

Yrd. Doç. Dr. Yusuf YİĞİT

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

 **E K İ N**
Basım Yayın Dağıtım

2014

© 2014 Ekin Yayınevi

Tüm hakları mahfuzdur. Bu kitabın tamamı ya da bir kısmı 5846 Sayılı Yasa'nın hükümlerine göre, kitabı yayınlayan yayınevinin izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ya da herhangi bir kayıt sistemi ile çoğaltılamaz, özetlenemez, yayınlanamaz, depolanamaz.

Sertifika No: 0607-16-008681

ISBN: 978-605-327-083-6

Sayfa Düzeni / Kapak Tasarımı: Aslı AYRANCI

Baskı ve Cilt:

Star Ajans Ltd. Şti.
Alaaddinbey Mah. 634. Sk.
NİLTİM Ayaz Plaza No: 24
Tel. (0224) 249 33 20
Sertifika No: 15366

Baskı Tarihi: Ekim 2014

EKİN Basım Yayın Dağıtım

Şehreküstü Mah. Cumhuriyet Cad.
Durak Sk. No: 2 Osmangazi / BURSA
Tel .: (0.224) 220 16 72 - 223 04 37
Fax.: (0.224) 223 41 12
e-mail: info@ekinyayinevi.com
www.ekinyayinevi.com

*“Yetişmemde emeęi olan
tüm Hocalarıma...”*

ÖNSÖZ

İş sözleşmesinin devri, Türk İş Hukuku açısından öncelikle öğreti ve yargı içtihatlarında gündeme gelmiş, ardından da yasal düzenlemelere konu olmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu Taslağında yer almasına rağmen, kabul sürecinde yasalaşmamış, yaklaşık 10 yıl sonra yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanununda yerini bulmuştur.

Özellikle holding veya şirket topluluklarında gündeme gelen iş sözleşmesinin devri uygulaması, sözleşme sona ermeden işçinin bir işverenden bir başka işverene devrini konu edinmektedir. Devir sürekli olarak gerçekleşmekte ve tarafların iradesine dayanmaktadır. Devrin sürekli niteliği onu geçici iş ilişkisinden, iradi olması da işyeri devrinden ayırmaktadır.

Doçentlik çalışması olarak ele aldığımız ve “İş Sözleşmesinin Devri” ismiyle hazırlamış olduğumuz bu çalışmada, iş sözleşmesinin devrinin sonuçları hem Bireysel İş Hukuku hem Toplu İş Hukuku hem de Sosyal Güvenlik Hukuku açısından ele alınmıştır.

Öncelikle bu konuyu şahsıma öneren, hiçbir zaman desteğini esirgemeyen ve öğrencisi olmaktan onur duyduğum Doktora Tez Danışmanım değerli Hocam Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER’e en içten duygularıyla teşekkür ediyorum.

Ayrıca Yüksek Lisans Tez Danışmanım Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI Hocam’a da yetişmemde sunduğu katkılar için teşekkür borçluyum.

Çalışmanın okunması ve değerlendirilmesinde katkılarını hiçbir zaman esirgemeyen değerli dost ve meslekdaşlarım; Doç. Dr. Bünyamin BACAK’a, Doç. Dr. Suat UĞUR’a ve Yrd. Doç. Dr. Vedat LAÇİNER’e çok teşekkür ediyorum.

Yine sürekli olarak görüş alışverişinde bulunduğum Şanlıurfa Büyükşehir Belediyesi Teftiş Kurulu Başkanı değerli dostum Av. Lamih Mikdat ÇELİK’e tüm görüş ve önerileri için şükran borçluyum.

Nihayet tüm çalışmalarımda desteğini hiçbir zaman esirgemeyen değerli kardeşim Dr. Özgür TOPKAYA’ya da minnettarım.

Mesleki yaşamımın ağırlıklarına benimle birlikte katlanan sevgili eşim Özge ve sevgili kızım Nergis'e sonsuz sevgilerimi sunuyorum.

Çalışmamın kitap olarak basımını üstlenen Ekin Yayınevi yönetimi ve çalışanlarına da teşekkür borçluyum.

Çanakkale, Ekim 2014
Yrd. Doç.Dr. Yusuf YİĞİT

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİ VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ KAVRAMLARI VE BU KAVRAMLARIN BENZER HUKUKİ MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. SÖZLEŞMENİN DEVRİ İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR	5
I. GENEL OLARAK	5
II. SÖZLEŞME KAVRAMI	6
A. Borç ve Borç İlişkisi Kavramları	6
B. Sözleşme Kavramı	7
C. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı	10
III. SÖZLEŞMENİN DEVRİ KAVRAMI	11
A. Genel Olarak	11
B. Tanımı	12
C. Sözleşmenin Devrini Açıklayan Teoriler	14
1. Kombinasyon Teorisi	14
2. Birlik Teorisi	14
IV. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN YASAL DAYANAĞI	15
A. Bazı Avrupa Ülkeleri Açısından Değerlendirme	15
1. Alman Hukuku	15
2. İsviçre Hukuku	16
3. Fransız Hukuku	18
4. İtalyan Hukuku	19
B. Türk Hukuku Açısından Değerlendirme	20
1. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğünden Önceki Dönem	20
2. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğünden Sonraki Dönem	22
V. SÖZLEŞMENİN DEVRİNDE TARAFLAR	23
A. Devreden Taraf	23
B. Devralan Taraf	24
C. Sözleşmede Kalan Taraf	24
VI. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN SEBEPLERİ	24
VII. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN TÜRLERİ	25
A. Sözleşmenin İradi Devri	25
B. Sözleşmenin Kanuni (Yasal) Devri	26
2. TÜRK BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN BORÇ İLİŞKİSİNDE TARAF DEĞİŞİKLİĞİNE SEBEP OLAN OLGULARIN SÖZLEŞMENİN DEVRİ KAVRAMI İLE KARŞILAŞTIRILMASI	27
I. GENEL OLARAK	27
II. BORÇ İLİŞKİSİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI	28
A. Borç İlişkisinin Konusunda Değişiklik	28
B. Borç İlişkisinde Tarafların Durumunda Değişiklik	30
1. Alacağın Devri	30
a) Tanımı	30

b) Sözleşmenin Devri İle Karşılaştırılması	33
2. Borcun Üstlenilmesi	35
a) Tanımı	35
b) Sözleşmenin Devri İle Karşılaştırılması	38
3. Sözleşmeye Katılma	40
a) Tanımı	40
b) Sözleşmenin Devri İle Karşılaştırılması	40
3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR.....	41
I. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI.....	41
A. Tanımı	41
B. Unsurları	44
1. İş Unsuru	45
2. Bağımlılık Unsuru	46
3. Ücret Unsuru.....	47
C. Şekli.....	48
D. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğü	50
II. İŞ İLİŞKİSİ KAVRAMI	51
III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ KAVRAMI	53
A. Tanımı	53
B. Türk İş Hukukundaki Düzenlemesi	59
1. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğünden Önceki Dönem	59
2. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğünden Sonraki Dönem	62
a) İş Sözleşmesinin Devrini Esas Alan Hükmün Türk Borçlar Kanununda Düzenlenmesi	62
b. İş Sözleşmesinin Devrini Esas Alan Hükmün İş Hukuku Alanında Uygulanması Bağlamında İş Hukuku-Borçlar Hukuku İlişkisi	64
IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN SEBEPLERİ	67
V. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN TÜRLERİ.....	69
VI. DEVRE KONU İŞ SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ.....	70
A. Genel Olarak	70
B. İş Sözleşmelerinin Niteliği Açısından Değerlendirme	70
1. Belirli Süreli İş Sözleşmesi.....	70
2. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi	75
3. Deneme Süreli İş Sözleşmesi.....	76
VII. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN KONUSU.....	79
A. Genel Esaslar	79
1. İş Sözleşmesinin Devri Nedeniyle İşyerinin Değişmesi	79
2. İş Sözleşmesinin Devri Nedeniyle İşverenin Değişmesi	81
3. İş Sözleşmesinin Tüm Koşulları İle Birlikte Varlığını Devam Ettirmesi	83
B. İstisnai Durumlar.....	85
1. İşçinin Değişmesi.....	85
2. İşin Paylaşılması (Job Sharing)	86
3. İfa Yardımcısı Kullanılması	87
VIII. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ İŞLEMİNİN NİTELİĞİ	88
A. Genel Olarak	88
B. Tasarruf İşlemi Niteliği	88

C. Borçlandırıcı İşlem Niteliği.....	89
D. Halefiyet İşlemi Niteliği.....	90
E. Üçlü Bir Hukuksal İlişki Olarak Kurulması.....	92
4. İŞ HUKUKU AÇISINDAN İŞ SÖZLEŞMESİNDE DEĞİŞİKLİĞE SEBEP OLAN OLGULARIN, İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ KAVRAMI İLE KARŞILAŞTIRILMASI	93
I. GENEL OLARAK	93
II. İŞ SÖZLEŞMESİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI	94
A. İş Sözleşmesinin Konusunda (Çalışma Koşullarında Esaslı) Değişiklik Yapma.....	94
1. Kavram	94
2. İş Sözleşmesinin Devri İle Karşılaştırılması.....	96
B. İş Sözleşmesinin Tarafında Meydana Gelen Değişiklikler.....	98
1. Genel Olarak.....	98
2. Değişikliğin İşçinin İradesine Bağlı Olarak Gerçekleşmesi.....	99
a) Geçici İş İlişkisi	99
b) İş Sözleşmesinin Devri	101
aa) Kavram	101
bb) İş Sözleşmesinin Devrinin Geçici İş İlişkisi İle Karşılaştırılması	101
3. Değişikliğin İşçinin İradesine Bağlı Olmaksızın Gerçekleşmesi.....	103
a) İşyeri Devri.....	103
aa) İşyerinin Tanımı.....	103
bb) İşyerinin Devri Kavramı	106
aaa) İşyerinin Bir Hukuki İşleme Dayalı Olarak Devri.....	106
aaaa) İşverenin Değişmesi	106
bbbb) Alt İşverenin Değişmesi	108
bbb) İşyerinin Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirme Nedeniyle Devri.....	111
cc) İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devrinin Karşılaştırılması	116
aaa) İşyerinin Hukuki Bir İşleme Dayalı Olarak Devri Durumunda.....	116
bbb) İşyerinin Bölünme, Birleşme veya Tür Değiştirmeye Bağlı Olarak Devri Durumunda	117
b) İşverenin Ölümü	119
c) İşyerinin Cebri İcra Yoluyla El Değiştirmesi	120
d) Kamu Hukukundan Kaynaklanan Devir Halleri.....	121
aa) Devletleştirme.....	121
bb) Özelleştirme	122
cc) İmtiyaz Sözleşmesi	123
e) İşyerinin Kapanması	123

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN KOŞULLARI

5. GENEL OLARAK	127
6. DEVRE İLİŞKİN KOŞULLAR	128
I. DEVRE KONU GEÇERLİ BİR İŞ SÖZLEŞMESİNİN VARLIĞI	128
A. İş Sözleşmesinin Geçerli Olarak Kurulması	129
1. Ehliyet.....	129

2. Şekil	130
3. Çalıştırma Yasaklarına Uygunluk	131
4. Diğer Emredici Kurallara Uygunluk	132
B. İş Sözleşmesinin Geçersizliği ve Geçersizliğin Türleri	132
1. Kavram	132
2. Geçersizliğin Türleri	133
b) Kesin Hükümsüzlük	134
c) İptal Edilebilirlik	135
d) Tek Taraflı Bağlamazlık	136
C. İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin Etkisi	137
D. Geçersizliği Söz Konusu Olan İş Sözleşmesinin Devri	138
II. GEÇERLİ OLARAK KURULMUŞ İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN MÜMKÜN OLMASI ..	140
A. Genel Olarak	140
B. İş Sözleşmesinin Devrine Engel Bir Durumun Bulunmaması	140
1. Devrin Taraflarca Engellenmesi	140
2. Devre İlişkin Yasal Bir Engelin Varlığı	141
a) Alt İşveren İlişkisinde Devir Yasağı	141
b) Geçici İş İlişkisinde Mevcut Devir Yasaklarının İş Sözleşmesinin Devri Açısından Değerlendirilmesi	143
c) İş Görme Borcunun Şahsen İfasının İş Sözleşmesinin Devrine Etkisi	144
C. İş Sözleşmesinin Devam Ediyor Olması	146
1. Genel Olarak	146
2. İş Sözleşmesinin Devamı Açısından Göz Önünde Bulundurulması Gerekli Özel Durumlar	148
a) İş Sözleşmesinin Askıda Olması	148
b) Bildirim Süresi İçinde İş Sözleşmesinin Devri	151
c) Geçici İş İlişkisi Sona Ermesine Rağmen Devreden İşverene Dönmeyen İşçi Açısından Değerlendirme	157
d) İş Sözleşmesinin Feshi Yoluyla Şirket Topluluğu İçinde Sürekli Yer Değiştirme Olgusunun İş Sözleşmesinin Devri Açısından Değerlendirilmesi	161
e) Devredilen İşçinin Eski İşverenin Yanında Çalışmaya Devam Etmesi	166
III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN DEVREDİLMESİ	168
A. İşveren Tarafı	168
1. İş Mevzuatı Açısından Değerlendirme	168
a) İşveren	168
b) İşveren Vekili	171
2. Şirket Topluluklarında İşveren Kavramı	173
a) Genel Olarak	173
b) Holding veya Şirket Topluluğu Kavramı	174
c) Şirket Topluluklarında İşverenin Belirlenmesi	177
aa) Genel Olarak	177
bb) Birden Fazla Bağlı Şirkete Karşı Birden Fazla İş Sözleşmesi İle Aynı Anda İş Görme (Kısmi Süreli Çalışma)	177
cc) Birden Fazla Şirkete Karşı Tek Bir İş Sözleşmesi İle Aynı Anda İş Görme (Birlikte İstihdam)	178
dd) Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	180

d) İş Sözleşmesinin Devri Açısından Holding veya Şirket Topluluğu Kavramının Önemi	182
B. İş Sözleşmesinde Kalan Taraf: İşçi	184
IV. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KANUNİ ŞEKLE UYGUN OLARAK KURULMUŞ OLMASI	186
A. Sözleşmenin Şekle Uygun Olması	186
1. Sözleşmelerde Genel Şekil Koşulu	186
2. Sözleşmenin Devrinde Şekil Koşulu	190
3. İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Koşulu	191
a) Devir Sözleşmesinin Yapılması	191
b) İşçinin Devir Sözleşmesine Rıza Olması	194
aa) Rıza Beyanının Anlamı	194
bb) Rızanın Zamanı	194
aaa) İşçinin Rızasının Alınması Açısından	194
bbb) İşçinin Rızasını Açıklaması İçin Gerekli Süre Açısından	198
cc) Rızanın Şekli	200
c) İşçinin Devir Sözleşmesine Rıza Vermemesi	202
B. Devir Sözleşmesinin Geçersizliği	209
1. Genel Olarak	209
2. Geçersizlik Türleri Ve Devir Sözleşmesi Açısından Değerlendirme	210
a) Yokluk ve Etkisi	210
b) Kesin Hükümsüzlük ve Etkisi	211
c) İptal Edilebilirlik ve Etkisi	213
d) Tek Taraflı Bağlamazlık ve Etkisi	216

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

7. GENEL OLARAK	219
8. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HÜKÜM ANI	220
9. BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLAR	223
A. Devreden İşveren ile İşçi Arasındaki İlişki Bakımından Değerlendirme	223
B. Devralan İşveren ile İşçi Arasındaki İlişki Bakımından Değerlendirme	224
C. Devreden ve Devralan İşveren Arasındaki İlişki Bakımından Değerlendirme	225
II. İŞÇİNİN KIDEM SÜRESİNİN BÜTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN HUKUKİ SONUÇLARI	227
A. İşverenin Yükümlülükleri Yönünden Kıdem Süresinin Bütünlüğü	227
1. Genel Olarak	227
2. Yıllık Ücretli İzin Hakkı Bakımından Sürenin Belirlenmesi	230
a) Kavram ve Önemi	230
b) İş Kanunları Açısından Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma Bakımından Kıdem Süresinin Belirlenmesi	231
aa) İş Kanununda Benimsenen Süre	231
bb) Basın İş Kanununda Benimsenen Süre	232
cc) Deniz İş Kanununda Benimsenen Süre	233
dd) Türk Borçlar Kanununda Benimsenen Süre	235
c) Kıdem Süresinin Bütünlüğünün Değerlendirilmesi	236

3. Bildirim Süreleri Yönünden	239
a) Kavramı ve Önemi	239
b) İş Kanunları Açısından Süreli Fesihle İhbar Önelleri	240
aa) İş Kanununda Benimsenen Süre	240
bb) Basın İş Kanununda Benimsenen Süre	242
cc) Deniz İş Kanununda Benimsenen Süre	242
dd) Türk Borçlar Kanununda Benimsenen Süre	243
c) Kıdem Süresinin Bütünlüğünün Değerlendirilmesi	243
4. Kıdem Tazminatı Yönünden Sürenin Belirlenmesi	246
a) Kavram ve Önemi	246
b) İş Kanunları Açısından Kıdem Süresi	247
aa) İş Kanunu Açısından Benimsenen Süre	247
bb) Basın İş Kanunu Açısından Benimsenen Süre	249
cc) Deniz İş Kanunu Açısından Benimsenen Süre	250
c) Kıdem Süresinin Bütünlüğünün Değerlendirilmesi	250
B. İşçinin Yükümlülükleri Yönünden Kıdem Süresinin Bütünlüğü	255
III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	
AÇISINDAN SONUÇLARI	256
A. İşçinin Borçları Bakımından Hukuki Sonuçlar	257
1. İş Görme Borcu	257
2. Sadakat Borcu	258
3. Uyma (İtaat) Borcu	260
4. Rekabet Etmeme Borcu	261
B. İşverenin Borçları Bakımından Hukuki Sonuçları	265
1. Genel Olarak	265
2. İşverenlerin İşçilik Alacakları Yönünden Sorumlulukları	266
a) Kıdeme Bağlı İşçilik Alacaklarından Sorumluluk	266
aa) Kıdem Tazminatından Sorumluluk	267
aaa) Genel Olarak	267
bbb) Sorumluluğa İlişkin Değişik Görüşler	269
aaaa) Devralanın Sorumlu Olduğuna İlişkin Görüş	269
bbbb) Devralan ve Devreden İşverenlerin Her Birinin Kendi Döneminden	
Ayrı Ayrı Sorumlu Olduğuna İlişkin Görüş	270
cccc) Devralan ve Devreden İşverenlerin Birlikte Sorumlu Olduğuna İlişkin	
Görüş	271
dddd) Yargıtay'ın Görüşü	273
eeee) Görüşümüz	274
bb) İhbar Tazminatından Sorumluluk	277
cc) Yıllık İzin Ücretinden Sorumluluk	280
b) Kıdeme Bağlı Olmayan İşçilik Alacaklarından Sorumluluk	285
aa) Alacağın Türleri	285
aaa) Ücret ve Ücret Eki Niteliğindeki İşçilik Alacakları Bakımından	286
bbb) Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücreti Bakımından	288
ccc) Hafta Tatili, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti	289
bb) İşverenlerin Sorumluluğu	291
3. İşverenin İş Hukukundan Kaynaklanan Diğer Sorumlulukları	295

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR.....	296
A. Genel Olarak	296
B. İş Güvencesi Kavramı	297
C. İş Güvencesinin Kapsamı Yönünden Doğurduğu Sonuçlar	299
1. İşyerindeki İşçi Sayısı Üzerine Etkisi	299
2. En Az Altı Aylık Kıdem Süresi Üzerine Etkisi.....	303
3. Feshin Son Çare Olması İlkesi Üzerine Etkisi	308
D. İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasından Doğan İşçilik Alacaklarından Sorumluluk.....	310
1. Genel Olarak.....	310
2. Devralan İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Fesih Sonucunda İş Güvencesine Bağlı İşçilik Alacaklarından Sorumluluk	312
3. Devreden İşveren Tarafından Gerçekleştirilen FESİH Sonucunda İş Güvencesine Bağlı İşçilik Alacaklarından Sorumluluk	312
a) İşçinin Feshe İtiraz Etmemesi.....	312
b) İşçinin Feshe İtiraz Etmesinin İş Sözleşmesinin Devrine Etkisi	314
10. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN TOPLU İŞ HUKUKU AÇISINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR.....	317
I. İŞÇİNİN SENDİKAL HAKLARINA İLİŞKİN ETKİSİ	317
A. Genel Olarak	317
B. İş Sözleşmesinin Devrinin, İşçinin Sendikaya Üyelik Hakkına Etkisi	317
1. Genel Olarak.....	317
2. İşçinin Sendika Üyeliğinin Devamı Ve Sona Ermesi.....	319
II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN TOPLU İŞ HUKUKUNDAN DOĞAN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER ÜZERİNE ETKİSİ	321
A. Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Düzenlemelere Etkisi	321
1. Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti Ve Yetkisi	321
2. İş Sözleşmesinin Devrinin Etkisi	323
B. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaya İlişkin Düzenlemelere Etkisi	324
1. Genel Olarak.....	324
2. İş Sözleşmesi Devredilen İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması.....	326
a) Geçici İş İlişkisi, İşyeri Devri ve Alt İşveren İlişkileri Açısından Değerlendirme	326
b) İş Sözleşmesinin Devri Açısından Değerlendirme.....	328
11. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU AÇISINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR.....	330
SONUÇ	333
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	343

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz / Absätze
Art.	: Artikel
Aşğ.	: Aşağıda
AY.	: Anayasa
b.	: bent
B.	: Bası
BGB.	: Bürgerliches Gezetzbuch
BİK.	: Basın İş Kanunu
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CC.	: Codice Civile
DİK.	: Deniz İş Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EC.	: European Community
EEC.	: European Economic Community
EİK.	: Eski İş Kanunu
ETTK.	: Eski Türk Ticaret Kanunu
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
İK.	: İş Kanunu
İSGK.	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
K.	: Karar
Krş.	: Karşı
Krşz.	: Karşılaştırınız.
m.	: Madde
OR.	: Obligationenrecht
RG.	: Resmi Gazete
Rz.	: Randziffer
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SSGSSK.	: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
STİSK.	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT.	: Principles of International Commercial Contracts
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YÇİHK.	: Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
Yuk.	: Yukarıda

GİRİŞ

İş ilişkisinde, işverene bağımlı olarak ve işverenin emri altında çalışan işçinin korunması ihtiyacı, İş Hukukunun temel amaçları içinde yer almaktadır. İş Hukukunun işçiyi koruyucu işlevi, işçi ve işveren tarafından oluşturulan ikili iş ilişkileri açısından söz konusu olmakla birlikte, çalışma yaşamında esnekleşmenin etkisiyle ortaya çıkan müesseseler sonucunda görülmeye başlayan üçlü iş ilişkileri açısından da gerekli görülmektedir.

İki taraflı sözleşme niteliği bulunan İş sözleşmesi, işçi ile işveren arasında kurulan ve bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir sözleşmedir. İş sözleşmesi aynı zamanda *sürekli* niteliği bulunan bir sözleşme türüdür. İş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında önem ifade eden bir diğer özelliği de, tarafların *kişisel* nitelikleri ile ilgilidir. Bu nitelik özellikle işçi açısından önem arz etmektedir. Gerçekten de işçinin, iş sözleşmesi gereğince üstlenmiş olduğu iş görme edimini bizzat ve gereği gibi yerine getirmesi ve edimin yerine getirilmesinde işçinin kişisel vasıflarının iş ilişkisine yansımaları söz konusudur. Bu nedenle işçi, iş sözleşmesi süresince yalnızca kendisinden iş almış olduğu işverenine karşı emeğini sunmakla yükümlü olacaktır.

Elbette ki, işverenin kişisel nitelikleri kural olarak iş ilişkisi gereğince yerine getirilmesi gereken iş görme edimi açısından önem ifade etmez. Zira işveren gerçek veya tüzel kişi olarak değişebilir. Aslında işverenin değişmesi, işçinin mevcut iş sözleşmesinin sona erdirilmesi sonucunda, bir başka işveren ile arasında yeni bir iş sözleşmesi yapması ile gerçekleşebilir ki, bu ihtimalde iş sözleşmesi son bulmaktadır. Ancak İş Hukuku açısından, iş sözleşmesi son bulmadan da işverenin değişmesini mümkün kılan müesseseler mevcuttur. Bu değişme İş Hukuku alanında örneğin işyeri devri sonucunda gerçekleşebileceği gibi, iş sözleşmesinin devrinden de kaynaklanabilir. İşverenin iş ilişkisi gereğince iş görme ediminin alacaklısı olma statüsü, *sürekli* nitelikte değişebileceği gibi; *geçici* olarak da değişebilir. Gerçekten de belirtmiş olduğumuz işyeri devri ile iş sözleşmesinin devri olgularına bağlı olarak gerçekleşen işveren değişikliği *sürekli* bir değişikliği beraberinde getirirken; işverenin *geçici* olarak değişmesi İş Kanununda (İK) düzenlenmiş bulunan geçici iş ilişkisi müessesesinin özelliği nedeniyle (İK, m.7) *sürekli devirden* farklı bir durum göstermektedir.

İş sözleşmesinin sürekli devrini içeren hususlardan biri olan *işyeri devri* 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Nitekim İş Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasında, işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesi durumunda, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği öngörülmüştür. İşyerinin devredilmesi, işveren değişikliğine yol açmakta ve bu sonuca bağlı olarak iş sözleşmeleri yasal olarak, bir başka deyişle kendiliğinden, işyerini devralan işverene bütün hak ve sonuçları ile birlikte devredilmektedir.

Belirtmiş olduğumuz gibi işyeri devri dışında, işveren değişikliğine yol açan ve üçlü iş ilişkisi niteliğine sahip başka hukuki ilişkiler de mevcuttur. Bu anlamda iş sözleşmesinin bir başka işverene *geçici* veya *sürekli* olarak devredilmesi mümkün olabilmektedir. Geçici iş ilişkisini düzenleyen İş Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur”*. İş sözleşmesinin geçici devri durumunda, devreden işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü tutulmaktadır. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren de, işçiye talimat verme hakkına sahip olmaktadır. Ancak belirtelim ki, geçici iş ilişkisinin sona ermesinin ardından, geçici işverene devredilen işçi, kendi işverenin yanına geri dönmekle yükümlüdür.

Çalışmamızın asıl konusunu teşkil eden iş sözleşmesinin devri nedeniyle işverenin değişmesi ise, işyeri devrinde işverenin değişmesinde olduğu gibi, iş sözleşmesinin sona ermeden bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçmesi sonucunu doğurmaktadır. Önemle ifade edelim ki, iş sözleşmesinin varlığını devam ettirmekle birlikte, işverenin değişmesine olanak sağlayan ilişkiler, *üçlü iş ilişkileri* şeklinde gerçekleşmektedir. Gerçekten de ilişkinin bir tarafını işyerini veya iş sözleşmesini devreden işveren; diğer tarafını devralan işveren ve bir diğer tarafını da bu devir ilişkisinden etkilenen işçi oluşturmaktadır. Şüphesiz ki iş sözleşmesinin devrini geçici iş ilişkisinden ayıran özelliği devrin sürekli olması, işyeri devrinden ayıran özelliği de iradeye dayanmasıdır.

Belirtelim ki, iş sözleşmesinin devri üçlü iş ilişkileri açısından devreden ve devralan işverenler arasında bir devir sözleşmesinin yapılmasını gerekli

kılmaktadır. Ancak iş sözleşmesinin devri açısından yapılan devir sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması, işçinin rızasını da beraberinde getirmektedir.

Görüldüğü gibi, İş Kanununda, işyeri devri ile (İK, m.6), geçici iş ilişkisi (İK, m.7) düzenlenmiş ancak iş sözleşmesinin devri konusuna ise yer verilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanununun hazırlanması sırasında Bilim Komisyonu taslağında iş sözleşmesinin devrine yer verilmekle birlikte, söz konusu hüküm İş Kanunu'nun Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) kabul edilmesi sırasında, metinden çıkarılmıştır. Dolayısıyla İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin devrini düzenleyen maddeye yer verilmemiştir. Ancak iş sözleşmesinin devri, doğrudan bir yasal düzenlemesi olmamakla birlikte Türk İş Hukuku açısından, özellikle yargı içtihatları doğrultusunda benimsenmiş ve uygulamasına karşı çıkılmamıştır. Bu süre içinde iş sözleşmesinin devrine 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 320. maddesinin 2. fıkrası dayanak olarak gösterilmiştir. Belirtelim ki, 11.01.2011 tarihinde kabul edilerek 04.02.2011 günü Resmi Gazetede yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK) 429. maddesinde iş sözleşmesinin devri konusu düzenlenmiş ve böylece Türk İş Hukuku açısından iş sözleşmesinin devri yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur.

İş sözleşmesinin devri özellikle, holding veya şirketler topluluğu içinde personel politikası çerçevesinde bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmış ve özellikle işletmesel olgulara bağlı olarak holding veya şirketler topluluğu içinde işçinin yetiştirilmesi ve niteliklerine uygun diğer işlere devrinin (transferinin) gerçekleştirilmesi amacıyla hizmet eden bir müessese olarak benimsenmiştir. Böylece sözleşmenin kesintiye uğramaksızın devam etmesine imkan tanınmış ve tüm hak ve borçları ile birlikte devralan işveren döneminde ayakta kalmasına olanak sağlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu, “Hizmet Sözleşmeleri” başlıklı “Altıncı Bölüm”de yer alan 429. maddesinde iş sözleşmesinin devrini düzenlemekle birlikte, yine “Genel Hükümler” kısmının “Dördüncü Bölüm”ünde ise “Sözleşmenin devri” başlıklı 205. maddesinde genel olarak tüm sözleşmelerin devri açısından geçerli bir hükme de yer vermiştir.

Çalışmamızda üçlü iş ilişkisi olarak değerlendirilen iş sözleşmesinin devri konusu ele alınacak ve İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku bakımından ortaya çıkan sonuçlar tartışılacaktır. İş sözleşmesinin devri, devralan işveren ile devreden işveren arasında tamamen *iradi devir* suretiyle gerçekleşen bir ilişki içinde ele alınacak, benzer diğer müesseselere de çalışmamızda yer verilecektir.

Çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle sözleşmenin devri ile iş sözleşmesinin devri konusu ile ilgili temel kavramlara değinilecek ve genel olarak sözleşmede ve iş sözleşmelerinde değişiklik yapılması kavramı üzerinde durulacak ve sözleşmesinin devri kavramı ile iş sözleşmesinin devri kavramlarının, benzer kavramlar ile ilişkisine değinilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde de iş sözleşmesinin devri işleminin gerçekleştirilmesi üzerinde durulacak, devir işleminin geçerliliğine etki eden hususlara değinilecek ve devir işleminin koşulları tartışılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise, iş sözleşmesinin devri işleminin iş ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından doğurduğu hüküm ve sonuçlar ele alınacaktır. İş Hukukuna ilişkin sonuçları Bireysel İş Hukuku ve Toplu İş Hukukuna özgü olarak ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bireysel İş Hukuku açısından devrin sonuçları kapsam itibariyle geniş bir değerlendirmeye tabi tutulmuş, Toplu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından ise devrin sonuçları, ilgili kavramlar düzeyinde ele alınmıştır.

İş sözleşmesinin devri Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde “Sözleşmenin devri” başlığı altında düzenlenmekle birlikte, yalnızca Türk Borçlar Kanunu kapsamında kalan iş ilişkileri açısından geçerli bir uygulama değildir. Türk Borçlar Kanunu yanında İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu açısından da söz konusu müessese önem arz etmektedir. İş sözleşmesinin devrine ilişkin anlatımlarımız, yukarıda belirtmiş olduğumuz inceleme yöntemine uygun olarak gerçekleştirilecek ve konumuz bakımından ayrıca iş kanunlarının amaç ve özellikleri de göz önünde bulundurularak açıklamalar yapılacaktır.

Nihai olarak belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu, iradi ve sürekli devri konu edinen hem genel olarak sözleşmenin devrini, hem de iş sözleşmesinin devrini ifade ederken, yukarıda da değindiğimiz gibi ilgili madde hükümlerinde (TBK, m.205, 429) “Sözleşmenin devri” başlığını kullanmıştır. Öğretide İş Hukukunda sözleşmenin devrini ifade etmek üzere “iş ilişkisinin bireysel devri”, “iş sözleşmesinin iradi devri” gibi kavramlar kullanılsa da ağırlıklı olarak “iş sözleşmesinin devri” tabiri kullanılmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekirse 4857 sayılı İş Kanunu tasarısının yasalaşması sürecinde metne alınmayan 7. madde hükmü de, “iş sözleşmesinin devri” başlığı kullanılarak kaleme alınmıştı. Yargıtay kararlarında da yine “iş sözleşmesinin devri”, “işçi transferi”, “hizmet akdinin devri” gibi kavramların kullanıldığı görülmektedir. Biz çalışmamızda iş sözleşmesinin iradi ve sürekli olarak devrini konu edinen sözleşmenin devri müessesesini “iş sözleşmesinin devri” tabiri ile ifade etmeyi tercih edeceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİ VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ KAVRAMLARI VE BU KAVRAMLARIN BENZER HUKUKİ MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. SÖZLEŞMENİN DEVRİ İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

I. GENEL OLARAK

Kurulduğu andan itibaren her zaman aynı taraflar arasında devamı zorunlu olmayan sözleşmeye dayalı borç ilişkileri açısından sözleşmenin devri kavramı, bir tarafın sözleşmeden çıkarak, yerini yine bu konuya özgülenmiş bir sözleşmeyle bir başkasına bırakmasını konu edinmektedir. Gerçekten de, sözleşmeyi devralanın sözleşmeye tüm hak ve borçları kapsayacak şekilde girmesi, sözleşmeyi devreden de taraf niteliğinden ayrılması ve dolayısıyla sözleşmede taraflardan birinin değişmesi söz konusudur¹.

Sözleşmenin devri müessesesi uygulamadan doğan bir ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır². Başlangıçta alacağın devri ve borcun yüklenilmesi işlemlerinin birlikte gerçekleşmesi sonucu hüküm ve sonuç bağlanan sözleşmenin devrinin, belirtmiş olduğumuz müesseselerin zamanla yetersizliğinin anlaşılması sonucu³, alacaklar ve borçlar bölünmeksizin, bir başka deyişle alacaklar için alacağın devri, borçlar için de borcun yüklenilmesi hükümlerine başvurma-

¹ Bkz. FÜRRER, Andreas/MÜLER-CHEN, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 2008, s.23; BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s.592; AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara-2003, s.33-34.

² AYRANCI, s.27; GÜZEL, Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul-1987, s.266 vd.

³ PIEPER, Helmuth, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln, 1963, s.191; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11.B, İstanbul-2009, s.1206; FRÜH, Peter, Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Aarau, 1944, s.1 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin, İş Hukuku, 4.B, Ankara-2011, s.329.

ya gerek kalmaksızın, sözleşme serbestîsi ilkesi gereğince tek bir hukuki işlem ile gerçekleştirilebileceği benimsenmeye başlanmıştır⁴.

Sözleşmenin devri müessesesinin açıklanması, öncelikle sözleşme kavramını ve sözleşme ile ilgili ve aynı zamanda sözleşmenin devri ile bağlantısı olan bazı kavramların açıklanmasını gerekli kılmaktadır. Gerçekten de öncelikle borç ve borç ilişkisi kavramlarını, sözleşme kavramını ve sözleşme özgürlüğü kavramını açıklamakta yarar bulunmaktadır. Belirtmiş olduğumuz kavramların açıklanmasının ardından sözleşmenin devri ve ilgili kavramlara değinilecek ve ardından benzer kavramlar açıklanmaya çalışılacaktır.

II. SÖZLEŞME KAVRAMI

A. Borç ve Borç İlişkisi Kavramları

Borç kavramı, *dar anlamda* borcu, bir başka deyişle, borçlunun yükümlülüğünü ifade eden bir kavram olarak kullanılmaktadır⁵. Borç, bir kimseyi, diğer bir kimseye karşı bir şey yapma, yapmama veya verme yükümlülüğü altına sokar⁶. Dar anlamdaki borca ilişkin olarak *taahhüt* sözcüğü de kullanılmaktadır⁷. Bununla, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu tek bir edim yani tek bir alacak veya borç anlatılmak istenir⁸.

Borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkidir⁹. İki veya daha fazla kimse arasında kurulan borç ilişkisinin muhtevasına göre taraflardan her biri hem alacaklı hem de borçlu olabilir. Borç ilişkisi iki taraf arasındaki pek çok borcun ve pek çok hakkın doğumuna temel teşkil eden hukuki bağ ifade eder¹⁰. Bu hukuki bağ içinde, çeşitli yükümlülükler, alacaklar, yetkiler, fer'i haklar yer almakta ve hatta borç ilişkisi işledikçe yeni bir takım haklar ve yetkiler doğmaktadır¹¹. Dolayısıyla borç ilişkisi, taraflar arasındaki hukuki bağın

⁴ Bkz. PİEPER, s.176 vd; LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, 14. Auflage, Münhen-1987, s.616; AKYİĞİT, Ercan, İş İlişkisinin (Bireysel) Devri, Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım-2001, s.42; Sözleşmenin devrinde, yüklenilen sözleşmedir. Örneğin sermaye şirketlerinde de pay tamamen devredilebilir. Ancak burada bir borç ilişkisi bulunmadığından sözleşmenin yüklenilmesinden söz edilemez. AYRANCI, s.37.

⁵ VON TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1.Band, 3. Auflage, Zürich, 1974, s.9; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul-1993, s.5 vd.

⁶ VON/TUHR/PETER, s.9; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.5; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Cilt-I), 10.B, İstanbul-2012, s.3.

⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.7.

⁸ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16.B, Ankara-2014, s.21-22.

⁹ LARENZ, s.108; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.5.

¹⁰ GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMİDT, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner teil, Band I, 9. Auflage, Zürich-2008, s.116; FÜRRE/MÜLER-CHEN, s.117; VON TUHR/PETER, s.10 vd; BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s.40.

¹¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.7; Şüphesiz ki, bir borç ilişkisi, o ilişkideki münferit hak ve borçların toplamından daha fazla anlam ifade eden bir özelliğe sahiptir. AKYİĞİT, "Bireysel Devir", s.44.

tamamını ifade eder¹². Borç, kavramı *geniş anlamda* borç ilişkisini ifade etmektedir. Bütün sözleşmeye dayalı ilişkiler bu anlamda bir borç ilişkisi meydana getirmektedir¹³. Geniş anlamda borç ilişkisi içinde pek çok borç, alacak ve yükümlülük bulunsa da, bazen tek bir borcun bulunması da mümkündür¹⁴. Bu hukuki bağda, bir şey yapma, yapmama veya verme yükümlülüğü altında bulunan kimseye *borçlu*, bu yükümlülüklerin sunulması gereken kişiye *alacaklı*, borçlunun alacaklıya sunmakla yükümlü olduğu yapma, yapmama veya verme yükümlülüğü altında bulunduğu şeye ise *edim* adı verilmektedir¹⁵. Edim, dar anlamda *borç* kavramını oluşturmaktadır¹⁶. Yani borç ilişkisinde taraflardan her biri, diğerine karşı *borç* adı verilen belli ve tek bir yükümlülüğü veya yükümlülükleri üstlenmektedir¹⁷.

Alman Hukukunda borç kavramı geniş anlamda, yani borç ilişkisini ifade eder şekilde kullanılmaktadır¹⁸. İsviçre Hukuku¹⁹ ve Türk Hukukunda da borç ilişkisi çoğunlukla geniş anlamda kullanılmaktadır²⁰.

B. Sözleşme Kavramı

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki bir işlemdir²¹. Sözleşmenin kurulmasında taraflar genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket ederler²². Hukuki bir işlem niteliğinde olan sözleşme ile taraflar arasında bir borç ilişkisi kurmak veya mevcut bir borçta değişiklik yapmak veyahut da tamamıyla mevcut hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmak amaçlanmaktadır²³.

¹² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.6.

¹³ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.3.

¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.4.

¹⁵ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.3.

¹⁶ Dar anlamda borç, *taahhüt* olarak da adlandırılmaktadır. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.7

¹⁷ Örneğin işveren, yapmış olduğu iş karşılığında işçiye ücret ödeme borcu altındadır. İşçi de işverenin ücret ödeme yükümlülüğü karşısında iş görme borcunu yerine getirmekle yükümlüdür.

¹⁸ LARENZ, s.26 vd.

¹⁹ VON TUHR/PETER, s.15.

²⁰ Örneğin Türk Borçlar Kanununda yer alan yanılma, aldatma ve korkutmanın sözleşmelere etkisini düzenleyen hükümler (m.30-39), kesin hükümsüzlüğü ele alan düzenlemeler (m.27), şekle ilişkin düzenlemeler (m.12-17) geniş anlamda borç ilişkisi dikkate alınarak düzenlenmiş iken; borcun üstlenilmesi (m.195-204), borçları sona erdiren haller (m.131-145) dar anlamda borç kavramı esas alınarak düzenlenmiştir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.4.

²¹ Sözleşme kavramı bağit, akit, mukavele, kontrat gibi farklı kavramlar kullanılmak suretiyle de ifade edilebilmektedir. BUCHER, s.42; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.51; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17.B, Ankara-2013, s.53 vd; EREN, (2014), s.199 vd; OĞUZMAN/ÖZ, s.33 vd.

²² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.51.

²³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.51.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²⁴ 1. maddesinde sözleşmenin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulacağını hükme bağlamıştır (TBK, m.1/1). Sözleşme ilişkisinde iki taraf bulunmaktadır²⁵. Ancak sözleşmenin iki taraflı olması mutlaka en çok iki kişinin varlığını gerektiren bir ilişki olarak da algılanmamalıdır²⁶. Gerçekten de sözleşme iki taraflı olmakla birlikte ilişkide bulunan taraf sayısı ikiden daha fazla olabilir²⁷. Örneğin iş sözleşmesi bir işçi ile işveren arasında kurulurken iki kişiden oluşan iki taraflı bir ilişkiye işaret edilmektedir. Ancak bazı sözleşmelerde ikiden daha fazla kimsenin bir araya gelmesi de mümkündür. Örneğin üç veya daha fazla öğrencinin bir araya gelerek bir evi kiralamaları durumunda yapılan kira sözleşmesi yine iki taraflı kurulmakla birlikte, sözleşmedeki taraf sayısı ikiden daha fazla olabilmektedir²⁸. Sözleşme kavramı, aynı zamanda taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi ifade etmek için de kullanılmaktadır²⁹. Örneğin bir kira sözleşmesinin sona erdirilmesinden söz ederken, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sonlandırılması ifade edilmektedir.

Sözleşmeler *her iki tarafa da borç yükleyen* nitelikte bir hukuki ilişkiyi yansıtabileceği gibi (alım-satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, iş sözleşmesi gibi)³⁰; *tek tarafa borç yükleyen* bir hukuki ilişkiyi de (bağışlama sözleşmesi gibi) yansıtabilir³¹. Bazı iki taraflı sözleşmelerde ise bir taraf her zaman borç altına girerken, diğer taraf ancak bazı şartlar gerçekleştiğinde borç altına girmektedir ki, bu şekilde kurulan sözleşme ilişkisinde ise *eksik iki tarafa borç yükleyen* sözleşmelerden söz edilmektedir³².

Belirtelim ki, bazı sözleşmeler Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Ancak karşılıklı irade açıklamasının bir sözleşme olarak kabul edilmesi için her zaman kanunda düzenlenmiş olması da gerekmez. Kanunda düzenlenmiş bu-

²⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 11.01.2011 günü TBMM'nde kabul edilmiş, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁵ Sözleşme çok taraflı bir ilişki olarak tarif edilirken de iki taraf dikkate alınmaktadır. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.43.

²⁶ EREN, (2014), s.227-228.

²⁷ Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu, TBK'nun 1. maddesinde geçen "taraflar" ifadesi yerine "iki taraf" ibaresini kullanmayı tercih etmişti. Yapılan değişiklik ile İsviçre Borçlar Kanununda geçen "taraflar" (parteien) ibaresi kullanılmıştır. Zira ikiden fazla tarafın oluşturduğu sözleşmeler de bulunmaktadır. Örneğin şirket sözleşmesi, ikiden fazla mirasçı arasında yapılan miras taksim sözleşmesi çok taraflı bir sözleşme ilişkisini içinde barındırmaktadır. Bkz. BUCHER, s.108; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.42; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.54; EREN, (2014), s.227.

²⁸ Ayrıca yine ortak mirasçıların veya paylı mülkiyette paydaşların, sahip oldukları taşınmazı kiraya vermeleri halinde de kira sözleşmesinin kiralayan tarafı birden çok kişiden oluşmaktadır. Bu durum sözleşmenin iki taraflı olmasını engellememektedir. Buna karşılık ortaklık sözleşmesi iki taraflı değil, çok taraflı olarak kurulmaktadır. EREN, (2014), s.228.

²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.43.

³⁰ Her iki taraf da bu tarz sözleşmelerde birbirine karşı asli edim yüklenmektedir. Bir başka deyişle edimler arasında tam karşılık vardır. Dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. EREN, (2014), s.211.

³¹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.46-47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.42; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.46 vd.

³² Örneğin ivazsız vekalet sözleşmesi, kullanma ödücü sözleşmesi, saklama sözleşmesi bu tip sözleşmelere örnek oluşturabilir. Bkz. EREN, (2014), s.212; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.54; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.46.

lunan sözleşmeler bir hakkın devri sonucunu doğuran amaca dönük (ör: alacağın devri sözleşmesi-TBK, m.183 vd.) olabileceği gibi; kullandırma (ör: kira sözleşmesi-TBK, m.299 vd.), iş görme (ör: hizmet sözleşmesi-TBK, m.399 vd.), muhafaza (ör: saklama sözleşmesi-TBK, m.561 vd.), teminat (ör: kefalet sözleşmesi-TBK, m.581 vd.) gibi amaçlara da dönük olabilir.

Sözleşmeleri, sözleşme ilişkisinin süresi bakımından da ayrıma tabi tutmak mümkündür. Bu bakımdan yapılacak ayırım *ani edimli ve sürekli edimli sözleşmeler* şeklinde belirlenmektedir³³. Örneğin alım satım sözleşmeleri ani edimli olarak kurulabilir. Ancak bazı sözleşmeler sürekli nitelikte bir edimin ifası amacıyla kurulmaktadır. Bu bakımdan, iş sözleşmeleri sürekli edimli sözleşme niteliğindedir³⁴. Sürekli edimli borç ilişkilerinde edim sonucunun zaman içinde tekrarlanarak devamı söz konusudur. Bir başka deyişle sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesinde işçinin iş görme borcu sürekli olarak ifa edilir ve işverenin edime olan menfaati devamlı olarak gerçekleştirilir³⁵.

Sözleşmelerin çok taraflı bir ilişki şeklinde kurulması, aslında iki tarafa işaret etse de, borçlar hukukundaki gelişmeler üç taraflı hukuki ilişkilere de imkân tanımaktadır³⁶. Gerçekten de Türk Borçlar Kanunu, “Sözleşmenin devri” başlığı altında düzenlediği 205. maddesinde, devir sözleşmesinin üç taraflı (yani üç köşeli) olarak kurulmasına imkân sağlayan bir düzenlemeye yer vermiştir³⁷. Söz konusu hüküm, Türk Borçlar Kanununun, “Genel Hükümler” başlığının sonunda yer almış ve sözleşmenin devrini genel olarak düzenlemiştir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu, sözleşmenin devrine özel olarak yer veren hükümlere de değinmiş bulunmaktadır. Nitekim Kanunun 323. maddesi “kira ilişkisinin devri”ni, 429. maddesi de “sözleşmenin devri” başlığı altında iş sözleşmesinin devrini ele almıştır³⁸.

³³ EREN, (2014), s.213;

³⁴ ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26.B, İstanbul-2013, s.91; Belirtelim ki, iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmasını, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olmasıyla veya sürekli ya da süresiz olmasıyla karıştırmamak gerekir. Bkz. SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 9.B, İstanbul-2013, s.233; SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku, 17.B, Konya-2013, s.37.

³⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.245.

³⁶ Özellikle sanayi devrimi ile birlikte ortaya çıkan yeni iş ilişkilerinde üretim, işverene güçlü bağımlılık içinde, belirsiz süreli ve tam gün çalışma esası üzerinden gerçekleşirken; 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarından itibaren yaygınlaşan bireysel ve iki taraflı ilişkiler yanında üçlü iş ilişkileri de (alt işveren, ödün iş ilişkisi gibi) çalışma hayatında görülmeye başlanmıştır. EKONOMİ, Münir, “Asıl İşveren – Alt İşveren ilişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul-2008, s.21.

³⁷ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.599 vd; EREN, (2014), s.1255-1256; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.825 vd.

³⁸ İş Hukukunun ayırt edici ve karakteristik özellikleri, iş sözleşmesinin devrini genel olarak sözleşmenin devrinden farklı bir özel düzenleme ile ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Bkz. ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl, İş Hukukunda Sözleşmenin İrادی Devrinin Esasları ve Uygulaması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul-2008, s.33.

C. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı

Sözleşme özgürlüğü kavramını, kişilerin diledikleri bir sözleşmeyi geçerli olarak yapabilme konusundaki sahip oldukları özgürlük şeklinde tanımlamak mümkündür³⁹. 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde de, sözleşme özgürlüğü kavramı, çalışma özgürlüğü ile birlikte ele alınmıştır. Hükme göre "*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir*". Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu da gerek sözleşmenin şekli (TBK, m.12)⁴⁰ gerek içeriği (TBK, m.26)⁴¹ konusunda tarafların serbesti içinde olduğunu vurgulamış ancak bunlara belirli sınırlar getirmeyi de ihmal etmemiştir (TBK, m.12/2⁴²; m.27⁴³).

Sözleşme yapma serbestisi kavramı, geniş bir kavramdır⁴⁴. Dolayısıyla bu özgürlük tarafların bir sözleşmeyi yapmak zorunda bulunmamaları, sözleşmenin muhtevasını serbestçe tespit edebilmeleri, kendisiyle sözleşme yapılacak kimseyi seçebilmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi tayin edebilmeleri, sözleşmeyi karşılıklı anlaşma ile ortadan kaldıracabilmeleri, içeriğini değiştirebilmeleri gibi özgürlükleri içermektedir⁴⁵.

Ancak sözleşme yapma serbestisi kavramı sınırsız değildir. Zira sözleşmede şekil ve içerik belirleme serbestisine sınırlamalar getirilebilir. Bizzat kanun koyucu sözleşme serbestisine sınırlamalar getirmektedir. Gerçekten de şekil serbestliği olmakla birlikte *şekle bağlılığın* söz konusu olduğu⁴⁶, içerik belirleme özgürlüğü olmakla birlikte bu özgürlüğe (*kamu düzeni, emredici hükümler, kişilik hakları, konuda imkânsızlık gibi sebeplerle* - TBK, m.12/2) sınırlamalar getirildiğini belirtmemiz gerekir⁴⁷.

³⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.362; EREN, (2014), s.16; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.75 vd; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.23;

⁴⁰ "Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir" (TBK, m.12/1).

⁴¹ "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler" (TBK, m.26).

⁴² "Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz" (TBK, m.12/2).

⁴³ "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" (TBK, m.27).

⁴⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.362 vd; EREN, (2014), s.16.

⁴⁵ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.363.

⁴⁶ Örneğin hukukumuzda bazı sözleşmeler şekle tabi tutulmuştur: Türk Medeni Kanun (TMK) ve Türk Borçlar Kanununun resmî şekle tâbi tuttuğu başlıca hukukî işlemler şunlardır: "Mal rejimi sözleşmesi" (MK, m.205); "resmî vasiyetname" (TMK, m.532); "miras sözleşmesi" (TMK, m.545); "taşınmazlar üzerindeki aynı haklar ile ilgili işlemler" (TMK, m.706, 781, 795, 856); "ipotekli borç senedi" ve "irat senedi" (MK, m.912); "taşınmaz satımı" (BK, m.237); "bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması taahhüdü" (BK, m.238/2); "ölünceye kadar bakma sözleşmesi" (BK, m.612).

⁴⁷ Örneğin sözleşme yapma özgürlüğü bulunmakla birlikte, kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu gündeme gelebilir. Nitekim tekel durumundaki işletmeler haklı bir sebep olmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınamazlar. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.24, 186.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin devrinin henüz pozitif bir düzenlemesinin olmadığı dönemde, Türk Hukukunda sözleşmenin devrine ilişkin hukuksal işlemlerin yapılabileceğine ilişkin görüşlere kaynaklık etmekteydi⁴⁸. Zira Türk ve İsviçre Hukukunda üç taraflı bir sözleşme ilişkisine yer verilmemiştir⁴⁹. Gerçekten bu dönemde gerek yargı kararlarında⁵⁰, gerek öğretide⁵¹ sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında sözleşmenin devrinin mümkün olduğu kabul ediliyordu.

III. SÖZLEŞMENİN DEVRİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Sözleşmede taraf değişikliği, daha önceki mevcut ve sözleşmeleri aralarında devam eden taraflardan biri yerine üçüncü kişinin taraf olarak yer almasını ifade eder⁵². Sözleşmenin devrinde, devreden taraf hak ve yükümlülüklerini tamamen aktararak sözleşme ilişkisinden çıkmaktadır⁵³. Sözleşmede devralan ve devreden dışında kalan kişiye *kalan taraf (restparthei)* adı verilir. Sözleşmenin önceki tarafına *devreden (altparthei-assignor-transferor)*, başlangıçta sözleşme dışında olan ancak sözleşmenin devri ile taraf haline gelen kişiye ise *devralan (neuparthei-assignee-transfree)* denir. Dolayısıyla sözleşmede devralan ile devreden sözleşmenin değişen taraflarını oluşturmaktadırlar. Devredilen sözleşme, devreden taraf dışında kalan taraflarca devam ettirilmektedir⁵⁴. Devralan, çıkan tarafın bütün hak ve yükümlülüklerini üstlenmiş olmaktadır⁵⁵.

⁴⁸ EKONOMİ, Münir/EYRENCİ, Öner, "Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi", Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, İstanbul-2001, s.1199 vd; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.269; ARSLANOĞLU, M. Anıl, "İş Sözleşmesinin İradî Devri İle İşverenin Değişmesi", Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, S:10, s.543 vd; ALP, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devri", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, İstanbul-2009, s.302 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.329 vd.

⁴⁹ Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde sözleşmenin devri kabul edilmekteydi. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.266 vd.

⁵⁰ "4857 Sayılı Yasa'da işçinin devri diye bir müesseseye yer verilmiş değildir. Yasa da düzenlenmemekle birlikte Yargıtay içtihatlarında hizmet akdinin devri kabul edilmekteyse de bu üçlü ilişkinin doğması için devreden işveren devir alan işveren ve devredilen işçinin üçlü mutabakatı gerekir". Y9HD, 27.02.2006, E.2005/22422, K.2006/4664, Çalışma ve Toplum, 2006/3, S:10, s.268; "Sözleşmenin devreden taraf sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar ve devralan sözleşmenin tarafı olur" (Y15HD, 03.10.2012, E.2011/5731, K.2012/5990 (www.legalbank.net: 21.3.2014)).

⁵¹ DEMELIUS, Henrich, Die Vertragsübernahme, in: Jher.Jb., 1922, s.241-292; LARENZ, s.616; ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band I, Teilbd. 2, 8. Auflage, Heidelberg, 2000, s.323; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1199 vd; ARSLANOĞLU, "İradî Devir", s.543 vd; ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.329 vd.

⁵² FÜRRE/MÜLER-CHEN, Kapital 23, Rz.88; DEMELIUS, s.241; LARENZ, s.616.

⁵³ FÜRRE/MÜLER-CHEN, s.23; BUCHER, s.592.

⁵⁴ FRÜH, s.1.

⁵⁵ FÜRRE/MÜLER-CHEN, Kapital 23, Rz.88; LEHMANN, Heinrich, Die Abtretung von Verträgen, Beiträge zum bürgerlichen Recht, Deutsche Landesreferate zum 3. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950, Berlin/Tübingen 1950, s.382.

Alman ve İsviçre Hukukunda, sözleşmenin devrini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamakla birlikte, sözleşmenin devrini ifade eden çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Bunlar “sözleşmenin devri” (Vertragsübertragung)⁵⁶, “sözleşmenin yüklenilmesi” (Vertragsübernahme)⁵⁷, sözleşme ilişkisinin devri (Überleitung eines Vertragsverhältnisses)⁵⁸ veya sözleşmeyi yüklenme (Abtretung eines Vertrags)⁵⁹ şeklinde ifade edilebilmektedir. Fransız ve İtalyan hukuklarında da sözleşmenin devrini ifade etmek için çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. İtalyan Hukukunda “*cessione del Contratto*” tabiri kullanılırken⁶⁰, Fransız Hukukunda ise “*transfert de contrat*” teriminin kullanıldığını görebilmekteyiz. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeleri)⁶¹ içerisinde sözleşmenin devrini ifade etmek üzere “*assignment of contracts*” (Sözleşmelerin Yüklenilmesi) ifadesine yer verilmiştir⁶².

Belirtelim ki, sözleşme bir borç ilişkisi olmakla birlikte, borç ilişkisinin yegâne kaynağı olarak da görülemez. Türk Borçlar Kanunu, sözleşmeden doğan borç ilişkileri dışında (TBK, m.1-48) haksız fiilden doğan borçları (TBK, m.49-76) ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçları da (TBK, m.77-82) borç ilişkisinin kaynağı olarak kabul etmektedir. Ancak önemle ifade edelim ki, alacaklılık ve borçluluk ilişkisi içinde bulunan tarafların, bu borç ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerini devredebilmeleri yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkileri açısından mümkün bulunmaktadır (TBK, m.205; TBK, m.321; TBK, m.429).

B. Tanımı

Sözleşmenin devri, bir sözleşmenin hak ve borçları ile birlikte bir başkasına bir bütün olarak devredilmesini⁶³ ve sözleşmenin taraflarından birinin yine bu sözleşme ile değişmesini ifade eder⁶⁴. Yani sözleşmenin devrinde sözleşmenin taraflarından biri borç ilişkisinden ayrılarak, yerine yeni bir kimsenin geç-

⁵⁶ Terim özellikle İsviçre Hukukunda tercih edilmektedir. VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. Auflage, Zürich 1974, s.343.

⁵⁷ ESSER/SCHMIDT, s.323; LARENZ, s.616; FÜRER/MÜLER-CHEN, s.23; THIELE, Wolfgang, Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln/Berlin/Bonn/München 1966, s.225; VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s.365; DEMELIUS, s.241.

⁵⁸ WIEGAND, Wolfgang/WICHTERMANN, Jurg, Die Überleitung von Rechtsverhältnissen, Bern, 1998, s.79.

⁵⁹ LEHMANN, s.382.

⁶⁰ <http://avvrenatodisa.files.wordpress.com/2011/04/la-cessione-del-contratto.pdf>, (25.03.2014).

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BONELL, Michael Joachim, The Unidroit Principles in Practice, Second Edition, 2004, s.11 vd.

⁶² <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (28.07.2013).

⁶³ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.825.

⁶⁴ PIEPER, s.191; VON TUHR/PETER, s.195; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, s.139; KOCAGİL, İpek, “Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş sözleşmesinin Devri”, Sicil, S:22, Haziran-2011, s.46; Sözleşmenin devri konusundaki teoriler hakkında bkz. AYRANCI, s.39-50; EREN, (2014), s.1206; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.266.

mesini konu edinir⁶⁵. Sözleşme bir bütün olarak el değiştirmektedir. Sözleşmenin devri üç taraflı bir ilişkidir ve bir *halefiyet* işlemi niteliğindedir⁶⁶. Yani sözleşmeyi devralan taraf, devreden hak ve borçlarına kapsam ve içeriği bakımından aynı şartlarla sahip olmaktadır⁶⁷. Belirtelim ki, sözleşmenin devrinde söz konusu olan halefiyet, cüz'i halefiyettir⁶⁸.

818 sayılı Borçlar Kanununun aksine Türk Borçlar Kanunu sözleşmenin devri konusuna⁶⁹ 205. maddesinde ayrı bir düzenleme ile yer vermiş bulunmaktadır⁷⁰. Hükme göre, “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır. Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir. Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır” (TBK, m.205). Hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, sözleşmenin devrinde gerek devreden gerek devralan tarafından sözleşme ilişkisinde iradi değişiklik söz konusu olmakta ve yine sözleşmede kalan taraf da bu değişikliğe rıza göstermektedir⁷¹.

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma olarak tanımlanmaktadır (TBK, m.205/1). Hükümden de anlaşılacağı üzere sözleşmenin devri sonucunu doğuran işlemin *devreden*, *devralan* ve *sözleşmede kalan* taraf olmak üzere üç tarafı bulunmaktadır⁷². Yapılan bu sözleşme ile sözleşmeyi devralan, devralanan sözleşmenin tüm hak ve borçları ile birlikte tarafı haline gelmektedir⁷³. Sözleşme, sözleşmeyi devralan taraf ile sözleşmede kalan taraf arasında, baştan itibaren varlığını sürdürüyormuş gibi kabul edilir⁷⁴. Ayrıca sözleşmenin devri ile sözleşmeyi devreden sözleşme ilişkisinden ayrılıp, yerine

⁶⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.825.

⁶⁶ PIEPER, s.35 vd; s.52 vd; Halefiyet, bir hukuki ilişkinin taraflarından birinin yerine başka birinin geçmesi sonucunda, yeni tarafın aynı muhteva ile borç ilişkisinden sorumlu olmasıdır. AYRANCI, s.56.

⁶⁷ KOCAGİL, s.47; AYRANCI, s.57.

⁶⁸ Borcun üçüncü bir kişi tarafından ifası gereken durumlarda veya borçlunun ediminin yardımcı şahıs tarafından yerine getirilmesi gereken durumlarda halefiyet ilkesinden söz edilemez. AYRANCI, s.58; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.266.

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AYRANCI, s.31 vd.

⁷⁰ Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği alacak hakkının temlik (devir) edilmesi (BK, m.162-172) ve borcun nakli (üstlenilmesi) (BK, 173-181) konularına yer vermişti.

⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.599 vd; EREN, (2014), s.1255-1256; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.825 vd ; BAHADIR, Zeynep, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XVII, Y.2013, S:3, s.3

⁷² FRÜH, s.26.

⁷³ PIEPER, s.210 vd.

⁷⁴ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1214.

sözleşmeyi devralan taraf geçerken, sözleşmenin içeriği bu devirden etkilenmemektedir⁷⁵.

C. Sözleşmenin Devrini Açıklayan Teoriler

1. Kombinasyon Teorisi

Sözleşmenin devri konusunda, başlıca iki teoriden biri olan “*kombinasyon (parçalanma) teorisi*”ne (Zerlegungstheorie) göre, sözleşmenin ancak alacağın devri ve borcun nakli işlemlerinin birlikte yapılmasıyla üçüncü kişiye devredilebileceği kabul edilmiştir⁷⁶. Dolayısıyla bu teoriye göre, sözleşme ilişkisinde mevcut bulunan alacakların, alacağın devri hükümlerine göre; borçların ise borcun nakli hükümlerine göre devredilmesi benimsenmiştir. Ancak *kombinasyon teorisinin* belirtmiş olduğumuz nedenlerle uygulanabilir olduğunu söylemek oldukça güçtür. Ayrıca sözleşmenin devri sebebiyle alacaklar, borçlar ve yenilik doğurucu haklar üçüncü kişilere geçtiği için⁷⁷ kombinasyon teorisi, yenilik doğurucu hakların veya yenilik doğuran bir beyana muhatap olma konumunun üçüncü kişilere geçişini açıklayamamaktadır⁷⁸. Kombinasyon teorisi özellikle 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında sözleşmenin devri açısından öne çıkan bir teoriydi⁷⁹. Bir bütün olarak taraf değişikliğini kapsamayan kombinasyon teorisi⁸⁰, günümüz sözleşme ilişkilerinin devri açısından elverişsiz olması nedeniyle uygulanmamaktadır.

2. Birlik Teorisi

Sözleşmenin devrini açıklayan ikinci teori ise “*birlik teorisi*”dir (Einheitstheorie). Birlik teorisi, kombinasyon teorisinin yetersizliği karşısında, sözleşmenin devri açısından daha olumlu bir anlam ifade etmektedir. Birlik teorisi, özellikle Almanya⁸¹, İsviçre⁸², İtalya⁸³ ve Fransa⁸⁴ hukukları açısından 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kabul edilmeye başlanmıştır. Teoriye

⁷⁵ PIEPER, s.116 vd.

⁷⁶ DEMELIUS, s.252 vd.

⁷⁷ KOCAGİL, s.47.

⁷⁸ EREN, (2009), s.1206; AYRANCI, s.45-50; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1213.

⁷⁹ DEMELIUS, s.252 vd; ESSER/SCHMIDT, s.324.

⁸⁰ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.267-268; AYRANCI, s.45 vd; EREN, (2014), s.1255.

⁸¹ PIEPER, s.176 vd; LARENZ, s.617 vd.

⁸² FRÜH, s.89; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz.3548.

⁸³ STINCARDINI, Ruggero, “La Cessione Del Contratto: Dalla Disciplina Codicistica Alle Peculiarità Ipotesi D'applicazione in Ambito Calcistico”, http://www.rdes.it/RDES_3_08_STINCARDINI.pdf, (12.12.2013).

⁸⁴ VON BAR, Christian/ZIMMERMAN, Reinhart, Grundregeln des europäischen Vertragsrechts, Teil III, München 2005, s.717.

göre, sözleşme ilişkisi, onu oluşturan taraflardan bağımsız olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla alacaklar ve borçlar bölünmeksizin, bir başka deyişle alacaklar için alacağın devri, borçlar için de borcun üstlenilmesi (nakli) hükümlerine başvurmaya gerek kalmaksızın, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince tek bir hukuki işlem ile sözleşmenin devri işlemi gerçekleştirilebilmektedir⁸⁵. Bu işlem ile sözleşmenin içeriğinde herhangi bir değişiklik olmamakta, ancak taraflardan biri değişmektedir. Bir başka deyişle borç ilişkisi bütün olarak üçüncü bir kişiye (devralana) geçmektedir. Bu durum özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran kira ve iş ilişkisinde açık bir şekilde görülebilmektedir⁸⁶.

Dolayısıyla bir sözleşme ilişkisinin bütün olarak devri ile unsurlarının devri birbirinden ayrılmalıdır⁸⁷. Bu teoriye göre sözleşmenin devri, kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilmekte, tek bir işlem ile sözleşmenin tarafı değiştirilebilmektedir⁸⁸. Yani alacağın devri ve borcun üstlenilmesi kombinasyonundan farklı olarak, sözleşme ilişkisi bir bütün olarak üçüncü bir kişiye devredilebilmektedir⁸⁹. Zira yalnızca alacağın devri ile borcun yüklenilmesinden ibaret olan bir yüklenme sözleşmesi, yenilik doğuran hakları kapsamadığı için gerçeklere ve ihtiyaçlara uymamaktadır⁹⁰.

IV. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN YASAL DAYANAĞI

A. Bazı Avrupa Ülkeleri Açısından Değerlendirme

1. Alman Hukuku

Alman Hukukunda, sözleşmede taraflardan birin yerine üçüncü bir kişinin geçmesi sonucunu doğuran sözleşmenin devrine, genel bir hüküm olarak yer verilmemiştir. Ancak sözleşmenin devrini ele alan bazı özel düzenlemeler bulunduğu belirtilmemiz gerekir. Nitekim Alman Medeni Kanununun (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) 566. maddesinde kiralanan gayrimenkulün devri halinde kiralayanın yerine yeni malikin geçeceği hükme bağlanmıştır⁹¹. Ancak gerek öğretide gerek uygulamada sözleşmenin devri bağımsız bir müessesе olarak benimsenmiş bulunmaktadır⁹². Alman Hukukunda sözleşmenin

⁸⁵ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.267; AYRANCI, s.40; KOCAGİL, s.47.

⁸⁶ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1213-1214; AYRANCI, s.52.

⁸⁷ AYRANCI, s.50; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1213.

⁸⁸ KOCAGİL, s.47.

⁸⁹ AYRANCI, s.40; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.267; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1213.

⁹⁰ EREN, (2009), s.1207.

⁹¹ PIEPER, s.191.

⁹² PIEPER, s.191.

kanuni devri, alacağın devri ve borcun nakli hükümleri kapsamında (§ 414, 415 BGB) ele alınmaktadır⁹³. Sözleşmenin iradi olarak devrinin mümkün olduğu sonucu da bu noktada ortaya çıkmaktadır⁹⁴.

Sözleşmenin devrinden iradi bir ilişki olarak söz edilmesine karşın, Alman Hukukunda iş sözleşmelerinin bir işletmenin tamamen veya kısmen hukuki bir işlemle bir başkasına devredilmesi durumunda, devir anında var olan iş sözleşmelerinden doğan hak ve yükümlülüklerin yeni malike geçeceği benimsenmiştir. Sözleşmenin yasal devrini ele alan bu düzenleme Alman Medeni Kanununun (BGB) § 613a hükmünde ele alınmıştır⁹⁵. Sözleşmenin yasal devrinde, sözleşmede kalan tarafın rıza beyan etmesine gerek kalmaksızın, devredilen sözleşme yasa gereği devralana geçmektedir. Görüldüğü üzere Alman Medeni Kanununun § 613a düzenlemesi, tarafların iradesini esas almamakta, yasal bir sonuç olarak yeni işletme sahibinin iş ilişkisine girmesine olanak sağlamaktadır. Ancak belirtelim ki, işyeri devrinde iş ilişkisinin devralan işverene geçişinde işçiye itiraz hakkı tanınmıştır. Gerçekten de BGB § 613a'nın 6. fıkrasına göre, işçiye yapılacak bilgilendirmenin ardından bir ay içinde yazılı olarak iş ilişkisinin devrine itiraz edilebilecektir. İtiraz hakkı önceki işverene karşı kullanılabileceği gibi, işyerinin yeni sahibine karşı da kullanılabilecektir⁹⁶.

2. İsviçre Hukuku

İsviçre Hukuku açısından da, sözleşmenin iradi olarak devrini ele alan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Niteliği bakımından devre elverişli sözleşmelerin iradi olarak devrinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁹⁷. İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht)⁹⁸ sözleşmenin devrine ilişkin genel bir düzenlemeye yer vermemesine karşın, sözleşmenin devrine ilişkin bazı özel hükümlere değinmiş bulunmaktadır. Özellikle 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda bulunmayan ancak 1989 yılında yapılan değişiklik sonucu kabul edilen düzenleme gereği “Kiranın Üçüncü Kişiye Devri” kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme İsviçre Borçlar Kanununun 263. maddesinde yer almaktadır. Hükme göre, işyerini kiralayan kiracı, kira ilişkisini, kiraya verenin yazılı onayı ile bir

⁹³ DEMELIUS, s.253-254.

⁹⁴ DEMELIUS, s.253-254; AYRANCI, s.44; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.225.

⁹⁵ BGB § 613a Alman Medeni Kanununun 1972'de revize edilmesi sırasında 77/187 sayılı Konsey Yönergesinden daha önce yürürlüğe girmiştir. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.367.

⁹⁶ ASTARLI, Muhittin, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, *Çalışma ve Toplum*, 2013/1, s.76.

⁹⁷ FRÜH, s.1 vd; BGE 111 II 143, <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction>, (21.12.2013).

⁹⁸ Kanun metni için bkz. <http://www.zgbor.ch> (23.12.2013).

üçüncü kişiye devredebilecektir⁹⁹. Kanun işyeri açısından kabul ettiği için hüküm yalnızca işyeri kiralari ile sınırlı olarak uygulama niteliğine sahiptir¹⁰⁰. Kaynak İsviçre Hukuk öğretisinde ve Federal Mahkeme uygulamasında da, kira ilişkisinin devri sözleşmesinin, tipik bir devir ilişkisi olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹.

İsviçre Borçlar Kanunu açısından sözleşmenin devri esas alınarak değinilebilecek diğer bir düzenleme de işyeri devri sonucunda meydana gelen iş sözleşmesinin devri uygulamasıdır¹⁰². İsviçre Borçlar Kanununun işyeri devrini düzenleyen 333. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Bir işveren, işyerini veya işyerinin bir bölümünü üçüncü bir kişiye devrettiği takdirde, işçinin devre itiraz etmemesi durumunda, iş ilişkileri bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte devir gününde devralan işverene intikal eder”¹⁰³. Şayet işçi devre itiraz eder ise, iş ilişkisinin yasal fesih bildirimi süresinin sonunda sona ereceği yine aynı Kanunun 333. maddesinin 3. fıkrasında hükme bağlanmıştır¹⁰⁴. Görüldüğü üzere İsviçre Hukuku açısından işyerinin devredilmesi, tek başına iş ilişkilerinin yeni işverene geçmesini sağlayamamaktadır. Dolayısıyla devir sözleşmesinin taraflarının, iş ilişkilerinin geçişi konusunda da anlaşmış olmaları gerekmektedir¹⁰⁵. Yine aynı Kanunun 333. maddesinin 4. fıkrasında da, işverenin aksine bir kararlaştırma olmadığı sürece iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlarını üçüncü bir şahsa devretmeye yetkili olmadığı hükme bağlanmıştır¹⁰⁶. Bu hükmün 818

⁹⁹ Türk Borçlar Kanunu, konuya 323. maddesinde yer vermiştir. İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi, dört fıkra olarak kaleme alınmışken, bu kanunun 1 inci ve 2 inci fıkraları Türk Borçlar Kanununun ilgili 323 üncü maddesinde tek bir fıkra altında birleştirilmiş ve toplam üç fıkra olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat**, “Kira ilişkisinin Devri, (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, S:95, s.97-134. Bkz. <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html#a253> (23.12.2013).

¹⁰⁰ Ancak belirtelim ki, konusu konut kirası devrini içeren sözleşmelerin devrinin de tarafların serbest iradesi ile yapılacağı kabul edilmektedir. **TOPUZ/CANBOLAT**, s.97-134.

¹⁰¹ **HEINRICH, Peter**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich-2007; BGE 129 III 18. <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction>, (21.12.2013).

¹⁰² **ASTARLI**, s.69 vd.

¹⁰³ İsviçre Borçlar Kanununun işyeri devrini düzenleyen hükümlerinde 1993 yılında değişiklik yapılmıştır. Düzenleme aslında 1 Mayıs 1994’te yürürlüğe giren “Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben-Mit Wirkungsgesetz” Kanununa dayalı olarak gerçekleştirilmiştir. Bkz. <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html#a253> (12.01.2014).

¹⁰⁴ Bu konuda Türk Hukuku ile İsviçre Hukuku açısından işyeri devrinde işçinin itiraz hakkını İş Kanunu bağlamında ele alan ayrıntılı incelemeler için bkz. **ASTARLI**, s.69-106; **ALP, Mustafa**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi”, **Çalışma ve Toplum**, 2012/1, s.51-74.

¹⁰⁵ **PORTMANN, Wolfgang**, in: **Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand**, Kommentar zum Obligationenrechts I, (Art: 1-529), Basel-2007, s.1952; **GÜZEL**, İşverenin Değişmesi, s.236. Ayrıca bkz. **ASTARLI**, s.69 vd; **ALP**, “Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme”, s.51 vd; İş sözleşmesinin devri bağlamında, işyeri devrinde çalışanların itiraz hakkına ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. s.114 vd.

¹⁰⁶ Bkz. www.zgbor.ch (14.07.2014). Bkz. **REHBINDER, Manfred**, Berner Kommentar, Band VI/2/2/2, Art. 331-335, OR, Bern-1992, s.26 vd.

sayılı Borçlar Kanununun iş sözleşmesinin devrine dayanak olarak gösterilen 320. maddesinin 2. fıkrasından farkı bulunmamaktadır¹⁰⁷.

3. Fransız Hukuku

Fransız Hukuku açısından da sözleşmenin devrini ele alan genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu hukuk sistemi açısından da sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında iradi devir mümkün görülmektedir¹⁰⁸. Sözleşmenin devri durumunda taraflardan birinin yerine üçüncü bir kişinin geçmesi söz konusu olmaktadır.

Fransız Hukukunda sözleşmenin devrinin yasal olarak sağlayan işyeri devri kurumuna da yer verilmiştir. Fransız Hukuku açısından işyeri devri sonucu iş sözleşmelerinin kendiliğinden geçişi ilk olarak 1928 yılında yapılan bir düzenleme ile gerçekleşmiştir¹⁰⁹. İşyeri devrine ilişkin düzenlemeye Fransız İş Kanununun L.1224-1¹¹⁰ maddesinde yer verilmiştir. Fransız Hukukunda, işçinin işyeri devrinden dolayı iş sözleşmesinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı bulunmamaktadır¹¹¹.

İşyeri devri ilk olarak Avrupa Birliği'nin 77/178 Sayılı Konsey Yönergesi ile kabul edilmiş, ardından 1998/50 sayılı Yönerge ile ardından yürürlüğe giren ve önceki yönergeler ile gerçekleşen değişiklikleri birleştiren 2001/23 sayılı Yönerge¹¹² ile işyerinin veya bir bölümünün devri halinde, devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin kendiliğinden devralan işverene geçeceği hükme bağlanmıştır (m.3/1)¹¹³. İşletmenin devri halinde iş sözleşmeleri yeni işverenle çalışanlar arasında hüküm ve sonuçlarını meydana getirmeye devam edecektir¹¹⁴. Buna göre Fransız Hukukunda işyerinin miras, satış, birleşme yoluyla el değiştirmesi durumunda iş ilişkisinin devamı engellenmemiş ve iş sözleşmelerinin yeni işverenle hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmesi benimsenmiştir¹¹⁵.

¹⁰⁷ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1199.

¹⁰⁸ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.269.

¹⁰⁹ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.218.

¹¹⁰ Önceki madde hükmü L.122-12 şeklinde düzenlenmişti. Bkz. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.218; Business Transfers Across Europe: Transfers in France (www.hoganlovells.com: 12.12.2013).

¹¹¹ Business Transfers Across Europe: Transfers in France (www.hoganlovells.com: 12.12.2013).

¹¹² Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the Approximation of the Laws of the Member States relating to the Safeguarding of Employees' Rights in the event of Transfers of Undertakings, Businesses or Parts of Undertakings or Businesses. Bu yönerge, işyeri devri ile ilgili 77/187/EEC sayılı Yönerge ile 98/50/EC sayılı Yönergeye eklemeler yapmıştır; Ayrıca bkz. s.120, 203 vd.

¹¹³ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.218 vd; ALPAGUT, Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul-2010, s.5 vd.

¹¹⁴ PELISSIER/SUPIOT/JEAMMAUD, Droit du Travail, Dalloz, Précis, 21. Edition, Paris, 2003, s. 419

¹¹⁵ BUETTO, Laetitia, In lus Laboris-Transfers of Undertakings Guide, 2009, s.93.

4. İtalyan Hukuku

İtalyan Hukukunda, Alman ve İsviçre Hukukundan farklı olarak sözleşmenin devri kurumu Medeni Kanunda (Codice Civile – CC) ayrı bir hüküm olarak ele alınmıştır (1406 CC). İtalyan Medeni Kanununun 1406-1410 CC maddeleri sözleşmenin devri konusunu düzenlemiştir. Devreden ve devralanın anlaşması sonucu, sözleşmede kalan tarafın da aynı fikirde olması koşuluyla, bir sözleşmeden doğan hukuki ilişkinin, yükümlülükleri ile birlikte üçüncü bir tarafa devri mümkün olabilecektir (1406/1 CC). Ancak aynı zamanda bu hukuk sistemi içinde, işletme devrine bağlı olarak sözleşme devirlerini ele alan düzenlemelere de yer verilmiştir (m. 2112 CC; 2558 CC)¹¹⁶.

Ticari işletmenin devri sonucu olarak işletmenin malikleri arasında çıkan halefiyet ilişkisi, Medeni Kanun'da genel bir düzenleme ile yer bulmuştur (m.2558 CC). Buna göre aksine bir sözleşme olmadıkça, işletmeyi devralan taraf, kişisel ilişkiye dayanmayan ve işletmenin faaliyetlerine özgülenen tüm sözleşme ilişkilerinde devredenin yerini alarak, sözleşmenin tarafı niteliğini kazanmaktadır. Ancak sözleşmenin diğer tarafı, haklı bir nedenin varlığı durumunda ve devrin ihbar edildiği tarihten itibaren üç ay içinde sözleşmeyi feshedebilir.

İtalyan hukuku açısından konumuz bakımından düşünülmesi gerekli diğer hüküm de, Medeni Kanunun 1406 vd maddelerinde düzenlenen ve genel olarak sözleşmelerin devrini ele alan düzenlemedir¹¹⁷. Hükme göre, karşılıklı edim yükümlülüğü içeren sözleşmelerde, taraflardan her biri diğer tarafın onayı ile üçüncü bir kişiyi kendi yerine geçirebilecektir. Bu ihtimalde sözleşmenin devri, sözleşmenin diğer tarafının iradesi ile gerçekleştiği için, ticari işletmenin devrinde sözleşmenin devri, diğer tarafın iradesi dışında meydana gelmektedir¹¹⁸.

İşletmenin devri durumuna ilişkin olarak ele alınan ve İtalyan Medeni Kanununun 2112 CC maddesinde düzenlenen hükme göre, işletmenin devri durumunda, iş sözleşmeleri devreden tarafından feshedilmediği takdirde, devralan işveren iş sözleşmelerinin yasal tarafı olacaktır.

¹¹⁶ CICALA, Raffaele, Cessione del contratto, Enciclopedia del diritto, Band VI, Mailand 1960, s. 878–902.

¹¹⁷ CICALA, s.878.

¹¹⁸ CICALA, s.881.

B. Türk Hukuku Açısından Değerlendirme

1. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğünden Önceki Dönem

Türk Borçlar Kanunu tarafından yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu, genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen bir hükme yer vermemişti¹¹⁹. Sözleşmenin devrine ilişkin mevzuatında genel bir düzenlemeye yer vermeyen İsviçre ve Alman Hukukunda olduğu gibi, Türk Hukukunda da, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğünden önce uzunca bir süre nitelikleri bakımından devre elverişli olan sözleşmelerin, iradi olarak devri kabul edilmişti¹²⁰.

Ancak bu dönemde kanun koyucu tarafından bazı sözleşmeler bakımından sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemelere yer verilmişti. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanununun 254. maddesinin 2. fıkrası¹²¹ ile 276. maddesinin 2. fıkrasında¹²² kiralaan gayrimenkulün bir başkasına devredilmesi durumu ele alınmıştı. Belirtilen hükümler gereğince kiralaan gayrimenkulün bir başka kimseye devredilmesi durumunda, yeni malikin feshi ihbarın hüküm ifade edeceği zamana kadar sözleşmeye riayet etmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştı. Bu durum aynı zamanda sözleşmenin yasal devri olarak da görülmekteydi¹²³.

¹¹⁹ KOCAGİL, s.46.

¹²⁰ Bkz. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1213; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.329; AYRANCI, s.17; SÜZEK, İş Hukuku, s.336; AKYİĞİT, "Bireysel Devir", s.43.

¹²¹ "Bununla beraber icar edilen şey bir gayrimenkul olduğu takdirde, akıt daha evvel feshe müsait olmadıkça kanunen ihbar caiz olan miada kadar üçüncü şahıs, icara riayet etmekle mükellef tutulur ve feshi ihbar etmediği takdirde akdi kabul etmiş addolunur" (818, m.254/II).

¹²² "Mecur icarın akdinden sonra mucir tarafından başkasına temlik yahut icraen takip veya iflas tarihiyle kendisinden nezedildiği takdirde; müstecir, mecurun ahiren maliki olan üçüncü şahıstan ancak kabulü şartıyla icarenin devamını ve mucirden akdi icra yahut tazminat ita etmesini isteyebilir. Bununla beraber akıt daha evvel feshe müsait olmadıkça üçüncü şahıs, feshi ihbar halinde kanunen muktazi altı aylık mehle riayet mecburiyetindedir; ihbar etmediği surette akdi kabul etmiş sayılır" (BK, m.276/1,2).

¹²³ AYRANCI, s.38. Belirtelim ki, taşınmaz kirasında, kira sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması durumunda, şerh süresince sözleşme ilişkisi varlığını yeni taraf ile kiracı arasında devam ettireceği öngörülmüştü. Bu konudaki 818 sayılı Borçlar Kanununun 255. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Bu şerh, sonraki maliklere müstecirin icar akdi dairesinde gayrimenkulden istifasına müsaade etmek mecburiyetini tahmil eder". 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, sözü edilen madde hükmüne, Türk Medeni Kanununun 1009. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği için ayrıca yer vermemiştir. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 254. maddesine karşılık gelen 312. maddesinin gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir: "Tasarıda, kiralaanın el değiştirmesinden ya da sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü kişinin, kiralaan üzerinde sınırlı ayrı hak sahibi olmasından, kira sözleşmesinin etkilenmeyeceği ve varlığını sürdüreceği esasının benimsenmesine karşın, 818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi, kiracılık hakkının tapu siciline şerhi olanağının korunmasında bir sakınca görülmemiştir. Çünkü, bu şerhe dayanan kiracı, yeni malikin, Tasarının 350 nci maddesi uyarınca, gereksinimini ileri sürerek kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkını kullanmasına engel olabilecektir. Zaten, sözleşmenin kiraya veren tarafında bir değişiklik olmasa bile, kiracılık hakkının tapu siciline şerhi, kiraya verenin, Tasarının 349 uncu maddesinde öngörülen gereksinim, yeniden inşa ve imar gibi sebeplerle kira sözleşmesini sona erdirmesini önleyici bir etkiye sahiptir". Türk Medeni Kanununun 1009. maddesine göre; "Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerilim sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir. Bunlar şerh verilmele o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir".

Ayrıca yine yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun¹²⁴ (ETTK) 1303. maddesi, “*Mukavele müddeti içinde sigorta edilen malın sahibi her hangi bir surette değişmişse, mukavelede aksine hüküm olmadıkça sigortadan doğan hak ve borçlar o malın rizikosu kendisine ait olduğu tarihten itibaren yeni sahibine intikal eder. Mukavele müddeti içinde sigorta edilen malın sahibi her hangi bir surette değişmişse, mukavelede aksine hüküm olmadıkça sigortadan doğan hak ve borçlar o malın rizikosu kendisine ait olduğu tarihten itibaren yeni sahibine intikal eder*” (ETTK, m.1303/1) hükmüne yer vermişti. Bir başka deyişle, mal sigortalarında sözleşme süresi içinde sigorta edilen malın sahibinin değişmesi durumunda, sözleşmede aksine hüküm yoksa sigortadan doğan hak ve borçların yeni malike intikal edeceği hükme bağlanmıştı¹²⁵.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yürürlükte olmakla beraber, günümüzde de yürürlüğünü devam ettirmekte olan bazı özel düzenlemeler gereğince de sözleşmenin devri uygulamasına rastlamak mümkündür. Sözleşmenin devri, sözleşme ilişkilerinin uygulanması bakımından özel hukuk hükümlerinin geçerli olduğu bazı kamu kuruluşları tarafından gerçekleştirilen sözleşmeler açısından da gündeme gelebilir. Gerçekten de 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 66. maddesi¹²⁶ ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde¹²⁷, sözleşmenin devri kurumuna yer verilmiştir¹²⁸. Belirtmiş oldu-

¹²⁴ RG., 09.07.1956, 9346 (Mülga Kanun, 3. Tertip).

¹²⁵ Ancak 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu (RG., 14.02.2011, 27846), benzer bir düzenlemeye yer vermemiş, “Sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi hâlinde, aksine sözleşme yoksa...”, sigorta ilişkisinin sona ereceğini hükme bağlamıştır (TTK, m.1470). Söz konusu madde hükmünün gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “*Menfaat sahibi değişikliği ilgili olan Tasarının bu maddesi ile mevcut sistem tamamıyla tersine çevrilmiştir. 6762 sayılı Kanunun 1303 üncü maddesinde sigortalı malın sahibinin değişmesi matlahı altında yapılan düzenlemeye göre, aksine sözleşme yoksa menfaat sahibi değişikliğinde sözleşme ilişkisi devam ederken, Tasarı da aksine sözleşme yoksa sözleşme ilişkisinin son bulacağı kabul edilmiştir. Temeldeki bu değişikliğin nedeni ise sigorta uygulamalarıdır. Uygulamada, bir çok sigorta genel şartında ya da özel şartlarla 6762 sayılı Kanunun 1303 üncü maddesinde uygulama zaten tersine çevrilmiş durumdadır. Bu nedenle de Tasarının bu maddesi ile uygulamadaki durumun Kanunlaştırılması istenmiştir. Ayrıca, sigortalı şahsındaki değişiklik sigortacı açısından da önem arz edebilir. Menfaat sahibi değişikliği sigortacı yönünden subjektif ya da objektif riziko ağırlaşması niteliğinde olabilir. Riski taşıyan ise sigortacıdır. Bu nedenle ilke olarak menfaat sahibi değişikliklerinde sözleşme ilişkisinin son bulacağı kabul edilirken taraflara da aksine sözleşme yapabilme imkânı tanınmıştır*”.

¹²⁶ “Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62. madde hükümleri uygulanır”.

¹²⁷ “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26. madde hükümleri uygulanır”.

¹²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. KULUÇLU, Erdal, “Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri”, *Sayıştay Dergisi*, S:49, Nisan-Haziran-2003, s.99 vd.

ğumuz kamu ihale sözleşmeleri açısından sözleşmenin devrine ilişkin olarak öncelikle ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanması gerekecektir¹²⁹.

2. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğünden Sonraki Dönem

Türk Borçlar Kanununun kabulünün ardından, sözleşmenin devrini genel olarak düzenleyen bir hükme Türk Hukukunda yer verilmiş ve konu, Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde ele alınmıştır¹³⁰. Hükme göre, “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır. Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir. Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır” (TBK, m.205).

Ayrıca Türk Borçlar Kanunu bazı sözleşmeler bakımından sözleşmenin devrini özel olarak ele alan düzenlemelere de yer vermiştir. Bu anlamda Türk Borçlar Kanununun 323. maddesinde sözleşmenin devrini, kira ilişkisi bakımından özel olarak düzenleyen “Kira ilişkisinin devri” başlıklı 323. madde hükmüne göre, “Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarda haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz. Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur. İşyeri kiralarda devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur”. Önemle ifade edelim ki, kira ilişkisinin devrinin sözleşmenin devri olarak nitelendirilmesi karşısında, kira ilişkisinin devrinin koşulları bakımından, genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen ve Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde düzenlenen sözleşmenin devrine ilişkin hükmün de dikkate alınması gerekir¹³¹.

¹²⁹ Ancak hüküm bulunmayan durumlarda, Türk Borçlar Kanununun sözleşmenin devrine ilişkin (TBK, m.205) hükümlerinin uygulanması mümkündür (4735, m.36). Sözleşmenin devriyle yüklenici değişmektedir. Sözleşmenin devredileceği yüklenicinin ilk ihalede istenen kriterleri taşıyıp taşımadığının da aranması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KULLUKÇU**, 102 vd.

¹³⁰ Bkz. s.25 vd.

¹³¹ **TOPUZ/CANBOLAT**, s.103; Ancak Türk Borçlar Kanununun 310. maddesinde düzenlenmiş bulunan hükme göre, sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirmesi durumunda, yeni malikin kanunen kira sözleşmesinin tarafı kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Yani hükümde sözleşmenin iradi devri değil, kanun gereği devrinden bahsedilmiştir.

Yine çalışma konumuzu oluşturan iş sözleşmesinin devri de, genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinden farklı bir maddede ele alınmış ve Kanunun 429. maddesinde hükme bağlanmıştır¹³². İş sözleşmesinin devrini ifade eden belirtmiş olduğumuz düzenleme, Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde geçen ve genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen hükmün özel bir uygulamasıdır¹³³. Hükme göre, “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır” (TBK, m.429)¹³⁴. Türk Borçlar Kanunu öncesinde İş Hukuku mevzuatında düzenlenmemesine rağmen, 818 sayılı Borçlar Kanununun 320. maddesinin 2. fıkrası gereğince iş sözleşmesinin devredilebileceği kabul edilmekteydi¹³⁵.

V. SÖZLEŞMENİN DEVRİNDE TARAFLAR

A. Devreden Taraf

Sözleşmenin iradi olarak devri durumunda, devreden taraf sözleşme ilişkisinden çıkmaktadır¹³⁶. Devredenın sözleşmeden doğan taraf sıfatı ile birlikte, bütün hak ve borçları devralana geçmektedir (TBK, m.205/1). Devreden tarafın sözleşme ilişkisinde alacaklı veya borçlu taraf olması önem arz etmemektedir. Bir sözleşme ilişkisinin devrinde, sözleşmeyi devretmek isteyen taraf ile devrilmek isteyen taraf arasında yapılacak devir anlaşmasının varlığı aranır¹³⁷. Devreden, taraf durumunu devretmektedir¹³⁸.

¹³² Madde hükmüne göre, “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır” (TBK, m.429).

¹³³ SÜZEK, İş Hukuku, s.336; KOCAGİL, s.56; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.330; ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.303.

¹³⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. s.53 vd.

¹³⁵ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1199 vd; KOCAGİL, s.50; GÜNAY, s.114-119; ŞAHLANAN, Fevzi, “İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları (Karar İncelemesi)”, *Tekstil İşveren Dergisi-Hukuk* 9, S:324, s.2-3; DANAR, s.69; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.329-333; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.72.

¹³⁶ FRÜH, s.26 vd; LARENZ, s.616; VON TUHR/ESCHER, s.343.

¹³⁷ FRÜH, s.26 vd.

¹³⁸ LARENZ, s.618; BUCHER, s.592.

B. Devralan Taraf

Sözleşmenin devrinde, ilişkinin yeni tarafı devralan olmaktadır. Devralan taraf, devreden ile yaptığı anlaşma sonucunda borç ilişkisinin tarafı olmaya hak kazanmakta ve sözleşmede kalan tarafın devre rıza vermesiyle tüm hak ve borçları birlikte yüklenmiş olmaktadır. Devralan taraf, sözleşmeyi var olan tüm koşulları ile birlikte ve tüm hak ve yükümlülüklerle devralmış olmaktadır. Bu durum, alacak ve borç yanında def'i hakları ile yenilik doğuran hakları da kapsar¹³⁹. Sözleşmeyi devralan yerine geçtiği tarafın hukuki durumunu kazanmaktadır.

Sözleşmeyi devralmak isteyen taraf, belirli ve karşı tarafı sabit ve mevcut hukuki konumu garantili bir sözleşmeyi devralmakla kendisine avantajlı bir konum sağlayabilir¹⁴⁰. Devralan, ayrıca belli koşullar altında müzakere edilmiş bir sözleşmeyi devralmakla işlem maliyetini de azaltabilecektir. Sözleşme ile bağlı olan devreden taraf sözleşme ilişkisinden çıkmakla birlikte yeni devralan taraf sözleşmenin bağlılık ilişkisi içine dâhil olmaktadır. Sözleşmede kalan tarafın ise bağlılığı devam etmektedir. Ayrıca belirtelim ki, sözleşmenin devralınmak istenmesi, sözleşmeyi üstlenmek isteyen tarafın sözleşmeden doğan yükümlülükleri elde etme arzusundan da kaynaklanabilir¹⁴¹.

C. Sözleşmede Kalan Taraf

Sözleşmede kalan taraf, artık sözleşmeden doğan yükümlülüklerini devralan tarafa karşı yerine getirmek zorundadır. Sözleşmeyi devralan taraf, devreden sözleşmeden doğan haklarını, sözleşmede kalan tarafa ileri sürebilecektir. Devir sözleşmesi, sözleşmede kalan tarafın onayı olmadan gerçekleştiremez¹⁴². Bu onay üç taraflı devir sözleşmesinin esaslı bir unsurudur¹⁴³. Sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmede kalan tarafın, devredilen sözleşmeden doğan yükümlülükleri de aynen devam etmektedir.

VI. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN SEBEPLERİ

Ani edimli borç ilişkilerine nazaran, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin hukuki etkileri uzun süre devam ettiği için, zaman içinde taraf değişikliği gündeme gelebilmektedir. Gerçekten de bu gibi durumlarda sözleşmeyi fes-

¹³⁹ EREN, (2014), s.1255.

