f) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, g) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı, hususları göz önünde bulundurulur.*" Yargıtay içtihatında da yönetmelikte yer alan bu hususları benimseyerek alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı belirlenirken hukuksal ve ekonomik bağımsızlığa sahip iki ayrı iş organizasyonu içerisinde iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığına, alt işveren işçilerinin alt işverenlik ilişkisi kapsamında alınan iş dışında başka bir işte çalıştırılıp çalıştırılmadıklarına, alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işverene verilmiş olan işin asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadıklarına, alt işverene verilmiş olan işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun

öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılıp yapılmadığının incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir

Yönetmelikte sayılmakta olan muvazaa hallerinden, İş Kanunu'nda sayılanlar dışındakilerden birinin gerçekleşmesi durumunda muvazaa şüphesi uyandıran harici bir durumun var olmaması halinde bu alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu doğrudan söylenemeyecektir. Zira Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 12 fıkra 1 hükmünde *“7’nci madde uyarınca tescili yapılan işyeri için 6’ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir.”* denilerek madde hükmünde geçen ölçütlerin somut bir alt işverenlik ilişkisinde bulunması halinde bunun sadece “kanaat” uyandırabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle kesin bir muvazaada bahsedilebilmesi için ek delillerin varlığına ihtiyaç duyulacaktır.

Alt işverenlik ilişkilerinde hangi durumda muvazaadan söz edilebileceği İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmiş olsa da muvazaanın bu hallerle sınırlı kalmayacağı açıktır. Bu sebeple doktrinde bu adi yasal karinelerin dışında başkaca muvazaa halleri de ön görülmüştür. Burada dikkat edilmesi gereken husus artık yasal bir karineden söz edilemiyor olmasıdır. Bu nedenle yasal bir karinenin söz konusu olmadığı noktada artık Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 190 ve Türk Medeni Kanunu madde 6 gereğince herkes iddia etmekte olduğu olgu ve olayı ispatla mükellef sayıldığından, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğunu iddia eden kişinin bu hususu ispat etmesi gerekecektir.

Doktrinde ön görülen muvazaa sebeplerinde ise ilki iş alan alt işverenin, işçi çalıştırmadan işi başka bir işverene vermesi durumudur. Burada kastedilen husus; asıl işverenden bir iş, ihale almış olan alt işverenin, söz konusu bu işte henüz herhangi bir işçi çalıştırmamışken, alınan bu işi bir başkasına vermiş olması durumudur. Bu durumda alt işverenlik ilişkisi kapsamında işi ihale yoluyla almış olan alt işveren, henüz kendi bünyesinde işçi çalıştırmamış olduğundan alt işveren sıfatını kazanamamış bulunmakta ve alt işveren sıfatı kazanılamadığından dolayı işi vermiş olan işveren de asıl işveren sıfatı kazanamamaktadır. Asıl işverenlik sıfatının bulunmadığı bir yerde kanuna uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından da bahsedilemeyecektir. Bu nedenle asıl işveren-alt

işveren ilişkisinde asıl işveren sıfatının kazanılabilmesi için bu sıfatı taşımak isteyen işverenin kendisine bağlı işçiler çalıştırması, bunlara iş vermesi gerekmektedir. Aksi bir durumda asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsedilemeyecektir.

Muvazaanın söz konusu olmadığı gerçek bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olabilmesi için temel olarak aranan şartlardan bir diğeri de alt işverenin, asıl işverenden kanuni sınırlamalar çerçevesinde almış ve yürütmekte olduğu ekonomik faaliyetteki organizasyonu bağımsız bir biçimde yürütebilmesidir. Aksi bir durumun varlığı halinde ortada gerçek bir alt işverenin varlığı söz konusu olmayacaktır. Alt işverenin, asıl işverenden almış olduğu iş faaliyetini yürütmekte olduğu esnada, kendi iş organizasyonu içerisinde çalışmakta olan işçiler üzerindeki yönetim, emir ve talimat hakkını bizzat kendisinin kullanması gerekmektedir.

Güncel iş hayatında sıklıkça karşılaşılan muvazaaya karine durumlardan bir diğeri de aslında işverenin, alt işverenlik kurumundan faydalanmaya yönelik herhangi bir saiki bulunmadığı halde yalnızca İş Kanunu'ndan doğan yükümlülüklerden kaçınabilmek amacıyla görünürde alt işverenlik sözleşmesi yapmasıdır. Bilindiği üzere İş Kanunu'nda doğrudan işçi sayısına bağlanmış olan ve yeterli işçi sayısının sağlanması durumunda işverene belli yükümlülükler yükleyen iş güvencesi(İş Kanunu madde 18, otuz işçi), özürlü çalıştırma zorunluluğu(İş Kanunu madde 30, elli veya daha fazla işçi), toplu işten çıkarma gibi işverenlere yüklenmiş olan yükümlülüklerden kurtulabilmek amacıyla kendisine bağlı olarak çalışmakta olan işçilerin sayısına düşürebilmek için görünürde alt işverenlik sözleşmeleri kurarak kendisine bağlı olan işyeri bölümlerini ve işçi sayılarını azaltmakta, böylece kendisine yüklenen mesuliyetlerden kaçınmaya çalışmaktadır.

Bir diğer görüşe göre ise her ne kadar İş Kanunu'nda işveren açısından işçi sayısına bağlı olarak düzenlenmiş olan yükümlülükler bulunsun da işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından işçilerin hayat hakkı da göz önüne alınarak bu yükümlülüklerde işçilerin hangi işverenin işçisi olduğu hususu göz önüne alınmaksızın hareket edilmesi gerekmektedir. Kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisi muvazaalı olsun yahut olmasın, işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin yükümlülüklerde fiilen çalışmakta olan alt işveren ve asıl işveren işçi sayısı bütün olarak dahil edilmelidir. Ancak kanaatimizce bu görüşün isabetli olduğunu düşünmüyoruz. Zira işçi sayısına yönelik düzenlemeler kanun lafzında açık bir surette düzenlenmiş olup, alt işveren işçilerinin de asıl işveren işçi sayısına dahil edilmeleri kanunun lafzına ve amacına aykırılık teşkil edecektir.

Alt işverenlik ilişkisinin niteliği gereği alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışma olan işçilerin işe alımı, işten çıkartılması ve bu işçilerin her türlü çalışma şartının bizzat alt işveren tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olabileceğine ilişkin ortaya çıkan bir diğer etmen ise asıl işverenin, alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçileri bizzat kendisinin işe alması, işten çıkarması ve işçilerin çalışma şartlarını kendisinin belirlemesi hususudur. Böyle bir hususun varlığı, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğu iddiasını gündeme getirecektir. Burada dikkat edilmesi gereken konu ise asıl işverene bilgi verilmesi zorunluluğu ile doğrudan asıl işverenin yetkili kılınması hususlarının karıştırılmamasıdır. Zira her ne kadar alt işveren işçilerinin işe alımında ve işten çıkartılmasında tek yetkili alt işveren olsa da işin, asıl işverene ait işletmede yürütüldüğü ve iş sürecinin aksama olasılıkları göz önüne alındığında bu tür işlemlerin öncesinde asıl işverene bilgi verilmesi zorunluluğu muvazaaya sebebiyet vermemelidir.

Doktrinde isabetli olarak muvazaaya karine olarak gösterilen bir diğer durum ise alt işveren işçilerinin alt işverenlik sözleşmesi kapsamı dışındaki işlerde çalıştırılmaları durumudur. Alt işverenlik ilişkisinin kurulma aşamasında alt işverenlik sözleşmesinde alt işveren işçilerinin hangi iş kolunda ve hangi amaçla çalışacağı yer almaktadır. Ancak uygulamada bazı durumlarda alt işveren işçilerinin, alt işverenlik ilişkisinin kurulma amacıyla ilgisiz farklı alanlarda çalıştırıldıkları görülebilmektedir. Bu durum da yine kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğuna dair tereddüt uyandıracaktır.

Yine alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işveren işçilerinin çalışmaları esnasında kullanacakları ekipmanların bizzat alt işverenin kendisince temin edilmesi gerekmektedir. Alt işverenlik ilişkisi kapsamında alt işverenin üstlenmiş olduğu işte kullandığı ekipmanların asıl işveren tarafından sağlanması yahut asıl işverenin sermayesinin düşük olması gibi hususlar Yargıtay tarafından muvazaa kriterleri olan öngörülmektedir.

Tüm bu hususlara değindikten sonra artık muvazaanın denetimine değinmek istemekteyiz. İş hukukumuzda, çalışma hayatına ilişkin denetim ve teftişler İş Kanunu'nun Çalışma Hayatının Denetim ve Teftişi başlıklı 91 ile 97. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu bu denetim ve teftişler bir ihbar veya şikâyet üzerine gerçekleştirilebileceği gibi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği gereği bakan onayıyla gerçekleştirilen yıllık genel çalışma planı ve söz konusu plan sınırları içerisinde iş teftiş müfettişlerine verilen teftiş görevlendirmeleri kapsamında da gerçekleştirilebilir. Söz

konusu bu teftiş görevlerini bakan, iş teftiş kurulu başkanı ve iş teftiş kurulu grup başkanı tarafından verilebilecektir. Bir diğer inceleme yetkisi ise İş Kanunu madde 3 hükmünde düzenlenmiştir. İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmü ile bölge müdürlüğü nezdindeki iş müfettişlerine, bildirim yapılmış olan alt işverenlik ilişkisinin denetimi, muvazaalı işlem içerip içermediği ve alt işverenlik ilişkisinin geçerliliği konusunda yetki verilmiş ve gerekli görülmesi halinde bölge müdürlüğünce yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve bu hususla ilgili diğer ilgili evrakların iş müfettişlerine inceletileceği hususu hükme bağlanmıştır.