¹⁴⁰ FRÜH, s.124.

¹⁴¹ FRÜH, s.124.

¹⁴² Devir sözleşmesine sözleşmede kalan tarafın rıza açıklaması hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. s.186 vd.

¹⁴³ FRÜH, s.102.

hetmek yerine, devrini gerçekleştirmek daha yararlı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu durum özellikle kira sözleşmesi ve iş sözleşmesi gibi hukuksal ilişkilerde kendisini göstermektedir. Aynı zamanda devir ilişkisi, süreklilik niteliği bulunan bir hukuksal ilişki açısından sosyal koruma düşüncesini de ön plana çıkarmaktadır¹⁴⁴. Ayrıca hukuki ilişkilerde taraf özelliği, kimi durumlarda önemli bir ekonomik değer de ifade edebilmektedir.

VII. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN TÜRLERİ

A. Sözleşmenin İradi Devri

Türk Borçlar Hukuku açısından sözleşmenin devri kurumuna 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde yapılan düzenlemeyle açıkça yer verilmiştir¹⁴⁵. Sözleşmenin iradi devrini ifade etmek üzere, özellikle Alman ve İsviçre Hukuku öğretisinde, sözleşmenin devri (vertragsübertragung) veya sözleşmenin yüklenilmesi (nakli) (vertragsübernahme) kavramları kullanılmaktadır¹⁴⁶. Önemle ifade edelim ki, Alman ve İsviçre Hukukunda sözleşmenin iradi olarak devri kurumuna ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁴⁷.

Türk Borçlar Kanunu, belirtmiş olduğumuz müesseseyi, “Sözleşmenin devri” başlığı altında düzenlemiştir (TBK, m.205). Sözleşmenin iradi devrinde, devreden ve devralan tarafından sözleşme ilişkisinde iradi bir değişiklik meydana gelmekte, sözleşmede kalan taraf yine iradi olarak bu değişikliğe rıza göstermektedir. Borç ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükler, sözleşmenin devri ile birlikte devralana geçmektedir¹⁴⁸. Sözleşmenin iradi devri, sözleşmede kalan tarafın da rızası alınmak suretiyle taraflar arasında gerçekleştirilecek bir hukuki işlem ile mümkündür. Sözleşmenin iradi devrinde, sözleşmenin yalnızca tarafla-

¹⁴⁴ Örneğin 4735 sayılı Kamu İhale Kanununun 16. maddesinde sözleşmenin belli hallerde devredilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre zorunlu hallerin ortaya çıkması aranmaktadır. Zorunlu haller ise, doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı, gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri hallerde sözleşmenin devredilebileceği kabul edilmiştir. Ayrıca sözleşmenin belirtilen sebeplere bağlı olarak devredilebilmesi için, zorunlu hallerin ortaya çıkmasının yanında ihale yetkilisinin yazılı izni, devir alacaklara ilk ihaledeki şartların aranması, devreden ve devralanların üç yıl içinde başka bir sözleşmeyi devralıp almadıklarının tespit edilmesi koşullarının da aranması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KULUÇLU, s.103 vd.

¹⁴⁵ Öğretide, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğünden önce, sözleşmenin devrine uygun düştüğü ölçüde, alacağın temliki ve borcun nakline ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması, bunun dışında da hakimın hukuk yaratma yöntemine başvurası önerilmekteydi. Bkz. AYRANCI, s.156.

¹⁴⁶ VON TUHR/ESCHER, s.343.

¹⁴⁷ AYRANCI, s.31 vd; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.598.

¹⁴⁸ LEHMANN, s.382; BUCHER, s.592; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.209; AYRANCI, s.6 vd; KOCAGİL, s.46 vd; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1199 vd.

rının değil, tarafları ile birlikte bir bütün olarak el değiştirilmesi söz konusudur¹⁴⁹.

B. Sözleşmenin Kanuni (Yasal) Devri

Sözleşmenin devri açısından bulunduğumuz noktada ele almamız gereken husus, devrolunan sözleşmenin kanun hükmüne dayalı geçişi ile hukuki işleme dayalı olarak geçişi arasındaki ayrıma değinmek olacaktır¹⁵⁰. Gerçekten de bazı durumlarda taraf iradeleri dışında bir sözleşmenin kanun hükmü gereği bir kimseye devredilmesi söz konusu olabilir¹⁵¹. Sözleşmenin yasal devrinin kabul edildiği hallerde, sosyal koruma amacının ön plana çıktığı görülmektedir¹⁵².

Türk Borçlar Kanununun sözleşmenin devrini düzenleyen 205. maddesinin son fıkrasında, “*Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler*”in saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu hükme göre kanundan doğan halefiyet halleri ile ilgili özel düzenlemeler, sözleşmenin devrini düzenleyen 205. madde hükmüne tabi olmayacaktır¹⁵³. Bir sözleşmenin niteliği, miras hukukuna ilişkin nedenler veya yasal nedenlerden dolayı sözleşmenin devri yasa gereği de gerçekleşebilir. Böylece sözleşmenin tarafları değişmektedir. Bu durum sözleşmenin yasal devri olarak isimlendirilir¹⁵⁴.

Sözleşmenin *yasal devrinde*, sözleşme taraflarının iradeleri ve sözleşmeye katılan üçüncü kişinin iradesi sözleşmenin devri açısından önemli değildir¹⁵⁵. Zira yasal devre olanak sağlayan bir ilişkide, üçüncü kişi devri önleme olanağına sahip değildir¹⁵⁶. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 310. maddesinin 1. fıkrasına göre de, sözleşmenin kurulmasından sonra kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesi durumunda, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı ola-

¹⁴⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.825.

¹⁵⁰ Bkz. s.103 vd.

¹⁵¹ FRÜH, s.14; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.209.

¹⁵² AYRANCI, s.74.

¹⁵³ Örneğin mirasçılar kanundan dolayı, ölein taraf olduğu sözleşmenin tarafı olmaktadır (TMK, m.599); aynı şekilde başkasının borcu için malını rehnedan kişi de, borcu ifa edip malını rehinden kurtardığı takdirde alacaklının halefi olmakta ve sözleşmenin tarafı olmaktadır (TBK, m.127/1). Belirtmiş olduğumuz durumlar kanunda belirtilen özel halefiyet türleridir. KILIÇOĞLU, Ahmet, s.828.

¹⁵⁴ Bkz. Schweizerisches Obligationenrecht (OR), Art.333 Abs.1; Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom (SVG), Art.14, Abs.1; Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom (VVG), Art. 54, Abs.1.

¹⁵⁵ KOCAGİL, s.46.

¹⁵⁶ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.210; Öte yandan Yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1303. maddesinde yer alan, “*Mukavele müddeti içinde sigorta edilen malın sahibi herhangi bir surette değişmişse, mukavelede aksine hüküm olmadıkça sigortadan doğan hak ve borçlar o malın rizikosu kendisine ait olduğu tarihten itibaren yeni sahibine intikal eder...*” hükmü ve devam eden fıkra düzenlemeleri, yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda yer almamış ve mevcut sistem tamamiyle tersine çevrilmiştir. Yeni Kanunda, aksine sözleşme yoksa, sözleşme ilişkisinin son bulacağı kabul edilmiştir.

cağı hükme bağlanmıştır¹⁵⁷. Maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 254. maddesinin 1.¹⁵⁸ ve 2.¹⁵⁹ fıkralarından farklı olarak, kiracıyı yeni malik karşısında korumak amacıyla, kiracının kiracılık hakkını yeni malike karşı da ileri sürebileceği ve yeni malikin kiralananı edindiği anda, kanun gereği, kira sözleşmesinin tarafı olacağı kabul edilmiştir¹⁶⁰.

2. TÜRK BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN BORÇ İLİŞKİSİNDE TARAF DEĞİŞİKLİĞİNE SEBEP OLAN OLGULARIN SÖZLEŞMENİN DEVRİ KAVRAMI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Borç ilişkisi içinde yer alan tarafların durumu, Borçlar Hukukunda var olan bazı kurumlardan etkilenmektedir. Türk Borçlar Kanununda düzenlenen *alacağın devri* (TBK, m.183-194), *borcun üstlenilmesi* (TBK, m.195-204) ve *sözleşmenin devri* (TBK, m.205) müesseseleri, borç ilişkisinin taraflarını etkilemekte, duruma göre ya yeni bir alacak hakkı elde etmeye veya bir borcu üstlenmeye veyahut da bir sözleşmenin tarafı haline gelmeye imkan sağlamaktadırlar¹⁶¹. Alacağın devrinde yalnızca borç ilişkisinin aktif süjesi yani alacaklı tarafı değişmekte, alacağı devralan kişi bir alacak hakkı elde etmektedir. Ancak sözleşmenin borçlarını üstlenmemektedir¹⁶². Borcun üstlenilmesinde de, yalnızca borç ilişkisinin pasif süjesi değişmekte, borcu üstlenen, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme bulunduğu takdirde, ifa ettiği edimler dolayısıyla bir alacak hakkı elde edebilmektedir. Ancak sözleşmenin devrinden söz edilememektedir¹⁶³. Bir başka deyişle gerek alacağın devri, gerek borcun üstlenilmesi sözleşmede taraf değişikliğine sebep olamaz iken, sözleşmenin devri ile taraf değişik-

¹⁵⁷ Söz konusu durumlarda işçilerin ve kiracıların mülkiyet devrinden kaynaklanan sonuçlardan korunması amaçlanmaktadır. **ÖZKARACA, Ercüment**, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul-2008, s.74.

¹⁵⁸ "Kiranın akdinden sonra, kiralanan, kiralayan tarafından ahara temlik yahut icraen takibat veya iflas tariki ile kendisinden nezedildiği takdirde; kiracı, kiralananın ahiren maliki olan üçüncü şahıstan ancak kabulü şartı ile kiranın devamını ve kiralananandan akdi icra yahut tazminat ita etmesini isteyebilir".

¹⁵⁹ "Bununla beraber kiralanan şey bir gayrimenkul olduğu takdirde, akit daha evvel feshe müsait olmadıkça kanunen ihbar caiz olan miada kadar üçüncü şahıs, kiraya riayet etmekle mükellef tutulur ve feshi ihbar etmediği takdirde akdi kabul etmiş addolunur".

¹⁶⁰ Ayrıca 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 7. maddesinin (d) bendinde, taşınmazın satımı halinde kira ilişkisinin yeni malik ile kiracı arasında devam edeceği kabul edilmiştir. Söz konusu hükümde, kiralananın satımı halinde mevcut kira ilişkisinin yeni malik ile kiracı arasında devam edeceği öngörülmüştü.

¹⁶¹ Zira bu hukuki kurumlar, münferit hak ve borçların devri sonucunu doğurmaktadırlar. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.548, 582.

¹⁶² **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.825, Ayrıca bkz. s.30 vd.

¹⁶³ **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.825, Ayrıca bkz. s.35 vd.

liği gerçekleşmektedir¹⁶⁴. Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, “...Bu sözleşmeyle, devir konusu sözleşmeden doğan bütün haklar ve borçlar bir üçüncü kişiye devredilmektedir”.

Türk Borçlar Kanunu açısından genel olarak ifade etmiş olduğumuz bu kurumları, Borçlar Hukuku açısından sözleşmenin devri kavramı ile karşılaştırmalı olarak ele almanın çalışmamızın bu bölümünde yararlı olacağı kanaatindeyiz.

II. BORÇ İLİŞKİSİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

İş sözleşmesinde değişikliğe sebep olan olguları, İş Hukuku açısından incelemeyi önce, Borçlar Hukuku’nun konuya yaklaşımını ortaya koymak gerekmektedir. İş ilişkisinin bir borç ilişkisi niteliğinde olması sebebiyle, Türk Borçlar Kanununda borç ilişkisinin gerek konusunda gerekse taraflarında değişiklik meydana getiren halleri, bu noktada öncelikle ele almak ve bunların İş Hukukuna olan yansımaları hakkında bilgi vermek yararlı olacaktır. Ayrıca iş sözleşmesinin devri de taraf değişikliğine sebep olduğu için borç ilişkilerinde taraf değişikliğine sebep olan hallerin, sözleşmenin devrinden olan farklılıklarını da ortaya koymak gerekmektedir.

A. Borç İlişkisinin Konusunda Değişiklik

Borç ilişkilerinde ifanın konusu borçlanılan edimden ibarettir. Aslında borçlu neyi borçlanmış ise onu ifa ile mükelleftir¹⁶⁵. Bu duruma ifanın edime uygun olması prensibi adı verilir¹⁶⁶. O halde kural olarak borçlanılan edimden başka bir şey vererek borçtan kurtulmak mümkün değildir. Fakat bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Bir başka deyişle borç ilişkisinin konusunda sonradan değişiklik meydana getirilmesi mümkündür. Örneğin taraflar asıl edim yerine başka bir şeyin verilmesini kararlaştırabilirler. Buna *ifa yerini tutan edim* denir¹⁶⁷. Örneğin, (B), (A)’ya borcun asıl konusunu oluşturan bilgisayar yerine, televizyon vermeyi teklif etmiş ve (A) da bunu kabul etmişse, (bilgisayar yerine televizyon gibi) kararlaştırılan şeyin ifası ile borç sona erer. Ancak belirtelim ki, taraflar ifadan önce borcun konusunu değiştirme hususunda anlaşılır ise, artık

¹⁶⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.329; Alacağın temliki ve borcun naklinden farklı olarak sözleşmeyi devralan yalnızca münferit alacak veya borcu değil, yerine geçtiği tarafın hukuki durumunu tüm hak ve borçları ile birlikte devralmaktadır. ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.303.

¹⁶⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.761; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.276.

¹⁶⁶ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.276.

¹⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.277; AYAN, Mehmet, s.277.

kararlaştırılan yeni edim borcun konusunu oluşturacağından, yeni edimin ifası, borcun başka bir şeyle ifası anlamına gelmemektedir¹⁶⁸.

Borç ilişkisinin konusunun değiştirilmesi noktasında önem ifade eden bir diğer kavram da *seçimlik yetki* kavramıdır. Bu ihtimalde ise, borçluya asıl edimin yerine geçmek üzere yedek bir edim sunma imkânı tanınmıştır. Edimin ifasının istenmesi bakımından alacaklıya da aynı yetkinin tanınması mümkündür¹⁶⁹. Sonuç olarak *seçimlik yetkide* borçlu edimlerden herhangi birini ifa ederek borcundan kurtulmaktadır¹⁷⁰. Seçimlik yetkide edim yerini tutan ifadan değil, edimi değiştirme yetkisinden söz edilir¹⁷¹.

Borçlunun neyi borçlanmış ise onu ifa etmesi gerektiği kuralına bir başka istisna da, asıl edimi hedef tutan başka bir şeyle borcun ifasıdır. Bu duruma ise *ifa uğruna edim* denir¹⁷². Bu ihtimalde borçlu alacaklıya üçüncü şahıstaki bir alacağını devretmeyi veya satıp bedelinden alacağını tahsil etmesi için bir şey vermeyi teklif etmektedir¹⁷³. Örneğin, (B)'nin (A)'ya 5.000 TL borcu vardır. (B) 5.000 TL'lik borcunu ödemek için, (A)'ya, (C) adındaki bir şahıstan olan alacağını devretmesi durumunda *ifa uğruna edim* söz konusudur.

Ayrıca borçlu borcunu ifa etmemek suretiyle temerrüde düştüğü takdirde, alacaklı ifası geciken edimi reddetmek suretiyle, bunun yerine doğan zararın tazminini talep edebilir (TBK, m.125). Bu durumda edimin yerini tazminat almaktadır¹⁷⁴.

Görüldüğü gibi, borç ilişkilerinde her zaman kararlaştırılan edimin ifası söz konusu olmayabilir. Ayrıca borç ilişkisinin konusunda yapılan değişikliğin iş sözleşmesine esas alınarak değerlendirilmesi durumunda, iş sözleşmesi açısından da kararlaştırılan edim konusunda değişikliklerin yapılabileceğini belirtmek gerekir. Ancak önemle ifade edelim ki, iş sözleşmesinin konusunda meydana gelen değişiklik taraf değişikliğine sebep olmamakta, işçinin yaptığı işin niteliğinde, çalışma saatlerinde, ücretinde veya işin görüldüğü yerde değişiklikler meydana getirilmektedir¹⁷⁵. Belirtmiş olduğumuz değişiklikler İş Kanununun “Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi” başlıklı 22. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da

¹⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.278.

¹⁶⁹ AYAN, Mehmet, s.278.

¹⁷⁰ Ancak imkânsızlık açısından önemli olan asıl edimdir. Yani asıl edim imkânsızlaşmış ise borç sona erer ve alacaklı artık yedek edimin de ifasını isteyemez. AYAN, Mehmet, s.278.

¹⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.278.

¹⁷² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.762.

¹⁷³ AYAN, Mehmet, s.277.

¹⁷⁴ Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, s.9.

¹⁷⁵ Ayrıntı için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.675-676; Ayrıca bkz. s.94 vd.

işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz”¹⁷⁶.

B. Borç İlişkisinde Tarafların Durumunda Değişiklik

Borç ilişkilerinin konusunda değişiklik söz konusu olabileceği gibi, taraflarında da değişme söz konusu olabilir. Borç ilişkisinin taraflarında değişikliğe sebep olan hallerden biri gerçekleştiğinde, alacaklı veya borçlu taraf bu değişiklikten etkilenmekte veya hatta tamamen değişmektedir. Bir sözleşmede hak ve yükümlülükler tek olarak devredilebileceği gibi, bir bütün olarak da devre konu olabilir. Buna göre bir tek hak veya yükümlülüğün devri durumunda, varlıklar hak ya da borçlar, yükümlülükler ayrı ayrı devredilmekte ve her bir devir konusu hak ve yükümlülük için o hak ve yükümlülüğe ilişkin öngörölmüş kurallar çerçevesinde devrin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu anlamda alacağın devri ile borcun üstlenilmesi, bir borç ilişkisinin tümüyle değil, tek hak ve borçların devri ile ilgilenmektedir¹⁷⁷.

1. Alacağın Devri

a) Tanımı

Alacağın devri, bir alacak hakkının borçlunun rızasına ihtiyaç duyulmadan, bir sözleşme (iradi devir) veya kanun hükmüne (kanuni devir) veya hatta bir mahkeme hükmüne (yargısal devir) dayalı olarak önceki sahibinden yeni

¹⁷⁶ 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesinin kabulüyle birlikte, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmemesi durumunda işveren ya bu değişikliği yapmamak ya da iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalmaktadır. Böylece işçi yalnızca kıdem tazminatı değil, iş sözleşmesinin işverence feshine bağlanan diğer haklarını da talep edebilmekte, yani ihbar tazminatı yanında iş güvencesi hükümlerinden de yararlanabilmektedir. Halbuki, 1475 sayılı Kanun döneminde, işveren çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik yaptığında, işçi ya bu değişikliği açık veya örtülü rızasıyla kabul ediyor ya da iş sözleşmesini feshedebiliyordu. Bu durumda ise yalnızca kıdem tazminatı talebinde bulunabiliyor, ihbar tazminatı gibi işçilik haklarından ise yararlanamıyordu. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.670; **UŞAN**, “Esaslı Değişiklik”, s.211-171; **ALPAGUT**, “Esaslı Değişiklik”, s.89-110; Konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. s.94 vd.

¹⁷⁷ **BUCHER**, s.536 vd.

bir hak süjesine geçmesini ifade eder¹⁷⁸. Alacağın devrinde, borcun kaynağının ne olduğu önemli değildir. Yani, alacak bir sözleşme ilişkisinden doğmuş olabileceği gibi, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden de doğmuş olabilir¹⁷⁹. Alacaklının alacağını bir başkasına devretmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkabilir¹⁸⁰.

Alacağın devri konusu, Türk Borçlar Kanunu'nun 183-194. maddeleri arasında düzenlenmiştir¹⁸¹. Türk Borçlar Kanununun 183. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir*"¹⁸². Alacağın devri, ister sözleşmeye, ister bir kanun hükmüne, isterse yargı kararına dayansın, üçlü ilişkiye dayanan bir hukuksal işlemdir¹⁸³. Devir ile birlikte borç ilişkisinin tarafları olan alacaklı ve borçlu yanında bir üçüncü kişi daha ilişkiye taraf olmaktadır¹⁸⁴. Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK, m.184/1)¹⁸⁵. Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (TBK, m.185).

Alacağın devri sözleşmesi, devri mümkün bir alacağa ilişkin olarak, alacağı devretmek isteyen ile devralmak isteyen arasında gerçekleşmektedir. Dolayısıyla borçlu bu işlemin tarafı değildir. Alacağın iradi olarak devri aynı zamanda bir *tasarruf işlemidir*¹⁸⁶.

¹⁷⁸ **AYAN, Mehmet**, s.39; Bazı olgular, alacaklının hiçbir irade açıklamasına ihtiyaç duyulmaksızın alacağın bir başkasına geçmesine olanak sağlar. Kanuni geçiş olarak değerlendirilen (Bkz. **VON TUHR/ESCHER**, § 97, I, s.369; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.265 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-II), s.568) bu haller alacağın devri olarak değerlendirilemez. Ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde alacağın devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilir. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.265 vd; **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-II), s.568. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 185. maddesine göre, kanunen alacak geçişinde alacağın devri için aranan şekle uyulması zorunlu değildir. Yine aynı kanunun 191. maddesinin 2. fıkrasına göre de, alacağın kanunen geçtiği hallerde, önceki alacaklının bir garanti yükümlülüğü bulunmamaktadır.

¹⁷⁹ **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.786.

¹⁸⁰ Alacağın bir kısmı da devredilebilir. Bu durumda borçlu karşısında birden fazla alacaklı ortaya çıkmış olacaktır. **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.786.

¹⁸¹ Türk Borçlar Kanunu, yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Kanundan faklı olarak, "*alacağın temliki*" (BK, m.162-172) kavramı yerine, "*alacağın devri*" (TBK, m.183-194) kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

¹⁸² Alacağın devri ihtiyacı, çeşitli iktisadi, ticari veya sosyal sebeplere dayanabilir. Örneğin (B)'den 1.000 TL alacağı olan (A)'nın, (Ü)'ye de 1.000 TL borcu bulunmaktadır. (A), (B)'den olan alacağını (Ü)'ye devrettiği takdirde, borcundan kurtulması mümkündür. Ayrıntı için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.530.

¹⁸³ **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.786.

¹⁸⁴ **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.786.

¹⁸⁵ Alacağın devri sözü verme, şekle bağlı değildir (TBK, m.184/2).

¹⁸⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.241.

Alacağın devri, eski alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine bağlı bulunan hakları etkilememekte ve bu haklar yeni alacaklıya geçmemektedir¹⁸⁷. Bir başka deyişle alacağın devri işlemi, borç ilişkisinin devri anlamına gelmemektedir. Ancak borç ilişkisindeki münferit bir alacağın, alacağın devri işlemi ile yeni alacaklıya devri mümkündür¹⁸⁸. Bu anlamda alacağın devri, dar anlamda bir borç ilişkisinde, alacağın alacaklı tarafından bir başka kişiye devri anlamına gelir¹⁸⁹.

Alacağı devralan yeni alacaklı, devraldığı alacak ile ilgili olarak herhangi bir sorumluluk altına girmemektedir¹⁹⁰. Alacağı devralan kişi borçluya karşı önceki alacaklının yerine getirmekle yükümlü olduğu borçlardan sorumlu tutulamaz. Devirden sonra artık eski alacaklı, alacak üzerinde tasarruf edemez. Alacağı devralan, alacak hakkına sahip olduğu için, alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olup, onu tahsil edebilir, borçluyu ibra edebilir veya alacağı bir başka kişiye devredebilir¹⁹¹.

Türk Borçlar Kanununun 189. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Alacağın devri ile devredenın kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları¹⁹² ve bağlı haklar da devralana geçer”¹⁹³. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 190. maddesine göre “Devreden, devralana alacak senedi ile elinde bulunan ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür”.

Alacağı devralan yeni alacaklı, devreden alacaklıdan daha fazla veya daha az hakka sahip olamaz. Zira alacağı devir borçluya zarar veremez ve borçlunun durumunu ağırlaştıramaz¹⁹⁴. Alacak devredenın malvarlığında hangi durumda idi ise, devralanın malvarlığına o haliyle geçtiği için, borçlu alacakla ilgili savunmaları, alacağı devralmış olan kimseye karşı da ileri sürebilecektir. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 188. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Borçlu

¹⁸⁷ Örneğin, alacaklı borcun zamanında ödenmemesi yüzünden eski alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden dönmez; borçlunun hile yaptığını ileri sürerek onun eski alacaklı ile yaptığı sözleşmeyi iptal edemez ve sözleşmenin feshini ihbar edemez. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.251.

¹⁸⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.251; AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.44.

¹⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.529.

¹⁹⁰ DANAR, Cüneyt, “Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil, Haziran-2007, s.63.

¹⁹¹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.548; “Kime ait olduğu çekişmeli bulunan bir alacağın borçlusu, ifadan kaçınabilir ve alacağın konusunu hâkim tarafından belirlenen yere tevdi etmekle borçtan kurtulur. Borçlu, alacağın çekişmeli olduğunu bildiği hâlde ifada bulunursa, bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur. Dava konusu olan çekişme mahkemece henüz sonuca bağlanmamış ve borç da muaccel ise, taraflar dan her biri borçluyu, edimi tevdi etmeye zorlayabilir” (TBK, m.187).

¹⁹² Öncelik hakları, alacaklının şahsına tanınmış olmayan ayrıcalıklardır. Bunlar bir alacağa başka alacaklar karşısında öncelik sağlar (İcra ve İflas Kanunu, m.206). Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.548.

¹⁹³ Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır (TBK, m.189/2).

¹⁹⁴ VON TUHR/ESCHER, s.366; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.803.

devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir”. Yine aynı hükmün 2. fıkrasına göre de, “Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir”.

b) Sözleşmenin Devri İle Karşılaştırılması

Sözleşmenin devri, aslında üçlü bir şekilde yapılmakla beraber, alacağın devri gibi üçlü bir hukuksal ilişkiye dayanan bir durum söz konusu değildir¹⁹⁵. Gerçekten de sözleşmenin devrinde taraflardan biri (devreden) yerini üçüncü bir kişiye bırakmakta ve sözleşme yine iki taraflı bir hukuksal ilişki olarak devam etmektedir. Bir başka deyişle alacağın devrinde borç ilişkisine bir başka kişinin eklenmesi söz konusu iken, sözleşmenin devrinde sadece bir taraf değişikliği bulunmaktadır. Alacağın devri, alacaklı tarafından yapılmakta iken; sözleşmenin devri hem alacaklı hem de borçlu tarafın yapılabilmektedir¹⁹⁶.

Alacağın devrinde borçlunun onayı aranmamaktadır. Zira bu işlem, devreden ile devralan arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleştirilmektedir. Borçlunun bu işleme katılmasına gerek bulunmamaktadır¹⁹⁷. Hatta devir işleminin geçerli olması için borçluya, alacağın devrinden önce veya sonra haber vermeye dahi gerek bulunmamaktadır¹⁹⁸. Ancak devir sözleşmesinin yapıldığını borçluya bildirmek alacaklının yararına bir işlem olacaktır. Zira Türk Borçlar Kanununun 186. maddesine göre, “...alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle...” ifada bulunan borçlunun borcundan kurtulacağı kabul edilmiştir¹⁹⁹. Ancak önemle ifade edelim ki, sözleşmenin devrinde sözleşmede kalan tarafın rızası olmaksızın, devir işlemi gerçekleştirilememektedir. Zira sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalan tarafın rızası, devir için kurucu unsur niteliğindedir.

Diğer yandan belirtilmesi gereken önemli bir farklılık da, alacağın devrinde münferit bir alacak devre konu olurken, sözleşmenin devrinde, bütün hak

¹⁹⁵ BAHADIR, s.9.

¹⁹⁶ BAHADIR, s.9.

¹⁹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.241; AYAN, Mehmet, s.42; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.795;

¹⁹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.241; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.537.

¹⁹⁹ Ayrıca alacağın çekişmeli olması durumunda da Türk Borçlar Kanununda borçluyu koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. TBK'nun 187. maddesine göre, “Kime ait olduğu çekişmeli bulunan bir alacağın borçlusu, ifadan kaçınabilir ve alacağın konusunu hâkim tarafından belirlenen yere tevdi etmekle borçtan kurtulur. Borçlu, alacağın çekişmeli olduğunu bildiği hâlde ifada bulunursa, bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur. Dava konusu olan çekişme mahkemece henüz sonuca bağlanmamış ve borç da muaccel ise, taraflardan her biri borçluyu, edimi tevdi etmeye zorlayabilir”.

ve borçların devri söz konusu olmaktadır²⁰⁰. Gerçekten de sözleşmenin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde “...*taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana...*” geçeceğiinden söz edilmiştir.

Alacağın devrine ilişkin hükümler, iş sözleşmesi açısından da geçerli olduğundan²⁰¹, iş sözleşmesinden doğan bir alacağın da, alacağın devri ilişkisine bağlı olarak bir üçüncü şahsa devri gündeme gelebilir. Bu bağlamda örneğin, işçinin iş görme borcu, bu edimin alacaklısı olarak işverene sunulması gerekli bir edimdir. Bu noktada akla gelen soru ise, işverenin iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini talep hakkını bir başka işverene devretmesi, iş sözleşmesinin devri anlamına gelebilecek midir? Belirtelim ki, iş sözleşmesinde işin ifasını talep hakkının diğer bir işverene devredilmesi durumu aslında iş sözleşmesinin devrine benzese de, iş sözleşmesinin devri bazı noktalarda alacağın devrinden önemli farklılıklar göstermektedir²⁰².

Belirtmek gerekir ki, alacağın devri ile iş sözleşmesi devredilmiş olmaz. Bir başka deyişle, borç ilişkisinden doğan münferit bir veya bir kısım veya bütün alacakların devredilmesi, ilişkinin tarafının değişmesine sebep olmamaktadır. Çünkü alacağın devrinde bir borç ilişkisinden doğan alacakların tamamının ya da bir bölümünün devri söz konusudur. Borç ilişkisinden doğmuş tüm alacaklar devredilmiş olsa bile, o borç ilişkisindeki hukuki sıfat, örneğin işveren sıfatı kaybolmuş olmayacaktır²⁰³. Hâlbuki iş sözleşmesinin devredilmesi durumunda, işin ifasını talep hakkı devreden işverenden devralan işverene geçmektedir. İşin ifasını talep hakkı ile birlikte borç ilişkisi de iradi olarak bütünüyle devredildiği için, tam anlamıyla bir taraf değişikliği de meydana gelmektedir. Ayrıca *geniş anlamda bir borç ilişkisinin devri için alacağın devri hükümleri yeterli değildir*²⁰⁴.

Genel olarak sözleşmenin devri konusu öncelikle, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde “*Sözleşmenin devri*” başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır²⁰⁵. Madde hükmüne göre, “*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile*

²⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYRANCI, s.46-48.

²⁰¹ Önemle ifade etmek gerekirse, alacağın devri borcun kaynağı ne olursa olsun, alacaklının alacağını üçüncü bir kimseye devretmesi ile ilgilidir. Ayrıntı için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, S.784; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.543; EREN, (2014), s.1256.

²⁰² DANAR, s.63.

²⁰³ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.262-263.

²⁰⁴ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.532. Ayrıca bkz. Yuk. Teoriler, s.14 vd.

²⁰⁵ TBK’nun 205. maddesinde düzenlemiş olduğu *sözleşmenin devri*, TBK’nun 429. maddesinde düzenlenen ve hizmet sözleşmesinin devrini esas alan *sözleşmenin devri* konusundan farklı olarak genel olarak sözleşmelerin devrini ele almaktadır. Genel olarak sözleşmelerin devri konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. AYRANCI, s.31 vd.

birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır” (TBK, m.205/1). Aynı şekilde iş sözleşmesinin devrinde de iş ilişkisinin tüm hak ve borçlarıyla birlikte ve iradi olarak bir işverenden diğerine geçmesi konu edilmektedir. Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur”. Görüldüğü üzere sözleşmenin devrinde, devri işlemiyle birlikte devralan tüm hak ve borçlarıyla birlikte sözleşmenin tarafı olmaktadır²⁰⁶.

Gerçekten de iş sözleşmesinden doğan münferit hakların devri, alacağın devrinde olduğu gibi, iş sözleşmesinin de devrini ifade etmekten uzaktır. İş Hukukunda, iş ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerin tarafı işçi ile işverendir. Ancak gerek işçi açısından gerek işveren açısından bazı hakların iş ilişkisi sona ermeden, bir başkasına devredilebilmesi mümkündür. Bu ihtimallerde iş ilişkisi devredilmiş olmamakta yalnızca, işçinin veya işverenin mevcut bir hakkı belirli kurallar çerçevesinde bir üçüncü kişiye sürekli veya geçici olarak devredilmiş olmaktadır.

2. Borcun Üstlenilmesi

a) Tanımı

Borcun üstlenilmesi²⁰⁷ yoluyla edim borçlusunun değişmesi alacağın devrinde olduğu gibi, iradeden²⁰⁸ doğabilmektedir²⁰⁹. Borcun üstlenilmesi gerçekleşikten sonra, borcu üstlenen kişi, üstlendiği borcu gereği gibi ifa etmediği

²⁰⁶ Türk Borçlar Kanunu, iş sözleşmesinin devri gibi, kira ilişkisinin devrini de özel olarak 323. maddesinde düzenlemiştir. Hükme göre, “Kıracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarda haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz. Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur. İşyeri kiralarda devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur” (TBK, m.323). Konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **TOPUZ/CANBOLAT**, s.97-134.

²⁰⁷ Borcunun ekonomik, mali, kişisel veya ailevi nedenlerden dolayı borca uygun hareket etmesinin güç olduğu ve ayrıca alacaklının da borca uygun hareket için borçluyu ifaya zorlamasının anlamsız hal teşkil ettiği durumlarda, alacaklının borcu yerine getirecek yeni bir borçluyu kabul etmesi, karşılıkla yarar dengesi açısından daha isabetli bir çözüm olabilir. **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.806.

²⁰⁸ Borçlu tarafın kanundan dolayı değişmesinin yaygın örneğini miras durumu oluşturmaktadır. Zira ölenin borçları mirası reddetmemiş olan mirasçılara geçer (TMK, m.599). Ancak belirtelim ki, bir borcun külli halefiyet sonucu geçmesi, kanuni bir üstlenme olduğundan, borcun üstlenilmesi kavramı ile açıklanamamaktadır. **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-II), s.571.

²⁰⁹ Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununda yer alan “borcun nakli” (BK, m.173-182) müessesesinin karşılığı olarak, borcun üstlenilmesine (TBK, m.195-204) yer verilmiştir.

takdirde, alacaklı borçtan kurtulanı sorumlu tutamayacaktır²¹⁰. Zira borcun üstlenilmesi borçlunun değişmesine yol açmaktadır²¹¹.

Türk Borçlar Kanununun 195-204. maddeleri “Borcun Üstlenilmesi” başlığı altında düzenlenmiştir²¹². Borcun üstlenilmesi, borcun iç üstlenilmesi (TBK, m.195), borcun dış üstlenilmesi (TBK, m.196-200), borca katılma (TBK, m.201) ve bir malvarlığının veya işletmenin devrinde veya işletmelerin birleşmesi veya şekil değiştirmesinde (TBK, m.202-203) borçların üstlenilmesi şeklinde dört ayrı kategoride karşımıza çıkmaktadır.

Borcun iç üstlenilmesi (TBK, m.195) öncelikle borçlunun istek ve iradesini gerekli kılmaktadır²¹³. Türk Borçlar Kanununun 195. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur*”. Borcun iç üstlenilmesi anlaşması herhangi bir şekle bağlanmamıştır.

Borcun iç üstlenilmesi tek başına borcun yüklenilmesi için yeterli değildir²¹⁴. Ayrıca “*borcun dış üstlenilmesi*” sözleşmesinin de yapılması gerekir. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, alacaklı ile borçlu arasında yapılmakta ve borcun iç üstlenilmesine ilişkin anlaşmanın alacaklı tarafından kabul edilmesini gerekli kılmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 196. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur*”. Borçlu, borcu üstlenen kişinin alacaklı ile borcun dış üstlenilmesi sözleşmesini yaptığı anda, borcundan kurtulur²¹⁵. Önemle ifade edelim ki, “*iç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir*” (TBK, m.196/2). Alacaklının borcun üstlenilmesine ilişkin kabulü açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir (TBK, m.196/3). “*Alacaklı, çekince ileri sürmeksizin üstlenenin ifasını kabul eder veya*

²¹⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.809.

²¹¹ Borcun üstlenilmesinin, alacağın devrinden, halefiyetten, üçüncü kişinin fiilini üstlenmekten ve kefaletten olan farklılıkları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, s.807-809.

²¹² Ayrıntı için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.570 vd; Türk Borçlar Kanununun 204. maddesine göre, “*Mirasın paylaşılması ve rehinli taşınmazların devri konusundaki borcun üstlenilmesine ilişkin özel hükümler saklıdır*”. Mirasın paylaşılması Türk Medeni Kanununun 681. maddesinde, rehinli taşınmazı iktisap eden kimsenin borcu üzerine almasına ilişkin düzenlemeler ise 888-890. maddelerde ele alınmıştır.

²¹³ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.809.

²¹⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.812.

²¹⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.812.

onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza gösterirse, borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılır” (TBK, m.196/3)²¹⁶.

Borcun üstlenilmesinin bir diğer şekli de “borca katılma”dır. Türk Borçlar Kanunu, yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununda olmayan “borca katılma” müessesesini, Borçlar Hukuku alanına dâhil etmiştir. Türk Borçlar Kanununun 201. maddesinde “*Borca katılma*” başlığı altında düzenlenen hükme göre, “*Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir*” (TBK, m.201/1)²¹⁷. Borca katılan, kefil veya üçüncü kişinin fiilini üstlenen gibi bağlı bir borç altına girmemekte, ilk borçlu gibi asli bir yüküm olarak borcu üstlenmektedir²¹⁸.

Görüldüğü üzere borca katılma sözleşmesi, katılan ile alacaklı arasında yapılmakta²¹⁹ ve mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere yeni bir borçlunun daha yer alması esasına dayanmaktadır. Bir başka deyişle borca katılma sözleşmesi, sözleşmeye katılma kurumundan farklı olarak hem alacaklı hem de borçlu yanında yer almayı değil, yalnızca borçlu yanında, borca katılmayı ifade eden bir ilişkidir. Türk Borçlar Kanununun 201. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar*”.

Borcun üstlenilmesi bakımından değerlendirilmesi gereken diğer bir uygulama da Türk Borçlar Kanununun 202. maddesinde düzenlenen “*malvarlığının veya işletmenin devralınması*” sonucu borçların üstlenilmesidir. Gerçekten de bir malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasiflerinin birlikte devralınması sonucunda, devralanın alacaklılara karşı madde hükmünde belirtilen esaslar doğrultusunda, malvarlığındaki ve işletmedeki borçlarından sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır (TBK, m.202/1). Tarafların anlaşması üzerine aktif ve pasifler üzerindeki tüm haklar ve borçlar nakledilmiş olmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 202. maddesinin 3. fıkrasına göre, borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçlarının, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeş olduğu hükme bağlanmıştır.

²¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.268-279; **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-II), s.569-589; **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.806-817.

²¹⁷ Borca katılma müessesesi, borcun üstlenilmesinden farklı bir içeriğe sahiptir. Zira borcun üstlenilmesinde borçlu taraf borcun borçlusu olmaktan çıkmakta ve onun yerini borcu üstlenen yeni bir kimse almaktadır. Halbuki borca katılmada, borçlunun yanında bir başka borçlu da yer almakta yani borçlu sayısı artmaktadır. Bkz. **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.819.

²¹⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-II), s.591.

²¹⁹ Öğretide katılan ile alacaklı arasında yapılan bu anlaşmaya borçlunun onayının aranmaması eleştirisi konusu olmuştur. **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.819.

b) Sözleşmenin Devri İle Karşılaştırılması

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması ile birlikte, borçtan kurtulan eski borçluya karşı alacaklı artık hiçbir talep yöneltemeyecektir²²⁰. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi kendiliğinden önceki borçlunun borçtan kurtulmasını sağlar²²¹. Alacağın devrinde olduğu gibi, borcun üstlenilmesi sözleşmesi de, sözleşmenin devri kavramını açıklamaya yetmemektedir²²². Dolayısıyla borcun üstlenilmesi, borç ilişkisinde borcun devri sonucunu doğurmakla birlikte, bu devir münferit borçların devri anlamına gelmekte, borç ilişkisinin tümüyle yeni borçluya geçmesine engel olmaktadır²²³.

Borçlu ile borcu üstlenecek olan yeni borçlu arasında yapılan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi tek başına borcun üstlenilmesini sağlamamaktadır²²⁴. Borcun dış üstlenilmesi işlemi borcu devralan üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılmaktadır²²⁵. Dolayısıyla borcu üstlenen kişi ile alacaklı arasında borcun dış üstlenilmesi anlaşmasının yapıldığı anda borçlu borçtan kurtulur ve onun yerini yeni borçlu alır. Alacaklı kabul etmedikçe, iç üstlenme sözleşmesi yapılmış olsa bile, dış üstlenme sözleşmesinin yapılması söz konusu olamaz²²⁶.

Sözleşmesinin devri işlemi ise üçlü bir ilişki olma özelliği yansıtmaktadır. Yani devreden ve devralan ile sözleşmede kalan taraf arasında yapılacak bir üçlü anlaşma ile sözleşmesinin devri işleminin gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır. Sözleşmenin devri işleminin, yalnızca devreden ile devralan arasındaki bir anlaşmayla devrinin gerçekleşmesi mümkün değildir²²⁷.

Borcun üstlenilmesi sonucunda borç ilişkisinden doğan sorumluluk, borcu üstlenen kişiye geçmektedir. Borcun üstlenilmesinde borç ve ona bağlı fer'i haklar var olduğu şekliyle borcu üstlenene geçmektedir²²⁸. Borcun üstlenilmesi borcun durumunda değişiklik meydana getirmemektedir. Borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki (fer'i) hakları²²⁹ saklı

²²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.582.

²²¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.276; AYAN, Mehmet, s.50.

²²² İş sözleşmesi açısından da benzer sonuç söz konusu olacaktır. Zira borcun üstlenilmesi sözleşmesinin, iş sözleşmesi içinde gerçekleşmesi durumunda, borç yeni işveren tarafından üstlenilse de, eski işveren iş sözleşmesinin tarafı olmaya devam etmektedir GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.265.

²²³ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.265; DANAR, s.64.

²²⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.812.

²²⁵ Borcun dış üstlenilmesi anlaşmasının borcun iç üstlenilmesi anlaşmasıyla birlikte ve aynı anda yapılmasına da bir engel yoktur. KILIÇOĞLU, Ahmet, s.812.

²²⁶ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.264.

²²⁷ EREN, (2014), s.1255; DANAR, s.64.

²²⁸ DANAR, s.64.

²²⁹ Alacaklının yeni borçluya karşı sahip olduğu faiz alacağı, sözleşme cezası isteyebilme, muacceliyet bildiriminde bulunabilme gibi alacağa bağlı yenilik doğuran haklar ve borçlu tarafından kurulan rehin hakları bu niteliktedir. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.582; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.276. Buna karşılık, alacaklı önceki borçlunun şahsına karşı sahip olduğu takas hakkını yeni borçluya karşı kullanamaz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.583.

kalmaktadır (TBK, m.198/1). Borcun dış üstlenilmesinin ardından, borçtan kurtulan eski borçluya karşı alacaklı artık hiçbir talep yöneltemeyecektir²³⁰.

Hâlbuki sözleşmenin devrinde daha önceden de değindiğimiz gibi, devir işlemiyle birlikte devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, sözleşmenin tarafı olmaktadır (TBK, m.205/2; TBK, 429/2). Zira sözleşmenin devrinde sözleşmeden doğan yalnızca belli borçlar üstlenilmemekte, sözleşme tüm hak ve sorumlulukları ile birlikte devralınmaktadır²³¹.

Borca katılma da sözleşmenin devrinden önemli noktalarda ayrılmaktadır. Nitekim sözleşmenin devri işleminde, devreden borç ilişkisinden çıkmakta onun yerini sözleşmeyi devralan almaktadır. Borca katılmada borçlu yalnızca borçlunun yanında yer almakta ve borçlu ile katılan, alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumlu olmaktadır (TBK, m.201). Ayrıca borca katılmada borcun kaynağı sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden veya haksız fiilden veyahut da kanundan doğabilir²³². Hâlbuki sözleşmenin devrinde devre konu borç ilişkisinin yalnızca sözleşmeden doğmuş olması şartı aranmaktadır. Borca katılma sözleşmesi herhangi bir şekle bağlanmamışken²³³, sözleşmenin devrinin geçerliliği devredilen sözleşmenin şekline bağlı tutulmuştur (TBK, m.205/3). İş sözleşmesinin devri (TBK, m.429) geniş ölçüde sözleşmenin devri işlemi ile benzerlik göstermekle birlikte, TBK'nun 429. maddesi iş sözleşmesinin devrinde, sözleşmenin devrine nazaran farklılık meydana getirmiş, iş sözleşmesinin ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle sürekli olarak başka bir işverene devredilebileceğini hükme bağlamıştır (TBK, m.429/1).

Borcu üstlenmenin diğer bir uygulaması niteliğinde olan bir malvarlığının veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesi durumunda da, malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasiflerinin bir bütün halinde bir kişiden bir başka kişiye devri söz konusu olmaktadır. Devre ilişkin sözleşme ile birlikte tüm hak ve borçlar devralana geçmektedir. İş sözleşmesinin devri durumunda ise yalnızca sözleşme üzerinde taraf değişikliği söz konusu olmaktadır. Hâlbuki malvarlığının veya işletmenin devrinde yalnızca borçlu tarafta bir değişiklik meydana gelmekte ve esasen bu değişikliğin temelinde bir mülkiyet değişikliği bulunmaktadır²³⁴.

²³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.582; KILIÇOĞLU, s.815.

²³¹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. s.11 vd.

²³² KILIÇOĞLU, Ahmet, s.820; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.591.

²³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için özellikle de teminat amaçlı borca katılmalarda, geçerlilik şeklinin aranabileceği hakkında bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.591.

²³⁴ BAHADIR, s.13.

3. Sözleşmeye Katılma

a) Tanımı

Sözleşmeye katılma, sözleşmenin tarafları ile katılan arasında yapılan ve bir tarafın yanında yer alarak, yanında yer aldığı tarafla birlikte hak ve borç sahibi olma sonucu doğuran bir sözleşmedir²³⁵. Bir başka deyişle sözleşmeye katılmada, mevcut taraflardan birinin yanına yeni bir kişi daha eklenmekte ve böylece bunlardan her biri aynı sözleşmede taraf olarak varlığını sürdürmektedir²³⁶. Sözleşmeye katılma konusu TBK'nun 206. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, *“Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır. Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar. Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır”*²³⁷. Sözleşmeye katılmada, katılanın alacaklının veya borçlunun yanında yer alması mümkündür²³⁸.

b) Sözleşmenin Devri İle Karşılaştırılması

Sözleşmeye katılmaya ilişkin Türk Borçlar Kanununun 206. maddesi, büyük ölçüde sözleşmenin devri hükümlerine paralel olacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla üçlü bir anlaşmanın varlığı, sözleşmeye katılma işleminin, katılım yapılacak sözleşmenin şekline tabi tutulması, katılanın yanında yer aldığı kişinin hak ve borçlarının aynısına sahip olması, bunun göstergesidir²³⁹. Sözleşmeye katılma yalnızca sözleşmenin devrinde olduğu gibi, sözleşmeden doğan borçlar için geçerlidir²⁴⁰. Öte yandan sözleşmenin devri işleminin gerçekleşmesiyle birlikte, sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılan anlaşma sonucunda, devreden sözleşme ilişkisinden çıkmakta onun yerini, sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile birlikte devralan üçüncü kişi almaktadır²⁴¹. Hâlbuki söz-

²³⁵ Sözleşmeye katılma müessesesine yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmemişti.

²³⁶ Bu durumda, birlikte borçluluk ve alacaklılık bulunmaktadır. AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.43.

²³⁷ Konu yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmediği gibi, İsviçre Borçlar Kanununda da, sözleşmeye katılma ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.603.

²³⁸ Örneğin borçlu tarafa katılma şeklinde gerçekleşen sözleşmeye katılma durumunda, borçlu taraf ile katılan taraf, sözleşmeden doğan borçtan müteselsilen sorumlu olmaktadır. KILIÇOĞLU, Ahmet, s.828.

²³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.604.

²⁴⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.829.

²⁴¹ BUCHER, s.593; LARENZ, s.619.

leşmeye katılma ilişkisinde, sözleşmenin taraflarında bir değişiklik olmamakta, sözleşmenin alacaklı veya borçlu tarafının sayısı artmaktadır²⁴².

3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

I. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

A. Tanımı

Emeğini bir işverene sunmak suretiyle ücret geliri elde etmek amacıyla çalışan bir işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkilerin düzenlenmesi ihtiyacı, sanayi devrimi döneminde yaşanan liberal ve bireyci anlayışın bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır²⁴³. Zira bu dönemde başta küçükler ve kadınlar açısından yaşanan son derece olumsuz çalışma koşulları sonucunda devletler daha fazla duyarsız kalmamış, bireylere insanlık onuruna uygun çalışma ve yaşam koşulları sağlamak için kendilerini görevli görmüşlerdir. Devlet bu anlamda sosyal yaşama müdahale etmiş, çalışanların hakları gerek uluslararası hukuk gerek iç hukuk düzenlemeleri ile güvence altına almıştır²⁴⁴.

Aslında işçi ile işveren arasında kurulan iş ilişkisine uygulanacak kurallar iş mevzuatında düzenlenmiştir. İş sözleşmesi, iş ilişkisine uygulanması söz konusu olan genel, soyut ve kişilik dışı hukuk kurallarının somutlaştığı bir kaynaktır²⁴⁵. Borçlar Hukuku alanında sözleşme serbestisi ilkesi geçerli iken, İş Hukuku bu noktada Borçlar Hukukundan ayrılmış ve sözleşme serbestisine sınırlamalar getirmiştir²⁴⁶. Örneğin İş Hukukuna özgü bir durum olarak çalışma süreleri, izin süreleri ve ücret hakkı gibi konularda asgari normlar benimsenmek suretiyle emredici düzenleme alanı oluşturulmuş ve çalışma yaşamı daha insani gerekliliklerle donatılmıştır²⁴⁷.

İş Hukukunda kapsamı ve hükümleri yönüyle gerek bireysel gerek toplu iş ilişkilerini düzenleyen çeşitli iş kanunları bulunmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan iş sözleşmesinin devrini ele alırken, bireysel iş ilişkilerini ilgilendiren diğer iş kanunlarına da sık sık değinileceği için, bu noktada her bir

²⁴² KILIÇOĞLU, Ahmet, s.829.

²⁴³ WEISS/SCHMİDT, s.21; SÜZEK, İş Hukuku, s.8 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.4; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 9.B, İstanbul-2013, s.39.

²⁴⁴ WEISS/SCHMİDT, s.21 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.215 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.4; SÜZEK, İş Hukuku, s.6; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.37-38.

²⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.285.

²⁴⁶ DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İş Hukukunun Kendine Özgü emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul-2011, s.33 vd.

²⁴⁷ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.39.

iş kanununa ve uygulama alanlarına kısaca değinmekte yarar olduğunu düşünmekteyiz²⁴⁸.

Belirtelim ki, 4857 sayılı İş Kanunu²⁴⁹ (İş Kanunu) bireysel iş ilişkilerini düzenleyen temel kanundur. Ancak İş Kanunu tüm bireysel iş ilişkilerini düzenleyen genel bir kanun niteliğinde değildir²⁵⁰. 20.04.1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu da bireysel iş ilişkilerini ele almaktadır. Deniz İş Kanunu, İş Kanunu kapsamı dışında tutulan deniz taşıma işlerinde²⁵¹ uygulanmakta ve gemi adamları ve bunların işverenleri arasındaki iş ilişkilerini düzenlemektedir. Bireysel iş ilişkilerini ele alan diğer bir kanun da 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu)'dur. Basın İş Kanunu gazetecilerin işverenleri ile arasındaki ilişkileri düzenleyen bir kanundur²⁵². İş Kanununun 4. maddesinde belirtilen ve kapsam dışında kalmakla birlikte Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamına girmeyen bireysel iş ilişkilerine Türk Borçlar Kanunu hükümleri (TBK, m.393 vd.) uygulanır²⁵³.

Ayrıca toplu iş ilişkilerini ilgilendiren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu da, bu kanunun 2. maddesinde tanımlanan işçilerle, işçi sayılan kimseleri çalıştıran işverenlere uygulanan bir kanundur. 6356 sayılı Kanunun 2. maddesinin 3. fıkrasına göre, *“Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir”*. Buna göre iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçilerle onları çalıştıran işverenler 6356 sayılı Kanunun kapsamındadırlar. Belirtelim ki, iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet,

²⁴⁸ Gerçekten de iş sözleşmesinin devri ilişkisinin bireysel iş hukukuna ve toplu iş hukukuna ilişkin sonuçları yanında sosyal güvenlik hukukuna ilişkin sonuçları da bulunmaktadır. Bireysel iş hukuku açısından sonuçları İş Kanununu ilgilendirdiği gibi, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanununa tabi iş ilişkilerini de ilgilendirmektedir. Bkz. s.231 vd.

²⁴⁹ R.G., 10.06.2003-25134.

²⁵⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.55; Ayrıca bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.79-83., SUBAŞI, İbrahim, “İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, A. Can TUNCAY’a Armağan, İstanbul-2005, s.301 vd.

²⁵¹ Deniz İş Kanununun 1. maddesine göre *“Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akdiyle çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır”*. Bununla beraber, gemi belirtilen tonajda olmasa dahi, aynı işverene ait gemilerin grostonilatolarının toplamı yüz veya daha fazla olması veya yahut da işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısının beş ve daha fazla olduğu gemilerde Deniz İş Kanununun kapsamında yer alır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BEDÜK, Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa-2012, s.7 vd.

²⁵² Basın İş Kanununun 1. maddesine göre bu yasa hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle, haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışanlarla bunların işverenlerine uygulanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜMER, Halûk Hâdi, Bireysel Basın İş Hukuku, Konya-2013, s.3 vd; ŞAKAR, Müjdat, Basın İş Hukuku, Gazetecilerin Çalışma İlişkileri, İstanbul-2002, s.39 vd.

²⁵³ Ayrıca yine İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda boşluk bulunan durumlarda, iş hukukunun özel niteliğine aykırı düşmedikçe, Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur. Nitelikleri bakımından 30 iş gününden az süren işlere de İş Kanununun 10. maddesinde sayılan hükümler değil, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. SÜZEK, İş Hukuku, s.221.

yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri²⁵⁴ bakımından işçi sayılır (6356, m.2/4).

İş sözleşmesi kavramı incelenirken, konunun bireysel ve toplu iş ilişkilerini ilgilendiren kanunlar açısından ele alınmasında yarar bulunmaktadır. İş sözleşmesi²⁵⁵, İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda tanımlanmıştır. İş Kanunu'na göre, “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir” (İK, m.8/1)²⁵⁶.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde ise, “Hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana²⁵⁷ veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır.

Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanununda iş sözleşmesi tanımlanmamıştır. Gerek İş Kanununun yukarıda belirtmiş olduğumuz ve 8. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tanımı, gerek Türk Borçlar Kanununun 393. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tanımı göz önüne alarak bir tanımlama yapmak gerekir ise, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu açısından da iş sözleşmesinin işçinin bağımlı olarak iş görme, işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme şeklinde tanımlanması mümkündür²⁵⁸.

Basın İş Kanunu açısından işçi, gazeteci olarak adlandırılmaktadır. Zira Basın İş Hukukunun uygulama alanı gazeteci statüsünde çalışanları ilgilendirmektedir. Aynı zamanda kapsamın da belirlendiği, Basın İş Kanununun 1. maddesine göre gazetecinin tanımı yapılmıştır. Hükme göre “Bu Kanun hükümleri, Türkiye’de yayınlanan gazete ve mekûtelelerde haber ve fotoğraf

²⁵⁴ İkinci Bölüm: Kuruluş Esasları ve Organlar (m.3-16); Üçüncü Bölüm: Üyelik (m.17-22); Dördüncü Bölüm: Güvenceler (m.23-25); Beşinci Bölüm: Faaliyetler (m.26-27); Altıncı Bölüm: Kuruluşların Gelirleri, Denetimi ve Kapatılması (m.28-32) ile ilgili hükümlerden oluşmaktadır. Belirtilen hükümler STİSK'nun sendikalarla ilgili hükümleridir.

²⁵⁵ Türk İş Hukukunda işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin adlandırılmasında, “iş sözleşmesi”, “hizmet sözleşmesi”, “hizmet akdi”, “iş akdi” şeklinde kavramlar kullanılmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu “hizmet akdi” kavramını kullanmıştı. 4857 sayılı İş Kanunu, “iş sözleşmesi” terimini kullanmıştır. 3008 sayılı eski İş Kanunu ise “iş akdi” tabirini kullanmıştı. Kavramsal tartışma hakkında ayrıntı için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.288-289; Ayrıca bkz. DEMİR, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 7.B, İzmir-2013, s.47; İş sözleşmesi kavramı Fransız İş Hukukunda, “contrat de travail”, (bkz. DESPAX, Michel/ROJOT, Jacques/LABORDE, Jean-Pierre, Labour Law in France, 2011, s.47); Alman İş Hukukunda, “Arbeitsvertrags”, (WEISS, Manfred/SCHMIDT, Marlene, Labour Law and Industrial Relations in Germany, Fourth Edition, 2008, s.79 vd.) İngiliz iş hukukunda, “contract of service”, (HARDY, Stephen T./HARDY, Stephen, Labour Law in Great Britain, 2011, s.89) şeklinde ifade edilmektedir.

²⁵⁶ Aslında İş Kanununun kabulüne kadar, iş hukuku mevzuatında iş sözleşmesinin tanımı yalnızca 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinde yapılmıştı. Buna göre, “Hizmet akdi bir mukaveledir ki, onunla işçi muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder”.

²⁵⁷ Madde hükmünde belirtilen zaman kavramı, iş sözleşmesinin varlığı açısından bağımsız bir unsur olmayıp, bağımlılık unsurunun tespiti açısından yardımcı bir ölçüt niteliği taşımaktadır. SÜZEK, İş Hukuku, s.235; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 4.B, İstanbul-2012, s.167.

²⁵⁸ SÜMER, Bireysel Basın İş hukuku, s.57.

ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunu'ndaki "işçi" tanımı şümülü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu Kanunun şümülüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir" (BİK, m.1)²⁵⁹.

Deniz İş Kanunu açısından işçi ise *gemi adamı* olarak adlandırılmaktadır²⁶⁰. Deniz İş Kanununun 2. maddesine göre, "Bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemi adamı" denir" (DİK, m.2/1-B)²⁶¹. Ancak Deniz İş Kanunu, bu Kanun kapsamındaki gemilerde iş sözleşmesi ile çalışan gemi adamları ile bunların işverenleri hakkında uygulanmaktadır. (DİK, m.1/1).

Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olarak çalışanların yaptıkları sözleşme, öğretide *basın iş sözleşmesi*²⁶², Deniz İş Kanunu kapsamında gemi adamı olarak çalışanların yaptıkları sözleşme ise *deniz iş sözleşmesi*²⁶³ olarak isimlendirilmektedir.

B. Unsurları

İş sözleşmesinin gerek İş Kanununda gerek Türk Borçlar Kanununda yer alan tanımı, başlıca üç unsura işaret etmektedir. Bunlar iş unsuru, ücret unsuru ve bağımlılık unsurundan oluşmaktadır. Bu üç unsurdan birinin eksik olması, yapılan işin iş sözleşmesine dayalı bir ilişki olmasını engelleyecektir. Belirtmiş olduğumuz sonuç, İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu için geçerli olduğu gibi, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu açısından da söz konusudur²⁶⁴. Bir hukuksal ilişkinin iş sözleşmesine dayanıp dayanmadığı, o hukuksal ilişkiye dayalı çalışma şekline ve bu ilişki gereğince yapılacak ödemelere dayalı olarak tespit edilebilir²⁶⁵. Yoksa tarafların, aslında iş sözleşmesi niteliği gösteren bir ilişkiyi, farklı sözleşme isimleriyle (eser, yayın, vekâlet gibi) isimlendirmesi önemli değildir. İş sözleşmesinin unsurları, öğretide de kabul edildiği üzere²⁶⁶, iş unsuru, ücret unsuru ve bağımlılık unsurudur. Belirttiğimiz unsurları değerlendirmenin inceleme konumuz olan iş sözleşmesinin devri açısından yapılmasının gerekli

²⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.28, 29.

²⁶⁰ Taraflar arasındaki iş ilişkisi, deniz iş sözleşmesine dayandığı ve iş görme edimi de gemide ifa edildiğinden dolayı, işçi kavramı yerine *gemi adamı* kavramı kullanılmaktadır. BEDÜK, s.8.

²⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BEDÜK, s.7 vd.

²⁶² Bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.57 vd; ŞAKAR, Basın İş Hukuku, s.48 vd.

²⁶³ Bkz. BEDÜK, s.91 vd.

²⁶⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.223 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.167 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.46 vd; SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.57 vd; BEDÜK, s.95 vd; ŞAKAR, Basın İş Hukuku, s.48 vd.

²⁶⁵ Bu konudaki bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 10.11.1999, 13623/16996, SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, 235 nolu dn. s.58.

²⁶⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.236 vd; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.53 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.167 vd.

olduğu kanısındayız. Zira devredilecek sözleşmenin, unsurları bakımından iş sözleşmesi olarak nitelendirilmekten uzak olmaması gerekir. Aksi halde farklı bir sözleşmenin (eser, yayın, vekâlet gibi) devri gündeme gelebilecektir.

1. İş Unsuru

İş unsuru, iş sözleşmesinin varlığı açısından iş görme borcuna işaret eder²⁶⁷. İş sözleşmesi gereği üstlenilen iş bedensel, zihinsel, teknik, bilimsel veya sanatsal olabilir²⁶⁸. İş unsuru iradi olarak kararlaştırılmış bir unsurdur. Şayet çalışma kanundan doğan bir yükümlülük ise, iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez²⁶⁹. Ayrıca iş görme borcunun belirli ya da belirsiz bir süreye bağlı olarak²⁷⁰ yerine getirilmesi de mümkündür²⁷¹. Ani edim konusu içeren bir iş, iş sözleşmesinin konusu olamaz²⁷². İşin bu niteliği, iş sözleşmesini, konusu iş görme edimi olan diğer iş görme sözleşmelerinden ayırır²⁷³.

İş unsurunun diğer bir yönü de ekonomik bir değer ifade etmesidir²⁷⁴. Ayrıca işin kanuna, ahlaka ve adaba aykırı olmaması da gerekir²⁷⁵. İşin işyerinde görülmesi zorunluluğu da yoktur²⁷⁶. Örneğin pazarlamacı, iş görme edimini işyeri dışında ifa etmektedir²⁷⁷. Dolayısıyla işin, işyeri dışında ifası, o işin iş sözleşmesinin konusu olmasını engellemez²⁷⁸.

İş görme borcunun kural olarak işçi tarafından yerine getirilmesi gerekir. Ancak sözleşme veya durumun gerekleri, bu borcun bir üçüncü kişi tarafından

²⁶⁷ WEISS/SCHMİDT, s.50-52; DESPAX/ROJOT/LABORDE, s.47, 93; SÜZEK, İş Hukuku, s.223 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.167 vd.

²⁶⁸ WEISS/SCHMİDT, s.50-52; SÜZEK, İş Hukuku, s.236; Görülecek iş bakımından daha çok işçinin kişisel nitelikleri önem taşır. Zira iş ilişkisi içinde işçinin kişiliği ve nitelikleri ön plandadır. NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.169; İş edimi pozitif nitelikli bir edimdir. Yani salt çekinme veya katlanma hali iş edimi olarak kabul edilemez. Ancak pozitif davranışın, mutlak harici bir hareket olması gerekmez. Örneğin ressama modellik yapma faaliyeti harici bir hareket niteliğinde değildir, ancak iş sözleşmesi kapsamında görülmesi mümkün bir iştir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.293; 1475 sayılı İş Kanunu (Eski İş Kanunu) "herhangi bir iş" tabirini kullanmıştı. 3008 sayılı İş Kanunu ise, işin "bedeni veya bedeni ve fikri" olmasını şart koştuktaydı. ÇELİK, İş Hukuku, s.76.

²⁶⁹ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.169.

²⁷⁰ Elbetteki zaman unsuru, işçinin bütün zamanını, işverene özgüleyeceği anlamına gelmez. AKYİĞİT, İş Hukuku, s.93; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.293.

²⁷¹ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.92-93.

²⁷² SÜMER, İş Hukuku, s.39.

²⁷³ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.93; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.169.

²⁷⁴ Örneğin mankenlik, fotomodellik, öğretmenlik, şoförlük gibi faaliyetler iş olarak değerlendirilebilir.

²⁷⁵ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.106; SÜZEK, İş Hukuku, s.319 vd; Türk Borçlar Kanununun konu ile ilgili genel düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.84 vd.

²⁷⁶ SÜMER, İş Hukuku, s.39.

²⁷⁷ Belirtelim ki, esnek çalışma modelleri, işin işyeri dışında, başka mekânlarda da (ör: evde, ofiste veya telefonla) yapılmasına olanak tanımaktadır. AKYİĞİT, İş Hukuku, s.93.

²⁷⁸ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.93.

yerine getirilmesini de mümkün kılabilir (TBK, m.395). İşçi, iş ilişkisi içinde kalmak şartıyla, işin ifası sırasında kendisi de için ifa yardımcısı kullanabilir²⁷⁹.

İş unsuru, iş sözleşmesinin temel unsurlarından biri olmakla birlikte, ayırt edici bir unsur değildir. Zira konusu iş görme olan ancak iş sözleşmesi niteliğinde olmayan sözleşmeler de (eser sözleşmesi – vekâlet sözleşmesi) mevcuttur²⁸⁰.

2. Bağımlılık Unsuru

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaya yarayan *karakteristik* bir unsurdur²⁸¹. Belirtmiş olduğumuz özellik, iş sözleşmesinin niteliğinden doğmakta ve işçiyi bağımlı konuma getirmektedir. İş Kanunu, "...bağımlı olarak iş görme..." (İK, m.8/1) kavramından açıkça söz ederek bağımlılık unsuruna vurgu yapmıştır²⁸².

İşçinin işverene bağımlılığı ekonomik ve hukuki görünüm taşısa da, bağımlılık unsuru kişisel ve hukukî bağımlılık anlamına gelir²⁸³. Bu anlamda bağımlılık, hukuksal olarak işçinin, iş görme borcunu, işverenin emir ve talimatı altında yerine getirmesini ifade eder²⁸⁴. Hukuksal anlamda bağımlılık, işin işçi tarafından işverene ait bir yerde veya işverence belirlenen bir yerde, işveren tarafından belirlenmiş iş sürelerine uygun olarak, onun talimatına göre yerine getirilmesidir²⁸⁵. Belirtmiş olduğumuz bu bağımlılık, kişisel bağımlılığı da ifade

²⁷⁹ Örneğin kapıcılık işinin üstlenildiği bir sözleşmede böyle bir olguyla karşılaşılabilir. Elbette ki ifa yardımcısının, işçinin yerini sürekli bir biçimde alarak iş edimini sunması, işçinin iş ilişkisinde kalma yönündeki kabulü olumsuz etkileyecektir. **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.94.

²⁸⁰ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.293; Ayrıntılı bilgi için bkz. **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş İlişkileri, s.176 vd.

²⁸¹ **DESPAX/ROJOT/LABORDE**, s.47-48; **WEİSS/SCHMİDT**, s.45 vd; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.303; Diğer iş görme sözleşmelerinde talimat daha çok işin sonucuna yöneliktir. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.238; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş İlişkileri, s.169; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.95; Diğer iş görme sözleşmelerinin bağımlılık unsuru yönünden iş sözleşmesinden ayrılan yönleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÇELİK**, İş Hukuku, s.79.

²⁸² 1475 sayılı İş Kanunu iş sözleşmesini tanımlamıştı. 818 sayılı Borçlar Kanunu ise "hizmet akdi bir mukaveledir ki, onunla işçi muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret ödemeyi taahhüt eder" şeklinde bir tanımlama yapmış ancak bağımlılık unsurundan söz etmemişti. Ancak bu dönemde Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında, "Hizmet akdi üç unsuru kapsar: 1. İş Unsuru 2. Ücret Unsuru 3. Bağımlılık Unsuru. Bu akdi, iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayrıran bu bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o çalışmasını işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar". AYM, 26-27.09.1967, 336/29, RG., 19.10.1968, 13031.

²⁸³ **DESPAX/ROJOT/LABORDE**, s.47-48; **WEİSS/SCHMİDT**, s.45 vd; **HARDY/HARDY**, s.91 vd.

²⁸⁴ **WEİSS/SCHMİDT**, s.45 vd; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.304; İşçi belirti ya da belirsiz bir süre işverenin emir ve talimatı altında hareket etmektedir. **EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, 2.B, İstanbul-2004, s.47; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.76; Ancak bağımlılık ilişkisi, işçinin başka bir işte çalışamayacağı anlamına da gelmez. Örneğin kısmi iş ilişkisi kapsamında, işçinin kalan zamanını bir başka işverene sunmak suretiyle bağımlı iş ilişkisi kurması mümkündür. **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş İlişkileri, s.172.

²⁸⁵ Talimat, gözetim ve denetim yetkisi, bazen işveren adına işyerinde işveren vekili tarafından da kullanılabilir. Ancak bu durumda dahi yönetim hakkının işveren tarafından kullanıldığının kabulü gerekir. Ayrıca geçici iş ilişkisinde de işçi, geçici işverenden bu ilişkisi boyunca talimat almaktadır. **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.98.

eder²⁸⁶. Gerçekten, özel hukuk sözleşmelerinde eşitliğe vurgu yapan özellik, iş sözleşmesinde ortadan kalkmakta, işveren ile işçi arasında bir *hiyerarşi* ilişkisi meydana gelmektedir²⁸⁷. İş sözleşmesi gereği üstlenilen iş, işverenin emir ve talimatı altında yapılmakta ve işi yapanın, iş görme borcunu bağımlılık ilişkisi içinde icra etmesi zorunlu bulunmaktadır.

Bağımlılığın her iş ilişkisinde aynı yoğunlukta olduğunu söylemek mümkün değildir²⁸⁸. Zira işçinin işyeri veya işletmedeki konumu, bağımlılığın daha da azalmasına sebep olabilir. Örneğin işverenin işyerinde hekim olarak çalışmakta olan bir işçinin işveren ile olan bağımlılık ilişkisi, vasıfsız bir işçinin işveren ile olan bağımlılık ilişkisi ile aynı olmayacaktır. Gerçekten de özellikle hekimlik, mühendislik gibi mesleklerin yerine getirilmesinde uzmanlık bilgisine sahip olan bu kimselere, işverence emir ve talimat, vasıfsız işçilere nazaran daha geri planda kalabilecektir. Aynı şekilde iş sözleşmesindeki bağımlılık ilişkisi, teknolojiye meydana gelen gelişme ve yeniliklerin sonucu olarak daha da zayıflamıştır. Zira işçinin görmekle yükümlü olduğu işi, işyeri sınırları içinde ifa etmesi zorunluluğu, işin özellikleri imkân verdiği ölçüde ortadan kalkmış, bilgisayar teknolojisi ve internet sayesinde, işçi evinde veya kendine ait ofisinde de işi (online) ifa etme imkânına kavuşmuştur²⁸⁹.

3. Ücret Unsuru

İş sözleşmesinin diğer bir unsuru da ücrettir²⁹⁰. Ücret, işçinin iş görme borcu karşılığında işveren tarafından yerine getirilmesi gereken bir borçtur²⁹¹. İş Kanununun 32. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır*”. Ücretin iş sözleşmesinin bir unsuru olduğu, İş Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrasında yapılan tanımdan da anlaşılmaktadır. Ücret unsuru hükümde, “*İş sözleşmesi...diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*” şeklinde ifade edilmiştir. Ücret, iş sözleşmesinin ayırt edici bir unsurdur²⁹². İş sözleşmesi gereği kararlaştırılan ancak işin doğrudan karşılığı olmayan (ikramiye, prim gibi) ödemeler de ücret eki olarak nite-

²⁸⁶ DESPAX/ROJOT/LABORDE, s.47-48; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.306; Zira işverenin otoritesi altında çalışan bir işçinin, işverenin emir ve talimatı altında hareket etmesi, aynı zamanda işçinin kişiliği ile de ilgilidir. SÜZEK, İş Hukuku, s.237; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.171; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.95; SÜMER, İş Hukuku, s.40.

²⁸⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.238.

²⁸⁸ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.173.

²⁸⁹ KANDEMİR, Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, İstanbul-2011, s.29 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.276.

²⁹⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.236.

²⁹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.298; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.175; SÜMER, İş Hukuku, s.40.

²⁹² DESPAX/ROJOT/LABORDA, s.47-48; WEISS/SCHMİDT, s.45 vd.

lendirilmekte ve ücret kapsamı içinde değerlendirilmektedir²⁹³. Ayrıca çalışılmayan hafta tatili ve yıllık izin karşılığında işçiye yapılan ve bir iş karşılığı olmayan ödemeler de ücret şeklinde ifade edilir²⁹⁴.

Ücretin miktarı taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde ücret kararlaştırılmamış olsa bile, bu durum iş sözleşmesinin varlığını etkilemez²⁹⁵. Yeter ki, yapılan iş hatırı için ya da ahlaki amaçlarla veyahut da aile dayanışması içinde karşılıksız yapılan bir çalışma olmasın²⁹⁶. Aksi halde bir iş sözleşmesinden söz edilemeyecektir²⁹⁷.

Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır”. Zira yapılan iş için ücret ödenmesinin gerekli ve olağan olduğu anlaşılıyor ise, taraflar arasında ücretin örtülü olarak kararlaştırıldığı kabul edilir²⁹⁸. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 401. maddesine göre de, “İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten²⁹⁹ az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür”.

C. Şekli

İş sözleşmesi açısından değerlendirmemiz gereken diğer bir kavram da, sözleşmenin şekli ile ilgilidir. Zira iş sözleşmesinin devri açısından Türk Borçlar Kanunu, devrin şeklini önemsemiş ve buna ilişkin hükümlere yer vermiştir. İş Kanunu’nun 8. maddesinin 2. fıkrasında, “süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur” ifadesine yer vermiş bu-

²⁹³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.298; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.175; SÜMER, İş Hukuku, s.40.

²⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.285 vd.

²⁹⁵ Ayrıntı için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.236; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.175; ULUCAN (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.48; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.298; AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN-SENEN, Emine Tuncay, İş Hukuku, 6.B, Ankara-2013, s.79; SÜMER, İş Hukuku, s.40.

²⁹⁶ Örneğin apartman kapıcısı olan kocası adına bazı işleri yapan kadın, yönetim ile iş ilişkisi içinde olmadığından, işçilik hakları talep edemez. Y9HD, 20.03.1986, E.1986/3177, K.1986/1935, Yargıtay Kararları Dergisi, Mayıs-1987, s.714-715.

²⁹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.236; “Gerçekten de çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olup da belli edilmemiş bulunmasını birbirinden ayırmak gerekir. Zira ikinci halde şayet diğer unsurlar varsa, salt ücretin belli edilmemesinden ötürü iş sözleşmesinin yokluğundan söz edilemez”. Bkz. YİBK, 18.11.1964, 2/4, 27.11.1964; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.175.

²⁹⁸ ÇELİK, s.76; SÜZEK, İş Hukuku, s.236; Zira iş görme borcu, asıl olarak ücret ödeme esasına dayanır. Ücretin örtülü olarak kararlaştırılmış sayılması, söz konusu işin karşılıksız yapılamayacağının anlaşılması ile mümkündür. NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.175; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.96.

²⁹⁹ Asgari ücret, İK’nun 39. maddesinde düzenlenmiştir. “İş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir” (İK, m.39/1).

lunmaktadır³⁰⁰. Belirli süreli iş sözleşmelerinin tanımına ilişkin İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında ise, "...yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir" ifadesi kullanılmıştır³⁰¹.

Basın İş Kanununun 4. maddesinde de, basın iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması benimsenmiştir. Hükme göre, "*Gazeteci ile kendisini çalıştıran işveren arasındaki iş akdinin yazılı şekilde yapılması mecburidir*". Deniz İş Kanununun 7. maddesinde de, iş sözleşmesinin belirli bir süre ve sefer için yapılabileceği kabul edilmiş, ancak hangi tür sözleşmenin yazılı olacağına dair bir açıklık getirilmemiştir³⁰². Ayrıca İş Kanununa göre, *çağrı üzerine çalışma sözleşmesi* (İK, m.14/1) ve *takım sözleşmesi* (İK, m.16/2)'nin de yazılı şekilde yapılması zorunludur³⁰³.

³⁰⁰ 1475 sayılı 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında belirli süresi bir yıl veya daha uzun süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu mevcuttu. Kanun yazılı olarak yapılacak iş sözleşmesinde işverenin ve işçinin ad ve kimlikleri, yapılacak iş, işyerinin adresi, akdın süresi, ücret ile ödeme şekli ve zamanı, varsa tarafların ileri sürdükleri özel şartlar, hizmet akdinin yapıldığı gün ve tarafların imzasının bulunmasını aramıştır (EİK, m.11).

³⁰¹ Belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı şekle tabi olması ile ilgili İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen hüküm ile 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm arasında çelişki oluşmuştur. İş Kanunu'nun yasalama sırasında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bir değişiklik ile İş Kanunu Tasarısı'nda daha önceden yer almayan bir hükme yer verilmiş ve İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasına yazılan hüküm ile süresi ne olursa olsun tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu sonucunun doğduğu algılanmıştır. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.313. Dolayısıyla yalnızca belirli süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin değil, örneğin süresi sekiz ay olan bir iş sözleşmesinin de yazılı yapılmasının gerekliliği sonucu ortaya çıkmıştır. *Öğretide bir görüşe göre*, İş Kanunu'nun bu çelişkili düzenlemeleri karşısında, sadece, tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiği kabul edildiği takdirde, İş Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan ve sadece süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı yapılması zorunluluğu getiren ve süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı belge verme zorunluluğunun uygulanacağını öngören; iki aylık süre dolmadan sona eren iş sözleşmelerinde en geç sona erme tarihinde yazılı belgenin verilmesini zorunlu tutan düzenlemeler anlamsız hale gelecektir. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.314. Bunun sonucunda da yalnızca belirli süreli iş sözleşmesinin şekli konusunda özel düzenleme getiren 8. madde çerçevesinde konunun değerlendirilmesi ve yalnızca süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiği ve yazılı şeklin bir geçerlilik koşulu olduğu sonucuna varılmalıdır. **ESENER, Turhan**, İş Hukuku, 3.B, Ankara-1978, s.150; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.314; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.88; **SÜMER**, İş Hukuku Uygulamaları, s.51; *Öğretide diğer bir görüşe göre de* İş Kanunu'na göre süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmeleri için yazılı şekil şartı getirilmiş ve bu şekle uyulması bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Ancak süresi bir yıldan az belirli süreli iş sözleşmeleri için yazılı şeklin hükmü aynı değildir ve bu noktada şekil bir ispat şartı olarak kabul edilmelidir. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.460; **TUNCAY, Can**, "*İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri*", **Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul-Barosu/Galatasaray Üniversitesi**, İstanbul-2003, s.131; **ULUCAN**, (Eyrenci/Taşkent/ Ulucan), s.59; *Bu konuda bir başka görüşe göre*, İş Kanunu'nun 8 ve 11. maddeleri arasında yaratılmış olan çelişki sonucu ortaya çıkan örtülü yasa boşluğunun hâkim tarafından tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiği yönünde doldurulması gerekir. *Kanaatimizce*, belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartı, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmeleri açısından zorunlu tutulmuş; süresi bundan daha az olan belirli süreli iş sözleşmeleri açısından ise yazılı şekil zorunlu bir şart olarak öngörülmemiştir. Zira Kanun koyucunun, *bütün* belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekil şartına tabi tutulması şeklinde bir iradesi olsaydı, İş Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrasında açıkça "*süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur*" şeklinde bir ifade kullanmazdı. *Öğretide bir görüş*, "*Bu düzenleme farklılığının...tasarının yasaya dönüşme süreci içinde gözden kaçmış olmasından kaynaklandığı*"nı ileri sürmüştür. **ULUCAN**: (Eyrenci/Taşkent/ Ulucan), s.58.

³⁰² Öğretide bundan dolayı, belirli bir süre ile veya belirli bir sefer için yahut belirsiz süreli olarak kararlaştırılmış bir deniz iş sözleşmesinin yazılı yapılmasının yasal bir zorunluluk olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. **BEDÜK**, s.96 vd.

³⁰³ Belirtelim ki, yazılı sözleşme yapılmayan durumlarda işverenin en geç 2 ay içinde, işçiye genel ve özel çalışma koşullarını gösteren bir belge vermesi zorunludur (İK, m.8/3). Bu belgenin içeriğinin ve verilme süresi yönünden 91/533

Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür³⁰⁴. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde ise madde hükmüne göre yazılı belge verme yükümlülüğü uygulanmayacaktır. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur. (İK, m.8/3).

D. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğü

İş Hukukunu, Borçlar Hukukundan ayıran temel özelliklerden biri de sosyal kamu düzeni nedeniyle sözleşme serbestisinin sınırlanmasıdır³⁰⁵. Önemle belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu ve 1982 Anayasası tarafından benimsenmiş olan sözleşme serbestisi ilkeleri İş Hukuku açısından da geçerlidir. Ancak İş Kanunu, İş Hukukunun kendine özgü anlayışı içinde, iş sözleşmesi yapma serbestisi kavramını, işçileri koruma kaygısı nedeniyle kendi yapısı içinde ayrıca ele almıştır. Bu bakımdan sözleşme serbestisinin içinde yer alan ve kendisiyle iş sözleşmesi yapılması yasak olan kimselerin, iş sözleşmesinin içerik unsurlarının ve şeklinin belirlenmesine ilişkin esasların, başta 1982 Anayasası'nın ilgili hükümleri olmak üzere İş Kanununun kapsamı içinde özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu konuda 1982 Anayasası'nın 50. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”*.

Böylece iş mevzuatında sözleşmesinin yapılmasına yaş küçüklüğü, cinsiyet, vatandaşlık ve iş sağlığı ve güvenliği (İK, m.71/1³⁰⁶, İK, m.72³⁰⁷; İK,

sayılı Avrupa Birliği Yönergesi göz önünde bulundurulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL, Ali//UGAN, Deniz/ERTAN, Emre, *“Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü”*, Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU'na Armağan, İzmir-2007, s.43-74; YİĞİT, Yusuf, İş Hukukunda İşverenin Çalışanlara Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü, İstanbul-2010, s.153 vd.

³⁰⁴ GÜZEL/UGAN/ERTAN, s. 43-74; YİĞİT, s.51-66, 139 vd.

³⁰⁵ DOĞAN YENİSEY, “Sosyal Kamu Düzeni”, s.33 vd.

³⁰⁶ “Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler”.

³⁰⁷ “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaşta kadınların çalıştırılması yasaktır”.

m.73³⁰⁸; İSGK, m.15/2³⁰⁹; İSGK³¹⁰, m.17/3³¹¹; YÇİHK³¹², m.4/1³¹³) sebebiyle bazı sınırlandırmalar getirilmiştir³¹⁴.

Belirtelim ki, iş sözleşmeleri de, diğer çok taraflı hukuki ilişkilerde olduğu gibi normalde tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Ancak bir iş sözleşmesinin, başlangıçta onu oluşturan taraflardan farklı bir üçüncü kişi tarafından üstlenilmek yoluyla devamının sağlanması da, İş Hukuku açısından iş sözleşmesi özgürlüğü kapsamında taraflara tanınan serbesti kapsamında mümkün görülmelidir. Türk İş Hukuku açısından, pozitif bir düzenlemesinin olmadığı dönemde öğreti³¹⁵ ve Yargıtay³¹⁶ içtihatları kapsamında iş sözleşmesinin devrine sıcak bakılmış ve sözleşme özgürlüğü kapsamında devrinin mümkün olduğu kabul edilmişti.

II. İŞ İLİŞKİSİ KAVRAMI

İş sözleşmesinin devrini incelemek amacıyla açıklanması gereken bir diğer kavram da, iş ilişkisi kavramıdır³¹⁷. İş ilişkisi, işletmeye katılma olgusuyla ortaya çıkan ve iş mevzuatını, toplu iş sözleşmelerini ve işletmede yürürlükte olan diğer kuralların işçiye uygulanmasını sağlayan bir hukuksal ilişkidir³¹⁸. Gerçekten de iş sözleşmesinin devrinde iş ilişkisi ile iş sözleşmesi kavramlarının önemi ortaya çıkmaktadır³¹⁹. İş sözleşmesi, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin temel dayanağıdır³²⁰. Nitekim İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına

³⁰⁸ "Sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır. Onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir".

³⁰⁹ "Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz".

³¹⁰ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, RG., 30.06.2012, 28339.

³¹¹ "Mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenler çalıştırılmaz".

³¹² 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, RG., 06.03.200, 25040.

³¹³ "Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, yabancıların Türkiye'de bağımlı veya bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almaları gerekir".

³¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.317-329, 888 vd; 891 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.184-209; 715-725; SÜMER, İş Hukuku, s.48-54; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.468-486.

³¹⁵ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1199 vd; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.269 vd; ARSLANOĞLU, "İradi Devir", s.543 vd; DANAR, s.62 vd; ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.302 vd.

³¹⁶ Y9HD, 27.02.2006, E.2006/22419, K.2006/4661, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008/17, s.176.

³¹⁷ Kavram hakkında bkz. AYDINLI, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara-2004, s.45 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU /AS TARLI, s.309-312.

³¹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.309-312; Kural olarak iş ilişkisinin başlangıcı, iş sözleşmesinin yapıp yürürlüğe girmesiyle başlar. Ancak İş Kanununda bazı sürelerin işlemeye başlaması, işçinin fiilen işe başlaması şartına bağlı tutulmuştur. AYDINLI, Edimden Bağımsız, s.46.

³¹⁹ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.303; Kavramların eş anlamlı olduğu hakkında bkz. AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi (Cilt-I), 2.B, Ankara-2006, s.61.

³²⁰ AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi (Cilt-I), s.61.

göre, "...işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir"³²¹. Her iş ilişkisine öncelik teşkil eden bir iş sözleşmesinin varlığı şarttır³²². İş sözleşmesinin var olduğu her durumda da iş ilişkisinin varlığından söz etmek mümkün olmadığı gibi, salt iş ilişkisi de iş sözleşmesinin yerine kullanılamaz³²³. Bundan dolayı iş ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için işçi, iş sözleşmesinin kurulmasının ardından fiilen çalışmaya başlamalı veya fiilen çalışmaya başladığı kabul edilebilecek bir hukuki durumda bulunmalıdır³²⁴.

İş ilişkisinin hukuki niteliğini "sözleşme" olarak kabul eden görüşe göre, iş ilişkisi işçi ile işveren arasında iş sözleşmesinin kurulması ile doğar³²⁵. İş ilişkisinin hukuki niteliği konusundaki diğer görüş olan "katılma" görüşüne göre ise, iş ilişkisi sözleşme ile değil, iş organizasyona kişisel olarak katılma ile ortaya çıkmaktadır³²⁶. Türk İş Hukukunda kural olarak *sözleşme görüşü* kabul edilmektedir. Ancak İş Hukuku bakımından *katılma görüşünün* önem kazandığı uygulamalar da bulunmaktadır. Örneğin feshi ihbar sürelerinin hesaplanmasında, kıdem tazminatına esas kıdem süresinin tayininde, yıllık ücretli izne esas kıdem süresinin hesabında işçinin fiilen işe başladığı tarih esas alınmaktadır³²⁷. Ayrıca iş sözleşmesinin *kesin geçersizlik* yaptırımına tabi olduğu durumlarda da iş ilişkisi-iş sözleşmesi ayrımının önem kazanması söz konusudur. Örneğin geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesi, iş ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurabilecektir (TBK, m.394/3)³²⁸. Böylece bu sonuç, iş ilişkisi-iş sözleşmesi ayrımına ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan, iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne rağmen, iş ilişkisinden o ana kadar doğan hakların göz önünde bulundurulması gerektiği esasına da uygun düşmektedir³²⁹.

³²¹ Öğretide, iş ilişkisi maddi, fiili bir ilişki olarak katılmayla kurulmakla birlikte hukuki sonuçlar doğuran hukuki bir olay veya bir başka deyişle yalnızca işletmeye katılma olgusuyla ortaya çıkan ve iş mevzuatını, toplu iş sözleşmelerini ve işletmede yürürlükte olan diğer kuralların işçiye uygulanmasını sağlayan bir hukuksal ilişki olarak ifade edilmiştir. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.309-312; Türk Borçlar Kanunu "hizmet ilişkisi" tabirini kullanmakla birlikte, iş ilişkisini, iş sözleşmesinden bağımsız olarak nitelemeye elverişli hükümler içermemektedir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.311; AYDINLI, Edimden Bağımsız, s.45-47; ÇELİK, İş Hukuku, s.80-83.

³²² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.312; İş ilişkisinin hukuki niteliği hakkındaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AYDINLI, Edimden Bağımsız, s.46 vd; ÇELİK, İş Hukuku, s.80-83.

³²³ Zira bu durumda bir işçi ile vekilin ayırt edilmesi zorlaşır ve aynı hukuki rejime tabi tutulmalarına sebep olunur. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.311; Ayrıca işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin geçersizliğinin söz konusu olması halinde genel hukuk kuralları gereğince baştan itibaren geçersiz sayılmadan doğacak sakıncalar da yine iş ilişkisi kavramına dayalı olarak giderilebilmektedir. ÇELİK, İş Hukuku, s.82.

³²⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.312.

³²⁵ AYDINLI, Edimden Bağımsız, s.46 ve dn143 belirtilen yazarlar.

³²⁶ AYDINLI, Edimden Bağımsız, s.47.

³²⁷ AYDINLI, Edimden Bağımsız, s.46.

³²⁸ Kesin hükümsüzlük ve iş ilişkisine etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.132 vd.

³²⁹ ÇELİK, İş Hukuku, s.136.

İş ilişkisi ve iş sözleşmesi kavramlarının birbirinden olan farklı anlamlarının ve İş Hukuku açısından işçi ve işveren arasındaki ilişkiyi ifade eden yaklaşımının, iş sözleşmesinin devri açısından anlamsız olduğu düşünülemez. Gerçekten de iş sözleşmesinin devri, sözleşmeyi sona erdirmeyi iken³³⁰, devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisini sona erdirmektedir³³¹. Ancak, işçinin kıdemi ve hizmet süresine bağlı haklarında herhangi bir kesinti meydana gelmemektedir³³². Belirtmiş olduğumuz ilişki artık devralan işveren ile işçi arasında kurulmuş olmaktadır. Bu sonuca bağlı olarak işçi devralan işverenin işyerine giriş ve çıkışlarda uygulanan koşullara bağlı olarak iş ilişkisini sürdürecektir ve devralanın işletmesine dâhil olacaktır. Dolayısıyla devralanın işyerine dâhil olmanın ortaya çıkardığı davranış normları ve disiplin hükümleri ile işverenin işyeri ve işi yönetme ile ilgili hükümleri *katılma teorisi* kapsamında daha uygun bir şekilde ifadesini bulabilmektedir³³³.

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ KAVRAMI

A. Tanımı

İş sözleşmesinin konusu, iş sözleşmesinin tarafı olan işçinin emeğidir³³⁴. Dolayısıyla iş sözleşmesinde işçinin kişiliği, tutum ve davranışları, bilgi ve tecrübesi gibi kişisel özellikleri ön planda olduğu için, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçinin yüklendiği işi bizzat yapma yükümlülüğü bulunmaktadır (TBK, m.395). İşçinin kişisel özelliklerinin ön planda olduğu iş sözleşmesinin işçinin rızası alınmak suretiyle bir başka işverene devredilmesi, İş Hukukunu en önemli konularından biri haline gelmiştir. Zira işçinin bir işverenden bir başka işverene devredilmesi durumunda, iş sözleşmesinden kaynaklanan sadakat, iş görme, emir ve talimatlara uyma borcunun, devredilen işverene karşı yerine getirilmesi, İş Hukuku açısından mümkün görülmektedir. Ancak iş sözleşmesinin devrinde işçi haklarının korunması da önem taşımaktadır. İş sözleşmesinde işveren tarafının değişmesi üzerine, işçinin haklarının korunması esasına dayanan kurumların zamanla yeni kavram ve uygulamaların ortaya çıkmasıyla birlikte yetersiz kalması söz konusu olmuş, artık iş sözleşmeleri-

³³⁰ Bu sebeple devreden işveren feshe bağlı sonuçlardan etkilenmemektedir. ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.303.

³³¹ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.303; Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu tasarısinin iş sözleşmesinin devrini düzenleyen ancak yasalaşmayan 7. maddesinde de, devrin iş ilişkisini sona erdireceğine vurgu yapılmıştır. Bkz. www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm (23.04.2014).

³³² ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.303.

³³³ Ancak uygulamada olayların sürekli olarak teorilerin birinin esas alınarak çözümlenmesi yerine, her olayın özellikleri göz önünde tutularak yürürlükteki hukuk kuralları ve ilkelere göre çözüm yaklaşımı daha doğru olacaktır. AYDINLI, Edimden Bağımsız, s.48; ÇELİK, İş Hukuku, s.83.

³³⁴ SÜMER, İş Hukuku, s.37.

nin yasal olarak yani kendiliğinden geçişini ele alan düzenlemeler dışında; sözleşmenin iradi ve sürekli olarak devrine dayanan sözleşmelerin kurulmasının mümkün olup olmayacağı da öğreti ve yargı içtihatlarında tartışılmaya başlanmıştır³³⁵. İş sözleşmesinin devri özellikle iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin değişmesi nedeniyle işçinin alacaklarından devreden ve devralan işverenin sorumluluğuna ilişkin esasların tayini bakımından önem arz etmektedir.

Türk Borçlar Kanununun 429. maddesine göre;

“Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.

Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır”.

İş sözleşmesinin devri, sözleşmenin bir bütün halinde, yani tüm hak ve borçları ile birlikte bir başka işveren tarafından üstlenilmesini ifade etmektedir³³⁶. İş sözleşmesinin devri için devreden ve devralan işverenin anlaşması yeterli olmayıp, işçinin de devre rıza göstermesi gerekir. Bu bakımdan iş sözleşmesinin devri, kendine özgü üç taraflı bir sözleşmedir³³⁷. Ancak belirtelim ki, iş sözleşmesinin devri kurulduğu anda üç taraflı bir sözleşmedir. Daha sonra iş ilişkisi devralan işveren ile işçi arasında devam etmektedir³³⁸. Devreden işverenin ise iş sözleşmesinden doğan her türlü hak ve yetkisi ise sona ermektedir³³⁹. Ancak devreden işveren yanında geçen kıdem süresi de devralan işverenin yanında geçecek olan süreye ilave edilmekte ve kıdeme bağlı haklar bu şekilde hesaplanmaktadır³⁴⁰.

Devir yasadan kaynaklanmayıp, iradi olarak gerçekleşmektedir³⁴¹. İş ilişkisinde, tarafların değişiklik yapması mümkündür. Belirtmiş olduğumuz değişik-

³³⁵ LARENZ, s.108; BUCHER, s.592; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.535.

³³⁶ Bkz. BUCHER, s.583; SÜZEK, İş Hukuku, s.337; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.71; ALP, Mustafa, “Birbirini İzleyen İş Sözleşmeleri Akdedilerek Hizmet Akdinin Devri-Karar İncelemesi”, Ali GÜNEREN'E Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s.97; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.329; DANAR, s.62.

³³⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.349; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1219.

³³⁸ ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3.B, Ankara-2011, s.647.

³³⁹ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.647.