İş müfettişleri tarafından alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığına ilişkin yapılacak inceleme sırasında özellikle göz önüne alınması gereken hususlar Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 12 hükmünde sayılmıştır. İş müfettişlerince yapılacak olan incelemede yalnızca yönetmelikte özel olarak belirtilen hususlar değil aynı zamanda İş Kanunu kapsamında alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğuna dair karine teşkil eden hususların, işyerine dair her türlü somut durumun, işyeri kayıtlarının incelenmesi ve gerektiği durumda İş Kanunu madde 92/2 gereğince işçiler ve işverenlerle görüşmelerin sonuçlarını da göz önüne alacaklardır.

Alt İşverenlik Yönetmeliği ile iş müfettişlerinin muvazaaya ilişkin incelemelerinde göz önüne almaları gereken bir diğer husus ise yönetmeliğin madde 12/2-b hükmünde zikredilmiştir. Söz konusu madde hükmüne baktığımızda iş müfettişine, yalnızca alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığına değil aynı zamanda verilen işin bir uzmanlık alanı gerektirip gerektirmediğine ilişkin de inceleme yetkisi verildiği görülmektedir. İş Kanunu ile iş müfettişine verilen yetki yalnızca muvazaanın tespitine ilişkinken aynı zamanda verilen işin bir uzmanlık alanı gerektirip gerektirmediğine ilişkin yönetmelik ile verilen yetkinin normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle iptalinin gerektiği düşüncesindeyiz. Zira iş müfettişinin uzmanlık alanı ile ilgili her konuda bilgi sahibi olması mümkün olmayıp, böyle bir durumun haksız sonuçlara sebebiyet verebileceğini düşünüyoruz.

Alt İşverenlik Yönetmeliği kapsamında iş müfettişinin, alt işverenlik ilişkisini incelemesi sırasında göz önüne alacağı kriterlerden diğer ikisi de “*Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı*”, “*İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı*” hususları olmakla birlikte bu her iki kriter de doktrinde eleştirilmektedir. Zira her iki hususun da tam olarak neyi ifade ettiği anlaşılamamakla birlikte belirsizliklere yol açmaktadır. Kanımızca da bu maddelere ilişkin eleştiriler haklı

olup, böyle muğlak bırakılan bir durumda bu hususların bakanlık tarafından belirlenmesi ve incelenebilmesi oldukça güç durmaktadır.

Muvazaa incelemesine ilişkin göz önüne alınacak olan bir diğer kriter de alt işverenlik ilişkisinin kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve mevzuattan kaynaklanan haklarının kısıtlanması kastı arayıp aramadığı hususudur. Alt İşverenlik Yönetmeliğinde sayılan bu husus da kamusal yükümlülüklerden kaçınmak hususunun oldukça geniş ve belirsiz olması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir. Zira bir işyerinde, alt işverenlik ilişkisinin kurulmasıyla birlikte işçi sayısının yüz ellinin altına düşmesi ve kreş kurma yükümlülüğünün ortadan kalkması yahut işçi sayısının ellinin altında kalmasıyla yüzde üç oranındaki engelli çalıştırma yükümlülüğünün ortadan kalkması gibi bir durumun ortaya çıkmasına rağmen, kurulan alt işverenlik ilişkisinin gerçek ve samimi bir biçimde kurulmuş olması mümkün olabilecektir. Bu durumda yalnızca bu kriter göz önüne alınarak doğrudan muvazaa tespiti yapılabilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Muvazaa incelemesinin iş müfettişleri tarafından yapılacağı zamanı ise İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmü ile belirlenmiştir. İlgili madde uyarınca alt işverenin yapmış olduğu tescil başvurusundan sonra tescili yapan bölge müdürlüğü iş müfettişlerince gerektiği durumda tescil edilen alt işverenlik ilişkisi incelenebilecektir. Görüldüğü üzere alt işverenlik ilişkisinde ilişkinin denetimi işyerinin tescilinden sonra gerçekleşecektir.

İş Kanunu madde 3 fıkra 2 hükmü gereğince iş müfettişlerince yapılan muvazaa tespitine karşı itiraz mümkündür ve bu itiraz basit yargılama usulüne göre görülerek dört ay içerisinde sonuçlandırılacaktır. Verilen karara karşı temyiz yoluna gidilmesi durumunda ise Yargıtay tarafından altı ay içerisinde karar verilecektir. İş müfettişinin raporunun kendisine tebliğ edilen işverenler söz konusu itiraz davasını ayrı ayrı açabilecekleri gibi birlikte açmaları da mümkündür. Bu durumda birlikte dava açılması halinde her iki işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır.

Muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin yaptırımı hususu İş Kanunu madde 2 fıkra 7 hükmünde düzenlenmiş ve alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olarak kurulduğunun anlaşılması üzerine, asıl işveren ve alt işveren yapmış oldukları bu işlemlerle arzu ettikleri sonuca ulaşamayacakları ve alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin bu ilişkinin başlangıcından itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak İş Kanunu'ndan, iş

sözleşmesinden ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını asıl işverenden talep edebilecekleri belirtilmiştir.

Kurulan alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olmasının bir diğer etkisi ise bireysel işçilik alacakları ile toplu iş hukukundan kaynaklı haklarda kendisini gösterecektir. Zira alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçilerin işçilik hakları geçmişe dönük olarak ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisiymiş gibi yeniden hesaplanması ve değerlendirilmesi gerekecektir. Alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçiler, alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın kesinleşmesinden sonra artık ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaklarından dolayı ücret, ücrete göre belirlenen ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, kıdem tazminatı, sendikal tazminatlar, yıllık izin ücreti gibi tazminat ve haklar artık asıl işverenin kendi işçilerine uyguladığı şartlar üzerinden değerlendirilecek ve talep edilebilecektir. Tüm bu işçilik alacakları, başlangıçtan itibaren asıl işverenin çalışanı olsalardı hangi miktar ve oranlarda talep edilecekse o miktar ve oranlarda talepte bulunulacaktır

Taraflar arasında kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisinde, alt işveren işçileri, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmelerinden faydalanamayacaklardır. Ancak alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesi halinde artık muvazaalı olarak kurulmuş olan alt işverenlik ilişkisi kapsamında çalışmakta olan alt işveren işçileri, ilişkinin başından itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaklarından dolayı taraf işçi sendikasının üyesi olması veyahut dayanışma aidatı ile talepte bulunması şartıyla işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin uygulama alanında bulunacaklardır. Bu durumda kanımızca da isabetlidir zira diğer bütün çalışma hakları gibi toplu iş sözleşmelerinden de faydalanmaları zaruridir. Aksi bir durum aynı işveren altında çalışmakta olan işçiler arasında İş Kanunu'na aykırı bir ayrımcılık durumu yaratacaktır.

Sonuç itibarıyla İş Kanunu, Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Yargıtay içtihatı çerçevesinde incelendiği takdirde. Alt işverenlik ilişkisi kapsamında muvazaaya yönelik kastı bulunan asıl işverenin, bu kastındaki amacının işçiyi gerek ücret gerekse diğer haklar yönünden daha zayıf ve güçsüz bir konumda tutarak çalıştırma gayesi olduğu ancak getirilen düzenlemeler neticesinde asıl işverenin bu gayesinin önüne geçilebildiği ve işçilerin haklarının korunduğu görülmektedir. Burada temelde dikkat edilmesi gereken husus ise alt işverenlik ilişkisindeki muvazaayı engellemeye yönelik karinelerin uygulamasının iş hayatındaki dinamik yapıyı bozmayacak ölçüde ve hakkaniyete uygun olarak uygulanmasıdır. Zira katı uygulamaların bulunduğu bir durumun çalışma barışını da olumsuz yönde etkileyeceği aşikardır. Bu

nedenle her ne kadar işçilerin haklarının korunması ve kötü niyetli uygulamaların engellenmesi hayati bir önem taşımakta ise de bu önlemler alınırken ve tespitler yapılırken samimi bir şekilde alt işverenlik ilişkisini yürütmekte olan asıl işverenlerin iş düzenlerinin katı yorumlamalarla engellenmemesi gerekmektedir.



KAYNAKÇA

ADAY, Nejat Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

AKTAY, Nizamettin, “Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar”, KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.3, S.3, 1994, s.11-23, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/pdf/332.pdf>.

AKIN, Levent, İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

AKIN, Levent, Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği, AÜHFD, 2011, S.4, s.733-774, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624322>.

AKYİĞİT, Ercan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2013.

AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021 (İş Hukuku).

AKYİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.52 (Bireysel).

AKYİĞİT, Ercan, “Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.22, S.4-5, 2009-2010, s.1-38, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1349444406.pdf>, Erişim Tarihi:14.08.2022 (Alt işveren).

AKYİĞİT, Ercan, İctihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, C.1 Ankara, 2008 (Şerh).

AKYİĞİT, Ercan, “Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.23, S.4, 2011, s.1-33, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1347536835.pdf>, Erişim Tarihi:18.08.2022.

AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999.

ALPAGUT, Gülsevil, “4857 Sayılı İş Yasası İle Alt işveren Yasasındaki Yeni Yapılanma”, Yeni İş Yasasının Alt işveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve

Uygulama Merkezi İle 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İNTES, İnşaat ve Sanayii Yayınları, No:10, Ankara, 2004, s.16-25, Erişim: <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, Erişim Tarihi:17.09.2021.

ALPAGUT, Gülsevil, “Alt İşveren Yönetmeliğinin Hukuka Aykırılığı Üzerine”, İşveren Dergisi, C.47, S.2, 2008, s.58-62 (Yönetmelik).