³⁴⁰ “Hizmet sürelerinin birleştirilebilmesi için işçinin hizmet akdinin daha önce kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermiş olması gerekir. Somut olayda önceki işyerinde ayrılış tarihi ile davalı işyerine giriş tarihi arasında iki yıldan daha fazla süre olduğundan hizmet akdinin devri söz konusu olamaz” Y9HD, 06.10.2003, E.2003/13019, K.2003/16252, www.legalbank.net (16.04.2013).

³⁴¹ FRÜH, s.98; Devrin yasadan kaynaklanmayıp, iradi olması kurumu işyeri devrinden, tüm hak ve borçlarla birlikte taraf sıfatının devri ise ödünç iş ilişkisinden ayırır. ALPAGUT, Gülsevil, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri” Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2011, S:31, s.920; Belirtelim ki, burada söz konusu olan, işyeri devri veya ölüm sebebiyle iş sözleşmesinde işverenin değişmesi değil, işçinin bir başka işverene ait işyerinde, iş sözleşmesinin devri suretiyle nakil ile işveren tarafının değişmesidir. SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, 4.B, Konya-2011, s.71.

lik, iş sözleşmesinin tarafı değişmeksizin görülecek işle ilgili olabileceği gibi, iş sözleşmesine bağlı olarak işin görüleceği işyerinin değiştirilmesi şeklinde de olabilir³⁴². Ancak konumuz yönünden gerçekleşen değişiklik şüphesiz ki, *taraf* değişikliğidir. İş sözleşmesinde taraf değişikliğinin yapılabilmesi, belirli hukuki kurumlara özgü olarak gerçekleşebilmektedir³⁴³. Gerçekten de, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan ve gerçek kişi niteliğinde olan işçi ile işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş niteliğinde olan işverenin aralarında kurmuş olduğu iş ilişkisinde işverenin ölümü³⁴⁴, işyerinin kamulaştırılması, devletleştirme, işyerinin rızaya dayalı olarak devri, işyerinin cebri icra sonucunda devri, özelleştirme gibi uygulamalar sebebiyle³⁴⁵ el değiştirmesi durumlarında iş sözleşmesinde taraf değişikliği gerçekleşmekte ancak bu değişiklik aslında *işyeri değişikliği* temelinde söz konusu olabilmektedir. Yani bütün bu durumlarda işyerinin el değiştirdiği görülmektedir. Hâlbuki çalışmamızın konusunu oluşturan iş sözleşmesinin devrinde işyeri el değiştirmemekte, yalnızca işçi bir başka işverene *tüm hak ve borçları ile birlikte* devredilmektedir³⁴⁶. Böylece devreden işveren, işyerinin sahibi kalmaya devam etmektedir³⁴⁷.

İş sözleşmesinin devri kendine özgü üçlü bir ilişki olup, devreden işverenin, devralan işverenin ve aynı zamanda işçinin rızasının uyuşması sonucunda sürekli devir amaçlı olarak ortaya çıkmaktadır³⁴⁸. Belirtelim ki geçici iş ilişkisi dışında, bu süreden daha uzun olsa bile, taraflarca anlaşmak suretiyle işçinin sürekli değil de belirli bir süreliğine bir başka işverene devrinin mümkün olup olmadığı da bir sorundur. Aslında bir işverenin işçisini geçici iş ilişkisi ile bağlı olmaksızın bir başka işverene devri yerine sözleşmeyi anlaşarak askıya alması da mümkündür. Ancak askı hali yerine, geçici iş ilişkisine de başvurulmayacak ise, belirli süreli devrin, iş sözleşmesinin bir başka işverene *sürekli olarak* devri-

³⁴² Nitekim İş Kanununun 22. maddesine göre, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz” (İK, m.22/1). Ayrıntı için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.669 vd; UŞAN, Fatih, “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 211-271;

³⁴³ AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.41.

³⁴⁴ İşverenin ölümü üzerine kural olarak sona ermeyen iş ilişkileri, kanun gereği, mirasçılar ile işçiler arasında varlığını devam ettirmekte, böylece iş ilişkileri işverenin ölümü üzerine sona ermeyip, mirasçılara geçmektedir. AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.41.

³⁴⁵ Bkz. s. 119 vd.

³⁴⁶ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.638.

³⁴⁷ AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.41.

³⁴⁸ KAHRAMAN, Uğur Hakan, “Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2011, S:29, s.84.

ni içeren Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasına aykırı düşeceği kanısındayız³⁴⁹.

İş sözleşmesinin devrinin söz konusu olabilmesi için, iş ilişkisinden doğan münferit hakların devri söz konusu olmamakta; işçi ile devreden işveren arasındaki ilişki sona ermekte, ancak mevcut iş sözleşmesinin içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir³⁵⁰. Bir başka deyişle iş sözleşmesinin devri niteliği itibarıyla bir fesih olmadığı için, devreden ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin sonlanmasına ve devralan ile işçi arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulmasına sebep olmamaktadır³⁵¹. Gerek işçi gerek devreden ve devralan işverenler iş sözleşmesinin tüm unsurları ile birlikte sürekli ve kesin bir şekilde devralan işverene geçişi konusunda anlaşmakta, önceki işverenin yerini yeni işveren almaktadır³⁵². İş sözleşmesinin devrine ilişkin işlem sürecinde, işveren işçinin rızasını alarak devir işlemi yapabilmekte; ancak işçinin işverenin rızasını alarak iş sözleşmesini bir başka işçiye devretme olanağı bulunmamaktadır.

İş sözleşmesinin devri özel hukuk gerçek veya tüzel kişi işverenleri arasında olabileceği gibi, aynı holding veya şirket topluluğu bünyesindeki işyerlerinde de iş sözleşmesinin devredildiği sıkça görülmektedir³⁵³. Aslında Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi devrin olabileceği işyerleri açısından bir ayırım yapmamıştır. Bu noktada iş sözleşmesinin devri açısından değinmek istediğimiz bir diğer husus da kamu kurum ve kuruluşlarında, devrin mümkün olup olmadığıdır. İş hukuku açısından işveren gerçek veya tüzel kişi³⁵⁴ olabileceği gibi, tüzel kişiliği olan³⁵⁵ veya olmayan kamu kurum veya kuruluşları da³⁵⁶

³⁴⁹ Bkz. KOCAGİL, s.54-55.

³⁵⁰ BUCHER, s.536 vd; CANIKLIOĞLU, Nurşen, "Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu ilişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, İstanbul-2013, s.107.

³⁵¹ Ancak Yargıtay, iş sözleşmesini devreden işveren tarafından işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi halinde, işverenin ileride işçiye daha az kıdem tazminatı ödemek için bu yola gitmemesi sebebiyle bu uygulamanın önceki dönemin tasfiyesi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Y9HD, 22.10.2005, E.2005/19345, K.2005/4661, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.647.

³⁵² EKONOMİ/EYRENCİ, s.1199-1223.

³⁵³ "...farklı hükmi şahsiyetleri ve farklı işyerleri bulunan şirketlerin aynı holding bünyesinde bulunmaları tüm şirketlerdeki hizmet sürelerinin birleştirilmesi için yasal bir neden sayılamaz. Ancak işyerlerinin aynı olması şirketler arası işyeri devri veya hizmet akdi devri bulunması ve işverenlerin ileride daha fazla kıdem tazminatı ödememek için gerçek bir hizmet akdi feshi olmadığı halde kıdem tazminatı adı altında avans niteliğinde ödeme yapmaları halinde kıdem tazminatının esas sürenin hesaplanmasını da tüm şirketlere geçen sürenin esas alınması mümkündür". YHGK, 17.01.2007, E.2007/9-9, K.2007/16, www.legalbank.net (20.07.2014). Yargıtay çoğu zaman farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi ve işçilik alacaklarının buna göre tayini için, davacının çalıştığı işyeri ile davalı işyeri arasında işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılarak sonuca gidilmesi yönünde bozma kararları vermektedir. Bkz. Y9HD, 07.05.2009, E.2007/34722, K.2009/12895, www.legalbank.net (20.07.2014); Y9HD, 28.03.2008, E.2007/29924, K.2008/6707, www.legalbank.net (20.07.2014)

³⁵⁴ Şirket, dernek, vakıf gibi.

³⁵⁵ Belediye, KİT gibi.

³⁵⁶ Bakanlık gibi.

olabilecektir³⁵⁷. İş sözleşmesinin diğer bir özelliği de özel hukuk sözleşmesi olarak, özel sektör işverenleri sözleşmenin tarafı olabileceği gibi, kamu sektörü işverenleri de sözleşmenin tarafı olabilecektir (İK, m.2/1). İş sözleşmesinin devri açısından, işçinin kamu kurum ve kuruluşları tarafından çalıştırılması ile özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri tarafından çalıştırılıp çalıştırılmaması önem taşımamaktadır³⁵⁸. İş Hukuku kurallarının uygulanması bakımından asıl olarak kamu kurumları ile özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri arasında bir farklılık da bulunmamaktadır³⁵⁹. Tük Borçlar Kanununun 429. maddesinde düzenlenen ve iş sözleşmesinin devrini ele alan hükmün kamu işverenleri arasındaki işçilerin sözleşmelerinin devrinde de uygulanabileceğini belirtmemiz gerekir³⁶⁰. Örneğin belediye, il özel idaresi ve mahalli idare birliklerinde çalışmakta olan bir işçinin başka belediyelere, il özel idarelerine, mahalli idare birliklerine veya diğer kamu kurumlarına devredilmesi veya söz konusu kurumların bu yolla işçi devralmaları mümkün olduğu kanısındayız³⁶¹. İş sözleşmesinin devrinde asıl olan husus, işçinin yine devreden işverenin işyerinde mevcut iş sözleşmesinin tüm koşulları ile devridir. Yoksa işçinin işçi statüsünden çıkarak, bir kamu kurumuna memur statüsünde geçmesi, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi kapsamında bir devir olarak değerlendirilemeyecektir. Zira işçilik statüsü ve dolayısıyla iş sözleşmesi sona ermekte ve işçi memur statüsünde çalışmasına devam etmektedir³⁶².

Hukukumuzda iş sözleşmesinin devri dışında alt işveren ilişkisi (İK, m.2/6), geçici iş ilişkisi (İK, m.7) ve işyeri devri (İK, m.6) olmak üzere farklı üçlü iş ilişkileri de bulunmaktadır. İşverenlerin sorumluluklarının tayini açısından taraflar arasında gerçekleştirilen üçlü iş ilişkisinin niteliğinin tespiti bu anlamda

³⁵⁷ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.168 vd.

³⁵⁸ İşçileri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin 28.07.2006 tarih ve 7598 sayılı görüşü uyarınca "mevzuatımızda, işçilerin naklen atanması ile ilgili bir düzenleme olmadığından; bir mahalli idareye bağlı olan bir işçinin, başka bir mahalli idareye geçmesinin yeni bir düzenleme yapılincaya kadar mümkün olmayacağı değerlendirilmiştir". MEMİŞ, Halil, "Kamudaki İşçilerin Kurumlararası Nakilleri Mümkün (mü)?" www.miargem.org.tr/index.php?mod=haber&h=132, (20.03.2014).

³⁵⁹ Ancak kamu kurum ve kuruluşları açısından işçi temini özel yetki ve şekillerle donatılmıştır. Nitekim kamu kurum ve kuruluşlarına, iş kanunları hükümlerine göre çalıştırılmak üzere, sürekli veya geçici işçi alınmasına ilişkin usul ve esasları bir yönetmelikle düzenlenmiştir. "Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" RG., 09.08.2009, 27314.

³⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. MEMİŞ, www.miargem.org.tr/index.php?mod=haber&h=132, (20.03.2014).

³⁶¹ Kamu kurum ve kuruluşlarına işçilerin naklinin mümkün olmasının bir takım yararlarından bahsedilmiştir. Buna göre: "Kamuda işçi nakillerinin uygulamaya geçmesi ile işçi fazlası bulunan kurumların işçilerini ihtiyaç olan kurumlara göndermesine, bulunduğu kurumda iş verimi düşen işçilerin işyeri değişikliği suretiyle veriminin artmasına imkân sağlayacaktır. Bunun yanında aileler açısından da, aile bütünlüğünün sağlanmasına ve toplumsal barışın artmasına vesile olacaktır. Yine mali imkânsızlıkları nedeniyle işçinin aylıklarını ödeyemeyen kurumların işçilerinin işine son vermesi yerine işçilerin mali imkânları ve ihtiyacı olan kurumlara nakli imkânı getirilerek, kamudaki işçi çıkarmaların azalması sağlanacaktır". MEMİŞ, www.miargem.org.tr/index.php?mod=haber&h=132, (20.03.2014).

³⁶² Nitekim Yargıtay işçinin kendi isteği doğrultusunda istifa suretiyle işçilikten, diğer kamu kurum ve kuruluşlarına memur statüsünde nakledilmesi durumunda kıdem tazminatı talep hakkının bulunmadığına hükmetmiştir. Y9HD, 05.10.2005, E.2005/697, K.2005/32464, www.legalbank.net (14.03.2014).

oldukça önem ifade etmektedir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde belirtmiş olduğumuz üçlü iş ilişkilerinin, değişik ayrımlara göre birbirlerinden olan farklılığı aşağıda ayrıca ele alınacaktır³⁶³. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında birden fazla işverenin davalı olarak gösterildiği durumlarda sorumluluğun tespiti açısından öncelikle işverenler arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması ve ardından sorumlulukların tayini gerektiği sonucuna ulaşmaktadır³⁶⁴.

Uygulamada bazen, bir alt işveren işçisinin bir başka asıl işverenden alınan işte görevlendirildiği de görülmektedir. Bu durumun iş sözleşmesinin devri anlamına gelip gelmeyeceğinin de belirtilmesi gerekir. Alt işveren işçisinin iş alınan başka asıl işveren işyerlerinde çalışması durumunda buralarda geçen tüm çalışmalarından sorumluluğun birlikte sorumluluk kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay bir kararında, alt işveren işçisinin bir başka asıl işverenden alınan işte çalıştırılmasının iş sözleşmesinin devri olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir³⁶⁵. Nitekim kararda, “...Davacı işçi alt işverenin görevlendirmesi üzerine bir asıl işverene ait işyerinden alınmış ve başka bir asıl işveren nezdinde çalışmaya başlamıştır. Bu nedenle davalı P... İnşaat AŞ sadece kendi işyerinde geçen çalışmalar sebebiyle doğan işçilik haklarından sorumlu tutulmalıdır. Davacının kıdem tazminatı ve izin alacağına hak kazanabilmesi için gerekir bir yıllık çalışma şartı bu işyeri bakımından gerçekleşmemiştir” ifadelerine yer verilmiştir.

Nihai olarak belirtelim ki, yukarıda ifade etmiş olduğumuz hususlardan hareketle iş sözleşmesinin feshinin ardından işçinin başka bir işverene ait işyerinde geçen çalışmaları, iş sözleşmesinin devri niteliğinde kabul edilemeyecektir³⁶⁶.

³⁶³ Bkz. s.93 vd.

³⁶⁴ “...Öncelikle iki şirket arasındaki ilişki açıklığa kavuşturulmalıdır. İşe alınan işçilerle davacı ve işten çıkarılan diğer işçilerin üretime yönelik asli işlerde çalıştırılıp çalıştırılmadıkları, şirketler arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi, geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin devri ya da birlikte istihdam gibi ilişki bulunup bulunmadığı belirlenmeli...” Y9HD, 08.05.2007, E.2007/6130, K.2007/14530, www.legalbank.net (12.04.2014); Y9HD, 27.10.2008, E.2008/2916, K.2008/28918, www.legalbank.net (12.04.2014); “...Gerçek işverenin kim olduğu veya davalılar arasında belirtilen ilişkilerin bulunup bulunmadığının net olarak belirlenmemesi durumunda davacının açtığı hizmet davası bekletici mesele yapılarak sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır” Y9HD, 29.01.2007, E.2006/36977, K.2007/1210, www.legalbank.net (12.04.2014).

³⁶⁵ Y9HD, 15.02.2005, E.2004/10569, K.2005/4336, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.698-699.

³⁶⁶ “Yargıtay içtihatlarında hizmet akdinin devri kabul edilmekteyse de bu üçlü ilişkinin doğması için devreden işveren devir alan işveren ve devredilen işçinin üçlü mutabakatı gerekir. Dava konusu olayda böyle bir mutabakatın ve devrin varlığı kanıtlanabilmiş değildir” . Y9HD, 27.02.2006, E.2005/22419, K.2006/4661, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.687.

B. Türk İş Hukukundaki Düzenlemesi

1. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğünden Önceki Dönem

İş sözleşmesinin devri uygulaması, asıl olarak ekonomik ve ticari nedenlerle işyeri, işletme veya bunların bir bölümünün devri durumunda mevcut olan iş sözleşmelerinin geleceğinin ne olacağına dair aranan cevaplar sonucunda söz konusu olmaya başlamıştır³⁶⁷. Aslında bu arayış işyeri veya işletme devrinden tamamen bağımsız bir biçimde, iş sözleşmesinin devrinin de başlı başına mümkün olup olmadığı sorusunu da beraberinde getirmiş ve konu İş Hukukunun güncel sorunlarından biri haline gelmiştir³⁶⁸. Zira işyeri devri sonucu iş sözleşmelerin devri kendiliğinden (yasal olarak) gerçekleşirken; iş sözleşmesinin devrinde, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi, tarafların iradesinin bir sonucu olarak ve bütünüyle devreden işveren tarafından devralan işverenin üzerine aktarılmaktadır³⁶⁹. Bir başka deyişle iş ilişkisinde işveren tarafı değişmekte, devralan işveren iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçları ile birlikte, işveren konumunu üstlenmektedir³⁷⁰.

Görüldüğü üzere *nisbîlik* niteliği gereği kural olarak yalnızca tarafları arasında sonuç doğurma özelliği bulunan ve Borçlar Hukuku sözleşmeleri arasında yer alan iş sözleşmesinin devri ile birlikte ortaya çıkan *üçlü iş ilişkisinin* bir sonucu olarak, sözleşme dışı üçüncü kişiler sürekli olarak hukuki ilişkinin uygulama alanına dâhil edilmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşme de, iş sözleşmesini devreden işveren, devralan işveren ve işçi arasında yapılmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu tarafından yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu, genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen bir hükme yer vermemiştir³⁷¹. Ayrıca iş sözleşmesinin devrini hukuksal sonuçları ile birlikte düzenleyen açık bir düzenlemede bulunmamaktaydı. Fakat bu dönemde yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununun 320. maddesinin 2. fıkrası dayanak gösterilerek ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulamasının bir sonucu olarak, iş

³⁶⁷ VON TUHR/PETER, s.10 vd; ARSLANOĞLU, "İradi Devir", s.535.

³⁶⁸ BUCHER, s.592; ARSLANOĞLU, "İradi Devir", s.535.

³⁶⁹ BUCHER, s.536 vd; İş Hukukunda, işyerinin devri halinde iş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçmektedir (İK, m.6/1); geçici iş ilişkisinde ise, işveren kendisine iş sözleşmesi ile bağlı bulunan işçinin iş görme edimini talep hakkını, onun da rızasını almak koşuluyla geçici bir süre ile diğer bir işverene devretmektedir (İK, m.7). Ayrıntı için bkz. AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara-1995, s.1 vd; BENLİ, Abdurrahman/YİĞİT, Yusuf, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", *Kamu İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 2006, S:4, s.1 vd.

³⁷⁰ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.303.

³⁷¹ Bkz. Yuk s.11 vd.

sözleşmesinin devredilebileceği gerek öğreti³⁷² gerekse Yargıtay içtihatlarında³⁷³ kabul edilmekteydi. Hüküm, “Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşıl-madıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devre-demez. İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabi-dir” (818, m.320) şeklinde düzenlenmişti.

Ayrıca İş Kanunu Tasarısında, iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükme Ta-sarının “İş Sözleşmesinin Devri” başlıklı 7. maddesinde yer verilmişti. Hüküm-de, “Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını sürekli olarak bir başka işverene devredebilir. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan işve-ren bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren sıfatını kazanır. 6. maddenin (a) bendinin ikinci fıkrası hükmü iş sözleşmesinin devrine de uygu-lanır” ifadeleri yer almıştı. Sözü edilen 6. maddenin (a) bendi, “Devralan işve-ren işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür” hükmünü içe-rmekteydi³⁷⁴. Ancak iş sözleşmesinin devrini düzenleyen hüküm, Türkiye Büyük

³⁷² EKONOMİ/EYRENCİ, s.1199 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.330; SÜZEK, İş Hukuku, s.337; AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.40-50; ALP, Mustafa, “İş Sözleşmesinin Devrinde Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı, 2007, s.189-209; ALP, İş Sözleşmesinin Devri, s.302-327; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.266; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.533-547; DANAR, s.63-73; ŞAHLANAN, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.2-4.

³⁷³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “Transfer Belgesi” başlığı altında davacıya hitaben yazılan yazıda; hizmet akdinin işveren tarafından Yaşar Bileşik Paz.AŞ’de yer alacak ve iş ilişkiniz bu şirket ile devam edecektir” ifadeleri yer almaktadır. Bu belge, iş sözleşmesinin devri niteliğinde bulunmaktadır” YHGK, 01.03.2006, E.2006/9-51, 2006/27, www.legalbank.net (29.04.2014), Y9HD, 21.11.2007, E.2007/7534, K.2007/34760, legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:17, 2008, s.176 vd; “İş hukukunda son yıllarda büyük bir gelişme gösteren esneklik kapsamı içinde hizmet devrine yer verildiği sıkça gözlenmektedir. Özellikle öğretilde bu konuda olumlu görüşler serdedilmiş ve böyle bir olanaktan yurdumuzda da yararlanılması şeklinde sonuçlara ulaşılmıştır. Somut olayda da böyle bir durumda dava dışı anonim şirket davalı şirketin yerine geçmiştir. Bu itibarla sözleşme devam ettiğine göre davacı işçinin kıdem tazminatını talep etme koşulu gerçekleşmemiştir”. Y9 HD E.2001/225 K.2001/3914 T.14.03.2001, www.legalbank.net (21.03.2014); “...Öncelikle iki şirket arasındaki ilişki açıklığa kavuşturulmalıdır. İşe alınan işçilerle davacı ve işten çıkarılan diğer işçilerin üretime yönelik asli işlerde çalıştırılıp çalıştırılmadıkları, şirketler arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi, geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin devri ya da birlikte istihdam gibi ilişki bulunup bulunmadığı belirlenmeli, fesihten önce ve sonra işe alınan işçilerin nitelik itibarıyla aynı olup olmadıkları da tespit edilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir” Y 9. HD E.2007/6130 K.2007/14530 T.08.05.2007, www.legalbank.net. (20.03.2014).

³⁷⁴ Hükümün gerekçesi şu şekildedir, “İki tarafa borç yükleyen diğer aktillerde olduğu üzere aynı özelliğe sahip iş sözleşmesinin de kesin olarak başkasına devri mümkündür. Borçlar Kanununun 320 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, işveren rızasını almak suretiyle işçiden olan işin görülmesini talep hakkını başkasına geçici veya kesin olarak devredebilir. İş Kanununa talep hakkının hem kesin devrini ve hemde geçici devrini (ödünç iş ilişkisi) düzenleyen hükümler getirilerek çalışma hayatında ihtiyaçların karşılanmasına imkan verilmiştir. İş Sözleşmesinin kesin devrinde işveren tarafı değişmekte ve onun yerini yeni işveren almakta, önceki işverenle iş ilişkisi sona ererken, devralan işveren tüm hak ve borçları üstlenmiş olarak sözleşmenin işveren tarafını oluşturmaktadır. İş sözleşmesinin kesin devrinde bir fesih söz konusu olmadığı için, önceki işverenden ihbar ve kıdem tazminatı talep edilemez. İşçinin hizmet süresine ilişkin hakların da ve bununla bağlantısı olan kıdem tazminatında işyerinin veya bir bölümünün devrine ilişkin 6 ıncı maddenin ikinci fıkrası hükümleri uygulanacaktır. İş sözleşmesinin kesin devrinde, devralan işverenin üstlendiği hak ve borçlara bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar, söz gelimi iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklardan veya işyeri uygulamasından doğan hak ve borçlar dâhildir. Yeni işverenin bu şartları esaslı surette değiştire-

Millet Meclisi Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nun 12.03.2003 tarih ve 1/534 Esas, 25 Sayılı kararı ile tasarından çıkarılmıştır³⁷⁵. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar, iş sözleşmesinin devri ile ilgili olarak mevzuatımızda doğrudan bir hüküm yer almamıştır. Belirtelim ki bu sonuç, iş sözleşmesinin devrine bir engel olarak da görülmemiştir³⁷⁶.

Ancak İş Hukukunu ilgilendiren mevzuatta yer alan ve halen yürürlükte olan bazı düzenlemeler, iş sözleşmesinin devrine de uygulanmak suretiyle, devrin şekli ve hüküm ve sonuçlarına ilişkin çözümler üretmeye yardımcı olmaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu döneminde de uygulanma özelliği bulunan 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrası hükmü de iş sözleşmesinin devri açısından önem ifade etmektedir. Nitekim madde hükmünde “İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel işyeri devir olmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur” ifadelerine yer verilmiştir. Aslında söz konusu hüküm, işyerinin devri durumunda, devreden işverenin de kendi dönemi ile sınırlı olarak kıdem tazminatından devralan işveren ile birlikte sorumlu olacağını düzenlemekle birlikte, öğretide bizce de isabetli olarak, bu hükmün iş sözleşmesinin devrinin hüküm ve sonuçları açısından da değerlendirme konusu yapılabileceği kabul edilmektedir³⁷⁷.

rebilmesi, işçinin rızasına bağlıdır. Ancak işveren 23 üncü madde hükümlerini uygulayabilir”. (www.tbmm.gov.tr, 15.06.2014).

³⁷⁵ www.miargem.org.tr/index.php?mod=haber&h=145 (25.12.2013). Bir düşünceye göre, hükmün varlığına “...sözleşmenin konusunu teşkil etmesi nedeniyle iş sözleşmesinin devri olarak değil de , en basit şekilde işçi devri olarak görülmesi ve daha hukuksal gerekçelerle Uluslar arası Çalışma Sözleşmelerine aykırı olduğu da düşünülebilecektir. Konuya bu şekilde yaklaşıldığında işçinin sözleşmenin tarafı olduğu gerçeğinden uzaklaşarak, bir meta olarak görüldüğünden bahisle devre karşı çıkılması sonucuna varan düşüncelerin ortaya çıkması muhtemeldir” görüşüyle karşı çıktığı savunulmuştur. Bkz. ARSLANOĞLU, Esaslar, s.31.

³⁷⁶ ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.920; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1199 vd; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.543.

³⁷⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.339; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.647; Ancak Yargıtay bazı kararlarında EİK m.14/2 hükmünün işyeri devrine özgü olduğunu kabul ederek, sözleşmenin devrini kapsamadığını kabul ederken (Y9HD, 29.09.2005, E.309/31664, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.561); Bazı kararlarında da, kıdem tazminatının hesabında 14/II hükmünün iş sözleşmesinin devrinde de göz önünde bulundurulması suretiyle, tüm sürenin esas alınması gerektiği-

Ayrıca Türk Borçlar Kanununun yürürlüğünden sonra da önemi devam eden, Deniz İş Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrasına göre de “Gemi adamlarının kıdemleri hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik gemilerinde ve hizmetinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. Geminin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde gemi adamının kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden...” hesaplanacağı öngörülmüştür³⁷⁸.

Bundan başka İş Kanununun yürürlükte bulunan ve iş sözleşmesinin devri açısından, özellikle devrin hüküm ve sonuçlarının ele alınması bakımından işyerinin devrini esas alan 6. maddesi ile³⁷⁹ iş sözleşmesinin geçici olarak devrini esas alan 7. maddesi de niteliklerine uygun düştüğü ölçüde iş sözleşmesinin devri açısından değerlendirmeye tabi tutulan hükümler arasında yer almaktadırlar³⁸⁰.

2. Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğünden Sonraki Dönem

a) İş Sözleşmesinin Devrini Esas Alan Hükümün Türk Borçlar Kanununda Düzenlenmesi

İş sözleşmesinin devri, Türk Borçlar Kanunu’nun “Sözleşmenin devri” başlıklı 429. maddesinde düzenlenmiştir³⁸¹. Hükme göre, “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene

ne hükmetmiştir (Y9HD, 10.11.2005, 361/35713, **Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S:10, 2006, s.630-631); Ayrıca bkz. YHGK, 13.04.2005, 9-203/252. (www.kazancihukuk.com, 21.12.2103). Konu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. s.266 vd.

³⁷⁸ Belirtelim ki, gemi adamının işverenin gemisinde, deniz taşıma işinde çalışmasının yanı sıra, deniz taşıma işi dışında aynı işverene ait başka bir işyerinde geçen hizmetleri de bulunduğu takdirde, deniz taşıma işi dışındaki hizmetinin de birleştirilebileceği öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **BEDÜK**, s.295 vd; Önemle ifade edelim ki, gerek 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrası, gerek Deniz İş Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrası olsun işçinin aynı işverenin bir işyerinden diğerine devri durumuna ilişkin olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla her iki kanun açısından da bir işçinin başka işverene devri durumunda uygulanabileceğine dair yorum yapılmamıştır. **ÇANKAYA/ÇİL**, Üçlü İlişkiler, s.638.

³⁷⁹ Öğretide bu konu ile ilgili olarak dile getirildiği üzere iş sözleşmesinin devrine, işyerinin devrini düzenleyen İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrası (TBK, m.428/3) hükmü kıyasen uygulanmalı ve devreden işverenin iki yıl süreyle müteselsil sorumluluğu kabul edilmelidir. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.339.

³⁸⁰ Örneğin öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı rızasının alınması gerekli zaman dilimi açısından, İş Kanununun geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesi göz önünde bulundurularak yorum yapılmış ve iş ilişkisinin geçici olarak devrinde yazılı rızanın önceden alınmasını amir olan 7. madde hükmünün, iş sözleşmesinin bir işverene sürekli devredilmesi durumunda da öncelikle uygulanabileceği kabul edilmiştir. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.337.

³⁸¹ Ayrıca Türk Borçlar Kanunu, 205. maddesinde de genel olarak sözleşmelerin devrini ele alan bir düzenlemeye yer vermiş bulunmaktadır. Özellikle kıdeme bağlı işçi haklarının korunması bakımından Türk Borçlar Kanununun 205. maddesi ile 429. maddesi gerekli düzenlemeleri sağlamış bulunmaktadır. Bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.332-333. Ayrıca bkz. Yuk s.11 vd.

devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır³⁸².

Yukarıda da değindiğimiz gibi, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girinceye kadar, Türk İş Hukuku mevzuatında, iş sözleşmesinin devrini açık bir şekilde düzenleyen bir madde hükmü mevcut değildi. Türk Borçlar Kanununun sistematigi dikkate alındığında “Hizmet Sözleşmeleri” başlıklı “Altıncı Bölüm”de, “Genel Hizmet Sözleşmesi” başlıklı “Birinci Ayrım” başlığı altında iş sözleşmesinin devri konusu ele alınmıştır. Konu “Hizmet İlişkisinin Devri” başlığı altında iki maddede incelenmiş olup, Türk Borçlar Kanununun 428. maddesi “işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri” ele almış; 429. maddesinde ise “sözleşmenin devri” başlığı altında iş sözleşmesinin devri düzenlenmiştir³⁸³. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanununun düzenlemesi iş sözleşmesinin devri açısından tüm iş sözleşmelerini kapsar şekilde ele alınmıştır³⁸⁴.

Ayrıca Türk Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi” başlığı altında düzenlenen 393-347. maddelerinin bitiminin ardından yeni iş sözleşmesi türlerine de yer verilmiştir. Bunlardan birincisi “İkinci Ayrım” başlığı altında Türk Borçlar Kanununun 448-460. maddeleri arasında düzenlenen “Pazarlamacılık Sözleşmesi”; ikincisi ise “Üçüncü Ayrım” başlığı altında düzenlenen ve Kanunun 461-469. maddeleri arasında yer alan “Evde Hizmet Sözleşmesi”dir. Türk Borçlar Kanununun düzenlediği pazarlamacılık ve evde hizmet sözleşmeleri de işçi işveren ilişkilerini içinde barındıran sözleşme türleri arasında bulunmaktadır. Konumuz bakımından gerek “Genel Hizmet Sözleşmesi” ve “Pazarlamacılık Sözleşmesi”ni gerek “Evde Hizmet Sözleşmesi”ni iş sözleşmesinin devri açısından değerlendirmek gerekmektedir. Önemle ifade edelim ki iş ilişkisinin devri başlığı altında düzenlenen “işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri” başlıklı Türk Borçlar Kanununun 428. maddesi ile “sözleşmenin devri” başlıklı 429. maddesi, her ne kadar, Kanunun “Genel Hizmet Sözleşmesi” başlığı altında düzenlenmiş olsa da, bahsetmiş olduğumuz müesseselerin

³⁸² Bkz. ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.920-928; ÇANKAYA/ÇİL, s.637 vd; GÜNAY, Cevdet İlhan, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, Sicil, Aralık-2011, s.114-119; KAHRAMAN, s.81-103; KOCAGİL, s.46-58; Ayrıca yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde uygulandığı gibi, özellikle hukuki ilişkinin niteliği ve kapsamına ve iş sözleşmesinin devrinin hukuksal sonuçlarına göre iş hukukunu ilgilendiren mevzuatın ilgili hükümlerinin Türk Borçlar Kanununu döneminde uygulanması mümkün olabilecektir. (Bkz. 1475 sayılı İş Kanunu, m.14/2; Deniz İş Kanunu, m.20; İş Kanunu, m.6 ve 7). Ayrıntılı açıklamalar için bkz. s.231 vd.

³⁸³ Terim 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde öğretide iş ilişkisinin bireysel devri şeklinde de ifade edilmiştir. AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.40 vd.

³⁸⁴ YILMAZ, Ejder, “Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, Sicil, Haziran-2011, s.22, s.22-31.

“Pazarlamacılık Sözleşmesi” ile “Evde Hizmet Sözleşmesi”ne uygulanamayacağı ileri sürülemez. Zira Türk Borçlar Kanununun 469. maddesinin açık düzenlemesi gereği, “Pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır”. Görüldüğü üzere belirtmiş olduğumuz hüküm gereği, sözleşmenin devrine ilişkin hükümler hem genel hizmet sözleşmesine, hem pazarlamacılık sözleşmesine ve hem de evde hizmet sözleşmelerine uygulanabilecektir.

b. İş Sözleşmesinin Devrini Esas Alan Hükümün İş Hukuku Alanında Uygulanması Bağlamında İş Hukuku-Borçlar Hukuku İlişkisi

Özel hukukun genel (Madeni Hukuk ve Borçlar Hukuku) düzenlemelerinin yetersizliği sebebiyle, İş Hukuku, Borçlar Hukukundan bağımsız bir hukuk alanı haline gelmiştir³⁸⁵. Gerçekten de özel hukukun eşit kişiler arasındaki hukuksal ilişkileri ele alan yönü, işçinin işverene bağımlı olması sebebiyle İş Hukukuna yansımamaktadır. İş ilişkisinde güçlü tarafı işveren oluşturmakta, işçi ise emir ve otoritesi altında gerek ekonomik yönden gerekse kişisel yönden işverene bağımlı bulunmaktadır. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin varlığı sebebiyle, işçinin fiziksel anlamda korunması yükümlülüğü de iş ilişkisinin, Borçlar Hukukundan bağımsız bir hukuk disiplini altında ele alınmasını zorunlu kılmaktadır³⁸⁶. Zira İş Hukukunun günümüzde kendisini diğer hukuk

³⁸⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.34; Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Erdem, “Teoride ve Uygulamada İş Hukuku-Borçlar Hukuku İlişkisi”Yeni İş sözleşmesi Türleri”, TİSK, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, İstanbul-2011, s.167-182.

³⁸⁶ Örneğin, İş Kanunu, işçi statüsünde çalışanların tabi olacakları düzenlemeleri sözleşmelere bırakmamış özellikle ücret hakkı, dinlenme hakkı, çalışma süresi gibi önemli noktalar iş sözleşmesinin yapılması sırasında her iki tarafın da sözleşme özgürlüğü alanına terk edilmemiş, bu konulara bizzat 4857 sayılı İş Kanunu bakımından ilkeler konulmak suretiyle asgari/azami sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin işveren çalışanlara ücret bakımından en az asgari ücreti ödemek zorundadır (İK, m.39). İK’nun 39. maddesinin 1. fıkrasına göre, “iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir” (İK, m.39/1). Ayrıntı için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.376 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.544 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.134 vd; Aynı şekilde haftalık çalışma süresi de yine İK’nun 63. maddesine göre genel çalışma süresi “...haftalık en çok kırkbeş saat” olarak düzenlenmiş, ayrıca işçinin “Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle”(İK, m.41/2) ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yine dinlenme süreleri konusunda da İş Kanunu tarafından asgari hükümler belirlenmiş, “İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin” (İK, m.53/1). verileceği ifade edilmiştir. Yine çalışma yaşı konusunda da İş Kanunu asgari yaş ölçütü benimsemek suretiyle “Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması”nın yasak olduğunu hükme bağlamıştır (İK, m.71/1). Görüldüğü üzere İş Kanunu, özellikle yukarıda belirtmiş olduğumuz, ücret, çalışma süresi ve dinlenme süreleri gibi konularda asgari normlar belirlemiş, bunların aksinin işçi lehine kararlaştırılabileceğini ancak aleyhe kararlaştırılamayacağını benimsemiştir. İş Hukuku’nda bu tür hükümlere nispi emredici hükümler veya sosyal kamu düzeni hükümleri adı verilir. İş Hukuku’nda getirilen bu hükümler ile işçi haklarına alt sınır çizilmekte, iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile bu sınırın üstüne çıkılabilmekte ancak altına hiçbir zaman inilememektedir. Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.30-31; DOĞAN YENİSEY, “Sosyal Kamu Düzeni”, s.33 vd; Sözleşmenin geçersizliği, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi, hizmet ilişkisinin devri,

dallarından ayıran farklı hukuki kavramları, kurumları, ilke ve teknikleri bulunmaktadır³⁸⁷.

Ülkemizde bireysel iş ilişkileri, İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu ile her bir kanunun kendi kapsam ve kuralları göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu da İş Hukukuna ilişkin olarak, yürürlükten kaldırılan ve 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmayan pek çok yeni düzenleme getirmiş bulunmaktadır³⁸⁸. Aslında iş mevzuatı açısından önemli bir yeri olan Türk Borçlar Kanunu, İş Hukukunu ilgilendiren sorunlara doğrudan uygulanmamakta, çözüm öncelikle bu alanı ilgilendiren iş kanunlarının³⁸⁹ düzenlemelerine bırakılmaktadır. Ancak iş kanunlarında işçi-işveren ilişkilerini ilgilendiren tüm konuların eksiksiz düzenlenmesinden söz edilemeyeceği için, iş mevzuatında boşluk bulunan hallerde *genel hükümlere* başvurma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır³⁹⁰. Belirtelim ki, iş kanunlarında boşluk bulunan durumlarda Türk Borçlar Kanununun ilgili hükmü İş Hukukunun özel niteliğine, amaç ve ilkelerine uygun düşmez ise ortaya çıkan *örtülü boşluk* yargı organı tarafından genel hükmün iş ilişkisine uyarlanması suretiyle doldurulmalıdır³⁹¹. Ayrıca iş mevzuatının düzenlediği kimi açık konuların, Türk Borçlar Kanunu kapsamında da yer alması karşısında, önceliğin, *özel kanun* niteliğinde olan İş Kanunu'na verilmesini gerekli kılmaktadır. Gerçekten de bazı konular hem Türk Borçlar Kanununda hem de iş kanunlarında düzenlenmiş, ayrıca iş kanunlarında öngörülme-yen yeni bazı haklar da Türk Borçlar Kanununda düzenleme altına alınmıştır³⁹².

rekabet yasağı, sır saklama yükümlülüğü, cezai şart, ibraname, işverenin temerrüdü gibi konularda İş Kanununda hüküm bulunmadığı için, Türk Borçlar Kanununa gidilmesi gerektiği açıktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ALPAGUT**, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.917-919; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.33-41; Ancak bazen her iki yasanın iş sözleşmeleri bölümünü düzenleyen maddelerinde birbiriyle çelişen hükümlerin yer alması, bazen de İş Kanununda düzenlenmiş bir konuya Türk Borçlar Kanununda ek bir sonuç bağlanması veya ek bir hak sunulması veya da işçiye seçenek olarak farklı bir hakkın tanınması karşısında, her iki kanunda da öngörülmüş iş ilişkisine ilişkin hükümleri birbirinden tamamen soyutlayarak, sonraki kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin iş kanunlarına tabi iş ilişkilerine hiç uygulanmayacağını ileri sürmek doğru olmayacaktır. Ayrıntı için bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.247-248.

³⁸⁷ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.34; Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **SOYER, Polat**, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", **Sicil, Haziran-2011**, S:22, s.12-21; **YILMAZ, Ejder**, s.22-31; **SOYER, Polat**, "Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri", **Kamu-İş, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri**, Ankara-2013, s.1-19.

³⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZ, Turgut**, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2.B, İstanbul-2012, s.81-108.

³⁸⁹ 4857 sayılı "İş Kanunu", RG., 10.06.2003, 25134; 5953 sayılı "Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun", RG., 20.06.1952, 8140; 854 sayılı "Deniz İş Kanunu", RG, 29.04.1967, 12586; 6356 sayılı "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu", RG, 07.11.2012, 28460.

³⁹⁰ Türk Borçlar Kanununun, İş Kanununda açık hüküm bulunmayan durumlarda uygulanması, İş Hukukunun işçi lehine hükümler içermesi ve bunların kamu düzeniyle ilgili olmasından kaynaklanır. **YILMAZ, Ejder**, s.28.

³⁹¹ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.246.

³⁹² Gerçekten de bazen genel kanunda yer alan özel hükmün de uygulanması söz konusu olabilir. Bu durumda somut uyuşmazlık konusu olaya uygulanacak hüküm genel kanunda yer almasına rağmen, özel hüküm niteliğinde ise doğrudan

Genel olarak belirtmek gerekirse İş Kanununda bahsi geçen hükümler, Kanunun kapsamına giren işçilere uygulanmaktadır. Ancak kapsam dışı kalanlar da yine İş Kanununun 4. maddesinde “*istisnalar*” başlığı altında düzenlenmiştir. İş Kanununun kapsamı dışında kalanlar, Deniz İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamına girmiyorlar ise, bu kimseler hakkında Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanacaktır³⁹³.

İş Hukuku alanında yürürlükte bulunan iş kanunlarından Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu ile İş Kanunu arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmamaktadır³⁹⁴. Türk Medeni Kanununun 5. maddesine göre Türk Medeni Kanununun ve Türk Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanması ilkesi benimsenmiştir³⁹⁵.

İnceleme konumuzu oluşturan iş sözleşmesinin devri açısından konuyu değerlendirecek olursak, devri ele alan hüküm Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde hükme bağlanmış durumdadır. Hüküm Türk Borçlar Kanununda düzenlense de, İş Kanunu ve diğer iş kanunları (Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu) bakımından da uygulama özelliğine sahip bulunmaktadır³⁹⁶. Zira “Genel Hükümler” olarak nitelendirilen kuralların³⁹⁷, İş Hukuku açısından da geçerli olduğu kabul edilen bir husustur³⁹⁸. Gerçekten de uygulama sırası itibarıyla iş kanunları daha önce gelmekle birlikte, Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesi ile ilgili kuralları ancak İş Kanununda açık hüküm bulunmayan du-

bu hükmün uygulanması gerekir. **CANIKLIOĞLU**, “*Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu ilişkisi*”, s.80. Ayrıca bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.273, 277.

³⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.251-281; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.209-221.

³⁹⁴ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.36; Aksi görüş için bkz. Aynı yazar, s.36 dn.69’da belirtilen yazarlar.

³⁹⁵ Ancak kanun koyucu özel kanundaki kuralı değiştirmek istediğini açıkça düzenlemişse veya genel kanunda yer alan kural özel kanuna göre daha elverişli ve adil sonuçlar meydana getiriyor ise, sonraki genel kanundaki kuralın uygulanması da istisnai olarak mümkündür. **CANIKLIOĞLU**, “*Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu ilişkisi*”, s.81.

³⁹⁶ **NARMANLIOĞLU**, *Ferdi İş İlişkileri*, s.269; **GÜNAY**, s.114; 4447 sayılı Kanunun Geçici 7. maddesinde de iş sözleşmesinin devrinden söz edilmiştir. Geçici 7. madde, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun (RG., 26.05.2008, 26887) 20. maddesi ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanuna eklenmiştir. Hükme göre, 18-29 yaş arası erkek ve 18 yaşından büyük kadın sigortalıları işe almaları durumunda maddede belirtilen koşullarla sosyal sigorta primlerine ait işveren hisselerinin belirli bir bölümünün İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanması öngörülmüştür (Geçici.m.7/f.1). Ancak madde hükmünde belirtilen düzenlemenin mevcut bir işyerinin kapatılarak değişik bir ad veya unvan ya da bir iş birimi olarak aynı faaliyette açılması veya çalışan sigortalıların bütün olarak devredilmesi halinde, bu işyerleri hakkında uygulanmaz (Geçici m.7/III-a). Sigortalının (işçinin) devri ile kastedilen ise, iş sözleşmesinin başka bir işverene devridir. **ÖZKARACA**, s.123.

³⁹⁷ Türk Borçlar Kanununun 1-206. maddeleri “*Birinci Kısım*”da “*Genel Hükümler*” başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanununun örneğin sözleşmenin kurulmasına, geçerliliğine ve sorumluluğa ilişkin pek çok hükmü İş Hukuku alanında da uygulanabilecektir.

³⁹⁸ **GÜNAY**, s.114; Öğretide de haklı olarak dile getirildiği üzere, “*Borçlar Kanunu’nun örneğin 321, 322, 323/2, 325, 327, 331/2, 332, 336, 337, 339, 349, 348-353 (TBK, m.400, 403, 405, 407, 417, 427, 429, 444, 445) hükümleri, iş kanunlarına tabi bireysel iş ilişkilerine, genel hüküm olarak uygulanırlar. Buna karşılık Borçlar Kanununun 335-344 (TBK, m.421, 425) inci maddeleri ile ücretin tehlikede bulunması durumunda rücu ile ilgili düzenlemeleri, İş Kanunu’nda özel olarak açıkça düzenlendiği için, iş ilişkilerinde genel hüküm olarak uygulanamazlar*”. **YILMAZ**, *Ejder*, s.28.

rumlarda gündeme gelebilmektedir³⁹⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesinin devrini düzenleyen 429. maddesinin gerekçesinde 4857 sayılı İş Kanununa yollama yapılarak açıklamalarda bulunulmuştur⁴⁰⁰. Belirtmiş olduğumuz gerekçelerle iş sözleşmesinin devri Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde düzenlenmiş olsa da, İş Hukukunu düzenleyen diğer iş kanunları (İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu) açısından da uygulanması mümkün olan bir hükümdür⁴⁰¹.

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN SEBEPLERİ

İşgücünün grup içinde yetiştirilmesi, niteliklerine uygun görevlere nakledilmesi veya istihdama duyulan ihtiyacın ortadan kalkması üzerine, sözleşmenin feshi yerine, iş sözleşmesinin devri uygulamasına gidilmesi yine sözleşmenin devrine başvurulmasının başlıca sebepleri arasında yer almaktadır⁴⁰². Yine holding veya grup şirketlerde, bir grup şirket iş gücü ihtiyacını, başka bir grup şirketin nitelikli personelini devralarak karşılamak isteyebilir⁴⁰³. Bazen de personelin yetiştirilmesi amacıyla işçinin holding içinde başka şirketlere devredilmesi de mümkün olabilir⁴⁰⁴. İş sözleşmesinin devri ile birlikte işçinin kıdeminde bir kesilme olmaksızın tüm hak ve borçlarının devamı sağlanmış olmaktadır⁴⁰⁵.

İş sözleşmesinin bireysel devri yanında, belirtmiş olduğumuz sebeplere dayalı olarak, kanunda belirtilen devir koşullarına uygun olması şartıyla, sözleşmelerin toplu devri de mümkündür⁴⁰⁶. Şüphesiz ki, burada bahsetmiş olduğumuz toplu devir, işyeri devri veya işverenin ölümü gibi iş sözleşmelerinin

³⁹⁹ Ancak belirtelim ki, İş Kanununa tabi olmayan işçiler bakımından Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri doğrudan doğruya uygulanmaktadır **YILMAZ, Ejder**, s.28; Ayrıca bkz. **KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi", **Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2013, S:38, s.83-149; **ÇAYAN, Gökhan**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin 4857 sayılı İş Kanununa Etkisi", **Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2013, S:39, s.81-134.

⁴⁰⁰ "Maddenin birinci fıkrasında, hizmet sözleşmesinin, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle sürekli olarak başka bir işverene devredilebileceği belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, devir işlemiyle devralanın, bütün hak ve borçları ile birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafını oluşturacağı ifade edilmektedir. Gerçekten, hizmet sözleşmesinin devralınmasıyla, hizmet ilişkisi sona ermemekte, devralan, sözleşmenin işveren tarafı hâline gelmektedir. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işverenin yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır. Benzer bir düzenleme, geçici iş ilişkisi bakımından 4857 sayılı İş Kanununun 7 nci maddesinde de yapılmıştır". <http://www.kayduhukuk.com/kanunlar/117-borclar-hukuku/6671-6098-sayili-borclar-kanunu-genel-gerekesi.html>, (23.03.2014).

⁴⁰¹ **YILMAZ, Ejder**, s.28.

⁴⁰² **ALPAGUT**, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.921; Y9HD, 16.06.2008, E.2007/41042, K.2008/5622, www.legalbank.net (16.03.2014).

⁴⁰³ **EKONOMİ/EYRENCİ**, s.1203.

⁴⁰⁴ **ALP**, "İş Sözleşmesinin Devri", s.304.

⁴⁰⁵ **ALPAGUT**, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.921.

⁴⁰⁶ **ARSLANOĞLU**, "İrادی Devir", s.542.

kanundan dolayı ve işçilerin, topluca ve bir bütün olarak işverene geçmesi esasını değil; bir işverenden diğer bir işverene devrini içerir⁴⁰⁷.

Ancak toplu işçi devri durumunda bazen iş sözleşmesinin devri yerine, özellikle işin yürütülmesinde işgücünün ön planda olduğu çalışma biçimlerinde, işyeri devrini çağrıştıracak bir hukuksal işlemle karşılaşmanın mümkün olduğunu da göz ardı etmemek gerekir⁴⁰⁸. Özellikle aynı bölümde çalışan ve belli bir işin yürütümünü toplu bir biçimde gerçekleştiren işçilerin başka bir işverene devri durumunda, işyeri veya işyerinin bir bölümünün devri söz konusu olabilir⁴⁰⁹. Hatta bazen işyeri devrine ilişkin hükümlerin dolanılması amacıyla, yapılan devir işlemine iş sözleşmesinin devri görüntüsü veriliyor da olabilir⁴¹⁰. Şüphesiz ki belirtmiş olduğumuz ihtimallerde işyeri devrine ilişkin hükümlerin (İK, m.6) uygulanması gerektiği açıktır.

Bireysel devir için belirtmiş olduğumuz ve devrin gerçekleşmesinde önemli etkenlerden olan holding veya grup şirket kavramları, toplu devir içinde aynı anlamı ifade etmektedir⁴¹¹. Yani toplu devirlerde de grup içinde kişilerin yetiştirilmesi, niteliklerine uygun görevlere nakli veya işgücü ihtiyacının ortadan kalkması üzerine fesih yerine devir yoluna da gidilebilecektir⁴¹². Hatta belirtelim ki, iş sözleşmesinin devri yalnızca nitelikli iş gücü açısından gündeme gelen bir olgu da değildir. Nitekim çok sayıda veya niteliksiz işçi için de yapılmasına bir engel bulunmamaktadır⁴¹³.

Ayrıca özellikle holding veya şirket topluluklarında iş sözleşmesinin sona erdirilmesi yerine işçinin grup içinde bir diğer şirkete devri de işçi azaltma yerine önemli bir tedbir işlevi de görebilecektir. Ayrıca holdinge bağlı işyerlerinden birinin kapanması durumunda, işçinin holding bünyesinde başka bir işe yerleştirilmesi durumunda da iş sözleşmesinin devri uygulamasına başvurulabilecektir⁴¹⁴.

⁴⁰⁷ ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.921.

⁴⁰⁸ "Bir grup işçinin iş sözleşmelerinin topluca devredilmesinin bir işyeri devri niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesinde, işyeri bölümünü oluşturan unsurların devamlılığına göre bir karar vermek gerekmekte olup, işçilerle birlikte işyeri bölümünün unsurlarının devrinden sonra işyeri bölümünün faaliyetini aynen sürdürüp sürdürmediği göz önünde bulundurulmalıdır". MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.331; ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.307.

⁴⁰⁹ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.307.

⁴¹⁰ "Örneğin bir nakliye şirketinin yurt dışı nakliye işinde kullandığı araçlar, başka bir işverene satılmış, yurt dışı nakliye işiyle ilgilenen personeli de bu işverene sözleşme devri ile geçirilmiş ise gerçek durumun bir işyeri devri olduğu açıktır". ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.307.

⁴¹¹ Nitekim Yargıtay tam yetki tespit başvurusu öncesinde yatay geçiş adı altında iş sözleşmesinin devri yöntemiyle, 209 işçinin iş sözleşmesinin devri yoluyla devredildiğine hükmettiği bir kararında, yetki tespit başvurusu öncesinde devralınan işçilerin yetki tespitinde dikkate alınmaması gerektiğine hükmetmiştir. Y9HD, 05.03.1998, E.1998/3330, K.1998/3421, ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.304, dn.6.

⁴¹² ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.921.

⁴¹³ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.304.

⁴¹⁴ KÖSEÖĞLU, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul-2004, s.37.

İş sözleşmesinin devri açısından mutlaka bir sebebin varlığı önemli değildir. Ancak devrin taraflarca hukuka aykırı amaçlarla kullanılması durumunda işlemin geçersizliği gündeme gelebilecektir⁴¹⁵. Özellikle muvazaalı sözleşme devirleri işveren sıfatının tayini açısından sorun çıkarabilecektir⁴¹⁶. Dolayısıyla taraflarca iş sözleşmesinin iradi devrine ilişkin sözleşmesinin yapılması esnasında sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde devre ilişkin sınırlamalar getirilmesi mümkün olduğu gibi, devirden sonraya etkili olmak üzere devir sözleşmesine sınırlandırıcı hükümler koymaları da mümkün olabilecektir.

V. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN TÜRLERİ

İş sözleşmesinin devri, tarafların iradesi ile gerçekleşebileceği gibi, yasa hükmü gereği kendiliğinden de diğer tarafa geçebilmektedir. Belirtmiş olduğumuz hususlar çerçevesinde iş sözleşmesinin devrinin türlerini de iki başlık altında değerlendirmek mümkündür. Bunlar iş sözleşmesinin *iradi* olarak devri, diğeri ise *kanuni* (yasal) devirdir.

İş sözleşmesinin iradi devri, işveren tarafının değişmesine işçinin de sözleşmeye katılarak onay vermesi esasına dayanmaktadır. Bu değişiklik tarafların (devralan işveren-devreden işveren-işçi) ortak iradesiyle gerçekleşmekte ve üç taraflı bir hukuki işlem neticesinde ortaya çıkmaktadır⁴¹⁷. Belirtelim ki iradeye dayalı olarak gerçekleştirilen devir *sürekli* olabileceği gibi, *geçici* de olabilir. Çalışma konumuz iş sözleşmesinin sürekli olarak devrine özgülenmiş olmakla birlikte, sözleşmenin İş Kanununun 7. maddesine dayalı olarak geçici iş ilişkisi kapsamında devri de iradeye dayalı devir olarak gerçekleştirilmektedir⁴¹⁸.

İş sözleşmesinin yasal devrinde ise taraf değişikliği kendiliğinden, bir başka deyişle devre ilişkin ayrıca bir hukuki işleme gerek kalmaksızın meydana gelmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin devrinin yasal geçişini sağlayan uygulamalar İş Hukukunda mümkündür. Bunun en önemli uygulaması işyeri devrine bağlı olarak, işyerinde mevcut iş sözleşmelerinin, sona ermeksizin devralan işverene geçmesine ilişkin İş Kanununun 6. maddesi hükmüdür. Hükme göre, “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine

⁴¹⁵ Devir sözleşmesinin geçersizliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. s.209 vd.

⁴¹⁶ ARSLANOĞLU, Esaslar, s.55; Gerçekten de İş Kanunun alt işverenlik ilişkisinin sınırlarını düzenlediği 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların, alt işverenlikte muvazaaya sebep olacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Nitekim hükme 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”.

⁴¹⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. s.191 vd.

⁴¹⁸ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. s.99 vd.

devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer” (İK, m.6/1).

VI. DEVRE KONU İŞ SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

İşverenin değişmesi nedeniyle yeni işverene intikal eden iş ilişkisinin temelini oluşturan iş sözleşmesinin türünün, devir nedeniyle önemli olup olmadığının da bu noktada çözüme kavuşturulması gerekir. Gerçekten de iş sözleşmesinin devri açısından değerlendirme yaptığımızda her iş sözleşmesinin devre konu olup olamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca iş sözleşmeleri açısından söz konusu olabilecek deneme süresinin de devirden nasıl etkileneceğinin açıklanması gerektiği düşüncesindeyiz.

İş sözleşmesine dayalı olarak kurulan işçi-işveren ilişkilerinde, asli edim yükümlülüğünün yerine getirilmesi bir zaman sürecine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır⁴¹⁹. İş sözleşmelerinin özelliklerinden biri de, sürekli borç ilişkisi meydana getirmesidir⁴²⁰. Sürekliliği açıklayan zaman ifadesi belirli bir süreye ilişkin olabileceği gibi, belirsiz süreli de olabilir⁴²¹. Öncelikle belirtelim ki, iş sözleşmesinin niteliği ne olursa olsun bu durum asıl olarak devri etkilememektedir⁴²². Çalışmamızın bu noktasında sürekli borç ilişkisi niteliğine sahip olan iş sözleşmesinin, belirli süreli veya belirsiz süreli olmasının veyahut da deneme süreli olmasının devir sözleşmesine etki edip etmediği ele alınacaktır.

B. İş Sözleşmelerinin Niteliği Açısından Değerlendirme

1. Belirli Süreli İş Sözleşmesi

İş sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin bitimini belirleyerek, bir fesih bildirimini zorunluluğu olmaksızın, yani feshi ihbara gerek kalmaksızın sözleşmenin ortadan kalkmasını sağlamak amacıyla, sözleşmenin geçerliliğini bir süreye bağlayabilirler. Teorik olarak belirli süreli iş sözleşmeleri, taraflarca öngörülen bir vadeye tabi olan, ihbar gerekmeksizin, vadenin bitimiyle sona eren iş söz-

⁴¹⁹ AYRANCI, s.91.

⁴²⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.233.

⁴²¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.233; Kira sözleşmeleri de sürekli borç ilişkisi niteliği göstermektedir. AYRANCI, s.91.

⁴²² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.332.

leşmeleridir⁴²³. Belirli süreli iş sözleşmeleri, yalnızca belli bir zaman içerisinde herhangi bir anda sona erdirileceği kararlaştırılmış bir sözleşme olmayıp, kurulduğu anda taraflarınca sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği bir sözleşmedir⁴²⁴.

İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, *"Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir"*⁴²⁵. Görüldüğü üzere tanımda sözleşmenin taraflarca bir süreye bağlanması unsuruna yer verilmemiş, bir başka deyişle salt tarafların subjektif olarak süre belirlenmesi yoluyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân verilmemiştir⁴²⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun *Genel hizmet sözleşmesi* başlığını taşıyan 393. maddesinin ilk fıkrasında, iş sözleşmesinin tanımı, *"Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir"* şeklinde yapılmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 2. fıkrasında ise sona ermesi ve yenilenmesi ile ilgili hükümlere yer vermiştir. Buna göre *"Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir"*⁴²⁷. Bu hükümden, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitmesi durumunda tarafların sözleşme-

⁴²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.361; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.238 vd; **SÜMER**, İş hukuku, s.38; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.119-120; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş İlişkileri, s.215 vd; **DEMİR**, İş Hukuku Uygulaması, s.51 vd.

⁴²⁴ Süreli fakat sürenin sonu açıkça belli olmayan iş sözleşmelerini belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir. **ESENER**, s.133; Yürürlükten kaldırılan BK'nun 338. maddesinde, *"Hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış yahut böyle bir müddet isin maksut olan gayesinden anlaşılakta bulunmuş ise, hilafı mukavele edilmiş olmadıkça feshi ihbara hacet olmaksızın bu müddetin mururiyle, akit nihayet bulur"* hükmü mevcuttu.

⁴²⁵ Maddenin gerekçesinde; *"Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı verilirken sadece tarafların açıkça süresini belirledikleri değil, sürenin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de, sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiştir. Bu suretle 99/70 sayılı Yönerge'de öngörülen belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasına engel olmak için, bu sözleşmelerin "objektif temellere" dayandırılması ilkesine de uyulmuş olmaktadır"* denilmiştir. **DEMİR, Fevzi**, İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, **TES-İŞ Eğitim Yayınları**, Ankara-2003, s.128; İK'na göre, tanımda belirtilen "belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi" objektif koşullar olmadan, tarafların sırf süre koymak suretiyle belirli süreli iş sözleşmesi yapamayacakları anlaşılmaktadır. Hükümde belirtilen sebepler, maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere *örnekleme* olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla bunların dışında başka objektif nedenler de belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektirebilir ve esaslı neden olarak kabul edilebilir. Örneğin doğum iznini kullanan bir işçi yerine veya bir fuar süresince çalıştırılmak üzere alınan işçi için belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektiren objektif nedenler bulunmaktadır. **SÜMER**, İş Hukuku, s.42.

⁴²⁶ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.361; **AKYİĞİT**, İş Kanunu Şerhi, (Cilt-I), s.458.

⁴²⁷ Türk Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde, *"akit, aynı müddet ve fakat nihayetinde bir sene için tecdit edilmiş sayılır"* şeklindeki ibare tasarıda, *"sözleşme...belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür"* şeklinde değiştirilmiştir. Böylece fıkra, 4857 sayılı İş Kanununun 11 inci maddesiyle uyumlu hale getirilmiştir" şeklinde belirtilmiştir.

nin gerektirdiği yükümlülükleri, esaslı bir nedenin bulunması şartıyla yerine getirmeye devam etmelerinin mümkün olduğu, bu takdirde iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olarak devam edeceği anlaşılmaktadır⁴²⁸. Görüldüğü gibi, belirli süreli iş sözleşmeleri işçi açısından bazı olumsuz sonuçların doğmasına yol açtığından, İş Kanunu'nun 11. maddesinde, bu sözleşmeye ilişkin bir takım sınırlamalar getirilmiştir⁴²⁹.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan bir işçinin iş sözleşmesinin bir başka işverene devri açısından değerlendirme yaptığımızda ise, İş Hukuku açısından iş sözleşmesinin devrinin belirli süreli iş sözleşmeleri açısından da mümkün olduğu sonucuna varmamız gerekir⁴³⁰. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinden önce, işveren sıfatında meydana gelen değişiklik durumunda, yeni işveren iş sözleşmesinin bitimine kadar bu sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edecektir. Böylece belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı nedenle fesih hakkının kullanılması ve diğer haklar ve yükümlülükler karşısında yeni işveren sözleşmenin tarafı olacaktır⁴³¹.

Belirtilmesi gereken önemli bir konu da, İş Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen ve esaslı bir neden⁴³² olmadıkça birden fazla üst üste

⁴²⁸ Bkz. GÜNEŞ, Başak/MUTLAY, Faruk Barış, "Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum*, 2011/3, S:30, s.231 vd; Görüldüğü üzere Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu'ndan farklı olarak belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk yapılışında esaslı neden şartını aramamış, ancak süresinin bitmesinin ardından taraflarca örtülü olarak sürdürülüyor ise, esaslı bir sebebin varlığı halinde üst üste belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceğini hükme bağlamıştır. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.361.

⁴²⁹ Belirli süreli iş sözleşmeleri bilindiği gibi, belirli sürenin sonunda kendiliğinden sona ermektedir. Bu sözleşmeye dayanarak çalışan işçilerin iş sözleşmeleri sürenin bitiminde son bulduğundan, bunların iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları da söz konusu olmamaktadır. "Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin işine son verilmesi halinde, geri kalan süre için işçi, Borçlar Kanununun 325. maddesi gereğince tazminat isteyebilir". Y9HD, 4.7.1996, E.1996/2439, K. 1996/15373, *Yargıtay Kararları Dergisi*, (Ekim-1996), s.1569; "625 sayılı yasaya göre çalışmakta iken sözleşmenin yenilenmemesi ihbar tazminatını gerektirmez". Y9HD, 29.4.1993, E.1992/13027, K.1993/7332, *Yargıtay Kararları Dergisi*, (Şubat-1994), s.223; "625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa göre, öğretmenlerle yapılan birer yıllık sözleşmeler için niteliği itibarıyla ayrı ayrı süresi belirli sözleşmeler olup, ardı ardına her sene için yapılmış olması bu sözleşmelerin belirsiz süreli sözleşme olduğunu göstermez. Süresi belirli olan sözleşme, süresinin bitiminde kendiliğinden sona erer ve işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz". Y9HD., 20.10.1992, E.1992/6571, K.1992/11557, *Yargıtay Kararları Dergisi*, (Aralık-1992), s.1870. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesi, sürenin bitiminde son bulduğunda ortaya çıkan diğer olumsuz bir sonuç da bunların kıdem tazminatına hak kazanamamalarıdır.

⁴³⁰ Bkz. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.324.

⁴³¹ Bkz. KABAKÇI, Mahmut, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi", *Sicil*, S:21, 2011, s.129-141; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.646.

⁴³² Belirli süreli iş sözleşmesinin hukuki varlığı açısından önem taşıyan "belirli süreli iş", "belli bir işin tamamlanması", "belirli bir olgunun ortaya çıkması" gibi hususlar, İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre objektif koşul olarak kabul edilmiş, aynı maddenin 2. fıkrasında ise, kanaatimizce aynı olgulardan hareketle "esaslı neden" tabiri kullanılmıştır. Bir başka deyişle buradaki esaslı neden kavramının da objektif koşulları ifade ettiği anlaşılmaktadır. SÜZEK, İş Hukuku, s.252; GÜZEL, Ali/ÖZKARACA, Ercüment/UGAN, Deniz, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları", Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, C:1, İstanbul-2011, s.529 vd; ALPAGUT, "Belirli Süreli", s.102; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.39; AYAN, Serkan, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:54, S:4, s.457. EKONOMİ, Münir, "4857 sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I), Kavram Süre ve Yenilenme", *Legal İş Hukuku ve Sosyal*

(zincirleme) yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin devrinin mümkün olup olmadığı, şayet devri mümkün ise iş sözleşmesinin aynı niteliğinin devam ettirip ettirmeyeceği sorunudur.

Her şeyden önce belirtelim ki, belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir neden olmadan birden fazla üst üste yani zincirleme yapılması, İş Kanunu açısından kabul edilmemiş ve bu durum açık hükme bağlanmıştır. Hâlbuki 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanımı ile ilgili bir düzenleme Kanunda yer almamaktaydı. Ancak bu dönemde objektif iyiniyet kurallarına başvurulmak suretiyle belirli süreli iş sözleşmelerine sınırlama getirilmekteydi. Yargıtay kararları da bu dönemde belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve uygulaması açısından önemli bir kaynak teşkil etmekte ve yol göstermekte idi. Yargıtay kararlarında belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını haklı kılacak objektif haklı nedenlerin varlığı aranmaktaydı⁴³³. İş Kanunu, belirli süreli iş sözleşmesinin zincirleme yapılmasını 11. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlemek suretiyle, konuya açıklık getirmiştir. Belirtilen hükümlere göre “Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar”. Belirtelim ki, madde hükmünde (İK, m.11/1) kullanılan “esaslı neden” tabiri ile aynı maddenin bir önceki fıkrasında kullanılan “objektif koşul” arasında bir fark gözetilmemelidir.

İş Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasından anlaşılabacağı üzere esaslı neden olmadıkça birden fazla üst üste yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri, baş-

Güvenlik Hukuku Dergisi, 9/2006, s.18-20; BAŞTERZİ, Süleyman, “Avrupa Birliği Konseyi’nin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, 30. Yıl Armağanı, Ankara-2006 s.127; Aksi görüş için bkz. TAŞKENT, Savaş, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, **Sicil** (Mart) 2008, S:9, s.14-23; TBK’na tabi olan iş ilişkilerinde, iş sözleşmesinin ilk kez süreye bağlanmasına herhangi bir sınır getirilmemiştir (TBK, m.430). Hükme göre, “Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir” (TBK, m.430-1-2). TBK’nun belirli süreli iş sözleşmesini düzenleyen 430. maddesinin 2. fıkrasında da “esaslı sebep” kavramı kullanılmış, ancak bu sebeplerin neler olabileceğine değinilmemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nun gerekçesinde, “Aynı fıkranın son cümlesinde ise, 4857 sayılı İş Kanununun 11 inci maddesinin ikinci ve son fıkralarından yararlanılmıştır. Böylece, esaslı bir sebep olmadıkça, aynı işçi ile belirli süreli hizmet sözleşmesinin üst üste yapılması durumunda bu sözleşmeler belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecek, işçi bu tür sözleşmelerin koşullarından ve bu arada feshe karşı korunmaya ilişkin yasal hükümlerden yararlanacaktır. Buna karşılık, belirli süreli sözleşmelerin zincirleme yapılmasında esaslı bir sebep varsa, belirli süreli sözleşme olma özellikleri varlığını sürdürecektir” denilmek suretiyle, Türk Borçlar Kanunu’nda konunun düzenleniş şeklinde İş Kanunu’nun 11. maddesinin 2. ve son fıkralarının esas alındığı anlaşılmaktadır.

⁴³³ Y9HD; 15.01.1990, E.1989/7949, K.1990/9, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 1990-1995, Kamu-İş, Ankara-1996, s.37; “İşçinin birbirini izleyen belirli süreli hizmet akdiyle çalıştırılması, akit serbestisinin kötüye kullanılması halini oluşturur. Bu sebeple zincirleme sözleşmelerle çalıştırılan işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerekir”. Y9HD, 16.09.1993, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 1990-1995, Kamu-İş, Ankara-1996, s.145.

langıçtan itibaren belirsiz süreli olarak kabul edilecektir. Esaslı nedene dayanmayan ancak zincirleme olarak tekrarlanan bir belirli süreli iş sözleşmesinin devralınması durumunda, bu sözleşmenin belirli süreli olarak değil, belirsiz süreli bir iş sözleşmesi olarak devralındığı kabul edilmelidir. Belirtmiş olduğumuz sonuca bağlı olarak devralan işveren nezdindeki çalışma süresi, zincirleme olarak hesaplanan tüm süre üzerinden hesaplanacak ve devralınan işçinin iş sözleşmesi kapsamında doğacak hak ve borçlar da bu kapsamda ele alınacaktır.⁴³⁴

Ayrıca mevsim ve kampanya işlerinde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmanın mümkün olup olmadığı ve belirtmiş olduğumuz işlerde çalışan işçiler açısından da belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektiren esaslı nedenlerin varlığının önemli olup olmadığına da belirtilmesi gerekir. Mevsim ve kampanya dönemlerinde özellikle iş gücü ihtiyacının artması olgusuna bağlı olarak örneğin, her zamankinden daha yoğun işçi çalıştırma konusu gündeme gelebilir. Dolayısıyla mevsim ve kampanya işlerinde çalıştırılan işçilerin de duruma göre iş sözleşmelerinin belirli süreli yapılmasını gerektiren objektif koşullar oluşabilir. Belirtelim ki, mevsimlik işin bulunması sözleşmenin mutlaka belirli süreli olmasını gerektirmemektedir.⁴³⁵ Zira sürekli nitelik arz eden mevsim ve kampanya işlerinde bir defalık belirli süreli iş sözleşmesi yapılsa bile, objektif koşul bulunmuyor ise iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kabulü gerekir.⁴³⁶ Ancak tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer.⁴³⁷ Bu durumda iş sürekli nitelikte değilse, iş sözleşmesinin belirli süreli olduğunun kabulü gerekir. Belirtmiş olduğumuz gerekçelere bağlı olarak mevsimlik işyerinde çalışmakta olan bir işçinin devralınmış olması durumunda da, iş sözleşmesinin gerçekten de belirli süreli yapılmasını gerektiren objektif koşullar bulunmakta ise sürenin sonuna kadar devralınan iş sözleşmesi ile bağlı kalınacak; şayet esaslı neden bulunmamasına rağmen iş sözleşmesi belirli süreli olarak yapılmış ise iş sözleşmesi belirsiz süreli olarak kabul edilerek,

⁴³⁴ İşyeri devri açısından sonuçların değerlendirilmesi hakkında bkz. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.325.

⁴³⁵ Bkz. GÜLER, Mikdat, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi" Ocak-Şubat-Mart 2005, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:5, s.43; Ayrıca bkz. ALPAGUT, Gülsevil, "4857 sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", *Mercek*, (Ocak) -2004, "4857 Sayılı Yasa", s.81.

⁴³⁶ "Mahkemece davacı işçinin belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığından bahisle ihbar tazminatı isteğinin reddine karar verilmiştir. Davacının işyerinde devamlılık arz eden bir işte çalışması ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektiren objektif nedenlerin bulunmaması sebebiyle taraflar arasındaki sözleşmelerin belirli süreli olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır". Y9HD, 16.11.2006, E.2006/9739, K.2006/30251, *Çalışma ve Toplum*, 2007/2/13, s.283; Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereği de mevsimlik iş her ne kadar görünüşte belirli süreli olarak algılsa bile, gerçekte tek bir sözleşmenin mevcut olduğu ifade edilmektedir. Böylece bu hakkın kötüye kullanılması sayıldığından mevsimlik işlerde çalışma döneminin bitmesi ile iş sözleşmesi sona ermez, askıda kalır. Y9HD, 05.02.2002, E.2001/20701, K.2002/2257, Kamu-İş, *Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları*, 2000-2005, Ankara-2006, s.371; Y9HD, 11.12.2006, E.2006/25610, K.2006/32373, *Çalışma ve Toplum*, 2007/2/13, s.193.

⁴³⁷ Y9HD, 04.03.2010, E.2008/20958, K.2010/5928 (www.kazancihukuk.com).

belirsiz süreli iş sözleşmesinin devralınmasına bağlı sonuçların işletilmesi gerekecektir⁴³⁸.

Öte yandan belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan bir işçinin belirsiz süreli bir iş için devralınması durumunda, yani objektif sebeplerin bulunmaması durumunda, iş sözleşmesinin niteliğinin de belirsiz süreliye dönüşeceğini kabul etmek gerektiği *kanaatindeyiz*⁴³⁹. Bu durumda iş sözleşmesi belirsiz süreli iş sözleşmesinin sağladığı olanaklardan yararlanabilecek hale gelmelidir. İşçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile kazanmış olduğu kıdem ve diğer haklar, belirsiz süreli iş sözleşmesi açısından kazanılmış haklar olarak kabul edilmeli ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin uygulanmasında ve sözleşmenin sona ermesinde hesaba katılmalıdır.

2. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi

İş sözleşmesinin belirsiz süreli olması asıldır⁴⁴⁰. İş Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır*”. İş Kanunu belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi için sıkı koşullar benimsediği için, belirtilen koşullara aykırı olarak yapılmış iş sözleşmeleri de belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilir⁴⁴¹. Ayrıca iş sözleşmesinin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu konusunda tereddüt edilmesi halinde sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁴². Süre konusunda bir hüküm içermeyen yazılı veya sözlü yapılabilen sözleşmeler belirsiz süreli sayılır⁴⁴³.

Belirsiz süreli iş sözleşmeleri daha avantajlı olmaları sebebiyle uygulamada daha fazla tercih edilmektedir⁴⁴⁴. Özellikle belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshine bağlanan sonuçlar ve iş güvencesinden yararlanabilmeye olanak tanımaları sebebiyle belirsiz süreli iş sözleşmeleri işçinin daha lehinedir⁴⁴⁵. Zira belirli süreli iş sözleşmesi ilke olarak sürenin sonunda kendiliğinden sona er-

⁴³⁸ Ayrıca bkz. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.325.

⁴³⁹ Bir görüşe göre, duruma ilişkin olarak devir sözleşmesinde düzenleme getirilebilir. Buna göre devralan işverendeki çalışmanın sözleşmede belirlenen objektif sebebin sona ermesine kadar devam edeceği kabul edilebilir. ARSLANOĞLU, Esaslar, s.70.

⁴⁴⁰ İş sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli olması, uygulanacak bazı hükümlerin tespiti bakımından önem taşır. Örneğin iş sözleşmesinin feshi ihbar yoluyla feshedilmesi ve ihbar tazminatına hak kazanılması, kötü niyet tazminatı ve iş güvencesi gibi hükümlerin işlerliği, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasına bağlıdır. Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, 251 vd; GÜZEL/ÖZKARACA/UGAN, s.488-489

⁴⁴¹ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.215.

⁴⁴² SÜZEK, İş Hukuku, s.252.

⁴⁴³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.383.

⁴⁴⁴ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.215.

⁴⁴⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.252.

mektedir. Ancak taraflar sürenin sonuna kadar haklı bir sebep yokken belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce sona erdiremezler.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan işçinin iş sözleşmesinin devredilmesi durumunda sözleşmenin aynı nitelik ve koşullarla birlikte devredilmesi gerek iş güvencesi gerek belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi durumunda sağladığı avantajların engellenmemesi açısından oldukça önemlidir. Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan işçinin koşullarına uygun olarak belirli süreli bir iş için devralınması durumunda da sonucun değişmemesi işçi yararına yorum ilkesine daha uygun düşecektir. Belirtelim ki, devre ilişkin sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan işçinin, niteliği bakımından belirli süreli bir iş için devri söz konusu olsa bile sözleşmesinin niteliği değişmeyecektir. Zira Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre, “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı...” olacaktır.

3. Deneme Süreli İş Sözleşmesi

Deneme süresinin kararlaştırılması bakımından kural olarak sözleşmenin türünün belirli ya da belirsiz olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak Deniz İş Kanunu’nun 10. maddesi hükmünde deneme süresi belirli olmayan iş sözleşmeleri için öngörüldüğünden, Deniz İş Kanunu kapsamındaki belirli süreli iş sözleşmelerinde deneme süresi kararlaştırılamayacaktır⁴⁴⁶. Deneme süresinin konulması, bir yandan işverenin işçinin çalışma düzenine, işin uygulanması sırasındaki özen yükümlülüğüne uyum konusundaki yeteneğine yönelik algısının oluşması; diğer yandan da işçinin işyerindeki çalışma koşullarına uyum sağlama imkânını anlaması bakımından oldukça yararlıdır⁴⁴⁷.

İş sözleşmelerine deneme süresi koyma zorunluluğu yoktur. Deneme süresi taraflarca kararlaştırıldığı takdirde iş sözleşmesinin içeriğine dâhil olmaktadır⁴⁴⁸. İş Kanununun 9. maddesinin 2. fıkrasında ve 15. maddesinde deneme süresinin kararlaştırılabileceğine vurgu yapılmıştır. Gerçekten de İş Kanununun 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, “İş sözleşmelerinin belirli veya belirsiz süreli yapılacağı, çalışma biçimleri bakımından da tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabileceği” belirtilmiştir. İş Kanununun 15. maddesine göre de, “Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş

⁴⁴⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.449.

⁴⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. KAR, Bektas, “Deneme Süreli İş Sözleşmesi”, Osman Güven ÇANKAYA’ya Armağan, Ankara-2010, 15-32; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.439 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.269 vd.

⁴⁴⁸ KAR, s.17.

sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir. Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır” hükmü getirilmek suretiyle deneme süresine ilişkin hükümlere açıklık getirilmiş ve deneme süresinin en çok iki ay olabileceği ancak toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar uzatılabileceği kabul edilmiştir.

Deneme süresinin sonunda iş sözleşmesi devam ediyor ise, iş sözleşmesi deneme süresinin bitiminden itibaren değil, deneme süresi de dahil olmak üzere başlangıçtan (işçinin fiilen çalışmaya başladığı andan) itibaren kurulmuş olarak kabul edilir. Bir başka deyişle, deneme süresinde geçen süre de işçinin kıdemine dahil olacaktır. İşçinin kıdem süresinin hesabı özellikle yıllık izin hakkı, kıdem tazminatı, iş güvencesi uygulamasında geçmesi gerekli en az altı aylık kıdem süresi gibi İş Kanununun kıdemi esas almak suretiyle düzenlediği müesseseler bakımından önem arz etmektedir.

Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedebilecektir. Bu hakka şüpheşiz ki hem işçi hem de işveren sahiptir. Ancak işçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır (İK, m.15/2). Deneme süresinin bitiminden itibaren devam eden iş sözleşmesinin feshi artık normal kurallara tabi olacak ve İş Kanununun feshe ilişkin kurallarına göre sözleşme sona erdirilebilecektir.

Deniz İş Kanunu da, deneme süresine yer vermiş ancak İş Kanunundan farklı düzenleme getirmiştir. Deniz İş Kanununun 10. maddesine göre bu kanun kapsamında çalışanların süresi belirli olmayan iş sözleşmelerinde deneme süresinin bir ay olduğu hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere Deniz İş Kanununa göre yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmeleri için deneme süresi benimsenmiş, belirli süreli iş sözleşmelerine deneme süresi konulamayacağı hükme bağlanmıştır⁴⁴⁹.

Basın İş Kanunu da 10. maddesinde basın çalışanları için “tecrübe müddeti” başlığı altında, mesleğe ilk girdiklerinde üç aylık tecrübe müddeti (deneme süresi) getirilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu “Genel Hizmet Sözleşmesi” başlığı altında deneme süresini şu hükmüyle düzenlemiştir. “Taraflar, hizmet sözleşmesine iki ayı aşmamak koşuluyla deneme süresi koyabilirler. Deneme süresi konulmuşsa taraf-

⁴⁴⁹ Soyer'e göre, gemi adamı ile yapılan hizmet akdinin belirli bir sefer için kurulmuş olması nedeniyle süreli sayıldığı hallerde ayrıca bir deneme süresi kararlaştırma olanağının tanınmaması için niteliğine uygun düşmekte ise de, örneğin bir geminin iki yıl işletilmek üzere kiralanması halinde kaptanla yapılan iki yıl süreli bir hizmet akdine deneme süresi koyma olanağının tanınmaması, isabetli sayılabilecek bir çözüm tarzı olarak kabul edilmemektedir. SOYER, Polat, “Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri”, Çalışma ve Toplum, 2008/1 s.30.

lar, bu süre içinde fesih süresine uymak zorunda olmaksızın, hizmet sözleşmesini tazminatsız feshedebilirler” (TBK, m.433/1)⁴⁵⁰.

İçeriğinde deneme süresi bulunan bir iş sözleşmesinin, deneme süresi döneminde bir başka işverene devredilmesi durumunda iş sözleşmesi aynı koşullarla devralan işverene intikal edecektir. Bu noktada esas olarak iş sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olmasının da bir önemi yoktur. Dolayısıyla yeni işveren ile işçi deneme süresi içindeki haklardan yararlanmaya devam edecekler, örneğin yeni işveren deneme süresi içinde bildirimsiz ve tazminatsız olarak iş sözleşmesini feshedebilecektir. Ancak deneme süresi içinde fesih hakkının kötüye kullanımı mümkün değildir. Her ne kadar İş Kanununun 15. maddesinin 2. fıkrasında işveren, deneme süresi bulunan iş sözleşmesini bildirimsiz ve tazminatsız sona erdirme yetkisine sahipse de bu hak İş Hukukunun temel ilkelerine, objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılamayacaktır⁴⁵¹.

Bu noktada belirtilmesi gereken diğer önemli bir konu da, deneme amaçlı iş sözleşmeleri ile deneme süreli iş sözleşmelerinin birbiriyle karıştırılmaması gerektiğidir. Gerçekten de deneme dönemi, iş sözleşmesine deneme süresi koymakla gerçekleştirilebileceği gibi; deneme amacı ile sınırlı olmak kaydıyla iş sözleşmesi yapılabilir. Birinci ihtimalde sözleşmeye *deneme süreli*, iş sözleşmesi; ikinci ihtimalde ise, *deneme amaçlı iş sözleşmesi* adı verilir⁴⁵². Deneme amacına dayalı süre başarılı geçtiği takdirde, taraflar sürekli bir iş ilişkisi içinde bulunmak istiyorlarsa, yeni bir iş sözleşmeleri yapmaları gerekir⁴⁵³.

Belirtelim ki, İş Kanunu’nda deneme süreli iş sözleşmesine yer verilmiş iken; deneme amaçlı iş sözleşmesine yer verilmemiştir. Türk Borçlar Kanunu’nda ise “Altıncı Bölüm” altında yer alan “Evde Hizmet Sözleşmesi” başlığı altında düzenlenen 468. maddesinde “evde hizmet sözleşmesi” ile ilgili olarak, “deneme amaçlı” iş sözleşmesi yapılabileceği kabul edilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 468. maddesi hükmüne göre, “İşçiye deneme amacıyla bir iş verilmişse, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme deneme süresi için kurulmuş sayılır. İşçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme belirsiz süreyle yapılmış sayılır; diğer

⁴⁵⁰ 818 sayılı Borçlar Kanunu düzenlemesini şu şekilde yapmıştı. “Uzun müddet ile yapılan akitte, bir tecrübe zamanı şart edilmiş olduğu takdirde hilafına mukavele edilmemiş ise ilk iki ay zarfında ihbardan sonra girecek haftanın nihayeti için akit fesholunabilir. Çırac ve hizmetçi akitlerinde hilafına bir mukavele yok ise hizmete duhulden itibaren ilk iki hafta tecrübe müddeti sayılır ve bu müddet zarfında iki taraftan her biri bir gün evvel ihbar etmek şartıyla akdi fesihte serbesttir” (BK, m.342). Borçlar Kanunu’nda deneme süresinin konulmasında “uzun müddet ile yapılan” sözleşme şartı aranmış iken, Türk Borçlar Kanunu bu şartı aramamıştır.

⁴⁵¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.272; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.328.

⁴⁵² SOYER, “Deneme Süreli”, s.28.

⁴⁵³ Hâlbuki deneme süresi kararlaştırılan (*deneme süreli*) iş sözleşmelerinde, sürenin dolmasından sonra ancak yasadaki fesih koşullarına göre sona erdirilebilen tek bir sözleşme vardır. SOYER, “Deneme Süreli”, s.28.

durumlarda sözleşmenin belirli süreyle yapıldığı kabul edilir” (TBK, m.468/1,2)⁴⁵⁴.

Deneme amaçlı iş sözleşmelerinin deneme amaçlı bir süre için kurulması sebebiyle, sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda görüşler bulunmaktadır⁴⁵⁵. Belirtelim ki, işçi performansı açısından gerekli ise, objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde kalmak şartıyla, İş Kanunu’nda kabul edilen deneme süresi aşılarak ve ancak *deneme amaçlı* belirli süreli iş sözleşmesi yapmak mümkün olmalıdır.

Deneme amaçlı iş sözleşmeleri, deneme süreli değil deneme amaçlı olduklarından, belirli süreli iş sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmaları mümkündür⁴⁵⁶. Dolayısıyla deneme amaçlı iş sözleşmesinin devri durumunda, yukarıda bahsetmiş olduğumuz belirli süreli iş sözleşmesinin devrine ilişkin açıklamalarımız geçerli olmalı ve belirli süreli iş sözleşmesinin devrine ilişkin anlatmış olduğumuz esaslar uygulanmalıdır.

VII. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN KONUSU

A. Genel Esaslar

1. İş Sözleşmesinin Devri Nedeniyle İşyerinin Değişmesi

İş sözleşmesinin devri hem işverenin hem de işyerinin değişmesine sebep olmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızın bu bölümünde iş sözleşmesinin devri açısından öncelikle işyerinin değişmesinin ardından da işverenin değişmesinin ne anlama geldiğini açıklayacağız.

İş Hukuku açısından iş sözleşmesinin devri işyeri değişikliğine yol açmaktadır. Zira sözleşmenin iradi ve sürekli olarak devri açısından işyeri değişikliği gerekli bir koşuldur⁴⁵⁷. Kaldı ki İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenen *geçici iş ilişkisi* kapsamında dahi, geçici olarak devredilen işçi devreden işverene ait işyerinden ayrılmakta ve kendisini devralan işverenin işyerinde geçici iş ilişkisi

⁴⁵⁴ Öğretide deneme amacıyla yapılmış belirli süreli bir iş sözleşmesinin, ancak, deneme süresinin bitimiyle birlikte sözleşmenin sona ereceğinin taraflarca öngörülebildiği hallerde kabul edilebileceğini belirtmektedir. **SOYER**, “Deneme Süreli”, s.31.

⁴⁵⁵ Bkz. **SOYER**, “Deneme Süreli”, s.31; Öğretide bir başka görüşe göre de, deneme süresi içinde işçinin denemesinin maddeten mümkün olmadığı durumlarda, örneğin ileri teknoloji isteyen ve işçinin performansının ölçülmesinin belirli bir süreyi gerektirdiği işlerde deneme amaçlı iş sözleşmesi yapılabileceğini ve bu durumun bir objektif koşul olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI**, s.449.

⁴⁵⁶ Bu sözleşmelerde deneme süresine ilişkin hükümler uygulanmaz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.448.

⁴⁵⁷ **ARSLANOĞLU**, “İradi Devir”, s.543.

süresince çalışmaktadır. Zira madde hükmünde geçen “başka bir işyeri” kavramı bu sonuca ulaşmayı gerekli kılmaktadır.

İş sözleşmesinin devrine rağmen, devredilen işçinin karşılıklı muvafakat edilerek bir süre daha devreden işverenin yanında çalışmaya devam etmesinin hukuki niteliği öğreti ve Yargıtay kararlarında tartışma konusu olmuştur. İş sözleşmesinin devri söz konusu olduğunda işyeri de değişmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararına göre, iş sözleşmesinin devrinde işyerinin de değişmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁵⁸.

Öğretide işçinin, bir başka işverene sürekli olarak devredilmiş olması durumunda dahi, devredildiği işverene hemen gönderilmeyip, tarafların muvafakatıyla işçinin bir süre daha devreden işveren yanında çalışmaya devam etmesinin, geçici iş ilişkisi kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁴⁵⁹. Yargıtay’ın bir kararına göre, uzman ekonomist olarak uzun süre çalıştığı işyerinden, dilekçe vererek bir başka işverenin işçisi olarak aynı işyerinde aynı işte çalışmaya devam eden işçinin, iş sözleşmesinin devredildiği, devralanın hizmet süresi ile ilgili bütün taahhütleri üstlendiği sonucuna ulaşılmıştır⁴⁶⁰.

Öğretide bir görüşe göre, devir sözleşmesine rağmen, işçinin devreden işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesini gerektiren objektif sebepler bulunmuyorsa iş sözleşmesinin devrinden söz edilemeyeceği ve söz konusu işlemin bir işveren değişikliğine sebep olamayacağı ifade edilmiştir⁴⁶¹.

Kanaatimizce, iş sözleşmesinin devri hem işveren değişikliğini hem de işyeri değişikliğini gerekli kılmaktadır. Ancak bir işçinin sürekli olarak bir işverenden diğer bir işverene devredilmesi durumunda, devre konu işçinin gerçekten de bazı geçerli koşullara bağlı olarak devralan işverenin işyerinde bir süre daha kalmaya devam etmesi söz konusu olabilir. Bu sonuca bağlı olarak ortaya çıkan ilişkinin İş Kanununun 7. maddesi anlamında geçici iş ilişkisi özelliği yansıması, hukuki ilişkinin geçici iş ilişkisine ilişkin kurallara dayalı olarak kurulması ile mümkündür. Ancak bu madde hükmüne göre geçici iş ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesinin devri yönünde vermiş olduğu onay yeterli görülmemeli, geçici iş ilişkisi içinde ayrıca devir sırasında yazılı rızasının alınması gerekmektedir (İK, m.7/1). Ancak öğretide kabul edildiği üzere geçerli koşullar bulunmuyorsa, devredilen işçinin hala devreden işve-

⁴⁵⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01.03.2006, E.2006/9-51, K.2006/27, www.kazancihukuk.com (21.12.2013).

⁴⁵⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.331; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1203; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.703.

⁴⁶⁰ “...Somut olayda da böyle bir durumda dava dışı anonim şirket davalı şirketin yerine geçmiştir. Bu itibarla sözleşme devam ettiğine göre davacı işçinin kıdem tazminatını talep etme koşulu gerçekleşmemiştir”. Y9HD, 14.03.2001, E.2001/225, K.2001/3914, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.703.

⁴⁶¹ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.306.

renin işyerinde çalışmaya devam etmesi durumunda bir işveren değişikliğinden söz edilemeyecektir⁴⁶².

2. İş Sözleşmesinin Devri Nedeniyle İşverenin Değişmesi

İş sözleşmesinin devri ile birlikte devrin konusu açısından düşünülmesi gereken diğer bir husus da işveren değişikliğidir. Bilindiği gibi iş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar da devralan işverene geçmektedir⁴⁶³. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devri, sözleşmede yer alan münferit unsurların devrini değil tüm hak ve borçların devrini içermektedir⁴⁶⁴. İş sözleşmesinin devri durumunda işveren değişmekle beraber, işçi kendisini devreden işverenin işyerini, kendisini devralan işverenin işyerinde iş görme borcunu sürekli ifa etmek üzere terk etmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devrinde işveren değişikliğinin yanında işyeri değişikliği de gerçekleşmektedir.

Önemle ifade edelim ki, tek başına işverenin değişmesi, esas olarak işyeri devri anlamına gelir. Bu takdirde iş sözleşmesinin devrine ilişkin düzenleme değil, işyeri devrine ilişkin İş Kanununun 6. maddesi hükmü uygulanır. Ancak işverenin değişmesine sebep olan her durum da mutlaka İş Kanununun 6. maddesinin uygulanmasını gerektirmez. Örneğin işverenin ölümü halinde kural olarak bir işveren değişikliği meydana gelmekle birlikte, belirtmiş olduğumuz sebeple işyerinin el değiştirmesi durumunda İş Kanununun 6. maddesi uygulanmayacaktır⁴⁶⁵. Ayrıca belirtmemiz gereken bir diğer nokta da, iş sözleşmesinin devrinin varlığından söz edilebilmesi için eski ve yeni işveren olarak tanımlanan şirketlerin yani tüzel kişiliklerin birbirinden gerçekten de bağımsız diğer bir deyişle ayrı ayrı işveren sayılmalarına bağlıdır⁴⁶⁶.

İş sözleşmesinin devri uygulamasına çoğunlukla bir holdinge bağlı şirket gruplarında rastlanmaktadır. Holding şeklindeki yapılanmalarda her bir bağlı şirketin ayrı ayrı tüzel kişiliği olduğu ve bağımsız işveren sıfatı bulunduğu için, iş sözleşmesinin gruba dâhil bir şirketten bir başka şirkete devri de oldukça sık görülmektedir. Böylece bir şirketten bir başka şirkete iş sözleşmesinin devri yoluyla geçen bir işçinin işvereni de değiştirmek ve işçi önceki işyerini bırakarak yeni işverenin işyerinde ve onun sürekli işçisi olarak çalışmaya başlamaktadır. Bir başka deyişle iş sözleşmesinin devrinde işçi başka bir işverene ait işyerinde

⁴⁶² ALP, "İş sözleşmesinin Devri", s.306.

⁴⁶³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.331.

⁴⁶⁴ Ancak iş sözleşmesinden doğan münferit borçların devrinin de alacağın devri veya borcun yüklenilmesi kurallarına göre, taraflarca gerçekleştirilmesi mümkündür.

⁴⁶⁵ Bkz. ALPAGUT, İşyerinin Devri, s.41.

⁴⁶⁶ AKYİĞİT, "Bireysel Devir", s.46.

işe başlamakta hem işverenin hem de işyerinin değişmesi söz konusu olmaktadır⁴⁶⁷.

Şirket grupları açısından iş sözleşmesi bir şirketten diğer şirkete devredilen işçi açısından düşünülmesi gereken asıl önemli sorun⁴⁶⁸ gerçekten de işçinin bir işverenden diğerine devrinin söz konusu olup olmadığıdır⁴⁶⁹. Uygulamada İş Hukukundan doğan yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla işçilerin görünüşte kurulan yapay bir şirketin işçisi gibi gösterilme çabalarına sıkça rastlanılmaktadır⁴⁷⁰. Çünkü aynı gruba dâhil şirketlerde bazen tüzel kişilikler görünüşte kalabilmektedir. Bu durumda bir sözleşme devrinden ve dolayısıyla işyeri ve işveren değişikliğinden söz etmek de mümkün olmayacaktır. Gerçekten de görünüşte farklı tüzel kişiliğe sahip işverenlerin gerçekte bir ve aynı işveren olduğu çoğunlukla *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması* teorisinden hareketle tespit edilmektedir⁴⁷¹. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, bir tüzel kişiliğin (şirketin) arkasına saklanılmak suretiyle hukuki yükümlülüklerden kaçınılması ve işçinin zarara uğratılmasının engellenmesi açısından geliştirilmiş bir teoredir⁴⁷². Bu teoriye göre şirket kurma hakkının yasal yükümlülüklerden kaçınılması ve işçinin zarara uğratılmasının bir aracı olarak kullanılması durumunda tüzel kişilik perdesi kaldırılmaktadır⁴⁷³. Şirket topluluklarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak bağlı (yavru) şirketin işçisine karşı hâkim (ana) şirketin sorumlu tutulabilmesi ancak, bağlı şirketin hukuken bağımsız ve ayrı bir kişi olduğunun ileri sürülmesinin, Türk Medenin Kanununun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık oluşturması halinde mümkündür⁴⁷⁴. Görüldüğü üzere şirket topluluğu olarak nitelendirilen yapılanmalarda işveren niteliğinin tespitinde sorun çıkabilmektedir. Yargıtay toplulukta görünürde işverenliğin iddia edildiği durumlarda taraflardan delillerinin sorulması, varsa tanıklarının dinlenmesi, gerekirse işyerinde keşif yapılması ve sonuçta gerçek işverenin davalı şirket olup olmadığı belirlendikten sonra sonuca gidilmesi gerektiğini

⁴⁶⁷ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.638.

⁴⁶⁸ Holding bünyesi içinde bir şirketten bir başka şirkete iş sözleşmesi ile birlikte sürekli olarak devredilen işçi açısından değerlendirilmesi gereken sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bunlardan en önemlileri hiç şüphesiz ki, işçinin önceki şirkette geçen kıdem süresinin yeni işveren nezdinde değerlendirme konusu yapıp yapılmayacağı ve önceki işverenden olan işçilik alacaklarını yeni işverenden de isteyip isteyemeyeceğidir. Ayrıntı için bkz. s.182 vd.

⁴⁶⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.331.

⁴⁷⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.149.

⁴⁷¹ AKYİĞİT, "Bireysel Devir", s.46; Ayrıca bkz. Yuk. s.180 vd.

⁴⁷² ANTALYA, Gökhan, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tebliğ Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2008, s.146

⁴⁷³ AYDINLI, İbrahim, "Üst Kuruluş İşletmelerinde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü", Çimento İşveren Dergisi, C: 13, S.4, Temmuz-1999, s.10 vd; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1207; SÜZEK, İş Hukuku, s.149.

⁴⁷⁴ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1207; SÜZEK, İş Hukuku, s.149; Şirket topluluklarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kural değil, istisnai bir uygulamadır. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1207.

hükme bağlamaktadır⁴⁷⁵. Şayet tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunda, bağlı şirketin hukuken bağımsız ve ayrı bir şirket olarak ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı düşüyor ise, iş sözleşmesinin devri söz konusu olmayacak ve işçi kendisini devretmek isteyen işverenin işçisi olarak kalmaya devam edecektir. Dolayısıyla bir Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, “Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin amacı tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanılarak hukuki sorumluluktan kaçınmayı önlemek, hakkaniyet sağlamaktır. Perdeyi aralamak teorisiyle tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanıldığı durumlarda farklı tüzel kişilik savunması kabul edilmeyerek perdenin arkasındaki kişi sorumlu tutulabilmektedir. Başka bir anlatımla perdeyi aralama teorisiyle birlikte tüzel kişinin borcundan üyelerin, üyelerin borcundan tüzel kişinin ya da ana ortaklıkla yavru ortaklıkların özdeş kılınarak sorumlu tutulmasına olanak sağlanmaktadır”⁴⁷⁶.

3. İş Sözleşmesinin Tüm Koşulları İle Birlikte Varlığını Devam Ettirmesi

İş sözleşmesinin devri, iş sözleşmesinin mevcut koşullarında herhangi bir değişikliğe sebep olan bir müessese değildir. Dolayısıyla işçinin devreden işveren yanında geçen kıdem süresi, işçi özlük dosyasında kayıtlı hususlar, işçinin devreden işverenin işyerinde kazanmış olduğu hukuki statü (işveren vekili gibi) herhangi bir değişikliğe uğramadan devralan işverenin işyerinde de varlığını devam ettirecektir.

Belirtelim ki, işçinin kıdem süresine ilişkin husus Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır. Ayrıca işçinin devreden işveren döneminde hazırlanan mevcut işçi özlük dosyasında kayıtlı hususlar, devralan işverenin işyeri içinde kural olarak geçerli olabilecektir. Örneğin işçinin mevcut kayıtlara göre kullandığı izin (ücretli izin vb) süreleri, eğitim bilgileri, performans değerlendirme ve iş sağlığı ve güvenliği eğitimine ilişkin bilgiler geçerliliğini devralan işverenin işyerinde de sürdürmeye devam edecektir. Ancak işçinin gerek performans açısından gerekse iş sağlığı ve güvenliği eğitimi açısından devralan işverenin işyerinde mevcut teknolojik değişim ve başkalaşma ve işyeri koşulları nedeniyle alınması gerekli ilave tedbirler ve ek eğitimler varsa bunların şüphesiz ki devralan işveren tarafından yerine getirilmesi gerekecektir.

⁴⁷⁵ Y9HD, 25.09.2008, E.2008/1874, K.2008/25044, *Çalışma ve Toplum*, 2009/1, S:20, s.235.

⁴⁷⁶ Y23HD, 11.10.2012, E.2012/4160, K.20125938, www.legalbank.net. (23.03.2014).

İş Kanununun geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinde, geçici iş ilişkisine getirilen bir takım sınırlamaların, iş sözleşmesinin devri açısından da değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini bu noktada belirtmek gerektiği düşüncesindeyiz. Gerçekten de hükmün 1. fıkrasında, iş sözleşmesi geçici olarak devredilen işçinin devralan işverenin işyerinde yapmakla yükümlü olduğu işin, önceki işyerindeki işine benzer bir iş olup olamayacağı konusu açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, “...holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla...” (İK, m.7/1) devredilebileceği belirtilen işçinin, aynı holding veya şirketler topluluğu kapsamında geçici olarak devri durumunda yaptığı işe benzer iş olması şartı aranmazken, aynı holding veya şirketler topluluğu dışında bir başka işverene devri durumunda ise, işin konusunun önceki yaptığı işe benzer olması şartı aranmıştır. İş sözleşmesinin devrini düzenleyen hükümde yer almasa da, iş sözleşmesi sürekli ve kesin bir şekilde devredilen işçi açısından da benzer durumun söz konusu olması gerektiği kanısındayız⁴⁷⁷. Gerçekten de geçici olarak devirde beklenen bu faydanın, kesin ve sürekli devir açısından da evleviyetle söz konusu olması gerekir. Hatta devir kesin ve sürekli olduğu için işçinin, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “...Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur” hükmü gereği, mevcut çalışma koşulları ile devri gerektiği kanısındayız. Ancak devirden sonra İş Kanununun 22. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde iş koşullarında esaslı değişikliğin gerçekleştirilmesi elbette ki mümkün olabilecektir.

Ayrıca ifade edelim ki, taraflar işçinin devredildiği işyerinde tamamen başka bir iş yapması konusunda da anlaşma yapabilirler. Bu bakımdan devredilen işçi, devralan işveren yanında önceki işinden çok farklı bir alanda da hizmet verebilecektir⁴⁷⁸.

Bu noktada değinilmesi gerekli önemli bir husus da, devrin sürekli olmak maksadıyla kurulmasıdır. Zira iş sözleşmesinin devrini, geçici iş ilişkisinden ayıran en önemli özellik devrin sürekliliğidir. Artık devreden işveren iş ilişkisinden tamamen ayrılmakta ve onun yerini devralan işveren almaktadır.

⁴⁷⁷ Krş. DANAR, s.70.

⁴⁷⁸ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.643.

B. İstisnai Durumlar

1. İşçinin Değişmesi

İş sözleşmesinin devrinde işveren tarafında değişiklik söz konusu olmakta, yani işçi değişikliği gündeme gelmemektedir. Ancak iş ilişkisinden doğan münferit borçların, işçi tarafından devri de gündeme gelebilir. İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu, iş görme borcudur⁴⁷⁹. İş görme borcu işçinin bizzat yerine getirmesi gereken bir borçtur⁴⁸⁰. Türk Borçlar Kanununun 395. maddesi gereğince, “Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür”. Dolayısıyla işçi bir başka kişi aracılığı ile iş görme borcunu yerine getiremeyecektir (TBK, m.440). Ancak Türk Borçlar Kanununun 395. maddesinde yer alan kural emredici bir düzenleme değildir. Bir başka deyişle işçinin yüklendiği işin sözleşme veya durumun gereğine göre üçüncü bir kişi tarafından yapılması mümkündür⁴⁸¹.

İşçi ile işveren iş görme ediminin üçüncü kişi tarafından yerine getirileceğini açık veya örtülü olarak, geçici veya sürekli bir süre için ifa edileceğini kararlaştırabilirler⁴⁸². İşçi ve işverenin anlaşması üzerine iş görme ediminin geçici olarak bir üçüncü kişiye devredilmesi ihtimalinde, taraflar arasında iş sözleşmesi sona ermemekte, yalnızca kararlaştırılan edimin görülmesi konusunda üçüncü kişi edimin ifasını gerçekleştirmektedir⁴⁸³. Örneğin işin geçici bir süre için veya aile dayanışması çerçevesinde (grip, böbrek taşı düşürme gibi kısa süreli hastalık durumlarında) bir yardım olarak bir başkası tarafından görülmesi durumunda, işi yapan kimse ile işveren arasında bir iş sözleşmesinin kurulduğundan söz edilemez⁴⁸⁴. Ancak iş görme ediminin üçüncü kişi tarafından sürekli yerine getirileceği kararlaştırılmış ise, işveren ile işçisi arasındaki iş sözleşmesi sona ermiş olacak, üçüncü kişi ile arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olacaktır⁴⁸⁵. Halbuki, iş sözleşmesinin devrinde taraf konumunda, işçi değişikliği değil, işveren değişikliği söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla işçinin işin görül-

⁴⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.346 vd.

⁴⁸⁰ Bu nedenle işçinin ölmesi durumunda borcun mirasçıya intikali söz konusu olamayacağı gibi, sağlığında da işçinin işin görülmesi için kendi yerine başkasını ikame etmesi mümkün olmayacaktır. NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.252.

⁴⁸¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.335.

⁴⁸² SÜZEK, İş Hukuku, s.335.

⁴⁸³ SÜZEK, İş Hukuku, s.335.

⁴⁸⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.510.

⁴⁸⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.335.

mesini üçüncü bir kimseye sürekli olarak devretmesi durumunda bu ilişkinin bir iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴⁸⁶.

2. İşin Paylaşılması (Job Sharing)

İş ilişkisinde işin yapılacağı yerin, içeriğinin ve süresinin belirlenmesi geniş ölçüde işverenin yönetim hakkı çerçevesinde şekillenmektedir. Kısmi çalışmanın bir türü olan *job sharing* sisteminde ise çalışan bir veya birden fazla çalışan ile anlaşılıp çalışma süresinde işyerinde nasıl çalışılacağını belirlemekte, daha sonra da işveren ile anılan düzenleme konusunda anlaşma sağlanmaktadır⁴⁸⁷. Böylece aslında tam gün çalışılan bir işyerinde iş, iki veya daha fazla çalışan tarafından paylaşılmış olmaktadır⁴⁸⁸. İş paylaşımında, gruba dahil bir işçinin herhangi bir nedenle iş görme edimini yerine getirememesi durumunda, grup içinde yer alan diğer bir işçinin onun yerine geçerek çalışmasından asıl olarak söz edilemez⁴⁸⁹.

Aynı şekilde işin ifasından geçici olarak dahi ayrılmaksızın, iş paylaşımı (*job sharing*) durumunda da, işi paylaşan yeni işçi ile işveren arasında ayrı bir sözleşmenin kurulduğundan söz edilemez. İki veya daha fazla işçinin bir işi veya daha çok işi, önceden belirlenmiş bir iş süresi planı çerçevesinde diğer çalışan veya çalışanların onayı ile işyerindeki mutad çalışma süresi boyunca faaliyette bulunmayı sözleşmeyle yüklenmek üzere paylaşımları iş paylaşımını (*job sharing*) ifade eder⁴⁹⁰. Burada edim bölünmemekte ancak edimin yerine getirilmesi birden fazla işçi tarafından bölünerek üstlenilmektedir⁴⁹¹. İş paylaşımı, işçinin iş sözleşmesinin devri anlamına gelmediği gibi, iş görme borcunun devri anlamına da gelmez⁴⁹². Böyle bir iş ilişkisi içinde iş, birden çok işçi tarafından iş süresi içinde paylaşılarak yapılmakta ve iş kısmi zamanlı bir çalışma dilimi içinde gerçekleştirilmektedir⁴⁹³.

Ancak iş görme ediminin üçüncü kişi tarafından *sürekli* olarak yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı bir ihtimalde, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi sona ermekte ve üçüncü kişi iş ilişkisinin tarafı haline gelmiş olmaktadır. Ancak

⁴⁸⁶ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1218.

⁴⁸⁷ ZEYTİNOĞLU, Emin, "Çalışma Barışına Katkısı Olabilecek Bir Sistem: Esneklik", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2, s.157-175; SÜZEK, İş Hukuku, s.270.

⁴⁸⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.270.

⁴⁸⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.270.

⁴⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.392.

⁴⁹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.393.

⁴⁹² İş mevzuatımızda *job sharing* (iş paylaşımı) sistemine yer verilmemiş olmakla birlikte, İş Kanununun emredici düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla, belirtilen içerikte bir sözleşmenin yapılması mümkündür. SÜZEK, İş Hukuku, s.270.

⁴⁹³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.393.

belirtmiş olduğumuz ihtimalde söz konusu olan işçinin değişmesidir. Hâlbuki iş sözleşmesinin devrinde değişen işçi değil işverendir.

3. İfa Yardımcısı Kullanılması

Günümüzde işletme ve işin gerekleri veya teknolojik gelişmeler sonucunda bir işin borçlu tarafından tamamen yerine getirilmesi bazen mümkün olmamakta, dolayısıyla yardımcı kişilerden yararlanma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 83. maddesine göre *“Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir”*. Bu anlamda borçlunun yüklenmiş olduğu bir edim içinde yer alan bazı kişisel edimleri bizzat ifa zorunluluğu olsa bile, işin niteliğine göre bazı fiillerin gerçekleştirilmesinde üçüncü kişilerin yardımına ihtiyaç duyması mümkündür⁴⁹⁴. Örneğin bir heykel yapımını üstlenen heykeltıraşın, kumla çimentoyu karması, gerektiği takdirde iskele kurulması şahsen yapılması gerekli edimler olmadığı için, bu işleri üçüncü kişilere yaptırması mümkündür⁴⁹⁵.

Ayrıca işin işçi tarafından bir başkasına geçici veya sürekli devri söz konusu olmaksızın, işçinin bir ifa yardımcısı kullanması da mümkündür⁴⁹⁶. Dolayısıyla bu noktada işin ifası borcunun geçici veya sürekli olarak devrinden söz edilemez⁴⁹⁷. Ayrıca ifa yardımcısı ile işveren arasında bir iş ilişkisi de kurulmaktadır. Örneğin bir apartmanda kapıcılık hizmetlerinin tümüyle üstlenilmesi söz konusu olmaksızın, kocasının yükümlülüğündeki bazı işleri yürüten eşin iş sözleşmesinin tarafı haline geldiği düşünülemez⁴⁹⁸. Dolayısıyla ifa yardımcısı kullanılması durumunda da iş sözleşmesinin devri söz konusu olmamakta, işçi ile işveren arasında iş ilişkisi sona ermemekle birlikte, bir üçüncü kişi daha işçinin görmekle yükümlü olduğu işe katkı sağlamaktadır.

⁴⁹⁴ EREN, (2014), s.1071; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.254, 530.

⁴⁹⁵ Bkz. EREN, (2014), s.1071; Türk Borçlar Kanununun 116. maddesine göre, *“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zarar gidermekle yükümlüdür”* (TBK, m.116/1). Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.460 vd; EREN, (2014), s.1070 vd.

⁴⁹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.335; SÜMER, İş Hukuku, s.64.

⁴⁹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.510.

⁴⁹⁸ Y21HD, 14.07.2005, E.2005/1799, K.2005/7500, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Kasım-2005, s.1799-1802; Ancak Yargıtay tarafından, kapıcılık hizmetinde çalıştırılmak üzere işe alınan kocanın daha sonra diğer bir işte tam gün çalışmaya başlaması ve kapıcılık hizmetlerinin tümüyle karısı tarafından yürütülmesi durumunda, iş görme borcunun örtülü olarak kadına geçtiği ve işveren ile koca arasındaki iş ilişkisinin sona erdiği kabul edilmiştir. YHGK, 14.03.2001, 9-125/227, *İstanbul Barosu Dergisi*, S:10-12, 2001, s.1136-1137.

VIII. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ İŞLEMİNİN NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Sözleşmenin devri, sözleşmenin taraflarından birinin, üçüncü bir kişi ile anlaşarak taraf sıfatını devretmesi esasına dayanmaktadır⁴⁹⁹. Sözleşmenin devri üç taraflı bir hukuki ilişki kurmaktadır⁵⁰⁰. Bir sözleşme ilişkisinin devri, sözleşmenin taraflarının bu işleme katılımını zorunlu kılar. Zira hiç kimse isteği dışında yeni bir sözleşme tarafı ile muhatap olmaya zorlanamayacaktır⁵⁰¹. Sözleşmede taraf değişikliği devir sözleşmesinin gerçekleştirilmesine ve bir tarafın taraf sıfatını terk etmesine, buna karşılık bir üçüncü kişinin sözleşmeye taraf sıfatıyla dâhil olmasıyla ifade edilir⁵⁰². Sözleşmedeki bir tarafın yerine bu konuda yapılan anlaşmaya dayalı olarak bir başkasının geçip taraf sıfatına sahip olması, sözleşmenin devri işlemine bir taraftan tasarruf işlemi niteliği verirken diğer yandan taahhüt işlemi niteliği de kazandırmaktadır. Ayrıca yine bir borç ilişkisi içinde bir tarafın yerine bir başkasının geçmesini ifade eden *halefiyet* kavramı da bu anlamda sözleşmenin devri ile ilişkili bulunmaktadır Dolayısıyla sözleşmenin devri işleminin niteliğine ilişkin belirtmiş olduğumuz kavramları bu noktada kısaca açıklamanın yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

B. Tasarruf İşlemi Niteliği

Bir kimsenin malvarlığının aktifinde mevcut haklarda başkası lehine bir azalmayı, değişmeyi veya kayıtlamayı gerektiren bir hukuki işlem yaparsa bu işleme *tasarruf işlemi* adı verilir⁵⁰³. Tasarruf işlemleri yapıldığı zaman malvarlığının aktifini etkilemektedir⁵⁰⁴. Tasarruf işlemleri ile çoğu kez, önceden doğmuş borçların yerine getirilmesi de söz konusu olur⁵⁰⁵. Ancak her tasarruf işlemi bir borcun ifasından veya her ifayı bir tasarruf işleminden ibaret zannetmemek gerekir⁵⁰⁶. Örneğin bir alacağın devri tasarruf işlemi niteliğindedir, fakat alacak mutlaka bir borcu ifa için devredilmez. Aynı şekilde borçlanılan bir işin ifası da

⁴⁹⁹ Belirtelim ki, Türk Borçlar Kanununun açık düzenlemesinin bulunmadığı durumlarda, sözleşmenin devrinin varlığı sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde kabul edilmekte ve alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerinden yararlanarak çözüm üretilmekteydi. Artık hukukumuzda kendine özgü kuralları bulunmaktadır. **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-II), s.598.

⁵⁰⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-II), s.599; Sözleşmenin devri, niteliği itibarıyla üç taraflı *sui generis* (kendine özgü) bir sözleşmedir. **EREN**, (2014), s.1256.

⁵⁰¹ **AYRANCI**, s.57.

⁵⁰² **PIEPER**, s.191; **VON TUHR/PETER**, s.195; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT**, s.139.

⁵⁰³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.46.

⁵⁰⁴ **AYAN, Mehmet**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4.B, Konya-2005, s.99; **KILIÇOĞLU, Ahmet**, s.48.

⁵⁰⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.46.

⁵⁰⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.46.

bir tasarruf işlemi niteliğinde değildir⁵⁰⁷. Ayrıca tasarruf yetkisine sahip olabilmek için mutlaka üzerinde tasarrufta bulunulan hakkın sahibi olma şartı da aranmaz⁵⁰⁸. Tasarruf işlemi daima bir devri, yüklenmeyi veya feragati hedeflemekte olup, bir yükümlülük doğurmaz⁵⁰⁹. Şahsa bağlı haklar tasarruf işleminin konusu olamaz. Ancak tasarruf işlemleri yalnızca eşya hukukuna dahil mülkiyet ve bundan doğan eşya üzerindeki sınırlı ayni haklarla ilgili olmayıp, aynı zamanda borçlar hukukuna ilişkin alacak hakkı ve hukuki ilişkiler de tasarruf işlemlerinin konusunu oluşturabilir⁵¹⁰.

Sözleşmede taraf sıfatının devri, devrin sonuçlanmasına ilişkin bir tasarruf işlemi niteliğindedir⁵¹¹. Zira bu işlem ile sözleşme ilişkisi üçüncü bir kimse tarafından doğrudan doğruya üstlenilmiş olmaktadır⁵¹². Sözleşme ilişkisinin devralınmasını sağlayan tasarruf işlemi, devreden ile sözleşmede kalan taraf arasında yapılmaktadır⁵¹³. Gerçekten de devreden taraf, alacaklı konumunu yüklenen tarafa devrettiği için tasarruf işlemini gerçekleştirmekte; aynı şekilde sözleşmede kalan taraf da taraf değişikliğine rıza gösterdiği için tasarrufta bulunmuş olmaktadır⁵¹⁴.

Sözleşmede kalan taraf, tasarruf işleminin yapılmasından sonra artık sözleşmeyi devreden tarafa yönelik olarak herhangi bir talepte bulunamaz. Zira tasarruf işleminin gerçekleştirilmesinin ardından artık bu haklar sözleşmeyi devralan tarafa karşı kullanılabilir⁵¹⁵. Aynı şekilde sözleşmeyi devreden taraf da taraf sıfatı ile birlikte alacak haklarını da devretmiş olur⁵¹⁶.

C. Borçlandırıcı İşlem Niteliği

Bir kimsenin malvarlığının aktifinde yer alan kalemlere dokunmaksızın, yalnızca pasifini bir başka deyişle borçlarını artıran işlem yapar ise, bu işlemlere *borçlandırıcı işlem* adı verilir⁵¹⁷. Kişi borçlandırıcı işlem yoluyla malvarlığının aktifinde etkisini gösteren bir işlem yapmamakta, aksine malvarlığını borç altına sokmakta, yani aktifini azaltma taahhüdünde bulunmaktadır⁵¹⁸. Borçlandırıcı

⁵⁰⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.46.

⁵⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.46.

⁵⁰⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet s.49.

⁵¹⁰ AYRANCI, s.65.

⁵¹¹ AYRANCI, s.65; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.599.

⁵¹² AYRANCI, s.67.

⁵¹³ AYRANCI, s.67.

⁵¹⁴ Öğretideki farklı görüşler için bkz. AYRANCI, s.68.

⁵¹⁵ AYRANCI, s.68.

⁵¹⁶ AYRANCI, s.68.

⁵¹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.45; AYAN, Mehmet, s.99; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.48.

⁵¹⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.48.

işlem yapılmakla kişinin malvarlığındaki mülkiyet hakkı devredilmiş olmamakta, yani malvarlığındaki mülkiyet hakkı kaybedilmemekte, ancak borcun ifası için mülkiyetin devri işlemi taahhüt edilmektedir⁵¹⁹.

Sözleşmenin devri bir tasarruf işlemi niteliğinde olmakla ve bu tasarruf işleminin tarafları sözleşmeyi devreden ile sözleşmede kalan taraf olmakla birlikte, işlemin borçlandırıcı niteliği de yine sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalan taraf üzerinde kendisini göstermektedir⁵²⁰. Hâl böyle olmakla birlikte, sözleşmeyi devralan taraf bakımından yalnızca *taahhüt* işlemi söz konusudur⁵²¹.

İş hayatında borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemlerinin bir arada yapıldığı ve bunlar arasındaki zaman farkının çoğunlukla silik olduğu görülmektedir⁵²². Yani borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi birbirlerine ayrılmaz bir şekilde bağlıdır. Sözleşmenin devri ile birlikte taraflardan biri sözleşme ilişkisinden ayrılmakta ve onun yerine üçüncü kişi sözleşmenin tarafı haline gelmektedir⁵²³. Sözleşmenin devrinde taahhüt (borçlanma) aşaması, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan ve devir konusunda sağlanan anlaşmaya ilişkin bir aşamadır. Ancak tek başına bu anlaşma sözleşmeyi devretmek isteyen borç ilişkisinin tarafı olmaktan kurtaramayacağı gibi, sözleşmeyi devralmak isteyen tarafı da sözleşmeden doğan hak ve borçların sahibi kılamayacaktır⁵²⁴. Tasarruf işlemiyle birlikte taraflardan biri sözleşme ilişkisinden ayrılır ve onun yerine üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olur.

D. Halefiyet İşlemi Niteliği

Borçlar Hukukunda bir borç ilişkisi içinde bir tarafın yerine bir başkasının geçmesi *halefiyet* kurumu ile ifade edilmektedir⁵²⁵. Gerçekten de kural olarak, üçüncü kişi tarafından yapılan ifanın borcu sona erdirmesi mümkün olmakla birlikte, kanunun benimsediği belirli durumlarda üçüncü kişilerce yapılan ifa, alacaklıyı tatmin etse de borcu sona erdirmemektedir⁵²⁶. Bir başka deyişle borçlu, borçla sorumlu olmaya devam etmekte ancak alacak hakkı ifayı yapan üçüncü şahsa kanun gereği geçmektedir. İşte bu noktada ifayı yapan üçüncü şahsa alacak hakkının geçmesine *halefiyet* adı verilmektedir⁵²⁷. Türk ve İsviçre

⁵¹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.45; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.48.

⁵²⁰ AYRANCI, s.67.

⁵²¹ Bkz. AYRANCI, s.67-68.

⁵²² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.46.

⁵²³ AYRANCI, s.68.

⁵²⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.827.

⁵²⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.206; AYAN, Mehmet, s.37-38

⁵²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.264-265.

⁵²⁷ BUCHER, s.575; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.208.

Borçlar Hukukunda halefiyet ilişkisi kanundan doğan bir ilişki olarak kabul edilmektedir⁵²⁸. Türk Borçlar Kanununun 127. maddesinde “*alacaklıya halef olma*” başlığı altında “*Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynı hakkı bulunduğu takdirde*” (TBK, m.127/1, b.1), “*Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde*” (TBK, m.127/1, b.2) alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin, borcun ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olacağı hükme bağlanmıştır⁵²⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu, müteselsil borçlulardan birinin borcu ifa etmesi (TBK, m.168); bölünemeyen borcun birden çok borçlulardan biri tarafından ifası (TBK, m.85); asıl borcun kefil tarafından ifa edilmesi (TBK, m.596) gibi hallerde halefiyetin varlığını kanun gereği kabul etmektedir⁵³⁰.

Türk Borçlar Kanununun genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen 205. maddesi ile genel nitelikte yeni bir halefiyet kurumuna yer verilmiştir⁵³¹. Sözleşmenin devrinde de halefiyet söz konusudur⁵³². Ancak buradaki halefiyet *cüz’i halefiyettir*⁵³³. Böylece sözleşmeyi devralmış olan taraf, devreden tarafın sözleşmenin devrine kadar meydana gelmiş ve gelecekte doğan borçları, alacakları ve diğer hakları da devralmış olur⁵³⁴. Bir başka deyişle sözleşmeyi devralan işveren, devreden işverenin halefi konumuna gelmektedir. Özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bu durum, alacak ve borçların yanında defi haklarını ve yenilik doğuran hakları da kapsar⁵³⁵. Sözleşmenin devredilmesinde, sözleşmeyi devralan kişi, yerine geçtiği tarafın hukuki durumunu da kazanır. Sözleşmeyi devralmış olan taraf, devreden tarafın haklarını ve yükümlülüklerinin muhtevasını, nitelik ve nicelik bakımından değiştiremez⁵³⁶. Aynı şekilde sözleşmede kalan taraf açısından da, sözleşmenin devri sonucunda hukuki işlem baştan itibaren sözleşmeyi devralan ile kurulmuş gibi kabul edilir⁵³⁷. Ayrıca sözleşmenin devrinde, devreden taraf da, devralanın yükümlülüklerine aykırı davranmasından dolayı sorumlu tutulamaz⁵³⁸.

⁵²⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.825-826.

⁵²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.266 vd; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.563 vd.

⁵³⁰ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.266.

⁵³¹ TOPUZ/CANBOLAT, s.101.

⁵³² AYRANCI, s.46 vd; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1214, 1221; ŞAHLANAN, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.3; ARSLANOĞLU, “İradî Devir”, s.543.

⁵³³ Tarafların sözleşme ile, bir sözleşme ilişkisinde ilişkinin tarafına halef olması, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçların doğurduğu zorunlu bir sonuçtur. AYRANCI, s.57.

⁵³⁴ AYRANCI, s.57.

⁵³⁵ AYRANCI, s.46 vd.

⁵³⁶ AYRANCI, s.57.

⁵³⁷ AYRANCI, s.57.

⁵³⁸ AYRANCI, s.57.

İş sözleşmesinin devri durumunda da, sözleşmeyi devreden işveren, iş sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkarken, onun yerine sözleşmeyi devralan geçmektedir. Böylece sözleşmenin devri ile işveren değişmiş olmaktadır⁵³⁹. Bu şekilde sözleşmeyi devralan işveren, devreden işverene *halef* olarak, sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile yani aynı kapsam ve içerikle devralmış olmaktadır⁵⁴⁰.

E. Üçlü Bir Hukuksal İlişki Olarak Kurulması

İş sözleşmesinin devri üçlü bir hukuksal ilişki olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu sözleşme iş sözleşmesi devredilen işçi, iş sözleşmesini devreden işveren ile devralan işveren arasında kurulmakta, devir işleminden itibaren de iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlar devralana geçmektedir. Geçici iş ilişkisinden farklı olarak da devir iradi olmakla birlikte devralan işveren ile işçi arasında sürekli bir iş ilişkisi kurulmuş olmaktadır⁵⁴¹. İş sözleşmesinin devrinde genellikle devreden ve devralan işverenler ile işçinin aynı anda devir işlemi yapması söz konusu olmakla birlikte⁵⁴², açıklığa kavuşturulması gerekli bir konu da devir sözleşmesinin oluşumu sırasında tarafların iradelerini belirli bir sıraya göre açıklamalarının zorunlu olup olmadığıdır.

Öğretide iş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı rızasını önceden veya sözleşmenin yapılması sırasında beyan edebileceği görüşünden hareketle, en son rıza beyanını yapanın irade açıklaması ile üçlü iş ilişkisinin kurulacağı savunulmuştur⁵⁴³. Zira belirtilen görüşe göre her zaman devreden ve devralan işverenlerin kendi aralarında anlaşmasından sonra rızanın alınması gerekli görülmemiştir. Öncelikle belirtelim ki, rızanın önceden alınması, sözleşmenin genel olarak devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 205. maddesi hükmüne uygun olsa da, iş sözleşmesinin devri (TBK, m.429) açısından bu kuralın uygulanmasının adil sonuçlar doğurmayacağı *kanısındayız*⁵⁴⁴. Aslında benzer bir konu olan ancak iş sözleşmesinin sürekli değil geçici devrini ele alan İş Kanunun 7. maddesinde işçinin yazılı rızasının *devir sırasında* alınması şart koşulmuştur. Dolayısıyla madde hükmü, geçici iş ilişkisini işçinin yazılı rızası ile *iki işveren arasında* kurulan bir üçlü iş ilişkisi olarak görmektedir⁵⁴⁵. Zira geçici iş

⁵³⁹ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.303.

⁵⁴⁰ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1214.

⁵⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.339.

⁵⁴² GÜNAY, s.117.

⁵⁴³ CENGİZ, İhtar, İş Sözleşmesinin İradi Devri, Ankara-2014, s.124.

⁵⁴⁴ Bkz. İş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının alınması hakkındaki açıklamalarımız için bkz. s.194 vd.

⁵⁴⁵ NARMANLIOĞLU, Ünal, "İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre İle Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç "Geçici" İş İlişkisi), Sicil, Eylül-2011, s.16; Zira Kanun bu durumu ifade ederken 7/4. maddesinde "işçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa...." ibaresiyle, bu ilişkinin kaynağını "geçici sözleşme" olarak değerlendirmiştir. Bu tabirden anlaşılması gereken ise "Geçici İşçi Verme Sözleşmesi" olmalıdır. Bkz. BENLİ/YİĞİT, s.7 vd.

ilişkisi, işveren ile geçici işveren arasında yapılan ve birinin işçisinin diğerinin işyerinde geçici olarak çalıştırılması esasına dayanan bir ilişkidir. O nedenle iş sözleşmesinin iradi devri açısından da öncelikle devreden ve devralan işverenler arasında devre ilişkin bir anlaşmanın yapılmış olması gerekir. Gerçekten de, devreden ve devralan işverenlerin iradelerinin devir yönünde birleşmesi sonucuna bağlı olarak, işçinin de devre razı olmasıyla birlikte devir sözleşmesi kurulmuş olmaktadır. Bu anlamda devreden ve devralan işveren arasında yapılan anlaşma sözleşmede kalan tarafa yönelik bir öneri (*icap*) niteliğini kazanmakta, sözleşmede kalan tarafın, sözleşmeye ilişkin rızasını açıklaması ise *kabul* beyanı yerine geçmektedir⁵⁴⁶. Belirtelim ki, her üç tarafın da iradesini aynı anda açıklaması şart değildir. İşçinin yazılı rızasını devreden ve devralan işverenin aralarında yapmış oldukları sözleşmeye aynı anda yazılı rıza vermesi suretiyle gerçekleşebileceği gibi, devreden ve devralan işverenler arasında yapılacak anlaşmaya daha sonra rıza vermesi suretiyle de olabilir⁵⁴⁷.

4. İŞ HUKUKU AÇISINDAN İŞ SÖZLEŞMESİNDE DEĞİŞİKLİĞE SEBEP OLAN OLGULARIN, İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ KAVRAMI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Sürekli nitelikte hukuksal ilişki kurma özelliği bulunan iş sözleşmesinde zaman içinde değişen koşullar çerçevesinde değişiklik yapma ihtiyacı gündeme gelebilmektedir. Zira iş sözleşmelerinin ekonomik, teknolojik ve sosyal gelişmelerden doğrudan etkilenmesi kaçınılmaz bir sonuçtur. Dolayısıyla bu gelişimlere açık bulunan iş sözleşmesinin konusu olan işte, işçinin çalıştığı işyerinde, ücretinde ve diğer çalışma şartlarında değişiklik yapma ihtiyacı doğabilir. İş sözleşmesinin sürekliliğinin sağlanması, başlangıçta öngörülme-yen yeni koşullara uyarlanması ile mümkün olacaktır.

Diğer yandan çalışma koşullarında değişiklik yanında, iş sözleşmesinde taraf değişikliği de söz konusu olabilir. Gerçekten de ekonomik ve teknolojik nedenler ve özellikle iş gücünün grup şirketlerdeki hareketliliği, işçinin bir işverenden bir başka işverene devrini de gündeme getirebilmektedir. Sürekli niteliği bulunan iş sözleşmesinin gerek konusunda gerek taraflarında meydana gelen değişiklik, asıl olarak ilişkinin sürekliliğini sağlamayı hedeflemekte ve işçinin korunması ilkesine de uygun düşmektedir. Öncelikle iş sözleşmesinde değişikli-

⁵⁴⁶ Bkz. **BAHADIR**, s.17.

⁵⁴⁷ Bu konuda ayrıntı için bkz. s.194 vd.

ge sebep olan olgular sözleşmenin *konusunda* yapılan değişiklik şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi; sözleşmenin *taraflarında* yapılan değişiklik şeklinde de gerçekleştirilebilecektir. Asıl inceleme konumuz olan iş sözleşmesinin devri de şüphesiz ki, taraf değişikliğine sebep olan bir müessese olmakla birlikte gerek *konusunda* gerek *taraflarda* meydana gelen değişikliklerin iş sözleşmesinin devri ile karşılaştırıldığında önemli farklılıkların ortaya çıktığı görülebilmektedir.

Çalışmamızın bu bölümünde, iş sözleşmesinde değişikliğe sebep olan olgulara değinilecek, ardından da söz konusu müesseselerin iş sözleşmesinin devrinden olan farklılıkları değerlendirme konusu yapılacaktır.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

A. İş Sözleşmesinin Konusunda (Çalışma Koşullarında Esaslı) Değişiklik Yapma

1. Kavram

İşçi ile işveren arasında kurulan bağımlı iş ilişkisi nitelik itibarıyla *sürekli* bir ilişki olduğu için, bu ilişkinin dayanağı olan iş sözleşmesinde zaman içinde değişiklik yapılması gündeme gelebilmektedir⁵⁴⁸. İş görme borcu çerçevesinde işçinin ne iş yapacağı yasal düzenlemeler, iş sözleşmesi ve hatta toplu iş sözleşmesi ile belirlenir⁵⁴⁹. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu işin/işyerinin sözleşme ile belirlenmemiş olması durumunda ise, işveren işi/işyerini yönetim hakkına dayalı olarak tespit eder⁵⁵⁰. İşveren işçiden belirlenen işten başka bir işin yapılmasını isteyemez⁵⁵¹. İstese dahi işçi işverenin bu isteğini kabul etmek zorunda değildir⁵⁵². Ancak taraflar isterler ise işçinin yapacağı işi ve/veya işyerini karşılıklı anlaşmayla değiştirebilirler⁵⁵³. Önemle ifade etmek gerekirse, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan çalışma koşullarının işçi veya işverenin anlaşması ile değiştirilmesi mümkün değildir⁵⁵⁴. Bu konudaki değişiklik ancak işçi sendi-

⁵⁴⁸ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.469.

⁵⁴⁹ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.140.

⁵⁵⁰ Bkz. SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.111.

⁵⁵¹ İşveren, iş sözleşmesi gereği yapılacak iş sözleşmede somut olarak düzenlenmiş ise onu; belirli bir faaliyet veya meslek gösterilmiş ise, işyerinin mal veya hizmet üretimiyle sınırlı olmak kaydıyla işçinin mesleğine giren bütün işlerin yapılmasını talep edebilecektir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.512; İş, örneğin halı satıcılığı, satıcılık, duvarcılık veya vasıfsız ve genel iş adı altında da ortaya çıkabilir. Bu itibarla işveren işçiden kanun, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi gibi çalışma şartlarını düzenleyen kuralların veya dürüstlük kuralının belirlediği işlerin görülmesini isteyebilecektir. NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.254; Ayrıca bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.339.

⁵⁵² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.512.

⁵⁵³ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.140.

⁵⁵⁴ Zaten çalışma koşullarında esaslı değişiklik konusunu ele alan İK'nun 22. maddesinde toplu iş sözleşmeleri işverence değiştirilmesi istenebilecek hukuk kaynakları arasında sayılmamıştır. SÜZEK, İş Hukuku, s.674.

kası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverenin anlaşması ile gerçekleştirilebilir⁵⁵⁵.

Çalışma koşullarında değişikliğe ilişkin olarak İş Kanununun 22. maddesinde yer alan açık hüküm gereğince, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz”. Görüldüğü gibi çalışma koşullarındaki işverence ve tek taraflı değişikliğe ilişkin olarak İş Kanununun 22. maddesi hükmünün uygulanması ancak değişikliklerin esaslı⁵⁵⁶ olması ve işçi aleyhine⁵⁵⁷ gerçekleştirilmesi halinde mümkündür⁵⁵⁸. Ancak daha üst düzeyde veya daha fazla ücret ödenen bir çalışma biçiminin işveren tarafından işçiye teklif edilmesi işçi lehine gözükse bile, çalışma koşullarını ağırlaştırıp işçiye daha fazla sorumluluk getiren bir durum olarak görülmeli ve işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak kabul edilmelidir⁵⁵⁹. Ancak iş sözleşmesinde yer alan çalışma koşullarının, tarafların anlaşması ile ve her zaman değiştirilmesi mümkündür⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.673.

⁵⁵⁶ Esaslı değişiklik daha çok çalışma koşulları bakımından işçinin durumunu ağırlaştıran değişiklikler olarak kabul edilmektedir. Örneğin aleyhe ücret değişikliği, işin niteliğinde değişiklik, işyeri değişikliği, çalışma saatlerinde değişiklik, esaslı değişiklik olarak kabul edilebilmektedir. Y9HD, 01.11.2004, E.2004/8117, K.2004/24578, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, 5/2006, s.760; Y9HD, 27.12.2006, E.2006/12228, K.2006/31176, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/2, S:13, s.244-245; Y9HD, 15.09.2003, E.2003/1959, K.2003/14524, Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2000-2005, Ankara-2006, s.323.

⁵⁵⁷ Çalışma koşullarında işçi yararına değişiklik yapılması halinde İK'nun 22. maddesi hükmü uygulanmaz. SÜZEK, s.674. “...Yine davacı tanıkları, işyerinin Gürsu ilçesine taşınması üzerine bu sürenin on dakikaya indiğini ve her iki yerde de servis araçlarından yararlandığını açıklamışlardır. Böyle olunca, işverence işyeri nakli suretiyle yapılan değişikliğin işçi yararına olduğu açıktır. Davacı işçinin Gürsu'ye nakledilen işyerinde çalışmayı kabul etmeyerek işyerine gitmemiş oluşu, anılan Kanunun 17/2-f maddesi gereğince davalı işverene haklı fesih imkanı vermektedir” Y9HD, 26.10.2004, E.2004/20985, K.2004/24189, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, 5/2005, s.294.

⁵⁵⁸ Ayrıntılı için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, 669-692; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.333-343; TULUKÇU, N.Binnur, “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul-2011, s.1099-1142; UŞAN, M.Fatih, “4857 Sayılı İş Yasası'nın 22. maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, Prof. Dr. Ünal Narmanlioğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı C:9, s.211-272; NARMANLIOĞLU, s.469-482.

⁵⁵⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.674.

⁵⁶⁰ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.469.

2. İş Sözleşmesinin Devri İle Karşılaştırılması

İş sözleşmesinin devri işlemi, aslında çalışma koşullarında değişikliği özünde barındırıyor olsa da, İş Kanununun 22. maddesinde “*Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi*” başlığı altında düzenlenen ve esaslı değişikliği konu edinen hükümden önemli ölçüde farklılıklar göstermektedir. Zira çalışma koşullarında esaslı değişiklik, devam eden bir iş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında gerçekleştirilmekte ve değişikliği gerektiren konular çalışma koşullarını ilgilendirmektedir⁵⁶¹. Bu koşullar İş Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrasına göre, “...iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamaları...” ile oluşmaktadır. Çoğunlukla ücret, işin niteliğinde değişiklik, işyeri değişikliği veya çalışma saatlerinde esaslı değişiklik, İş Kanununun 22. maddesinin uygulanmasını gündeme getirebilir⁵⁶².

Öncelikle ifade edelim ki, iş sözleşmesinin devri çalışma koşullarında esaslı değişiklik uygulaması kapsamında değerlendirilecek bir konu değildir⁵⁶³. Devir teklifiyle birlikte devreden işveren, işçi ile arasındaki iş ilişkisinin⁵⁶⁴ sona ermesini işçiye önermektedir⁵⁶⁵. Dolayısıyla iş sözleşmesi devredilen işçinin işyeri değişmekte ve devralan işverenin işyeri, devredilen işçinin işyeri haline gelmekte, bu değişiklikte birlikte devralan işverenle işçi arasında, iş sözleşmesi sona ermemsiz, iş ilişkisi kurulmaktadır. Dolayısıyla bu kapsamda değerlendirilen, işyeri değişikliğinin de İş Kanununun 22. maddesi kapsamında düşünülmemesi gerekir⁵⁶⁶.

Öğretide, iş sözleşmesinin devrine razı olmama durumunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı işverence işçiye beyan edilmiş olması durumunda, iş sözleşmesinin devrine bağlı bir fesih bildiriminin varlığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁶⁷. Böylece işçinin sözleşmenin devri önerisini kabul etmemesi durumunda, iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak önemle ifade edelim ki, iş sözleşmesinin devri önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi ve işçinin işverence işyerine alınmaması veya

⁵⁶¹ Halbuki iş sözleşmesinin devri, devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisinin sona ermesine sebep olmaktadır. ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.304.

⁵⁶² Ayrıntı için bkz. SÜZEK, s.677.

⁵⁶³ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.304; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.330.

⁵⁶⁴ Zira sona eren iş sözleşmesi değil, devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisidir. Bkz. Yuk. s.51 vd.

⁵⁶⁵ Ancak bu bir fesih bildirimi niteliğinde değildir. ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.305.

⁵⁶⁶ Ancak devralan işveren ile işçi arasında İş Kanununun 22. maddesi kapsamında çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkündür. ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.304.

⁵⁶⁷ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.305.

işçiye iş verilmemesi, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği anlamına gelecektir⁵⁶⁸.

Yargıtay da bu konudaki vermiş olduğu kararlarda benzer sonuca ulaşmaktadır. Nitekim bir kararında, hizmet akdinin devrinin üçlü bir hukuki ilişki olduğu, devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında hizmet akdi devri konusunda iradelerin birleşmesinin şart olduğu vurgulanmış, işçinin bu ilişkiyi kabul etmemesi halinin ise iş koşullarının değiştirilmesi olarak değerlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır⁵⁶⁹.

Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasında iş sözleşmesinin devri konusu devreden ve devralan ile işçi arasında gerçekleşen bir ilişki olarak özel şekle bağlı olarak düzenlenmiş ve çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesi konusundan farklı esaslara bağlanmıştır. İş sözleşmesinin esaslı şekilde değiştirilmesinde taraf değişikliği gerçekleşmemekte iken; iş sözleşmesinin devri işleminin sonucunda işveren tarafında değişiklik meydana gelmekte ve iş sözleşmesi bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçmektedir⁵⁷⁰.

Diğer taraftan, İş Kanununun 22. maddesinin, çalışma koşullarında esaslı değişikliğin işveren tarafından yapılması durumunda gündeme gelmesi söz konusudur. İşveren iş sözleşmesinin esaslı koşullarında tek taraflı değişiklik konusundaki önerisini işçiye yazılı olarak yapmak zorundadır (İK, m.22/1). Dolayısıyla esaslı olmayan çalışma şartlarını işveren yönetim hakkına dayanarak tek taraflı bir şekilde değiştirme hakkına sahiptir⁵⁷¹. Hâlbuki iş sözleşmesinin devrinde, her durumda işçinin yazılı rızasının aranması bir zorunluluktur. Ayrıca işçinin yazılı rızasının alınması noktasında çalışma koşullarında esaslı değişikliğin işverence gerçekleştirilmesi durumunda işçiye değişikliği kabul edip etmeyeceği noktasında altı işgünü süre verilirken (İK, m.22/1); iş sözleşmesinin devrinde yazılı rızasının aranması konusunda işçiye, belirli bir süre içinde iş sözleşmesinin devri teklifine cevap verme zorunluluğu yüklenmemiştir. Ancak iş sözleşmesinin devrinden farklı olarak, devralan işveren ile işçi arasında ayrıca İş Kanununun 22. maddesine uygun olarak, yani işçinin yazılı rızası ile çalışma koşullarında sonradan değişiklik yapılması mümkündür⁵⁷².

İş Kanununun 22. maddesinin 2. fıkrasındaki açık düzenlemeye göre, “Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz”.

⁵⁶⁸ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.305.

⁵⁶⁹ Y9HD, 16.06.2008, E.2007/41042, K.2008/15622, ÇİL, İlke Kararları, s.1158.

⁵⁷⁰ DANAR, s.66-67.

⁵⁷¹ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.473.

⁵⁷² ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.305.

Dolayısıyla gerek iş sözleşmesi gereği kararlaştırılan işin konusunda gerek işin görüleceği yerle ilgili yapılacak esaslı değişiklikler yapıldığı andan itibaren geleceğe dönük olarak yürürlüğe girmiş olacaktır. Değişiklik teklifinin kabul edildiği andan itibaren ileriye dönük olarak, değişikliğe bağlı sonuçlar işlemeye başlayacaktır. Örneğin ücretle ilgili esaslı bir değişiklik söz konusu olduğunda, bu değişiklik etkilerini geçmişe etkili olarak değil geleceğe etkili olarak sonuçlarını doğuracaktır.

Ancak iş sözleşmesinin devri durumunda Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, devir geçmişe etkili olarak sonuçlarını doğurmaktadır. Hükme göre, “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır” (TBK, m.429/2). Dolayısıyla sözleşme baştan itibaren yani devreden işveren yanında işe başlanılan tarihten itibaren tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçmekte, iş sözleşmesinin koşulları başından itibaren yeni işveren nezdinde uygulanmış sayılmaktadır⁵⁷³.

B. İş Sözleşmesinin Tarafında Meydana Gelen Değişiklikler

1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin tarafları işçi ve işverenden oluşmaktadır. İşçi mutlaka bir gerçek kişiliği ifade ederken, işveren gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişiliği hatta tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları da ifade edebilmektedir⁵⁷⁴. Nitekim İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren...” denir. İş sözleşmesinin tarafları yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu hukuki ilişkinin içeriğinde hukuken imkân dâhilinde olan değişiklikleri gerçekleştirebilmektedirler⁵⁷⁵. Ancak iş ilişkisinde taraf değişikliği de, İş Hukuku açısından önem arzeden bir husustur. Dolayısıyla iş ilişkisinde içerik değişikliği mümkün olduğu gibi, hukuki imkânlar çerçevesinde taraf değişikliğinin gerçekleştirilmesi de mümkündür. Taraf değişikliği, tarafların özellikle işçinin iradesine bağlı olarak gerçekleştirilebileceği gibi, kanun hükmüne dayalı olarak kendiliğinden de gerçekleştirilebilir.

⁵⁷³ DANAR, s.67.

⁵⁷⁴ Bkz. s.168 vd.

⁵⁷⁵ AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.41. Ayrıca bkz. s.94 vd.

Şüphesiz ki iş sözleşmesinin devri daha önceden de belirttiğimiz gibi iradi değişikliği ifade eder. Bunun yanında İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisi de iş sözleşmesinin işveren tarafından değişikliğini içermekle birlikte bu değişiklik iş sözleşmesinin devrinden farklı olarak sürekli değil, geçici bir değişikliği içermektedir. Taraf değişikliğinin yasa gereği kendiliğinden gerçekleşebilmesini sağlayan müesseselerin uygulanmasında ise işçinin rızası aramakta ve iş sözleşmesi hukuki ilişki gereğince *kanun gereği* (kendiliğinden) devralan işverene intikal etmektedir. Özellikle işyeri devri, işverenin ölümü, devletleştirme, özelleştirme gibi işveren değişikliğini kanun gereği kapsayan uygulamalara sıkça rastlanmaktadır⁵⁷⁶.

Konuyu, önemine istinaden belirtmiş olduğumuz ayrıma uygun bir şekilde aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağız.

2. Değişikliğin İşçinin İradesine Bağlı Olarak Gerçekleşmesi

a) Geçici İş İlişkisi

Ekonomik ilişkiler, teknik işbirliği gerekleri, yapısal değişiklikler gibi bir takım sebepler, bir işletmenin kendi işçisini, başka bir işletmenin emrine geçici olarak vermesi ihtiyacını doğurabilir. Örneğin, işçi fazlalığı dolayısıyla ihtiyaç bulunmayan bir işçi, ona ihtiyaç duyulan başka bir işveren buyruğunda geçici olarak çalıştırılabilir. Bunun yanında, işverenin bir holdingde kendisine güven duyulan bir üst düzey şirket yöneticisini, işçi statüsünde bir kişi olarak, holding içerisindeki diğer bir şirketin kuruluş aşamasında veya karşılaştığı güçlüklerin giderilmesinde geçici olarak görevlendirilebilir⁵⁷⁷. Geçici iş ilişkisi adından da anlaşılacağı üzere, bir işçinin geçici bir süre bir başka işverene devredilmesi konusunu ele alır. Zira bu durumda işverenin kendi işçisiyle arasında mevcut iş ilişkisi varlığını devam ettirmekte, ancak işçi bir başka işverene geçici bir süre ile ödünç verilmektedir⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. s.119 vd.

⁵⁷⁷ Nitekim 4857 sayılı "İş Kanunu"nun 7. maddesinin gerekçesinde de şunlar ifade edilmektedir: "Bilindiği üzere kazanç amacı güdülmeden geçici iş ilişkisi her şeyden önce şirket topluluklarında ve bunlardan biri olarak holdinglerde, şirketlerin daha çok vasıflı işgücü ihtiyacını karşılamak için yardımlaşmalarında veya üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmesinde ya da aynı gruptan olmayan şirketlerin birlikte bir işi üstlenmelerinde yahut malf güçlüklerle karşılaşan bir işverenin işçisini, işlerinin düzelmesine kadar başka bir işverene vermesinde ortaya çıkmakta, işçi rızası alınarak geçici şekilde iş görme edimini başka bir işverene karşı yerine getirmek üzere üçlü bir ilişki kurulmaktadır". Bkz., DEMİR, İş Güvencesi, s.123-124.

⁵⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.295-306; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.312; 327; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.75-78; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 2.B, İstanbul-2005, s.94-95; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 9.B, Ankara-2013, s.122-126; AKYİĞİT, Ödünç İş İlişkisi, s.10 vd.; GÜLER, Şerafettin, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Ödünç İş İlişkisi", Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:21, S:2-3, Kasım 2007-Şubat

İş Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrasına göre, İşveren holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. 4857 sayılı Kanunun 7/1. maddesi, geçici iş ilişkisinin kurulması için, işverenin “devir sırasında, işçinin yazılı rızasını alma”sı gerektiğini belirtmiştir. Görüldüğü gibi, Kanunun geçici işçi vermenin geçerli olabilmesi için belirtmiş olduğu koşullardan birisi, işçinin yazılı rızasının alınması gerekliliğidir. 4857 sayılı Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasında “İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi;geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur” dediğine göre, burada yazılı rızanın alınmasına ilişkin olarak kullanılan “devir sırasında” ibaresini, “yazılı rıza”nın, iş sözleşmesinin yapılmasından sonra ve devir sırasında bağımsız olarak alınması şeklinde anlamak gerekir. Yani işçinin rızasının önceden alınması suretiyle işlem yapılması geçerli olmayacaktır.

Kanunun aynı hükmünde, geçici işçi verme sözleşmesinin “altı ayı geçmemek üzere” kurulması hükme bağlanmıştır. Geçici iş ilişkisi en çok altı aylık bir süre için kurulsun da, “gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir” (İK, m.7/2).

Geçici iş ilişkisinde, işçisini bir başka işverene devreden işverenin, işçisiyle arasında var olan iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri aynen devam etmektedir. Ancak bu ilişki süresince bazı hak ve yükümlülükler geçici işverenle birlikte değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır. Örneğin bu süre içinde işçinin ödenmeyen ücretinden, geçici işverenle, onun sürekli işvereni birlikte sorumlu olacaklardır (İK, m.7/3).

4857 sayılı Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrası, işçinin “holding⁵⁷⁹ bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna⁵⁸⁰ bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi

2008, s.90-114; BENLİ/YİĞİT, s.1-40; ODAMAN, Serkan, “Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara-2010, s.67-122.

⁵⁷⁹ Holding hukuki bir kavramdır. Terminolojik açıdan “shareholder”, “to holdasthare”, “to hold and contral” olarak gösteriliyorsa da holding ilişkisi; idareye egemen olma düşüncesi üzerine kurulmuştur. Türk Ticaret Kanunu 446. maddesinde; “...gayesi esas itibarıyla başka şirketlere iştiraktan ibaret şirketler” olarak geniş işlevli ancak kısa bir tanıma yer verilmiştir. Geniş bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara-2001, s.177-178.

⁵⁸⁰ Holdinglerden farklı olarak, bazı ticari yapılanmalar grup hukuku içerisinde değerlendirilebilmektedir. Holdingler ticaret unvanlarındaki “Holding” sözcüğüyle şekli açıdan da kendi ayrımını yapmaktadır. “Grup” ise birden fazla “işletme” ve “şirket”in bir ekonomik yönetim altında toplanmasıdır. Ülkemizde ticari alanda grup ortaklıklar bulunmaktadır. Ancak yapılanma çeşitliliği açısından ele alındığında çok geniş bir alanı kaplamaktadır. Bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa, Şerh, s.181.

gerçekleşmiş olur” demektedir⁵⁸¹. Ancak holding bünyesi dışında veya aynı şirketler topluluğuna bağlı olmayan bir işyerinde veya işçinin yapmakta olduğu işten farklı bir işte çalıştırılmak üzere başka bir işverenle geçici iş ilişkisi kurulamayacaktır.

b) İş Sözleşmesinin Devri

aa) Kavram

İş sözleşmesinin devri, daha önceden de ifade etmiş olduğumuz üzere, sözleşmenin bir bütün halinde, yani tüm hak ve borçları ile birlikte bir başka işveren tarafından üstlenilmesidir. İş sözleşmesinin devrinde taraf değişikliği sözleşmenin yapılması üzerine yasadan doğmamakta, tarafların iradesine dayanmaktadır⁵⁸². Yukarıda tanım bölümünde ifade ettiğimiz ve aşağıda hukuki sonuçlarını açıklayacağımız⁵⁸³ iş sözleşmesinin devri kavramı hakkında ayrıntılara girmeden şimdilik bu kadar açıklamayı yeterli görüyor ve iş sözleşmesinin devri ile diğer üçlü iş ilişkileri arasındaki farklılıklara değinmenin bu noktada yararlı olacağını düşünüyoruz.

bb) İş Sözleşmesinin Devrinin Geçici İş İlişkisi İle Karşılaştırılması

İş Hukukunda esnek iş ilişkileri temelinde gelişen üçlü iş ilişkileri işçi, işveren ve üçüncü kişileri ilgilendiren düzeyde gerçekleşmektedir. Çalışmamız açısından iş sözleşmesinin devri ile işyeri devrini (İK, m.6) ve geçici iş ilişkisinin özelliklerini ve iş sözleşmesinin devri ile olan farklılıklarını bu noktada ele almak gerektiği kanısındayız. Gerçekten de iş sözleşmesinin devri çeşitli yönleriyle geçici iş ilişkisi ve işyeri devrinden ayrılmaktadır⁵⁸⁴.

Geçici iş ilişkisinin gerçekleşmesi ile birlikte, işçi geçici bir süre için bir başka işveren adına ve hesabına bu işverene ait işyerinde çalışmaktadır. İşçi bu süre içinde iş görme edimini, devralan işverene sunmakta, ancak geçici iş ilişkisinin bitimi ile birlikte devreden işverene ait işyerine geri dönmektedir. Zira

⁵⁸¹ Halbuki bilim kurulu tarafından hazırlanan taslakta bu koşulun yer almamasına ve bütün işverenlere söz konusu koşul aranmaksızın geçici iş ilişkisi kurma olanağının tanınmasına karşın, yasada yapılan değişikliklerle holding ve şirket toplulukları içindeki şirketlerle (işverenlerle) diğer işverenler arasında bu konuda bir fark yaratılmıştır. SÜZEK, İş Hukuku, s.296.

⁵⁸² EKONOMİ/EYRENCİ, s.1199 vd; AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.40-50; ALP, “Sorunlar”, s.189-209; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.533-547; DANAR, s.63-73; ; ŞAHLANAN, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.2-4; ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.920-928; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.637 vd; GÜNAY, s.114-119; KAHRAMAN, s.81-103; KOCAĞİL, s.46-58. Konu hakkındaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. s.53 vd.

⁵⁸³ Bkz. s.219 vd.

⁵⁸⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.331.

geçici iş ilişkisinde işçinin kendi işvereni ile arasındaki iş sözleşmesi devam etmektedir⁵⁸⁵.

Geçici iş ilişkisinde işçi, belirli süre ile sınırlı olarak devralan işveren yanında çalışmaya devam etmektedir. Geçici iş ilişkisi, işçinin rızası ile ve altı ayı geçmemek üzere yapılabilmekte ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilmektedir (İK, m.7/2). Geçici iş ilişkisi, devreden (ödünç veren) işveren ile devralan (ödünç alan) işveren arasında yapılan geçici işçi verme sözleşmesine, devir sırasında işçinin yazılı rızasının alınması ile gerçekleşir (İK, m.7/1). Hal böyle olmakla birlikte işçinin yazılı rızasının alınması için mutlaka, devreden ile devralan arasında sözleşmenin yapılmasına katılması şartı yoktur. Yazılı rızanın geçici işçi verme sözleşmesinin yapılmasının ardından da yapılması mümkündür. İş sözleşmesinin sürekli devri açısından da işçinin yazılı rızasının alınması şart koşulmuş ancak rızanın alınması zamanına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁸⁶.

İş sözleşmesinin devri açısından da işçinin yazılı rızası aranmış olmakla birlikte devrin geçici olarak değil sürekli olarak yapılması benimsenmiştir (TBK, m.429/1). Dolayısıyla iş sözleşmesinin devri herhangi bir süre sınırlamasına bağlı olmaksızın kurulmaktadır. İş sözleşmesinin sürekli olarak devrinde işçi kalıcı ve kesin olarak devralanın işçisi haline gelmektedir⁵⁸⁷.

Önemle ifade edelim ki, geçici iş ilişkisi sonucunda, işçi ile işçiyi geçici olarak devralan işveren arasında bir iş sözleşmesi ilişkisi kurulmamaktadır. Hâlbuki iş sözleşmesinin devri sonucunda işçi ile kendisini devralmış olan işveren arasında iş sözleşmesine dayalı bir iş ilişkisi kurulmuş olmaktadır.

Geçici iş ilişkisinde işçiyi devreden işverenin, ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder. Ancak geçici iş ilişkisi kurulan işveren de, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden devreden işveren ile birlikte sorumludur (İK, m.7/3). Oysa ki, iş sözleşmesinin devrinde işçi devralan işverenin işçisi olduğu için, devralan bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin tarafı olmakta, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işverenin yanında işe başladığı tarih esas alınarak işlem yapılmaktadır (TBK, m.429/2). İş sözleşmesinin devrinde, devreden işveren ile devralan işverenin birlikte sorumluluğuna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.282 vd.

⁵⁸⁶ İşçinin rızasının alınma zamanına ilişkin açıklamalarımız için bkz. s.194 vd.

⁵⁸⁷ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.305.

⁵⁸⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.338.

Ayrıca geçici iş ilişkisinde öngörülen ve holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde olmamak şartıyla, başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilen işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması şart koşulmuş iken (İK, m.7/1); iş sözleşmesinin devrini ele alan Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde, bir başka işverene sürekli olarak devredilen işçinin yapmakta olduğu işe benzer iş devredilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁸⁹.

3. Değişikliğin İşçinin İradesine Bağlı Olmaksızın Gerçekleşmesi

İş sözleşmesinde taraf değişikliğinin söz konusu olduğu durumlarda işveren değişikliğinden söz edilmektedir. İşverenin değişmesine sebep olan haller kanundan doğabileceği gibi tarafların iradesinden de doğabilir. Örneğin işyeri devri, işverenin ölümü, işyerinin cebri icra yoluyla el değiştirmesi, devletleştirme, özelleştirme şeklindeki uygulamalar işveren değişikliğinin kanun gereği yani işçinin iradesine bağlı olmaksızın gerçekleşmesine sebep olmakta ve işçilerin sözleşmeleri kendiliğinden diğer işverene aktarılmaktadır. Çağdaş İş Hukukunda işyerinin el değiştirmesi sonucunda iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması, iş güvencesi uygulamasının önemli bir görüntüsünü oluşturmaktadır⁵⁹⁰. İş sözleşmesinde işverenin değişmesi sonucunda işçilerin iş sözleşmelerinin devralan işverene kendiliğinden geçişine sebep olan halleri ve bu müesseselerin iş sözleşmesinin devrinden olan farklılıklarını çalışmamızla sınırlı olarak aşağıdaki gibi değerlendirmek mümkündür.

a) İşyeri Devri

aa) İşyerinin Tanımı

İşyeri kavramı, kendisine yasal ve anayasal düzenlemelerle bir çok hüküm ve sonuç bağlanan bir temel kavramdır⁵⁹¹. Çalışma konumuz açısından işyeri kavramı öncelikle iş mevzuatının uygulanması açısından önem arz etmektedir. İş Kanununun 2. maddesinin 1-3. fıkralarında işyerinin tanımı yapılmıştır. Hükme göre, “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.

⁵⁸⁹ DANAR, s.65.

⁵⁹⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.202.

⁵⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.214 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.181 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.137 vd;

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”⁵⁹².

İşyeri sayılmak için yukarıda belirtilen unsurların yan yana gelmesi yeterli olmayıp, bunların belirli bir amaç için işveren tarafından İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği gibi örgütlenmesi, belirli bir ortak yönetim altında organize edilmesi gerekir⁵⁹³.

Diğer iş kanunları da işyeri kavramını kendi kapsamları doğrultusunda tanımlama yoluna gitmişlerdir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun (STİSK) 2. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında, “Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi⁵⁹⁴, işveren⁵⁹⁵ ve işyeri⁵⁹⁶ kavramları 22/5/2003 tarihli

⁵⁹² SÜZEK, İş Hukuku, s.202 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.139 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.52 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.221 vd;; SÜMER, İş Hukuku, s.22 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.38 vd; TAŞKENT, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.39; ÇELİK, İş Hukuku, s.56 vd; Ayrıca bkz. AYDINLI, “Tüzel Kişilik Perdesi”, s.3-20; ÖZKARACA, Ercüment, “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Sorumluluk-Karar İncelemesi”, Çalışma ve Toplum, 2009/1, s.131-162; ŞAHLANAN, Fevzi, “İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları”, Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2000 – Şubat 2001, s.14-24.

⁵⁹³ 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin 3. fıkrasında “işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” ifadesi yer almıştır. Bu halde, artık bir işyeri işverenin organizasyonu içinde yer alıyorsa o işyerinden sayılacaktır. Yeni istihdam, üretim, iş organizasyonu teknikleri, bilgisayar teknolojisi (tele çalışma, internet üzerinden çalışma) ve diğer işyeri dışındaki çalışmalar, iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun daha esnek bir şekilde değerlendirilmesine yol açmış ve klasik işyeri tanımının sınırları dışına çıkmaya başlanmıştır. Örneğin işçilerin evlerinde yaptığı çalışmalarda işverenin yönetim hakkı ve bağımlılık ilişkisi zayıflamaktadır. Ancak bu çalışmalar işverenin iş organizasyonunun içinde yer aldığından evlerde yapılan çalışmalar da işyerinde yapılmış sayılacaktır. Aynı şekilde, ülke genelinde uzak mesafede bulunsun da yasanın gerekçesinde belirtildiği gibi örneğin bir beyaz eşya fabrikasının bakım ve onarım yerleri, bir ilaç fabrikasının pazarlama birimleri, bir otomobil fabrikasının servis hizmeti yerleri ve bilgisayar teknolojisinin kullanıldığı işlerde irtibat büroları da işyerinden sayılır. Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.202; 2. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, “Teknolojik ve ekonomik gelişmeler...çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiş, bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu ‘yerin’ dışına taşmış, işveren, kurulan ‘iş organizasyonu’(nu) işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde...veya ilin içinde...işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimini duymuştur. Bu olgular dikkate alınarak ve Avrupa Birliğine üye ülkelerdeki değerlendirme ve kavramsal gelişmeler göz önünde tutularak ...üçüncü fıkra...hükmü eklenmiştir” Teknolojik ve ekonomik gelişmeler işyeri kavramında içerik itibarıyla yeni açılımlara yol açmıştır. Örneğin tele evde çalışma, ödünç iş ilişkisi, gezici görev yapan elemanların durumu, bu anlamda değerlendirilebilir. Keza alt işveren ilişkisinde de alt işveren işçisinin kimin işyerinde çalıştığı gibi problemlerle karşılaşmaktadır. İşyeri ile (işverenle) bağlantılı diğer bir husus da, sermayenin konsantrasyonu ve tek elden yönetimi çerçevesinde Türkiye’de de kendisini gösteren holdingleşme ve şirket grupları halinde bunların (ayrı ayrı işverenlere ait) birbirinden bağımsız işyerleri mi yoksa aynı (işverene ve) işletmeye ait birden çok işyerleri mi sayılacağıdır. Bu konuda ilke anılan yerlerin her birinin ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak benimseneceğidir. Artık işverenin iş organizasyonunda çalışma kavramı üzerinde durulmaktadır. Söz konusu kavram iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru yönünden kimi sorunlara yol açmaktadır. Bu bağlamda işçinin işini yaptığı yer bazen hizmet sözleşmesinin tarafı olan işverene ait işyeri olmakta bazen ise, onun işyerinin sınırları dışına (ödünç iş ilişkisi yoluyla) taşınmaktadır. Aynı şey evde çalışma için de söylenebilir. Tüm bunlarda işçi iş sözleşmesi tarafı olan işverenin iş organizasyonuna bağlı bir biçimde iş görmektedir. AKYİĞİT, İş Hukuku, s.54.

⁵⁹⁴ “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi...denir” (İK, m.2/1)

⁵⁹⁵ “İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren...denir” (İK, m.2/1).

ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir” ifadesi kullanılarak, işyeri kavramının tanımlanmasında 4857 sayılı Kanun’daki tanımın esas alınacağı benimsenmiştir⁵⁹⁷. 854 sayılı “Deniz İş Kanunu”⁵⁹⁸ açıkça işyeri kavramını tanımlamamışsa da, işyerinin yasanın 1. maddesinden gemiye hasredildiği anlaşılmaktadır. 854 sayılı Kanun yönünden işyeri, denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemiler olup, bu da Kanun tarafından dar bir işyeri tanımı kabul edildiği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte 854 sayılı Kanun aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla ise veya işverenin gemide çalıştırdığı gemi adamı sayısı beş veya daha fazla ise yüz grostonilatolunun altında olan gemileri de işyeri saymaktadır (m.1/2)⁵⁹⁹. 5953 sayılı “Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun”da⁶⁰⁰ “gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajansları” işyeri olarak kabul edilmiştir⁶⁰¹.

İş Kanunlarında yer alan işletme ve işyeri kavramlarının farkının ortaya konulması gerekir. İşyeri, mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amacı olduğu halde işletme kural olarak iktisadi ve mali (kar sağlama) amacı güder⁶⁰². Ancak iktisadi amaç mutlak bir zorunluluk da değildir. Örneğin bir fikrin gerçekleştirilmesi amacıyla veya bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla da işletme kurulabilir⁶⁰³. İşletme kavramı işyeri kavramına göre daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin bir banka tümüyle birlikte bir işletmeyi ifade ederken, bankanın şubesi, bankaya bağlı bir işyerini ifade etmektedir. Ancak bir işverenin tek bir fabrikası olsa bile bu hem işyeri hem de işletme olarak kabul edilip, üretime yönelik tarafıyla işyeri; iktisadi amaç güden yönüyle de işletme sayılır⁶⁰⁴.

⁵⁹⁶ “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 mesleki 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” (İK, m.2/1-3).

⁵⁹⁷ STİSK’nun 2. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında işçi, işveren ve işyeri kavramlarına ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanunu’na yapılan atfın; aynı kavramlar bakımından 854 sayılı Kanun, 5953 sayılı Kanun ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK - RG., 29.04.1967, 12586. TBK, 01.07.2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir) kapsamında iş sözleşmesi ile çalışanlar bakımından geçerli olup olmadığına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır; Öğretide, işyeri tanımı açısından da, diğer iş kanunlarının tümü açısından İş Kanunu’nda yer alan tanımın esas alınması da sakınca doğurur niteliktedir. **TUNCAY, A.Can**, “Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri”, **Sicil**, Mart-2011, s.154; Bu konuda ayrıca bkz. **KUTAL, Metin**, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme”, **Sicil**, Eylül-2008, s.73 vd.

⁵⁹⁸ RG., 29.04.1967, 12586.

⁵⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **BEDÜK**, s.7 vd.

⁶⁰⁰ RG., 20.06.1952, 8140.

⁶⁰¹ **SÜMER**, Bireysel Basın İş Hukuku, s.50 vd.

⁶⁰² **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.58; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş İlişkileri, s.161; **ÇELİK**, s.66; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.197.

⁶⁰³ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.197.

⁶⁰⁴ **ESENER**, s.82; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.197; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.68.

bb) İşyerinin Devri Kavramı

İş Hukukunda işveren değişikliğini sağlayan diğer bir uygulama da işyerinin devridir⁶⁰⁵. İşyerinin devrinde, iş sözleşmesi kanun gereği devralana intikal etmektedir⁶⁰⁶. İşyeri devri, işyerinin tamamının devrini kapsayabileceği gibi, bir bölümünün de devrini kapsayabilir (İK, m.6/1). İşyerinin devredilmesi hukuki bir işleme dayalı olarak gerçekleştirilebileceği gibi, işyerinin bölünme, birleşme veya tür değiştirmesine bağlı olarak da gerçekleşebilir. İş Kanununun 6. maddesinin son fıkrası gereğince, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin başkasına devri halinde, bu devir hukuki bir işleme dayanıyor olsa bile, İş Kanununun 6. maddesinde yer alan işyeri devrine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır⁶⁰⁷.

Çalışmamızın bu noktasında işyeri devrinin gerçekleştirilmesini ve devrin hukuki yöntemleri ile bu yöntemlerin iş sözleşmesinin devrinden olan farklılıkları değerlendirme konusu yapılacaktır.

aaa) İşyerinin Bir Hukuki İşleme Dayalı Olarak Devri

aaaa) İşverenin Değişmesi

İşyeri veya işyerinin bir bölümü *hukukî bir işleme dayalı olarak* başka birine devredilebilir. (İK, m.6/1). İşyerinin devredilmesi sonucunda, “*devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer*” (İK, m.6/1)⁶⁰⁸. İş sözleşmelerinin devralan işverenle devamı işyerinin yalnızca bütünüyle devri halinde değil, bir bölümünün devri halinde de geçerli olacaktır⁶⁰⁹. Hukuki bir işleme dayalı olarak devir, işverenin kendi iradesi ile işyerini satması, kiralaması, bağışlaması, trampa yap-

⁶⁰⁵ Ayrıca işverenin ölümü nedeniyle işyerinin mirasçılara geçmesi ya da devletleştirme yoluyla işyerinin devlete geçmesi veya özelleştirme yoluyla özel teşebbüse devri de işverenin değişmesine sebep olabilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. s.119 vd.

⁶⁰⁶ İşyerinin devri esas olarak İş Hukukunun konusu değildir. İş Hukuku açısından, işyerinin devri kavramı, daha çok bu müessesenin iş sözleşmeleri üzerine etkisi ve işverenlerin sorumluluğu açısından değerlendirilmektedir. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.231.

⁶⁰⁷ İşyeri devri ve iş sözleşmelerine etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZKARACA**, s.10 vd; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.190-208; **AKYİĞİT**, Şerh, (Cilt-I), s.306-324; **NARMANLIOĞLU**, İş Hukuku, s.151-155; **GÜZEL**, İşverenin Değişmesi, s.23 vd.

⁶⁰⁸ **ÇELİK**, İş Hukuku, s.59-64; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.202-213; **TAŞKENT**, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.39-40; **KÖKKİLİNÇ Eraltuğ, Ayşegül**, “Avrupa Birliği ve Türk Hukuku’nda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 85 vd; **ÖZKARACA, Ercüment**, “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk-Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/1, S:20, s.142.

⁶⁰⁹ Ancak işyerinin veya bir bölümünün devrini ifade eden bir durumun geçerliliği, devredilen bölümün ifade etmiş olduğu ekonomik birliğin korunması suretiyle sağlanabilir. Ayrıntı için bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.203. Y9HD, 06.04.2009, E.2009/13501, K.2009/9655, **ÇİL, Şahin**, İş Hukuku Yargıtay İke Kararları, 4.B, Ankara-2011, s.143-144.

ması, şirketleşmeye gidilmesi, intifa hakkı kurulması gibi sebeplere dayanabilir⁶¹⁰.

Devir bakımından İş Hukuku açısından en önemli sonuç ise, işyerinin devri sonucunda iş sözleşmeleri de kendiliğinden devralana geçmektedir. Dolayısıyla devralan işverenin sorumluluğu ile devreden işverenin sorumluluğu açısından devir işleminin etkisi oldukça önem arz etmektedir. Konuyu düzenleyen İş Kanununun 6. maddesine göre “Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür” (İK, m.6/2). “Devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar” (İK, m.6/3). İş Kanununa göre, “...bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır” (İK, m.6/3). Ancak, “Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri...”nin uygulanmayacağı benimsenmiştir (İK, m.6/4). Gerçekten de tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesini ele alan bu üç durumda tüzel kişilik son bulduğu için devralan işverenin işçilik haklarından sorumluluğundan söz edilemeyecek ve birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmayacaktır. İş Kanununun 6. maddesinin son fıkrasına göre de, bu maddenin hükümlerinin “iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde...” uygulanmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır” (İK, m.6/son).

İşyerinin devrinden maksat, yapılan bir sözleşme ile işyerinin aktifinde yer alan hakların ve pasifinde yer alan borçların tümünün bir kişiden diğer biri kişiye devredilmesi konusunda tarafların anlaşması ve bu sözleşme uyarınca hakları ve borçları nakletmeleridir⁶¹¹.

İşyerinin devrine ilişkin hükümlere Türk Borçlar Kanununun 428. maddesinde de yer verilmiştir. Nitekim hükme göre işyerinin devri ve hukuki sonuçları, devrin tarafların fesih hakkına etkisi dışında, İş Kanununun 6. maddesine paralel olarak düzenlenmiştir⁶¹². Türk Borçlar Kanununun 428. maddesine göre, “İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce

⁶¹⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.202; DANAR, s.65.

⁶¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.593.

⁶¹² SÜZEK, İş Hukuku, s.194.

doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı...” olduğu hükme bağlanmıştır.

bbbb) Alt İşverenin Değişmesi

Birbirini izleyen alt işverenler yanında, çalışmalarını devam ettiren işçilerin ara vermeden çalışması durumunun işyeri devri sayılıp sayılmayacağı gerek İş Hukuku öğretisinde gerek Yargıtay kararlarında tartışmalı bir konudur.

Süzek, birbirini izleyen alt işverenler yanında çalışmasını ara vermeden devam ettiren işçiler yönünden alt işverenin değişmesini işyeri devri olarak değerlendirmek yerine, korunan menfaatler açısından işyerinin devrine benzer bir durum söz konusu olduğundan, İş Kanununun 6. maddesinin kıyas yoluyla uygulanmasını kabul etmenin daha isabetli olacağını savunmaktadır⁶¹³.

Engin, İş Kanununun 6. maddesinin düzenleniş amacı göz önüne alınarak maddede geçen hukuki işlem ibaresinin geniş biçimde anlaşılması gerektiğini ve her ne surette olursa olsun devir gerçekleştiğinde iş sözleşmelerinin yeni işverenle devam etmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶¹⁴.

Şahlanan, İş Kanununun 6. maddesinin sözüne bağlı olarak, hükmün bir hukuki işleme dayanarak işyeri devrinin yapılmadığı ancak işyerinde işverenin değiştiği her durumda uygulanabilen bir hüküm olarak kabulünün gerektiğini düşünmektedir⁶¹⁵.

Akyiğit, her olayda işyeri devrinin varlığını kabul etmenin tatminkâr sonuç doğurmayacağını, duruma göre özellikle yeni ihaleyi alamayan alt işverenin diğer birçok işçisini götürürken kimilerini mevcut işyerinde bırakması durumunda, işyeri devri yerine, anılan işçilerin iş sözleşmelerinin devredildiğini (TBK, m.429) kabul etmenin daha uygun olacağını savunmuştur⁶¹⁶.

Sümer, alt işverenin değişmesine rağmen işçinin çalışmaya devam etmesi durumunda, önceki ve sonraki işverenler arasında bir hukuki işleme dayalı olarak işyeri devri yapılmadığı takdirde örtülü işyeri devrinin gerçekleşmesinin mümkün olmadığını; bir hukuki işleme dayalı işyeri devri veya iş sözleşmesinin

⁶¹³ SÜZEK, İş Hukuku, s.169, 201.

⁶¹⁴ ENGİN, Murat, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi-2004, Ankara-2006, s.6-7.

⁶¹⁵ ŞAHLANAN, Fevzi, “İşyeri Devri ile Asıl İşveren-Alt İşveren”, *Tekstil İşveren Dergisi*, Kasım 2007, (Hukuk Eki-18), s.2 vd; İşyeri devri olarak değerlendiren diğer görüşler ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. ALPAGUT, İşyeri Devri, s.90 vd.; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.383-384; AYKAÇ, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul-2011, s.346.

⁶¹⁶ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.74; Her somut olayın içerisinde kalınarak, işyeri devri bulunabileceği gibi, aksinin de söz konusu olabileceği hakkında bkz. ÖZKARACA, s.96-102.

devri olmaksızın işçinin aynı işyerinde çalışması halinde, önceki alt işverenle olan iş sözleşmesinin alt işveren tarafından sona erdirildiğini ve sonraki alt işverenle yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶¹⁷.

Yargıtay konu ile ilgili kararlarında, ihalenin yeni firma tarafından kazanılması sonucuna bağlı olarak işin bir alt işverenden diğer bir alt işverene devredilmesi durumunda işyeri devri bulunduğu ve iş sözleşmesinin feshi sonucu doğmayacağına hükmetmektedir⁶¹⁸. Ayrıca Yargıtay vermiş olduğu kararlarında birbirini izleyen alt işverenler arasında doğrudan bir hukuki ilişki bulunmasının gerekli olmadığı görüşündedir⁶¹⁹. Gerçekten de sözleşme süresi sona eren alt işverenin işçilerini beraberinde götürmemesi bir başka deyişle işçilerin yeni alt işveren yanında çalışmaya devam etmeleri durumunda, alt işverenler arasında örtülü bir hukuki işlemin⁶²⁰ varlığını kabul etmek gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁶²¹. Ayrıca belirtelim ki, İş Kanununun 56. maddesinin son fıkrasına 6552 Sayılı Kanun⁶²² ile eklenen hüküm ile alt işveren işçilerinden, alt işvereni değiştirdiği hâlde aynı işyerinde çalışmaya devam edenlerin yıllık ücretli izin süresinin, aynı işyerinde çalıştıkları süreler dikkate alınarak hesaplanacağı ifade edilmiştir (İK, m.56/son).

Belirtelim ki, sözleşme süresi sona eren alt işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, yapılan fesih bildirimi ile iş sözleşmesi son bulacağından işçinin daha sonra yeni alt işveren yanında çalışmaya başlaması durumunda, kurulan ilişkinin yeni bir iş ilişkisi olarak kabulü gerekir⁶²³.

⁶¹⁷ SÜMER, Halûk Hâdi, "Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları", *Sicil*, Eylül-2009, s.104-111.

⁶¹⁸ "SSK kayıtları ve tanık anlatımlarına göre de davacının 1.6.2006 tarihinden itibaren ihaleyi alan bu yeni firma nezdinde çalışmaya devam ettiği anlaşılmaktadır, işçi ihaleyi kazanan yeni şirketin işverenliğinde çalışmasını sürdürmektedir. Müteahhit değişikliği sadece işyeri devri niteliğindedir, iş sözleşmesinin feshi söz konusu olmadığından, feshe bağlı ihbar-kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacaklarını talep hakkı doğmamıştır. Dairemizin söz konusu isteklerin reddine ilişkin mahkeme kararlarının onanması doğrultusunda E 2007/40325- 26, 2008/13357 sayılı ilamları bulunmaktadır. Söz konusu isteklerin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". Y9HD, 18.01.2010, E.2008/14578, K.2010/195, *Çalışma ve Toplum*, 2010/3, S:26, s.460.

⁶¹⁹ Y9HD, 26.03.2012, E.2010/1870, K.2012/10005, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:87, S:2, Yıl:2013, s.605 vd; Y9HD, 22.01.2013, E.2012/1999, K.2013/211, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2013/3, s.662; Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *ALPAGUT*, İşyerinin Devri, s.95 vd; *GÜZEL*, İşverenin Değişmesi, s.53, 110-111.

⁶²⁰ "Hukuki işlemle devir" ifadesi, geniş bir şekilde değerlendirilmelidir. Zira işyerinin hukuki işlemle devrinin gerçekleşmesi yazılı, sözlü hatta zımni bir anlaşma ile dahi gerçekleşebilir". Y9HD, 26.03.2012, E.2010/1870, K.2012/10005, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:87, S:2, Yıl:2013, s.605 vd; Ayrıca bkz. *DOĞAN YENİSEY, Kübra*, "İşyeri Devri Çerçevesinde İşyeri ve İşyeri Bölümü Kavramları", *Kadir Has Üniversitesi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri*, İstanbul-2009, s.135; Karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirmeler açısından bkz. *ALPAGUT*, İşyeri Devri, s.100 vd.

⁶²¹ *ŞAHLANAN*, "Alt İşveren", s.2.

⁶²² İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Karamamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, RG, 11.09.2014, 29116.

⁶²³ Y9HD, 26.03.2012, E.2010/1870, K.2012/10005, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:87, S:2, Yıl:2013, s.605; "...İki alt işveren arasında işyeri devri yapıldığı hususunda bir delil mevcut değildir. Hizmet akdinin devri hususunda da bir iddia

Asıl işveren tarafından ihale yoluyla birbirini izleyen alt işverenlere işin muvazaalı olarak devredilmesi durumunda, alt işveren işçileri hep aynı işyerinde kalıyor olsalar bile, meydana gelen alt işveren değişikliği gerçek anlamda bir işveren değişikliği olarak kabul edilmeyecek ve İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında belirtilen hüküm uyarınca, alt işverenin işçileri asıl işverenin işçisi sayılacaktır⁶²⁴.

Görüldüğü gibi değişen alt işverenlere rağmen, işyerinde çalışmasını devam ettiren işçiler açısından kural olarak bir işyeri devrinin bulunduğu kabulü gerekmektedir. Aslında alt işverenlerin değişiminde olması gereken husus, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması sırasında işçilerini de beraberinde iş aldığı diğer işyerlerine götürmesi veya iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Ancak bir alt işverenin ayrılıp, işin yeni bir alt işveren tarafından devralınmasının ardından, önceki alt işverenden kalan işçilerin, işyerinden ayrılan alt işverence iş sözleşmelerinin sona erdiği açıkça dile getirilmemiş ise veya beraberinde yeni işyeri için götürülmemiş ise, işyerinde çalışmaya devam eden işçilerin, iş sözleşmeleri ile birlikte işyeri devri sonucuna bağlı olarak yeni alt işverene geçtikleri kabul edilmelidir.

Mevcut durum içinde kalınarak, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi kapsamında örtülü bir iş sözleşmesi devri ihtimali üzerinde durmanın mümkün olmadığı *kanaatindeyiz*. Zira iş sözleşmesinin devrinde devreden ile devralan işverenler arasında yapılacak devir sözleşmesine işçinin yazılı olarak rıza vermesi gerekmektedir (TBK, m.429/2). İş sözleşmesinin devrinin, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi kapsamında *örtülü* olarak yapılması mümkün değildir.

Bu noktada ele alınması gereken ihtimallerden biri de alt işveren ile mevcut sözleşmenin son bulması ancak işin yeni bir alt işverene verilmemesi durumunda, alt işveren işçilerinin aynı işyerinde bırakılmasının hukuksal açıdan nasıl nitelendirileceğidir. Gerçekten de eğer alt işveren tarafından işçilerin sözleşmesi feshedilmemiş ise ve alt işveren işçileri de, işin sona ermesine rağmen aynı işyerinde alt işveren ile birlikte götürülmemişse, mevcut durum karşısında bir işyeri devrinin varlığı kabul edilemeyecektir. Zira işyeri devri asıl işverenden diğer bir asıl işverene veya alt işverenden diğer bir alt işverene yönelik olarak gerçekleşebilir. Dolayısıyla alt işverenin yapmakta olduğu işin artık baş-

bulunmamaktadır. Davalı işveren davacıyı başka işyerlerinde işe davet ettiği ve iş verdiği konusunda da iddiada bulunmamıştır. Bu durumda ihale sözleşmesinin bittiği tarihte hizmet akdinin davalı tarafından sona erdirildiğinin ve davacının ihbar, kıdem tazminatı ile izin ücreti talep etmekte haklı bulunduğu kabulü gerekir... Y9HD, 12.10.2004, E.2004/6408, K.2004/22998, www.kazancihukuk.com, 11.11.2013; Bkz. ÇİL, Şahin, "Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi", **Kadir Has Üniversitesi**, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, İstanbul-2009, s.56 vd.

⁶²⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.178-179; ÇİL, Alt İşveren, s.23.

ka bir alt işverene verilmesi söz konusu değilse, alt işverenden asıl işverene yönelik olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin niteliği gereği bir işyeri devri kabul edilemeyeceği için yapılan işlemin sonucunda iş sözleşmesinin devrinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Şayet taraflar arasında Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi kapsamında öngörülen şartlarla bir iş sözleşmesi devri işlemi gerçekleştirilirse, alt işverenin işçilerinin asıl işverene devredildiğinin kabulü gerekecektir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi kapsamında *örtülü* sözleşme devrinin gerçekleşmesi mümkün olmadığından bir başka deyişle işçinin açıkça yazılı rızası gerekeceğinden, alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işyerinde bırakılması durumunda, iş sözleşmelerinin alt işveren tarafından feshedildiğinin kabulü zorunlu bir sonuç olarak karşımıza çıkacaktır. Şayet bu takdirde işçiler asıl işveren tarafından çalıştırılmaya devam ediliyor ise, bunlarla işveren arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmek gerekecektir.

bbb) İşyerinin Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirme Nedeniyle Devri

İşletmelerin hukuki yapılarında değişiklik meydana getiren *birleşme, bölünme ve tür değiştirme* sonucunda meydana gelen yeni durumlar, İş Hukuku anlamında işveren sıfatının değişmesine sebep olmaktadır. Şüphesiz ki bu değişim Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu⁶²⁵ kapsamında benimsenen kurallar çerçevesinde gerçekleşmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde belirtmiş olduğumuz değişimlere sebep olan *birleşme, bölünme ve tür değiştirme* kavramlarına kısaca değinmekte yarar olduğunu düşünmekteyiz.

Uygulamada şirket evlilikleri olarak adlandırılan gerek ulusal gerek uluslararası piyasalarda sıkça karşılaşılan *birleşme* müessesesi iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlardan ilki, iki veya daha çok ticaret şirketinin aktif ve pasiflerini birleştirerek, tüzel kişiliklerini sonlandırmak suretiyle ortaya yeni bir tüzel kişi ticaret şirketinin çıkarılması şeklinde gerçekleşen *yeni bir kuruluş meydana getirmek suretiyle birleşme* yöntemidir⁶²⁶. Bu ihtimalde şirketler infisah etmekte ve malvarlıkları bir bütün halinde yeni kurulan ortaklığa devredilmektedir⁶²⁷. İkinci olarak ticaret şirketlerin birleşme şekli ise, bir veya daha çok ticaret şirketinin tüzel kişiliklerini sona erdirerek, aktif ve pasiflerini mevcut diğer bir ticaret şirketinin aktif ve pasifiyle birleştirmesi şeklinde gerçekleşmektedir ki, bu mües-

⁶²⁵ RG., 04.02.2011, 27846.

⁶²⁶ PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2.B, Ankara-2013, s.63 vd; COŞTAN, Hülya, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, 2.B, Ankara-2013, s.21.

⁶²⁷ PULAŞLI, s.64.

seseye de devralma veya katılma yoluyla birleşme adı verilmektedir⁶²⁸. Bu ihtimalde ise yalnızca katılan şirket veya şirketler infisah etmekte ve dolayısıyla tüzel kişiliklerini kaybetmektedirler. Nitekim belirtmiş olduğumuz bu olgular Türk Ticaret Kanununun 136. maddesinde ifadesini bulmuştur. Hükme göre “Şirketler; a) Bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle “devralma şeklinde birleşme” veya b) Yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle “yeni kuruluş şeklinde birleşme”, yoluyla birleşebilirler. (2) 136 ilâ 158 inci maddelerin uygulamasında, kabul eden şirket “devralan”, katılan şirket “devrolunan” diye adlandırılır”.

Birleşme ister devralma şeklinde isterse yeni kuruluş şeklinde gerçekleşsin bu yolla devrolunan ya da birleşen şirketlerin malvarlıklarını oluşturan tüm hak, alacak ve borçlar kendiliğinden kalan veya yeni kurulan ortaklığa devredilmiş olacaktır. Dolayısıyla bu anlamda devir bir cüz’i halefiyet şeklinde değil, külli halefiyet şeklinde gerçekleşmektedir⁶²⁹. İşverenlik sıfatı tüm işçiler yönünden birleşme yoluyla yeni kurulan ortaklığa ait olacaktır. Ancak katılma yoluyla birleşmede, katılan şirket tüzel kişiliğini koruduğu için bu şirkete bağlı işçiler yönünden işveren değişikliği söz konusu olmayacak, yalnızca katılan şirketin işçileri yönünden işverenlik sıfatı değişmiş olacaktır⁶³⁰.

Birleşmenin aksine, işletme yapısında ve malvarlığında parçalanma meydana getiren küçülmeye *bölünme* adı verilir⁶³¹. Genel olarak bölünme, bir ortaklığın malvarlığının bir veya bazı kısımlarını, bir bütün halinde mevcut veya kurulacak ortaklıklara devredip, karşılığında bu ortaklıkların paylarını ya kendisinin ya da ortaklarının iktisap etmesi anlamına gelir⁶³². Türk Ticaret Kanunu, bölünme ile ilgili 159. maddesinde *tam ve kısmi* bölünmeden söz etmiştir. Hükme göre, “1) Bir şirket tam veya kısmi bölünebilir. a) Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir. b) Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümünün karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur”.

⁶²⁸ PULAŞLI, s.64.

⁶²⁹ ALPAGUT, İşyerinin Devri, s.77.

⁶³⁰ ALPAGUT, İşyerinin Devri, s.78.

⁶³¹ PULAŞLI, s.97; ALPAGUT, İşyerinin Devri, s.78.

⁶³² PULAŞLI, s.97.

Ticaret ortaklıklarının bölünmesi üzerine bölünen kısım veya kısımların birer işyeri niteliği taşıması durumunda bir işyeri devrinin ortaya çıkacağını kabul etmek gerekir⁶³³. Bir ortaklık malvarlığına dahil işyerinin bir başka gerçek kişiye devri durumunda bölünme ortaya çıkmayacağı gibi bir başka ortaklığa devir durumunda ortaklığın veya ortakların hisse almaması durumunda da yine bir bölünmeden söz edilemeyecektir⁶³⁴.