ALPAGUT, Gülsevil, “Alt İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği ile İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler”, İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara, 2008, s.32-56 (İş Sağlığı).

ALPAGUT, Gülsevil, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.20, 2008, s.1347-1359 (Hukuka Uygunluk).

ANDAÇ, Faruk, İş Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.

ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

ARICI, Kadir, “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C.55, S.1, İstanbul, 2011, s.485-509.

ARSLAN ERTÜRK, Arzu, “6552 Sayılı Kanunun 4857 Sayılı İş Kanunu ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Getirdiği Yenilikler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.45, 2015, s.173-195, Erişim: <https://www.calismatoplum.org/makale/6552-sayili-kanunun-4857-sayili-is-kanunu-ile-6356-sayili-sendikalar-ve-toplu-is-sozlesmesi-kanununa-getirdigi-yenilikler>, Erişim Tarihi:24.08.2022.

ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler Geçici İş İlişkisi- Asıl İşveren- Alt İşveren, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

ATAMULU, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

AYAN, Özge, “Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, S.10, s.499-531.

AYDIN, Ufuk, “6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkileri”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C.5, S.1, 2015, s.9-31, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/297164>, Erişim Tarihi:22.08.2022.

AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

AYKAÇ, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

AYKAÇ, Hande Bahar, “Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş Yardımcı İş Ayrımı”, Çalışma ve Toplum Dergisi S.46, 2015, s.95-121. Erişim: <https://www.calismatoplum.org/makale/altisvereniliskisinde-asilis-yardimciisayrimi#:~:text=Yarg%C4%B1tay%20ayn%C4%B1%20y%C4%B1l%20verdi%C4%9Fi%20di%C4%9Fer,oldu%C4%9Fu%20a%C3%A7%C4%B1kt%C4%B1r%E2%80%9D%20de%C4%9Ferlendirmesinde%20bulunmu%C5%9Ftur83>, Erişim Tarihi: 17.08.2022.

AYKAÇ, Hande Bahar, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İş Hukukunun Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.25, 2010, s.101-134.

BAŞBUĞ, Aydın, **YÜCEL BODUR**, Mehtap, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

BAŞBUĞ, Aydın, “İş Mevzuatının Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlara Çözüm Üretmekteki Yetersizliği”, İş ve Hayat Dergisi, S.3, 2016, s.9-21, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/374426>, Erişim Tarihi: 24.09.2021.

BAŞBUĞ, Aydın, “İşveren Vekilinin İşvereni Dolaylı Temsili ve İş Hukuku Açısından Sonuçları”, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.3, 2004, s.15-35, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/pdf/732.pdf>, Erişim Tarihi:25.08.2022.

CANBOLAT, Talat, Türk İş Hukukunda Asıl-Alt İşveren İlişkileri, Kazancı, İstanbul 1992.

CANBOLAT, Talat, “4857 Sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri.” 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri Sempozyumu), 2016, s. 25-58, Erişim: <https://testapi.aybu.edu.tr/admin/genel/GetFile?id=294635fb-e1e8-46de-a2a51c48bdc22673.pdf>, Erişim Tarihi:28.08.2022 (Uygulama Sorunları).

CENTEL, Tankut, “Alt İşveren Yönetmeliği”, İşveren Dergisi, C.47, S.2, 2008, s.56-57.

CENTEL, Tankut, “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.10, 2008, s.5-13.Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6338_NQX5JRH8RT10.pdf, Erişim Tarihi: 21.08.2022 (Değişiklik).

CENTEL, Tankut, Yeni İş Yasasının Alt işveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İNTES, İnşaat ve Sanayii Yayınları, No:10, Ankara 2004, s.51-54, Erişim: <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, Erişim Tarihi:30.08.2022.

CENTEL, Tankut, “Taşeron İşçinin Muvazaa İddiası (Karar İncelemesi)”, T.İ.D, S.296, 2004, s.34-36.

ÇALIK, Abdurrahman, “Son Düzenlemelere Göre Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkileri ile İlgili İncelemeler”, ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi, C.2, S.1, 2014, s.62-90, Erişim: <https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, Erişim Tarihi:20.08.2022.

ÇANKAYA, Osman Güven, **ÇİL**, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.

ÇANKAYA, Osman Güven, **ÇİL**, Şahin, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, 2006, s.54-81, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6345_6VMB1UCXMP3.pdf, Erişim Tarihi:17.08.2022.

ÇANKAYA, Osman Güven, “Rödövans Alt İşverenlik Sözleşmesi midir?”, KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.13, S.3, 2014, s.1-21, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/pdf/1331.pdf>, Erişim Tarihi:02.09.2021 (Rödövans).

ÇANKAYA, Osman Güven, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.6, S.4, 2002, s.15-29 (Sorunlar).

ÇELİK, Nuri, **CANİKLİOĞLU**, Nurşen, **CANBOLAT**, Talat, **ÖZKARACA**, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

ÇELİK, Nuri, “İş Hukukumuzda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, 2010, s.5-17, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6324_CI94422ANG17.pdf, Erişim Tarihi:21.08.2022.

ÇELİK, Nuri, “Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, 2009, s.83-93, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6328_KMPHZ8VTBI13.pdf, Erişim Tarihi:20.08.2022, (Koşullar).

ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

ÇİL, Şahin, “Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyum, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.5-126 (Alt İşveren).

DEMİR, Ender, “Asıl İşveren ile Alt İşverenin Müteselsil Sorumluluğu”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, 2016, s.825-887.

DEMİR, Fevzi, Sorularla Bireysel İş Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, Erişim: http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/soru_birey_is_huk_1.pdf, Erişim Tarihi:20.09.2021.

DEMİRCİOĞLU, Murat, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2007.

DEMİRCİOĞLU, Murat, **KORKMAZ**, Doğan, **KAPLAN**, Hasan Ali, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar”, Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar Panel ve Görüşmeler, Antalya İş Müfettişleri Derneği, Antalya, 2009, s.19-51 (UYGULAMA).

DOĞAN YENİSEY, Kübra, **KABAKCI**, Mahmut, Gönüllü Emeği ve İş Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.

EKİN, Nusret, “Küresel Dönüşümde Sosyal Çelişkiler ve Yeni Vizyon” KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.5, S.3, 2000, s.161-171, Erişim: <https://www.tuhis.org.tr/pdf/5310.pdf>, Erişim Tarihi:21.08.2021.

EKMEKÇİ, Ömer, **YİĞİT**, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

EKMEKÇİ, Ömer, “26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine”, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2002, s.49-97 (Tasarı).

EKMEKÇİ, Ömer, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları”, MESS Mercek Dergisi, S.6, 2003, s.132-139 (Dava).

EKMEKÇİ, Ömer, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkilerinde İSG Uygulamaları”, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu: Tebliğler ve Tartışmalar, ÇEİS, İzmir 2008, s. 57-64 (Uygulamalar).

EKMEKÇİ, Ömer, “Kamu İşvereni’nin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa’nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali” Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.12, 2006, s.1173-1180 (KAMU).

EKONOMİ, Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, s.21-52.

EKONOMİ, Münir, “4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.12, s.5-24, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6331_XW1BOXYI2P12.pdf, Erişim Tarihi:20.08.2022 (Sayısal).

ELBİR, Halid Kemal, “Asıl İşveren-Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler”, İş Hukuku Dergisi, S.1, 1991, s.5-17.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ESENER, Turhan, **GÜNDOĞDU**, Fatih, Borçlar Hukuku 1 Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

ESENER, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956, s.56, Erişim: <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/11728>, Erişim Tarihi: 10.08.2022 (Muvazaa).

EYRENCİ, Öner, **TAŞKENT**,Savaş, **ULUCAN**, Devrim, **BAŞKAN**, Esra, Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

EYRENCİ, Öner, “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, 2004/1, s.15-56.

GEREK, Nüvit, “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 Sayılı Kanunun Düşündürdükleri”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.25, S.3-4-5-6, s.1-20.

GEREK, Nüvit, **ORAL**, İlhan, “Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.1, 2006, s.29-35, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6347_9K7157B39V1.pdf, Erişim Tarihi: 05.11.2021.

GÖKTAŞ, Seracettin, “Vakıf Üniversiteleri İle Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.29, S.1, 2021, s.581-621, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/59423/868308>, Erişim Tarihi: 14.06.2021.

GÖKTAŞ, Seracettin, “Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.12, 2008, s.97-106. Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6331_XW1BOXYI2P12.pdf, Erişim Tarihi: 30.08.2022 (Sorunlar).

GÜLEŞCİ, Yusuf, Kamu İş Yerlerinden Alt işveren Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku (Yeni İş Yasaları), Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015 (ŞERH).

GÜNAY, Cevdet İlhan, “Yargıtay Kararları Açısından Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi”, Yeni İş Yasasının Alt işveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İNTES, İnşaat ve Sanayii Yayınları, Ankara, 2004, s.25-35, Erişim: <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, Erişim Tarihi: 16.08.2022 (Yargıtay).

GÜVEN, Ercan, **AYDIN**, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Nisan Yayınları, Eskişehir/İstanbul, 2020.

GÜZEL, Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt işveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.1, 2004, s.31-66, Erişim: <https://www.calismatoplum.org/makale/is-yasasına-gore-alt-isveren-kavrami-ve-asil-isveren-alt-isveren-iliskisinin-sinirlari>, Erişim Tarihi: 02.09.2021

GÜZEL, Ali, “Alt İşveren Taşeron Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri”, Çimento İşveren Dergisi, C.7, S.5, 1993, s.3-11 (Taşeron).

HALMAN ÇETİN, Emine, İş Hukukunda Alt İşveren Asıl İşveren ile Muvazaa, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019.