Tür değiştirme, bir işletmenin hukuki ve ekonomik ayniyet ve devamlılığını sürdürmek şartıyla bir hukuki biçimden bir başka hukuki biçime çevrilmesi sonucunda bir başka biçimde ticaret ortaklığı halini almak suretiyle uygun statü ve unvana sahip olması anlamına gelir⁶³⁵. Türk Ticaret Kanununun 180. maddesine göre “Bir şirket hukuki şeklini değiştirebilir. Yeni türe dönüştürülen şirket eskisinin devamıdır”. Dolayısıyla eski tür tasfiye edilmediği gibi fesih yoluna da gidilmemektedir. Eski türün malvarlığı kendiliğinden yeni türün malvarlığı haline gelmektedir⁶³⁶.

İş Kanununun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinden söz edilebilmesi için, tür değiştirme sonucun işveren değişikliğinin de gerçekleşmiş olması gerekir. Zira tür değiştirme ticaret hukukunda *devredici tür değiştirme* ve *biçim değiştirici tür değiştirme* olmak üzere iki farklı şekilde olabilmektedir. Devredici tür değiştirmede eski türdeki şirket tasfiye edilmeksizin bütün malvarlığı ile yeni kurulan yeni türdeki şirkete devredilmektedir. Bu ihtimalde malvarlığının intikalinde külli halefiyet ilkesi geçerli olmakta ve İş Hukuku kapsamında bir işveren değişikliği ortaya çıkmaktadır⁶³⁷. Biçim değiştirici tür değiştirmede ise bir şirket bazı işlemler sonucu yeni tür şirkete dönüşmektedir. Aynı tüzel kişilik biçim değiştirdiği için ortada tek bir tüzel kişilik bulunmakta ve bu ihtimalde bir işyeri değişikliği de söz konusu olmamaktadır⁶³⁸.

İşyerinin hukuki bir işleme dayalı olarak devri ile bölünme, birleşme veya tür değiştirme nedeniyle devri İş Kanunu açısından farklı değerlendirilmiş, “tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri”nin uygulanmayacağı dile getirilmiştir (İK, m.6/4). Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 178. maddesi, işyeri devri

⁶³³ ALPAGUT, İşyerinin Devri, s.80.

⁶³⁴ ALPAGUT, İşyerinin Devri, s.80.

⁶³⁵ PULAŞLI, s.128.

⁶³⁶ PULAŞLI, s.129.

⁶³⁷ ALP, “Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme”, s.54.

⁶³⁸ ALP, “Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme”, s.54.

konusunda önemli düzenlemeler getirerek, işyeri devrini düzenleyen İş Kanununun 6. maddesinden çeşitli yönleriyle ayrılan düzenlemelere yer vermiştir⁶³⁹.

Türk Ticaret Kanununun “İş ilişkilerinin geçmesi” başlıklı 178. maddesinin düzenlemesine göre;

“(1) Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.

(2) İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur.

(4) Aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez.

(5) İşçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler.

(6) Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler”.

Madde hükmü açısından öncelikle dikkat çeken husus, İş Kanununun 6. maddesinde düzenlenmemiş olan ancak Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen itiraz hakkıdır. Hükme göre ticari şirketlerin birleşmesi, bölünmesi veya tür değiştirmesi durumlarında, işçiye itiraz hakkı tanınmış ve işçilerle yapılan hizmet sözleşmelerinin, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla birlikte devralana geçeceği kabul edilmiştir (TTK, m.178/1).

Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere bu hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 333. maddesinden alınmıştır. İş

⁶³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. EKMEKÇİ, Ömer, “Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi”, Sicil, Aralık-2011, s.154-159; SENYEN Tuncay Kaplan, Emine, “İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil, Mart-2013, s.24-39; ALP, “Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme”, s.51-74; ASTARLI, s.69-106.

Kanununun 6. maddesinde yer alan işyerinin devrine ilişkin düzenleme ile Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinde yer alan düzenleme arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu noktada ortaya çıkan sorun ise, işyeri devrine ilişkin olarak İş Kanununun 6. maddesinin mi yoksa Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinin mi uygulanacağı sorunudur. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, ortaya çıkan sonuç birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlerde söz konusu olmaktadır⁶⁴⁰. Aynı olaya uygulanacak iki ayrı kanun hükmünün bulunması durumunda hangisinin öncelikle uygulanacağına dair kurallardan hareketle, genel kanun – özel kanun ilişkisi çerçevesinde soruna çözüm aranması mümkün değildir. Zira gerek İş Kanunu gerek Türk Ticaret Kanunu eş değer kanunlardır. İş Kanunu kapsamına aldığı işçilerin iş ilişkilerini ve bundan doğan hak ve yükümlülükleri düzenleyen özel nitelikli bir kanundur. Aynı şekilde Türk Ticaret Kanunu'nun 178. maddesi de tüm işyerlerinde değil, sadece ticari şirketlerin birleşme, bölünme veya tür değiştirmelerinde iş ilişkisinin devralan işverene geçişini düzenleyen özel nitelikli bir kanun hükmüdür⁶⁴¹. Yine aynı kurallardan hareketle eski tarihli – yeni tarihli kanun ilişkisine baktığımızda ise Türk Ticaret Kanunu, İş Kanunu karşısında yeni tarihli kanun niteliğindedir. Dolayısıyla sonraki özel kanun hükmü niteliğinde olan Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinin, önceki özel kanun niteliğinde olan İş Kanununun 6. maddesine göre ticari şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirmelerinde iş ilişkilerinin devralan işverene geçişine ilişkin olarak öncelikle uygulanması gerekmektedir⁶⁴². Bu durumda ortaya çıkan sonuca göre, ticaret şirketlerinin birleşme bölünme ve tür değiştirme suretiyle dönüşmesi (TTK, m.134-194) şayet bir işyeri devri sonucu doğuruyorsa, devredilen işyerindeki işçilerin iş ilişkilerinin devralan işverene geçişi ile ilgili durumda Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen, iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkına ilişkin hüküm uygulanacak; bunun dışında bir hukuki işleme dayalı olarak gerçekleştirilecek işyeri devirlerinde ise İş Kanununun 6. maddesi hükmü uygulama alanı bulacaktır⁶⁴³. Bir başka deyişle Türk Ticaret Kanununun işyeri devrini ele alan 178. maddesi ile İş Kanununun işyeri devrini düzenleyen 6. maddesi hükümlerinin çatıştığı noktalarda Türk Ticaret Kanununun 178. maddesi uygulama alanı bulacak, yalnızca Türk Ticaret Kanununun 178.

⁶⁴⁰ ALP, "Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme", s.56.

⁶⁴¹ ASTARLI, s.85.

⁶⁴² SÜZEK, İş Hukuku, s.215; ALP, "Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme", s.58 vd; ASTARLI, s.85; SENYEN, s.37; Aksi görüş, EKMEKÇİ, s.159.

⁶⁴³ ASTARLI, s.85; ALP, "Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme", s.58.

maddesinde düzenlenmeyen konularda İş Kanununun 6. maddesi hükmüne başvurulacaktır⁶⁴⁴.

cc) İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Karşılaştırılması

aaa) İşyerinin Hukuki Bir İşleme Dayalı Olarak Devri Durumunda

İşyerinin devri, işyerinin bir başka işverene geçmesi, işyerinin el değiştirilmesi demektir. Bir başka deyişle, işyeri devrinde devrin konusu işçi değil, işyeridir⁶⁴⁵. İş sözleşmesinin devrinde işçi bir başka işverenin işyerine gitmekte iken; işyeri devrinde bir başka işveren işyerine gelmektedir⁶⁴⁶.

Bir işyeri satış, miras, devletleştirme, özelleştirme, tüzel kişiliklerin birleşmesi ya da katılma gibi çeşitli yöntemler sonucu bir işverenden diğer bir işverene geçebilir⁶⁴⁷. İş Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasına göre, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

Hukuki işlem ile devirden, işyeri devrinin külli halefiyet⁶⁴⁸ veya kanun hükmü gereği gerçekleştiği durumlar dışında kalan ve işveren değişikliğine yol açan tüm fiili devirlerin anlaşılması gerekir⁶⁴⁹. Söz konusu hukuki işlem özel

⁶⁴⁴ Gerçekten de *itiraz hakkı* dışında, işyeri devrine ilişkin bazı konularda TTK'nun 178. maddesi, İK'nun 6. maddesine göre bazı önemli farklılıklar içermektedir. Buna göre, İK'nun 6. maddesine göre devir işçi bakımından haklı sebep oluşturmaz iken; TTK'nun 178. maddesinin 2. fıkrası bakımından işçinin itirazı halinde iş sözleşmesinin sona ereceği benimsenmiştir. Yine İK'nun 6. maddesinde birleşme ve tür değiştirme halinde müteselsil sorumluluk doğmayacağı belirtilmiş iken; TTK'nun 178. maddesinin 3. fıkrasında özel olarak birleşme, bölünme ve tür değiştirme durumunda müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı benimsenmiştir. Bkz. ALP, "Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme", s.58.

⁶⁴⁵ İşyeri devri ve buna bağlı sonuçlar hakkında Ayrıntılı bilgi için bkz. SÖNMEZ TATAR, Gülsüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara-2011, s.31 vd; ÖZKARACA, s.42 vd; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.459-494; SÜZEK, İş Hukuku, s.202-213; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.231-245; ALPAGUT, İşyeri Devri, s.5 vd.

⁶⁴⁶ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.306.

⁶⁴⁷ SÜMER, İş Hukuku, s.25; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.55.

⁶⁴⁸ Gerçekten de işverenin ölümü halinde, işyeri hukuki bir işleme dayalı olarak değil, Türk Medeni Kanununun Miras Hukuku hükümleri çerçevesinde mirasçılara geçmektedir (TBK, m.599), Bkz. İNAN, Ali Naim/ERTAŞ Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 6.B, İstanbul-2003, s.114; Ayrıca İş Kanununun 6. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, hukuki işleme dayalı olarak yapılan devrin kapsamına gerçek kişi işverenin ölümüyle işyerinin miras hükümlerine göre mirasçılara geçmesi dışındaki bütün haller girmektedir. İşyerinin bir hukuki işleme dayalı olarak devrine bağlı sonuçlar, yalnızca kesin ve sürekli devir sonucunu doğuran satım sözleşmesinin değil; işyerinin geçici ve sürekli olarak başkasına devrini içeren kira sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde de uygulanabilecektir. Bkz. KAYA, Pir Ali, İş Hukuku-Temel Yasalar, 4.B, Ankara-2013, s.49.

⁶⁴⁹ ÖZKARACA, s.42.

hukuka veya kamu hukukuna dayalı olabileceği gibi bir yargı ya da yasama işlemi niteliğinde de olabilir⁶⁵⁰.

Görüldüğü gibi, işyeri devrinde iş sözleşmeleri ayrı bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden devralan işverene geçmektedir. İş sözleşmesinin devri ise Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasına göre “...ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir”. Dolayısıyla işyeri devri işlemi gerek iradeden gerek bir kanun hükmü veya bir yargısal karara bağlı olarak doğabileceği gibi, iş sözleşmesinin devri işlemi yalnızca tarafların iradesinden doğmaktadır. İşyeri devri işlemi ile iş sözleşmesinin devri işlemi bu anlamda üçlü iş ilişkisi özelliği gösterse de, incelediğimiz ihtimalde işyerinin devrinde iş sözleşmeleri kanun gereği kendiliğinden devralan işverene geçmektedir.

İşyerinin cüz’i halefiyet sonucu, birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye dayalı hukuki işlemler dışında, bir başka işverene geçişi sırasında işyeri devri ile iş sözleşmesinin devri arasında, her iki işleme bağlı hukuki sonuçlar bakımından da önemli ayrımlar mevcuttur. İşyerinin devri işleminin sonucunda devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumlu tutulmuş, ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı kalmıştır (İK, m.6/3). İş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde ise devreden işverenin sorumluluğunu öngören herhangi bir hükme yer verilmemiş, devralan işverenin bütün hak ve borçlarıyla birlikte iş sözleşmesinin tarafı olacağı hükme bağlanmıştır (TBK, m.429/2)⁶⁵¹.

bbb) İşyerinin Bölünme, Birleşme veya Tür Değiştirmeye Bağlı Olarak Devri Durumunda

Tüzel kişiliğin bölünme, birleşme veya tür değiştirme yoluyla devrine bağlı sonuçlar ile işyerinin hukuki bir işleme dayalı olarak devrine bağlı sonuçlar İş Kanununun 6. maddesinde bazı noktalarda farklı düzenlenmiştir. Ayrıca yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere Türk Ticaret Kanununun 178. maddesi ticari şirketlerin bölünme, birleşme veya tür değiştirme nedeniyle devrine ilişkin olarak İş Kanununun 6. maddesinden de temel bazı noktalarda ayrılmaktadır.

Her şeyden önce belirtelim ki, İş Kanununun 6. maddesinde düzenlenen ve işyeri devrini ele alan hükümlerde devredilen işyerindeki iş ilişkileri devrala-

⁶⁵⁰ Örneğin Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, borcundan dolayı tasfiye sürecine giren bir işverene ait işyerinin yeni bir oluşumla diğer bir işveren tarafından işletilmeye devam edilmesi halini İK’nun 6. maddesi kapsamına giren fiili devir olgusu olarak kabul etmiştir. Y9HD, 27.01.2005, E.2004/12137, K.2005/1645, www.kazancihukuk.com (27.06.2013).

⁶⁵¹ Ayrıntı için bkz. s.219 vd.

na kendiliğinden tüm hak ve borçları ile birlikte geçmektedir. İş sözleşmesinin devrinde ise taraf iradeleri önem arz etmektedir. Taraflardan birinin iradesi olmaksızın yapılan devir sözleşmesi geçersizdir. İş sözleşmesinin devri daha önceden de vurguladığımız üzere, işçinin işyerinin de değişmesi şartıyla bir işverenden diğer bir işverene geçişi şeklinde gerçekleşmektedir.

Önemle vurgulanması gereken bir husus da, işyerinin hukuki bir işleme dayalı olarak devrinde öngörülme⁶⁵²yen işçinin *itiraz hakkının* tüzel kişiliğin birleşme, bölünme ve tür değiştirme nedeniyle devri halindeki varlığıdır. Dolayısıyla normalde hukuki işleme dayalı işyeri devirlerinde devralan ve devreden işveren arasında gerçekleştirilen devir sözleşmesi gereği işyeri, işçilerin herhangi bir onayı aranmaksızın tüm iş sözleşmeleri hak ve borçları ile birlikte devralan işverene kendiliğinden geçerken; birleşme, bölünme ve tür değiştirmede belirtilen sonucun geçerliliği işçinin devre herhangi bir şekilde itiraz etmemiş olması şartına bağlanmıştır. Bu haliyle işyeri devri, iş sözleşmesinin devri işlemi ile benzerlik göstermektedir. Zira iş sözleşmesinin devrinde de, işçinin yazılı rızasının aranması şart koşulmuştur (TBK, m.429/1). Ancak itiraz hakkını kullanma süresi, şekli ve itirazın muhatabı konusunda gerek kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesinde gerek Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁵². İtirazın şekli konusunda bir düzenleme bulunmadığı için sözlü dahi olsa geçerli kabul etmek gerekir⁶⁵³. Ancak bu ihtimalin ispat konusunda zorluklara sebep olacağı da unutulmamalıdır.

İş Kanununun 6. maddesinin 4. fıkrasına göre tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür. Ancak Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinin 3. fıkrasında ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirme durumunda birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı benimsenmiştir. Ayrıca birlikte sorumluluğun kapsamı İş Kanununun 6. maddesine kıyasla genişletilmiştir (TTK, m.178/4). Yine Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinde işçilere alacakları için teminat talep etme hakkı tanınmış iken, bu hükmün karşılığı İş Kanununun 6. maddesinde bulunmamaktadır. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu, ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirme nedeniyle karşı karşıya kalacağı işyeri devri uygulamasında paralel hükme sahip bulunan İş Kanununun 6. maddesinden ayrılan temel farklılıklar benimsemiştir⁶⁵⁴. Örneğin Türk Ticaret Kanununda bölünme, birleşme ve tür değiştirme nedeniyle işyerinin devri durumunda birlikte sorumluluğa yer verilmiş iken, İş

⁶⁵² ALP, "Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme", s.62.

⁶⁵³ ALP, "Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme", s.63.

⁶⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ALP, "Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme", s.56 vd; ASTARLI, s.72 vd.

Kanununda aynı amaçla söz konusu olabilecek işyeri devirlerinde birlikte sorumluluğa yer verilmemiştir. Nitekim İş Kanununun 6. maddesinin 4. fıkrasında açıkça “Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümlerinin” uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

İş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi ile konuyu karşılaştırdığımız takdirde, işyeri devrinin hukuki bir işleme dayalı olarak bir başkasına devrinde belirtmiş olduğumuz birlikte sorumluluğa ilişkin sonuçlardan farklı bir durumun ortaya çıkmadığını görmekteyiz. Zira Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde devreden işverenin sorumluluğunu öngören herhangi bir hükme yer verilmemiş, devralan işverenin bütün hak ve borçlarıyla birlikte iş sözleşmesinin tarafı olacağı hükme bağlanmıştır (TBK, m.429/2).

b) İşverenin Ölümü

İşçinin ölümü durumunda iş sözleşmesi hiç tereddütsüz kendiliğinden sona ererken (TBK, m.440/1), işverenin ölümü kural olarak iş sözleşmesini sona erdirmez⁶⁵⁵. Bu durum işyerinin kısmen veya tamamen devri gibi algılanır ve ölen işverenin işçilerinin tümünün iş sözleşmesi herhangi bir hukuksal işleme ihtiyaç göstermeden, mirasçılara geçer⁶⁵⁶. Belirtmiş olduğumuz bu sonuç iş ilişkisi bakımından işverenin şahsının önemli olmadığı haller için geçerlidir. Türk Borçlar Kanununun 441. maddesinin 2. fıkrasının düzenlemesi de bu yöndedir. Hükme göre, “Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer”. Örneğin kendisinin bakımıyla ilgilenmek üzere bir hemşirenin işe alınması, özel şoför, özel hizmetçi çalıştırılmasında işverenin ölümü iş ilişkisinin de son bulmasına neden olacaktır⁶⁵⁷.

İşverenin ölümü halinde “...işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır” (TBK, m.441/1). Madde hükmünün atfı yapmış olduğu Türk Borçlar Kanununun 428. maddesinin 1. fıkrasına göre işyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devredilmesi durumunda, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri-

⁶⁵⁵ Ölümün iş ilişkileri üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT, Ercan, “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, *Sicil*, Haziran 2011, s.32-46; Ayrıca bkz. AKYİĞİT, Ercan, “İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi”, *Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:17, s.11-27.

⁶⁵⁶ AKYİĞİT, “Yeni Sonuçları”, s.39.

⁶⁵⁷ AKYİĞİT, “Yeni Sonuçları”, s.41.

nin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği öngörülmüştür (TBK, m.428/1). Dolayısıyla işverenin ölümü durumunda hukuken devam eden iş sözleşmeleri tüm hak ve borçları ile birlikte mirasçılara intikal edecektir. Bu intikal şüphesiz ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun⁶⁵⁸ Miras Hukuku kitabında (TMK, m.495-682) öngörülen hükümler çerçevesinde gerçekleşecektir.

Mirasçılar işyerini kanun hükümleri gereği külli halefiyet yoluyla iktisap ederek, işverenlik sıfatını kazanmış olurlar. Ancak işverenin ölümü üzerine işverenin mirasçıya intikali cüz'i halefiyet yoluyla da olabilir⁶⁵⁹. Gerçekten de işverenin vasiyet yoluyla işyerini bir kimseye bırakması durumunda vasiyet alacaklısı, işverenin ölümü üzerine kendiliğinden işyerini iktisap edemeyecek, vasiyeti ifa ile yükümlü olanlardan bu yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyebilecek ve bu yükümlülüğün ifası üzerine işyerine sahip olabilecektir.

c) İşyerinin Cebri İcra Yoluyla El Değiştirmesi

Cebri icra, kendi isteği ile borçlarını yerine getiremeyen bir borçlu karşısında alacaklının alacağına kavuşabilmesi için bir talep ile cebri icra organlarına harekete geçirmesi anlamına gelir. Bu başvuru sonucunda, devletin cebri icra organlarınca borçlunun malvarlığına el konulur ve bunların satışı sonucu elde edilen para ile alacaklının alacağı karışlanır⁶⁶⁰.

İşverenin borçlarını yerine getirememesi sonucunda cebri icra hukuku ile karşılaşması mümkündür. Bu takdirde alacaklıların başlatmış olduğu cebri icra neticesinde icra takibi kapsamında işyerinin el değiştirmesi söz konusu olabilir. İş Hukuku açısından işverenin cebri icra hukuku kuralları ile baş başa kalması durumunda gerek işyerinin el değiştirmesi gerek işçilerin alacak hakları ile ilgili özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Avrupa Birliğinin “İşletme veya İşletmenin Bir Bölümünün Devri Halinde İşçi Haklarının Korunmasına İlişkin 2001/23 EC Sayılı Konsey Yönergesi”nin 5. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında üye devletlerin farklı bir uygulamaya gitmedikleri takdirde, devreden varlıkları yetkili makam gözetiminde tasfiye etmek üzere devreden, iflas işlemleri veya benzeri acze düşme işlemlerine tabi tutulması durumunda, Yönergenin çalışanların haklarının korunmasını ve fesih yasağını öngören 3. ve 4. madde hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. İş Kanununun işyeri devrini düzenleyen 6. maddesinin son fıkrasında durum iflas işlemlerine ilişkin olarak ele alınmış ve işyeri devrine ilişkin olarak

⁶⁵⁸ RG, 08.12.2001, 24607.

⁶⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTAN Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 11.B, Ankara-2003, s.531 vd.

⁶⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, 21.B, Ankara-2007, s.29 vd.

getirilmiş düzenlemenin iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmayacağı benimsenmiştir. Belirtelim ki, Yargıtay icra hukuku kapsamında yapılan satış sonucu ortaya çıkan devrileri İş Kanununun 6. maddesi çerçevesinde bir işyeri devri olarak kabul etmektedir⁶⁶¹.

Öğretide icra takibi kapsamında gerçekleştirilen bir satış sonucunda, işyeri kanun hükmü gereği ihale anında kendiliğinden devralan tarafa intikal etmiş sayılacağından, belirtilen türden satışların İş Kanununun 6. maddesi anlamında bir işyeri devri olarak kabul edilemeyeceği savunulmuştur⁶⁶². Zira İş Kanununun 6. maddesi kapsamında gerçekleştirilen işyeri devirlerinde tarafların devir konusunda karşılıklı anlaşmaları söz konusu olmaktadır⁶⁶³.

Kanaatimizce de, icra takibi kapsamında işyerinin devralan işverene geçişi kanunen devralma olarak değerlendirilmeli, İş Kanununun 6. maddesinde bir devir olarak kabul edilmemelidir.

Külli icra olarak da isimlendirilen iflas hukuku, borçlunun karşısında bütün alacaklıların bulunduğu ve borçlunun haczedilebilen tüm malvarlığının satılarak bütün alacaklıların alacağının ödendiği cebri icra türüdür. İflas hukuku, kural olarak iflasa tabi olanlar için geçerli bir cebri icra yöntemidir⁶⁶⁴. İşyeri devri açısından İş Kanununun 6. maddesinin son fıkrasında, işyeri devri ile ilgili 6. madde hükmünün, iflas yoluyla tasfiyede uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

d) Kamu Hukukundan Kaynaklanan Devir Halleri

aa) Devletleştirme

Devletleştirme, bir özel iktisadi teşebbüsün, kamu yararına bir kanun hükmü ile tahsis edilmesidir. Nitekim 1982 Anayasasının (AY) 47. maddesine göre de, “*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir*” (AY, m.47/1)⁶⁶⁵.

3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında

⁶⁶¹ Y9HD, 16.6.2008, E.2008/20332, K.2008/15696, www.kazancihukuk.com (29.06.2013).

⁶⁶² MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, “İşyerinin Cebri İhale ile Satımı Suretiyle Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi”, *Sicil*, S:16, Aralık 2009, s.50-51.

⁶⁶³ Ancak işçiler devir sonrasında aynı işyerinde çalıştırılmaya devam ediliyorsa, işveren ile işçiler arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğunun ve işverenin de bu sözleşmeye göre sorumlu olacağının kabulü gerekir. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s.52.

⁶⁶⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.508 vd.

⁶⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAY, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 2.B, Ankara -2009, s.797-798; GÖZLER, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, 14.B, Bursa 2011, s.392.

Kanun'un⁶⁶⁶ 7. maddesinin 3. fıkrasında personelin, devletleştirme kararının Resmi Gazete ile ilanından önceki çalışma sürelerine göre işlemiş kıdem tazminatları, ücret ve diğer sosyal haklarından önceki işveren, idare ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu tarihten sonra çalışacakları süreye tekabül eden kıdem, tazminatlar, ücret ve diğer haklardan ise, ilgili idare sorumludur. İdarenin önceki işverene rücu hakkı saklıdır (3082, m.7/4). Devletleştirilen özel teşebbüste çalışan işçiler iş mevzuatı hükümlerine tabidir (3082, m.7/5).

Görüldüğü üzere özel teşebbüsün devletleştirilmesi durumunda da işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklar bakımından, işveren sıfatını kazanan devlet, işçinin tüm hizmet süresi üzerinden kıdem tazminatı haklarından sorumlu olacaktır (İK, m.6/2).

bb) Özelleştirme

Özelleştirme 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁶⁶⁷ ile düzenlenmiştir⁶⁶⁸. Kanun kapsamında düzenlenen işletme hakkının devri, kiralanması, işyerinin blok satışı gibi özelleştirme yöntemleri işveren değişikliğine yol açan yöntemlerdir⁶⁶⁹. Özelleştirme kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özel kesime devredilmesi anlamına gelir⁶⁷⁰.

Özelleştirme sonucunda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri işlemi gerçekleşmekte⁶⁷¹ ancak bu devir iş sözleşmelerinin feshi için haklı sebep sayılmamaktadır. Nitekim özelleştirme kapsamında, özelleştirilen kamu kurumu işyerinde çalışan kapsam dışı işçilerin başka kamu kurum ve kuruluşlarına devri, iradi olarak değil, yasa hükmünün (4046, m.22) sonucuna bağlı olarak gerçekleşmektedir⁶⁷². Ancak belirtelim ki, diğer koşulların da mevcut olması durumunda işçi statüsünde bir değişiklik olmaksızın ve tarafların iradesiyle iş söz-

⁶⁶⁶ R.G., 01.12.1984, 18592.

⁶⁶⁷ R.G., 27.11.1994, 22124.

⁶⁶⁸ Konu, Kanunun "Kuruluşlardaki Personelin Nakli" başlıklı 22. maddesinde düzenlenmiştir.

⁶⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KÖSEOĞLU, Ali Cengiz**, "Özelleştirme ve İş Kaybı Tazminatı", **A.Can Tuncay'a Armağan**, Mayıs-2005, s.93 vd; **ÇANKAYA/ÇİL**, Üçlü ilişkiler, s.641.

⁶⁷⁰ Ancak Kanunun 18/A/e maddesinde düzenlenen gelir ortaklığı gibi bazı yöntemler işyeri devri niteliğinde kabul edilmemektedir. Zira bu ihtimalde kamu mülkiyeti devam etmekte, ancak kuruluşların veya hizmetlerin gelirlerine özel kişiler ortak edilmektedir. Ayrıntı için bkz. **SÖNMEZ TATAR**, s.21.

⁶⁷¹ Ancak 4046 sayılı Kanunun 18/A-e hükmünde düzenlenen gelir ortaklığı gibi bazı yöntemler işyeri devri niteliğinde olmayan özelleştirme usulleridir. Bu yöntemin uygulanma şekillerinden ilkinde göre kamu mülkiyeti devam etmekle birlikte, kuruluşların veya hizmetlerin gelirlerine özel kişiler ortak edilmektedir. Bu hallerde kuruluşun mülkiyeti özel hukuk kişilerine devredilmediği için, işyeri devrinden söz edilemeyecektir.

⁶⁷² Ayrıntı için bkz. **SÖNMEZ TATAR**, s.3 vd.

leşmesinin iradi devrinin gerçekleştirilmesi de mümkündür⁶⁷³. Gerçekten de bu durumda bir başka kamu kurumuna isteği doğrultusunda yine işçi olarak gitmek istemesi durumunda bu işlem, iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilebilir⁶⁷⁴. Dolayısıyla işçinin feshe bağlı hakları talep etmesi de söz konusu olmaz. Ancak statü değişikliği söz konusu olur ve işçi statüsünden başka kamu kurumlarına memur veya sözleşmeli personel statüsüne atanma halinde ise mevcut durum iş sözleşmesinin devri olarak değerlendirilemez⁶⁷⁵.

cc) İmtiyaz Sözleşmesi

İdarenin bir kamu hizmetinin yürütülmesini masraf ve gelirleri imtiyazı alanın kendisine ait olmak üzere ve kamu hizmetini kullananlardan ücretini almak kaydıyla, bir sözleşme ve şartlaşma ile özel bir kişiye belli bir süre için vermesine imtiyaz usulü adı verilir⁶⁷⁶. İmtiyaz usulünde, imtiyazı alan kişi kendi nam ve hesabına hareket etmektedir⁶⁷⁷. Verilmiş olan imtiyazın, imtiyaz veren idare tarafından tek taraflı olarak ortadan kaldırılması ya da imtiyazın başkasına verilmesi veya imtiyazın satın alınması hallerinde, İş Hukuku bakımından bir işveren değişikliği söz konusu olmakta ve iş sözleşmesinin yasal olarak devri sonucu ortaya çıkmaktadır⁶⁷⁸.

e) İşyerinin Kapanması

İşyerinin kapanması işverenin girişim özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir kavramdır⁶⁷⁹. İşveren işyeri/işletme içi veya dışı nedenlerle işyerinin kapatılması kararı alabilir⁶⁸⁰. İşyerinin kapanması sonucu işveren işyerinde yürütmekte olduğu faaliyete kesin ve sürekli olarak son vermektedir⁶⁸¹. İşyerinin kapanması kavramı, işyeri veya işletmenin bütünü açısından söz konusu olabileceği gibi, kısmen de söz konusu olabilir⁶⁸².

İşyerinin kapanması işverene iş sözleşmesini derhal fesih yetkisi (İK, m.25) vermemektedir. İşyerinin kapanmasına bağlı olarak işverenin fesih yetki-

⁶⁷³ ARSLANOĞLU, Esaslar, s.60.

⁶⁷⁴ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.642.

⁶⁷⁵ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.642.

⁶⁷⁶ DERDİMAN, Cengiz, İdare Hukuku, 2.B, Bursa-2007, s.492.

⁶⁷⁷ 1982 Anayasasının 155. maddesinin 2. fıkrasında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında görüş bildirmek, Danıştay'ın görevleri arasında sayılmıştır. Danıştay'ın 4446 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında değişiklik yapılmadan önceki imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkındaki görevi görüş bildirme değil *inceleme* şeklinde düzenlenmişti. Bkz. Ayrıntı için bkz. DERDİMAN, s.493.

⁶⁷⁸ TATAR, s.22.

⁶⁷⁹ KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanması, s.8.

⁶⁸⁰ ÇİL, Şahin, "İşyerinin Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi", Sicil, Aralık-2009, s.70 vd.

⁶⁸¹ Ancak işyerini kapatma kararı gerçek ve samimi olmalıdır. Aksi halde, işçilerin haklarını engellemeyi amaçlıyorsa, işyeri gerçekte kapatılmamış sayılır ve buna ilişkin hukuki sonuçlar uygulanır. Bks. SÜZEK, İş Hukuku, s.207.

⁶⁸² Kavram hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanması, s.18 vd.

sinin belirlenmesinde, işyerinin iş güvencesi kapsamına girip girmemesi önem arz etmektedir⁶⁸³. Şayet işyerleri iş güvencesi kapsamında ise işyerinin kapanması süreli fesih için geçerli bir sebep olabilecek (İK, m.18); diğer işyerleri açısından ise fesih hakkının kötüye kullanıldığı iddialarını ortadan kaldıran meşru neden olarak kabul edilebilecektir⁶⁸⁴.

İşyerinin kısmen kapatılması durumunda, işyerinde daha az işçiye ihtiyaç duyulmakta ise, fesih yine geçerli bir neden olarak görülebilecektir⁶⁸⁵. Ancak işyeri kısmen kapatılsa da, kapatılan yerdeki işçilerin faaliyetlerini aynı şekilde aynı işverene ait başka bir işyerinde sürdürmeleri mümkün ise, bu durumda işyerinin bir bölümünün kapatılması fesih sebebi olamayacaktır⁶⁸⁶. Ancak işveren iş güvencesi kapsamına giren işçileri, feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde, işletmeye bağlı diğer işyerlerinde değerlendirebiliyor ise, fesih yine geçersiz olacaktır. Ayrıca belirtelim ki, özellikle grup şirketlerden veya aynı holdinge bağlı işyeri veya işyerlerinden birinin kapanması sonucu holding bünyesindeki ortaklıklara ait işyerleri arasında iş sözleşmesinin devri yoluyla işçi transferi gündeme gelebilecektir⁶⁸⁷.

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün kapanması işverenin iradesi ile gerçekleştiği takdirde, işçilerin onayı alınmak suretiyle bir başka işverene devredilmeleri de mümkün olabilir. İş sözleşmelerinin devri bu noktada iradi olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla işyerinin kapanması sonucunda, işçinin başka işyerinde çalışmaya başlaması durumunda, son işverenin önceki dönemden sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, işverenler arasında iş sözleşmesinin devrine ilişkin anlaşmanın yapılması gerekir⁶⁸⁸.

Ancak işyeri, işverenin iradesiyle değil de idarenin iradesi sonucu veya bir yasa hükmünün uygulanması sonucu kapanıyor ise, işyerinin kapatılmasını benimseyen idari karar veya yasanın uygulanmasının bir sonucu olarak devir de gündeme gelebilecektir. Gerçekten de 3572 sayılı “İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun”⁶⁸⁹ uyarınca yapılan kontrollerde, yasada belirtilen ölçütlere aykırılığın tespiti durumunda, işyerinin mevzuata uygun hale getirilmesi için bir defaya mahsus olarak verilen yedi günlük süreye rağmen aykırılık giderilmez ise

⁶⁸³ SÜZEK, İş Hukuku, s.206.

⁶⁸⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.206.

⁶⁸⁵ KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanması, s.18.

⁶⁸⁶ KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanması, s.18.

⁶⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.177 vd.

⁶⁸⁸ Y9HD, 15.09.2005, E.2005/28475, K.2005/30013, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.695-696.

⁶⁸⁹ R.G., 17.06.1989, 20198.

ruhsat iptal edilerek işyeri kapatılır (m.6)⁶⁹⁰. Bu sonuca bağlı olarak kapatılan bölümde çalışan işçilerin aynı işverene bağlı aynı veya farklı işkollarında değerlendirilmesi mümkün ise, diğer işyerlerinde çalıştırılması söz konusu olabileceği gibi, bir başka işverene de iradi olarak devirleri gündeme gelebilecektir⁶⁹¹. İşyerinin tamamının veya bir bölümünün kapatılması bir yasa hükmü sonucunda meydana geliyor ise bu işyerlerinde çalıştırılan işçilerin de, yine hangi koşullarda çalışmaya devam edeceği çoğunlukla ilgili yasa hükmünde karara bağlanan konular arasında yer almaktadır. Bu bağlamda olmak üzere 6360 sayılı “Ondört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un ⁶⁹² 1. maddesi gereğince belediyelerin, köylerin ve il özel idarelerinin tüzel kişiliklerinin kaldırılması sonucunda, yine 6360 sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin 9. fıkrasının (c) bendine göre, “22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa tabi sürekli işçi statüsünde istihdam edilen personel, Devlet Personel Başkanlığınca diğer kamu kurum ve kuruluşlarında unvanları belirlenecek kadrolara (a) bendinde yer alan süreler dâhilinde atanır. Ataması tekemmül ettirilen işçiler, çalıştıkları kurumlarınca atama emirlerinin tebliğini izleyen günden itibaren beş iş günü içinde yeni görevlerine başlamak zorundadırlar. Bu işçiler, yeni görev yerlerine başlayacağı tarihe kadar ilgili belediye veya bağlı kuruluşun işçisi sayılır ve beş iş günü içinde yeni kurumunda görevine başlamayanların iş sözleşmeleri, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilerek, belediye veya bağlı kuruluş tarafından 4857 sayılı İş Kanununun 17 nci maddesinde belirtilen ihbar süresi beklenilmeksizin ve ihbar tazminatı ödenmeksizin sona...” erdirileceği hükme bağlanmıştır⁶⁹³. Görüldüğü gibi hükme göre, tüzel kişiliği kaldırılan kamu kurumlarındaki işçilerin sözleşmeleri devredilmiş olmaktadır. Ancak bu devir iradi değil, yasal anlamda yani kendiliğinden gerçekleşen

⁶⁹⁰ Ayrıca İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 25. maddesine göre işyerinde işçilerin hayatı tehlike içinde kalmasına sebep olan bir husus tespit edildiği takdirde, işin durdurulmasına karar verilir (İSGK, m.25/1). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 25. maddesinin son fıkrasına göre, işveren işin durdurulmasını nedeniyle işsiz kalan işçilerin ücretlerini ödemek veya onlara ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına uygun bir iş vermek zorundadır.

⁶⁹¹ Ancak işyerinin kapatılması gerekmemekle birlikte, bazen işyerinde faaliyetin durdurulması söz konusu olmaktadır. Örneğin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 25. maddesinin 1. fıkrası gereğince, “İşyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayatı tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayatı tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur. Ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş durdurulur”. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 25. maddesinin son fıkrası uyarınca işveren işin durdurulmasını nedeniyle işsiz kalan işçilerin ücretlerini ödemek ya da onlara ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre bir iş vermek zorundadır. Ayrıca bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.927.

⁶⁹² R.G., 06.12.2012, 28489.

⁶⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, M.Lamih/ALTIPARMAK, Cüneyd, Hukuki Açardan 100 Soruda Yeni Büyükşehir Belediye Modeli, Ankara-2013, s. 10 vd.

bir devir niteliğindedir. Benzer bir düzenlemeye 6552 sayılı Kanun ile de yer verilmiştir. Nitekim Kanunun 12. maddesinin 2. fıkrasına göre, “İşyerlerinin aynı yerde olup olmadığına bakılmaksızın; bir mahallî idarenin ya da bağlı kuruluşunun kendi birimleri arasında veya bir mahallî idare ile bağlı kuruluşu arasında veya aynı mahallî idarenin farklı bağlı kuruluşları arasında olmak kaydıyla, mahallî idarelerde veya bağlı kuruluşlarında çalışan işçiler, ilgili mahallî idarenin en üst amirinin onayı alınarak bu maddenin yayımlandığı tarihi izleyen yüz yirmi gün içinde kadroları veya geçici iş pozisyonlarıyla birlikte aynı veya benzeri iş ya da işyeri değişikliğine tabi tutulabilir. Bu fıkra uyarınca aynı veya benzeri iş ya da işyeri değişikliğine tabi tutulan işçilerin ücret ile diğer mali ve sosyal hakları ile kıdem tazminatları ve kıdeme bağlı diğer hususlarda, 12/11/2012 tarihli ve 6360 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinin durumlarına uygun hükümleri aynı şekilde uygulanır.”

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN KOŞULLARI

5. GENEL OLARAK

İş sözleşmesinin geçerli olarak devri, devir sözleşmesinin koşullarına uygun olarak yapılmasıyla mümkün olabilir. Gerek iş sözleşmesinin devrini doğrudan düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde, gerekse yine Türk Borçlar Kanununun genel olarak tüm sözleşmelerin devrini düzenleyen 205. maddesinde devre ilişkin koşullara rastlamak mümkündür. Ayrıca belirtelim ki, devir ancak bir sözleşme ile gerçekleştiği için, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin Türk Borçlar Kanununun *kesin hükümsüzlüğü* düzenleyen 27. maddesi ile *irade sakatlığı* hallerini düzenleyen 30-38. maddeleri de geçerlilik koşullarının ortaya konulmasında belirleyici olacaktır. Ayrıca sözleşmenin kurulması için gerekli *ehliyet* (ehliyetlilik ve ehliyetsizlik) koşulları hakkında da Türk Medeni Kanununun 9-16. maddesi hükümleri¹ uygulama alanı bulabilecektir.

Devir sözleşmesinin geçerlilik şartlarını belirlemede genel hükümler (Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu) etkili olmakla beraber, gerek genel olarak sözleşmenin devrinde (TBK, m.205) gerek iş sözleşmesinin devrinde (TBK, m.429) devre ilişkin birtakım koşullara yer verilmiştir. Gerçekten de Türk Borçlar Kanununun sözleşmenin genel olarak devrini düzenleyen 205. maddesinde sözleşmenin devrinin şekil koşuluna değinilmiş ve devrin geçerliliği, “*devredilen sözleşmenin şekline*” bağlı tutulmuştur. Ayrıca bu konuda iş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasında da iş sözleşmesinin “...*ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene...*” devredilebileceği hükme bağlanmıştır. Genel olarak değinmiş olduğumuz bu bilgiler ışığında iş sözleşmesinin devrinin şartlarını aşağıdaki başlıklar altında ele almak mümkündür.

¹ Söz konusu hükümler fiil ehliyeti (m.9-13) ile fiil ehliyetsizliğini (m.14-16) düzenlemektedir.

6. DEVRE İLİŞKİN KOŞULLAR

I. DEVRE KONU GEÇERLİ BİR İŞ SÖZLEŞMESİNİN VARLIĞI

İş sözleşmesinin devri, geçerli olarak kurulmuş bir iş sözleşmesinin varlığını gerektirir. Sözleşmeler karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşmakta (TBK, m.1) ve belli bir hukuki sonuca yönelik olarak yapılmaktadırlar². Sözleşmelerin geçerli olarak kurulması için gerekli şartların bir kısmı bütün sözleşmeler için aranırken, bazıları ancak belirli sözleşmeler için aranmaktadır³. Örneğin tarafların sözleşmeyi kurmakta ehil olmaları, sözleşmenin konusunun emredici kurallara, kamu düzenine, genel ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı olmaması, konusunun imkânsız olmaması, irade beyanlarının sağlıklı olması bütün sözleşmeler açısından gereklidir⁴. Ancak sözleşmelerde şekle uygunluk, aşırı yararlanmanın bulunmaması, genel işlem koşullarına getirilen sınırlamalara uygun olması da bazı sözleşmeler açısından gerekli geçerlilik koşulları arasında yer almaktadır⁵.

Sözleşmelere ilişkin geçersizlik hükümlerinin uygulanması, ani edimli sözleşmeler açısından sorun doğurmamakla birlikte, sürekli edimli sözleşmeler ve özellikle de iş sözleşmeleri açısından özellikli noktalar ortaya koymaktadır⁶. Gerçekten de, gerek kesin hükümsüzlük kurallarının gerek iptal edilebilirliğe ilişkin yaptırımların özellikle iş sözleşmesine uygulanması, sözleşmenin daha çok geçmişe dönük olarak ortadan kaldırılması noktasında önemli problemlere neden olmaktadır. İşte bu nedenle iş sözleşmeleri açısından sözleşmenin geçersizliğine sebep olan olguların, bu sözleşmeye özgü bazı kurallar içinde değerlendirilmesi zarureti ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızın bu noktasında öncelikle sözleşmelerin geçersizliğine sebep olan haller yeteri kadar açıklandıktan sonra, geçersizliği söz konusu olan bir iş sözleşmesinin devrinin mümkün olup olamayacağı değerlendirme konusu yapılacaktır.

² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.54 vd; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.42 vd; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.53 vd.

³ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.82.

⁴ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.82 vd.

⁵ Ayrıntı için bkz. EREN, (2014), s.331 vd; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.135 vd.

⁶ Ayrıntı için bkz. AKYİĞİT, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesim Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul-1990, s.1 vd.

A. İş Sözleşmesinin Geçerli Olarak Kurulması

1. Ehliyet

Türk İş Hukuku açısından geçerli bir iş sözleşmesinin kurulması öncelikle özel hukukun genel hükümler bölümünü içeren Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunun ilgili hükümlerine uygunluğunu gerekli kılmaktadır⁷. Geçerli bir iş sözleşmesinin varlığı öncelikle sözleşmenin *ehliyet* koşullarına uygun olmasına bağlıdır⁸. Gerçekten de Türk Medeni Kanununun 9. maddesine göre fiil ehliyetine sahip olan kimseler kendi fiilleriyle hak edinebildikleri gibi borç altına da girebilmektedirler. Fiil ehliyetine sahip olmak Türk Medeni Kanununun 10. maddesinde ifadesini bulmuştur. Hükme göre, ayırt etme gücüne sahip⁹ ve kısıtlı olmayan her ergin¹⁰ kişinin fiil ehliyeti bulunmaktadır¹¹.

Hukuki işlem ehliyetinin varlığı bakımından ayırt etme gücünün bulunması oldukça önemlidir. Zira ayırt etme gücü olmayan kimseler sözleşme yapamazlar. Ancak bunlar adına yasal temsilcilerinin sözleşme yapma hakkına sahip olup olmadıklarına değinmek gerekir. Belirtelim ki, genel kurallara göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimse¹² tam ehliyetsiz olarak kabul edildiğinden, onun adına ve hesabına işlemleri yasal temsilcisi yapar¹³. Tam ehliyetsizin yaptığı hukuki işleme, yasal temsilcinin izin veya onay vermesi işlemi geçerli hale getirmez¹⁴. Ancak belirtelim ki, tam ehliyetsiz bir kimse adına yasal temsilcinin iş sözleşmesi yapması mümkün değildir¹⁵. Çünkü iş sözleşmesi açısından işçinin kişiliği ve yetenekleri ön planda olup, işçi ve işveren arasında kişisel bir ilişki kurmaktadır. Ancak işverenin ayırt etme gücünün bulunmaması iş sözleşmesinin meydana gelmesi açısından önem arz etmez. Zira bu durumda kanuni temsilci işveren adına geçerli bir iş sözleşmesi kurabilecektir¹⁶. İşverenin

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.2 vd.

⁸ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.421 vd.

⁹ "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir" (TMK, m.13).

¹⁰ "Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar" (TMK, m.11/1). "Evlenme kişiyi ergin kılar" (TMK, m.11/2). "Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir" (TMK, m.12).

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZTAN**, s.225 vd; **AKINTÜRK Turgut**, Medeni Hukuk, 13.B, İstanbul-2008, s.120 vd.

¹² Belirtelim ki, ayırt etme gücünün olmaması bakımından hukuki sonuçların değerlendirilmesinde, kişilerin ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmiş olup olmamaları önem taşımaz. **ÖZTAN**, s.241.

¹³ **ÖZTAN**, s.242.

¹⁴ **ÖZTAN**, s.242.

¹⁵ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.297.

¹⁶ Bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.298.

tüzel kişi olması halinde iş sözleşmesi tüzel kişinin yetkili organı tarafından yapılır¹⁷.

2. Şekil

Belirtelim ki, iş sözleşmeleri açısından *şekil* kurallarına uygunluk da önem arz eden bir husustur. İş sözleşmesi kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle bağlı değildir (İK, m.8/1; TBK, m.394/1). Ancak İş Kanunu açısından süresi *bir yıl veya daha uzun* süreli iş sözleşmelerinin (İK, m.8/2), çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin (İK, m.14/1), takım sözleşmesi ile oluşturulan iş sözleşmelerinin (İK, m.16/2) ve geçici iş ilişkisinin (İK, m.7) yazılı şekilde yapılması benimsenmiştir. Belirtelim ki, belirsiz süreli iş sözleşmeleri herhangi bir *şekil şartına* bağlı tutulmamıştır¹⁸. Deniz İş Kanununun 5. maddesi ve Basın İş Kanununun 4. maddesi gereğince iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması bir zorunluluktur. Bundan başka 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında bu kurumlarda çalışan yönetici ve öğretmenler ile yapılan iş sözleşmelerinin de yazılı yapılması gerekmektedir (5580, m.9/1).

Yazılı şeklin zorunlu olduğu durumlarda şeklin *geçerlilik* mi yoksa *ispat* şekli mi olduğu konusu tartışmalıdır. Öğretinin bir bölümü yazılı şeklin *geçerlilik şekli* olduğu görüşünü savunmaktadır¹⁹. Öğretide bazı yazarlar ise iş sözleşmeleri için öngörülen yazılı *şekil zorunluluğunu ispat şekli* olarak değerlendirmektedir²⁰. Yargıtay da yazılı *şekil* koşulunu *ispat şekli* olarak kabul etmektedir²¹. Öğretide başka bir görüşe göre Kanunun emrettiği *şekil, geçerlilik şartıdır*; ancak *şekle ilişkin olmakla birlikte hüküm emredici nitelikte değilse, şekil ispat şartı* olarak kabul edilmelidir²². Nitekim bu görüş, belirli süresi bir yıl ve daha

¹⁷ İşveren bir taraftan iş görme ediminin alacaklısı sıfatına sahipken, diğer taraftan da işçiye en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla birçok durumda işverenin bu iki özelliği bir arada taşıdığı kabul edilir. Ancak bazı özel durumlarda, iş ilişkisinde işin görülmesini ve talimatlara uyulmasını isteme hakkı değişik kişilerde toplanabilir. Bu gibi durumlarda iş görme ediminin alacaklısı olarak işin görülmesini istemeye yetkili olan kişiler soyut işveren; buna karşılık en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip olanlar ise somut işveren olarak nitelendirilmektedir. ENGİN, Murat, "İşveren Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", *İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı*, İstanbul-1997, s.119.

¹⁸ "Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur" (İK, m.8/3).

¹⁹ ESENER, s.150; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.153-154; ÇELİK, İş Hukuku, s.122-123; SÜZEK, İş Hukuku s.315; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.53; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.466.

²⁰ Bkz. AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, İstanbul-1990, s.19; ALPAGUT, "Belirli Süreli", s.22-23; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.46.

²¹ YHGK, 28.09.1985, E.1985/2971, K.1985/2567, Tühis, Ocak-1986, s.15-16.

²² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.459.

fazla olan iş sözleşmelerinde şekli *geçerlilik şartı* olarak kabul ederken; bir yıldan az olan belirli süreli iş sözleşmelerinde şekli *ispat şartı* olarak kabul etmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*” denilerek, şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğu üzerinde durulmuştur. *Kanaatimizce* iş sözleşmesinde yazılı şekle aykırılığın sonucu geçersizlik olmalıdır. Zira Türk Borçlar Kanununun 12. maddesinin 2. fıkrasında er alan kural gereği kanunun öngördüğü şekil koşulu kural olarak geçerlilik koşuludur²³²⁴.

3. Çalıştırma Yasaklarına Uygunluk

İşveren mal ve hizmet üretiminde ihtiyaç duyduğu işçiyi seçme hakkına sahip bulunmaktadır. Ancak İş Hukukunun önemli bir ilkesi olan işçinin korunması ilkesi gereğince iş sözleşmesinin mutlak bir özgürlük içinde kurulması da mümkün olmamaktadır²⁵. İş mevzuatımız açısından yaş, cinsiyet, sağlık veya yabancılik kavramları açısından çalıştırma yasakları söz konusudur²⁶. İş Kanunun 71. maddesine göre kural olarak onbeş yaşını doldurmamış olan çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır (İK, m.71/1). Ancak ondört yaşını doldurmuş olup ilköğretimi tamamlamış olan çocukların bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilmeleri de mümkün kılınmıştır (İK, m.71/1).

Yine kadınlar açısından da bazı çalıştırma yasakları benimsenmiş ve kadınların maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde çalışmaları yasaklanmıştır. Ayrıca onsekiz yaşını doldurmamış erkeklerin de yer altı ve su altı işlerinde çalıştırılmalarına yasak getirilmiştir (İK, m.72).

Bundan başka Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe yabancıların Türkiye'de çalışmaya başlamadan önce izin al-

²³ SÜZEK, İş Hukuku, s.315.

²⁴ Sözleşmenin ve iş sözleşmesinin devri açısından şekil koşulu hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. s.190

²⁵ ULUCAN, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.77; Belirtelim ki, çalıştırma yasakları iş sözleşmesi özgürlüğünü sınırlayan bir etken olmakla beraber, sınırlayıcı diğer bir faktör de bazı durumlarda sözleşme yapmanın zorunlu olmasından kaynaklanır. Örneğin engelli ve eski hükümlü istihdam zorunluluğu (İK, m.30), askerlik ve kanundan doğan çalışma ödevi sona eren işçiyle iş sözleşmesi yapma zorunluluğu (İK, m.31); işçi kuruluştan yönetiminde görev alanları işe alma zorunluluğu (6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, m.23). Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.470 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.307 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.48-54; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.96 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.197 vd; Türk Borçlar Kanunu açısından sözleşmeden ve kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu hakkında bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.191-193.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.469; SÜZEK, İş Hukuku, s.303-306; SÜMER, İş Hukuku, s.48-54; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.88-96; ULUCAN, (Eyrenci/Taşkent/ Ulucan), s.77 vd.

maları şarttır. Bu konuda yürürlüğe gören 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanuna göre yabancıların çalışma izinlerine ilişkin esaslar düzenlenmiştir²⁷.

4. Diğer Emredici Kurallara Uygunluk

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince sözleşmenin konusunu belirleme serbestisi bulunmakla beraber, genel hükümler çerçevesinde sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğüne de önemli sınırlamalar getirilmiştir²⁸. İş sözleşmesinin ahlaka aykırı olmaması, konusunun imkânsız olmaması, muvazaalı olmaması da Türk Borçlar Kanununun, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına ilişkin ele aldığı emredici düzenlemelerdir (TBK, m.27). Dolayısıyla *genel ahlak* anlayışına aykırı olan örneğin kaçakçılık işi için yapılan veya kişilik haklarını ihlal eden iş sözleşmeleri ahlaka aykırılık²⁹ sebebiyle; işçinin kendisi de dahil hiç kimse tarafından yerine getirilmesi mümkün olmayan bir iş için yapılan iş sözleşmeleri *imkansızlık* sebebiyle; ve yine örneğin hiçbir iş sözleşmesi yapılmadığı halde görünüşte bir iş sözleşmesi yapmış gibi gösteriliyor yapılan bu iş sözleşmesi de muvazaa sebebiyle geçersiz olacaktır³⁰.

B. İş Sözleşmesinin Geçersizliği ve Geçersizliğin Türleri

1. Kavram

Hukuki işlemin, yönelmiş olduğu hukuki sonuçları meydana getirebilme gücünden yoksun olması durumunda, işlemin geçersizliğinden söz etmek mümkündür³¹. Hukuki işlemlerin geçersizliğinden söz edildiği bazı hallerde hukuki işlemde meydana gelen mevcut eksiklik işlemin ağır bir geçersizlik yaptırımına maruz kalmasına sebep olmaktadır. Bazı durumlarda ise hukuki işlemin geçerlilik unsurlarındaki eksiklik ağır geçersizlikle sonuçlanmamakta, hukuki işlemde tarafların yararı arandığı için hukuki işlemin eksikliğini ileri sürme hakkı da yalnızca taraflara tanınmaktadır.

²⁷ "Belirtilen izinleri olmayan yabancıları çalıştıran işveren ya da işveren vekili ile bağımsız çalışan yabancılara idari para cezası uygulanır" (YÇİHK, m.21)

²⁸ VON TUHR/PETER, s.254 vd; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.83 vd

²⁹ Ayrıntı için bkz. AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.31.

³⁰ Bkz. AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.30-34.

³¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.374; Hükümsüzlük konusundaki teoriler hakkında bilgi için bkz. AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.2-3.

Hukuki işlemin *kurucu unsurlarının* (irade açıklamasının)³² bulunmaması durumunda sözleşme hukuken varlık kazanamaz³³. Belirtmiş olduğumuz ihtimalde hukuki işlem ve özellikle de sözleşme *yoklukla* sakattır. Sözleşmenin yokluğunun her zaman ileri sürülmesi mümkündür ve bunun için bir dava açmaya da gerek yoktur. Hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir.

Sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin olarak Türk Borçlar Kanununda ayrı bir bölüme yer verilmemiş ancak çeşitli hükümlerde bazı geçersizlik hallerine yer verilmiştir³⁴. Bir sözleşmenin tarafların istediği hüküm ve sonuçları meydana getiremediği tüm hallere üst kavram olarak geçersizlik adı verilmektedir³⁵. İş sözleşmesinin yukarıda belirtmiş olduğumuz ve sözleşmenin hüküm ifade etmesi için aranan geçerlilik koşullarına sahip olmaması durumunda geçersizliği gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin şekil koşuluna uygun yapılmaması, konusunun hukuka, kamu düzenine, ahlaka aykırı olması ve tarafların ehliyetsiz olması ve konusunun imkânsız olması durumunda geçersizliği söz konusu olacaktır³⁶. Türk Borçlar Kanunu kapsamında iş sözleşmesinin karşılaşılabileceği geçersizlik türleri *yokluk*, *kesin hükümsüzlük* ve *iptal edilebilirlik* olarak belirtilebilir. Ayrıca sözleşmeler açısından bazı unsurların eksikliğinden dolayı başlangıçta sonuç doğurmaması ancak daha sonra eksikliğin tamamlanmasıyla birlikte sonuçlarını meydana getirmesine yol açan durumlar da vardır ki, bunlara da *eksiklik*³⁷ dolayısıyla geçersiz işlem yani bir başka deyişle “askıda hükümsüzlük” adı verilmektedir³⁸.

2. Geçersizliğin Türleri

a) Yokluk

Yokluk, hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksik olması örneğin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının (TBK, m.1) bulunmaması sebebiyle meydana gelen bir geçersizlik türüdür³⁹.

³² Öğretide, bir sözleşme için öngörülen kanuni şeklin, temyiz kudretinin de sözleşmenin kurucu unsuru olduğu yolunda görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.4, dn.15.

³³ AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.3; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.177.

³⁴ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.176 vd.

³⁵ VON TUHR/PETER, s.223.

³⁶ SÜMER, İş Hukuku, s.87; ULUCAN, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.88-89.

³⁷ EREN, (2014), s.333.

³⁸ Türk Borçlar Kanunu açısından geçersizlik türleri ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.176 vd; EREN, (2014), s.331 vd; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.96 vd; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.10.

³⁹ EREN, (2014), s.332; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.177.

Sözleşmenin yokluğu, herkes tarafından her zaman ileri sürülebilecek bir husustur ve dava açmaya da gerek yoktur. Ayrıca hâkimin de görülmekte olan bir dava esnasında, sözleşmenin yokluğunu kendiliğinden dikkate alması gerekir⁴⁰.

b) Kesin Hükümsüzlük

Sözleşmenin kurucu unsurları yönünden bir eksikliği olmamakla beraber geçerlilik unsurları yönünden söz konusu eksikliği örneğin emredici kurallara, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olması veya konusunun imkânsız olması *kesin hükümsüzlük* (mutlak butlan) nedeniyle sözleşmenin geçersizliğine sebep olur (TBK, m.27/1)⁴¹. Kesin hükümsüzlük, sözleşmeyi tamamen etkileyebileceği gibi, *kısmi* olarak da etkileyebilir. Gerçekten de konuyu düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez”. Ancak önemle ifade edelim ki, “...bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur” (TBK, m.27/2)⁴².

Türk Borçlar Kanununun yapmış olduğu tanımlama çerçevesinde, kesin hükümsüzlük olarak adlandırılan hususların irade beyanında bulunan tarafın *ayırt etme gücüne sahip olmaması*, sözleşmenin konusunun *emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka (adaba) ve kişilik haklarına aykırı* veya *imkânsız* olması, sözleşmenin *geçerlilik şekline uygun olmaması* ve sözleşmenin *muvazaalı* olması şeklinde nitelendirilmesi mümkündür⁴³. Kesin hükümsüzlük sebeplerinin her olayda taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkim tarafından re’sen (kendiliğinden) dikkate alınması gerekir⁴⁴. Kesin hükümsüzlük belirli bir süre geçmekle veya eksik unsurun düzeltilmesiyle geçerli hale gelmeyen bir hükümsüzlüktür⁴⁵.

⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.177.

⁴¹ Belirtilen ihtimallerde sözleşme kurulmuştur ancak geçersizdir. EREN, (2014), s.332; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.11 vd; OĞUZMAN/ÖZ, s.177; *Kesin hükümsüzlük* Türk Borçlar Kanununun, Eski Borçlar Kanunu tarafından tercih edilen “*butlan*” kavramı yerine kullanılan ve sözleşmenin geçerliliğini önemli ölçüde etkileyen unsurların eksikliğine dayalı bir yaptırım türüdür. KILIÇOĞLU, Ahmet, s.87; Türk Borçlar Kanununun 26. maddesine göre taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde serbestçe belirleme özgürlüğüne sahiptir (TBK, m.26).

⁴² OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.182 vd; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.9.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ (Cilt-I), s.86 vd; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.89 vd.

⁴⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu, *kesin hükümsüzlük* yaptırımını *butlan* adı altında 19. ve 20. maddelerinde ele almıştı. Türk Borçlar Kanunu, 26. maddesinde 19. maddenin sadece 1. fıkrasını almış; 27. maddesinde ise 19. maddenin 2. fıkrası ile 20. madde hükümlerini birleştirmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, s.88.

⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.178; Ancak kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının, hakkın kötüye kullanılması sayılan durumlarda, hükümsüzlüğü ileri sürenin korunmasını engelleyecektir (TMK, m.2). OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.155 vd.

Dolayısıyla kesin hükümsüzlüğün söz konusu olduğu bir durumda sözleşmeyi hükümsüz kılmak için dava açmaya ve herhangi bir irade beyanında bulunmaya gerek bulunmamaktadır. Bir başka deyişle sözleşme kendiliğinden hükümsüz hale gelir⁴⁶. Açılmış bir davada ise kesin hükümsüzlüğün hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir⁴⁷.

c) İptal Edilebilirlik

Hukuki işlemin irade ile beyan arasındaki uyumsuzluk sebebiyle geçersiz hale gelmesine sebep olan husus, *tarafaların iradesi dışında* meydana gelebilir. İrade ile beyan arasındaki sakatlık iradenin oluşumundaki bir etkenden kaynaklanıyorsa *yanılma* (TBK, m.30-35), *aldatma* (TBK, m.36) veya *korkutma* (TBK, m.37, 38) sonucu oluşan bir sakatlık ortaya çıkacaktır⁴⁸. Bu haller sözleşmede kesin hükümsüzlüğe sebep olmamakta, ancak taraflarca iptal yaptırımına tabi tutulabilmektedir.

İradeyi sakatlayan (nisbi butlan – iptal edilebilirlik) sebeplerden dolayı, belirtilen geçersizlik halleriyle karşı karşıya kalan tarafa hata veya hilenin öğrenildiği, tehditte ise tehdidin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınmıştır. Belirtelim ki, yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi *onamış* sayılır (TBK, m.39). Ancak hak sahibi iptal hakkından vazgeçerse veya onu süresi içinde kullanmazsa söz konusu sözleşme geçerli hale gelmektedir. Şayet süresi içinde iptal hakkı kullanılır ise işlem kesin olarak hükümsüz hale gelmektedir. Bu ihtimalde hâkim iptal hakkı kullanılmadıkça, hükümsüzlüğü kendiliğinden göz önüne alamayacaktır. İptal hakkının tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılması mümkün olduğundan, dava açılmasına gerek bulunmamaktadır⁴⁹.

Ayrıca hukukumuz açısından taraflardan birinin diğer tarafı içinde bulunduğu bazı özel sebepleri kullanarak ve bunlardan aşırı ölçüde yararlanarak bir sözleşme kurması durumunda da sözleşmenin *iptal* yaptırımına tabi olması söz konusudur. Nitekim belirttiğimiz durum Türk Borçlar Kanununun “aşırı

⁴⁶ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.178.

⁴⁷ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.178.

⁴⁸ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.93.

⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.180.

yararlanma”⁵⁰ başlığı altında 28. maddesinde düzenlenmiştir⁵¹. Söz konusu hükme göre, “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir (TBK, m.28/1). “Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir” (TBK, m.28/2). Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde karşılıklı edimler arasında açık oransızlık bulunması durumlarda diğer şartlar da varsa aşırı yararlanma sebebiyle sözleşmenin iptali istenebilecektir⁵².

d) Tek Taraflı Bağlamazlık

Hukuki işlemlerin geçersizliği açısından değerlendirmemiz gereken kavramlardan biri *tek taraflı bağlamazlık* (askıda hükümsüzlük) yaptırımıdır. Tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabi bir hukuki işlemin kurucu unsurları ile geçerlilik unsurları yönünden tamam olması söz konusu iken, hukuki işlemin sonuç doğurabilmesi bir başka unsura dayandırılmıştır. Belirttiğimiz ihtimalde ayırt etme gücüne sahip⁵³ bir küçüğün veya kısıtlının yaptığı bir sözleşmenin yasal temsilci onay verinceye kadar askıda hükümsüzlüğü söz konusudur (TMK, m.16/1)⁵⁴. Yasal temsilci işlemi onayladığı takdirde işlem baştan itibaren geçerli olarak kabul edilmekte (TMK, m.451/1) aksi takdirde, yani yasal temsilci tarafından eksiklik tamamlanmaz ise *kesin hükümsüz* hale gelmektedir. Öğretide bu tür geçersizliği *askıda hükümsüzlük* de denilmektedir⁵⁵.

Onay verilip verilmeyeceğinin bilinmediği bir dönemde, sözleşmedeki eksikliğin hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Ayırt etme gücü olan küçükle veya kısıtlı ile sözleşme yapan tarafın, gereken onayı vermesi için yasal temsilciye uygun bir süre tanınması gerekir. Daha önceden

⁵⁰ 818 sayılı yürürlükten kaldırılan Borçlar Kanunu, konuyu 21. maddesinde “gabin” başlığı altında düzenlemişti. Ayrıntı için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.458 vd.

⁵¹ Öğretide, aşırı yararlanmaya, *bozulabilir geçerlilik* hali de denilmektedir. **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-I), s.181.

⁵² **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-I), s.135 vd; **EREN**, (2014), s.458 vd; **KILIOĞLU, Ahmet**, s.217 vd.

⁵³ “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir” (TMK, m.13).

⁵⁴ “Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir” (TMK, m.16/1). “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar” (TMK, m.16/2).

⁵⁵ **VON TUHR/PETER**, s.224; **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-I), 181; **KILIOĞLU, Ahmet**, s.86 vd.

veyahut da tanınan süre içinde yasal temsilci onay verir ise, sözleşme *baştan itibaren* hüküm ifade edecektir⁵⁶. Yasal temsilci onay vermeyeceğini beyan eder veya tanınan sürede onay vermez ise, sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacaktır⁵⁷.

C. İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin Etkisi

İş sözleşmesi her şeyden önce bir sözleşme niteliğine sahip olduğu için, genel hükümler çerçevesinde öngörülen geçerlilik koşullarına tabidir⁵⁸. İş sözleşmesinin sürekli ve kişisel ilişki kuran özelliği, onun şekle aykırılık nedeniyle *geçersizliğinin* söz konusu olduğu bir durumda, bu yaptırımın iş sözleşmesinin geçersizliğine baştan itibaren mi (*ex tunc*) etki edeceği yoksa sözleşmenin ileriye (*geleceğe*) dönük (*ex nunc*) olarak mı yürürlükten kaldırılacağı sorunu beraberinde getirmektedir⁵⁹. Şüphesiz ki İş Hukuku öğretisinde isabetle, *geçersizlik* yaptırımının Borçlar Hukuku alanında olduğu gibi yani klasik anlamıyla uygulanamayacağı, İş Hukukunun kendisine özgü niteliğinin de göz önünde bulundurularak *geçersiz* iş sözleşmelerinin ileriye dönük olarak ortadan kaldırılması gerektiği savunulmuştur⁶⁰.

Nitekim Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin son fıkrasında da bu duruma açıkça vurgu yapılmış ve geçersizliği *sonradan* anlaşılan iş sözleşmesinin, iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağı yani geçersizliğin ancak ileriye dönük sonuç yaratacağı hükme bağlanmıştır⁶¹. Görüldüğü üzere, iş sözleşmesinin geçersizliğinin baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaması, bir başka deyişle yalnızca geleceğe dönük etki göstermesi için, geçersizliğin *sonradan* anlaşılması gerekir⁶². Dolayısıyla madde hükmünde geçen “*sonradan*” ifadesi, önceden bilinen

⁵⁶ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.182.

⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.182.

⁵⁸ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.244.

⁵⁹ Türk Borçlar Kanunu açısından değerlendirme için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.185 vd; Belirtelim ki kesin geçersiz bir hukuki işlem Miras ve Aile Hukuku hükümleri çerçevesinde bir dava veya mahkeme hükümleri çerçevesinde hükümsüz sayılabilmektedir. Evliliğin hükümsüzlüğü hakkında ayrıntı için bkz. ÖZTAN, s.426 vd; Ölümüne bağlı tasarrufların iptali hakkında ayrıntı için bkz. ÖZTAN, s.546 vd.

⁶⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.466; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.37-39; SÜZEK, İş Hukuku, s.323; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.245-246; Kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi bakımından iş sözleşmesi açısından bir sınır getirilmesi yerinde olacaktır. Gerçekten de sözleşmede kararlaştırılan iş görme borcunun yerine getirilmesinden sonra, kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesine izin verilmemelidir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.158; İfanın tamamlanmadığı durumlarda her ne kadar hükümsüzlük ileriye etkili kabul edilse de, şartla göz önünde bulundurulduğunda hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilecektir. KOCAGİL, s.52.

⁶¹ Şekle aykırı bir sözleşmenin taraflarca ifa edilmesinden sonra, salt bu nedenle geçersizliğinin ileri sürülmesi, olayın özelliğine göre, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. SÜZEK, İş Hukuku, s.315; Ayrıca bkz. GÜNEŞ/MUTLAY, s.230 vd.

⁶² SÜZEK, İş Hukuku, s.324; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.496; SÜZEK, İş Hukuku, s.340.

geçersizlik sebebiyle sözleşmenin baştan itibaren geçersiz kalacağı anlamını ihtiva etmektedir⁶³.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320. maddesinin 3. fıkrasında “işçinin iyiniyetle işi ifası” maddenin uygulanması bakımından bir koşul olarak öngörülmüştür⁶⁴. Benzer hükme Türk Borçlar Kanununda yer verilmemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin gerekçesinde⁶⁵, iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilen işçinin iyiniyetli sayılamayacağı, zira bu durumda düzenlemedeki geçersizliğin sonradan anlaşılması şartının gerçekleşmeyeceği ve sonuçta da işçinin kanunun 394. maddesinin son fıkrasında geçen hükümden yararlanamayacağı ifade edilmiştir⁶⁶. Öğretide haklı olarak madde hükmü ile çelişen gerekçe eleştirilmiş, belirtilen durumun İş Hukukunun temel ilkeleriyle bağdaştırılamayacağı ve böyle bir ihtimalde tercihin işçinin geçmiş haklarının korunması yönünde olmasının İş Hukukunun amacına daha uygun olacağı belirtilmiştir⁶⁷.

D. Geçersizliği Söz Konusu Olan İş Sözleşmesinin Devri

İş sözleşmesinin geçersizliği durumunda, devrinin söz konusu olup olmayacağı, ayrıca iş sözleşmesinin devri nedeniyle işverenin ve işyerinin değişmesi anına kadar yürürlükte olan hükümlerin yeni işverenle devam edip edemeyeceği çalışmamızın bu noktasında bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁸. Belirtelim ki, sorun hem kesin hükümsüzlük halinde hem de iptal edilebilirlik durumunda önem kazanmaktadır.

Öğretide, tarafların iş sözleşmesinin devri konusundaki anlaşmalarının, ancak geçerli bir iş sözleşmesi bulunduğu takdirde anlamlı olacağı savunulmuştur⁶⁹. Belirtelim ki, iş sözleşmeleri açısından yasanın aradığı şekil koşulunun

⁶³ Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.324 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.496; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.249; ÇELİK, İş Hukuku, s.135 vd.

⁶⁴ Bkz. www.zgbor.ch (04.01.2014); MÜLLER, Roland, Individualarbeitsrech, thhttp://www.advocat.ch/fileadmin/user_upload/universitaet/Uni_BE_Arbeitsrecht/Uni_BE_ArbR_I_Vorlesung_06_Praesentation_Maengel_des_Arbeitsvertrags.pdf (04.01.2014)

⁶⁵ Madde gerekçeleri için bkz. http://www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/BK%20Madde%20Gerek%C3%A7eleri.pdf (02.03.2014)

⁶⁶ Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin son fıkrasındaki gerekçeye göre, “Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmesinin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır. Maddenin düzenlemesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320 nci maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan “iyiniyetle işgörmeye” koşuluna Tasarıda yer verilmemiştir”.

⁶⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.326; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.496.

⁶⁸ GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.334.

⁶⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.332.

ispat şartı olarak kabul edilmesi durumunda, şekil şartına uyulmadan yapılan bir iş sözleşmesinin devri de sorun yaratmayacaktır⁷⁰. Şeklin *geçerlilik* koşulu olarak kabul edilmesi durumunda ise, şekil şartına uyulmadan yapılmış olan iş sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülmedikçe, devrinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁷¹. Ancak geçersizliği kesin olarak ortaya çıkaran hallerden olan ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırılık durumunda iş geçersizlik baştan itibaren ileri sürülebilecek ve sözleşmesinin devri mümkün olmayacaktır⁷². Ayrıca yine iş sözleşmesinin yapılması sırasında irade sakatlığının bulunması durumunda sözleşme iptal edilene kadar devri mümkün olmalıdır⁷³.

Hükümsüzlük anlaşılınca veya iptal edilebilirlik nedeniyle sözleşme iptal edilmeye⁷⁴ kadar iş sözleşmesinin devrinin mümkün olduğu *kanısındayız*⁷⁵. İş sözleşmesinin geçerliliğini etkileyen nedenin yeni işverenin işyerinde anlaşılması (örneğin, henüz kısa bir süre önce işe alınmış olan işçinin devreden işverene sahte belgeler sunmak suretiyle işe alınmış olması gibi), durumunda koşulları mevcutsa işçiyi devralan işveren tarafından mevcut geçersizliğin ileri sürülebileceğini belirtebiliriz⁷⁶. Ancak bu ihtimalde de iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileriye etkili olması sebebiyle, devirden itibaren işçinin iş sözleşmesi gereğince ödenmesi gereken ücret ve diğer haklarından, devralan işverenin sorumlu tutulması gerekir⁷⁷.

Önemle ifade edelim ki, geçersizliğin işveren tarafından henüz iş sözleşmesi devredilmeden önce anlaşılması ve sözleşmeyi iptal hakkının kullanılması durumunda sözleşmenin devri artık mümkün olmayacaktır⁷⁸. Ancak sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin kurmuş olduğu iş sözleşmesinin, tam ehliyetli bir kişi tarafından devralınması durumunda sözleşmenin sonradan icazete gerek kalmadan baştan itibaren geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuç doğurduğunun kabulü gerekir⁷⁹.

⁷⁰ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1215.

⁷¹ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1216; KAHRAMAN, s.90.

⁷² EKONOMİ/EYRENCİ, s.1216; KOCAGİL, s.51; KAHRAMAN, s.90.

⁷³ KOCAGİL, s.52.

⁷⁴ Genel iptal sebeplerinin İş Kanununun 24. ve 25. maddelerinde aynı zamanda haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiş olması durumunda, iş sözleşmesinin haklı fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkündür. Örneğin İK'nun 24. maddesinin II-a bendi gereğince, "İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması" bir hile hali olarak *derhal* fesih sebebi olabilmektedir. Hile aynı zamanda Türk Borçlar Kanununda bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir (TBK, m.36).

⁷⁵ KOCAGİL, s.52; KAHRAMAN, s.90.

⁷⁶ Bkz. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.334.

⁷⁷ Bkz. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.334; Devir dolayısıyla işçinin devreden işveren döneminde ödenmemiş ücret ve diğer haklarından işverenlerin sorumluluğu hakkındaki açıklamalar için bkz. s.219 vd.

⁷⁸ BAHADIR, s.15.

⁷⁹ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1215.

II. GEÇERLİ OLARAK KURULMUŞ İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN MÜMKÜN OLMASI

A. Genel Olarak

Genel olarak sözleşmelerin devri onların ani veya sürekli nitelikli edim içerip içermediğine bakılmaksızın gündeme gelebilir. Şüphesiz ki çalışmamız açısından önem ifade eden sözleşmeler, içeriğinde sürekli nitelikli edim barındıran iş sözleşmeleridir⁸⁰. Türk Borçlar Kanununun 83. maddesine göre, borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Türk Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi” başlığı altında yer alan 395. maddesinde de iş sözleşmeleri bakımından işçinin yüklendiği borcu yerine getirmesi ile ilgili olarak “Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklenildiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür” (TBK, m.395) ifadelerine yer verilmiştir⁸¹. Borçlunun borcunu şahsen ifaya zorunlu olduğu, yani kişiliğinin önemli olduğu durumlarda borçlu borcunu şahsen ifa etmek zorundadır. Bir başka deyişle sözleşme şahsa bağlı edimlerden yani alacak ve borçlardan oluşuyor ise devri mümkün değildir⁸². Dolayısıyla bir sözleşmenin devredilebilmesi için öncelikle devir anlaşmasına konu olan borç ilişkisinin devrinin mümkün olması gerekmektedir⁸³. Geçerli olarak kurulmuş bir iş sözleşmesinin devrinin imkân dâhilinde olup olmadığının aşağıdaki başlıklar yardımıyla açıklanmasının mümkün olduğu kanısındayız.

B. İş Sözleşmesinin Devrine Engel Bir Durumun Bulunmaması

1. Devrin Taraflarca Engellenmesi

Taraflarca sözleşme özgürlüğü kapsamında, sözleşmenin devrini yasaklayan anlaşma yapılmış ise, iş sözleşmesinin devri bu anlaşmaya istinaden mümkün değildir⁸⁴. Belirtelim ki, iş sözleşmesinin devrinin engellenmesi iş sözleşmesi yapılırken sözleşmeye konulacak bir hükümle veya daha sonra iş sözleşmesinin devamı sırasında yapılacak bir anlaşma ile mümkündür. Dolayısıyla taraflar arasında sözleşmenin devrini yasaklayan bir anlaşma yapılmış ve bu

⁸⁰ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1214.

⁸¹ Hüküm 818 sayılı Borçlar Kanununun 320. maddesinde “Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸² EKONOMİ/EYRENCİ, s.1216; KOCAGİL, s.48.

⁸³ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1216.

⁸⁴ KOCAGİL, s.48.

anlaşma dolayısıyla getirilen yasak kaldırılmamışsa, sözleşmenin devrini sağlayan anlaşmalar da yapılamayacaktır⁸⁵.

2. Devre İlişkin Yasal Bir Engelin Varlığı

a) Alt İşveren İlişkisinde Devir Yasağı

İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasına göre, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Şüphesiz ki bu hükümden amaç, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmasını yasaklamak değil, işe alınan bu işçilerin haklarının kısıtlanmasına engel olmaktır⁸⁶. Dolayısıyla alt işveren asıl işverenin işçisini devralmış olsa bile, aynı veya daha yüksek ücret ve çalışma koşulları ile çalıştırabilecektir⁸⁷. Böylece asıl işverenin işçilerinin alt işveren devri dolayısıyla hak kayıplarının önüne geçmek amaçlanmıştır⁸⁸. Belirtelim ki, hükmün daha önceden o işyerinde işçi olarak çalışıp da herhangi bir şekilde ayrıldıktan sonra alt işveren işçisi olan ve daha sonra eski işyerinde alt işveren işçisi olarak çalışmaya başlayan işçi açısından geçerli olduğu düşünülemez⁸⁹. Zira bu yasak, işçilerin asıl işverene bağlı olarak çalıştıkları süre içinde geçerli olacaktır⁹⁰.

Ayrıca ifade edelim ki, asıl işveren işçisinin alt işverene devrinin ardından, yalnızca alt işverenin işyerinde çalışması esnasında doğan haklar açısından değil, asıl işveren işyerinde çalışmaya devam etseydi elde etmesi mümkün hakları açısından da korunması gerekmektedir⁹¹. Dolayısıyla işçinin asıl işverenin işyerinde çalışmaya devam etseydi elde edebileceği ikramiye hakkı açısından

⁸⁵ KOCAGİL, s.48.

⁸⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.161; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.198; NARMANLIOĞLU, s.133; SOYER, Polat, "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları", SİCİL, Mart-2006, S:1, s.22; ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi", SİCİL, Eylül-2006, S:3, s.60; ŞEN, Murat/NANECİ, Aslı, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi", SİCİL, Eylül-2009, S:15, s.36.

⁸⁷ ŞEN/NANECİ, s.36.

⁸⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.161; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.198; Öğretide bir görüşe göre doğmuş ve doğabilecek tüm hak kayıplarının bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. ÇANKAYA/ÇİL, "Alt İşveren", s.60.

⁸⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.198; SOYER, "Alt İşveren", s.22; ÇANKAYA/ÇİL, "Alt İşveren", s.61.

⁹⁰ Öğretide bu husus, "asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesini yasaklayan yasa hükmünün ifadesinden de anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeyle yasa koyucu, muvazaa ya da kanuna karşı hile olgularının en yoğun bir biçimde yaşandığı uygulamaları önlemek istemiştir" şeklinde vurgulanmıştır. SOYER, "Alt İşveren", s.22.

⁹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.161; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.198.

dan da korunup korunmadığının dikkate alınması gerekir⁹². Görüldüğü gibi, asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından çalıştırılabilmesi çalışma koşullarının değiştirilmemesi şartı ile mümkündür⁹³.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz yöntemlere aykırılık durumunda, asıl işveren işçisinin alt işverene devredilmiş olmasına rağmen, alt işverene devir muvazaalı kabul edilecek⁹⁴ ve işçi veya işçiler baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilecektir⁹⁵.

Konumuz açısından bu noktada değerlendirmemiz gereken husus, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağına ilişkin kuralın uygulanması bakımından, asıl işveren işçisinin alt işverene devrinin nasıl gerçekleştiği olgusudur. Gerçekten de, asıl işveren işçisinin alt işverene devrinde iş sözleşmesinin sona ermediği, aynı veya daha iyi koşullarla devralan alt işveren tarafından sürdürülmesi gerektiği madde hükmünün “...çalıştırılmaya devam ettirilmesi...” ifadesinden de anlaşılmaktadır⁹⁶. Zira aksi durumda yine asıl işveren işçisinin hakları kısıtlanmış olacak ve işçinin önceki asıl işverenin işyerinde geçen kıdem süresi ve kıdeme bağlı haklar yönünden kayıplar meydana gelebilecektir. Bu bakımdan asıl işverenden alt işverene, işçinin haklarının kısıtlanmamak suretiyle yapılan devrin *iş sözleşmesinin devri* (TBK, m.429) yöntemiyle gerçekleşmesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira asıl işverence alt işverene verilen iş sebebiyle iş sözleşmesinin feshi gündeme gelen işçilerin, iş sözleşmesinin feshi

⁹² Örneğin asıl işverene ait işyerinde sendikanın yetki aldığı bir süreçte, işçilerin ileride imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının önüne geçmek için alt işverene devri de hakkın kısıtlanması olarak değerlendirilebilir. ÇANKAYA/ÇİL, “Alt İşveren”, s.60.

⁹³ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.133; ŞEN/NANECİ, s.36.

⁹⁴ MOLLAMHAMUTOĞLU/ASTARLI, s.198.

⁹⁵ Konu hakkında ilgili Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 10.04.2007, E.2007/6094, K.2007/10224, www.legalbank.net (24.03.2014); Y9HD, 11.07.2005, 18822/24469, www.legalbank.net (24.03.2014); Belirtelim ki, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, işçilerin büyük çoğunluğunun alt işverenin işçisi olması halinde muvazaadan söz edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Karara göre, “Belirtmek 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 işçisinin haklarının kısıtlanmış olmasının da sonuca etkili olmayacağı düşünülmelidir”. Y9HD, 15.05.2006, 11741/14066, www.legalbank.net (25.03.2014), Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.162; Ayrıca Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 12. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş müfettişlerince muvazaa konusunda yapılacak denetimlerde “alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimler görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı”nın da incelenmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi, yönetmeliğe göre, koordinasyon ve denetimle görevlendirilecek asıl işveren işçilerinin, alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmasında da bir engel bulunmamaktadır. SÜZEK, İş Hukuku, s.162; ŞEN/NANECİ, s.36.

⁹⁶ Asıl işveren işçisi olmaktan çıkan işçinin alt işveren işçisi olarak işe alınmasında herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Ancak alt işverenin kurulmasından kısa bir süre önce asıl işverenin işçisi olmaktan çıkmış ise, bu noktada muvazaa olgusu değerlendirme konusu yapılabilir. ARSLANOĞLU, M. Anıl, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmeler İlişkileri, İstanbul-2005, s.124-125; Öğretide yasada asıl işveren işçilerinin alt işverene ait işyerinde çalıştırılmasının sınırlandırılmasının, alt işverence bu işçilerin çalıştırılmaması anlamına geleceği düşüncesiyle düzenlemenin işçi aleyhine sonuç doğuracağı ileri sürülmüştür. ÇİL, Şahin, “Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul-2009, s.21.

yerine alt işveren nezdinde çalışmayı sürdürmeleri daha yerinde olacaktır⁹⁷. Ayrıca şu hususu da belirtelim ki, asıl işveren işçilerinin hakları kısıtlanmamak suretiyle, alt işverene devrinin İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisi kapsamında gerçekleştirilmesi de mümkündür. Her iki uygulama açısından da işçinin yazılı rızasının alınması gerekecek ancak Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi kapsamında gerçekleşen devir *sürekli* olarak gerçekleşecekken, İş Kanunun 7. maddesi kapsamında yapılacak devir *geçici* olarak hüküm ifade edecektir. Şüphesiz ki işçinin haklarının kısıtlanmaması, geçici iş ilişkisi açısından da geçerli olacaktır.

Öte yandan belirtelim ki, alt işveren işçilerinin asıl işverene devrine ilişkin olarak bir yasak getirilmemiştir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devrine ilişkin hüküm çerçevesinde (TBK, m.429), normal koşullarda alt işveren işçinin asıl işverene devri bir sınırlamaya tabi olmaksızın mümkün olabilecektir.

b) Geçici İş İlişkisinde Mevcut Devir Yasaklarının İş Sözleşmesinin Devri Açısından Değerlendirilmesi

İş Kanununun geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinin 5. fıkrasında grev veya lokavt uygulaması sırasında geçici ilişkisinin durumu ile ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Hükme göre, “İşçi *geçici olarak devralan işveren grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı ise, işçi grev ve lokavtın uygulanması sırasında çalıştırılmaz*”⁹⁸. Dolayısıyla “İşveren, işçisini grev ve lokavt süresince kendi işyerinde çalıştırmak zorundadır” (İK, m.7/5). Maddenin amacının grevin etkisiz hale getirilmesini engellemek olduğunu ifade etmemiz gerekir⁹⁹. Belirtelim ki, grev ve lokavt geçici işverenin işyerinde söz konusu olabileceği gibi, devreden işverenin işyerinde de söz konusu olabilir. Dolayısıyla eğer kanuni grev veya lokavt işçinin kendi işverenin işyerinde yapılıyor ise geçici (ödünç) işçinin de öncelikle bu greve katılma hakkı bulunmaktadır. Ancak devralan (ödünç alan) işverenin işyerinde çıkan grev veya lokavt dolayısıyla işçinin kural olarak kanuni grev veya lokavt süresince kendi işverenin işyerine dönüş yapması gerekmektedir. Belirtelim ki, bir işverenin kanuni bir grev veya lokavtın tarafı olarak nasıl ki grevi etkisiz hale getirmek için geçici iş ilişkisi yoluyla işçi çalıştırması mümkün değilse, aynı şekilde kanunun hükümlerini dolanmak amacıyla iş sözleşmesinin iradi ve sürekli devri

⁹⁷ ÇİL, “Alt İşveren”, s.20.

⁹⁸ Ancak aynı hükümde bu duruma bir istisna öngörülerek “...2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 39 uncu maddesi hükümleri...” (Şimdiki 6356 sayılı Kanunun 65. maddesi) saklı tutulmuştur.

⁹⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.292; Ayrıntı için bkz. BENLİ/YİĞİT, s.1-40.

yoluyla sırf grevin kırıcı etkisini artırmak için işçi çalıştırması mümkün olmamalıdır.

İş Kanununun geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinin 6. fıkrasında, bu ilişkinin kurulmasını sınırlayan bir başka düzenlemeye daha yer verilmiştir. Gerçekten de söz konusu hükme göre, toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisinin gerçekleşmeyeceği belirtilmiştir. Hükümün özellikle muvazaalı işçi çıkarmaları önleme amaçlı olduğunu belirlememiz gerekir¹⁰⁰. Dolayısıyla hükmün uygulanmasının söz konusu olması için, toplu işçi çıkarmaya gidilen bir işyerinin bulunması, çıkarma tarihinden itibaren altı aylık bir sürenin geçmemiş olması ve toplu işçi çıkarma konusu işin varlığının söz konusu olması gerekir. Ancak belirtelim ki, bireysel bir işçi çıkarmanın bulunması veya toplu işten çıkarmanın üzerinden altı aydan daha uzun bir sürenin geçmiş bulunması veyahut da toplu işçi çıkarma bulunsun da alınan işçi toplu işten çıkarmanın konusu olan işlere alınmıyor ise, devre ilişkin bu yasağın uygulanması da söz konusu olmayacaktır. Geçici iş ilişkisi açısından belirtmiş olduğumuz ve toplu işten çıkarmayı etkisizleştirmeyi engellemeye dönük düzenlemenin kıyasen iş sözleşmesinin sürekli olarak devri açısından da değerlendirilebileceği kanısındayız. Gerçekten de işverenin toplu işten çıkarma uygulamasına gitmesinin ardından, yine örneğin altı ay geçmeden bu işler için iş sözleşmesinin sürekli devri uygulamasına başvurmak suretiyle işçi çalıştırmasının mümkün olmaması gerekir.

c) İş Görme Borcunun Şahsen İfasının İş Sözleşmesinin Devrine Etkisi

İş sözleşmesi, özellikle iş görme borcu bakımından işçinin kişiliği dikkate alınarak kurulan ve işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran bir hukuki bağıdır¹⁰¹. Bu anlayışın bir sonucu olarak sözleşme işçinin ölümüyle kendiliğinden sona ermektedir (TBK, m.440). İşçinin ölümü halinde iş görme borcu şahsi edim niteliğinde olması sebebiyle mirasçılara intikal eden bir borç da değildir. İş sözleşmesi işçinin kişiliği ve özellikleri göz önünde tutularak yapıldığı için, onun ölümüyle sözleşme kendiliğinden sona erecektir¹⁰².

İşçi tarafından üstlenilmiş olan iş görme ediminin bizzat kendisi tarafından yerine getirilmesi zorunlu olmakla birlikte sözleşmeden veya durumun

¹⁰⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.290.

¹⁰¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.345; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1216.

¹⁰² SÜZEK, İş Hukuku, s.527.

gereğinden aksi anlaşılabiliyor ise, işçi edimini bizzat yapmakla yükümlü olmayacaktır (TBK, m.395). Dolayısıyla işçinin bir ifa yardımcısından yararlanması sözleşmeden veya durumun gereğinden doğuyor ise bu da mümkün olacaktır¹⁰³. Gerçekten de uygulamada özellikle kapıcılık hizmetlerini tümüyle üstlenmeksizin kocasının yükümlülüğündeki bazı işleri yürüten eşin iş sözleşmesinin tarafı haline gelmediği kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Belirtelim ki, işçinin iş görme borcunu şahsen ifası kural olarak zorunlu olmakla birlikte, ifası üstlenilmiş edim, esas olarak işverenin şahsı göz önünde bulundurularak yapılmamakta daha çok işyeri esas alınarak yürütülmektedir. Gerçekten de iş sözleşmesinin “*intuitus personea*” unsuru özellikle işçinin şahsı bakımından söz konusu olmaktadır¹⁰⁵. Zira çalışma hayatında iş sözleşmesinin kurulması sırasında işçinin kişiliği ve kişisel yetenekleri, genel ve mesleki eğitimi, bilgisi ve tecrübesi, sorumluluk duygusu esas alınmaktadır¹⁰⁶. İşçinin kişiliğinin önem taşıdığı iş ilişkileri yönünden ve iş sözleşmesinin devri açısından bir değerlendirme yapacak olursak, işverenin kişiliğinin göz önünde bulundurulması suretiyle iş sözleşmesinin yapılması, istisnai durumlar dışında önemini kaybetmiştir. Dolayısıyla işçinin kişisel özellikleriyle birlikte üstlenmiş olduğu iş görme borcunu içeren iş sözleşmesinin, sürekli ve iradi olarak bir başka işverene, devreden işveren ile devralan işveren ve işçinin de katılımının sağlanacağı üçlü bir anlaşma ile devredilmesi mümkündür (TBK, m.429). Yaptığımız değerlendirmede her ne kadar işçinin kişisel özelliklerinden söz etsek de, iş görme ediminin sunulmasında artık işyeri esas alındığından ve dolayısıyla edim esasen işverenin kişiliği göz önünde bulundurularak sunulmadığından işçi aynı özelliklerini başka işverenlerin işyerlerinde de sergileyebilecektir. Gerçekten de günümüzde iş ilişkileri işverenden ziyade işyerine bağlılık yani “*intuitus rei*” unsuru esas alınarak yürütülmektedir¹⁰⁷. Zira “*intuitus personea*” unsurunun tek taraflı olması ve daha çok işçi ile ilgili olması karşısında kavram işveren yönünden anlamını yitirmiş işveren yönünden “*intuitus personea*” kavramının yerini “*intuitus rei*” unsuru almış bulunmaktadır¹⁰⁸. Yani bir başka deyişle iş sözleşmesi işverenden çok belirli bir işyerine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

Ancak istisnai bazı durumlarda iş sözleşmesi, işçinin kişiliği değil de işverenin kişiliği dikkate alınarak da yapılmış olabilir¹⁰⁹. Örneğin yaşlı bir hastanın

¹⁰³ Bkz. s.87 vd.

¹⁰⁴ Y9HD, 20.03.1986, E.1986/3177, K.19861535, **Yargıtay Kararları Dergisi**, Mayıs-1987, s.714-715.

¹⁰⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, 284 vd; Ayrıca bkz. **EKONOMİ/EYRENCİ**, s.1216.

¹⁰⁶ **EKONOMİ/EYRENCİ**, s.1217.

¹⁰⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.288 vd.

¹⁰⁸ Bkz. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.290.

¹⁰⁹ Belirtelim ki, iş sözleşmesinin yapılmasında işçinin kişiliği önemli olduğundan işçi devreden taraf olamaz. **EKONOMİ/EYRENCİ**, s.1218; Bu konudaki açıklamalar için bkz. s.85 vd.

bakımı için bir hemşire veya bir kişinin anılarının yazılması için bir sekreter ile iş sözleşmesi yapması durumunda, belirtmiş olduğumuz ilişkileri içeren bir iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunun ifasında işverenin kişiliği dikkate alınmıştır¹¹⁰. Nitekim konuyu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu 441. maddesinin 2. fıkrasında “*Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer*” denilerek, işverenin ölümüyle iş sözleşmesinin son bulacağını hükme bağlamıştır. İş sözleşmesinin devri açısından mevcut durumu değerlendirdiğimizde ise, özellikle işverenin şahsı göz önünde bulundurularak yapılmış bir iş sözleşmesinden doğan iş görme ediminin yükümlüsü işçinin, bir başka işverene sürekli olarak devri mümkün olmayacaktır¹¹¹. Ancak öğretide de isabetli olarak dile getirildiği üzere tarafların anlaşması sonucu bu içerikte bir sözleşmenin de devri mümkün olmalıdır¹¹².

Türk Borçlar Kanununun 441. maddesi hükmü işverenin kişiliği esas alınarak kurulan iş sözleşmeleri açısından başka düzenlemelere de yer vermiştir. Söz konusu hükme göre, “*İşverenin ölümü hâlinde, yerini mirasçılar alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır*” (TBK, m.441/1). Ayrıca işçinin sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararları için ölenin mirasçılarından hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebileceği de hükme bağlanmıştır (TBK, m.441/2)¹¹³.

C. İş Sözleşmesinin Devam Ediyor Olması

1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi için her şeyden önce devam eden bir sözleşmenin varlığı şarttır¹¹⁴. Yani iş sözleşmesinin sona ermemiş ol-

¹¹⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.528.