HEKİMLER, Alpay “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki Yasal Çerçevesi”, Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, C.1, S.2, s.1-10, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/bsbd/issue/43802/538078>, Erişim Tarihi: 03.09.2022.

KABAKCI, Mahmut, **HACIOĞLU**, Arzu, “Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.36, s. 91-106, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6695_YAESR973B5sicilsayi36.pdf, Erişim Tarihi: 05.08.2022.

KARAHAN, Atilla, “Dış Kaynak Kullanımının Verimlilik Üzerine Etkisi: Hastane Yöneticileri Üzerine Bir Araştırma”, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.12, S.21, 2009, s.185-199, Erişim: <https://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423872350.pdf>, Erişim Tarihi:10.08.2021.

KARAHİSAR, Tuba, “Basın İş Kanunu’na Göre Gazetecilerin Yasal Hakları” Marmara İletişim Dergisi, C.13, S.13, 2014, s.67-82.

KARAKAŞ, İsa, İş Kanunu Uygulaması İhtilafları ve Çözümü, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017.

KARAYALÇIN, Yaşar, Miras Bırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı? Bir Tartışma, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.

KILIÇOĞLU, Mustafa, **ŞENOCAK**, Kemal, İş Kanunu Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

KIVILCIM, Fulya, “Küreselleşme Kavramı ve Küreselleşme Sürecinin Gelişmekte Olan Ülke Türkiye Açısından Değerlendirilmesi” Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C.5, S.1, 2013, s.219-230.

KIZILOĞLU, Hakkı, “Alt İşverenlik Mevzuatında Son Durum”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.15, 2009, s.97-102, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6326_JX95YF15PZ15.pdf, Erişim Tarihi: 20.08.2022.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

KÖME AKPULAT, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

LİMONCUOĞLU, Alp Siyami, Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Güvenceli Esneklik, Yazarın Kendi Yayını, İzmir, 2010.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **ASTARLI**, Muhittin, **BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku, Lykeion yayıncılık, Ankara, 2022.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **ASTARLI**, Muhittin, **BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Bireysel İş Hukuku, Lykeion yayıncılık, Ankara, 2021 (DERS).

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, “4857 Sayılı İş Kanununun Getirdiği Bazı Önemli Yenilikler”, KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.4, 2004, s.1-37, Erişim: www.yumpu.com/tr/document/read/32217827/4857-sayl-yeni-is-kanununun-getirdigi-onemli-baz-yenilikler, Erişim Tarihi:20.09.2021.

NARMANLIOĞLU, Ünal, Ferdi İş İlişkileri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Legal Vefa Toplantıları, İstanbul, 2008, s.53-72 (sorumluluklar).

NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

OĞUZMAN, Kemal, **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

ÖZCAN, Şeref, “Tersane İşyerlerinde Mevcut Olan İş İlişkileri Bağlamında İş Sağlığı ve Güvenliği, 2. Çalışma Yaşamı Kongresi, İş Müfettişleri Derneği Yayını, Ankara, 2008, s.95-122.

ÖZDEMİR, Erdal, Yetkiye Dayanan Temsil ve Nam-ı Müstear Uygulaması, Adalet Yayınları, Ankara, 1994.

ÖZKAYA, Eraslan, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968.

SAYMEN, Ferit, **ELBİR**, Halid Kemal, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1958.

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayınları, İstanbul, 2005, s.219-234 (Muvazaa).

SEVER, Çiğdem, “Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversitesi ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü”, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.159, 2016, s.1175-1216,

Erişim:https://www.researchgate.net/publication/340815019_BIR_KAMU_KURUMU_OLARAK_VAKIF_UNIVERSITELERI_VE_BU_UNIVERSITELERDE_CALISAN_AKADEMISYENLERIN_HUKUKI_STATUSU, Erişim Tarihi: 14.06.2021.

SOYER, M. Polat, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.1, 2006, s.16-28, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6347_9K7157B39V1.pdf, Erişim Tarihi:22.09.2021.

SUBAŞI, İbrahim, “İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi”, Prof. Dr. Sarper Süzük’e Armağan, C.1, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.125-187.

SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020

SÜMER, Haluk Hadi, “Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka Alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.15, 2009, s.104-112.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

SÜZEK, Sarper, Bireysel İş Hukukunu Bugünü ve geleceği, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, 2009, s.5-28, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6327_P1AB8O0B2Z14.pdf, Erişim Tarihi:10.08.2021 (ESNEKLİK).

SÜZEK, Sarper, Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.25, 2010, s.11-30 (ALT İŞVEREN).

SÜZEK, Sarper, “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, DEÜHFD, C.15, 2013, s.311-330, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756522>, Erişim Tarihi: 04.08.2022 (İşyerinin Devri).

SÜZEK, Sarper, “İşe İade Davalarında Yargı Kararı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.40, 2018, s.11-20,

Erişim:https://www.mess.org.tr/media/files/6874_MVSIFGNNGZsicil_01.2019.pdf, Erişim Tarihi:05.08.2022 (Yargı Kararı).

SÜZEK, Sarper, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.27, 2010, s.934-947 (Muvazaa).

SÜZEK, Sarper, Yeni İş Yasasının Alt işveren Kurumuna Bakışı Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi İle 06 Mayıs 2004 Tarihinde Ortaklaşa Düzenlenen Toplantı Notları, İNTES, İnşaat ve Sanayii Yayınları, Ankara 2004, Erişim: <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, Erişim Tarihi:16.08.2022 (Yeni İş Yasası).

SÜZEK, Sarper, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Gerçekleştirilen Alt İşverenlik ve İşçi Temini Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C.1, 2016, s. 707-716 (Armağan).

ŞAFAK, Can, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.51, 2004, s.111-132, Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-51-5>, Erişim Tarihi: 17.09.2021.

ŞAHLANAN, Fevzi, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ile 06 Mayıs 2004 Tarihinde Düzenlenen Toplantı Notları, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara, 2004, Erişim: <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/yeni-is-yasasinin-alt-isveren-kurumuna-bakisi.pdf>, Erişim Tarihi: 04.09.2022.

ŞAHLANAN, Fevzi, “Yeni İş Kanunu’nun Getirdikleri”, Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri, TİSK Yayınları, İzmir, 2003, s.29-43 (İş Kanunu).

ŞAHLANAN, Fevzi: “İşyeri Devri ile Asıl İşveren-Alt İşveren (Karar İncelemesi)”, T.İ.D, S.333, 2007, s. 2-4 (Karar İncelemesi).

ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

ŞEN, Murat, **NANECİ**, Aslı, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.15, 2009, s.24-53, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6326_JX95YF15PZ15.pdf, Erişim Tarihi:14.04.2022.

ŞEN, Sabahattin, “Yeni İş Yasasında Alt İşverenlik”, Sendikal Notlar, Petrol-İş Yayınları, 2003, s.84-101, Erişim: <https://www.petrol-is.org.tr/sites/default/files/19-agustos2003.pdf>, Erişim Tarihi:13.08.2022 (Sendikal Notlar).

ŞUĞLE, Mehmet Ali, İş Hukuku Açısından Gazeteci, Çağdaş Gazeteciler Derneği Yayınları, Ankara, 2001.

TAŞKENT, Savaş, Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

TAŞKENT, Savaş, “Alt İşveren”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004, S. 2, s. 363-367 (Alt İşveren).

TEKİNAY, Selahattin, **AKMAN**, Sermet, **BURCUOĞLU**, Haluk, **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1993.

TOKOL, Aysen, Türk Endüstri İlişkileri Sistemi, Dora Yayınevi, Bursa, 2015.

TUNCAY, Can, **SAVAŞ KUTSAL**, Burcu, Toplu İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **CENTEL**, Tankut, İş Hukuku Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

UÇUM, Mehmet, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, 2003.

UYGUR, Turgut, Türk Borçlar Kanunu Şerhi M.D 1-236, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

ÜLGEN, Hüseyin, **HELVACI**, Abuzer, **KAYA**, Arslan, **NOMER ERTAN**, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

ÜRCAN, Gülümnden, “Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.19, 2008, s.959-1004.

YAVUZ, Cevdet, **ACAR**, Faruk, **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

YILDIZ, Gaye Burcu, “Kamu İşveren Sendikalarının Alt İşverenlerce Yetkilendirilmesine İlişkin Yasal Düzenlemenin Değerlendirilmesi” Sicil İş Hukuku Dergisi, S.34, 2015, s.90-102, Erişim: https://www.mess.org.tr/media/files/6555_X6YQIV063Isicil_34.indd.pdf, Erişim Tarihi:04.08.2022.

YILDIZ, Muhammed Enes, İş Hukukunda Bildirim, Oniki levha Yayınları, 2021.

YILMAZ, Ejder, “Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası”, Çimento İşveren Dergisi, C.23, S.1, 2009, s.4-22, Erişim: <https://33doxp2ncc21zsc1r9kym919-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/10/2009ocak.pdf>, Erişim Tarihi:20.08.2022.

Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Dergisi, “Soru, Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt işveren”, Ankara 2012, Yayın No:318, s.7-12. (Erişim: <https://docplayer.biz.tr/115644-Turkiye-isveren-sendikaları-konfederasyonu-soru-cevap-ve-sorunlarıyla-is-hukukunda-alt-isveren.html>, Erişim Tarihi:10.08.2021).

TİSK, TOBB ve TÜSİAD’ın Esneklik Konusunda Ortak Görüş ve Önerileri Metni, 2009, s.1-17.(Erişim: <https://tusiad.org/tr/tum/item/2364-tisk--tobb-ve-tusiadin-esneklik-konusundaki-ortak-gorus-ve-onerileri>, Erişim Tarihi:21.08.2021).

<http://www.lugatim.com/s/muvazaa>