¹¹¹ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1218; Esasen burada işverenin kişiliğinin sözleşmenin kurucu unsuru olarak değil, esaslı unsuru olarak kabul edilmesi gerekir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.332.

¹¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.332.

¹¹³ Hüküm 818 sayılı Borçlar Kanununda “*Hizmet Akdi, işçinin ölümü ile son bulunur. İş sahibi öldüğü takdirde, akit, baslıca onun şahsı nazara alınarak yapılmış ise nihayet bulur. Bu ikinci halde işçi akdin vaktinden evvel nihayet bulması hasebiyle diğer olduğu zarar için hakkaniyet dairesinde bir tazminat isteyebilir*”.

¹¹⁴ Sona eren bir iş sözleşmesinin devrinin mümkün olmaması sebebiyle, işçinin başka işverenin yanında çalışmaya devam etmesi yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğu anlamına gelir. ALP, İş Sözleşmesinin Devri, s.303; AYRANCI, s.92; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.249; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.540.

ması gerekir¹¹⁵. Zira sona eren bir iş sözleşmesinin bütün hak ve borçları ile birlikte devri söz konusu olmaz.

İş sözleşmesinin sona ermesi taraflarca fesih iradesinin ortaya konulması suretiyle olabileceği gibi, fesih dışı uygulamalar sonucu da ortaya çıkabilir. İş Kanunu fesih ile sona ermeyi *sürelî fesih* (İK, m.17) ve *haklı nedenle derhal fesih* (İK, m.24, 25) şeklinde düzenlemiştir. Ayrıca fesih dışı durumlar genel olarak *tarafların anlaşması, belirli sürenin bitmesi ve ölüm*¹¹⁶ sebebine dayalı olarak gerçekleşebilmektedir¹¹⁷.

Belirtelim ki, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin bir başka işveren yanında çalışmaya başlaması, sözleşmenin devri anlamına gelmez. Kurulan yeni iş ilişkisi ise önceki iş ilişkisini kapsamayan, yeni baştan kurulmuş ve yeni işverenin sorumluluklarının yalnızca yapılan yeni sözleşme ile sınırlı olarak değerlendirilmesi gereken bir ilişkidir. Ancak belirtelim ki, işçinin istifa yoluyla önceki işten ayrıldığı tarih ile sonraki işe başlama tarihlerinin aynı gün gerçekleştiği bir olayda Yargıtay isabetli bir şekilde, işçinin istifa dilekçesini sonraki işyerinde işe başlamak üzere vermiş olduğu şekli bir irade beyanı olarak görmüş ve gerçekleşen bu durumun bir iş sözleşmesinin devri olduğu sonucuna ulaşmıştır¹¹⁸.

İş Hukukunda iş sözleşmesinin sona ermesi olarak değerlendirilmeyip, iş ilişkisinin devamını çeşitli şekillerde etkileyen müesseselerin varlığı durumunda iş sözleşmesinin devrinin mümkün olup olmadığının ele alınması gerekir. Belirttiğimiz duruma ilişkin esaslar aşağıdaki başlıklar altında değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

¹¹⁵ İş sözleşmesinin sona ermesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Genel ayrımda iş sözleşmesi fesih yoluyla veya fesih dışı nedenler sebebiyle sona erer. Fesih dışı nedenler ise taraflardan birinin ölümü, sözleşmenin süresinin bitmesi, geçersizliğin açıklanması şeklinde ortaya çıkar. Fesih yoluyla sona erme ise kendi içinde ikili ayrımda incelenir. Feshin türüne göre iş mevzuatında bu ayrım bildirimli fesih (İK, m.17; DİK, m.16; BİK, m.6; TBK, m.432) ve bildirimsiz fesih (İK, m.24 ve 25; DİK, m.14; BİK, m.11,12; şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.511 vd, 695 vd; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.693 vd; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.163 vd; **SÜMER**, İş Hukuku, s.85 vd; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş İlişkileri, s.334 vd.

¹¹⁶ Türk Borçlar Kanununun 440. maddesine göre "Sözleşme, işçini ölümüyle kendiliğinden sona erer". İşverenin ölümü halinde ise iş sözleşmeleri esas itibarıyla sona ermez. Külli halefiyet sonucu sözleşmeler mirasçılara intikal eder. Ancak özellikle işverenin kişiliği göz önüne alınarak yapılmış iş sözleşmelerinde (ör: hastabakıcılık gibi) işverenin ölümüyle sözleşme sona erer. Bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.517; Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler uygulanır. **ALPAGUT**, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.943.

¹¹⁷ İş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.511 vd; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.163 vd; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.693 vd.

¹¹⁸ Y9HD, 01.12.1997, E.1997/16135, K.1997/19958, www.legalbank.net, (23.06.2013), Ayrıca Bkz. **EKONOMİ/EYRENCİ**, s.1209.

2. İş Sözleşmesinin Devamı Açısından Göz Önünde Bulundurulması Gerekli Özel Durumlar

a) İş Sözleşmesinin Askıda Olması

İş mevzuatımızda iş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin tanım ve askıya almanın koşullarına ve hüküm ve sonuçlarına yer veren bir düzenleme bulunmamakla birlikte, iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerin bir kısmı, bu hallere özgü olmak üzere hukuki sonuçlarıyla beraber mevzuatımızda düzenlenmiş bulunmaktadır¹¹⁹. İşe devam etmeme, askı döneminde meşru kabul edildiği için, devamsızlık sebebiyle iş sözleşmesinin feshi de gündeme gelmeyecektir¹²⁰. İş sözleşmesinin belirli sebeplerin ortaya çıkması durumunda sona erdirilmeyip askıya alınmasının tercih edilmesi aynı zamanda işçilerin iş güvencesinin korunması açısından da önemli bir uygulamadır. Gerçekten de iş kazası, hastalık, analık, askerlik, grev ve lokavt, zorlayıcı nedenler gibi haller işçinin geçici ve kusursuz olarak iş görme borcunu yerine getirmesini olanaksız kılarlar.

İş sözleşmesinin askıya alınması işçinin iş görme borcunu *kusursuz geçici* ifa imkânsızlığı içine düşmesi halinde doğmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 136. maddesine göre *“Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür”*. Madde hükmünde düzenlenen imkânsızlık, borçlunun sorumlu tutulmayacağı türden bir imkânsızlığı ele almıştır. İmkânsızlık yüzünden borcun sona ermesi durumun niteliğinden kaynaklanmaktadır¹²¹. Borçlunun borcunu yerine getirmesini engelleyen imkânsızlık başlangıçta da olabilir. Bu ihtimalde ise başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edilir. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 1. fıkrası konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüzlüğünden söz etmiştir. Borç ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan ve borçlunun kusuru olmayan ve borcu imkânsız hale getiren nedenlerden dolayı,

¹¹⁹ Kavramsal tartışmalar ve teorik dayanağı hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara-1989, s.3 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.677-678.

¹²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.679; SÜZEK, İş Hukuku, s.486.

¹²¹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.560.

borçludan edimin ifası talep edilemez¹²². İmkânsızlığın konumuz açısından değerlendirilmesi gerekli bir noktası da *sürekli ve geçici* imkânsızlık yaptırımının önemidir. Gerçekten de imkânsızlık hali söz konusu olunca normalde edimin *sürekli* olarak yerine getirilemeyecek hale geldiğinden söz edilir. Fakat imkânsızlık bazen edimin yerine getirilmesini *geçici* olarak engeller ve bu ihtimalde karşımıza *geçici ifa imkânsızlığı* ortaya çıkabilir. Geçici imkânsızlıkta edimin ifası geçici olarak imkânsız hale gelmiş olup, sonradan imkân dâhilinde olması mümkündür¹²³. Ancak öğretide geçici imkânsızlığın sözleşmenin amacına ulaşmasını engellemesi ve diğer taraftan artık dürüstlük kuralına göre tahammül göstermesinin beklenemeyeceği durumda kesin imkânsızlığa dönüşeceği kabul edilmektedir¹²⁴.

Genel hatları ile açıklamış olduğumuz imkânsızlık kavramı kapsamında iş sözleşmesinin askıya alınması, borçlunun kusuruna dayanmayan geçici ifa imkânsızlığı olarak kabul edilebilir¹²⁵. İş sözleşmesi kural olarak tarafların karşılıklı olarak anlaşmasıyla askıya alınabilir¹²⁶. İş Hukukunda iş sözleşmesinin askıya alınmasına sebep olan hallerin bir bölümü iş mevzuatımızda yer almıştır. Örneğin Türk Borçlar Kanununun 409. maddesine göre uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçinin hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemediği takdirde işverenin, başka yolla karşılanması mümkün olmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca İş Kanununun 24. maddesinin III numaralı bendinde işçiye; 25. maddesinin III numaralı bendinde ise işverene, bir haftadan fazla süreyle işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışmayan veya çalıştırmamayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödeneceği belirtilmiştir (İK, m.40). Aynı şekilde İş Kanununun 31. maddesinde düzenlenen geçici askerlik veya yasal ödev nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınma hali düzenlenmiştir. Hükme göre askı halini gerektiren geçici askerlik ya da yasal görev sebebiyle işçinin iş sözleşmesinin “...iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılacağı” kabul edilmiştir. İş Kanunu geçici askerlik veya yasal görev sebebiyle ortaya çıkacak askı süresinin, bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için ayrıca iki gün eklenmek suretiyle en çok doksan güne kadar artırılmasını benimsemiştir. Yine

¹²² KILIÇOĞLU, Ahmet, s.845.

¹²³ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.560; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.846.

¹²⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, s.846; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.678.

¹²⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.498-499.

¹²⁶ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar hakkında bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.680; SÜZEK, İş Hukuku, s.508 vd.

İş Kanununun 25. maddesinin I. bendinin (b) alt bendinde işçinin uğradığı hastalık, kaza gibi hallerde işe devamsızlığı nedeniyle işverenin haklı nedenle fesih hakkının doğumu için beklenilmesi gereken süre (İK'nun 17. maddesinde düzenlenen bildirim süreleri¹²⁷ + altı hafta) boyunca iş sözleşmesi askıda kalır. Aynı hüküm kapsamında kadın işçinin doğum ve gebelik nedeniyle doğum için geçmesi gereken süre içinde kadın işçinin iş sözleşmesinin de askıda kalacağı kabul edilmiştir¹²⁸ (İK, m.25/I-b; İK, m.74/1). İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması nedeniyle devamsızlığı da İş Kanununun 17. maddesinde düzenlenen bildirim süreleri kadar askıda kalmasına sebep olmaktadır (İK; m.25/IV). Ayrıca İş Kanununun 46. maddesinin 3. fıkrası gereğince işçinin evlenmesi halinde ve ana veya babasının, eşinin, kardeşinin veya çocuklarının ölümü halinde de üç güne kadar verilen izinler boyunca iş sözleşmesi askıda kalmaktadır. Öte yandan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK)'nun 67. maddesinin 1. fıkrası gereğince kanuni greve katılan, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçip de grev nedeniyle çalıştırılmayan ve kanuni lokavta maruz kalan işçilerin iş sözleşmelerinin grev ve lokavt süresince askıda kalacağı benimsenmiştir. Yine Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 23. maddesinin 1. fıkrasında da işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin de askıda kalacağı hükme bağlanmıştır.

Askı döneminde iş sözleşmesi geçici olarak hükmünü kaybetmekte ve özellikle ücret borcu ve iş görme borçları geçici olarak ortadan kalkmaktadır. İşçinin iş görme borcu mutlak olarak ortadan kalkmakla beraber, yukarıda da gördüğümüz gibi bazı yasal askı durumlarında işverenin ücret borcunun söz konusu olduğu haller de istisnai olarak mevcuttur¹²⁹. İş sözleşmesi kural olarak tarafların rızası ile askıya alınabilir¹³⁰. Bu sebeple örneğin ücretsiz izne çıkarma çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik oluşturduğu için İş Kanunun 22. maddesinin uygulanmamasını gerektirir¹³¹. Ancak bazı durumlarda iş

¹²⁷ "Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. İş sözleşmeleri; a) İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d) İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, Feshedilmiş sayılır. Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir" (İK, m.17/1-3).

¹²⁸ "Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir" (İK, m.74/1).

¹²⁹ Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.686.

¹³⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.496.

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, 669-692; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.333-343; TULUKÇU, s.1099-1142; UŞAN, "Esaslı Değişiklik", s.211-272; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.469-482.

sözleşmesinin askıya alınması İş Kanununun 22. maddesi uygulanmaksızın da mümkündür. Zira bu hallerde değişiklik işçi aleyhine olmaktan çok, işçi lehine sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin muvazzaf askerlik hizmeti için işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmeyip, söz konusu dönemde askıya alınacağı ve belli bir ücret ödeneceğinin kararlaştırılması durumunda işçi aleyhine olmaktan çok işçi lehine bir durum söz konusudur¹³².

İnceleme konumuz olan iş sözleşmesinin devri açısından konuyu değerlendirdiğimiz de ise karşımıza çıkacak sorun şudur: askıya alınmış bir iş sözleşmesinin devri mümkün müdür? Bu soruya olumlu yanıt verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Gerçekten de askı döneminde olsa dahi işçi ile işveren arasındaki hukuki bağ varlığını korumaktadır. Yani iş sözleşmesi devam etmektedir. Fakat yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, geçici nitelikte olmakla birlikte çok uzun süreceği baştan belli olan veya çok uzun süredir var olan bir imkânsızlık halinde sözleşmenin askıya alındığının kabulü oldukça güçtür. Gerçekten de, geçici imkânsızlığın sözleşmenin amacına ulaşmasını engelleyici bir hal alması ve karşı taraftan artık dürüstlük kuralına göre tahammül göstermesinin beklenemeyeceği durumda kesin imkânsızlığa dönüşeceğinin kabulü gerekir. Bu durumda iş sözleşmesinin askıya alındığından değil, sona erdiğinden söz etmek gerekebilir¹³³. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devri, sona eren bir iş sözleşmesi açısından mümkün olamayacağından, bu ihtimalde yapılacak bir devir sözleşmesi, imkânsızlığın askı halinde geçici sayılması kuralına aykırı düşeceğinden geçerli olmayacaktır.

b) Bildirim Süresi İçinde İş Sözleşmesinin Devri

İş sözleşmesinin fesih yoluyla sona ermesinde, taraflardan birinin diğer tarafa belirli bir süre vermesi ve sözleşmenin feshin yapıldığı anda değil, verilen

¹³² SÜZEK, İş Hukuku, s.497.

¹³³ Uygulamada işverenler, sözleşmeyi bir süre askıya alma niyeti olmaksızın ve de ihbar ve kıdem tazminatı yükümlülüklerinden kaçmak için, temelde var olan fesih iradelerini ücretsiz izne çıkarma görüntüsü altında gizleme, işçiyi iş akdini feshe zorlama yoluna gitmektedirler. Ücretsiz izin verdikleri işçiyi uzun bir süre tekrar işe çağırılmamakta ve ücretinden yoksun aklan işçi zorunlu olarak başka bir işe girmek durumunda kalmaktadır. 1475 sayılı Kanun döneminde Yargıtay, bu durumlarda sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğini kabul etmekteydi. Aynı içtihadın 4857 sayılı Kanun döneminde de kabul edilmesi gerekir. İşçi İK m.22 hükmüne uygun olarak onay verse de, geçicilik makul değilse, işverenin iradesinin iş sözleşmesini fesih biçiminde ortaya çıkardığını kabul etmek gerekir. Yargıtay, ücretsiz izin uygulamasının makul karşılandığı bir olaya ilişkin olarak verdiği kararında, "Hava muhalefeti sebebi ile inşaat işinin yürütülmesinin güçlüğü nedeni ile...davacı işverenin davacı ile birlikte birçok işçiyi ücretsiz izne çıkarmak istediği açıktır. Ortada makul bir sebep olduğu için ücretsiz izne çıkarma işlemine değer vermek gerekir. Bunun sonucu olarak da davacı işçinin bu koşullarda dava açmak suretiyle hizmet akdini haklı nedenle fesih ettiği kabul edilmelidir. Bu değerlendirmelere göre ihbar tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi isabetlidir. Ancak kıdem tazminatı isteği hesap edilip hüküm altına alınmalıdır" şeklinde hüküm kurmuştur. Y9HD, 6.12.2000, 13381/18384, Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs-Ağustos 2001, 51-52.

sürenin sonunda sona ermesi mümkündür¹³⁴. Ancak sözleşmenin fesih yoluyla sonlandırılmasında önceden belirli bir süre verilmesi durumu, iş sözleşmesinin ne zaman sona ereceğinin önceden kararlaştırılmamış olması ihtimalinde söz konusudur. Bir başka deyişle belirli süreli iş sözleşmelerinde, sözleşmenin ne zaman sona ereceği önceden belli olduğu için, sona ermeden önce belirli bir sürenin verilmesine de gerek bulunmamaktadır¹³⁵. Sözünü etmiş olduğumuz sürenin belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerli olduğunu belirtmemiz gerekir. Zira belirsiz süreli iş sözleşmelerinin ne zaman sona ereceği bilinmediği için, sona erme zamanının belirlenmesi açısından taraflardan birinin diğer tarafa belirli bir süre önceden feshi bildirmesi (ihbar etmesi) gerekmektedir. Gerçekten de, belirsiz süreli bir iş ilişkisinin ne zamana kadar sürdürülmesi gerektiği taraflarca önceden tayin edilmemektedir. Ayrıca süresi belirsiz bir sözleşmeyle sınırsız bir süre bağlı kalmak da kişi hürriyeti ile bağdaşan bir husus değildir. Sonuçta gerek işçi gerek işveren sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmayan sürekli bir bağdan ancak süreli fesih hakkı sayesinde kurtulabilirler¹³⁶. Süreli (bildirimli) fesih hakkı, taraflara belirsiz süreli iş sözleşmesinin tek taraflı irade beyanıyla bildirim süresinin sonunda sona erdirme yetkisi veren bozucu yenilik doğurucu bir haktır¹³⁷.

Süreli fesih hakkı söz konusu olduğunda “Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir” (İK, m.17/1; TBK, m.432/1; DİK, m.16/B) Bildirim süreleri işçinin kıdemi esas alınarak belirlenmiştir. İş Kanununun 17. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre, “İş sözleşmeleri; a) İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d) İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedil-

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.796 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.511 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.170 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.350 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.249 vd; TAŞKENT, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.145 vd; SÜMER, İş Hukuku, 88 vd; Basın İş Hukuku açısından bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.142 vd; ŞAKAR, Basın İş Hukuku, s.94 vd; Deniz İş Hukuku açısından bkz. BEDÜK, s.251 vd.

¹³⁵ “Davacının, davalı işverene ait özel ilköğretim okulunda, 1.5.2002-30.4.2003 tarihleri arasında geçerli hizmet sözleşmesi ile 625 sayılı Özel Öğretim Kanunu hükümlerine tabi müdür yardımcısı olup, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi kanundan doğan sebeple belirli süreli değildir. Bu durumda davacının ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır. Davacının hizmet sözleşmesini haklı olarak feshettiğinin saptanması halinde, bakiye süre ücretinin yasa ve usule uygun şekilde hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır” Y9HD, 08.06.2006, E.2005/33687, K.2006/16490, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4/11, s.229.

¹³⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.511 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.350 vd; SÜMER, İş Hukuku, 88 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.170 vd

¹³⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.511 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.796 vd; SÜMER, İş Hukuku, 88 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.170 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.350 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.249 vd

miş sayılır” (İK, m.17/2). Belirtelim ki, bildirim süreleri, “... asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir” (İK, m.17/3; TBK, m.432/3; BİK, m.8; DİK, m.16/C). Ayrıca Basın İş Kanununda (BİK, m.8)¹³⁸, Deniz İş Kanununda (DİK, m.16/B)¹³⁹ ve Türk Borçlar Kanununda (TBK, m.432/2)¹⁴⁰ da bildirim süreleri düzenlenmiştir.

Sürelî fesih hakkının işçi veya işveren tarafından kullanılması mümkündür. Hakkın kullanımı ile işlemeye başlayacak olan bildirim süreleri sayesinde karşı tarafın fesih dolayısıyla göreceği zararın azaltılması amaçlanmakta ve böylece diğer tarafın fesih sürecine hazırlıklı olarak girmesi, örneğin yeni bir iş bulması (İK, m.27; TBK, m.421/2) olanağı sağlanmış olmaktadır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaşması ile hukuki sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Sürelî fesih bildiriminin asıl amacı iş sözleşmesini sona erdirmek olmakla birlikte, fesih bildirim sürelerinin bitiminden sonra gerçekleşmektedir. Fesih bildirimi yapılmakla belirsiz sürelî iş sözleşmesinin artık belirli bir sürenin sonunda sona ereceğini her iki taraf da bilmektedir. Burada asıl önemli olan konu ise, bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin ne gibi özelliklere sahip olduğudur. Gerçekten de bu dönemde tarafların durumunda herhangi bir değişiklik gerçekleşmemekte, iş sözleşmesinin son bulacağı bildirim süresinin sonuna kadar işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile birlikte varlığını devam ettirmektedir. Bir başka deyişle taraflar tüm borçlarını aynen yerine getirmeye devam edeceklerdir¹⁴¹. Dolayısıyla işçinin iş görme borcu yanında diğer tüm borçları da varlığını devam ettirecek, işverenin de başta ücret ödeme borcu olmak üzere tüm borçları varlığını sürdürecektir. Hatta bu süre zarfında ücrete gelecek olan zamlardan işçinin yararlanması söz konusu olacak ve toplu iş sözleşmesi bildirim süresinin sonuna kadar uygulanabilecek, şayet yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiş ise iş sözleşmesi sürelî fesih yoluyla sona erme sürecine girmiş işçi, bu toplu iş sözleşmesinin hükümlerinden de bildirim süresinin sonuna kadar yararlanmaya devam edecektir¹⁴². Ay-

¹³⁸ “Birinci maddenin şümülüne giren bir işyerinde işverenle arasındaki hizmet münasebeti bir veya müteaddit mukaveleye istinaden fasilasız olarak en az beş yıl sürmüş olan gazetecinin işine son verilmesi yapılacak yazılı ihbardan itibaren üç ay geçtikten sonra muteber olur. Beş seneden az hizmeti olanlar için bu ihbar müddeti bir aydır” (BİK, m.6/4).

¹³⁹ “Hizmet akti: a) İşi altı ay sürmüş olan gemiadamı için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) İşi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan gemiadamı için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) İşi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan gemiadamı için bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, ç) İşi üç yıldan fazla sürmüş olan gemiadamı için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, Bozulmuş olur” (DİK, m.16/B).

¹⁴⁰ “Hizmet sözleşmesi; bildirimin diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer” (TBK, m.432/2).

¹⁴¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.526; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.807; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.175.

¹⁴² “Davacı önel süresi içinde emekli olmak suretiyle iş sözleşmesini sona erdirdiğinden ihbar tazminatından yararlanamaz. Ancak iş sözleşmesini 9.1.2001 tarihinde feshettiğinden 1.1.2001 tarihinde yürürlüğe gören kıdem tazminatı tavan farkı ile TİS farklarından yararlanacaktır. Böyle olunca davacının fark kıdem tazminatı ve fark işçilik alacakları belirtilen

rıca bildirim süresi içinde haklı bir fesih nedeni ortaya çıkar ise iş sözleşmesinin derhal feshi de gündeme gelebilecektir. Örneğin işçi bildirim süresi içinde işe devamsızlık yapar ise, İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinin (g) fıkrasında geçen “İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” hükmüne dayalı olarak iş sözleşmesini derhal feshedebilecek ve iş sözleşmesinin sona ermesine artık süreli feshe ilişkin kuralların değil haklı (derhal-bildirimsiz) feshe ilişkin sonuçların uygulanması gündeme gelebilecektir.

Bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin mevcut durumunu iş sözleşmesinin devri açısından değerlendirecek olursak çalışmamızın bu aşamasında, iş sözleşmesinin bildirim süresi içinde devrinin mümkün olup olmadığı sorunu karşımıza çıkacaktır. Öğretide bir görüşe göre, çalışma hayatında bildirim süresine uyularak feshedilen iş sözleşmesinin bildirim süresi içinde devredilmesi az rastlanacak bir durum olmakla birlikte bu süre içinde henüz devam etmekte olan bir iş sözleşmesinin devrinin mümkün olduğu belirtilmiş, ancak hal böyle olmakla birlikte, bildirim süresi sonunda sona ereceği belli olan bir iş sözleşmesinin devrinden umulan yararın elde edilebilmesi için, tarafların anlaşmasıyla fesihten rücu edilmesi ve iş sözleşmesinin varlığını devam ettirecek bir statüye getirilmesi de ifade edilmiştir¹⁴³.

Bir başka görüşe göre de, bildirim süreleri içinde sözleşme ilişkisinin fiilen sona ermemesine rağmen sözleşmenin tasfiye edilmesi sürecine girildiğinden, sözleşmenin iradi devrinin mümkün olamayacağı da ifade edilmiştir¹⁴⁴.

Yargıtay konu ile ilgili olarak işçinin isteği üzerine bir belediyeye ait iki kuruluşun aralarında anlaşması sonucu birinden diğerine bildirim süresi içinde dahi olsa geçmiş olması durumunda, söz konusu sonucun iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilmesine engel olmayacağına hükmetmiş ve işverenin de rızası alınarak fesihten rücu etmek kaydıyla, yeni işverenin sözleşmenin tarafı olarak işçiyle iş ilişkisini devam ettirmesini benimsemiş ve dolayısıyla da fesihten rücu edildiği sonucuna ulaşmıştır¹⁴⁵.

Kanaatimizce, belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshi durumunda bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin devri anlamlı gözükmemektedir. Ancak

fesih tarihine göre hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır. Mahkemece fark kıdem tazminatı ve işçilik alacaklarının reddi hatalıdır” Y9HD, 01.03.2004, E.2003/13738, K.2004/3888, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, 2/2004, s.1062; Y9HD, 01.03.2004, E.2003/13738, K.2004/3888 Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2000-2005, Ankara-2006, s.124.

¹⁴³ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1216.

¹⁴⁴ ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.541.

¹⁴⁵ Y9HD, 09.04.1982, E.1982/2940, K.1982/3520, Bkz. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1207.

nadir olarak gündeme gelebilecek böyle bir durum karşısında en uygun çözüm, iş sözleşmesini fesheden taraf ile iş sözleşmesinin diğer tarafının karşılıklı anlaşması suretiyle fesihten geri dönülmesi ve iş sözleşmesinin devamlılığının temin edilmesi suretiyle devralan işverene devrinin sağlanması olacaktır. Ancak herhangi bir aksi anlaşmaya yer verilmeksizin bildirim süresinin sonunda sona erecek bir iş sözleşmesinin devralınması, devralan işverenin emri altında iken bildirim süresinin sona ermesi durumunda, feshe ve aynı zamanda kıdeme bağlı işçilik alacaklarından devralan işverenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹⁴⁶. Örneğin bildirim sürelerini kullandırma ve ayrıca yeni iş arama izinlerinin verilmesi devralan işverenin sorumluluğunda olacaktır¹⁴⁷.

Bu konuda ele almak istediğimiz bir diğer ihtimal de belirsiz süreli iş sözleşmesinin peşin ödeme yoluyla feshedilmesidir. Gerçekten de İş Kanununun 17. maddesinin 5. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, “İşveren, bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir” (İK, m.17/5; TBK, m.432/4). Dikkat edileceği üzere peşin ödemeli fesih hakkı madde hükmü gereği yalnızca işverene tanınmıştır. Peşin ödemeli feshin anlamı, bildirim süresi boyunca işçinin iş ilişkisi içinde bulunması ihtimalini ortadan kaldırmaktır. Gerçekten de bildirim süresi boyunca normalde iş ilişkisi devam eden bir işçinin, sözleşmesinin sona ermesi sebebiyle yaşadığı motivasyon bozukluğu, işe bağlılığı ve iş güvenliğini tehlikeye düşürebilecektir. Belirtilen sakıncanın giderilmesi için işverene peşin ödemeli fesih imkanı da getirilmiştir¹⁴⁸. Peşin ödemeli fesih yoluyla iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda iş sözleşmesinin devri açısından doğabilecek ihtimal ise, iş sözleşmesinin yine bildirim süresi kadar devam edip etmediği ihtimalidir. Zira belirtilen fesih yöntemi kullanıldığı zaman iş sözleşmesi tasfiye edilmiş olarak kabul edilip iş ilişkisinin sona erdiği sonucuna mı varılacaktır yoksa bildirim süresinin bu ihtimalde dahi devam ettiği kabul edilip, işçi bu dönemde gerçekleşen haklardan yararlanacak mıdır? Konumuz açısından değerlendirecek olursak taraflar açısından sona erme sürecine girmiş bir iş sözleşmesinin bildirim süresi boyunca devam ettiği değerlendirme konusu yapıp, iş sözleşmesinin devri tartışması gündeme gelebilecek midir?

Peşin ödemeli fesihle sona erdirilen belirsiz süreli iş sözleşmesinin, bildirim süresi boyunca devam edip etmediği İş Hukuku öğretisinde ve uygulamada farklı ele alınmaktadır. Öğretide baskın olarak işverene tanınan peşin ödemeli fesih yetkisinin, bildirim süresi içinde işçiyi bu dönem tekabül edecek haklardan

¹⁴⁶ Ayrıntılı açıklama için bkz. s.266 vd.

¹⁴⁷ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.646.

¹⁴⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.533.

yoksun bırakmanın gerekçesi olamayacağı, aksi halde işverene işçinin menfaatlerini zedeleyecek bir seçimlik yetki tanınmış olacağı ve bu sonucun da İş Hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmadığı kabul edilmektedir¹⁴⁹. Yargıtay ise yerleşmiş içtihatlarında peşin ödeme yoluyla fesih yönteminin kullanılması durumunda, iş sözleşmesinin sona erdiğini, işçinin bildirim süresi içinde gerçekleştirilecek haklarını (ikramiye, kıdem tazminatı tavan artışından doğan fark vb) isteyemeyeceğini karara bağlamaktadır¹⁵⁰.

Kanaatimizce, belirsiz süreli iş sözleşmesinin peşin ödemeli fesih yoluyla sona erdirilmesinde, iş sözleşmesinin *derhal* sona erdiğinin kabulü gerekir¹⁵¹. Zira konuyu düzenleyen İş Kanununun 17. maddesinin 5. fıkrasında geçen (TBK, m.432/4)¹⁵² “işveren, bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir” düzenlemesi karşısında farklı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Elbette ki, bu sonuç ile işçinin peşin ödemeli fesih yapılsa dahi, bildirim süresine tekabül edecek hak ve menfaatlerden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin tartışmanın ortadan kalkmasına sebep olan bir sonuç değildir. Gerçekten de peşin ödemeli fesih hakkı, bildirim süresine ilişkin hükümleri sona erdirmeyecek şekilde yorumlanmalı ve işçinin bu süre içinde gerçekleştirilecek haklardan mahrum kalmasına yol açmamalıdır¹⁵³. Ancak, peşin ödemeli fesih yapılmak suretiyle iş sözleşmesinin, feshin yapıldığı anda derhal sona erdiğinin de kabulü gerekir. Dolayısıyla artık bildirim süresi içinde devam eden bir iş sözleşmesi gibi, devre konu bir iş sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

¹⁴⁹ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.281; SÜZEK, İş Hukuku, s.545; TAŞKENT, (Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan), s.157-158.

¹⁵⁰ “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre 20.5.1992 tarihinde davacı işçinin hizmet sözleşmesi 1475 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesine göre fesh edildiği ve tazminatlarının fesih tarihinden sonra düzenlenen ibranameden de anlaşılacağı üzere peşin ödenmiştir. Bu türlü peşin ödemeli fesih halinde ihbar öneli için geçerli haklardan yararlandırılmamak düşüncesi ile istekte bulunulamaz. Mahkemece bu yön dikkate alınmaksızın ihbar öneli içinde kıdem tazminatı tavanının yükseltilmesinden davacı işçinin yararlandırılarak fark kıdem tazminatına karar verilmiş olması hatalıdır”. Y9HD, 16.10.1996, E.1996/9763, K.1996/19597, www.legalbank.net (30.03.2014); YHGK, 14.10.1998, 9-686/719, AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-I), s.673; Öte yandan toplu iş sözleşmesi ile işçi lehine aksine düzenleme yapılması da mümkündür. Y9HD, 24.02.1998, E.1998/21690, K.1998/2377, www.legalbank.net (30.03.2014).

¹⁵¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.531; Peşin ödemeli fesihte ihbar öneli hizmet süresine eklenememektedir. Yargıtay’a göre, bu konuda toplu iş sözleşmesine hüküm konulamaz, hüküm varsa geçerli sayılamaz. YHGK, 24.06.1983, 9-256/747, AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-I), s.677.

¹⁵² “İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir”.

¹⁵³ Ancak belirtelim ki, peşin ödemeli fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu ise, işçi bildirim süresi içinde doğabilecek haklarını talep edebilecektir. Nitekim Yargıtay’ın bir kararına göre, “Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinin (C) bendinin 2. fıkrasına göre; işveren, işçinin ihbar önelilerine ait ücretini peşin vermek suretiyle hizmet aktini fesih edebilir. Bu suretle fesihlerde Yargıtay uygulamaları gereğince fesih bu yoldaki iradenin karşı tarafa ulaşmasıyla gerçekleşir. Bunun sonucu olarak da, kural olarak işçi ihbar önelinin beklenmesi suretiyle önel içinde gerçekleştirilecek olan yeni haklar nedeni ile istekte bulunamaz. Ancak, davacının iddia ettiği gibi, fesihle işverenin ihbar öneli içinde doğacak yeni haklardan işçiyi yararlandırmamak amacı ile hareket ettiği anlaşılırsa o takdirde işçinin önel içinde gerçekleştirilen haklara göre istekte bulunması mümkündür”. Y9HD, 08.04.1991, E.1990/4473, K.1991/7311, www.legalbank.net, (28.03.2014) Ayrıca bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.533.

Öte yandan peşin ödemeli fesih yapılmasına rağmen, bildirim süresine tekabül eden ücretin peşin olarak ödenmemiş olması durumunda feshin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve nihayetinde konumuz açısından sözleşmenin devam eden bir iş sözleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin de izahı gerekmektedir. Yargıtay'ın konu ile ilgili kararında, “*Dairemizin istikrar kazanan uygulamasına göre, derhal fesihlerin geçerlilik kazanabilmesi için ihbar tazminatının da peşin ödenmesi gerekir. İhbar tazminatı ödenmediği sürece ancak ihbar öneli süresi sonuna kadar hizmet akdi devam eder. Bu süre içerisinde işçi veya işveren haklı nedenlerle fesih yoluna gidebilirler*” ifadelerine yer verilmiştir¹⁵⁴. Dolayısıyla ihbar tazminatının peşin olarak ödenmemesi durumunda Yargıtay iş sözleşmesinin sona ermediğini kabul etmiş ve ihbar süresinin sonuna kadar devam edeceğini hükme bağlamıştır. İş sözleşmesinin sona ermediği bir dönem olarak bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşebileceği ihtimalini bu noktada gözden uzak tutmamak gerekmektedir.

c) Geçici İş İlişkisi Sona Ermesine Rağmen Devreden İşverene Dönmeyen İşçi Açısından Değerlendirme

İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenmiş olan geçici iş ilişkisinin kurulması için gerekli koşullar yine aynı hükmün 1. fıkrasında ele alınmıştır. Buna göre, “*İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur*”¹⁵⁵. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur” (İK, m.7/1). Geçici iş ilişkisi İş Kanununun 7. maddesinde belirli bir süre ile sınırlanmış ve altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılacağı ve en fazla iki defa yenilenebileceği hükme bağlanmıştır (İK, m.7/2). Hükümden de anlaşılacağı üzere geçici iş ilişkisinin toplam süresi en çok onsekiz ay olabilecektir. Şüphesiz ki belirtilen sürenin sona ermesi durumunda geçici iş ilişkisi de son bulacaktır. Ancak bu düzenlemeye rağmen geçici iş ilişkisi, süresinin sona ermesine rağmen sürdürülmeye çalışılıyor ise, bunun sonucu ne olacaktır? Her şeyden evvel belirtelim ki, geçici

¹⁵⁴ Y9HD, 11.03.2004, E.2003/4474, K.2004/4788, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2/2004, s.1015.

¹⁵⁵ Ayrıntı bilgi için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.295-306; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.312; 327; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.75-78; ULUCAN, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.94-95; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.122-126; GÜLER, s.90-114; BENLİ/YİĞİT, s.1-40; ODAMAN, s.67-122; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.379 vd; ARSLANOĞLU, Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, s.53 vd.

iş ilişkisi sona erdiğinde geçici işçi, işverenin işyerine dönmek, işveren de ona iş vermek zorundadır¹⁵⁶. Geçici iş ilişkisi sona ermesine rağmen, işçi işverene dönmeyi yani geçici işverenin yanında çalışmaya devam ederse, işçi ile geçici işveren arasında acaba yeni bir iş ilişkisinin kurulduğunu kabul edebilir miyiz? Bir başka ihtimal de, geçici işveren ile sürekli işverenin aralarında anlaşarak ve işçinin de onayını almak suretiyle, işçinin geçici işverene sürekli devrini sağlamaları mümkün müdür? Bu konuda dile getirilebilecek başka bir sorun da geçici iş ilişkisinin taraflarından olan işveren ile devralan işverenin kendi aralarında işçinin geçici işveren yanında çalışmaya devam etmeleri konusunda anlaşmaları ancak bu konuda işçiye herhangi bir bildirimde bulunmamalarının bir hukuki sonucu bulunmakta mıdır? Ayrıca ne işçinin ne devralan işverenin ne de devreden işverenin geçici iş ilişkisinin azami süresinin bitmesine rağmen hiçbir biçimde bir irade beyanında bulunmamaları ve işçinin de geçici iş ilişkisi kapsamında çalışmasını sürdürmesi ne anlama gelecektir? Gerçekten de belirtmiş olduğumuz sorunlardan da anlaşılacağı üzere geçici iş ilişkisinin sona ermesinin ardından işçinin geçici işveren yanında çalışmaya devam etmesine bağlı sorunlar, her şeyden önce tarafların hangi amaç ile hareket ettiklerinin ortaya konulması ile çözümlenebilecektir.

Her şeyden önce ifade edelim ki, *öğretide ağırlıklı olarak* geçici iş ilişkisinin sona ermesine rağmen işçinin kendi işyerine dönmemesi ve başlangıçta geçici iş ilişkisi kapsamında bulunduğu işyerinde çalışmaya devam etmesi durumu, işçinin kendi işvereni ile arasındaki iş sözleşmesinin sona erdiği şeklinde değerlendirilmektedir¹⁵⁷. Ancak bu ihtimalde sözleşmeyi işçinin mi yoksa işverenin mi sona erdirdiğini netleştirmek gerekir. Şayet geçici iş ilişkisi bitmesine rağmen işçi dönmek istiyor ve işveren işçiyi çalıştırmak istemiyor ise, böyle bir feshi işverenin feshi olarak değerlendirmek ve buna ilişkin sonuçları işletmek gerekir. Ancak işçi geçici iş ilişkisinin bitmesine rağmen işverence çağrı yapılmasına rağmen dönmüyor ise, bu durumda feshi işçi tarafından yapılan bir fesih olarak değerlendirmek gerekir¹⁵⁸.

¹⁵⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.239.

¹⁵⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.306; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.57; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.79-80; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.404-405; ULUCAN, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.119.

¹⁵⁸ Elbette ki gerek işçi gerek işveren tarafından geçici iş ilişkisinin süresinin bitmesine rağmen iş sözleşmesini yeniden devam ettirmemelerine bağlı durum haklı fesih nedeni olarak değerlendirilemez. Önemle ifade edelim ki, geçici iş ilişkisinde de haklı fesih ihtimalleri gündeme gelebilir. Her şeyden önce belirtelim ki, geçici işçi verme sözleşmesi, taraflarca anlaşmak suretiyle veya belirli sürenin bitmesi nedenlerinden biriyle son bulabileceği gibi, taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesi yoluyla da son bulabilir. Belirtelim ki, geçici işçi verme sözleşmesinin hangi durumlarda feshedilebileceğine dair Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Şüphesiz ki taraflarca haklı bir takım nedenlerin ortaya çıkmış olması, genel hükümler çerçevesinde değerlendirebileceğimiz bir feshi gündeme getirebilecektir. Örneğin işçi ile geçici işveren arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından dolayı, işçinin geçici işverene karşı İş Kanununun 25/2. maddesi gereğince derhal fesih hakkı veren bir davranışta bulunması geçici iş ilişkisinin doğası gereği mümkün değildir. Ancak işçinin sürekli

Öğretide bir başka görüş tarafından, geçici iş ilişkisinin sona ermesine rağmen işçinin geçici işverenin yanında çalışmaya devam etmesinin artık geçici iş ilişkisinin sona erdiği anlamına geldiği, bununla birlikte söz konusu durumun tarafların örtülü iradeleri ile iş sözleşmesini sürekli olarak geçici işverene devrettikleri şeklinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁹.

Öğretide bir diğer görüş de, geçici işveren ile devreden işverenin birlikte işveren haline geldikleri yönündedir¹⁶⁰. Buna göre üçüncü altı aylık uzatma döneminin bitmesine rağmen işçinin çalışmaya devam etmesi ve geçici işverenin de bu duruma ses çıkarmaması durumunda, geçici iş ilişkisi statüsünün son bulunduğu, iş sözleşmesinin *belirsiz süreliye* dönüştüğü ve geçici işverenin sürekli işveren haline geldiği ve nihayet ödünç verenin de, yeni işveren ile *birlikte istihdam* ilişkisi kapsamında müteselsil sorumlu olduğu ifade edilmiştir¹⁶¹. İş Hukukunda işçinin bir işverene ait işyerinde çalıştığı halde başka bir işverenin işçisi sayılması sınırlı hallerde mümkün gözükmemektedir. İşçinin her iki işverene karşı iş görme edimini yerine getirmesi *birlikte istihdam* olarak isimlendirilmektedir¹⁶².

Yargıtay geçici iş ilişkisinin süresinin aşılması ve işçinin geçici işverenin yanında çalışmasını sürdürmeye ilişkin vermiş olduğu bir kararında¹⁶³, “...Geçici iş ilişkisinin “altı ayı geçmemek üzere” yapılabileceği ve en fazla iki defa yenilenmesi sonucu toplam 18 aylık süreyi aşamayacağı İş Kanunu’nun 7. maddesinde öngörülmüştür. Anılan dönemsel süreler, en uzun mutlak sürelerdir. Aşılabilir. Yasa koyucu muvazaalı yoldan işçi teminini önlemek için süre yönünden sınırlama getirmiştir. Yasada öngörülen sürenin bitiminde işçinin ödünç veren işverene ait işyerinde iş görmeye devam etmesi gerekir. Sürenin

işverene yapılan böyle bir bildirim sonucunda işçinin kendi işverenin iş sözleşmesini derhal feshetmesi mümkündür. Bu durumda geçici işverenin, işverenden işçinin sözleşmesini sona erdirmesini talep etmesi mümkün olmakla birlikte, ayrıca kendisinin geçici işçi verme sözleşmesini feshetmek suretiyle işçi ile olan ilişkisine son verebileceğini belirtmek gerekir. Bkz. BENLİ/YİĞİT, s.32; Bkz. ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.404 vd; Ayrıca işçi tarafından belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız ya da usulsüz olarak feshedilmesi durumunda işçi işverene tazminat ödemek zorunda kalabileceği gibi, işçiyi geçici olarak devralan işverenin sorumluluğu da (yeni işverenin sorumluluğu kapsamında - İK, m.23) gündeme gelebileceği kanaatindeyiz.

¹⁵⁹ EYRENCİ, Öner, “4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:1, 2004, s.30; TUNCAY, Can, “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, *Yeni İş Yasası Sempozyumu*, İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2003, s.143; Ayrıca bkz. AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-I), s.381.

¹⁶⁰ DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.78.

¹⁶¹ DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.78; Ayrıca bkz. ALP, “Sorunlar”, s.196.

¹⁶² Y9HD, 16.06.2011, E.2009/17463, K.2011/18256, ÇİL, İlke Kararları, (Y9HD Dairesi 2010-2011 Yılları), s.1096; Daha çok grup şirketlerinde ortaya çıkan bu çalışma biçiminde işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Özellikle yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan işverenler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini birden fazla işveren karşı yerine getirmektedirler. Y9HD, 18.02.2008, E.2007/33247, K.2008/114, ÇİL, İlke Kararları, s.1106.

¹⁶³ Y9HD, 09.05.2011, E.2009/4338, K.2011/13921, ÇİL, İlke Kararları, s.152; Y9HD, 16.06.2008, E.2007/41042, K.2008/15622, ÇİL, İlke Kararları, s.152.

sonunda da işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde bu defa taraflar arasında hizmet sözleşmesi devrinin gerçekleştiği kabul edilmelidir...” ifadelerine yer verilmiştir.

Geçici iş ilişkisinin son bulmasına rağmen işçinin geçici iş ilişkisi kapsamında bulunduğu işverenin yanında çalışmaya devam etmesi, devreden işverenin ise belirtilen iş ilişkisi kapsamında vermiş olduğu işçisini geri çağırması durumunda, mevcut ilişki sonucunda iş sözleşmesinin devri sonucunun ortaya çıkabilmesi için, her iki işverenin devir konusunda anlaşması şarttır. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde düzenlenen hüküm gereği iş sözleşmesinin, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilmesi mümkün olabilir (TBK, m.429/1). Dolayısıyla geçici iş ilişkisi kapsamında bir başka işverenin işyerinde çalışmakta olan ve kendisini devreden işverenin işyerine dönmeyen bir işçinin iş sözleşmesinin sürekli olarak devredilmiş sayılması için söz konusu durumdan işçi haberdar edilmeli ve işçinin örtülü değil¹⁶⁴, açık rızası yazılı bir şekilde alınmalıdır. İncelememizde yer vermiş olduğumuz öğreti görüşleri ile Yargıtay kararları Türk Borçlar Kanununda yer alan ve iş sözleşmesinin devrine ilişkin koşulları düzenleyen 429. maddenin yürürlüğünden önce dile getirildiği için, örtülü sözleşme devrinin artık mevcut hüküm karşısında uygulanabilir olduğunu düşünmüyoruz¹⁶⁵.

Bu noktada dile getirilmesi gereken bir ihtimal de geçici iş ilişkisi kapsamında devralan işverenin işyerinde çalışan, ancak sürenin bitmesine rağmen geri dönmeyen ve gerek devreden gerek devralan işverenler arasında hiçbir anlaşmanın bulunmadığı ve hatta ödemelerin ödünç veren işverence yapılmaya devam ettiği bir durumda sorunun çözümünün ne olacağıdır. Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrası gereği iş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı rızasının alınması şartı karşısında örtülü sözleşme devrinin mümkün olmadığını yineledikten sonra, mevcut durumun *birlikte istihdam* kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirtilmesi gerekir. Öğreti ve uygulamada mevcut durum iş sözleşmesinin devri şeklinde nitelendirilmekle birlikte, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğünden önceki bu çözümün, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi karşısında benimsenebilir olduğunu söylemek güçtür. O halde *birlikte istihdam* ilişkisi bulunduğunu benimsemek suretiyle her iki işvereni de işçi karşısında müteselsil sorumlu kılmak mümkün olabilir mi? Belirtelim ki, geçici iş ilişkisi kapsamında işçinin çalışmaya devam etmesi ve geçici

¹⁶⁴ Belirtilen döneme ilişkin olarak öğretide haklı olarak dile getirildiği gibi, işverenler arasındaki anlaşmayı işçiye bildir-medikleri sürece, sırf işçinin ses çıkartmadan devralan işverenin işyerinde çalışmasını sürdürmesinin, sözleşmenin örtülü devri anlamına gelmeyeceği hakkında bkz. ALP, “İş sözleşmesinin Devri”, s.313.

¹⁶⁵ Örtülü sözleşme devri hakkında ayrıca bkz. ALP, “Sorunlar”, s.197.

işverenin de bu duruma ses çıkarmaması ihtimalinde, geçici iş ilişkisi statüsünün son bulduğu ve geçici işverenin sürekli işveren haline geldiği ve nihayet ödünç verenin de, yeni işverenle birlikte, *birlikte istihdam* ilişkisi kapsamında müteselsil sorumlu olduğu mevcut duruma daha uygun düşmektedir¹⁶⁶.

Ancak tekrar belirtmek gerekirse, geçici iş ilişkisinin süresinin bitmesine rağmen, işçi, kendi işverenin yaptığı işyerine geri dönüş çağrısına uymuyor, yani bu yönde işveren geri dönmesini istiyor işçi de işverenin bu isteğini kabul etmiyorsa, devreden işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi işçi tarafından feshedilmiş sayılacaktır. Aynı şekilde geçici iş ilişkisinin süresinin bitmesine rağmen işçi işyerine dönüş yapma konusunda bir irade beyanında bulunuyor ve ancak devreden işveren işçinin dönüş talebini kabul etmiyor ise bu takdirde yine iş sözleşmesi feshedilmiş sayılacak ancak bu fesih işveren tarafından yapılmış bir fesih olarak kabul edilecektir. Belirtilen şekillerde iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine iş sözleşmesinin devri işleminden de bahsedilmesi mümkün değildir. Her iki ihtimalde de feshin haksızlığından söz edilir. Ancak işçi ile devreden işveren anlaşmak suretiyle (ikale) aralarındaki iş sözleşmesini sonlandırmaları da mümkündür. Belirtmiş olduğumuz ikale yoluyla iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda işçi bir başka işveren yanında çalışmaya başlasa bile, işçi ile yeni işveren arasındaki iş ilişkisi önceki sözleşmenin devamı olarak görülmeyecek ve yeni bir iş ilişkisi kurulduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

d) İş Sözleşmesinin Feshi Yoluyla Şirket Topluluğu İçinde Sürekli Yer Değiştirme Olgusunun İş Sözleşmesinin Devri Açısından Değerlendirilmesi

Şirket topluluklarında çalışmakta olan işçilerin bir şirketten diğerine sürekli olarak tüm hak ve borçlarıyla iş sözleşmesinin devri yöntemiyle devredilmesi daha önceden de belirtmiş olduğumuz gibi sıkça rastlanılan bir olgudur¹⁶⁷. Ancak bilindiği gibi iş sözleşmesinin devri, iş sözleşmesi sona erdirilerek değil, devam ederken gerçekleştirilen bir hukuki işlemidir. Bu nedenle devredilen bir iş sözleşmesi, devir esnasında sona ermediği gibi, devredildikten sonra da sona ermiş bir iş sözleşmesi gibi değerlendirilmemekte ve işçinin kıdeme bağlı haklarında herhangi bir kayba meydan verilmemektedir. Ancak bu noktada incelemek istediğimiz husus, iş sözleşmesi topluluk içinde feshedilerek bir işverenden diğerine sürekli olarak birbirini izleyen iş sözleşmeleri ile devredilen bir işçinin iş sözleşmesinin sona erdiğinden söz edilebilecek midir? Gerçekten de iş sözleş-

¹⁶⁶ Bkz. ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.314; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.644.

¹⁶⁷ Bkz. s.182 vd.

mesinin gerçek anlamda sona ermesi, iş sözleşmesinde var olan kıdeme bağlı hakların sona erme anına kadar değerlendirilmesine ve işçinin işçilik alacaklarının belirtilen zaman dilimine kadar hesaplanmasına sebep olmaktadır. Ancak özellikle aynı holding bünyesinde mevcut şirketler topluluğunda rastlanan ve iş sözleşmesinin feshi görüntüsü altında işçinin kıdem tazminatı ödenerek, bir işverenden diğerine geçirilmesi, fesih olarak mı değerlendirilecek yoksa iş sözleşmesinin devri olarak mı görülecektir? Özellikle kıdem tazminatı bakımından fesih yoluyla sonraki işverenler (şirketler) yanında geçen kıdem süresi, son şirketteki iş sözleşmesi de fesih yoluyla sona erdiği takdirde tüm işverenler yanında geçen süre hesap edilerek mi dikkate alınacak, yoksa her bir işveren yanında geçen süre esas alınarak mı kıdem tazminatı ödemesi yapılacaktır?

Önemle ifade edelim ki, aynı holding bünyesi kapsamında değişik şirketlerde iş sözleşmesinin sona ermesi suretiyle önceki işveren şirket yanında geçen hizmet süresi tasfiye edilerek, holdinge bağlı yeni bir şirkete ait işyerinde çalışmaya başlayan bir işçinin ikinci işveren şirket kapsamında geçirdiği süre, ilk işveren şirket yanında geçirmiş olduğu kıdem süresinin toplamına ilave edilemeyecektir. Gerçekten bu sonuç, belirtmiş olduğumuz şirketler aynı holding bünyesi kapsamında faaliyet gösterebilir de ayrı tüzel kişilik ve ayrı işyeri niteliğine sahip olmaları sebebiyle ortaya çıkmaktadır¹⁶⁸. Ancak iş sözleşmesinin feshi yerine, iş sözleşmesinin devri işleminin yapılması veya işyerinin devredilmesi durumunda, iş sözleşmesi veya işyeri yeni işverene geçtiği için, kıdeme bağlı tüm haklar ve işçilik alacakları da önceki işveren şirkette geçen kıdem süreleri de katılmak suretiyle birlikte hesaplanacak ve dolayısıyla kıdeme bağlı haklar ve işçilik alacakları devredilen yeni işveren nezdinde değerlendirme konusu yapılacaktır.

Belirtmiş olduğumuz normal durum, şirket toplulukları bünyesinde meydana gelen bir başka sorun karşısında aynı sonuçla izah edilememektedir. Zira iş sözleşmesinin feshi yoluyla bir şirketten diğerine geçme, feshin her zaman iş sözleşmesinin gerçek anlamda bir fesih olarak değerlendirilmesini engelleyebilmektedir. Gerçekten de özellikle grup şirketlerde bir işçinin iş sözleşmesinin, diğer bir işveren şirkete aktarılması arzu edildiğinde iş sözleşmesi feshedilmekte, işçiye kıdem tazminatı ödenmekte ancak işçi çok kısa bir süre sonra (örneğin ertesi gün) yeni işveren şirket işyerinde çalışmaya başlamaktadır. Aynı işçi bir süre sonra aynı yöntemlerle (yani iş sözleşmesi feshedilerek ve kıdem tazminatı ödenerek) aynı holding bünyesi kapsamında bir başka şirkette çalışmaya başlamaktadır. Daha sonra söz konusu işçinin iş sözleşmesi örneğin emeklilik sure-

¹⁶⁸ Bkz. ALP, "Karar İncelemesi", s.95.

tiyle son bulunduğunda işçinin kıdem tazminatının hesabında aynı holding bünyesindeki önceki işveren şirketler yanında geçen hizmet sürelerinin tamamının mı dikkate alınacağı yoksa her bir işveren şirket yanında geçen hizmet sürelerinin mi değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, sürekli olarak birbirini izleyen iş sözleşmeleri ile işyeri ve işvereni değişen işçinin iş sözleşmesinin gerçek anlamda son bulmadığı ihtimalinden hareketle, sadece feshin ileride daha fazla kıdem tazminatı ödememenin bir aracı olarak kullanılması sebebiyle, fesih dolayısıyla işyeri değişikliğinin bir iş sözleşmesi devri veya işyeri devri olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir.

Yargıtay belirtmiş olduğumuz ihtimali tartıştığı bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “...farklı hükmi şahsiyetleri ve farklı işyerleri bulunan şirketlerin aynı holding bünyesinde bulunmaları tüm şirketlerdeki hizmet sürelerinin birleştirilmesi için yasal bir neden sayılmaz. Ancak işyerlerinin aynı olması, şirketler arası işyeri devri veya hizmet akdi devri bulunması ve işverenlerin ileride daha fazla kıdem tazminatı ödememek için gerçek bir hizmet akdi feshi olmadığı halde kıdem tazminatı adı altında avans niteliğinde ödeme yapmaları halinde kıdem tazminatına esas sürenin hesaplanmasında tüm şirketlerde geçen sürenin esas alınması mümkündür”¹⁶⁹.

Görüldüğü gibi Yargıtay somut olayda, aynı holding bünyesi içinde veya şirket topluluklarında iş sözleşmesinin sona ermesinin gerçek anlamda bir fesih olarak değerlendirilmediği durumlarda, fesih dolayısıyla kıdem tazminatı ödenmiş olsa bile, davacı işçinin önceki işverenler yanında geçen tüm çalışma süresinin, kıdem süresi hesabında göz önünde tutulması gerektiğini benimsemiş ve işçinin aynı holding bünyesindeki önceki şirketlerde iş sözleşmesinin feshi sonucu aldığı tazminatı, kıdem tazminatının tamamı olarak değerlendirmemiş, yalnızca alınan miktarla sınırlı bir avans olduğuna hükmetmiştir.

Öğretide de konu tartışılmış ve fesih ve yeni iş sözleşmesi yapma işlemlerinin gerçek işleme farklı bir görünüm vermeyi amaçlayan birer formaliteden ibaret olduğu savunularak, işçinin kıdem tazminatı yönünden zarara uğratılmasının Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına¹⁷⁰ aykırı olduğu ifade edilmiş ve mahkemelerin böyle bir durumda kötüniyetli, işçiye zarar veren işlemlere itibar etmemeleri gerektiği belirtilerek,

¹⁶⁹ Karar ve incelemesi için bkz. Y9HD, 22.05.2006, E.2005/34562, K.2006/15019, ALP, “Karar İncelemesi”, s.94.

¹⁷⁰ Dürüst davranma kuralı, Türk medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”.

fiili duruma uygun ve işçiyi koruyan hukuki kuruma göre sonuca varılması gerektiği belirtilmiştir¹⁷¹.

Kanaatimizce de, özellikle aynı holding bünyesine dâhil bulunan şirketler arasında iş sözleşmesi feshedilerek gruba dâhil bir başka işveren şirket nezdinde çalışmaya başlayan ve aynı yöntemle çalışmayı fesih yapılmış olmasına rağmen gruba dâhil başka bir şirkette kesintisiz olarak sürdürmekte olan bir işçinin, maruz kaldığı işlemin son işverenin kıdem tazminatının yükünün azaltılması ve işçinin kıdeme bağlı hakları yönünden zarara uğratılması amacını içermesi yani kötüniyetli bulunması durumunda, işçinin yapmış olduğu işveren değişikliğinin, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı bir değişiklik olarak değil, iş sözleşmesinin devredilmiş olmasına bağlı bir değişiklik olarak görülmesi gerekmektedir. Gerçekten de yeni işveren olan şirketin işçiye ihtiyaç duyduğu bir günde, eski işverenin sözleşmeyi sonlandırdığını kabul etmek hayatın olağan koşullarına aykırı düşmektedir¹⁷².

Ancak birbirini izleyen iş sözleşmeleri ile aynı holding bünyesi içinde yer değiştirmekte olan bir işçinin iş sözleşmesinin feshinin şekilden ibaret kaldığı ifade edilerek sonuçta gerçekleşen işlemin iş sözleşmesinin devri olduğu yolundaki görüşü, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinin ardından konuyu düzenleyen ve Kanunun 429. maddesinde yer alan *“Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir”* (TBK, m.429/1) hükmü karşısında savunmanın mümkün olup olmadığını ele almak gerekir. Aslında Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce de, iş sözleşmesinin devri açısından geçerli bir devir işleminin varlığından söz edilmesi, işçinin de açık veya örtülü rızasının bulunması halinde mümkün görülmüştür¹⁷³. Ele almış olduğumuz Yargıtay kararında da vurgulandığı gibi, fesih tamamen şekli bir işlem den ibaret olabilir. Bu tarz kötüniyetli fesih işleminin ardından işçinin aynı holding bünyesi içinde faaliyet gösteren diğer işveren şirkette çalışmaya başlaması özellikle kıdeme bağlı haklara zarar verme amacı taşımaktadır¹⁷⁴. Böyle bir durum karşısında, Yargıtay tarafından, işverenler arasında mutabakatla yapıldığı kuvvetle muhtemel olan ve aslında amacı fesih olmayan ancak şekli anlamda fesih niteliği taşıyan işlemin ardından, işçinin yeni işveren şirket yanında çalışmaya başlaması işleme rıza vermesi şeklinde değerlendirilmiş ve işlemin fesih değil, iş sözleşmesinin devri olarak değerlendirilmiştir.

¹⁷¹ ALP, “Karar İncelemesi”, s.101; Ayrıca bkz. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1207.

¹⁷² ALP, “Karar İncelemesi”, s.100.

¹⁷³ KOCAGİL, s.56; GÜNAY, s.116; DANAR, s.68; ALP, “Sorunlar”, s.198; KAHRAMAN, s.92; ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.922; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.541.

¹⁷⁴ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.318.

rilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır¹⁷⁵. Görüldüğü gibi işçinin açık rızasının alınmadığı bir durumda bile önceki işveren şirket yanında geçerli olan iş sözleşmesi sona erdirilmek suretiyle, çok kısa bir sürenin ardından yeni işveren şirket yanında işe başlaması, işleme rıza verdiği şeklinde yorumlanmaktadır¹⁷⁶.

İşçinin rızası olmaksızın iş sözleşmesinin devri mümkün olmadığı gibi, salt işverenler arasında açık veya örtülü mutabakatlarla gerçekleştirilen işlemler sonucunda işçinin bir başka işverene iş sözleşmesinin devri yoluyla devredilmesi mümkün değildir¹⁷⁷. Gerçekten de bir işveren şirket, aynı holding bünyesinde bir başka şirkete, belirli bir kimseyi işe alma konusunda talimat veremeyeceği gibi; çalıştırdığı işçiye de başka bir işveren şirkete gidip orada iş sözleşmesini kurması konusunda talimat veremeyecektir¹⁷⁸. Dolayısıyla yapılan işlemde iş sözleşmesi feshedilip, işçiye ihbar süresine ait ücret ödenmiş olsa bile, Yargıtay kararlarında feshin varlığına rağmen kıdem tazminatı adı altında yapılan ödeme, gerçek bir fesihle iş sözleşmesi sona erdirilmediği için avans olarak kabul edilmektedir¹⁷⁹. O halde iş sözleşmesinin devri tarafların irade serbestisine dayalı olarak, biri diğerinin yerini alan işverenler ile işçinin uygun iradesi ile gerçekleştirilmelidir. Yargıtay'ın yukarıda belirtmiş olduğumuz kararlarında esas alınan husus, tarafların kullandıkları sözcük veya işlemi açıklayan deyimler değil, amaçlanan ve gerçekleştirilen işleme yönelik irade açıklamalarıdır¹⁸⁰.

Önemle ifade edelim ki, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ile işçinin yazılı rızası alınmaksızın iş sözleşmesinin devri işleminin gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla aynı holding bünyesi içinde dahi olsa, bir işçinin iş sözleşmesinin feshinin gerçek bir fesih görüntüsü yansıtmaması, iş sözleşmesinin feshinin ardından işçinin aynı gün veyahut da fesihten kısa bir süre sonra şirket topluluğuna dâhil bir başka işverenin işyerinde çalışmaya başlaması durumunda, hukuki sonucun iş sözleşmesinin devri olarak değerlendirilemeyeceği kanısındayız¹⁸¹. Türk Borçlar Kanununun yürür-

¹⁷⁵ Y9HD, 22.05.2006, E.2005/34562, K.2006/15019, ALP, "Karar İncelemesi", s.100.

¹⁷⁶ Öğretide de kabul edildiği üzere, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, herhangi bir kesinti yaşamaksızın diğer şirketle iş sözleşmesi kurulmak suretiyle çalışmasını ortak bir insan kaynakları yönetimi olan bir şirketler topluluğuna bağlı olarak sürdürmesi durumunda, tarafların gerçek iradesinin sözleşmenin devrine yönelik olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak somut olayın özelliklerine göre, gerçek anlamda bir fesih ve belirli bir süre sonra yeni bir iş sözleşmesinin yapılmış olması, feshi gerçek amacının dışında bir yoruma götürmeyecektir. ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.319-320.

¹⁷⁷ Bkz. ALP, "Karar İncelemesi", s.99-100; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1210.

¹⁷⁸ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1210.

¹⁷⁹ Y9HD, 25.06.1998, e.1998/8858, K.1998/10927, *Tekstil İşveren Dergisi*, Aralık-1999, s.17.

¹⁸⁰ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1211.

¹⁸¹ Öğretide Türk Borçlar Kanunundan önceki dönemde, bu tür fesih işlemi *görünürde fesih* olarak değerlendirilmekte ve taraflarca yeni bir iş sözleşmesinin yapıldığı sonucuna ulaşılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak özellikle şirket topluluklarında söz konusu olacak uygulamanın her zaman aynı sonuçla karşılaşacağını söylemek de doğru olmaz. Zira gerçekten de taraflar iş sözleşmesini, bildirim süresi tanıyarak veya bu süreye ilişkin ücreti peşin ödeyerek, iş ilişkisini

lûğе girmesinden önce benimsenen bu sonucun yerine, işçi karşısında işverenlik sıfatının hem devreden hem de devralan açısından devam ettiğinin bir başka deyişle *birlikte istihdam* modelinin kabul edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz¹⁸². Yani işçinin aynı anda birden fazla şirkete iş gördüğü kabul edilmeli ve aynı şirket topluluğu içinde iki veya daha fazla şirketin aynı işçi ile birbirini tamamlayan ve bir bütün oluşturan sözleşmeler imzalaması suretiyle tek bir iş ilişkisi kurdukları sonucu işletilmelidir¹⁸³. Aynı zamanda bu sonuç, işçinin kıdeme bağlı haklarının kısıtlanmasının engellenmesi açısından da yararlı olacaktır¹⁸⁴.

Belirtelim ki, birlikte istihdam uygulaması yaygın olarak şirket topluluklarında görölse de, birlikte işverenlerin aynı şirket grubu içinde bulunması da şart değildir¹⁸⁵. Şayet birlikte işverenler, işçi ile olan ilişkileri bakımından ayrı ayrı işveren olarak değerlendirilebilecek bir hukuki ilişki içinde değiller ise, yani tek bir hukuki ilişki içinde değerlendirilebilme olanağı sağlayan bir hukuki bağlantı içinde bulunuyorlar ise, yine birlikte istihdamın varlığından söz edilebilecektir.

Ancak hükmün yürürlüğe girmesinden önceki dönemde yapılan ve örtülü rızaya dayalı olarak gerçekleşen iş sözleşmesinin devri işlemlerine hukuki sonuç bağlanabilecek ve devreden ile devralan işverenlerin sorumluluklarına gidilebilecek hatta hukuki ilişkiye Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde öngörülen sonuçlar uygulanabilecektir.

e) Devredilen İşçinin Eski İşverenin Yanında Çalışmaya Devam Etmesi

İş sözleşmesinin devri üzerine, işveren değişikliği söz konusu olmakta ve işçi önceki işverene sunmakla yükümlü olduğu iş görme borcunu artık devralan işverene karşı yerine getirme zorunluluğu altına girmektedir. Belirtmiş olduğumuz ifade şekline de anlaşılabileceği üzere, işveren değişikliği söz konusu olmakla birlikte aynı zamanda işçi çalışmakta olduğu önceki işyerini de terk etmekte ve yeni işverenin işyerinde çalışmaya başlamaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devri ile işveren değişikliği gerçekleşmekle beraber, işçinin çalıştığı işyerinde de bir değişme söz konusu olmaktadır. Ancak varmış olduğumuz noktada iş sözleşmesi devredilen işçinin, devir sözleşmesinin ardından eski işverenin ya-

tasfiye ediyor olabilecekleri gibi; işçinin de haklı veya geçerli bir sebeple iş sözleşmesini sonlandırması mümkündür. Bkz. **ALP**, "İş Sözleşmesinin Devri", s.320-321.

¹⁸² Ayrıca bkz. **ALPAGUT**, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.922-923.

¹⁸³ Birlikte istihdam hakkında açıklama için bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.146-147.

¹⁸⁴ Bkz. **ALP**, "İş Sözleşmesinin Devri", s.320.

¹⁸⁵ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.146.

nında bir süre daha çalışmaya devam etmesinin mümkün olup olmadığının tartışılması gerekir. Konunun tartışılması Yargıtay kararına yansımış bir olaydan kaynaklanmaktadır. Olaya göre iş sözleşmesinin devri gerçekleşmiş olmasına rağmen, işçi devreden işverenin işyerinde çalışmaya devam etmiştir¹⁸⁶. Gerçekten de işçinin, devreden işveren yanında bir süre daha çalışmaya devam etmesinin hukuki nitelemesinin yapılmasının mevzuatımızda mümkün olup olmadığı bu noktada açıklığa kavuşturulmalıdır. Öncelikle belirtelim ki, devreden işverenin, devir sözleşmesine rağmen bir süre daha devretmiş olduğu işçiyi işyerinde çalıştırmaya devam etmesi, devrettiği işçisi ile arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu anlamına gelmeyecektir. Ayrıca devreden işveren tarafından sürekli biçimde devredilen bir işçinin, aynı şekilde kısa bir süre sonra, bu defa devralan işveren tarafından devreden işverene kesin ve sürekli biçimde devredilmesi, çalışma hayatında zayıf bir ihtimaldir. Ancak iş sözleşmesi devredilmesine rağmen devredilen işçinin bir süre daha devreden işveren yanında çalışmaya devam etmesi kesin ve sürekli olarak düşünülme de, geçici bir süreliğine kararlaştırılmış olabilir. Belirtmiş olduğumuz ihtimali sağlayacak olan müessese ise İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenen “geçici iş ilişkisi”dir. Böylece işçinin devralan işverenin işyerine nakli gerçekleşmeden yani işyeri değişmeden iş sözleşmesi devredilmiş olur. İş sözleşmesi devredilmiş olmasına rağmen, devredilen işçinin devreden işverenin işyerinde bir süre daha çalışmaya devam etmesinin geçici iş ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi gerçekten de böyle bir müesseseye ihtiyaç duyulduğu anda mümkün olmakla birlikte, şayet devir sözleşmesine rağmen işçinin devreden işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesini gerektirecek objektif sebepler bulunmuyor ise, yani yapılan işlem geçici iş ilişkisine ihtiyaç göstermeyecek bir duruma rağmen gerçekleştirilmiş ise, iş sözleşmesinin devrinden söz etmek de mümkün olmayacaktır¹⁸⁷. Gerçekten de bu durumda aynı anda iki üçlü iş ilişkisinin varlığı, gerçek anlamda var olan ilişkinin hangisi olduğu noktasında sorun doğurabilir¹⁸⁸. Zaten iş sözleşmesinin devrinin ardından, işçinin tekrar devreden önceki işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesi ve bunun geçici iş ilişkisi olarak değerlendirilebilmesi, İş Kanununun 7. maddesine uygun bir şekilde kurulmuş bir geçici iş ilişkisinin bulunmasını da gerekli kılar. İş sözleşmesinin devri amacı görünürde kalıyor ise, iş sözleşmesinin devrini geçersiz olduğunu kabul etmek ve işçinin kendisini devretmek isteyen işverenin işçisi olarak iş ilişkisini devam ettirdiğini değerlendirmek daha uygun olacaktır¹⁸⁹. Bir başka deyişle iş sözleşmesinin devrine rağmen

¹⁸⁶ Y9HD, 14.03.2001, 225/3914, www.legalbank.net (21.04.2014).

¹⁸⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.331.

¹⁸⁸ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.306.

¹⁸⁹ Bkz. ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.306.

men devredilen işçinin devreden yanında çalışmaya devam etmesi ve devrin görünürde kalması *muvaaza* olarak, değerlendirilebilecek¹⁹⁰ ve buna ilişkin sonuçlar işletilebilecektir. Ayrıca belirtelim ki, konunun tartışılmasına sebep olan Yargıtay kararı geçici iş ilişkisini de düzenleyen İş Kanununun yürürlüğe girmedeği bir döneme rastlamaktadır. Dolayısıyla hukukumuzda gerek geçici iş ilişkisinin (İK, m.7) gerek iş sözleşmesinin devrinin (TBK, m.429) belirli esaslara bağlandığı ve her ikisinin de işçinin açık ve yazılı rızası alınarak gerçekleştirileceği göz önünde bulundurulduğunda artık *örtülü* irade beyanlarıyla geçici iş ilişkisi veya iş sözleşmesinin devrinin gerçekleştirilemeyeceğini belirtebiliriz¹⁹¹.

Belirtelim ki iş sözleşmesinin devrinin ardından belirli bir süre sonra devreden işverenin aynı işçiye yeniden ihtiyaç hissetmesi durumunda tarafların İş Kanununun 7. maddesi çerçevesinde geçici bir iş ilişkisi kurmaları da mümkün olabilecektir¹⁹².

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN DEVREDİLMESİ

A. İşveren Tarafı

İş sözleşmesinin devri açısından değerlendirilmesi gereken en önemli kavramlardan biri de devir sözleşmesinin taraflarını oluşturan devreden ve devralan işverenlerin, işveren sıfatının ortaya konulmasıdır. Zira iş sözleşmesinin devrinde değişen taraf işverendir. İş Hukuku açısından işveren sıfatının görünümü, çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Aslında işverenin, işçinin çalışmakta olduğu işin sahibi ve işi yöneten bir kişi olarak, yürütülmekte olan işin başında olması asıl olmakla birlikte, bazı durumlarda işveren sıfatı bizzat işi ve işverini yönetme gereklerine ihtiyaç duyulmaksızın da ortaya çıkabilmektedir. Belirtmiş olduğumuz açıklamamızın ardından, işveren kavramını biraz daha ayrıntılı görmek bu aşamada daha yararlı olacaktır.

1. İş Mevzuatı Açısından Değerlendirme

a) İşveren

İş Hukuku anlamında işverenlik sıfatı, işçi çalıştırmanın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle sosyal güvenlik mevzuatı açısından işveren kav-

¹⁹⁰ Örneğin işverenin bazı yükümlülüklerini ortadan kaldırmaya yönelik olup olmadığı ve ilişkinin muvaazaaya dayanıp dayanmadığı ortaya konulmalıdır. ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.652.

¹⁹¹ İş sözleşmesinin devrine rızanın şekli konusundaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. s.200 vd.

¹⁹² ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.652.

ramı, işçi çalıştırmanın yanında, işçilik dışında diğer statülerde (memur, sözleşmeli personel, geçici personel gibi sıfatlarla) çalışan istihdam edenler için de kullanılmaktadır. Örneğin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 12. maddesinin 1. fıkrasına göre, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine¹⁹³ göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işverendir”. Ayrıca 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre de işveren kavramı, “Çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları” ifade etmek için kullanılmaktadır. En geniş anlamda değerlendirecek olursak, iş ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatı açısından işveren kavramı, sigortalı¹⁹⁴ çalıştırmanın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle işverenlik görünümü sigortalı çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar şeklinde ortaya çıkabilir.

İş kanunları işveren kavramını tanımlarken işçi kavramını esas almışlardır. Gerçekten de İş Kanununa göre, “İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren...denir” (İK, m.2/1). Buna göre bir gerçek veya tüzel kişi (dernek, vakıf, şirket, sendika, üniversite, belediye gibi) işveren niteliğine sahip olabileceği gibi, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da (örneğin bakanlık, adi şirketler gibi) işveren olabilir¹⁹⁵.

Deniz İş Kanununun 2. maddesinin A bendine göre ise “Gemi sahibine veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işletilen kimse” işveren olarak kabul edilmiştir. Deniz İş Kanunu, işveren kavramını tanımlarken işçi kavramından çok gemi kavramını esas almıştır. Ancak işçi çalıştırmadan işveren sıfatına sahip olmak mümkün bulunmadığından, bir iş sözleşmesine dayalı olarak gemi adamını çalıştırmak suretiyle bir gemiyi işleten gerçek veya tüzel kişiye veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir¹⁹⁶.

Basın İş Kanununda işveren kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte, Kanunun 1. maddesinde değinilen “Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayınl-

¹⁹³ “Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; a) Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar...”; “c) Kamu idarelerinde; 1) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olmayanlardan, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar, 2) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86 ncı maddesi uyarınca açıktan vekil atanmışlar, sigortalı sayılırlar” (5510, m.4/1-a, c).

¹⁹⁴ 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinin (6) numaralı bendine göre sigortalı, “Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Her işçi sigortalı olmakla beraber, her sigortalı çalışan işçi anlamına gelmemektedir.

¹⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.132 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.161 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.108 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.15 vd; ÇELİK, İş Hukuku, s.41 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.15 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.62 vd.

¹⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. BEDÜK, s.24.

nan 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" hükmü ile 4. maddesinde geçen "Gazeteci ile kendisini çalıştıran işveren arasındaki iş akdinin yazılı şekilde yapılması mecburidir" hükmü gereğince, işveren kavramının belirlenmesinde işçi kavramının esas alındığı anlaşılmaktadır¹⁹⁷. Öğretideki bir tanıma göre, basın işvereni, "Türkiye'de yayınlanan gazete, mevkute ve fotoğraf ajanslarında gazeteci çalıştıran gerçek veya tüzel kişi" şeklinde ifade etmek mümkündür¹⁹⁸.

İşveren işyerinde işin görülmesini isteme ve talimat verme yetkisine sahiptir. Ancak bazen bu yetki işyerlerinde değişik kişilerde de toplanabilir. Örneğin işletmenin henüz hukuki işlem ehliyetine sahip olmayan bir küçüğe ait olması durumunda¹⁹⁹, iş görme ediminin alacaklısı olma sıfatı küçüğe; yönetim hakkı ve talimat verme yetkisi ise yasal temsilciye ait olacaktır. Bu durumda İş Hukukunda iş görme ediminin alacaklısı olarak işin görülmesini istemeye yetkili olan kişilere *soyut işveren*; buna karşın en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip olan kişilere ise *somut işveren* adı verilmektedir²⁰⁰. Belirli olduğumuz açıklamalarımıza göre, iş sözleşmesinin devrinde, işveren tarafını somut işveren sıfatına sahip olan kimse temsil edecek ve iş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmeyi yapma yetkisine sahip olabilecektir.

İşverenlik sıfatı bakımından belirtilmesi gereken bir nokta da tüzel kişilerde ve ayrıca ticaret şirketlerinde işveren sıfatının nasıl belirleneceğidir. Tüzel kişiler açısından da, işin görülmesini isteme yetkisi ile emir ve talimat verme yetkisinin değişik kişiler elinde toplanması mümkündür. Bu bakımdan tüzel kişi *soyut işveren* sıfatına sahipken, tüzel kişinin organı *somut işveren* sıfatına sahip bulunmaktadır. Tüzel kişilerde ve ticaret şirketlerinde en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip bulunan organ veya kişi-organlar²⁰¹ *somut işveren* niteliğine sahip olmakta ve dolayısıyla tüzel kişinin iradesini açıklama yetkisine sahip bulunmaktadırlar²⁰².

¹⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.48; ŞAKAR, Basın İş Hukuku, s.67.

¹⁹⁸ ŞAKAR, Basın İş Hukuku, s.67.

¹⁹⁹ Aynı şekilde iflas halinde, iflas masasının; miras hukukunda da vasiyeti tenfiz memurunun emir ve talimat verme ve yönetim hakkına sahip olma sıfatları söz konusu olabilecektir. Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.142.

²⁰⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.142.

²⁰¹ Ticaret şirketlerinde organ bir kurul olabileceği gibi, tek başına bir kişi de organ niteliğini taşıyabilir. Tüzel kişinin iradesi bu durumda kişi organ tarafından açıklanır. SÜZEK, İş Hukuku, s.143.

²⁰² SÜZEK, İş Hukuku, s.143.

b) İşveren Vekili

Konumuz açısından değinilmesini gerekli bir husus da, işveren vekilinin iş sözleşmesinin devri sözleşmesine taraf olup olamayacağıdır. Bu bakımdan öncelikle işveren vekili kavramını iş mevzuatı açısından ele alıp, sonuçta iş sözleşmesini devre yetkilerinin olup olmadığı konusunu açıklamak gerekmektedir.

Günümüzde işletme yapısında meydana gelen değişme, işin yoğunlaşması ve teknolojik gelişim işverenin tek başına işletmeyi yönetmesini olanaksız kılmaktadır. Ayrıca işletmelerde yetişmiş personel ihtiyacı da işvereni, yönetim kademelerinde uzman görevlendirmeye zorlayan bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Belirtmiş olduğumuz başlıca nedenlerle işyeri veya işletmelerde, işvereni temsil yetkisine sahip kişilerin bulundurulması bir zorunluluk haline gelmiştir²⁰³.

İş mevzuatımızı ilgilendiren çeşitli kanunlarda işveren vekili, her bir kanunun kapsamı çerçevesinde tanımlanmış bulunmaktadır. İş Kanununun 2. maddesinin 4. fıkrasına göre, “İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir”. İşveren vekilinin yetkisi, yönetimine bırakılmış görev ve yetki alanı ile sınırlı bulunmaktadır²⁰⁴. İş Kanunu açısından şef, amir, ustabaşı, genel müdür statüsündeki kişiler işveren vekili olarak kabul edilebilmektedir. Zira İş Kanunu işveren vekilliği kavramı açısından işyeri veya işletmenin bütününe yönetim koşulu aramamıştır²⁰⁵. Öte yandan işveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmamaktadır (İK, m.2/5)²⁰⁶.

Deniz İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının Ç bendinde yapılan tanıma göre “Kaptan veya işveren adına ve hesabına harekete yetkili kimseye ‘işveren vekili’ denir”. Bu tanıma göre önemli olan husus gemiyi işletme unsurudur²⁰⁷. Ayrıca aynı maddenin C bendi, gemiyi sevk ve idare eden veya zorunlu nedenlerle görevi başında bulunmaması halinde ona vekâlet eden kim-

²⁰³ SÜZEK, İş Hukuku, s.174.

²⁰⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.174; YILMAZ, Halil, Türk İş Hukukunda Bireysel İş İlişkileri Açısından İşveren Vekilliği, Ankara-2012, s.24; AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-I), s.78.

²⁰⁵ Ancak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre işveren vekili “İşveren adına işletmenin bütününe yöneten” kişi olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bu kanun açısından işveren vekilleri aynı hükmün 2. fıkrasında işveren olarak kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, İş hukuku, s.407 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.339; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.406 vd; Ayrıca 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinin son fıkrası uyarınca, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri yanında yardımcıları ile, işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçi alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin iş güvencesinden yararlanamayacağı kabul edilmiştir. Ayrıntı için bkz. MOLLAMALMUTOĞLU/ASTARLI, s.209, 859 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.567-570.

²⁰⁶ İşverene karşı işçi sıfatını taşımaları mümkün olduğu için bunlara yönetici işçi denilmesi de mümkündür. AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-I), s.75; Ancak belirtelim ki, işveren vekili ile işveren arasındaki temel ilişki, çalışmayı konu alan vekalet sözleşmesi de olabilir. ÇELİK, İş Hukuku, s.43.

²⁰⁷ Ayrıntı için bkz. YILMAZ, Halil, s.29 vd.

seyi *kaptan* olarak tanımlamıştır. Ancak belirtelim ki, kaptan *işveren* niteliğine de sahip olabilir. Şayet bir gemiyi donatan sıfatıyla işletiyor ise, kaptan gemiyi idare eden bir kimse olarak işveren sayılmalıdır²⁰⁸.

Basın İş Kanunu işveren vekilini tanımlamamıştır. Fakat bu sonuç Basın İş Kanununda işveren vekilinin belirlenemeyeceği anlamına da gelmez. Genel hükümlerden hareketle²⁰⁹, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler de Basın İş Kanunu anlamında işveren vekili olarak kabul edilebilecektir²¹⁰.

İşveren vekili kavramını bireysel iş yasalarına göre tanımladıktan sonra çalışmamız için asıl önemli olan husus, işveren adına işveren vekilinin sözleşme yapma yetkisinin bulunup bulunmadığını tespit etmek olacaktır. Hemen belirtelim ki baskın *öğreti* görüşüne yönetim kavramı içinde düşünüldüğü takdirde, işveren vekilinin, işveren adına iş sözleşmesi yapabileceği kabul edilmektedir²¹¹. Önemle ifade etmek gerekirse her işveren vekilinin, işveren adına iş sözleşmesi yapabileceği kabul edilemez²¹². Bunun için işveren tarafından yetki verilmiş olması gerekmektedir²¹³. Örneğin personel müdürü, genel müdür, şube müdürü gibi sıfatlara sahip kimselerin işveren adına sözleşme yapma yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir²¹⁴. Bir başka ifadeyle işyerine işçi alma yetkisinin, işyerinin yönetim konusu içinde düşünülmesi gerekir²¹⁵. Sözleşme yapma yetkisi bulunan bir işveren vekilinin sözleşmeyi fesih yetkisinin bulunduğunu da kabul etmek gerekir²¹⁶. Bu noktada belirtmek istediğimiz husus, işveren vekilinin iş sözleşmesinin devri işlemini de yapıp yapamayacağıdır. Gerçekten de iş

²⁰⁸ YILMAZ, Halil, s.30; BEDÜK, s.26.

²⁰⁹ Bu konuda Türk Borçlar Kanununun 40. maddesinden yararlanmak mümkündür. Nitekim hükme göre, "Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunana bağlar. Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmezse, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur. Diğer durumlarda alacağın devri veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanır".

²¹⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.176; YILMAZ, Halil, s.36; SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.50.

²¹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.174; YILMAZ, Halil, s.286; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.211-212; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.14-15; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1986 Yılına Ait Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul-1988, s.6-7; Aksi görüş, REİSOĞLU, Seza, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara-1968, s.116.

²¹² Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında, belirtilen yetkiye sahip olmayan banka şube müdürünün davacıyı bir süre çalıştırmış olmasının, iş sözleşmesinin kurulmuş sayılmasına yetmeyeceğine hükmetmiştir. YHGK, 19.03.1986, 9-555/251, www.legalbank.net (15.03.2014). Bu karar öğretide eleştirilmektedir. SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.14; NARMANLIOĞLU, "Seminer", s.6-7.

²¹³ Ancak her işveren vekilinin de belirtilen yetkiye sahip olması düşünülemez. Örneğin muhasebe müdürünün iş sözleşmesi yapma yetkisi olmamalıdır. SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.14.

²¹⁴ SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.15; AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-I), s.78-79; Yetki bulunmamasına rağmen işveren vekilinin işvereni temsilen yaptığı sözleşme işverenin onayı ile geçerli hale gelir (TBK, m.46). YILMAZ, Halil, s.286.

²¹⁵ YILMAZ, Halil, s.286.

²¹⁶ Tüzel kişilerde ana sözleşmeye göre yetkili olanlar fesih yetkisine sahiptir. YILMAZ, Halil, s.288.

sözleşmesi yapma veya fesih yetkisi bulunan bir işveren vekilinin, iş sözleşmesini devretmeye yetkili olmadığını söylemek mümkün değildir. Zira işveren vekilinin işveren adına hareket etme ve işin ve işyerinin yönetiminde görev alma yetkisi bulunmaktadır (İK, m.2/4). Ayrıca işveren vekilinin eylem ve işlemlerinden doğrudan işveren sorumludur (İK, m.2/4). Dolayısıyla işveren vekilinin yönetim yetkisi kapsamında, iş sözleşmesini devre de yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Aynı anlatımlarımız, devralan işveren adına hareket eden işveren vekilleri açısından da geçerli olacaktır.

2. Şirket Topluluklarında İşveren Kavramı

a) Genel Olarak

İş sözleşmesinin iradi devri uygulaması daha çok holdinglerde veya şirket gruplarında görülen bir uygulamadır²¹⁷. İş sözleşmesinin devri özellikle nitelikli işgücünün kalıcı olarak geçişini sağlayan bir araçtır²¹⁸. İşgücünün aynı holding ve şirket toplulukları içerisindeki hareketliliği her zaman iş sözleşmesinin kesin ve sürekli bir biçimde devri olgusunu düşündürmeyebilir. Gerçekten de bazen bir işçinin sürekli olmamakla birlikte geçici iş ilişkisi kapsamında (İK, m.7) aynı holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı bir işyerinde, başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilmesi de mümkündür. Holding veya aynı şirketler topluluğuna bağlı işyerlerinin her biri asıl olarak ayrı tüzel kişiliğe sahip işyerleridir. Bir başka deyişle belirtilen şirketlerde çalışan işçilerin işvereni holding veya şirket topluluğu değil iş sözleşmesinin tarafı olan şirkettir²¹⁹.

Aynı şirketler topluluğunda çalışan bir işçinin işvereni, işçiyi aynı şirketler topluluğu bünyesi içinde bir başka işverene kesin ve sürekli biçimde devredebilir. Ancak bir işçinin holding veya şirketler topluluğu bünyesi içinde birden fazla işveren ile ilişki içinde olması farklı zaman dilimleri içinde gerçekleşebileceği gibi, aynı zaman dilimi içinde işçinin birden fazla işveren ile de iş ilişkisi içinde olması mümkündür. Belirtmiş olduğumuz bu ihtimalde ise bir iş sözleşmesinin devri söz konusu olmamakta, işçi karşısında tüm işverenler birlikte sorumlu olmaktadır. Ayrıca işçinin her bir işverenin birlikte sorumluluğunun bulunmadığı bir iş ilişkisi içinde, holdinge dâhil birden fazla şirkete ve her birine karşı

²¹⁷ ALP, "Sorunlar", s.189; ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.921; GÜNAY, s.115; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1202; DANAR, s.68; ARSLANOĞLU, "İradi Devir", s.543; AKYİĞİT, "Bireysel Devir", s.44; ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.304.

²¹⁸ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.189.

²¹⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.146.

aynı zamanda ve fakat ayrı ayrı iş ilişkisi (kısmi süreli iş ilişkisi) içinde bulunması da mümkündür. Genel açıklamamızın ardından sözünü etmiş olduğumuz hususları aşağıda ele almak gerekmektedir.

b) Holding veya Şirket Topluluğu Kavramı

Ekonomide meydana gelen gelişmeler ve sermayenin yoğunlaşması, şirket topluluklarında ve dolayısıyla holding tarzı yapılanmalarda artışı beraberinde getirmiştir. Holding, ana ortaklık anlamını ifade eden bir kavram olarak, birçok ortaklığın pay senetlerini elinde bulundurarak onları denetimi altında tutan sermaye yatırım ortaklığıdır²²⁰.

İktisadi gücün belli ellerde toplanması ve iktisadi büyümenin sağlanması amacıyla olan holding veya şirket topluluğu tarzı yapılanmalar, başka birleşme türlerinden olan tröst veya kartellerden farklı yönleri bulunan bir kavramdır. Bu noktada holding veya şirketler topluluğunu diğer birleşme türlerinden ayıran en önemli özellik, bağlı şirketlerin bağımsız hukuksal (tüzel) kişiliklerinin bulunmasıdır.

Holding veya şirket toplulukları ortak bir yönetme gücü altında birleşme özelliğine sahip topluluklardır. Holdinglerin ortaya çıkmasındaki temel sebep, kârlılık esasına dayanan bir yatırım amacıyla yavru şirketlere iştirake bulunmaktır. Holding üzerinde hâkimiyet kurmuş olduğu şirketlerle birlikte şirket grubunu oluşturmaktadır. Holdinge bağlı şirketlerin her birinin ayrı ayrı tüzel kişiliği bulunmaktadır. Ancak tek bir yönetim altında toplanmış oldukları için grup politikası doğrultusunda hareket etmektedirler²²¹. Böylece hem yönetim ve işleyiş hem de sermayenin kullanılması bakımından birbiriyle doğrudan bağlantılı ve her biri farklı tüzel kişiliklere sahip “*şirketler topluluğu*” oluşmaktadır²²². Sonuçta hukuken bağımsızlıklarını koruyan şirketler ortak bir yürütme gücü altında birleşerek ekonomik bir bütün oluşturmaktadırlar²²³. Holding ise bu bütünlüğün yöneticisi olan üst kuruluşu oluşturan *ana* şirkettir.

Yürürlükten kaldırılan 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, holding veya şirket topluluğu yapılanmasına ilişkin düzenlemelere yer vermiş değildi. Yalnızca terim olarak “*kanuni yedek akçe*” başlığını taşıyan 466. maddesinde yer almıştı²²⁴. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ise 195-209. maddeleri arasında

²²⁰ Ayrıntı için bkz. **MAMAK**, Kemal, “Finansal Holding Şirketleri”, **BATİDER**, C.XXIV, S:1, Haziran-2007, s.242-258.

²²¹ **KAHRAMAN**, s.95-96; **ALP**, “Karar İncelemesi”, s.96.

²²² Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYDINLI**, “Tüzel Kişilik Perdesi”, s.3-20.

²²³ **ALP**, “Karar İncelemesi”, s.96.

²²⁴ “İkinci fıkranın 3 numaralı bendi ve üçüncü fıkra hükümleri, gayesi esas itibarıyla başka işletmelere iştiraktan ibaret olan “Holding” şirketleri hakkında cari değildir”. (ETTK, m.466/4).

“Şirketler topluluğu” başlığı altında konuyu düzenlemiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu öğretide kullanılan “ana şirket” – “yavru şirket” kavramlarının²²⁵ yerine “hâkim şirket” – “bağlı şirket” kavramlarına²²⁶ yer vermiştir²²⁷.

Şirket topluluğu kavramı Türk Ticaret Kanununda (TTK, m.195) genel olarak bir ticaret şirketinin diğer ticaret şirketi üzerinde hâkimiyet kurması şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla şirket topluluğundan söz edilebilmesi için bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketine yalnızca iştirak etmesi yeterli olmayıp, onun üzerinde hâkimiyet kurmuş olması ve her iki şirketin de hukuki bağımsızlıklarını koruyor olmaları gerekmektedir²²⁸.

Holding kavramının da şirketler topluluğu ile aynı anlamı ifade edip etmediği veya birbirinin yerine kullanılıp kullanılamayacağı da bu noktada izahı gerektiren bir durumdur. Türk Ticaret Kanununun 519. maddesinin 4. fıkrası holding kavramını, önceki 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu (ETTK, m.466/4) ile aynı anlamda değerlendirmiş ve holdinglerin başlıca amacının başka işletmelere iştirak olduğu üzerinde durmuştur²²⁹. Geniş anlamda holding

²²⁵ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1204-1205.

²²⁶ “G) Şirketler topluluğu

1 - Hâkim ve bağlı şirket

MADDE 195- (1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluştuyorsa,

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.

(2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.

(3) Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir.

(4) Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.

(5) Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır.

(6) Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder.”

²²⁷ Ayrıca bkz. BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, 1.B, Bursa-2012, s.195 vd.

²²⁸ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.260; Şirketler topluluğu yalnızca sermaye şirketleri arasında değil, bütün ticaret şirketleri arasında oluşturulabilecektir. Bkz. Türk Ticaret Kanunun gerekçesi, www.tbmm.gov.tr (21.06.2014).

²²⁹ Eski Türk Ticaret Kanununun 466. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenleme ile Yeni Türk Ticaret Kanununun 519. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenleme arasında temelde bir farklılık bulunmamaktadır. Nitekim bu durum Adalet Komisyonu’nun Tasarının 519. maddesine ilişkin gerekçesinde, “Madde, 6762 sayılı Kanunun 466 ıncı maddesinden alınmıştır. Ancak anılan 466 ıncı maddenin ifadesi, uygulamada yorum güçlükleri doğurduğundan gerek kelimelerin seçiminde, gerek söz diziminde önemli değişiklikler yapılmış, ancak içeriğe temel olan düşünce ve hükümler değiştirilmemiştir”. Gerekçe için bkz. www.tbmm.gov.tr (10.01.2014).

kavramı bir şirketin veya işletmenin bir başka şirket veya işletmeye katılmasını ifade etmektedir²³⁰. *Dar anlamda* holding ise, bir şirketin hâkimiyet sağlama gayesi ile bir başka şirkete iştirak etmesini ifade etmektedir²³¹. Bu bakımdan dar anlamda holding kavramının *şirketler topluluğu* kavramı ile aynı anlamı ifade ettiği görülmektedir²³². Ancak belirtelim ki, Türk Ticaret Kanunu, hâkimiyet amacı gütmeyen katılımları da kapsayacak biçimde *holding* kavramını *geniş anlamı* ile ele almıştır.

Ayrıca belirtelim ki 4857 sayılı İş Kanunu 7. maddesinde şirketler topluluğu kavramı ile holding kavramını bu yönde farklı anlamlar içeren kavramlar gibi ele almıştır. Nitekim hükme göre, “*İşveren devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde (...) iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur*”.

Şirket topluluklarında iş gücünün dolaşımına bağlı olarak özellikle iş sözleşmesinin işveren tarafının belirlenmesi yönünden ortaya çıkan sorunlar sıkça görülmekle birlikte, işçilerin kıdeme bağlı hakları yönünden de sorunlar yaşanmaktadır²³³.

Holding veya şirket topluluklarının hukuki ve iktisadi anlamda bir işletme olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir. İşletme, bünyesinde bir veya birden fazla işyeri bulunan bir ekonomik üretim ünitesidir²³⁴. İşletme sermaye, organizasyon ve yönetim ve personel olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır²³⁵. İşyeri ise işletmenin takip ettiği ekonomik amaçtan farklı olarak teknik bir amaç gütmektedir. Bu ise belirli bir mal veya hizmet üretiminin gerçekleştirilmesidir²³⁶. İşletme kural olarak iktisadi ve mali bir amaç gütmektedir²³⁷.

Holdinge veya şirketler topluluğuna bağlı şirketlerin her birinin ayrı ayrı tüzel kişiliği bulunduğu için, her birinin de ayrı bir işyeri olarak değerlendirilmesi gerekir. Yani holding veya şirket topluluklarının bütün olarak tek bir işletme şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Yargıtay’ın kararlarında da, hol-

²³⁰ BOYACIOĞLU, *Cumhur*, Konzern Kavramı, Ankara-2006, s.171.

²³¹ BOYACIOĞLU, s.172.

²³² GÜREL, *Murat*, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2009-Ankara, s.18.

²³³ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1204.

²³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.216.

²³⁵ AYDINLI, s.8; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.217.

²³⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.217.

²³⁷ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.197.

ding içinde yer alsa da, işyerlerinin ayrı tüzel kişilikler oluşturması nedeniyle birlikte değerlendirilmesinin mümkün olmadığı hükmüne bağlanmıştır²³⁸.

c) Şirket Topluluklarında İşverenin Belirlenmesi

aa) Genel Olarak

Özellikle şirket topluluklarında görülen çalışma ilişkileri yönünden işgücünün dolaşımı bir takım sorunları beraberinde getirmekte ve bu sonuç holding bünyesi içindeki iş ilişkilerine eğilmeyi gerektirmektedir. Alman, İsviçre ve Avusturya Hukukunda “*konzern*”; Amerika Birleşik Devletleri’nde “*affiliated grup*” olarak ifade edilen²³⁹ şirket toplulukları, İş Hukuku açısından da oldukça önem ifade eden bir yapıya sahiptir²⁴⁰. İş Kanunu, iş ilişkileri bakımından holding veya şirket topluluğu kavramına ilişkin bir tanım getirmemekle birlikte, geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinde, holding tabirine geçici iş ilişkisinin (benzer iş şartı aranmaksızın) kurulabileceği işyerlerinden olduğu gerekçesiyle yer verilmiştir. Gerçekten de her biri bağımsız birer tüzel kişilikten oluşan holding veya şirket topluluklarında her bir şirket tek başına işveren niteliğine sahiptir²⁴¹. Dolayısıyla bağlı şirketlerde çalışan işçilerin işvereni holding veya şirket topluluğu değil, iş sözleşmesinin tarafı olan şirkettir. Örneğin tüzel kişiliğe sahip bir şirket, tüzel kişiliğe sahip bir holdingin işyeri olarak düşünülemez²⁴².

bb) Birden Fazla Bağlı Şirkete Karşı Birden Fazla İş Sözleşmesi İle Aynı Anda İş Görme (Kısmi Süreli Çalışma)

Şirket topluluklarında bir işçinin holding bünyesinde bir şirkete bağlı olarak çalışması söz konusu olabileceği gibi, birden fazla (bağlı) şirkete aynı anda iş görme edimini sunması da söz konusu olabilmektedir²⁴³. Birden fazla şirkete aynı anda iş görme ediminin sunulması, özellikle *kısmi süreli iş sözleşmesi* kap-

²³⁸ Y9HD, 21.3.2006, E.2006/6685, K.2006/7652, Çil, İlke Kararları, 984.

²³⁹ Konzern kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3.B, İstanbul-2012, s.228 vd; Bağlı işletmeler hakkında bkz. POROY/TEKİNALP / ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 6.B, İstanbul-1995, s. 1019-1025.

²⁴⁰ Uygulamada birden çok gerçek veya tüzel kişi ortaklığın oluşturduğu bir adi ortaklıkta, tüm ortakların birlikte işveren olarak değerlendirilmesi gerekir. Uygulamada adi ortaklık bazen “*konzern*” ve bazen ise “*konsorsiyum*” şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. “*Konzern*”, hukuken birbirinden bağımsız kişiliklere sahip kimselerin, ekonomik ve idari açıdan tek ya da ortak yönetime tabi olmak üzere oluşturdukları iktisadi bir birliktir. Kural olarak “*şirketler topluluğu*” kavramını çağrıştırmaktadır. Konsorsiyum (ortak girişim) ise, adi ortaklık şeklinde bir yapılanma bulunduğu kabul edilse de, yönetim hakkı genelde konsorsiyum liderine bırakılmakta ve ortakların birlikte sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi ve tartışma için bkz. AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi (Cilt I), s.72 vd.

²⁴¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.146.

²⁴² Y9HD; 09.02.1990, E.1989/719, K.1990/1242, Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Şubat-1990, s.11-12.

²⁴³ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1204.

samında gerçekleşmektedir. Ancak bu noktada her şirket ile ayrı ayrı iş ilişkisinin kurulup kurulmadığı veya tek bir iş ilişkisi ile birden fazla şirkete iş görme ediminin sunulup sunulmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında, bir holdinge ait altı şirketin muhasebe işlerini üstlenen işçinin iş sözleşmesinin, tüm şirketler tarafından feshedilmesi üzerine talep ettiği yıllık ücretli izin parası, ikramiye, ödenmeyen ücreti ve ihbar tazminatının her şirket ile ayrı ayrı kısmi süreli iş sözleşmesinin bulunması sebebiyle, onlara ait işin yapılması için ayrılan süre dikkate alınarak belirlenmesi ve şirketlerin ayrı ayrı sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiş, ayrıca her şirket tarafından ayrı ayrı kıdem tazminatı ödenmesi istenmekle beraber, aynı çalışma süresi için birden fazla kıdem tazminatı ödenemeyeceği kuralından hareketle, her şirkete isabet eden çalışma süresine göre ve altı şirketten alınan ücretlerin toplamı üzerinden tavanı aşmayacak şekilde kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁴⁴. Karar bu haliyle grup şirketlerde, birden fazla şirkete karşı ayrı ayrı kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışma durumunda her işverenin talep edilen haklardan ayrı ayrı sorumlu tutulması gerektiğinden bahisle isabetlidir²⁴⁵. Ancak kararda kıdem tazminatı tavanı yönünden tüm şirketler tek işveren olarak değerlendirilmiştir²⁴⁶. Hâlbuki bu sonuç, kararda ulaşılan ve muhasebe işçisinin tüm şirketlerde kısmi çalışma ilişkisinde bulunduğu kabulü anlayışına da ters düşmektedir²⁴⁷. Dolayısıyla ayrı iş sözleşmeleri ile aynı işçiyi çalıştıran şirket topluluklarının ödeyeceği kıdem tazminatı tavanı her bir işveren yönünden ayrı ayrı belirlenmelidir²⁴⁸.

cc) Birden Fazla Şirkete Karşı Tek Bir İş Sözleşmesi İle Aynı Anda İş Görme (Birlikte İstihdam)

Uygulamada çoğunlukla aynı holding veya şirketler grubu içinde çalışmakta olan kimi işçilerin aynı anda birden fazla bağlı şirkete karşı çalıştığı gözlemlenmektedir²⁴⁹. Birden fazla işveren şirkete karşı iş görme borcunun ifa edilmesi sırasında işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisinin bulunması da söz konusu olabilir. Önemle ifade edelim ki, bu çalışma biçimi aynı mahiyette

²⁴⁴ Y9HD, 05.05.1987, E.1987/4243, K.1987/4582, *Çimento İşveren Dergisi*, Temmuz-1987, s.27-28.

²⁴⁵ *EKONOMİ/EYRENCİ*, s.1205.

²⁴⁶ Aksi görüş için bkz. *TUNCAY*, "Karar İncelemesi", s.23 vd; Aynı yönde olmak üzere öğretide, Yargıtay'ın kıdem tazminatı tavanına ilişkin görüşünü diğer talep edilen haklarda da sürdürmesi gerektiği, bu durumun hem İş Hukukunun ilkelerine hem de holdingin yapısına daha uygun düşeceği ifade edilmiştir. *AYDINLI*, "Tüzel Kişilik Perdesi", s.8.

²⁴⁷ *EKONOMİ/EYRENCİ*, s.1205; Ayrıca krşz. *AYDINLI*, "Tüzel Kişilik Perdesi", s.8.

²⁴⁸ *EKONOMİ/EYRENCİ*, s.1205.

²⁴⁹ *SÜZEK*, İş Hukuku, s.146-147; İş Kanunu, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları da işveren olarak kabul ettiği için, adı şirket hükmündeki kurum veya kuruluşlar kendileri işveren sıfatını taşıyacak, ortakları işveren sıfatını kullanamayacaktır. *MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI*, s.170.

bir işin varlığını gerekli kılmaktadır²⁵⁰. *Birlikte istihdam* olarak da isimlendirilen bu ilişki, işçi tarafından yerine getirilen hizmetlerin, kısmi süreli iş sözleşmelerinin varlığına imkân tanıyacak şekilde ayrıştırılmasının mümkün olmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır²⁵¹. Dolayısıyla işçinin aynı iş sözleşmesi içinde birden fazla işverene karşı aynı zamanda ve aynı nitelikte bir iş için iş görme borcunu yüklenmesi söz konusudur²⁵². Belirtelim ki birden fazla işverenin taraf olduğu tek bir iş sözleşmesine dayalı iş ilişkisinin varlığı, iş sözleşmesinin birlikte imzalanmasını da gerekli kılmamaktadır. Hatta işverenlerden birinin veya birkaçının mevcut sözleşmeye katılması suretiyle de birlikte işverenliğin kurulması mümkündür²⁵³.

Yargıtay kararlarına konu bir olayda birlikte istihdam hakkında “özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir”²⁵⁴ ifadelerine yer verilmiştir.

Birlikte istihdam ilişkisi kapsamında belirtmiş olduğumuz gibi işçi ile birden fazla işveren arasında tek bir ilişki bulunmaktadır²⁵⁵. Ücretin işverenlerden biri ya da bir kaç tarafından ödenmesi veya sosyal sigortalar priminin başka bir işveren tarafından yatırılması mümkündür²⁵⁶. Ayrıca belirtelim ki, iş görme ediminin sunulduğu tüm şirketlerin işçilik alacaklarından dolayı birlikte (müteselsil) sorumluluğu söz konusudur²⁵⁷.

²⁵⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.166.

²⁵¹ Ancak birlikte istihdam ilişkisinin kurulabilmesi için mutlaka işverenlerin aynı şirket grubu içinde yer alması zorunlu değildir. SÜZEK, İş Hukuku, s.147.

²⁵² SÜZEK, İş Hukuku, s.148; Birlikte istihdam daha sonra yeni işverenin iş sözleşmesine katılması yoluyla da gerçekleştirilebilir. ALP, “Sorunlar”, s.197.

²⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.170; ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.311.

²⁵⁴ Bkz.Y9HD, 27.06.2011, E.2010/19150, K.2011/30349, ÇİL, s.1095; Aynı konuda bir başka karar için bkz. Y9HD, 16.06.2011, E.2009/17463, K.2011/18256, ÇİL, İlke Kararları, s.1097.

²⁵⁵ Yargıtay’ın bu konudaki görüşünün eleştirisi için bkz. ÇELİK, Nuri, “Grup Şirketlerinde İşçilerden Bir Kısımının Aynı Anda Birden Fazla İşverene Hizmet Vermesinden Doğan Sorun”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:15, Özel Sayı, 2013, s.25-31.

²⁵⁶ Y9HD, 16.06.2011, E.2009/17463, K.2011/18256, ÇİL, İlke Kararları, s.1097.

²⁵⁷ Y9HD, 27.06.2011, E.2010/19150, K.2011/30349, ÇİL, İlke Kararları, s.1095; MOLLAMAHMUTOĞLU /ASTARLI, s.168.

Birlikte istihdam ilişkisi içinde bulunan işçi ve işverenler tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesi işçi açısından her bir işverene yöneltilecek fesih iradesiyle mümkün olabilecektir²⁵⁸. Aynı şekilde işverenler tarafından sona erdirilmesi ise, işverenlerin her biri tarafından işçiye yönelik bir fesih iradesinin ortaya konulmasını gerektirir²⁵⁹.

Belirtelim ki, iş sözleşmesine işveren yanında bir başka işverenin de katılması, bir başka deyişle işveren tarafından birden fazla gerçek veya tüzel kişinin bir ortaklık bağı olmadan da birlikte yer alması birlikte istihdamın varlığı açısından mümkündür²⁶⁰.

dd) Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, tüzel kişiliklerin sözleşme veya kanundan doğan sorumluluklarından kurtulmak için bir araç olarak kullanılması engellemenin geliştirilen bir teoridir²⁶¹. Anglo Sakson ve Kara Avrupası hukuk sistemlerinde geliştirilmiş bir ilke olarak tüzel kişiliğin kaldırılması teorisi ile tüzel kişiliklerin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanılması durumunda tüzel kişilik dikkate alınmamakta ve ayrı tüzel kişilik savunmasından yararlanmak isteyenlere izin verilmemektedir²⁶².

Bazı durumlarda holding veya şirket topluluklarında işçilerin görünüşte bir şirketin işçisi olarak gösterilmesi sebebiyle, böylece işçi hakları yönünden işverenin görünüşte kurulan şirketin mi yoksa hâkim şirketin mi olduğu noktasında sorunlar ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle tüzel kişiliğin arkasına saklanılarak hukuki yükümlülüklerden kurtulmaya çalışma ve dolayısıyla işçinin zarara uğratılması ihtimaline karşı *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden* yararlanılabilmektedir²⁶³. Türk Hukukunda tüzel kişilik konusunda gerçeklik veya organ teorisi kabul edildiğinden, tüzel kişilerin gerçek kişilerden ayrı sosyal bir gerçeklik olarak hukuksal kişilikleri bulunmaktadır²⁶⁴.

Tüzel kişilik perdesini kaldırma kavramı, tüzel kişiliği yok saymakla ilgili bir metottur. Gerçekten de tüzel kişi ile üyeleri arasındaki gerek kişilikler gerek

²⁵⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.168; SÜZEK, İş Hukuku, s.148.

²⁵⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.148.

²⁶⁰ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.313.

²⁶¹ TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören, "Perdeyi Kaldırma Teorisi", Reha POROY'a Armağan, İstanbul-1995, s.387; SEVEN, Vural/GÖKSOY Can, "Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", İstanbul Barosu Dergisi, C:80, S:6, 2006, s.2456 vd.

²⁶² SEVEN/GÖKSOY, s.2456.

²⁶³ G. LYON, Caen, İş Hukukunun Genel İlkeleri, (Çev: Ali Güzel) İstanbul-1981, s.152; ZÖLLNER, W, Arbeitsrecht, 3. Auflage, München-1983, s.50, 273.

²⁶⁴ ÖZSUNAY Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi-Dernekler-Vakıflar, 5.B, İstanbul-1982, s.46 vd; ANTALYA Gökhan, "Tüzel kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul-2008, s.146.

malvarlıkları yönünden geçerli olan “ayrılık ilkesi” hakkın kötüye kullanımı niteliğinde ise tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınarak üçüncü kişilerin zararına kendi menfaatlerine davranan perdenin arkasındakileri sorumlu tutmak hukuken savunulabilir bir gerçektir²⁶⁵. Görünürde farklı tüzel kişilerden oluşmuş holdingleri tek bir işletme kabul etmek ve dolayısıyla işveren tarafını holdingi oluşturan şirketler olarak görüp öylece sorumlu tutmak İş Hukuku ve şirket gruplarının yapısı açısından daha uygun olacaktır²⁶⁶.

Birden fazla bağlı şirketi bünyesinde bulunduran şirket toplulukları bakımından *organik bağ* kavramı da önem taşımaktadır. Yargıtay, şirketler arasında *organik bağ* bulunması halinde, farklı tüzel kişiliklerde geçen hizmetleri bir bütün olarak kabul ederek, işçiye karşı bu şirketlerin sorumlu olduğu sonucuna varmaktadır²⁶⁷. Gerçekten de işverenin sorumluluğunun belirlenmesinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi önemli olmakla birlikte²⁶⁸, organik bağ kavramı önem arz etmektedir. Nitekim Yargıtay, muvazaalı işlemlerle resmi kayıtlarda başka bir şirketin işveren olarak gösterildiği, gerçek işverenin davalı şirket olduğunun iddia edildiği bir davaya ilişkin olarak, mahkemenin inceleme yapmadan salt kayıtlarda dava dışı bir şirketin işveren olarak görülmesi sebebiyle bozma kararı vermiştir²⁶⁹.

Şirket topluluklarının hukuki sorumluluğunun belirlenmesi bakımından *organik bağ* kavramı açısından önem ifade eden bir Yargıtay kararına göre holdinglerin hukuki sorumluluğunun *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi* yanında *organik bağ* kavramı ışığı altında da ele alınması gerektiği ifade edilmiştir²⁷⁰. Karara göre, *organik bağ*, tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılması olanağı sağlayan bir hukuki yol olarak görülmüştür. Bu halde organik bağ içinde olan şirketin mal-

²⁶⁵ ULUSOY, Erol.E., “Çek Kanunu Tüzel Kişilik Perdesini Aralıyor”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, S:1, 2010, s.67-68; Ayrıca mevzuatımızda tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisini ifade eden yasal düzenlemelerden bazıları için bkz. ULUSOY, s.68.

²⁶⁶ Gerçekten de benzer sonuca, Türk Medeni Kanununun 2. maddesi ile de ulaşmak mümkündür. Hükme göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı, kanuni düzenlemelerde belirtilmiş ise Türk Medeni Kanunun 2. maddesinin uygulanmasına ihtiyaç duyulmayacaktır. AYDINLI, “Tüzel Kişilik Perdesi”, s.68; Ayrıntılı bilgi için bkz. POROY/TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s.78 vd.

²⁶⁷ SÜZEK, İş hukuku, s.149; Şirketler arasında organik bağ bulunmasının kriterlerinin, mutlak olarak bağlayıcı bir şekilde belirlenmesinin güçlüğü ortadadır. Her halde sırf aynı sermaye gurubuna ait şirketler arasında salt bu nedenle organik bağ gerekçesiyle birlikte sorumluluğa gidilemez, her somut olayda ayrıntıların özenle değerlendirilmesi gerekir. ŞAHLANAN, Fevzi, “Tüzel Kişi İşverenin Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması”, *Tekstil İşveren Dergisi, (Hukuk Eki)*, S:373, Nisan-2011, s.5.

²⁶⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.149.

²⁶⁹ Y9HD, 07.04.2005, E.2005/10684, K.2005/12394, *Legal, İş Hukuku ve Sosyal güvenlik Hukuku Dergisi*, 8/2005, s.1744-1745.

²⁷⁰ Y9HD, 04.07.2008, E.2008/12825, K.2008/18885, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2009/1, S:20, s.365-369.

varlığına el atılabileceği kabul edilmiştir. Burada tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasındaki koşulun aranmasına da gerek olmayacaktır.

Yargıtay'ın organik bağa ilişkin kararları içerisinde iş sözleşmesinin devri, işyeri devri ve geçici iş ilişkisi açısından değerlendirme yapılan kararları da bulunmaktadır. Gerçekten de işçinin yasal haklarını kullanması bakımından organik bağın tespiti halinde şirketlerin birlikte sorumluluğu görüşü benimsenmektedir²⁷¹.

d) İş Sözleşmesinin Devri Açısından Holding veya Şirket Topluluğu Kavramının Önemi

Şirket topluluklarında genel olarak ortak bir insan kaynakları yönetimi bulunmakta, kariyer ve çalışma planlaması topluluk bir bütün olarak dikkate alınmak suretiyle tek elden yapılmaktadır²⁷². Öğretide ifade edildiği üzere, “Kariyer planlamasında personel sadece bulunduğu işyeri veya şirket değil, çoğu zaman topluluk bir bütün olarak dikkate alınmak suretiyle birinden diğerine geçici veya sürekli verilmek suretiyle diğer şirketlere devredilmektedir. Nihayet holdingde ve yavru şirketlerde iş organizasyonuna göre insan kaynaklarına ihtiyaç, topluluk bir bütün olarak göz önünde tutularak giderilmektedir”²⁷³.

Bu sebeple şirket topluluklarında iş sözleşmesinin devri olgusuna, ihtiyaç nedeniyle sıkça rastlanılmaktadır²⁷⁴. Zira şirketler topluluğu arasında nitelikli işgücünün geçişi, iş sözleşmesinin devri yoluyla sağlanmaktadır. Gerçekten de bir şirket topluluğunda işçinin bir şirketten diğerine kesin ve sürekli olarak geç-

²⁷¹ “Bu gibi durumlarda, Dairemiz “şirketler arasında organik bağ” dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğunu kabul etmektedir”. Y9HD, 26.3.1999 gün E.1999/18733, K.1999/6672; Y9HD, 22.12.2011, E.2009/43776, K.2011/49235, www.legalbank.net (13.12.2013); “Kıdem tazminatına hak kazanmak için işçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında “şirketler arasında organik bağ”dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinde aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi. Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir. dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır. Ancak bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir”. Y9HD, 28.09.2009, E.2008/9446, K.2009/24473, www.legalbank.net (25.04.2013)

²⁷² ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.304.

²⁷³ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1203-1204.

²⁷⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.332; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1211.

mesi işverenin değişmesine yol açmaktadır²⁷⁵. Özellikle holdinge yeni katılan, yeni kurulan veya eskiden beri mevcut olmakla birlikte yeniden yapılanmayan giden şirketlerde, holdinge dâhil bir başka şirkette çalışan nitelikli işgücünden yararlanma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır²⁷⁶. Nitekim bu durumda, holdingin bağlı şirketleri için hizmet sürelerinin birleştirilmesi mümkün olabilecektir. Gerçekten de hukukumuzda özellikle 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasında kıdem tazminatının hesabı bakımından, kıdem sürelerinin birleştirilmesi aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerle mahsus kılınmış ancak yine aynı maddede kamu kesimine ilişkin tanınan özel durum (1475, m.14/4) dışında farklı işverenler yanında geçen kıdem sürelerinin birleştirilmesine ilişkin bir düzenlemeye aynı madde hükmünde yer verilmemiştir. Fakat başlangıçta özellikle öğreti ve Yargıtay içtihatları²⁷⁷ ile kabul edilen ve daha sonra da Türk Borçlar Kanununda özel bir düzenleme (TBK, m.429) ile yer verilen iş sözleşmesinin devri müessesesi ile birlikte, aynı holdinge bağlı ayrı tüzel kişiliği olan şirketlerde geçmiş olsa bile işçinin farklı işverenler yanında geçen kıdem sürelerinin birleştirilmesi yasal olarak mümkün hale gelmiştir²⁷⁸. Ancak iş sözleşmesinin devri olgusu ispatlanamadığı takdirde, farklı şirketlerde geçen sürelerin birbirinden bağımsız olarak kabul edilmesi gerekir²⁷⁹.

Belirtelim ki, iş sözleşmesinin devri yalnızca holding veya şirket topluluklarında rastlanan bir olgu değildir. Aynı veya farklı iş kolunda faaliyet gösteren ve tamamen bağımsız bir konumda bulunan işverenin, holding bünyesi içinde olup olmaması önemli olmaksızın bir işverene ait işçiyi, iş sözleşmesinin devrine ilişkin kurallar çerçevesinde (TBK, m.429) devralması da mümkün olabilecektir. Belirtelim ki, uygulamada, birbiriyle hukuki ve ekonomik yönden bir bütünlük arz etmeyen işverenler arasında, bu şekilde bir hukuki ilişkinin kurul-

²⁷⁵ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1207.

²⁷⁶ ULUCAN (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.114; AKYİĞİT, "Bireysel Devir", s.44; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1202; ARSLANOĞLU, "İradi Devir", s.535; ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.304.

²⁷⁷ Nitekim o dönemde öğretilde, iş sözleşmesinin devri uygulaması sonucuna bağlı olarak ortaya çıkan sonuç, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin sözü ve amacına ters düşüyor gözükse bile, işçinin kıdeminin kesintisiz olarak devam etmesini sağlaması nedeniyle hakkaniyetli görülmüştür. Bkz. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1208.

²⁷⁸ Öğretilde, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde savunulan bir görüşe göre, tarafların böyle bir sonuca varmak istemedikleri takdirde, kıdeme bağlı haklardan olan kıdem tazminatı ve bildirim süreleri gibi haklardan doğan sorumluluk kural olarak daha sonraki işverene yüklenemeyecektir. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1211. Nitekim yazarlara göre, "Örneğin bir holdinge bağlı şirketlerden birinde çalışan ve hizmet akdi bildirim süresine ait ücreti peşin verilmek suretiyle feshedilen ve kıdem tazminatı ödenen işçi, üç gün sonra bağlı şirketlerden diğer birinin ilanı üzerine başvurup, kendisi ile yeni bir hizmet akdi yapıldığında, ne hizmet akdinin devrine dayalı ve ne de diğer esaslara, ezcümle işletme bütünlüğü ilkesinden hareketle tüm hizmetleri birleştirilerek işçiye haklarının verilmesi söz konusu olabilir".

²⁷⁹ "...Hizmet akdinin devri de kanıtlanamamıştır. Somut olayda önceki şirkette hizmet akdi tazminat ödenerek feshedilen davacının şirket bünyesindeki diğer bir şirkette yeni bir hizmet akdiyle çalışmaya başladığı kabul edilmelidir. Böyle olunca her şirket kendi dönemindeki çalışmalar nedeniyle hak kazanılan işçilik alacaklarından sorumludur". Y9HD, 22.05.2006, E.2005/34561, K.2006/15018, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.686.

masına fazla rastlanmamaktadır²⁸⁰. Fakat iş sözleşmesinin devrinin holding dışında ve bireysel veyahut da çok sayıda, nitelikli veya niteliksiz işçiler için yapılmasına da bir engel yoktur²⁸¹.

B. İş Sözleşmesinde Kalan Taraf: İşçi

İş Hukuku öncelikle işçi kavramını ele alıp, işveren ile ilişkilerini düzenleyen bir hukuk dalıdır²⁸². Bu haliyle İş Hukukunun merkezinde yer alan işçinin, iki taraflı niteliği bulunan iş sözleşmesi sonucu ortaya çıkan iş ilişkileri açısından korunmasının ifade ettiği önem, teknolojik gelişmeler, iş ilişkilerinin esnekleşmesi sonucuna bağlı olarak ortaya çıkan üçlü iş ilişkileri açısından da ortaya çıkmıştır. İş ilişkileri açısından iş sözleşmesinin taraflarından biri olan işçi, iş sözleşmesinin devrinde de taraflardan birini teşkil etmektedir. Zira hukuki işlem, devreden ve devralan işveren yanında sözleşmede kalan taraf olarak işçinin de iş sözleşmesinin devri işleminde yer almasını gerektirir²⁸³. İşçi tarafının varlığı devir sözleşmesi açısından oldukça önem arz ettiği için, iş mevzuatı açısından işçi kavramının açıklanmasında yarar görmekteyiz.

İş Kanunu 2. maddesinde işçi kavramını tanımlamıştır. Hükme göre “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi” denir (İK, m.2/1). İşçi sayılmak için iş sözleşmesine göre çalışıyor olmak ve gerçek kişi olmak gerekir²⁸⁴.

Basın İş Kanunu da kendi kapsamı çerçevesinde işçi kavramını gazeteci adı altında tanımlamıştır. Hükme göre, “Bu kanunun şümülüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir” (BİK, m.1/2). Görüldüğü üzere Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci (işçi) olarak değerlendirilmek ancak fikir ve sanat işinde çalışmakla mümkün olabilecektir²⁸⁵. Ancak fikir ve sanat işi dışında kalan (örneğin, gazetenin matbaasında çalışan) işçiler Basın İş

²⁸⁰ ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.542.

²⁸¹ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.304; Nitekim Yargıtay’ın toplu iş sözleşmesi yetki uyumsuzluğu sırasında işverenin holdinge bağlı şirketlerden yatay geçiş adı altında 209 işçiyi işyerine aldığı bir uyumsuzluğa ilişkin olarak verdiği bir kararında, bu şekilde sözleşme devri ile tam yetki tespit başvurusu öncesinde devralınan işçilerin yetki tespitinde dikkate alınmaması gerektiğine karar vermiştir. Y9HD, 05.03.1998, E.1998/3330, K.1998/3421, (www.kazancihukuk.com-09.11.2013).

²⁸² ÇELİK, İş Hukuku, s.33.

²⁸³ Belirtelim ki, iradi devirler açısından önem ifade eden işçi iradesi, kanuni devirler açısından asıl olarak önem arzetmemektedir. İşyeri devri açısından özellikle birleşme, bölünme ve tür değiştirme durumlarında işçinin rızasının alınması doğrultusundaki Türk Ticaret Kanununun düzenlemesi ve İş Hukukuna etkileri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ASTARLI, s.69 vd; ALP, “Bölünme, Birleşme, Tür Değiştirme”, s.51 vd.

²⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.121 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.147 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.7 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.15; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.60-62; ÇELİK, İş Hukuku, s.33 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.94 vd.

²⁸⁵ SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.27 vd; ŞAKAR, Basın İş Hukuku, s.60 vd.

Kanunu kapsamı dışında kalmakla birlikte, İş Kanunu kapsamına girebileceklerdir.

Deniz İş Kanununa göre de “Bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere”²⁸⁶ gemi adamı denir (DİK, m.2/B)²⁸⁷. Bu anlamda gemi adamı niteliğini alabilmek, bir iş sözleşmesine dayanarak Deniz İş Kanunu kapsamına giren bir gemide²⁸⁸ çalışmayı gerekli kılmaktadır. Deniz İş Kanununa göre gemi adamı, işçi sayılmaktadır.

Türk Borçlar Kanununa göre de işçi kavramı açıkça tanımlanmamakla beraber, işçi niteliği kazanmak için *hizmet sözleşmesi* ile çalışma şartı aranmıştır (TBK, m.393 vd)²⁸⁹.

Belirtelim ki, iş sözleşmesi ile çalışanlar kural olarak kapsamına dâhil oldukları iş kanunlarının kendilerine sunmuş oldukları haklardan yararlanmaktadırlar. Ancak, özellikle genel hükümlerde sunulan bazı haklardan, iş sözleşmesi ile çalışan ve iş mevzuatı kapsamında işçi olarak çalışmakta olan tüm çalışanlar yararlanabilmektedir. İş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi uygulama alanı açısından tüm iş kanunlarını kapsayıcı bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Ancak işçi sayılan herkesin, iş kanunlarının sunmuş olduğu bir takım müesseselerden yararlanması da her zaman mümkün olmamaktadır. Özellikle 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) işçi sayılmak bakımından diğer iş kanunlarından farklı bir yöntem benimsemektedir. Aslında 6356 sayılı Kanunun bu tercihi, çalışanları işveren karşısında toplu mücadele etme imkânına sahip kılması ve aynı zamanda sosyal ve ekonomik koşullarının iyileştirilmesi fırsatını daha geniş bir çalışan tabanına sunma anlayışından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanun işçi kavramını diğer iş kanunlarına göre daha geniş tutmuş, iş sözleşmesi ile çalışanlar yanında, bedenen çalışmayı konu alan taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmelerine göre çalışanlar da, 6356 sayılı Kanunun uygu-

²⁸⁶ Gemi adamları her ne kadar madde hükmünde kaptan, zabıt ve tayfa olarak zikredilse de, gemi adamı kavramı bunlardan ibaret olmayıp, madde hükmünde geçen “diğer kimseler” ifadesi dikkate alındığında aşçı, garson, kamarot, müzisyen, temizlikçi gibi kimseler de Deniz İş Kanunu anlamında gemi adamı olarak kabul edilirler. Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.131; BEDÜK, s.7 vd.

²⁸⁷ BEDÜK, s.7 vd.

²⁸⁸ “Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır. Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemiadamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde birinci bent hükmü uygulanır. Bu kanunun uygulanmasında; sandal, mavna, şat, salapurya gibi olanlar da(gemi) sayılır. Bakanlar Kurulu, ekonomik ve sosyal gerekler bakımından bu kanun hükümlerini yukardaki bentlerin kapsamı dışında kalan gemilerle gemiadamlarına ve bunların işverenlerine kısmen veya tamamen teşmîle yetkilidir” (DİK, m.1/1-3). Ayrıntılı bilgi için bkz. BEDÜK, s.7 vd.

²⁸⁹ Türk Borçlar Kanunu iş ilişkilerine yer verdiği Altıncı Bölümünde (TBK, m.393-469) “hizmet sözleşmesi” kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

lamasında işçi olarak kabul edilmiştir (STİSK, m.2/4)²⁹⁰. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanuna göre işçi niteliği bulunsa da, çalıştıkları sözleşme, iş sözleşmesinden farklı bir türde bulunduğu için, iş sözleşmesinin devri müessesesi, taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre işçi olanlara uygulanamayacaktır.

Ayrıca belirtelim ki, çırak²⁹¹, stajyer²⁹², memur²⁹³, sözleşmeli personel²⁹⁴ ve geçici personel²⁹⁵ işçi niteliğinde olmadığından, Türk Borçlar Kanununun, çalışmamız açısından değindiğimiz iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümlerinden yararlanamayacaklardır.

İş sözleşmesinin devri açısından bu noktada belirtmek istediğimiz husus, devir iradesinin öncelikle işçi tarafından değil, işveren tarafından ortaya konulmasıdır. Çünkü iş sözleşmesinde değişen işçi değil, işverendir.

IV. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KANUNİ ŞEKLE UYGUN OLARAK KURULMUŞ OLMASI

A. Sözleşmenin Şekle Uygun Olması

1. Sözleşmelerde Genel Şekil Koşulu

Hukuk düzeni içinde, bireylerin irade açıklamalarının hukuki sonuca bağlanması hukuki işlem ile açıklanır²⁹⁶. Bir başka deyişle bir kişinin hukuki işlemlerden ve özellikle de sözleşmeden doğan bir borcun yükümlüsü haline

²⁹⁰ Bkz. ÇELİK, İş Hukuku, s.33, 407 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.404 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.167 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.337 vd.

²⁹¹ 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununun 3. maddesinin (c) bendine göre çırak, "çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişiyi" ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. UŞAN, M.Fatih, Çıraklık Sözleşmesi, Konya-1994, s.36 vd; ÇELİK, İş Hukuku, s.37-38; NARMANLIOĞLU, Ferdi İlişkileri, s.108; ESENER, s.132.

²⁹² 6111 sayılı Kanunun 26 ve 41. maddeleri ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 87. maddesinin (e) ve 7. maddesinin 1. bentlerindeki zorunlu sözcüğü çıkarıldığından, artık gönüllü stajyer, zorunlu stajyer arasında fark kalmamıştır. DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.13-14.

²⁹³ Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır. (657, m.4/A).

²⁹⁴ Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işleri için şart olan, zaruri ve istisnai hallerde münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir (657, m.4/B).

²⁹⁵ Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir (657, m.4/C).

²⁹⁶ VON TUHR/PETER, s.143; BUCHER, s.40; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.38 vd; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.36 vd.

gelmesi, bu yöndeki bir irade açıklamasını ortaya koyması ile mümkündür. Hukuki işlemler tek tarafın irade beyanı ile ortaya çıkıyor ise bunlara tek taraflı hukuki işlem adı verilir. Bir kimsenin tek taraflı irade beyanı ile borç altına girmesi söz konusu olabilir. Örneğin Türk Borçlar Kanununun 9. maddesinde düzenlenen ilan yolu ile ödül sözü vermede, birey tek taraflı beyanıyla aleyhine borç doğumuna sebep olabilmektedir. Ayrıca Miras Hukuku açısından da bir kimsenin tek taraflı irade beyanı ile borç altına girmesi mümkündür. Gerçekten de ölüme bağlı bir tasarruf olan vasiyetnamenin yapılması ile borçlu vasiyetten doğan bir borç yükümlülüğü altına girmiş olur. Ancak hukuk düzeni içinde borç yükümlülüğünün doğması çoğunlukla aynı zamanda çok taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmeler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Zira borç ilişkisinin en önemli kaynağı sözleşmelerden (TBK, m.1-48) oluşmaktadır²⁹⁷.

Çok taraflı hukuksal işlem kavramı çoğunlukla, Borçlar Hukuku açısından sözleşme ilişkisini ifade etmek için kullanılmaktadır. Kavramdan iki tarafı teşekkül etmiş bulunan, örneğin satım sözleşmesi açısından satıcı-alıcı; iş sözleşmesi açısından işçi-işveren; kira sözleşmesi açısından ise kiracı-kiralayan ilişkisi anlaşılabilmektedir. Ayrıca ifade edelim ki, iki tarafı teşekkül etmiş olan çok taraflı bir hukuksal işlemde, konumuz açısından bir sözleşmede, mutlaka sayı itibarıyla iki kişinin bulunması şart değildir. Örneğin sözleşmenin yalnızca alacaklı veya yalnızca borçlu tarafının veya her ikisinin çok sayıda kimseden oluşması mümkündür. Ancak bir sözleşmenin çok taraflı olması onun her zaman iki tarafının bulunduğu anlamına gelmez. Böyle bir durumda ikiden daha fazla örneğin üç tarafın bulunduğu bir hukuksal ilişkiden bahsetmek mümkün olmaktadır. İşte bu noktada konumuz açısından değerlendirdiğimiz takdirde, iş sözleşmesinin devri işleminin gerçekleştirilmesi yalnızca devreden ve devralan işverenin devir konusunda bir sözleşme yapması ile sağlanamamakta, hukuki ilişkiye üçüncü bir taraf olarak işçinin de dâhil olması aranmaktadır. Zira devrin konusu işçi olduğu için işçinin de devir sözleşmesine rıza vermesi aranmaktadır (TBK, m.429/1).

Hukuk düzeni içinde irade beyanının açıklanması hukuki sonuca erişmenin en temel unsurudur. İrade beyanı açıklanırken kullanılan kalıba ise şekil denir²⁹⁸. Her türlü irade beyanı bir şekil içinde ortaya çıkar. Belirtelim ki her türlü irade beyanının bir şekil içinde ortaya çıkması ile irade beyanının belli bir şekle bağlı olarak açıklanması aynı manayı ifade etmez. İrade beyanının belli bir şekle bağlı olarak açıklanması durumunda *şekle bağlılıktan* söz edilir²⁹⁹.

²⁹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.36.

²⁹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.140; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.107 vd.

²⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.140; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.100.

Türk Borçlar Kanunu, hukuki işlemlerde ve özellikle sözleşmelerde şekli zorunlu kılmamış, asıl olarak şekil serbestliğini benimsemiştir. Bir başka deyişle sözleşme özgürlüğü kapsamında şekle ilişkin kural asıl olarak şekil serbestliğidir³⁰⁰. Dolayısıyla taraflar hukuki işlemlerini ve özellikle sözleşmelerini yazılı yapabilecekleri gibi, sözlü hatta isterlerse resmi olarak da yapabilirler. Türk Borçlar Kanununun 12. maddesinin 1. fıkrasında da bu hususa vurgu yapılarak, sözleşmelerin geçerliliğinin kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı olmadığı belirtilmiştir. Ancak bazı durumlarda kanun koyucu şekil serbestliğine istisnalar getirerek, hukuki işlemlerin belli şekle uygun olarak yapılmasını istemiş ve belirtilen şekle aykırı yapılan işlemlerin hukuka aykırı olduğunu ve dolayısıyla batıl olduğunu hükme bağlamıştır. Kanunun şekil serbestliğine getirmiş olduğu istisnai durumlarda hukuki işlemlerin ve özellikle de sözleşmelerin bazen yazılı bazen resmi hatta bazen sözlü şekle uygun olarak yapılması istenmiştir³⁰¹. Türk Borçlar Kanunu şekil zorunluluğuna aykırı hareket edilmesi durumunda 12. maddesinin 2. fıkrasında uygulanacak yaptırımını açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Hükme göre, “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*” denilerek, şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğu üzerinde durulmuştur³⁰².

Sözleşmelerde şekle ilişkin yukarıda ele almış olduğumuz Türk Borçlar Kanunu’nun 12. maddesinde düzenlenmiş olan esasların İş Kanunu kapsamında da paralel bir düzenleme ile ele alındığını söylemek mümkündür. İş Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye göre, “*İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir*”. Madde hükmünden de anlaşılabileceği gibi iş sözleşmesinin bazı durumlarda belli şekillere bağlı olarak yapılması kanunda öngörülebilmektedir. Gerçekten de İş Kanununa göre süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin (İK, m.8/2), takım sözleşmesinin (İK, m.10/2), çağrı üzerine çalışmayı konu edinen iş sözleşmelerinin (İK, m.14/1); 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamına giren tüm iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur³⁰³.

³⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.140.

³⁰¹ Türk Borçlar Kanununda sözleşmeler için adi yazılı şekil ve resmi şekil olmak üzere iki şekil öngörülmüştür. Adi yazılı şekil, irade beyanının yazılı bir metinde açıklanması ve beyanda bulunan tarafından imzalanması suretiyle gerçekleştirilir. Türk Borçlar Kanununda alacağın devri (TBK, m.183), önalım sözleşmesi (TBK, m.288/1), taşınır için bağışlama sözü verme (TBK, m.288), kefalet (TBK, m.585) sözleşmeleri için adi şekil öngörülmüş iken; taşınmaz mülkiyetini satım sözleşmesi (TBK, m.237) için resmi şekil öngörülmüştür. Ayrıca Türk Medeni Kanununda da bazı hukuki işlemler için özel şekiller öngörülmüştür. Örneğin evlenme sözleşmesi (TMK, m.142), el yazılı vasiyetname (TMK, m.538), resmi vasiyetname (TMK, m.532) sözlü, yazılı ve resmi şekil kalıplarına örnek olarak gösterilebilir.

³⁰² OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.141.

³⁰³ İş Hukuku öğretisinin bir bölümü yazılı şeklin geçerlilik şekli olduğu görüşünü savunmaktadır. ESENER, s.150; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.153-154; ÇELİK, İş Hukuku, s.122-123; SÜZEK, İş Hukuku, s.315; SÜMER, İş

İş Kanunu'nun yazılı şekli zorunlu tuttuğu durumlarda şeklin *geçerlilik* mi yoksa *ispat* şekli mi olduğu konusu tartışmalıdır. Öğretinin bir bölümü yazılı şeklin *geçerlilik şekli* olduğu görüşünü savunmaktadır³⁰⁴. Öğretide bazı yazarlar ise iş sözleşmeleri için öngörülen yazılı şekil zorunluluğunu *ispat şekli* olarak değerlendirmektedir³⁰⁵. Yargıtay da yazılı şekil koşulunu *ispat şekli* olarak kabul etmektedir³⁰⁶.

Öğretide başka bir görüşe göre Kanunun emrettiği şekil, *geçerlilik* şartıdır; ancak şekle ilişkin olmakla birlikte hüküm emredici nitelikte değilse, şekil *ispat* şartı olarak kabul edilmelidir³⁰⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*” denilerek, şeklin *kural olarak geçerlilik şekli* olduğu üzerinde durulmuştur. Öğretide ileri sürülen ve şekle aykırılığın *geçersizlik* yaptırımına neden olacağına ilişkin görüşe biz de katılmaktayız. Önemle ifade edelim ki, iş sözleşmesinin sürekli ve kişisel ilişki kuran özelliği, onun şekle aykırılık nedeniyle *geçersizliğinin* söz konusu olduğu bir durumda, bu yaptırımın iş sözleşmesinin geçersizliğine baştan itibaren mi etki edeceği yoksa sözleşmenin ileriye dönük olarak mı yürürlükten kaldırılacağı sorunu beraberinde getirmektedir³⁰⁸. Şüphesiz ki İş Hukuku öğretisinde isabetle, *geçersizlik* yaptırımının Borçlar Hukuku alanında olduğu gibi yani klasik anlamıyla uygulanamayacağı, İş Hukukunun kendisine özgü niteliğinin de göz önünde bulundurularak şekil koşuluna aykırı yapılan iş sözleşmelerinin ileriye dönük olarak ortadan kaldırılması gerektiği savunulmaktadır³⁰⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddesinin son fıkrasında da bu duruma açıkça vurgu yapılmış ve geçersizliği sonradan

Hukuku Uygulamaları, s.53; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.466; Öğretide bazı yazarlar ise iş sözleşmeleri için öngörülen yazılı şekil zorunluluğunu *ispat şekli* olarak değerlendirmektedir. AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.19; ALPAGUT, “Belirli Süreli”, s.22-23; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.46; Yargıtay da yazılı şekil koşulunu *ispat şekli* olarak kabul etmektedir. YHGK, 28.09.1985, E.1985/2971, K.1985/2567, Tühis, Ocak-1986, s.15-16; Öğretide başka bir görüşe göre Kanunun emrettiği şekil, *geçerlilik* şartıdır; ancak şekle ilişkin olmakla birlikte hüküm emredici nitelikte değilse, şekil *ispat* şartı olarak kabul edilmelidir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.459. Nitekim bu görüş, belirli süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinde şekli *geçerlilik şartı* olarak kabul ederken; bir yıldan az olan belirli süreli iş sözleşmelerinde şekli *ispat şartı* olarak kabul etmiştir.

³⁰⁴ ESENER, s.150; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.153-154; ÇELİK, İş Hukuku, s.122-123; SÜZEK, İş Hukuku, s.315; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.53; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.466.

³⁰⁵ AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik s.19; ALPAGUT, “Belirli Süreli”, s.22-23; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.46.

³⁰⁶ YHGK, 28.09.1985, E.1985/2971, K.1985/2567, Tühis, Ocak-1986, s.15-16.

³⁰⁷ Nitekim bu görüş, belirli süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinde şekli *geçerlilik şartı* olarak kabul ederken; bir yıldan az olan belirli süreli iş sözleşmelerinde şekli *ispat şartı* olarak kabul etmiştir.

MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.459.

³⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.132 vd.

³⁰⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.466; SÜZEK, İş Hukuku, s.301.

anlaşılan iş sözleşmesinin, iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağı hükme bağlanmıştır³¹⁰.

2. Sözleşmenin Devrinde Şekil Koşulu

Sözleşmelerde şekil ile ilgili açıklamış olduğumuz şekil serbestisi ilkesinin, sözleşmenin devrinde geçerli olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Sözleşmenin devri işlemi de tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun bir biçimde açıklanması suretiyle kurulur. Zira sözleşmenin devri tek taraflı yapılabilecek bir hukuki işlem değildir. Daha önceden de belirtmiş olduğumuz gibi, yalnızca devreden ile devralan arasında anlaşmanın bulunması yeterli olmamakta, sözleşmede kalan tarafın da sözleşmenin devrine razı olması yani onay vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin devri işleminin üçlü bir anlaşma (üçlü ilişki) sonucunda gerçekleşebilecek bir işlem olduğunu söyleyebiliriz.

Sözleşmenin devri için tarafların karşılıklı irade açıklamalarını belli bir kâp içinde açıklama zorunluluklarının bulunup bulunmadığı, sözleşmenin devri işleminin bir şekle bağlı olup olmadığı ile ilgilidir. Gerçekten de kanun koyucu bir sözleşmede irade açıklamalarını herhangi bir şekle bağlamamış ise, iradenin herhangi bir şekilde (sözlü, yazılı, resmi) açıklanması suretiyle hukuki işlemin kurulması mümkündür.

Genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen bir hükmün ele alınmadığı 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, sözleşmenin devrine ilişkin hukuki işlemin yapılabileceği ifade ediliyor ve sözleşmenin devrinin sözleşme serbestisi ilkesine göre yazılı, sözlü olarak yapılabileceği hatta bir davranış ile de (örtülü olarak) gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu kabul ediliyordu³¹¹.

Ancak bu noktada diğer bir tartışma konusu ise, sözleşmenin devrinin konusu olan sözleşmenin, kanun gereği bir şekil şartına tabi olması durumunda, sözleşmenin devri işleminin de bir şekle tabi olup olmayacağı sorunudur³¹². Belirtmiş olduğumuz ihtimale ilişkin mevcut görüşlerden birincisi devir sözleşmesinin, devredilen sözleşmenin şekline tabi olduğunu savunurken³¹³; diğer

³¹⁰ Şekle aykırı bir sözleşmenin taraflarca ifa edilmesinden sonra, salt bu nedenle geçersizliğinin ileri sürülmesi, olayın özelliğine göre, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.315; Ayrıca bkz. **GÜNEŞ/MUTLAY**, s.230 vd; Ayrıca bkz. s.132 vd.

³¹¹ **KOCAGİL**, s.49; **ALP**, "İş Sözleşmesinin Devri", s.309; **EKONOMİ/EYRENCİ**, s.1199 vd.

³¹² Bkz. **AYRANCI**, s.113.

³¹³ **EREN**, (2009), s.1207.

görüş asıl sözleşmenin şekle tabi olmasının sözleşmenin devri sözleşmesinin de şekle tabi olmasını gerektirmeyeceğini savunmuştur³¹⁴.

Sözleşmenin devri konusunu açık bir hükümle düzenleyen Türk Borçlar Kanunu şekil konusunda belirtmiş olduğumuz tartışmalara son vermek suretiyle, sözleşmenin devrinin geçerliliğinin, devredilen sözleşmenin şekline bağlı olduğunu ifade etmiştir (TBK, m.205/3). Örneğin bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin devrinin, devredilen sözleşme gibi noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekecektir. Ancak devredilen sözleşme herhangi bir şekle bağlı değilse, sözleşmenin devrinin geçerliliği de bir şekle bağlı olmayacaktır. Örneğin taşınır satım sözleşmesinin devri kural olarak, hiçbir şekle bağlı olunmaksızın yapılabilecektir³¹⁵. Ayrıca belirtelim ki, asıl sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı olmasa bile, taraflar sözleşmenin devrini belli şekil şartlarına bağlayabilirler. O takdirde sözleşmenin devri bu şekil şartına uygun yapılmazsa geçerli olmayacaktır³¹⁶.

3. İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Koşulu

a) Devir Sözleşmesinin Yapılması

İş sözleşmesinin devrinin gerçekleştirilmesi devreden işveren ile devralan işverenin aralarında yapmış oldukları devir sözleşmesine işçinin de katılımıyla mümkündür. Bu bakımdan iş sözleşmesinin devri devreden ve devralan işveren ile işçi arasında yapılan üç taraflı kendine özgü bir sözleşmedir³¹⁷. Devrin gerçekleştirilebilmesi için devreden işveren ve devralan işveren arasında yapılan anlaşmaya işçinin de rıza vermesi gerekir³¹⁸. Devir üç tarafın da aynı anda katılımının sağlandığı üçlü bir sözleşme yapılabileceği gibi, devreden ve devralan işveren arasında yapılan anlaşmaya işçinin daha sonra rıza vermesiyle de mümkün olabilir³¹⁹. Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasında işçinin ancak yazılı rızasının alınması suretiyle iş görme borcunun bir başka

³¹⁴ Ancak şekil şartının hukuk güvenliğinin korunması amacıyla getirilmesi durumunda, sözleşmenin devrinin de, devre konu sözleşme ile aynı şekle tabi olduğu ifade edilebilir. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1220-1221; AYRANCI, s.113-114.

³¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.599.

³¹⁶ TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat, "Kira İlişkisinin devri-(Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/95, s.107.

³¹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.349; AYRANCI, s.53; KOCAGİL, s.47.

³¹⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.349; GÜNAY, s.117-118; KOCAGİL, s.47; İşçi sözleşmenin devrine karşı çıkarsa bu durum sözleşmenin feshi için haklı veya geçerli sebep oluşturmaz. ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.303; Ayrıca bkz. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1219; ŞAHLANAN, "İş Sözleşmesinin Devri", s.3; ARSLANOĞLU, "İradi Devir", s.541.

³¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.329.

işverene sürekli olarak devredilebileceği hükme bağlanmıştır³²⁰. Devrin yazılı rızaya bağlı tutulmasının bir sonucu olarak işçinin holding veya şirketler topluluğu içinde bir başka şirkette veya tamamen farklı bir işverende görevlendirmeyi kabul etmesi söz konusu olacak ve işçi iş görme borcunu bir başka işverene ve ona ait işyerinde sunmaya başlayacaktır.

İşçinin yazılı rızası alınsa da, devreden ve devralan işverenler arasında devir sözleşmesinin en azından yazılı şekilde yapılmamış olması, öğretide de haklı olarak belirtildiği gibi, işçilik haklarının korunması bakımından devrin geçici mi yoksa sürekli mi olduğu, devir sözleşmesinin hangi andan itibaren geçerli olacağı konusunda belirsizliklere sebep olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir³²¹. Belirtmiş olduğumuz sebeplerle devreden ve devralan işverenler arasındaki devir sözleşmesinin kural olarak serbestçe kurulması mümkün olmakla beraber, ispat sorunlarının ortaya çıkmaması bakımından yazılı yapılması yararlı olacaktır.

İş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi, devirde işçinin yazılı rızasından (TBK, m.429/1) söz etmiş ancak üçlü sözleşmenin veya işverenler arasındaki devre yönelik anlaşmanın şekli konusunda bir hükme yer vermemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanununun sözleşmenin devrini genel olarak düzenleyen 205. maddesinin 3. fıkrasına göre sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlı tutulmuştur. Dolayısıyla bu noktada iş sözleşmesinin devri açısından da aynı hükmün uygulanıp uygulanamayacağının belirlenmesi gerekir. Öğretide Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinin 3. fıkrasında yazılı hükmün iş sözleşmesinin devri açısından da uygulanabileceği kabul edilmektedir³²². Yani iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda, yazılı şekil zorunluluğuna tabi iş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmenin de aynı şekle tabi olması gerekmektedir. İş Kanununa göre belirli süresi bir yıl veya daha uzun süreli iş sözleşmelerinin (İK, m.8/2)³²³, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin (m.14/1), Basın

³²⁰ İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenen ve iş görme borcunun sürekli değil geçici olarak bir başka işverene devrini düzenleyen geçici iş ilişkisinde de aynı şekilde işçinin devir sırasında yazılı rızasının alınması şart koşulmuştur (İK, m.7/1).

³²¹ ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.924; SÜZEK, İş Hukuku, s.350.

³²² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.332.

³²³ Belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartı, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmeleri açısından zorunlu tutulmuş; süresi bundan daha az olan belirli süreli iş sözleşmeleri açısından ise yazılı şekil zorunlu bir şart olarak öngörülmemiştir. Zira Kanun koyucunun, *bütün* belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekil şartına tabi tutulması şeklinde bir iradesi olsaydı, İK'nun 8. maddesinin 2. fıkrasında açıkça "süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur" şeklinde bir ifade kullanmazdı. Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.314; Öğretide diğer bir görüşe göre de İş Kanunu'na göre süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmeleri için yazılı şekil şartı getirilmiş ve bu şekle uyulması bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Ancak süresi bir yıldan az belirli süreli iş sözleşmeleri için yazılı şeklin hükmü aynı değildir ve bu noktada şekil bir ispat şartı olarak kabul edilmelidir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.460; TUNCAY, Can, "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri", Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul-

İş Kanunu ve Deniz İş Kanununa dayalı iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur.

Dolayısıyla *öğretide* de isabetli olarak savunulduğu gibi, her üç tarafın iradeleriyle yapılan veya devreden ve devralan işverenler arasında yapılan ve işçinin yazılı olarak izin veya onay verdiği devir sözleşmesinin de yazılı şekle tabi olmasının aranması, işçinin korunması açısından daha yararlı olacaktır³²⁴. Ancak pozitif düzenleme esas alındığında belirtmiş olduğumuz sonuca ulaşılması mümkün bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu kapsamında gerek genel olarak sözleşme devri (TBK, m.205) gerek iş sözleşmesinin devrinin (TBK, m.429) şekline ilişkin düzenlemelerden aslında devir sözleşmesinin geçerliliği bakımından bir şekil şartı öngörülmediği, yalnız devre konu sözleşmenin kanunen şekle tabi olması durumunda devir sözleşmesinin de şekle tabi tutulması gerektiği (TBK, m.205/3); bunun dışında herhangi bir şekilde yapılması zorunluluğu bulunmayan iş sözleşmelerinin şekil serbestliği içinde devredilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır³²⁵. Dolayısıyla iş sözleşmesinin kanuni olarak yazılı şekle bağlı tutulduğu durumlarda, devreden ve devralan işveren arasında kurulacak devir sözleşmesinin de yazılı şekilde yapılması gerektiği *kanaatindeyiz*. Devir sözleşmesinin şekle bağlı tutulmadığı durumlarda devreden işveren ile devralan işveren arasında iş sözleşmesinin devri sözleşme veya örtülü dahi kararlaştırılmış olsa bile *geçerli* kabul edilecektir³²⁶. Şüphesiz ki, devreden ve devralan işveren açısından anlaşma *sözle* kurulsa dahi, işçinin rızasının yazılı alınması Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi gereğince şarttır (TBK, m.429/1).

Bu noktada karşımıza çıkabilecek bir başka sorun ise, işçinin geçerli bir rızasının bulunması durumunda, şekle tabi olmayan belirsiz süreli iş sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi tutulmaksızın devrinin mümkün olup olmayacağıdır. Gerçekten de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin devri açısından söz konusu olabilecek bu sonucun özellikle işçilik haklarının korunması düşüncesinden hareketle, devrin geçici veya sürekli olup olmadığının tespiti ve hangi andan itibaren geçerli olacağı konularını belirsiz bırakacağı açıktır³²⁷. Ancak şüphesiz

Barosu/Galatasaray Üniversitesi, İstanbul-2003, s.131; **ULUCAN**, (Eyrenci/Taşkent/ Ulucan), s.59; *Bu konuda bir başka görüşe göre*, İş Kanunu'nun 8 ve 11. maddeleri arasında yaratılmış olan çelişki sonucu ortaya çıkan örtülü yasa boşluğunun hâkim tarafından tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiği yönünde doldurulması gerekir. **GÜZEL/ÖZKARACA/UGAN**, s.546.

³²⁴ Bkz. **ALPAGUT**, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.924.

³²⁵ *Öğretide* 818 sayılı Borçlar Kanunu ve aynı zamanda 1475 sayılı İş Kanunu dönemlerinde savunulan bir görüşe göre, iş kanunlarında getirilen şekil şartının amacının hukuki güvenliği sağlamaktan daha çok, sözleşmenin taraflarını ve de özellikle işçiyi acelecilikten korumak olduğu savunulmuş ve şekle tabi iş sözleşmelerinin devri işleminin şekle tabi olmasının şart olmadığı belirtilmiştir. **EKONOMİ/EYRENCİ**, s.1221.

³²⁶ **ALP**, "İş Sözleşmesinin Devri", s.308.

³²⁷ **ALPAGUT**, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.925.

ki, devreden ve devralan işveren arasında yapılan ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin devrini içeren anlaşma yazılı veya sözlü yapılsa bile işçinin yazılı rızası olmadan sözleşmenin devri gerçekleşmeyecektir.

b) İşçinin Devir Sözleşmesine Rız Olması

aa) Rıza Beyanının Anlamı

Belirtelim ki, işçinin iş sözleşmesinin devrine yönelik olarak rızasını beyan ederken, devreden işveren ile ilişkisinin sona erdiğini ve iş ilişkisinin devralan işveren ile kurulduğunu ve bu şekilde devam edeceğini ve iş ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerden artık devralan işverenin sorumlu olduğunu bilmesi³²⁸ ve iradesini buna yönelik olarak açıklaması gerekmektedir. Aksi halde işçinin rıza beyanının, iş sözleşmesinin devrini kabul iradesi olarak yorumlanması mümkün olmayacaktır³²⁹. Bir başka deyişle iş sözleşmesinin devrini içeren sözleşmede, tarafların iradelerinin iş sözleşmesinin devri yönünde olduğunun belirli olması gerekir³³⁰. Tarafların irade beyanlarının yeterli açıklığa sahip olmaması, iş sözleşmesinin geçici mi yoksa sürekli mi devredildiğinin belirlenememesi de çözümü önem arz eden bir sorundur. Gerçekten de, işçinin yazılı rızası bulunmakla birlikte irade beyanının yorumundan iş sözleşmesinin sürekli olarak devredildiği anlaşılmıyorsa, öğretide isabetle belirtildiği gibi, yapılan işlemin geçici iş ilişkisi olarak kabulü yararlı olacaktır³³¹.

Öte yandan işçinin rızasının alınması daha çok özellikle yeni işveren nezdinde, önceden kazanmış olduğu hakların korunması garantisini elde etmek, özellikle mali ve ekonomik yönden daha zayıf işveren karşısında işçi alacaklarının tehlikeye düşmesini engellemek amacına dönük olarak ortaya çıkmaktadır³³².

bb) Rızanın Zamanı

aaa) İşçinin Rızasının Alınması Açısından

İşçinin, iş sözleşmesinin devri ilişkisinde sözleşmede kalan taraf olarak yazılı rızasının alınacağı zamanın belirlenmesi gerekir. Gerçekten de Türk Borç-

³²⁸ Örneğin artık devralanın işveren olacağı, işçinin kalıcı olarak işveren değişikliğine muvafakat ettiği ve bunlara benzer diğer ifadeler, yapılan işlemin iş sözleşmesinin devri olduğunu kabul etmeyi gerektirir. ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.309; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.330.

³²⁹ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.309.

³³⁰ Doğrudan "iş sözleşmesinin devri" ifadesi kullanılsa bile, işçi devri, nakli veya transferi gibi ifadelerin kullanılması da iş sözleşmesinin devrini ifade eder niteliktedir. ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.309.

³³¹ Bkz. ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.309.

³³² GÜNAY, s.115.

lar Kanununun 429. maddesinde yazılı rızadan söz edilmekle birlikte bu rızanın ne zaman alınacağı konusunda açık bir hükme yer verilmemiştir. Sözleşmenin devrini genel bir hükümle ele alan Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde “Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir” (TBK, m.205/2) hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere genel sözleşmenin devri ile ilgili hükümde sözleşmede kalan tarafın, sözleşmenin devrine önceden izin verebileceği gibi sonradan da onay vermesinin mümkün olduğu ve bu işlemlerin de sözleşmenin devri anlamına geldiği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla üçlü olarak gerçekleştirilen sözleşmenin devrine ilişkin anlaşmada her üç tarafın da aynı anda bulunması aranmamış, sözleşmede kalan tarafın bu işleme sonradan onay vermesi veya önceden izin vermesi de (TBK, m.205/2) yeterli görülmüştür³³³.

Gelmiş olduğumuz noktada karşımıza çıkan sorun ise, aynı esasların iş sözleşmesinin devri açısından da kabul edilip edilmeyeceğidir. Bir başka deyişle Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde, iş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak, sözleşmeyi devretme hakkını önceden iş sözleşmesine konulacak kayıtlarla saklı tutmanın mümkün olup olmadığı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Zira hükümde rızanın yazılı olarak alınması gerektiğinden söz edilmiş, ancak hangi anda alınması gerektiğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Öğretide sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmenin devri hakkını önceden işverene tanıyan kayıtların geçerli olacağını kabul edenler³³⁴ olduğu gibi, söz konusu kayıtlara karşı çıkan görüşler³³⁵ de bulunmaktadır³³⁶. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının devir anında alınmasının gerekli olduğuna hükmetmektedir³³⁷.

İş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak işçinin rızasının önceden alınabileceğine ilişkin görüşler 818 sayılı Borçlar Kanununun 320. maddesinin 2. fıkrasını esas almaktaydı. Gerçekten de madde hükmüne göre, “Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez. İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir” (BK, m.320/1,2). Görüldüğü gibi hükümde,

³³³ ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.923.

³³⁴ Ayrıca o dönemde yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanununun 16. maddesinin II-e bendinde yer alan ve işverenin, işçinin işyerini ve/veya işini değiştirmesi yetkisini saklı tutmasına olanak tanıyan düzenleme de, rızanın önceden alınabilmesine dayanak olarak gösterilmekteydi. Bkz. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1219; CENGİZ, s.124.

³³⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.339; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.643; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.545; Ayrıca karşı. ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.314-316.

³³⁶ Rızanın önceden açıklanması durumunda, işlemin yapılmasına kadar her zaman geri alınabileceği hakkında bkz. AYRANCI, s.108.

³³⁷ Y9HD, 16.08.2008, E.2008/41042, K.200815622, www.legalbank.net (16.06.2014).

sözleşmeden veya halin icabından aksi anlaşılmadıkça işçinin taahhüt ettiği şeyi kendisinin yapmaya mecbur olup başkasına devredemeyeceği belirtilmiş, ardından gelen 2. fıkra hükmünde de iş sahibi (işveren) için de aynı hükmün geçerli olduğu, yani iş sözleşmesinin devrinin, sözleşmede aksi kararlaştırılmış ise mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Önemle ifade edelim ki, 818 sayılı Borçlar Kanununun 320. maddesinin 1. fıkrası, Türk Borçlar Kanununun 395. maddesinde korunmakla birlikte, konumuz açısından geçerli olan ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 320. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hükme, Türk Borçlar Kanununun 395. maddesinde yer verilmemiştir. Onun yerine iş sözleşmesinin devri kurumuna, bağımsız olarak “Sözleşmenin devri” başlığı altında ve Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde yer verilmiştir. Dolayısıyla, iş sözleşmesine işçinin rızasına ilişkin olarak önceden kayıt konulabileceğine ilişkin hükme yeni Türk Borçlar Kanunu döneminde değer verilmesi söz konusu olmayacaktır. Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde yer alan “Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir” (TBK, m.205/2) hükmünün iş sözleşmesinin devri açısından uygulanabilir olmadığı kanaatindeyiz. Öğretide de isabetli olarak kabul edildiği üzere, devralan işverenin ekonomik bakımdan güçsüz olması gibi nedenlerden dolayı hak kayıplarının yaşanmasının engellenmesi için işçi tarafından önceden verilen onayın geçerli olmaması gerektiği dile getirilmiştir³³⁸.

Aslında geçici iş ilişkisini düzenleyen İş Kanununun 7. maddesinde, işçinin iş görme borcunun bir başka işverene geçici olarak devrini içeren sözleşmede, işçinin yazılı rızasının devir sırasında alınması gerektiği açıkça düzenlenmiştir³³⁹. Zira İş Hukukunda, iş sözleşmesinin yapılması aşamasında iş ve ücret gelirin ihtiyacı duyan bir işçinin, menfaatlerini iyi hesaplayamaması, iş ilişkisinde sonradan ortaya çıkacak olumsuzlukları önceden öngörmesinin mümkün olmaması ve bu ilişkinin güçlü tarafını oluşturan işverenin işçinin aleyhine olabilecek bazı konuları işçiye dayatarak kabul ettirme ihtimali, işçinin korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Örneğin daha başlangıçta iş sözleşmesinin devrine izin vermiş olan bir işçinin, daha sonra iş güvencesi hükümleri dışında kalan bir işyerinde çalışmak zorunda kalması veya mali yönden zayıf bir işverene devri

³³⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.337-338; CANIKLIOĞLU, “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi”, s.107. Krş. KARAÇÖP/YAMAKOĞLU, s.124.

³³⁹ Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinin 2. fıkrasında benimsenmiş olan ve sözleşmesinin devrine önceden izin veya sonradan onay verilmesine ele alan hüküm sözleşmenin devrine ilişkin hükümlere tabi olup Kuralın iş ilişkilerine uygulanması haksız sonuçların doğmasına sebebiyet verebilecektir.

nedeniyle işçilik alacaklarının tehlikeye girmesi söz konusu olabilecektir³⁴⁰. Dolayısıyla İş Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ve işçinin iş görme borcunun bir başka işverene geçici bir süre ile devrini ele alan geçici iş ilişkisinde öngörüldüğü gibi, işçinin yazılı rızasının devir sırasında alınması³⁴¹ kuralının, iş sözleşmesinin sürekli olarak devrine dönük iradesini daha serbest bir şekilde kullanmasına olanak sağlayacağından, iş sözleşmesinin devri işlemi açısından da uygulanması, işçinin korunması ilkesine daha uygun düşecektir³⁴². Ayrıca Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında iş sözleşmesinin devrine ilişkin rızanın devir sırasında alınması gerektiğini ve işçinin grup şirketler içinde bir şirketten diğerine naklini öngören hükümlerin geçerli olmadığına hükmetmiştir³⁴³. Ayrıca belirtelim ki, geçici iş ilişkisinde kanun koyucu devir sırasında işçinin yazılı rızasını açıklamasını beklerken; sürekli olarak devri içeren bir hukuki işlem açısından da yazılı rızanın en erken yine devir sırasında alınması, iş sözleşmesinin devri açısından da makul bir sonuçtur³⁴⁴.

İş sözleşmesinin devri aslında hem işyerinin hem de işverenin değişmesini gerekli kıldığından, sözleşmelerde önceden yer verilmesi mümkün olan ve yalnızca işyeri değişikliği içeren kayıtların, iş sözleşmesinin devrini de içerir şekilde yorumlanması mümkün olmayacaktır³⁴⁵. Bir başka deyişle işçinin önceden sözleşme ile işyeri değişikliği kaydına onay vermiş olması, iş sözleşmesinin devrine de onay verdiği anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin işverenin diğer bir işyerine işçi nakline imkân sağlayan hükmü geçerli kabul edilebilecektir³⁴⁶.

Öğretide sözleşmenin devrinde işçiyi koruyucu sınırlamalar getirilmesi şartıyla, devre önceden verilen rızanın geçerli olabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır³⁴⁷. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devrine rızanın, devir sözleşmesinden daha önceki bir dönemde belli koşullar çerçevesinde verilebilip verilemeyeceğinin sorgulanması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle şirket topluluğu bünyesinde, bir işçinin bir şirketten diğerine devri gündeme geldiğinde, buna

³⁴⁰ ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.923; SÜZEK, İş Hukuku, s.349.

³⁴¹ Dolayısıyla, devirden önce alınan rıza İş Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrası hükmünde belirtilen esaslar çerçevesinde geçerli olmayacaktır. 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemine ilişkin olarak ileri sürülen bir görüşe göre, yalnızca İş Kanunu kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde, Borçlar Kanununun 320. maddesinin 2. fıkrasına dayanılarak bu yöndeki sözleşme kayıtlarının geçerli olabileceği belirtilmiştir. AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, (Cilt-I), s.375.

³⁴² ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.923; Krş. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1219-1220.

³⁴³ Y9HD, 16.06.2008, E.2007/41042, K.2008/15662; Y9HD, 26.12.2006, E.2006/30168, K.2006/34624, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.523-540.

³⁴⁴ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.643; ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.315; CANIKLIOĞLU, "Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu ilişkisi", s.107.

³⁴⁵ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.314.

³⁴⁶ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.692.

³⁴⁷ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.316.

ilişkin rızanın önceden alınmasının mümkün olduğu öğretide kabul edilmektedir³⁴⁸. Belirtmiş olduğumuz sonuç aynı zamanda, iş sözleşmesinin feshi gündeme geldiğinde, iş güvencesi uygulaması söz konusu ise, işçinin holdinge bağlı başka bir şirket bünyesinde değerlendirilmesine de olanak sağlayabilecektir³⁴⁹. Ancak hal böyle olsa dahi, *kanaatimizce* işçinin devir esnasında yazılı rızasının alınması olgusuna belirtilen kaydın engel olmaması gerekir. Nitekim Yargıtay başlangıçta sözleşmede diğer grup şirketine nakil yetkisi verilmiş bir olaya ilişkin kararında “...Başlangıçta sözleşmede diğer grup şirketine nakil yetkisi verilmiş olması bu olguyu ortadan kaldırmaz. Davacı, hizmet akdi devri uygulaması yaratan davalı işverenin bu uygulamasına rıza göstermiş değildir. Davalı işveren fesih sonucu doğuran bu uygulamada, nakil nedenini ve sonuç olarak fesih nedenin geçerli nedene dayandığını kanıtlamış değildir. Feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından istemin kabulü gerekir”³⁵⁰.

bbb) İşçinin Rızasını Açıklaması İçin Gerekli Süre Açısından

İş sözleşmesinin devrine rıza vermede süre bakımından önemli bir nokta da, işçinin rızasını ne kadarlık bir süre içinde açıklaması gerektiğidir. Belirtelim ki, her üç tarafın da hazır bulunduğu bir durumda, işçinin devir sözleşmesine rızasını o anda açıklaması da mümkündür³⁵¹. Ancak işçinin devre ilişkin rızasını, devir sözleşmesinin yapıldığı anda ifade etmeyip, düşünmek için zaman istemesi veyahut da, işçinin hazır bulunmadığı bir devir sözleşmesinin ardından hangi süre içinde rızasının açıklanması gerektiği izaha muhtaç durumdadır. Gerçekten de konuyu düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasında iş sözleşmesinin devrine işçinin yazılı rıza vermesi gerektiğinden söz edilmiş, ancak bu rızanın belirtmiş olduğumuz ihtimaller çerçevesinde hangi süre içinde verilmesi gerektiğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Aslında iş ilişkisinin geçici devrini ele alan İş Kanunu, 7. maddesinin 1. fıkrasında işçinin yazılı rızasının *devir sırasında* alınması gerektiğinden söz etmiştir. Aynı şekilde işverence, işçi üzerinde gerçekleştirilen ve işçinin belirli bir süre içinde iradesini açıklaması istenilen bir durum da İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenen çalışma koşullarında değişiklik müessesesinin uygulanmasına ilişkindir. Gerçek-

³⁴⁸ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.316.

³⁴⁹ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.316-317.

³⁵⁰ Y9HD, 16.06.2008, E.2007/41042, K.2008/5622, www.legalbank.net (16.03.2014); Krş. GÜNAY, s.118. Yazar görüşünü şu şekilde aktarmaktadır: “Ancak işveren, bir işçiyi holding bünyesi içinde veya yanı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere sürekli olarak devretme yetkisini hizmet sözleşmesi yapılırken yazılı olarak hükme bağlayabilir. Oysa başka işkolunda veya daha ağır bir iş ile ilgili faaliyette bulunan işverene hizmet sözleşmesinin devri için kanımca, geçici iş ilişkisinde olduğu gibi devir anında işçinin yazılı rızasının gerçekleşmiş olması gerekir”.

³⁵¹ Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.350.

ten de hükmün 1. fıkrasına göre, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz”.

Görüldüğü üzere, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde gerek iş ilişkisinin geçici devrini ele alan İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisine yönelik olarak işçinin iradesinin açıklanmasına ilişkin hükme benzer bir hüküm; gerek yine aynı kanunun 22. maddesinde çalışma koşullarında değişiklik ile ilgili olarak işçinin iradesini açıklamasına yönelik olarak konulan süreye benzer bir süre öngörülmemiştir³⁵². Her şeyden önce ifade etmek gerekirse, işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin yazılı rızasının, iş sözleşmesinin yapılması sırasında veya sözleşmenin yapılmasından sonra olsa bile, devir sözleşmesinin yapılmasından önce alınması, İş Hukukunun işçiyi koruma ilkesine aykırı düşecektir. Dolayısıyla işçinin rızasının alınması en erken devir sözleşmesinin yapılması sırasında olmalıdır. Şayet bu esnada alınamıyor ise, genel hükümlerden hareket edilerek³⁵³ makul bir süre belirlenmesi yoluna gidilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Buna göre dürüst ve makul bir sözleşme tarafının, somut olayın şartları, özellikle devreden işverenin davranışları, devir sözleşmesinin şartları, işçinin iş tecrübesi, devir sözleşmesinin içeriğinin belli olup olmaması gibi hususlar dikkate alındığında hangi süre içinde cevap vermesi gerekiyor ise, işçinin de bu süre içinde cevap vermesi beklenebilir³⁵⁴. Ancak işçinin sonradan vermiş olduğu rıza, devir sözleşmesi anından itibaren, yani geçmişe etkili bir şekilde hüküm ifade edecektir³⁵⁵. Ayrıca belirtelim ki, toplu iş sözleşmesine konulan hükümler de işçinin rızası yerine geçmeyecektir³⁵⁶.

Sonuç olarak işçiden mutlaka devir sırasında onay vermesini beklemek veya devir sözleşmesine onay vermesini belirli bir süre ile sınırlandırmak makul gözükmemektedir. Bu bakımdan ortaya çıkacak makul süre içinde işçinin devir sözleşmesine onay vermemesi, devre razı olmadığı anlamına gelecektir. Bir başka deyişle işçinin makul süre içinde susması zımni kabul olarak değerlendiril-

³⁵² “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz” (İK, m.22/1).

³⁵³ FRÜH, s.103.

³⁵⁴ Kşz. TOPUZ/CANBOLAT, s.106.

³⁵⁵ Gerçekten de önceden verilen izin, sözleşmeyi devralacak kişi henüz belli olmadığından, işçinin aslında istemediği bir kişiyle sözleşme yapma riskini beraberinde getirecektir. FRÜH, s.103.

³⁵⁶ Y9HD, 14.11.2005, E.2005/7767, K.2005/35771, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.688.

rilmeyip, devir sözleşmesine rıza isteğinin reddedildiği yani rıza verilmek istenmediği anlamına gelecektir³⁵⁷.

cc) Rızanın Şekli

İş sözleşmesinin devrinin gerçekleştirilmesinin, sözleşmede kalan tarafın rızası ile mümkün olduğunu ifade ettikten sonra belirtilmesi gereken bir durum da rıza açıklamasının herhangi bir şekle bağlı tutulup tutulmadığıdır. Öte yandan değerlendirilmesi gereken bir durum da rıza açıklamasının açık veya örtülü irade açıklaması şeklinde beyan edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Gerçekten de Türk Borçlar Kanununun 1. maddesine göre sözleşmenin “... tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları ile kurulur” (TBK, m.1/1). Aynı maddenin 2. fıkrasında da irade açıklamasının açık ya da örtülü olabileceği hükme bağlanmıştır. Genel olarak sözleşmenin devri sözleşmesinin (TBK, m.205) de aynı esaslara tabi tutulup tutulamayacağı hatta iş sözleşmesinin devri (TBK, m.429) açısından da aynı kuralın geçerli olup olmayacağının açıklığa kavuşturulması gerekir.

Devreden işveren, devralan işveren ve işçi arasında gerçekleştirilen üçlü bir anlaşma sonucunda iş sözleşmesinin devri işçinin açık rızasına dayalı olarak kurulur. Rıza beyanı şahsa sıkı sıkıya bir hakkın kullanımı olarak kabul edilmelidir³⁵⁸. Açık rıza, işçinin iş sözleşmesinin devrine razı olduğunu örtülü davranış kalıpları ile göstermeyip, yazılı irade beyanında bulunmak suretiyle rızasını beyan etmesini ifade eder (TBK, m.429/1. Aksi takdirde herhangi bir şekilde açık irade beyanında bulunmadan iş sözleşmesinin devrini kabul ettiğine ilişkin davranışlar sergilemek açık değil, örtülü beyanı ifade eder. Devredilen işçi, devreden işverenin işyerinden ayrılacağını, iş görme borcunu devralan işverene karşı sunacağını, devreden işverendeki mevcut hak ve yükümlülüklerden esas olarak artık devralan işverenin sorumlu olacağını bilmekte ve kendisiyle açık müzakereler yapılmak suretiyle devre ilişkin açık onay vermektedir.

Öğretide işçinin açık rızası yanında örtülü rızasının da yeterli olacağı, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğünden önce savunulmaktaydı³⁵⁹. Örtülü sözleşme devri işçinin işveren değişikliğine örtülü olarak rıza göstermesini ifade eder. Özellikle aynı holding bünyesinde faaliyet göstermekte olan grup şirketlerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin çoğunlukla örtülü sözleşme devrine konu olduğu görülmektedir. Bu durumda işçi, işverenin devralan işverenle mevcut anlaşmasına dayanarak, gruba dâhil diğer işveren şirket işyerinde ça-

³⁵⁷ KŞZ. TOPUZ/CANBOLAT, s.106.

³⁵⁸ ARSLANOĞLU, Esaslar, s.82.

³⁵⁹ ALP, “İş sözleşmesinin Devri”, s.310.

lişmaya başlamakta ve herhangi bir açık irade beyanı sergilemesine gerek olmaksızın, devralan işverenin işyerinde çalışmaya başlamakla sözleşmeye örtülü olarak onay verdiği anlaşılmaktadır. Elbette ki belirtmiş olduğumuz ihtimalde işçinin önceki işveren şirket nezdindeki çalışması sona ermekte, iş görme edimi tamamen yeni işveren şirkete karşı yerine getirilmektedir. Devreden işveren ile iş ilişkisi³⁶⁰ sona ermekte ancak işçinin iş sözleşmesi sona ermeden yeni işveren ile varlığını devam ettirmektedir.

Önemle ifade edelim ki, örtülü sözleşme devri işçinin korunması ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecek bir uygulamadır. Gerçekten de iş görme borcunu bir başka işverene sunmak amacıyla devreden işverenden talimat alan ve bu talimata itiraz etmeyip, devralan işverenin işyerinde talimata uygun bir biçimde çalışmaya başlayan bir işçinin, yapılan sözleşme devri işleminin mahiyetinden haberdar olmaması, devrin sürekli mi yoksa geçici mi olup olmadığı konusunda açıklığın bulunmaması, işçilik alacaklarını talep etme yönünde devreden işverenin sorumluluğunun bulunmaması, devralan işverenin mali gücünün zayıflığı karşısında alacaklarının tehlikeye girmesi gibi ağır sonuçlara sebep olabilecektir. Örtülü sözleşme devrinin iş ilişkilerine uygulanmasının meydana getireceği sakıncalar ve işçinin iş ilişkisinin geleceği hakkındaki bilgisinin azlığı veya hiç bulunmaması karşısında savunulması güçtür. Zaten Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrası gereği, artık işçinin yazılı rızası olmaksızın sözleşme devrinin yapılması mümkün değildir.

Ancak öğretide, işçinin yazılı rıza olmaksızın devreden ve devralan işverenler arasında yapılan bir devir sözleşmesine istinaden devralan işverenin yanında çalışmaya başlamasının, iş sözleşmesinin devri sonucunu doğurmakla birlikte, sözleşmeye katılma olgusunu gündeme getirebileceği kabul edilmiştir³⁶¹. Gerçekten de belirtmiş olduğumuz nedenle, işçinin yazılı rızasının aranmasını gerekli kılan iş sözleşmesinin devri ilişkisinin kurulamaması sonucunda, işçinin haklarının her iki işverenin müteselsil sorumluluğunun kabul edilmesi suretiyle korunması, İş Hukukunun işçiyi koruyucu karakterine daha uygundur³⁶².

İş sözleşmesinin devrine işçi tarafından Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrası gereğince yazılı olarak rıza verilmediği takdirde, iş sözleşmesi devredilmiş olmaz. Öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, işçinin yazılı rızasının alınması, iş sözleşmesinin devri açısından bir geçerlilik şartı ola-

³⁶⁰ İş sözleşmesi – iş ilişkisi kavramı hakkındaki açıklamalar için bkz. s.51 vd.

³⁶¹ ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.922; CANIKLIOĞLU, "Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi", s.108; Sözleşmeye katılma kavramı hakkındaki açıklamalar için bkz. s.40 vd.

³⁶² ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.922.

rak kabul edilmelidir³⁶³. Gerçekten de işçinin korunması açısından, yazılı rızanın geçerlilik şekline tabi tutulması iş sözleşmesinin devrine daha uygun düşecektir. Aynı zamanda düzenlemenin emredici niteliği de bizi bu sonuca götürmektedir. Yazılı şekilden kasıt ise *adi yazılı* şekildir. Taraflarca şekil kuralının hafifletilmemesi de gerekir³⁶⁴.

c) İşçinin Devir Sözleşmesine Rıza Vermemesi

İş sözleşmesinin devri durumunda, sözleşmede kalan taraf olarak işçinin, devreden ile devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine rıza vermesi söz konusu olabilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, iş sözleşmesinin devri, devralan-devreden işveren ile işçi arasında eş zamanlı olarak yapılacak bir devir sözleşmesi ile gerçekleşebileceği gibi; devreden ile devralan işveren arasında yapılacak devir sözleşmesine işçinin *sonradan* onay vermesi suretiyle de gerçekleşebilir³⁶⁵.

Ayrıca işçinin devreden ve devralan işverenler arasında böyle bir anlaşmanın meydana gelmesi için, devirden önce devredilmek istediği işyerine teklifte bulunarak devir anlaşması sırasında veya sonrasında rızasının alınmasına imkân oluşturmak suretiyle sözleşmesinin devredilmesini sağlaması da mümkündür. Nitekim konuya ilişkin bir Yargıtay kararında aynen şu ifadelere yer verilmiştir; “...Somut olayda davacı 16.12.1985 tarihli Adıyaman 2. Noterliğine verdiği dilekçesi ile 2. Noterlikte çalışmak istediğini bildirmiştir. Davalı işveren Mehmet Yaman aynı dilekçenin altına yazdığı yazı ile davacının noterliğinde çalışmasında sakınca olup olmadığını sormuş, o zaman 1. Noter olan davalı Nedim Nasrettinler aynı tarihli cevabi yazıda davacının kendi yanında noter kâtabi olarak çalıştığı, içerik olarak davacının 2. Noterlikte çalışmasına onay verildiği, Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilen işçi çıkış bildiriminde de nakil nedeniyle ayrıldığıнын bildirildiği görülmüştür”³⁶⁶.

İş sözleşmesinin devri açısından özellikle devreden ve devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine işçinin sonradan rıza vermesinin beklendiği durumlarda, rıza açıklanıncaya kadar iş sözleşmesinin *askıda hükümsüz* olduğunu kabul etmek gerekir³⁶⁷.

Ancak işçinin devir sözleşmesine rıza verme yükümlülüğünden söz etmek mümkün değildir. Hatta işçi devralan ve devreden işverenler arasında yapılan

³⁶³ ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.922; TOPUZ/CANBOLAT, s.108.

³⁶⁴ TOPUZ/CANBOLAT, s.108.

³⁶⁵ SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.71.

³⁶⁶ Y9HD, 28.06.2010, E.2008/32496, K.2010/20698, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.654.

³⁶⁷ TOPUZ/CANBOLAT, s.105.

devir sözleşmesine neden rıza vermediğini gerekçelendirmek zorunda da değildir. Her şeyden önce sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, bir tarafın diğer tarafı seçme özgürlüğü bulunmaktadır³⁶⁸.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir husus da devreden ile devralan işverenler arasında yapılan devir sözleşmesinin içeriği ve devrin koşulları hakkında sözleşmede kalan taraf olarak işçinin bilgilendirilmesinin gerekip gerekmediğidir. Aslında her üç tarafın da aynı anda bulundukları bir devir sözleşmesi içinde işçinin devrin koşullarından haberdar olması mümkündür. Ancak devralan ile devreden işverenler arasında yapılan ve işçinin hazır bulunmadığı bir devir sözleşmesine işçinin onay vermesi beklenir. İş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde devreden ve devralan işverenlerin, devir sözleşmesinde kararlaştırdıkları hususlar hakkında işçiyi bilgilendirme-aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir³⁶⁹. Belirtmemiz gereken sorun ise devir sözleşmesinin tarafı devreden veya devralan işverenin, sözleşmede kalan taraf olarak işçiye sözleşmedeki devre ilişkin koşullar hakkında bilgi verme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır.

İşyeri devrine yönelik olarak işçilerin bilgilendirilmesine ilişkin yükümlülüğe Avrupa Birliğinin 2001/23 EC sayılı Yönergesinde yer verilmiştir. İşletme/işyeri³⁷⁰ devri, işletme veya işyerinin bir başka işverene geçmesi, el değiştirmesi anlamına gelmektedir. Bir işyeri satış, miras, devletleştirme, özelleştirme gibi çeşitli yollarla ve amaçlarla el değiştirebilir. İş Hukuku³⁷¹ bakımından önemli olan husus işyerinin devri sürecinde işçinin korunması, devrin işçinin iş

³⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-I, s.24; Ancak örneğin özür, eski hükümlü çalıştırma gibi sözleşme yapma zorunluluğu bulunan kişilerin taraf seçme özgürlüğü bulunmamaktadır. KILIÇOĞLU, Ahmet, s.79. Ancak TBK'nun 323. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi gereğince kira ilişkisinin devrinde, kiraya verenin, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamayacağı hükme bağlanmıştır.

³⁶⁹ Hâlbuki İsviçre Borçlar Kanununa göre kiracı alt kira sözleşmesinin şartlarını kiraya verene bildirmediği takdirde, kiraya verenin kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınabileceğini düzenlemiştir (Art.262/Abs.2 OR). Söz konusu hükme istinaden kira ilişkisinin devrinde, kiracının üçüncü kişiyle yaptığı kira ilişkisinin devri sözleşmesi hakkında kiraya verene bilgi vermesi, aksi halde kiraya verenin kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınabileceği kabul edilmektedir. Bkz. TOPUZ/CANBOLAT, s.112, dn.62'de belirtilen yazarlar.

³⁷⁰ İşyeri/işletme kavramı hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. BARNARD, Catherine, EC Employment Law, 2000, s.446 vd; BLANPAÏN, Roger, European Labour Law, 1999, s.341 vd; UPEX Ropert, The Law of Termination of Employment, London-1994, s.69-70; SÜZEK, İş Hukuku, s.157 vd; ŞAHLANAN Fevzi, "İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları", Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım-2000-Şubat-2001, s.14; AKYİĞİT, Şerhi (Cilt-I), s.306 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.20 vd.

³⁷¹ 1475 sayılı Eski İş Kanunu, işyeri ve işletmenin devrinin muhtevası ve bunun işçilerle yapılan iş sözleşmelerine etkisini düzenleyen hükümler içermemekteydi. 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulüne kadarki dönemde işverenin değişmesi halinde iş sözleşmesinin akibeti, başta BK, m.320 olmak üzere, BK, m.347, BK, m.179, 180 hükümleri çerçevesinde İş Hukukunun gerekleri göz önünde bulundurularak çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Ayrıca bkz. ŞAHLANAN, "İşyerinin Devri", s.14 vd; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasına göre, "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer".

sözleşmesini nasıl etkileyeceği ve eski ve yeni işverenlerin sorumluluklarının kapsamının ne şekilde belirleneceğidir³⁷².

İşletme veya İşletmenin Bir Bölümünün Devri Halinde İşçi Haklarının Korunmasına İlişkin 2001/23/EC sayılı Konsey Yönergesi'nin³⁷³ 7. maddesine göre, devreden ve devralan devirden etkilenen çalışanların temsilcilerini devrin öngörüldüğü tarih, devrin nedenleri, yol açacağı yasal, ekonomik ve sosyal sonuçlar, çalışanlarla ilgili öngörülen önlemler konusunda bilgilendirmekle yükümlüdürler (m.7/1). Bilgilendirme yükümlülüğünün devreden işveren tarafından devir yapılmadan önce; devralan işveren tarafından ise, devrin iş ve çalışma koşulları bakımından işçiler üzerindeki etkilerinin görülmesinden önce ve uygun bir zamanda yerine getirilmesi gerekmektedir (m.7/1-3)³⁷⁴.

İşletme veya işletmenin bir bölümünün devri halinde işçi haklarının korunmasına ilişkin 2001/23/EEC sayılı Yönerge'nin 7. maddesinin devreden ve devralanın, devirden etkilenen çalışan veya temsilcilerinin, devir tarihi, devir nedenleri, devrin sonuçları ve devirle ilgili önlemler konusunda çalışanların bilgilendirilmesi gerektiğine ilişkin işverenin işçiyi bilgilendirmesine ilişkin yükümlülükleri, Türk İş Hukukuna aktarılmamıştır³⁷⁵.

Benzer bir düzenlemeye “Geçici veya Belirli Süreli İş İlişkileri İle Çalışan İşçilerin İşyerlerinde Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine Yönelik Önlemlerin Denetlenmesine İlişkin 25 Haziran 1991 tarih ve 91/383 EC Sayılı Konsey Yönergesi”nde³⁷⁶ yer verilmiştir. Yönergenin 3. maddesi hükmü saklı kalmak kaydıyla³⁷⁷, 1. maddenin 2. paragrafında belirtilen iş sözleşmeleri ile (geçici iş

³⁷² Bkz. SÜMER, İş Hukuku, s.24, ŞAHLANAN, “İşyerinin Devri”, s.15 vd; İşletme veya işletmenin bir bölümünün devri halinde çalışanların haklarının korunmasına ilişkin ilk yönerge 77/187 sayılı Yönerge'dir. Yönerge 98/50/EC sayılı Yönerge ile 29 Haziran 1998 tarihinde değiştirilmiştir. BLANPAIN, s.340; Yönerge'nin çalışanların korunmasına yönelik hükümlerini üç gruba ayırarak değerlendirmek mümkündür. Birincisi Yönerge, işletmenin devri durumunda devreden ve devralanın haklarını ve yükümlülüklerini ele almaktadır. İkinci olarak devre bağlı olarak çalışanların sayısının azaltılması durumunda devreden ve devralana karşı çalışanların korunması ele alınmış; son olarak da devreden ve devralanın devirden etkilenen çalışan temsilcilerine danışma ve bilgi verme konusu üzerinde durulmuştur.

³⁷³ Bu yönerge, işyeri devri ile ilgili 77/187/EEC sayılı Yönerge ile 98/50/EC sayılı Yönergeye eklemeler yapmıştır. Önceki yönergeler konusunda bilgi için bkz. BARNARD, s.448.

³⁷⁴ KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, Aysegül, “Avrupa Birliği ve Türk Hukuku'nda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.91-92.

³⁷⁵ İşyeri devrine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi ile büyük ölçüde 2001/23/EC sayılı Konsey Yönergesi'ne uyum sağlanmışken bu konuda düzenlemeye gidilmemiş olması Türk Hukuku bakımından önemli bir eksiklik anlamına gelmektedir. Bkz. YİĞİT, s.104.

³⁷⁶ Council Directive No. 91/383/EEC, 1991 O.J. (L206) 19, Supplementing The Measures To Encourage Improvements In The Safety And Health At Work Of Workers With A Fixed-Duration Employment Relationship Or A Temporary Employment Relationship; Türk İş Hukuku mevzuatında ilgili yönetmelik, “Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik” (RG., 23.08.2013, 28744) şeklinde düzenlenmiştir.

³⁷⁷ Yönergenin 3. maddesine göre, 1. maddede belirtilen iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçilere çalışmaya başlamadan önce, hizmetlerini sunarken karşılaşılabilecek riskler hakkında bilgi verilmesi öngörülmektedir. Bu bilgiler, ulusal mevzuat ile tanımlandığı şekilde, özellikle gerekli olan özel mesleki kalifikasyonları veya yetenekleri veya özel tıbbi raporları

ilişkisi) işçi istihdam etmeye başlamadan önce geçici istihdam kuruluşuna geçici iş, gerekli mesleki nitelikler ve işin niteliği hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir (m.7). Geçici iş konusundaki bütün bilgiler ve gerçekler söz konusu işçilerin dikkatine sunulacaktır. Üye devletler de, iş sözleşmesinde geçici işlerde işveren tarafından sağlanacak detayların neler olabileceğini belirleme hakkına sahiptirler (m.7). Görüldüğü gibi bu bilgilendirmede, öncelikle geçici işveren işe başlamadan önce geçici büroya aranan meslekî vasıflar ve yapılacak işin özelliklerini bildirecek; daha sonra ise geçici büro bu hususları ilgili işçilere sunacaktır³⁷⁸.

Belirtelim ki, gerek işyeri devri gerek belirli veya geçici süreli iş ilişkileri açısından işçilerin bilgilendirilme hakkına ilişkin olarak öngörülmüş olan ve yukarıda ifade etmiş olduğumuz düzenlemelerin, devreden işverenin temin ettiği güvencelerin devralan işveren tarafından temin edilmemesi, ayrıca devralacak olan işverenin gerekli tecrübe ve donanımdan yoksun bulunması, iş güvencesi temin edememesi gibi işçinin önceki çalışma koşullarını geriye götürme riski karşısında, iş sözleşmesinin devri açısından da kabulünün, işçi yararına daha uygun düşeceği kanaatindeyiz. Gerçekten de, iş sözleşmesinin devrine ilişkin gerek üçlü sözleşmenin yapılması sırasında, gerek işçinin devre ilişkin onayının daha sonra alınması durumunda devralınan işçinin, iş sözleşmesinin içeriğine dâhil bulunan çalışma koşulları bakımından hangi şartlarla devralındığını bilmesi yararına olacaktır. Devir sözleşmesi yapılırken taraflarca işçinin devreden işveren yanında yapmakta olduğu işe ilişkin nitelikler, sınırlamalar, haklar ve yükümlülükler konusunda farklı yaklaşımlar geliştirmeleri mümkündür. Ancak değişikliklerin işçiye tam olarak bildirilmesi ve devreden işveren yanında tabi olduğu şartların ağırlaştırılmaması gerekmektedir. Örneğin işçinin, önceki çalışma koşullarına nazaran durumunun ağırlaşması söz konusu ise işçinin onay aşamasında mevcut durumdan haberdar olması rıza beyanının önemi açısından yadsınamaz. Bu sebeplerle iş sözleşmesi devredilmek istenen işçi, kendisine devre ilişkin koşullar hakkında yeterince veya herhangi bir bilgi verilmemesi durumunda, iş sözleşmesinin devrine onay vermekten kaçınabilir³⁷⁹. Ayrıca ifade etmek gerekirse, işçinin iş sözleşmesinin devrine rıza verme-

kapsamalıdır³⁷⁷. Ulusal mevzuat ile tanımlandığı şekilde, işin getireceği herhangi bir özel riskin açıkça belirtilmesi gerekmektedir (m.3).

³⁷⁸ TUNCAY Can, "İş Kanunu Tasarısı'ndaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi", *Mercek*, S:8, Nisan 2003, s.62.

³⁷⁹ Aslında İş Hukukunda işverenin işçiye bilgi verme yükümlülüğünün bulunduğu alanlar mevcuttur. Bu yükümlülük işverenin işçiye aralarında mevcut iş sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanır. Örneğin İK'nun 8. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre

sine ilişkin belgenin yeterli açıklığa da sahip olması gerekir. Özellikle devralan işverenin ismi veya unvanı, devrin niteliği yani geçici mi yoksa sürekli mi olduğu, ayrıca devralan işverenin ekonomik veya mali gücü gibi işçilik hakları bakımından önem arzeden hususların belirgin olması önem taşımaktadır³⁸⁰.

İşçiye verilebilecek bilgilerin kapsamı, yukarıda belirtmiş olduğumuz Avrupa Birliği Yönergeleri, kanun, sözleşme ve toplu iş sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak, dürüstlük ilkesinin (TMK, m.2) ışığı altında tespit edilebilir (İK, m.8/3). Gerçekten de taraflar devir sözleşmesinde, işçiye devre ilişkin koşullar hakkında bilgi vermeyi kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir kararlaştırmanın bulunmaması durumunda ise *dürüstlük* kuralı gereğince, işçi ile arasında henüz iş ilişkisi devam etmekte olan devreden işverenin ve işçiyi devralmak isteyen işverenin işçiye devir sözleşmesine ve devirden sonra söz konusu olacak etkilere ilişkin olarak bilgi vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca bilgilendirme için işçinin talepte bulunması beklenmemelidir. Zira devre konu iş sözleşmesinde kalan taraf olarak işçinin her zaman için menfaatini hesaplayabilmesi, işveren karşısında mevcut haklarını koruyabilmesi mümkün olmamaktadır.

Sözleşmede kalan taraf olarak işçi, gerek üç tarafın aynı anda bulunduğu bir devir sözleşmesi ilişkisinde gerek devralan ve devreden işveren arasında yapılıp, rızasının alınması için sonradan kendisine başvurulduğunda, vereceği yazılı rızayı bir takım bilgilendirme koşullarının yerine getirilmesi şartına bağlayabilecektir. Ancak bilgi verme yükümlülüğünün sınırlarının çizilmesi gerektiğini ifade etmemiz gerekir. Örneğin işçi açısından devralan işverenin finansal durumu ve maddi olanakları, işyerinin iş güvencesi kapsamında bulunup bulunmadığı, işçinin devirden sonra çalışacağı işyerinin hali hazırda çalıştığı işyerine olan uzaklığı, devredilen işyerinin işçiye ek külfetler getirip getirmediği gibi konularda bilgi alması oldukça önemlidir. Ancak işçinin devredileceği işverenin gerek işyeri gerek işçileri açısından gizliliği önem arz eden bir takım bilgilere ulaşmak istemesi veya bunlar hakkında bilgi istemesi söz konusu olamaz. Örneğin devralacak olan işverenin ticari sırları veya diğer işçilerin kişisel bilgileri gibi konularında işçiyi bilgilendirilmesinin beklenmesi makul görülemez.

dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur". Ayrıca 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereğince, iş sağlığı ve güvenliği konusunda çalışanlara bilgi verme, danışma ve çalışanların katılımlarını sağlama (m.16-18); kısmi/tam süreli açık işler hakkında çalışanları bilgilendirilme (İK, m.13); çalışma koşullarında değişikliğin bildirilmesi (İK, m.22); Toplu işçi çıkarma durumunda işverenin çalışanlara bilgi verme yükümlülüğü (İK, m.29) işverenin bilgilendirme yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YİĞİT, s.5 vd.

³⁸⁰ ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.925.

Tarafların anlaşmasının bir sonucu olarak işçinin devreden ve/veya devralan işverenden devir konusu işyeri ve işveren hakkındaki önemli olarak kabul edebileceğimiz yukarıda belirtmiş olduğumuz bilgileri alması, mutlaka devre onay vereceği anlamına gelmemelidir. Bu bakımdan işverenin işçiye bilgi vermesi, işçiye devir sözleşmesine onay verme gibi bir yükümlülük altına da sokmamalı, aynı şekilde işçinin devir sözleşmesine onay vermemesi hukuka aykırı sayılmamalıdır. Gerçekten de iş ilişkisinin doğası gereği, iş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak işçinin devre rıza vermemesinin bir gerekçeye dayandırılmak zorunluluğu olmadığı gibi, işçinin rıza vermemesinde sebebin niteliği de önemli değildir. Ancak, devir sözleşmesine rıza veren işçiye, devirden önce yanlış ve/veya yanıltıcı bilgilerin verilmesi durumunda irade sakatlığı söz konusu olacağından, devir işleminin geçersizliği gündeme gelebilecektir³⁸¹.

Devreden ve devralan işverenler arasında yapılan devir sözleşmesi tek başına işçinin devralan işverene geçişi bakımından bir anlam ifade etmez³⁸². Ayrıca işçinin sözleşmenin devrine karşı çıkması, iş sözleşmesinin feshi için haklı veya geçerli sebep oluşturmaz³⁸³. Ancak işveren işçiye, devri kabul etmediği takdirde iş sözleşmesinin feshedileceğini bildirmiş olabilir. Bu durumda sözleşme devri önerisine bağlı bir fesih bildirimi gündeme gelecektir³⁸⁴. Özellikle fesih yerine sözleşme devrinin işçiye tercih olarak sunulduğu hallerde, işçinin daha sağlıklı değerlendirme yapabilmesi açısından işverene ait bilgilerin işçiye sunulması daha da önem kazanmaktadır³⁸⁵.

Dolayısıyla bu noktada üzerinde biraz daha ayrıntılı olarak durulması gereken konu, işçinin devir sözleşmesine rıza vermemesinin işverene iş sözleşmesini feshetme hakkı verip vermeyeceğidir. Belirtelim ki işçinin devir sözleşmesine rıza vermemesi, iş mevzuatımızda düzenlenmiş bazı uygulamaları gündeme getirebilecektir. Örneğin belirtmiş olduğumuz sebebe dayalı olarak iş sözleşmesinin sona ermesi gündeme gelebileceği gibi, bu konudaki zorlamanın iş koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle iş sözleşmesinin feshini gündeme getirmesi de söz konusu olabilecektir. Öğretide³⁸⁶ ve Yargıtay³⁸⁷ kararlarında haklı olarak

³⁸¹ Ancak, irade sakatlığı halleri ve devir sözleşmesinin geçersizliğine sebep olan açıklamalar için bkz. s.132 vd.

³⁸² İşçinin devre onay vermemesi nedeniyle işveren tarafından işçiye yönelik olarak bir yaptırım uygulanması veya iş sözleşmesini feshetmesi haklı görülmez. SÜZEK, İş Hukuku, s.350.

³⁸³ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.303; ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.922.

³⁸⁴ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.305.

³⁸⁵ ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.925.

³⁸⁶ ÖZKARACA, s.135; GÜNAY, s.114.

³⁸⁷ "...Devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında hizmet akti devri konusunda iradelerin birleşmesi şarttır. İşçinin bu ilişkiyi kabul etmemesi halinde uygulama, işverence işçinin iş koşullarının değiştirilmesi olarak de değerlendirilemez. Zira işçi işverenin bir başka işyerine değil, ayrı bir işyerine diğer bir işverene gönderilmek istenmektedir. İşverenin işçinin iradesi olmaksızın bu uygulamaya gitmesi ve işçinin de kabul etmeyerek diğer işverene ait işyerinde iş başı yapmaması,

dile getirildiği üzere, işçinin iş sözleşmesinin devrine rıza göstermemesi durumunda İş Kanununun 22. maddesi uygulanamayacak, bu durumda işçinin işverenin işyerinde çalışmak istemesine rağmen, işverenin işçiye çalıştırmaması ve devirde ısrar etmesi durumunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılacaktır. Gerçekten de işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin üçlü sözleşmeye katılmaması veya işverenler arasındaki sözleşmeye onay vermemesi durumunda işverence iş sözleşmesinin sona erdirilmesi haklı veya geçerli fesih olarak kabul edilemeyecektir³⁸⁸.

Burada akla gelen bir soru da, iş sözleşmesinin devrine rıza vermeyen ancak işverenin de devir konusunda ısrarcı olması durumunda işçinin iş sözleşmesini fesih hakkının bulunup bulunmadığıdır. Öğretide iş sözleşmesi, rızası olmaksızın devredilmek istenen işçinin, iş sözleşmesini, çalışma şartlarının uygulanmaması sebebiyle dilerse, İş Kanununun 24. maddesinin II. Fıkrasının (f) bendi hükmü gereğince feshedebileceği ileri sürülmüştür³⁸⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu konuya ilişkin bir kararında “Transfer Belgesi” başlığı altında davacıya hitaben yazılan yazıda; “Muvafakatiniz alınarak ... AS'den ... Topluluğuna dahil ... Birleşik Pazarlama AŞ'ne geçirilme konusunda her iki şirket İdare Meclisi tarafından karar verilmiş olup, 1 Temmuz 2001 tarihinden itibaren hizmet akdinizin işveren tarafında ... Birleşik Paz. AŞ'de yer alacak ve iş ilişkiniz bu şirket ile devam edecektir...” ifadeleri yer almaktadır. Bu belge, iş sözleşmesinin devri niteliğinde bulunmaktadır. Davacı işçi söz konusu belgeye “Bu tebligatı kabul etmiyorum, İş Kanunu’nun 16. maddesi gereğince iş akdimi feshediyorum” şerhini düşmüştür. Somut olayda bir işyeri devri değil, iş sözleşmesinin devri söz konusu olup, tek başına bu belge, öğretide de benimsendiği gibi 1475 sayılı İş Kanunu’nun 16/II-e maddesinde³⁹⁰ yer alan iş şartlarında esaslı bir değişikliği ifade etmekte olup, davacı işçinin kıdem tazminatı hakkı iş sözleşmesinin devri bağlamında ele alınarak, kıdem tazminatına hak kazandığı-

iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak kabul edilmelidir”. Y9HD, 16.06.2008, E.2007/41042, K.2008/5622, www.legalbank.net (16.03.2014).

³⁸⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.338; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.542; ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.922; GÜNAY, s.114; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.641; Y9HD, 27.09.2007, E.2006/37441, K.2007/28505, www.legalbank.net (10.06.2014); “...Davacının...çalışması devam ederken davalı işveren tarafından bir başka şirkete ait işe verilmek istendiği, davacının ise eski işyerinde çalışmayı sürdürdüğü böylece davalı işveren tarafından hizmet sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır...Davacının, bu son devre muvafakatta bulunduğu kanıtlanabilmiş değildir. İşveren, davacının dava dışı A.Ş. işyerinde çalışmasını gönderdiği ihtarnameyle ısrar etmiş olup işverenin bu eyleminin işverenin feshi olarak kabulü gerekmiştir” sonucuna ulaşmıştır. Y9HD, 14.11.2005, E.2005/7767, K.2005/35771, www.legalbank.net (25.03.2014); Y9HD, 12.07.2006, E.2006/1892, K.2006/20661, karar incelemesi için bkz. ŞAHLANAN, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.2 vd

³⁸⁹ ÖZKARACA, s.136.

³⁹⁰ “Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye, yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa yahut iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa; (sözleşmelere bu fıkradaki haller hakkında başka türlü kayıt konmamak şartıyla)”.

nın kabulü gerekmektedir” demek suretiyle isabetli olarak aynı sonucu ifade etmiştir³⁹¹. Dolayısıyla iş sözleşmesi rızası alınmadan devredilmek istenen işçi dilerse İş Kanununun 24. maddesinin II. fıkrasının (f)³⁹² bendinde belirtilen hüküm gereği iş sözleşmesini derhal feshedip buna bağlı haklarını talep edebilecektir.

Bu noktada söz konusu olabilecek bir ihtimal de, devre konu iş sözleşmesinin koşullarının devir sözleşmesinde müzakere edilerek işçi aleyhine değiştirilmesi durumunda, İş Kanununun 22. maddesinin uygulanmasının gündeme gelip gelmeyeceğidir. Belirtelim ki, bu noktada daha önde olan sözleşmenin, iş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşme olduğu söylenebilir. Ayrıca işçi, devir esnasında çalışma koşullarında meydana gelen ve aleyhe esaslı durum arz eden değişiklikler sebebiyle iş sözleşmesinin devri önerisini reddedebilecektir. Zira iş sözleşmesinin devri gerçekleşmeden, söz konusu çalışma koşullarında esaslı değişikliğin gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla işçinin rızasını açıklaması sırasında, rızanın İş Kanununun 22. maddesi hükümleri çerçevesinde değil, iş sözleşmesinin devrine ilişkin koşullar çerçevesinde (TBK, m.429) açıklaması gerekecektir. Ancak ifade edelim ki, iş sözleşmesinin devrinin ardından, devralan işveren ile işçi arasında meydana gelebilecek ve işverence gerçekleştirilecek değişiklik önerilerinin artık İş Kanununun 22. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

B. Devir Sözleşmesinin Geçersizliği

1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin devri sonucunda işçinin devralan işverene geçişinin sağlanması ve Türk Borçlar Kanununda öngörülen hukuki sonuçların meydana gelmesi için, geçerli şekilde kurulmuş bir devir sözleşmesinin varlığı şarttır. Geçersizlik konusu ile bağlantılı olarak daha önce ele almış olduğumuz ve devre konu iş sözleşmesinin geçersizliği başlığı altında değerlendirdiğimiz kavram, devir sözleşmesinin geçersizliğinden çok, devre konu iş sözleşmesinin geçersizliğini ifade etmek için ele alınmıştır³⁹³. Gerçekten de, geçerli bir şekilde kurulmuş bir devir sözleşmesi sonucunda, devrin konusunu oluşturan iş sözleşmesinin geçersizliği gündeme geldiğinde meydana gelen hukuki sonuçlar ile doğrudan

³⁹¹ YHGK, 01.03.2006, E.2006/9-51, K.2006/27, **2005-2007 Yargıtay Kararları**, www.kamu-is.org (24.05.2014).

³⁹² “Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa yahut çalışma şartları uygulanmazsa” (İK, m.24/II-f).

³⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.132 vd.

devir sözleşmesinin geçersizliğine bağlı olarak meydana gelecek sonuçlar birbirinden farklıdır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz ve Türk Borçlar Kanununda düzenlenen ve sözleşmenin geçersizliğine sebep olan haller iş sözleşmesinin devri işleminin geçersizliği bakımından da uygulanabilecektir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi iş sözleşmesinin devri konusunu özel olarak düzenlediği için, genel olarak sözleşmeyi geçersiz kılan haller yanında, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi gereği iş sözleşmesinin devri için ele alınan şekil koşullarına aykırılık durumunda da³⁹⁴ iş sözleşmesinin devri işleminin geçersizliği ile karşı karşıya kalınabilecektir. Konuyu iş sözleşmesinin devri sözleşmesine mahsus olarak aşağıdaki başlık altında ele almanın yararlı olacağı kanaatindeyiz.

2. Geçersizlik Türleri ve Devir Sözleşmesi Açısından Değerlendirme

Hukukumuzda sözleşmelerin geçersizliği ve geçersizliğin türlerine ilişkin olarak daha önce ayrıntılı açıklamalar yaptığımız için, devir sözleşmesinin geçersizliği açısından da aynı hususlar geçerli olduğundan tekrardan kaçınıyoruz.

Niteliği bakımından devir sözleşmesine ilişkin özel hususlar önem arzettiği için, biz çalışmamızın bu bölümünde özellikle genel hükümlere göre söz konusu geçersizlik türlerinin devir sözleşmesine olan etkileri üzerinde duracağız.

a) Yokluk ve Etkisi

Sözleşmenin kurulması için gerekli koşulların eksikliği şüphesiz ki devir sözleşmesini de etkileyecektir. Belirtelim ki, iş sözleşmesinin devri açısından işlemde *kurucu unsurların* eksikliğinin söz konusu olması durumunda, hukuksal işlem *yokluk* yaptırımı ile karşılaşacaktır³⁹⁵. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devri üçlü bir hukuksal ilişki olduğu için taraflardan birinin iradesini açıklamaması, işlemin yoklukla sakatlanmasına sebep olabilecektir. Örneğin işçinin iradesi de sözleşme açısından kurucu bir unsur olduğundan, irade açıklanmadıkça devir sözleşmesinin varlığı söz konusu olmayacaktır.

³⁹⁴ Bkz. s.128 vd.

³⁹⁵ Bkz. s.133 vd.

b) Kesin Hükümsüzlük ve Etkisi

Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne sebep olan ve Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinde düzenlenen hususlar, aynı şekilde devir sözleşmesi için de geçerli olacaktır. Bu sonuca bağlı olarak devir sözleşmesinin kanunun emredici hükümlerine aykırılığı, sözleşmenin kesin geçersizliğine sebep olacaktır. Örneğin iş sözleşmesinin devrini özel olarak düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasına göre iş sözleşmesinin devri bakımından işçinin yazılı rızasının alınması bir zorunluluktur. Aksi halde sözleşme *geçersiz* kabul edilmelidir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devrine işçi tarafından Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrası gereğince *yazılı* olarak rıza verilmediği takdirde, iş sözleşmesi devredilmiş olmaz. Bu bakımdan işçinin *yazılı* rızasının alınması, iş sözleşmesinin devri açısından bir *geçerlilik* şartı olarak kabul edilmelidir³⁹⁶.

Bu noktada değinilmesini düşündüğümüz bir ihtimal de, devrin kesin hükümsüzlüğüne rağmen, işçinin devralan işverenin işyerinde, bir süre çalışması durumunda hukuki sonucun ne olacağına ilişkindir. Örneğin devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için gerekli *şekil* koşullarına uyulması gerekmektedir. Aksi halde kesin geçersizlik yaptırımı ile karşılaşılabilir³⁹⁷. Aslında devir sözleşmesinin geçersizliği, işçinin devredilmediği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla devralan işveren tarafından buna rağmen çalıştırılan bir işçinin, geçersizlik döneminde devralan nezdinde geçen çalışma süresi, hak kazanılan ücret ve diğer çalışma koşulları yönünden korunmasını gerekli kılar. Öncelikle belirtelim ki, söz konusu ihtimalde devredilen işçi devreden işverenin işçisi olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla devralan yanında geçen kıdem süresi, devreden yanında geçmiş kabul edilmelidir. Ayrıca devralanın herhangi bir şekilde iş sözleşmesini fesih yetkisinden ve uygulanan feshin de geçerliliğinden söz edilemeyecektir. Burada sorun oluşturabilecek husus işçinin geçersiz devir sözleşmesine istinaden devralan yanında çalıştığı döneme ilişkin ücret ve diğer parasal haklarına ilişkin olabilir. Bu noktada devir sözleşmesinin geçersizliğinden söz edilerek, işçinin devreden işverenden alması gereken ücret ve diğer parasal haklarını devralan işverenden tahsil ettiği kabul edilmeli³⁹⁸, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden doğan ve alınması gereken ancak alınamayan fark alacaklardan ise devreden işverenin sorumluluğuna gidilmelidir. Ayrıca devralan işveren tarafından işçiye sağlanan ileri menfaatler ise çalışmasının karşılığı olduğu ka-

³⁹⁶ ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.922; TOPUZ/CANBOLAT, s.108.

³⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.134 vd.

³⁹⁸ Ayrıca bkz. KAHRAMAN, s.87.

bul edilerek, işçiden sebepsiz zenginleşme³⁹⁹ iddiasıyla geri alınmamalıdır. Sözleşmenin geçersizliği nedeniyle, ifa edilmiş edimlerin, fakirleşen tarafından, zenginleşenden geri istenmesi, sebepsiz zenginleşmenin temel kurallarından biridir. Bir başka deyişle zenginleşen kişinin zenginleşmesinin sebebi, geçersiz hale gelmiştir. Bu durumda aldıklarını iade etmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Ancak sorunun *ani edimli* sözleşmeler açısından doğurduğu sonuç ile *sürekli edimli* ve özellikle de iş sözleşmesi açısından doğurduğu sonucun aynı noktada değerlendirilmesi İş Hukuku açısından sorunlara sebep olabilecek niteliktedir⁴⁰⁰. Gerçekten de, iş sözleşmesinin geçersizliği ihtimaline dönük olarak dile getirilen, sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması halinde tarafların o güne kadar getirdikleri edimlerin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iadesinin doyurucu sonuçlar veremeyeceğine ilişkin düşüncenin, iş sözleşmesinin devrinin geçersizliğine bağlı sonuçlar üzerine de işletilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Fakat yürürlükteki hukuk kurallarına aykırı düşen, kamu düzenini ve ahlaki kuralları ağır biçimde ihlal eden devir sözleşmeleri de baştan itibaren geçersiz olacaktır. Ayrıca devralan işverenin işçiyi kamu düzenine aykırı düşecek bir işte çalıştırması veya konusu suç teşkil eden işlere yöneltmesi ve bundan dolayı da bir takım kazandırmalar yapması ihtimalinde de devralanın işverenin işçiye karşı sebepsiz zenginleşme davası açması mümkün olmayacaktır. Zira Türk Borçlar Kanununun 81. maddesinde, “*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey*”lerin geri istenemeyeceği hükme bağlanmıştır⁴⁰¹. Ancak aynı hükmün devam eden 2. cümlesine 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmayan bir cümle eklenerek, hâkimin dilerse, hukuka veya ahlaka aykırı bir amaç için elde edilen şeyin Devlete mal edilmesine karar verebileceği de hükme bağlanmıştır (TBK, m.81)⁴⁰². Örneğin fuhuş, kalpazanlık, kaçakçılık konusunu içeren devir sözleşmeleri başlangıçtan itibaren geçersiz sayılacak ve bu geçersiz sözleşmeye bağlı olarak elde edilmiş olan menfaatler veren tarafından geri istenemeyecektir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 81.

³⁹⁹ Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri, Türk Borçlar Kanununun 77-82. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur (TBK, m.77). Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, (2014), s.839 vd; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.505 vd; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.297 vd.

⁴⁰⁰ Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.323 vd; Geçersizliğin, iş sözleşmesi üzerine etkileri hakkındaki açıklamalarımız için bkz. s.132 vd.

⁴⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, (2014), s.899-900; 818 sayılı Borçlar Kanununun 65. maddesinde yer alan düzenleme ve açıklamalar hakkında ayrıntı için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.738 vd. Yani eski 818 sayılı Kanun döneminde bir nevi hukuka aykırı olarak elde edilen şeyin alana bırakılması öngörülmüştü. Ancak 81. madde hükmünden gerekirse alana mal edilebileceğine karar verileceği de anlaşılabilmektedir. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.352.

⁴⁰² Bkz. EREN, (2014), s.899-900; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.352.

maddesinin 2. cümlesinde belirtilen hükmün, hâkim tarafından uygulanması suretiyle kanuna ve ahlaka aykırı amaçlarla elde edilmiş şeylerin mülkiyetinin Devlete mal edilmesine karar verilebilecektir. Buradaki menfaatlerin devir sözleşmesi yapılırken elde edilenler olabileceği gibi, devir sözleşmesi sonucunda devralan işverenin işyerinde çalışıldığı süre boyunca kanuna veya ahlaka aykırı amaçla yapılan işin karşılığı elde edilen menfaatler de olabilecektir.

c) İptal Edilebilirlik ve Etkisi

Hukuki işlem kesin geçersizlik yaptırımı ile karşılaşmamakla birlikte, işlemin etkileyen sakatlığa maruz kalan tarafın kendi isteği ile sözleşmeyi iptal hakkını kullanması durumunda sözleşme ortadan kalkacaktır⁴⁰³. İrade ile beyan arasında *tarafaların isteği dışında* meydana irade sakatlıklarının gerçekleşmesi durumunda, devir sözleşmesi *iptal edilebilir* bir sözleşme olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁴. İrade ile beyan arasındaki sakatlık, iradenin oluşumundaki bir etken-den kaynaklanıyorsa *yanılma* (TBK, m.30-35), *aldatma* (TBK, m.36) veya *korkutma* (TBK, m.37, 38) sonucu oluşan bir sakatlık ortaya çıkmaktadır⁴⁰⁵. Bu haller sözleşmede kesin hükümsüzlüğe sebep olmamakta, ancak taraflarca iptal yaptırımına tabi tutulabilmektedir. Örneğin iş sözleşmesinin devrine rıza gösteren işçinin iradesinin işveren tarafından *aldatma*, *korkutma* veya *yanılma* hallerinden biriyle sakatlanması durumunda, işçi tarafından sözleşmenin iptali gündeme gelebilecektir.

Belirtelim ki, “sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz” (TBK, m.30). Ayrıca “üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı” olmayacaktır (TBK, m.36/2). Yine “taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı” kalmayacaktır (TBK, m.37/1). Ancak belirtelim ki, iptal edilebilirlik durumunda sözleşme ile bağlı olunmadığının diğer tarafa karşı tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılması gerekir. Dava açmaya gerek bulunmamaktadır⁴⁰⁶. Şayet, “Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya

⁴⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.180 vd.

⁴⁰⁴ Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, s.183 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.425 vd; EREN, (2014), s.346 vd.

⁴⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.93.

⁴⁰⁶ Ancak hukukumuzda dava açılması gerekli istisnai durumlar da bulunmaktadır. Türk Medeni Kanununun 158. maddesine göre, iptal edilebilirlik (nisbi butlan) halleri nedeniyle evlilik birliğinin sona ermesi için dava açmak gerekmektedir. İptal davası açma hakkı, iptal sebebinin öğrenildiği veya korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak altı ay ve her hâlde evlenmenin üzerinden beş yıl geçmekle düşer. Ölüme bağlı tasarrufların iptali açısından da benzer düzenlemeler söz konusudur. Bkz. Türk Medeni Kanunu, m.598/son.

aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi...” onamış sayılacaktır (TBK, m.39/1). Belirtmiş olduğumuz ihtimaller içinde işçinin sözleşmeye onay vermemesi durumunda devir gerçekleşmeyecek ve işçi devreden işçisi olarak kalmaya devam edecektir. Ancak işçi iptal hakkından feragat eder veyahut da süresinde bu hakkını kullanmaz ise devir sözleşmesi baştan itibaren geçerliliğini muhafaza edecektir⁴⁰⁷.

Ancak iradesi sakatlanan taraf işçi olabileceği gibi, devreden ve devralan işveren de olabilir. Belirtelim ki devreden ve devralan işverenlerin kendi aralarında kararlaştırmış oldukları ve işçinin onayını bekleyen ve devri amaçlayan anlaşmanın iptal yaptırımına tabi olması, devri rızasına bağlı işçinin durumunda herhangi bir etki meydana getirmeyecektir.

Sözleşmeyi iptal hakkı veren bir diğer durum da, Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenen “aşırı yararlanma”dır. Hükme göre, “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini” isteyebilecektir (TBK, m.28/1). Maddenin 2. fıkrasında ise zarara uğrayanın sözleşmeyi iptal hakkına yer verilmiştir. Buna göre zarar gören düşüncesizlik veya deneyimsizliği öğrendiği tarihten; zor durumda kalma da ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde iptal hakkını kullanabilecektir (TBK, m.28/2).

İptal edilebilirlik sebeplerinden biri ile sakatlanan iş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmenin hukuki sonuçlarına değinmekte yarar bulunmaktadır. Belirtelim ki, Borçlar Hukuku kurallarına göre, iptal hakkı sahibi sözleşme ile başlangıçtan beri bağlı bulunmamaktadır⁴⁰⁸. Dolayısıyla süresi içinde iptal hakkının kullanılması durumunda sözleşme kesin hükümsüz hale gelecek ve karşı taraf da sözleşme ile bağlı kalmayacaktır⁴⁰⁹. Ancak iptal hakkının kullanılması için belirtmiş olduğumuz süreler içinde sözleşme iptal edilmezse veya süre bitmeden iptal hakkından vazgeçildiği ortaya konulur ise, bir başka deyişle sözleşmeye onay (icazet) verilirse sözleşme geçerli hale gelecektir. Önemle ifade edelim ki, iptal hakkının kullanılması için dava açmaya gerek bulunmadığı gibi,

⁴⁰⁷ Geçersizliğin iş sözleşmesi üzerindeki etkisi hakkında bkz. Yuk. s.132 vd.

⁴⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.180.

⁴⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), s.180.

açılmış bir davada sözleşmenin iptale tabi olduğunu hakim kendiliğinden dikkate almak zorunda da değildir. Dolayısıyla iptale tabi bir devir sözleşmesinin geçersizliğinin, iptal hakkı sahibi tarafından ileri sürülmemesi durumunda sözleşmede hiçbir noksanlık meydana gelmeyecek ve geçerli bir hukuki ilişkinin tüm sonuçlarını doğuracaktır. Ancak iptal hakkının kullanılması durumunda ise, iş sözleşmesini devreden sözleşmeye Borçlar Hukuku kurallarını uygulamak hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Bu nedenle kesin hükümsüzlükte olduğu gibi, devir sözleşmesinin iptali de, geçmişe değil ileriye dönük olarak hüküm ve sonuçlarını meydana getirmelidir⁴¹⁰.

Sözleşmenin yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle iptal edilebilir duruma gelmesi sözleşmenin ortadan kaldırılmasını gündeme getirebilir. Belirtelim ki, kesin geçersizlik sebepleriyle⁴¹¹ sakat bir sözleşmenin hükümsüz kılınması için herhangi bir beyanda bulunmaya, dava açmaya gerek bulunmaksızın kendiliğinden hükümsüzlüğü söz konusudur⁴¹². Ancak iptal edilebilirlik sebeplerinden (yanılma, aldatma veya korkutma gibi) biriyle sakat bir sözleşmenin iptali kanunda öngörülen süre içinde istenmez ise veya iptal hakkında feragat edilir ise sözleşme geçerli hale gelecektir. Ancak iptal hakkının kullanılmasının gerektiği durumlarda bu hakkın kim tarafından kullanılacağına belirlenmesi gerekir. Öncelikle belirtelim ki, iş sözleşmesi sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın iradesi esas alınarak kurulmaktadır. Belirtelim ki sözleşmeyi iptal hakkını iradesi sakatlanan taraf kullanabilecektir. Örneğin sözleşmede kalan taraf olarak işçinin iradesi sakatlandığı takdirde devir sözleşmesi, işçi tarafından iptal edilebilecektir. Sözleşmede kalan taraf iptal hakkını sözleşmeyi devralana karşı ileri sürmelidir⁴¹³. Ancak devreden ve devralan işveren açısından iptal hakkının kim tarafından kullanılacağına belirlenmesi sorunlu gözükmemektedir. Öğretide iptal hakkının esas itibarıyla sözleşmeyi devralan geçmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴¹⁴. Zira iptal hakkı sözleşmeye ilişkindir ve sözleşme ilişkisi ile birlikte, yenilik doğurucu hakların bağımlı olması esasına uygun olarak devralana geçmesi en uygun çözümdür⁴¹⁵. Sözleşmeyi devralan taraf iptal hakkını hem sözleşmeyi devredene karşı hem de sözleşmede kalan tarafa karşı kullanabilecektir. Ancak irade sakatlığı sözleşmeyi devredene yöne-

⁴¹⁰ Ancak aldatma veya korkutma sonucunda iş sözleşmesini devreden sözleşme iptal edilmemiş olsa bile, iptal hakkı sahibinin tazminat isteme hakları saklıdır (TBK, m.39/2). **SÜZEK**, İş Hukuku, s.330.

⁴¹¹ Sözleşmenin emredici kurallara, kanuna, ahlaka aykırı olması, muvazaalı olması, taraflardan birinin ayırt etme gücünün bulunmaması veya konusunun imkânsız bulunması sebeplerine bağlı olarak kesin geçersiz hale gelmesi söz konusu olur. **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-I), s.178.

⁴¹² **OĞUZMAN/ÖZ**, (Cilt-I), s.178.

⁴¹³ **AYRANCI**, s.142.

⁴¹⁴ **AYRANCI**, s.135, dn. 113'teki yazarlar.

⁴¹⁵ **AYRANCI**, s.138.

lik olarak ortaya çıkmışsa, sözleşmeyi iptal hakkı da yine devredene geçmelidir⁴¹⁶.

Ayrıca ifade edelim ki, irade sakatlığı sebebiyle tarafların anlaşarak devir sözleşmesine yönelik iradelerini geri almaları da mümkündür.

d) Tek Taraflı Bağlamazlık ve Etkisi

Tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabi bir hukuki işlemin sonuç doğurabilmesi bir başka unsura dayandırılmıştır. Belirttiğimiz ihtimalde ayırt etme gücüne sahip⁴¹⁷ bir küçüğün veya kısıtlının yaptığı bir sözleşmenin yasal temsilci onay verinceye kadar askıda hükümsüzlüğü söz konusudur (TMK, m.16/1)⁴¹⁸. Belirtelim ki hukuki işlemde eksikliğin tamamlanmaması sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşmasına sebep olabilmektedir⁴¹⁹. Örneğin ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yapmış olduğu bir borç sözleşmesi yasal temsilci tarafından onay verilinceye kadar eksik sözleşme olarak nitelendirilmektedir (TMK, m.16/1)⁴²⁰. Yasal temsilci işlemi onayladığı takdirde işlem baştan itibaren geçerli olarak kabul edilmekte (TMK, m.451/1) aksi takdirde, yani yasal temsilci tarafından eksiklik tamamlanmaz ise *kesin hükümsüz* hale gelmektedir. Öğretide bu tür geçersizliği *askıda hükümsüzlük* de denilmektedir⁴²¹.

Belirtelim ki sözleşmede kalan taraf olarak işçinin hukuki işlem ehliyetinin bulunmaması durumunda nasıl bir çözümün benimseneceği de genel hükümler çerçevesinde çözüme kavuşturulabilecek bir husustur. Gerçekten de ayırt etme gücüne sahip olmakla beraber henüz ergin olmayanların belirli bir yaşı doldurmuş olmaları kaydıyla iş sözleşmesi ile çalışmaları mümkündür. Zira bir kimsenin işçi sıfatını kazanması, hukuki işlem ehliyetinin kazanılmasında en önemli unsurlardan biri olan on sekiz yaşın doldurulması şartına bağlı kılınmıştır. Örneğin 4857 sayılı İş Kanununa göre “Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır” (İK, m.71/1)⁴²². Dolayısıyla onbeş yaşın tamamlanmasıyla birlikte iş sözleşmesi ile çalışmaya başlayıp, işçi sıfatını kazanmak

⁴¹⁶ AYRANCI, s.142.

⁴¹⁷ “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir” (TMK, m.13).

⁴¹⁸ “Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir” (TMK, m.16/1). “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar” (TMK, m.16/2).

⁴¹⁹ Bkz. s.134 vd.

⁴²⁰ Bkz. EREN, (2014), s.333; ÖZTAN, s.224 vd.

⁴²¹ VON TUHR/PETER, s.224; OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-I), 181; KILIÇOĞLU, Ahmet, s.86 vd.

⁴²² “Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler” (İK, m.71/1).

mümkün bulunmaktadır. Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus ise, devir sözleşmesi için yazılı rızası aranacak olan işçinin, ayırt etme gücü bulunmakla beraber yaş küçüklüğü veya kısıtlılığı sebebiyle sınırlı ehliyetsiz olması durumunda, rızayı kendisinin mi yoksa yasal temsilcisinin mi açıklaması gerektiğine ilişkindir. Belirtelim ki, sınırlı ehliyetsizler açısından ehliyetsizlik asıl, ehliyet ise istisnadır. Yani bu kimseler hukuki işlemlerini asıl olarak yasal temsilcileri aracılığı ile yapabilmektedirler. Ancak istisnai olarak bazı hukuksal işlemler açısından şahsa sıkı sıkıya bağlı hak nitelemesinden dolayı, bu türden hukuki işlemler bizzat sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılabilmektedir. Dolayısıyla sınırlı ehliyetsizler şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında *kural olarak* yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymamaktadırlar. Nitekim Türk Medeni Kanununun konuya ilişkin 16. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir*”. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar bizzat hak sahibi tarafından kullanılabilen, temsilci vasıtasıyla kullanılmaları mümkün olmayan, kişinin ölümüyle sona eren ve başkalarına devredilemeyen haklardır. Örneğin ergin kılınma isteminde bulunma, nişanlanma, nişanı bozma, evlenme, tanıma, babalık davası açma gibi haklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında yer almaktadır. Belirtelim ki, yasal temsilcilerin sınırlı ehliyetsizler adına şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kullanma imkânı bulunmamaktadır⁴²³. Ancak bu haklardan bazılarının kullanılması yasal temsilcinin iznine bağlanmıştır. Örneğin nişanlanma ve evlenme için yasal temsilcinin izninin alınması gerekmektedir.

Konumuz açısından iş sözleşmesinin devrine, ayırt etme gücüne sahip ancak küçük veya kısıtlı olan işçinin vereceği yazılı rızanın, yasal temsilcinin iznine bağlı olup olmadığı, belirtilen hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. İş sözleşmesinin kurulması sırasında, ayırt etme gücüne sahip ancak küçük veya kısıtlı olanlar adına yasal temsilcilerinin iş sözleşmesi yapması mümkün olduğu gibi (TMK, m.343, 448, 462), yasal temsilcilerinin rızası ile küçük veya kısıtlılar da kendi adlarına iş sözleşmesi yapabilirler (TMK, m.16/1, m.343, m.451). Ayrıca yasal temsilcinin yapılan iş sözleşmesine sonradan onay vermesi de mümkündür (TMK, m.451)⁴²⁴. Belirtelim ki, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, ana ve babasının veya vesayet makamının izni ile bir meslek ve sanatla uğraşiyor veya ailesi dışında yaşıyor ise, bunların yasal temsilcinin ayrıca rızasına ihtiyaç duyulmaksızın geçerli bir iş sözleşmesi kurmaları da mümkündür (TMK;

⁴²³ Krşz. SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul-2005, s.282.

⁴²⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.312.

m.359, m.453)⁴²⁵. İş sözleşmesinin kurulması sırasında ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının iş sözleşmesi yapabilmesi için yasal temsilcinin rızasının arandığı bir durumda, iş sözleşmesinin devri için de, küçük veya kısıtlı halini korumaya devam etmesi söz konusu ise, yazılı rıza için yasal temsilcinin izninin aranması gerektiği kanaatindeyiz.

Kuşkusuz, iş sözleşmesinin devri işlemine taraf olma ehliyeti açısından değerlendirmenin yalnızca işçi tarafı için değil, işveren tarafı için de yapılması gerekmektedir. Belirtelim ki, işverenin gerçek kişi olması halinde de fiil ehliyetine sahip olması şartı aranır. Ancak işveren tarafının da yaş küçüklüğü (soyut işveren), akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da buna benzer sebeplerden biriyle ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda, hukuki işlem ancak kanuni temsilci tarafından yapılabilecektir⁴²⁶.

İşverenin tüzel kişi olması durumunda ise, devir sözleşmesinin tüzel kişinin yetkili organı tarafından yapılabileceğini belirtmek gerekir (TMK, m.50). Ayrıca işveren gerçek veya tüzel kişi de olsa, iş sözleşmesi yapma yetkisi, işvereni temsilen işveren vekiline de bırakılabilecektir. Ayrıca belirtelim ki, işveren vekili yetki almaksızın, devir sözleşmesi yapsa da, daha sonra işveren tarafından onay verilmesi suretiyle de devir sözleşmesi geçerli hale getirilebilecektir (TBK, m.46/1)⁴²⁷.

⁴²⁵ Ayrıca geniş bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.421 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.311-312; ÇELİK, İş Hukuku, s.124.

⁴²⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.312; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.422.

⁴²⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.312; Ayrıca bkz. YILMAZ, Halil, s.23 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

7. GENEL OLARAK

İş sözleşmesinin iradi ve sürekli bir biçimde devri sonucunda, sözleşme sona ermemekte, devralan işveren ile sözleşmede kalan işçi arasında mevcut bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte devam etmektedir. Ancak devreden işveren ile işçi arasındaki ilişki sona ermekte ve sözleşmeden doğan hak ve borçların yükümlülüğü devralan işverene geçmektedir. Özellikle işçinin kıdeme bağlı hakları açısından, devralan işverenin, devir tarihinden itibaren değil, iş sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren sorumluluğunun belirlenmesi, iş sözleşmesinin devri sonucunda işçinin haklarının korunması açısından kabul edilmiş (TBK, m.429/2) önemli bir güvencedir. Ancak devir sonucunda gerek kıdeme bağlı haklar yönünden gerek diğer işçilik alacakları yönünden devreden işverenin devralan işverenle birlikte sorumluluğuna ilişkin düzenlemeye, Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesinin devrini ele alan 429. maddesinde yer verilmemiştir. Hâlbuki işyeri devrine ilişkin gerek Türk Borçlar Kanununun 428. maddesinin 3. fıkrasında gerek İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasında devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumlulukları hükme bağlanmıştır. Aynı sonucun iş sözleşmesinin devrini ele alan düzenleme açısından da geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır.

Öte yandan iş sözleşmesinin devrinin sonuçları bakımından değinilmesi gerekli bir husus da iş güvencesi kapsamında bulunan bir işçinin iş sözleşmesinin devredilmesidir. Gerçekten de bir taraftan iş güvencesinin kapsamının belirlenmesi, diğer taraftan iş sözleşmesinin son bulması durumunda, işçinin feshe bağlı işçilik alacaklarının iş güvencesi esas alınarak tespiti, devrin hüküm ve sonuçları açısından önem arz etmektedir.

Önemle ifade edelim ki, iş sözleşmesinin devri yalnızca Bireysel İş Hukuku açısından değil, Toplu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından da önemli sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle işçinin iş sözleşmesinin devri sonucunda sendika üyelik haklarının etkilenme derecesi ve ayrıca toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakları açısından önemli sorunlar gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla sorunun Toplu İş Hukuku açısından da incelenmesi önemli bir gerekliliktir.

Çalışmamızın bu bölümünde iş sözleşmesinin devrinin hüküm ve sonuçlarına, Bireysel İş Hukuku, Toplu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin esaslar çerçevesinde, kapsam ve içeriği uygun düştüğü ölçüde İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu göz önünde bulundurularak, yer verilmeye çalışılacaktır.

8. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HÜKÜM ANI

İş sözleşmesinin devrinin hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği, hukuki ilişkinin taraflarının sorumluluğu ve devralan işverenlik sıfatının tayini açısından önem taşımaktadır. Gerçekten de iş sözleşmesinin devrinin hüküm anı konusunda tarafların herhangi bir tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığı, devrin sonuçlarının kendiliğinden gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun bu noktada izahı gerekmektedir.

Genel olarak sözleşmenin devrinin taraflar arasında ne zaman hüküm ifade edeceğini taraflar aralarında kararlaştırabilirler¹. Ancak taraflar arasında böyle bir anlaşma bulunmadığı takdirde sözleşmenin hüküm anının nasıl tespit edileceği bir sorun teşkil etmektedir. Bu noktada hüküm anının tespiti açısından iki teoriden yararlanılması mümkündür. Bunlardan biri *tasarruf teorisi* diğeri de *sözleşme teorisi*dir.

Tasarruf teorisine göre, sözleşmenin devri, devreden ile devralan arasında devir sözleşmesinin yapıldığı anda kurulmuş olur². Çünkü sözleşmede kalan tarafın rızası onay niteliği taşımaktadır. Sözleşmede kalan tarafın rızası ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır³. İş sözleşmesi gibi sürekli edim niteliği taşıyan sözleşmelerde, devralan ile devreden arasında yapılan devir sözleşmesi anına göre hak ve borçların belirlenmesi, hukuki ilişkinin amacına uygun düşmemektedir⁴. Bir başka deyişle

¹ KOCAGİL, s.57.

² AYRANCI, s.148; KOCAGİL, s.57.

³ AYRANCI, s.148.

⁴ AYRANCI, s.148.

sözleşmede kalan tarafın rıza beyanı *geçmişe etkili* olarak hukuki sonuçlarını doğurmaktadır.

Sözleşme teorisine göre ise, sözleşmenin devri açısından her üç tarafın iradesi bu sözleşme için kurucu unsur niteliği taşımaktadır. En son rızasını beyan eden tarafın beyanda bulunma anı, sözleşmenin devrinin gerçekleştiği anı ifade eder. Belirtelim ki, bu ihtimalde rıza beyanı *ileriye etkili* olarak hukuki sonuçlarını doğurur. Bu konuda açık düzenleme yapan Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler kısmının son bölümünde sözleşmenin devrine yer vermiştir. Türk Borçlar Kanununun 205. maddesine göre, sözleşmenin devri, “..., sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır” şeklinde tanımlanmıştır (TBK, m.205/1). Ayrıca belirtelim ki, sözleşmenin devri anlaşması üç taraflı bir sözleşme olarak düzenlenmişse de, TBK’nun 205. maddesinin 2. fıkrasında, “Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafta önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir” denilerek, devreden ve devralan arasında yapılmış iki taraflı anlaşmaya sözleşmede kalan tarafın önceden izin veya sonradan onay vermesi halinde de sözleşmenin devrinin geçerli olacağı kuralı benimsenmiştir⁵.

İş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının, devir ilişkisine taraf olan her üç tarafın bulunması anında mı alınması gerektiği, yoksa devreden işveren ile devralan işveren arasında devir sözleşmesinin yapılmasının ardından, daha sonra mı alınması gerektiği, devrin hüküm anı bakımından önem ifade etmektedir. Belirtelim ki, iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasını devir anında açıklanması zorunluluğu yoktur⁶. Ancak daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi, devir sözleşmesinin her üç tarafının da aynı anda bulunduğu bir zaman dilimi içinde yapılmasına da bir engel bulunmamaktadır⁷. Genellikle de iş sözleşmesinin devri, her üç tarafın hazır bulunduğu bir anda yapılmaktadır⁸. Şayet devir sözleşmesi devreden işveren ile devralan işveren arasında yapılmış ve işçi o anda hazır değilse, rızası daha sonra sözleşmeyi imzalaması suretiyle veyahut ayrı bir yazılı belge ile de daha sonra alınabilecektir. Zira Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrası gereğince, “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir”.

⁵ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.599.

⁶ GÜNAY, s.117.

⁷ Devir sözleşmesinde rızanın açıklanma anı ile ilgili olarak bkz. s.194 vd.

⁸ GÜNAY, s.117.

Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, işçinin rızasının alınma zamanına ilişkin Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasında bir düzenleme bulunmaması ve İş Hukukunun kendine özgü kuralları çerçevesinde işçinin rızasının sözleşmenin kurulması aşamasında alınmasının hukuka aykırı olduğu düşüncesinden hareketle⁹, rızanın iş sözleşmesi kurulma aşamasında değil, kurulduktan sonra, ancak devir anlaşmasının yapılması sırasında veya sonrasında alınmasının daha uygun olduğunu bu noktada belirtmemiz gerekir. Ancak kanaatimizce, iş sözleşmesinin kurulmasından sonra, ancak devir anlaşmasının hemen öncesinde de işçinin rızasının alınması mümkündür¹⁰. İş sözleşmesinin iradi devrinin gerçekleştiği an, Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri ve iş sözleşmesinin devri işleminin kendine özgü üç taraflı ilişki yansıtan özelliği de göz önünde bulundurulduğunda, en son iradenin beyan edildiği anda sözleşme de kurulmuş olacaktır. Zira her üç tarafın iradesi de kurucu unsur özelliği yansıtmaktadır.

İş sözleşmesinin devri açısından fiili mi yoksa hukuki devir olgusunun mu dikkate alınacağı devrin hüküm anı bakımından dikkate alınması gerekli bir konudur. İşyeri devri açısından konuyu değerlendiren *Güzel*, iş sözleşmelerinin yeni işverenle devamı için, iki işveren arasında hukuki bir bağın bulunmasının zorunlu olmadığını, temel amacın işçilere istihdam güvencesi sağlamak olduğunu ve işçilerin işlerini yaptıkları işyerinin varlığını korumasının önemli olduğunu dolayısıyla ayrıca işverenler arasında ayrıca bir hukuki ilişkinin varlığını aramanın yersiz olduğunu savunmuştur¹¹.

Çankaya/Çil, bu konuda öncelikle taraf iradesinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamış, taraflarca belirli bir tarih kararlaştırılmamış ise ve fiili devir tarihi de anlaşılamıyor ise hukuki işlem tarihine değer verilmesi gerektiğini savunmuştur¹².

Özkaraca da taraflarca devir tarihi kararlaştırılmış olsa bile, fiili devir tarihinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir¹³.

Alpagut, işyeri veya bölüm devrinin devreden işveren ile devralan işveren arasında doğrudan bir hukuki işlemle¹⁴ gerçekleştiği hallerde, madde hükmünün uygulanması bakımından herhangi bir sorunun olmayacağını belirtti.

⁹ Özellikle holding veya şirket topluluklarında iş sözleşmesi yapılırken, sözleşmede yer alan bir hüküm ile işçinin rızasının alındığı görülmektedir. **GÜNAY**, s.118.

¹⁰ Ayrıca bkz. **GÜNAY**, s.118.

¹¹ **GÜZEL**, İşverenin Değişmesi, s.110-111.

¹² **ÇANKAYA/ÇİL**, Üçlü İlişkiler, s.472 vd.

¹³ **ÖZKARACA**, s.176.

¹⁴ Nitekim hukuki işlem, doğrudan iki işveren arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisine, (örneğin işyeri veya bir bölümünün satışı, kiraya verilmesi veya sona erdirilmesi, işletme kirası, intifa hakkı tesisi gibi), dayanır. Bkz. **ALPAGUT**, İşyerinin Devri, s.70.

ten sonra, devreden ve devralan işverenler arasında doğrudan hukuki bir işlem ve açık bir irade beyanının aranmasının gerekli olmadığını ifade etmiştir¹⁵. Şüphesiz ki bu durum devreden iradesinin önemli olmadığı anlamına da gelmeyecektir¹⁶. Dolayısıyla işyerinin devri, tarihi fiili devir tarihi olarak kabul edilmekte ve bir başka deyişle devralan işverenin organizasyon ve yönetim yetkilerini kullanmaya başladığı tarih işyerinin devredildiği tarih anlamına gelmektedir¹⁷.

Ancak işyeri devrinin fiili devir kavramı ile ifade edilmesi mümkünken, iş sözleşmesi devrinin hüküm anı için aynı kuralın geçerli olacağı söylemek mümkün değildir. Zira iş sözleşmesinin devri için Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi açısından açık ve doğrudan bir hukuki ilişki bulunması istenmiş ve hatta örtülü sözleşme devrine dahi izin verilmemiştir. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen, *“Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir”* hükmü gereğince işçinin yazılı rızası devrin önemli bir koşulu olarak görülmüştür. İş sözleşmesinin devrinin hüküm ifade etme anı da işçinin devir sözleşmesine ya devir sırasında veyahut da devralan ve devreden işveren arasında yapılan sözleşmeye sonradan vereceği yazılı onay ile mümkün olabilecektir.

9. BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLAR

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN, SÖZLEŞMENİN TARAFLARI ÜZERİNE ETKİSİ

A. Devreden İşveren ile İşçi Arasındaki İlişki Bakımından Değerlendirme

İş sözleşmesinin sürekli olarak devredilmesinin en önemli sonuçlarından biri, sözleşmenin taraflarında meydana gelen değişikliklerdir. Devir sözleşmesinin sonucuna bağlı olarak devralan işveren sözleşmenin yeni tarafını oluşturmakta, devreden işveren ise hukuki ilişkiden tamamen ayrılmaktadır. İşçi ise sözleşmede kalan taraf olarak hukuki ilişkiye yeni işverenle devam etmekte ve hak ve borçlarında herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir. Taraf değişikliği yalnızca hak sahibinin değişmesi anlamına gelir ve dolayısıyla asıl olarak borç

¹⁵ ALPAGUT, İşyerinin Devri, s.74.

¹⁶ ALPAGUT, İşyerinin Devri, s.74.

¹⁷ Konu ile ilgili görüş ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları hakkında bkz. ALPAGUT, İşyeri Devri, s.70-74; ÖZKARACA, s.175 vd; SÖNMEZ TATAR, s.68 vd.

ilişkisinin içeriği, kapsamı ya da hukuki ilişkinin niteliğinde bir değişiklik meydana gelmemektedir¹⁸. Ayrıca belirtelim ki iş sözleşmesi sona ermediği için, iş sözleşmesinin devrine bağlı olarak kıdem ve ihbar tazminatı talebi de gündeme gelmemektedir¹⁹. İş sözleşmesi artık devralan işveren ile kaldığı yerden devam edeceği için, işçinin sözleşmeye dayalı haklarının sorumlusu da devralan işveren olacak ve işçi devredene karşı kural olarak herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Zira devredenin sözleşmeden doğan sorumluluğu sona ermektedir.

B. Devralan İşveren ile İşçi Arasındaki İlişki Bakımından Değerlendirme

İş sözleşmesinin devrinin bir sonucu olarak devralan işveren iş ilişkisinin tarafı haline gelmektedir. Devralan işveren iş sözleşmesini tüm hak ve borçları ile birlikte devralmaktadır. Devralan işverenin doğmuş veya doğacak hak ve yükümlülüklerden haberdar edilmiş olup olmaması da önemli değildir²⁰. Hatta iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamasından doğan hak ve borçlar da devralan işveren tarafından üstlenilen hak ve borçlar arasında yer almaktadır²¹. İş sözleşmesinin devri anından itibaren, işçinin kesintiye uğramayan iş görme borcu, sadakat borcu, rekabet etmeme borcu, emir ve talimatlara uyma borcunun muhatabı artık iş sözleşmesini devralan işverendir. İş sözleşmesinin devrinde, sözleşmeyi devralan taraf, devir sözleşmenin kurulması anından itibaren doğan hakları değil, iş sözleşmesinin kurulması anından itibaren doğan tüm hak ve borçlara sahip olmaktadır²². Bunun kapsamına iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi²³, personel yönetmeliği gibi yazılı kaynaklarda belirtilen çalışma koşulları girebileceği gibi, işyeri uygulaması yoluyla çalışma koşulu haline gelmiş (ör: ikramiye gibi) çalışma koşulları da dahil olabilecektir. Belirtmiş olduğumuz bu sonuç Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrası gereğince varılması gereken bir sonuçtur. Madde hükmüne göre, “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur”. İş sözleşmesinin devri durumunda, “işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır” (TBK, m.429/2). Belirtelim ki, bu sonucun doğumu için devralan işverenin, işçinin devreden işveren yanında

¹⁸ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1221; KOCAGİL, s.57.

¹⁹ GÜNAY, s.118.

²⁰ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1223.

²¹ GÜNAY, s.118.

²² KOCAGİL, s.57.

²³ Ancak toplu iş sözleşmesinin taraflara borç yükleyen hükümleri bakımından devralan işverenin toplu iş sözleşmesine taraf olmadığı için sorumlu tutulamayacaktır. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1223.

geçen hizmet süresinden kaynaklanan haklarının özel bir işlem ile üstlenmesine de ihtiyaç bulunmamaktadır²⁴. Devirle birlikte devralan sözleşmenin tarafı haline gelmekte ve sözleşmeden doğan ve doğacak tüm haklara ve borçlara sahip olmaktadır²⁵. Dolayısıyla devre konu sözleşmenin belirli süreli olması, önceden belirlenmiş olan süreyi etkilemeyeceği gibi, deneme süreli olması veya kısmi süreli olması da bu değişiklikten etkilenmeyecektir²⁶.

Ayrıca iş sözleşmesinin devri ile birlikte yenilik doğurucu hakları kullanma yetkisi de devralan işverene geçtiği için, iş sözleşmesini fesih yetkisi de devralan işverene ait olacaktır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus da, devirden hemen sonra iş sözleşmesinin devralan işverence feshe tabi tutulmasıdır. Gerçekten de taraflarca iş sözleşmesinin devri, İş Hukukunun işçiyi koruyucu düzenlemelerine ters düşecek amaçlara dayalı olarak gerçekleştirilmiş, örneğin işçinin iş güvencesi kapsamı dışına çıkarılarak sözleşmenin sona erdirilmesi amacı güdülmüş olması durumunda, devralan işverence yapılan feshin dürüstlük kuralına (TMK, m.2) uygun düştüğü söylenemeyecektir. Şüphesiz ki taraflarca, iş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmenin yapılması sırasında fesih yetkisini içerik ve zaman itibarıyla sınırlayıcı hükümlere yer verilmesi de mümkündür²⁷.

C. Devreden ve Devralan İşveren Arasındaki İlişki Bakımından Değerlendirme

İş sözleşmesinin devrinin taraflara olan etkisi bakımından değerlendirilmesi gereken bir başlık da, devreden ve devralan işverenler arasındaki ilişkidir. İş sözleşmesinin devrini sağlayan sözleşme ile devreden taraf tam olarak sözleşme ilişkisinden çıkmakta ve yerine üçüncü kişi yani devralan girmektedir²⁸. Sözleşmede kalan tarafın, sözleşmeden doğan hak ve borçlar bakımından yöneleceği tarafı artık devralan işveren temsil etmektedir. İş sözleşmesinin devri durumunda yalnızca sözleşmenin işveren tarafından bir değişiklik söz konusu olmakta, bunun dışında sözleşmenin içeriğinde ve kapsamında bir değişiklik söz konusu olmamaktadır. Bu anlamda sözleşmeyi devralan taraf, sözleşmeyi devreden (yani halefinin) bu sözleşmeden kaynaklanan tüm haklarına sahip, tüm borçlarıyla yükümlü ve yine bu sözleşmeye bağlı tüm yenilik doğuran hak-

²⁴ ÖZKARACA, s.131.

²⁵ KOCAGİL, s.57.

²⁶ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1221.

²⁷ ARSLANOĞLU, Esaslar, s.95.

²⁸ AYRANCI, s.119.

ları da (ör: edimi seçim hakkı, sözleşmeden dönme hakkı vb) edinmiş olur²⁹. Zira sözleşmenin devri bir halefiyet işlemidir ve sözleşmeyi devralan taraf, devreden tarafın halefi olarak onun yerini almaktadır³⁰. Belirtelim ki fesih ve iptal hakkı gibi yenilik doğurucu haklar ile def'i ve itiraz hakları da sözleşme ilişkisinden doğmuş olması şartıyla sözleşmenin devri ile birlikte devralana geçmektedir³¹.

Ayrıca sözleşmenin devrinden önce, sözleşmenin ihlal edilmiş olması ve devralan sözleşmeyi tazminat borçlusundan devralmış ise borcu üstlenmiş olacak; ancak tazminat alacaklısının yerini almış ise tazminatı talep etme hakkını kazanmış olacaktır (TBK, m.205/1; TBK, m.429/2)³². Sözleşmeyi devralan tarafın, sözleşmeden doğan veya doğacak hak ve yükümlülüklerden haberdar edilmiş olması da önemli değildir³³.

Türk Borçlar Kanunu, sözleşmenin devrini düzenlediği 429. maddesinde iş sözleşmesinin devri sonucunda devralan işverenin kıdeme bağlı tüm haklar yönünden iş sözleşmesini devreden işveren yanında işe başladığı tarihten itibaren sorumluluğunu esas almış olmakla birlikte, devreden devralanla birlikte sorumluluğuna yer vermemiştir³⁴.

Ayrıca devir sözleşmesi devreden ve devralan işverenlerin işyerinde mevcut işçi sayıları üzerine de doğrudan etkide bulunmaktadır. Zira İş Hukukunu ilgilendiren mevzuatımızda işyerindeki işçi sayısına bağlı olarak işverenler üzerine getirilen yükümlülükler söz konusudur. Örneğin gerek İş Kanunu gerek Basın İş Kanunu kapsamında iş güvencesi uygulamasından söz edilebilmesi için işyerinde çalışan işçi sayısının 30 veya daha yukarı olması (İK, m.18/1) gerekmektedir. Ayrıca yine işverenin özürü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünü ele alan İş Kanununun 30. maddesine göre de işyerinde çalışan işçi sayısının 50 veya daha yukarı olması gerekmektedir³⁵. Yine toplu işçi çıkarmadan söz edilebilmesi işyerindeki işçi sayısı ile doğrudan bağlantılıdır. Zira işçi çıkarmanın toplu işten çıkarma olarak kabul edilebilmesi için işyerinde çalışan

²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, (Cilt-II), s.602.

³⁰ KOCAGİL, s.57.

³¹ AYRANCI, s.145; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1223; Ayrıca bkz. KOCAGİL, s.58.

³² OĞUZMAN/ÖZ, s.603.

³³ AYRANCI, s.120.

³⁴ Bkz. s.265 vd.

³⁵ "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. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır" (İK, m.30/1).

işçi sayısının en az 20 işçi olması gerekmektedir. İş Kanununun 29. maddesinin 2. fıkrasına göre işyerinde çalışan işçi sayısı 20 ile 100 arasında işçi ise, en az 10 işçinin çıkarılması toplu işten çıkarma olarak kabul edilmiştir³⁶. Bundan başka İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 20. maddesi gereğince de atanacak çalışan temsilci sayısı da işyerindeki çalışan sayısına göre belirlenmiştir³⁷. Yine aynı Kanunun 22. maddesine göre de işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurulması da işçi sayısına bağlı olarak belirlenmiştir³⁸.

II. İŞÇİNİN KIDEM SÜRESİNİN BÜTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN HUKUKİ SONUÇLARI

A. İşverenin Yükümlülükleri Yönünden Kıdem Süresinin Bütünlüğü

1. Genel Olarak

Bir işverene iş görme edimini sunmayı üstlenmiş bir işçinin, işyerinde çalıştığı süre içinde haklarının belirlenmesindeki en önemli kaynaklardan biri de işverenle arasındaki bağı oluşturan iş sözleşmesidir. Ancak, iş sözleşmesi işçinin ücreti, çalışma süresi, yapacağı işin tanımı vb. konularda açıklık içerirken; bir işçinin işyerinde kazanacağı kıdem, işyerinde çalışmanın bir karşılığı olarak elde edilmektedir. Dolayısıyla işçinin işyerindeki çalışmasının karşılığı olarak kazanmış olduğu kıdem hakkının, işverenin ve işyerinin değişmesinden ne ölçüde etkileneceği önem kazanmaktadır. Kıdem hakkı görüldüğü üzere daha çok işçi

³⁶ "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" (İK, m.29/1,2).

³⁷ "(1) İşveren; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, aşağıda belirtilen sayılarda çalışan temsilcisini görevlendirir:

a) İki ile elli arasında çalışanı bulunan işyerlerinde bir.
b) Ellibir ile yüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde iki.
c) Yüzbir ile beşyüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde üç.
ç) Beşyüzbir ile bin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde dört.
d) Binbir ile ikibin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde beş.
e) İkibinbir ve üzeri çalışanı bulunan işyerlerinde altı" (İSGK, m.20/1).

³⁸ "(1) Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular" (İSGK, m.22/1).

ile işyeri arasındaki ilişkiden kaynaklanan bir hak niteliğindedir³⁹. Böylece işverenin kişiliğinde meydana gelen değişikliklerden etkilenmemekte, işçi çalışmaya devam etmekle, mevcut kıdem hakkında herhangi bir kopukluk meydana gelmemektedir⁴⁰. Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemine ilişkin öğreti görüşleri ve yargı içtihatları⁴¹ ile de benzer sonuca ulaşılmıştır⁴². Belirtilen sonuca dayanak olarak işyerinin devri durumunda geçerli olan ve işçinin devreden işveren yanında geçen çalışma süresinin dikkate alınacağını düzenleyen İş Kanununun 6. maddesinin 2. fıkra hükmü gösterilmiştir⁴³. 4857 sayılı İş Kanunu Taslağının iş sözleşmesinin devrini düzenleyen 7. maddesinin son fıkrasında, işyeri devrini düzenleyen hükme atıf yapılarak, işçinin işyerindeki çalışma süresinin esas alındığı haklar yönünden devreden işveren yanında geçen çalışma süresinin dikkate alınması bakımından, “6 ncı maddenin (a) bendinin ikinci fıkrası hükmü iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır” hükmüne yer verilmişti.

Türk Borçlar Kanunu, iş sözleşmesinin devrini ele aldığı 429. maddesinin 2. fıkrasında işçinin kıdeme bağlı hakları bakımından önemli bir hükme yer vermiş bulunmaktadır. “Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır”. Bir başka deyişle devralan işveren işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olacaktır. Belirtelim ki, bir işçinin iş sözleşmesinin devrinin ardından, devralan işverence de belirli bir süre sonra bir başka işverene kesin ve sürekli olarak devredilmesi durumunda, ikinci devralan işverenin yanında işe başlayan işçinin kıdemini, iş sözleşmesinin kendisiyle kurulduğu, ilk devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınarak hesaplanması gerekir. Yani iş sözleşmesinin devri durumunda işçinin kıdemini hiçbir kesintiye uğramadan bir bütün olarak hesaplanması söz konusu olmaktadır⁴⁴. Gerçekten de, Türk Borçlar Kanununun mevcut düzenlemesi ile birlikte kıdem tazminatına (EİK, m.14; BİK, m.6; DİK, m.20), ihbar tazminatına (İK, m.17/4; DİK, m.16/D; TBK, m.438/1), yıllık ücretli izne (İK, m.53 vd; TBK, m.422 vd; BİK, m.21; DİK, m.40) hak kazanabilmek için aranan kıdem süresinin; yine iş güvencesi hükümlerinden faydala-

³⁹ ÖZKARACA, s.209.

⁴⁰ ÖZKARACA, s.209.

⁴¹ Y9HD, 14.03.2001, E.2001/225 K.2001/3914; Y9HD, 08.05.2007, E.2007/6130 K.2007/14530; Y9HD, 22.12.2008, E.2008/39933 K.2008/34838, www.legalbank.net (14.03.2014).

⁴² EKONOMİ/EYRENCİ, s.1223; ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.321; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.646 vd; Aksi görüş için bkz. CANIKLIOĞLU, Nurşen, “Karar İncelemesi, Hizmet Akdinin Devri, Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/1, s.33, 37 vd.

⁴³ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1222-1223; ŞAHLANAN, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.3; DANAR, s.63, 71; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.543; ALP, “Sorunlar”, s.194.

⁴⁴ Bkz. ÖZKARACA, s.209.

nabilmek için aranan altı aylık kıdem süresinin hesabında (İK, m.18/1; BİK, m.6), işçinin devreden ve devralan işverenler yanında geçen hizmet süreleri birlikte dikkate alınacaktır. Aynı şekilde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimi ile feshinde söz konusu olan fesih bildirimi süreleri de, işçinin iş sözleşmesini devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınarak tespit edilecektir.

İş kanunları açısından işçinin kıdem süresinin bütünlüğünün, iş sözleşmesinin devri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesinde karşımıza bazı sorunlar çıkmaktadır. Gerçekten de iş sözleşmesinin devri yoluyla bir işverenden bir başka işverene devredilen işçi, iş sözleşmesi sona ermeden ve aynı iş sözleşmesinin koşulları ile bir başka işverene ve ona ait işyerinde iş görme borcunu yerine getirmeye devam etmektedir. Ancak İş Kanunu kapsamında çalışmakta iken, iş sözleşmesinin devri yoluyla yine İş Kanunu kapsamında bir işyerine devredilmede kıdem süresinin bütünlüğünün değerlendirilmesinde sorun bulunmazken; İş Kanunu kapsamından başka bir iş kanunu kapsamına devredilmek istenen işçi açısından kıdem süresinin bütünlüğünün tartışma dışı olduğu söylenemez. Türk İş Hukuku açısından, değişik iş kanunlarının her birinde ve kendi kapsamları ile ilgili olarak *işveren* tanımının yapıldığı görülmektedir⁴⁵. İş sözleşmesinin devrinin gerçekleştiği tarih itibarıyla işveren sıfatının mevcut olması, devir açısından önemli bir husustur. Yine belirtelim ki, devreden ve devralan işverenlerin çalıştırdığı işçi sayısı, çalıştığı iş kolu, aynı holding veya şirket toplulukları içinde bulunma gibi bir takım ölçütler de iş sözleşmesinin devrinde işveren sıfatı açısından önemsenmemiş olan hususlardandır.

Belirtmiş olduğumuz gibi, farklı iş kanunları kapsamında tanımlanan işverenler arasında iş sözleşmesinin devrinin mümkün olup olmadığı tartışma gerektirir niteliktedir. Örneğin İş Kanunu kapsamında çalışmakta olan bir işçinin Basın İş Kanunu kapsamında tanımlanan bir işverene devrinin mümkün olup olmadığı veya yine İş Kanunu kapsamında çalışmakta olan bir işçinin Deniz İş Kanunu kapsamında bir işverene devrinin mümkün olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Aslında her bir iş kanunu açısından iş sözleşmesinin kurulması, içeriğinin tayini, çalışma konusu ve niteliği ve uygulanacak düzenlemelerin farklılığı, iş sözleşmelerinin de farklılığına işaret etmektedir. Dolayısıyla farklı kanunlara tabi olan işverenler arasında iş sözleşmesinin devrinin savunulması oldukça güçtür. Ancak Basın İş Kanunu kapsamında faaliyette bulunan bir işverenin, İş Kanunu kapsamında da işveren niteliğine sahip bulunması mümkün olduğundan, devirden sonra ifa edilecek hizmet ile devirden

⁴⁵ İşveren kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. s.119 vd.

önce ifa edilecek hizmet arasında hukuki bir bağlantının bulunması durumunda (ör: gazete matbaasında çalışan bir işçinin, bir başka alanda faaliyet gösteren matbaa işyerine devredilmesinde olduğu gibi), sorun daha da karmaşıklaşabilmektedir.

Belirtelim ki, iş kanunları arasında iş sözleşmesinin devri yoluyla geçişin, iş kanunlarının farklı düzenleme alanlarına sahip olması ve işveren ve işçi kavramlarına yüklenen kimi anlam farklılıkları sebebiyle mümkün olamayacağı düşüncesindeyiz. Ancak işçinin farklı iş kanunları kapsamındaki farklı işverenlere⁴⁶ geçişinin, iş sözleşmesinin sona ermesi suretiyle gerçekleşebileceği kanaatindeyiz.

Kıdem süresinin esas alındığı haklar noktasında her bir iş kanunu açısından kıdemi ilgilendiren haklarla ilgili belli noktalarda benimsenen farklılıklar, konunun ayrı başlıklar açılarak incelenmesini gerekli kılmaktadır. Bu nedenle aşağıdaki başlıklar altında yıllık ücretli izin, bildirim süresi, iş güvencesi uygulaması ve kıdem tazminatına esas en az sürenin belirlenmesinde özellikle her bir iş kanunu kapsamında yapılacak devirler göz önünde bulundurularak, kıdeme esas haklara iş sözleşmesinin devrinin etkisi değerlendirme konusu yapılacaktır. Önemi dolayısıyla önce kıdeme bağlı haklarda her bir iş kanunu açısından benimsenen sürelerle yer verilecek ardından da kıdem süresinin bütünlüğü değerlendirmeye alınacaktır.

2. Yıllık Ücretli İzin Hakkı Bakımından Sürenin Belirlenmesi

a) Kavram ve Önemi

İşçinin dinlenme hakkı çalışanlar yönünden Anayasal düzeyde tanınmış bir haktır. 1982 Anayasasının 50. maddesinin 3. fıkrası “*Dinlenmek çalışanların hakkıdır*” ifadesiyle dinlenme hakkını anayasal güvence altına almıştır. Yıllık ücretli izin hakkı İş Kanununun 53. maddesinde düzenlenmiştir. Yıllık ücretli izin hakkında yayınlanmış bulunan bir Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği de mevcuttur⁴⁷. Ayrıca Basın İş Kanununun 21. maddesinde⁴⁸, Deniz İş Kanununun 40. maddesinde⁴⁹ ve Türk Borçlar Kanununun 422-426. maddelerinde yıllık

⁴⁶ İş Kanununun yıllık ücretli izni düzenleyen 54. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, *aynı işverene* ait, farklı iş kanunlarına dahil işyerleri açısından kıdem sürelerinin yıllık ücretli izin süresinin belirlenmesine esas kıdem süresinin hesabında göz önünde bulundurulmasını istemiştir. Zira bu konuda yıllık ücretli izin hakkı bakımından açık düzenleme getiren hükme göre, “...bir işverenin bu Kanun kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçilerin aynı işverenin işyerlerinde bu Kanun kapsamına girmeksizin geçirmiş bulundukları süreler de hesaba katılır”.

⁴⁷ Yıllık ücretli izin hakkında ayrıntı için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.838-850; ÇELİK, İş Hukuku, s.392-405; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.1145-1173.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.253-26; ŞAKAR, Basın İş Hukuku, s.91-92.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BEDÜK, s.201-209.

ücretli izin hakkını ele alan düzenlemelere yer verilmiştir. İncelememizin bu aşamasında işçinin yıllık ücretli izin hakkının belirlenmesine esas kıdem süresinin tayinine, iş sözleşmesinin devri işleminin etkisi ele alınmaya çalışılacaktır. Gerçekten de yıllık ücretli izin uygulamasına İş Kanunu dışında diğer iş kanunları kapsamında da yer verilmiştir. İş sözleşmesinin devrine ilişkin düzenlemenin, diğer iş kanunları kapsamında da uygulanma özelliğine sahip olması, yıllık ücretli izne esas kıdem süresinin belirlenmesinde her bir iş kanununun ayrı ayrı ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle iş kanunları açısından benimsenen yıllık ücretli izin hakkı ve süresine değinilecek ve ardından da iş sözleşmesinin devri açısından kıdem süresinin bütünlüğü değerlendirme konusu yapılacaktır.

b) İş Kanunları Açısından Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma Bakımından Kıdem Süresinin Belirlenmesi

aa) İş Kanununda Benimsenen Süre

İş Kanununun 53. maddesine göre “işyerinde işe başladığı günden itibaren deneme süresi de dâhil olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir”. Görüldüğü üzere İş Kanununa göre yıllık ücretli izne hak kazanmak için işçinin işyerinde fiilen işe başladığı günden itibaren en az bir yıl çalışmış olması gerekir⁵⁰. Belirtelim ki bu süreye deneme süresi de dâhildir⁵¹. İş Kanununun 55. maddesinde belirtilen durumlarda işçi yıllık ücretli izin hakkı bakımından çalışmış gibi kabul edilmektedir⁵². Hatta aynı işverenin bir veya

⁵⁰ 1475 sayılı İş Kanunu, işçinin işyerine girdiği gün tabirini kullanmıştı. 4857 sayılı İş Kanununda ifade edilen işe başlama günü, işçinin işyerinde fiili olarak çalışmaya başladığı veya fiilen çalışmamakla birlikte işverenin emrinde her an hazır bulunduğu tarih olarak değerlendirilmelidir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s.1147.

⁵¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.1147.

⁵² Nitekim İş Kanununun “Yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller” başlıklı 55. maddesinde, şu süreler yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır: “a) İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz.). b) Kadın işçilerin 74 üncü madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler. c) İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz.). d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla). e) 66 ncı maddede sözü geçen zamanlar. f) Hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri. g) 3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan tüzüğe göre röntgen muayenahanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler. h) İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler. ı) İşçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının, eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinler. j) İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65 inci maddedeki kısa çalışma süreleri. k) Bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi”.

değişik işyerlerinde geçen süreler de kıdem süresinin hesabında dikkate alınır (İK, m.54/1). İşçinin yıllık ücretli izin hakkının hesabına esas alınan bekleme süresinin kesintisiz geçmesi şartı da yoktur. Bir başka deyişle işçinin aynı işvereninin bir veya değişik işyerlerindeki çalışma süresi fasıllı olsa bile yıllık ücretli izin hakkının doğumunda sürelerin birleştirilmesi gerekir⁵³.

Ayrıca işyerinin devredilmiş olması durumunda da İş Kanununun 6. maddesinin 2. fıkrasına göre “Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü” olduğundan, devreden işveren yanında geçen çalışma süreleri de yıllık ücretli izne esas kıdem süresinin tayininde dikkate alınacaktır⁵⁴.

bb) Basın İş Kanununda Benimsenen Süre

Belirtelim ki, Basın İş Kanununda da, yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından bekleme (kıdem) süresi öngörülmüştür. Bu anlamda Basın İş Kanunu günlük yayın yapan gazete ve süreli yayınlar ile günlük yayın yapmayan gazete ve süreli yayınlar açısından bekleme süresini farklı belirlemiştir. Basın İş Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükme göre, “Günlük bir mevku-tede çalışan bir gazeteciye, en az bir yıl çalışmış olmak şartıyla, yılda dört hafta tam ücretli izin verilir...Gazetecinin kıdemi aynı gazetede ki hizmetine göre değil, meslekteki hizmet süresine göre hesaplanır”. Aynı hükmün 2. fıkrasına göre de “Günlük olmayan mevku-telerde çalışan gazetecilere her altı aylık çalışma devresi için iki hafta ücretli izin verilir....kıdemleri...gazetecilik mesleğindeki geçirdikleri hizmet süresi nazara alınmak suretiyle tespit edilir”. Belirtelim ki burada belirtilen süreler sözleşme ile artırılabilir. Yıllık ücretli izin sürelerinin hesabında “gazeteci” tabirine girenlerin kıdemleri, iş sözleşmesinin devam etmiş veya fasıllarla yeniden kurulmuş olmasına bakılmaksızın gazetecilik mesleğinde geçirdikleri hizmet süresi dikkate alınmak suretiyle tespit edilir (BİK, m.21/2). Basın İş Kanununa göre günlük bir gazetede çalışan gazeteciye en az bir yıl çalışmış olması koşuluyla, yılda dört hafta (BİK, m.21/1); gazetecilik mesleğindeki hizmeti on yıldan fazla olan bir gazeteci ise altı hafta ücretli izne hak

⁵³ SÜZEK, İş Hukuku, s.839; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.1148.

⁵⁴ “Yıllık izin ücretinden ve ihbar tazminatından devralan işveren sorumludur. Devreden işverenin, fazla mesai alacağından sorumluluğu iki yıl süreyle, kıdem tazminatından sorumluluğu ise, çalıştığı süre ve devir tarihindeki ücretle sınırlıdır”. Y9HD, 17.03.2004, E.2002/15364, K.2003/5271, Kamu-İş, Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları, 2000-2005, Ankara-2006, s.446; Belirtelim ki 1475 sayılı İş Kanununda işyerinin el değiştirmesi ya da başkasına geçmesi durumunda yıllık ücretli izin hakkının bundan etkilenmeyeceğine dair bir hükme yer verilmişti (EİK, m.53/1); MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.1152.

kazanabilecektir. Günlük olmayan gazetelerde çalışan gazeteciler açısından yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli süre ise *altı ay*dır (BİK, m.21/2).

Gazetecinin kıdemi açısından değerlendirmemiz gereken husus ise, gazetecinin kıdeminin meslekteki hizmet süresine göre mi yoksa diğer iş kanunları kapsamında da olsa işe başladığı tarihe göre mi hesaplanacağıdır. Basın İş Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi, gazetecinin kıdeminin aynı gazetede ki hizmet süresine göre değil, meslekteki hizmet süresine göre hesaplanacağını benimsemiştir. Yasanın açık olmayan bu düzenlemesi nedeniyle “*kıdem*” ifadesinin gazetecinin kullanacağı izin süresini mi yoksa bekleme süresini mi ifade ettiği tartışmaya neden olmuştur. *Öğretide bir görüşe göre* hüküm, gazetecilik mesleğindeki sürenin/kıdemin, hem bekleme süresini ve hem de ne kadar izne hak kazanıldığını tespit etmekte bir ölçüt olarak alınacak toplam hizmet süresini ifade ettiği şeklinde yorumlanmıştır⁵⁵. *Bir başka görüşe göre ise*, bir yıllık sürenin aynı işverene ait işyerinde çalışma süresi esas alınarak belirlenmesi; gazetecinin dört hafta mı yoksa altı hafta mı izin kullanacağını ise işyerindeki kıdeminin değil mesleki kıdeminin esas alınmak suretiyle tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁶.

Kanaatimizce, “*Gazetecinin kıdemi, aynı gazetede ki hizmetine göre değil, meslekteki hizmet süresine göre hesaplanır*” (BİK, m.21/1) hükmü hem kıdem/bekleme süresi ile hem de gazetecinin bu süreye göre kullanacağı yıllık ücretli izin süresi ile ilgilidir. Bir başka deyişle gazetecilik mesleğinde geçen kıdemin, hem bekleme süresi ve hem de ne miktar izne hak kazanıldığını tespit etmede ölçüt olarak ele alınacak bir süre olarak değerlendirilmesi gerekir⁵⁷.

cc) Deniz İş Kanununda Benimsenen Süre

İş sözleşmesinin devri sonucunda, işçinin kıdem süresine esas hakların belirlenmesinde yıllık ücretli izin hakkı yönünden Deniz İş Kanununun da mevcut düzenlemelerine bakmak gerekmektedir. Deniz İş Kanunu da yıllık ücretli izin süresini 40. maddesinde düzenlemiştir. Hükme göre, “*aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet akdine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemiadamı yıllık ücretli izne hak kazanır*” (DİK, m.40/1). Hükümden yıllık ücretli izne hak kazanma yönünden kıdem süresinin

⁵⁵ GÖKTAŞ, Seracettin/ÇİL, Şahin, Basın İş Kanunu, Ankara-2003, s.264.

⁵⁶ SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.255.

⁵⁷ GÖKTAŞ/ÇİL, s.264; Krş. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.255.

"en az altı ay"⁵⁸ olacağı ve bir takvim yılı içinde bu sürenin gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır.⁵⁹

Görüldüğü üzere Deniz İş Kanununa göre yıllık ücretli izin hakkı açısından gerekli bekleme süresinin hesabında sürenin aynı işveren yanında geçmesi ilk akla gelen ihtimaldir. Yani aynı işverenin emrinde altı aylık sürenin tamamının geçmesi normal bir bekleme süresine işaret etmektedir. Aynı işverenin emrinde geçen süre aynı veya farklı gemilerde söz konusu olabilir⁶⁰. Ancak Deniz İş Kanunu, bekleme süresi açısından farklı ihtimalleri de dikkate alarak, aynı işverenin emrinde olmamakla birlikte (ör: farklı işverenlere bağlı olarak) sürenin *aynı gemide* geçmesini de bekleme süresi açısından dikkate almıştır. Bekleme süresinin tek bir iş sözleşmesiyle geçmesi mümkün olduğu gibi, birden fazla iş sözleşmesiyle geçmesi de mümkündür. Bekleme süresi içinde dikkatle değerlendirilmesi gereken bir olgu da, sürenin bir takvim yılı içinde geçmesi gerektiğidir.

Bekleme süresinin bir takvim yılı içinde en az altı aylık süreden oluşması arandığından, örneğin iki takvim yılında her bir yılda üçer aydan toplam 6 aylık hizmeti olan işçinin yıllık ücretli izin hakkı bulunmamaktadır⁶¹. Deniz İş Kanununun 40. maddesinin 1. fıkrasının açık hükmüne göre, işçinin yıllık ücretli iznine esas tutulacak olan bekleme süresinin başlangıcının en erken takvim yılının ilk günü yani 01 Ocak, son günü ise en geç 31 Aralık olacaktır⁶². Bekleme süresi bu anlamda iş sözleşmesinin hukuken devam ettiği süreden oluşur⁶³. Belirtmiş olduğumuz bekleme süresinin *aynı işverenin emrinde* aynı işverenin işçisi olarak aynı veya farklı gemilerde geçmesi mümkün olduğu gibi, farklı işverenlere bağlı olarak *aynı gemide* geçmesi de mümkündür⁶⁴.

Holding veya grup şirket şeklinde oluşturulmuş şirketlerin her birinin ayrı tüzel kişiliğinin bulunması sebebiyle, her birinin ayrı işveren olarak değerlendirilmesi gerekecektir⁶⁵.

⁵⁸ Öğretide bekleme süresiyle ilgili hükmün nispi emredici bir nitelik taşıdığı savunulmaktadır. **AKYİĞİT, Ercan**, "Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", **Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:24, S:1-2, Şubat-Mayıs, 2012, s.14.

⁵⁹ Adaletsiz sonuçlara sebep olabileceği için, takvim yılı esasından vazgeçilmesi yönünde bkz. **BEDÜK**, s.203.

⁶⁰ **AKYİĞİT**, "Deniz İş Kanunu", s.16.

⁶¹ **AKYİĞİT**, "Deniz İş Kanunu", s.14.

⁶² **AKYİĞİT**, "Deniz İş Kanunu", s.15.

⁶³ **AKYİĞİT**, "Deniz İş Kanunu", s.15.

⁶⁴ Gemiye devralan işveren, İş Kanunu (İK, m.6/2) ve Türk Borçlar Kanununda (TBK, m.428) ele alınan düzenlemelerde olduğu gibi, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. **BEDÜK**, s.202.

⁶⁵ **AKYİĞİT**, "Deniz İş Kanunu", s.16.

dd) Türk Borçlar Kanununda Benimsenen Süre

Türk Borçlar Kanunu da kendi kapsamına göre, yıllık ücretli izin hakkına ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Hükme göre, “İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere... ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür” (TBK, m.422). Yıllık ücretli izne hak kazanılabilmesi için Türk Borçlar Kanunu kapsamında da bekleme süresi öngörülmüştür. Bekleme süresi “en az bir yıl” olarak benimsenmiştir. Kanunda herhangi bir özel hüküm bulunmadığı için, en az bir yıllık bekleme süresinin başlangıcının, işçinin işe girişten itibaren başlatılması gerekmektedir⁶⁶. Sürenin sözleşme ile azaltılması mümkündür⁶⁷. Kanunun ifadesinde geçen bir yıl kavramından *takvim yılının* değil, işe ilk giriş anından itibaren geçmesi gereken bir yıllık (365 günlük) sürenin anlatılmak istendiğini belirtebiliriz⁶⁸. İşçinin bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği süreler (TBK, m.423/1)⁶⁹, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle iş görme edimini yerine getiremediği süreler (TBK, m.423/2), gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremediği süreler (TBK, m.423/3) de yıllık ücretli iznin hesabında göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁰.

Öte yandan Türk Borçlar Kanununda, yıllık ücretli izin sürelerinin başlangıcı ve işleyişi bakımından Deniz İş Kanunu veya Basın İş Kanununda olduğu gibi özel bir takım düzenlemelere yer verilmemiştir. Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışmakta olan bir işçinin, yıllık ücretli izne esas kıdeminin hesabında farklı işverenler yanında çalışmış olsa bile, kıdem süresinin birleştirilmesinde iş sözleşmesinin aynı olması aranmalıdır. Dolayısıyla Deniz İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesi ile çalışmakta olan bir işçinin Türk Borçlar Kanunu kapsamında bir işe, iş sözleşmesinin devri yoluyla geçmesi durumunda, kıdem süresinin işleyişinde önceki çalışma süreleri dikkate alınamayacak ve işçinin yıllık ücretli izne esas kıdemi, Türk Borçlar Kanununda

⁶⁶ AKYİĞİT, Ercan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, *Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:29, 2011, s.28.

⁶⁷ AKYİĞİT, “Türk Borçlar Kanunu”, s.28.

⁶⁸ AKYİĞİT, “Türk Borçlar Kanunu”, s.28.

⁶⁹ İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir (TBK, m.423/1). Belirtelim ki bu hüküm, hizmetin yerine getirilemediği sürenin, yıllık ücretli izin hesabında göz önünde bulundurulmasına engel değildir. Yalnızca yıllık ücretli izin süresinden madde hükmünde belirtilen koşullar çerçevesinde bir gün indirim yapılmasına sebep olur. Ayrıntı için bkz. AKYİĞİT, “Türk Borçlar Kanunu”, s.28.

⁷⁰ Hizmet veya toplu iş sözleşmeleriyle, işçinin *aleyhine* hüküm doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerine aykırı düzenleme yapılamaz (TBK, m.423/son). Hüküm bu haliyle mutlak emredici değil, nisbi emredici niteliktedir.

çalışmaya başlandığı andan itibaren hesaplanacaktır. Zira farklı işverenler yanında geçen sürelerin birleştirilmesi, bunların aynı iş sözleşmesi ile geçmesi halinde mümkün olabilecektir⁷¹. Bir başka deyişle farklı işverenler yanında birbirinden ayrı iş sözleşmeleriyle geçirilen sürelerin birleştirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak tarafların sözleşmeyle aksini kararlaştırmasına bir engel bulunmamaktadır⁷².

c) Kıdem Süresinin Bütünlüğünün Değerlendirilmesi

İş Kanunu açısından bir yıllık kıdem süresinin hesabında iş sözleşmesinin devri sonucunda devreden işveren yanında geçen kıdem süresinin devralan işveren yanında hesaba katılıp katılmayacağı önem arz etmektedir. Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi işçinin iş sözleşmesinin devri durumunda kıdeme bağlı hakların geleceği konusunda yaptığı düzenlemeye göre, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınmalıdır⁷³. Hükme göre iş sözleşmesinin devri durumunda işçinin devreden işveren yanında geçen kıdem süresinin, devralan işveren yanında iş sözleşmesinin devrinin hüküm ve sonuç doğurmasıyla birlikte devam etmesi ve devreden ve devralan işverenler yönünden kıdem süresinin birlikte hesaplanması gerekir. Gerçekten de iş sözleşmesinin devri yoluyla bir işverenden bir başka işverene devredilen işçi, iş sözleşmesi sona ermeden ve aynı iş sözleşmesinin koşulları ile bir başka işverene ve ona ait işyerinde, iş görme borcunu yerine getirmeye devam etmektedir. Ancak belirtelim ki, aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı takdirde, farklı işverenler yanında farklı iş kanunlarına tabi birbirinden ayrı iş sözleşmeleriyle geçirilen sürelerin birleştirilmesi mümkün değildir⁷⁴. Zira iş sözleşmesinin devrinde önceki kıdemin esas alınmasının sebebi, devredilen iş sözleşmesinin, devralan işveren nezdinde de varlığını aynen devam ettirmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak İş Kanununun 54. maddesinin son fıkrasında kamu kesimi açısından özel bir düzenleme öngörülmüştür. Belirtilen düzenleme gereği kamu kesimi işyerleri/işverenleri bakımından ayrı işverenler yanında ayrı iş sözleşmesiyle geçirilen sürelerin de birleştirilebileceği kanun koyucu tarafından benimsenmiştir. Nitekim hükme göre, “Aynı bakanlığa bağlı işyerleri ile aynı bakanlığa bağlı tüzel kişilerin işyerlerinde geçen süreler ve kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanunla veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuru-

⁷¹ AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi (Cilt-II), s.1644.

⁷² AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi (Cilt-II), s.1644.

⁷³ SÜZEK, İş Hukuku, s.841.

⁷⁴ AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi (Cilt-II), s.1645.

luşlar veya bunlara bağlı işyerlerinde geçen süreler, işçinin ücret ve paraya ilişkin hakları içindir”⁷⁵.

Basın İş Kanunu açısından da kıdem süresinin bütünlüğünün bu noktada değerlendirilmesi gerekir. Belirtelim ki, gazetecinin geçirmesi gereken sürenin aynı işveren yanında geçmesi mümkün olduğu gibi, farklı işverenler yanında geçmesi de mümkündür⁷⁶. Örneğin bir gazetede gazeteci olarak çalışmaya başladıktan bir müddet sonra iş sözleşmesinin devri sonucu bir başka gazeteye girip o işyerinde de iş sözleşmesiyle çalışan bir gazetecinin *en az bir yıllık* kıdem süresinin her iki gazetede toplam kıdem süresi üzerinden hesaplanması gerekir⁷⁷. İş sözleşmesinin devri açısından bir gazetecinin yıllık ücretli izin süresinin hesabı bakımından, önceki işverende geçen hizmet süresi ile sonraki işveren yanında geçen hizmet süresinin toplamının esas alınıp alınmayacağının tespiti için yine bir gazete işyerinden bir başka gazete işyerine devri halinde geçerli olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Gerçekten de *Basın İş Kanunu* 21. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde ifade edildiği gibi, gazetecinin kıdeminin aynı gazetede geçmiş olması şartı aranmamaktadır. “*Mesleki kıdem*” esas alındığı için, gazetecinin ayrı işverenler yanında olsa da, gazetecilik mesleğinde geçirdiği tüm sürenin bekleme süresinin hesabında esas alınması gerekir.

Basın İş Kanunu’nun belirtmiş olduğumuz düzenlemelerine göre, İş Kanunu kapsamında çalışmakta iken, *Basın İş Kanunu* kapsamına girecek şekilde fikir ve sanat işinde çalışmaya başlayan bir işçinin, *Basın İş Kanunu* anlamında *mesleki kıdemi*, İş Kanunu kapsamında çalışmaya başladığı andan itibaren değil, *Basın İş Kanunu* kapsamında gazeteci olarak çalışmaya başladığı andan itibaren hesaplanacaktır. *Basın İş Kanunu*, *Türk Borçlar Kanunu* karşısında özel kanun niteliğinde olduğu için öncelikle uygulanması gerektiğinden, *Basın İş Kanunu* kapsamında yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından, işçinin kıdem süresinin hesabında yalnızca mesleğe giriş tarihinden itibaren hesaplanacak olan *mesleki kıdemin* esas alınması gerekecektir. Belirtmiş olduğumuz çözüm karşısında ortaya çıkacak bir başka sorun ise işçinin *Basın İş Kanunu* kapsamında çalışmaya başlamadan önceki, diğer iş kanunları kapsamında geçen kıdem süresinin nasıl değerlendirileceğidir. *Öğretide* konuyu kıdem tazminatı açısından değerlendiren bir görüşe göre, düzenleme farklılıklarının böyle sorunlar çıkarması beklenebileceği için, bu durumda örneğin 4857 sayılı Kanuna tabi çalışmalara ilişkin iş sözleşmesinin feshedildiği kabul edilmeli ve bu döneme

⁷⁵ Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.840; AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-II), s.1645.

⁷⁶ Öğretide, gazetecinin dört hafta mı yoksa altı hafta mı izin kullanacağını belirlemede ise işyerindeki kıdeminin değil mesleki kıdeminin esas alınacağı savunulmuştur. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.255.

⁷⁷ GÖKTAŞÇIL, s.264.

ilişkin çalışmalar bakımından kıdem tazminatına hükmedilmelidir⁷⁸. Belirtelim ki, bu görüş Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde düzenlenen iş sözleşmesinin devri müessesesi ile uyum içinde olmamakla birlikte, Basın İş Kanununda yer alan düzenleme farklılığından ve Türk Borçlar Kanunu karşısında özel bir düzenleme niteliğine sahip olmasından dolayı uygulanabilir bir görüştür. Aksi halde işçinin, örneğin İş Kanunu kapsamındaki kıdeminin beklemeye alınması, bir başka deyişle askıda tutulması söz konusu olacak, hatta işçinin sürekli olarak Basın İş Kanunu kapsamında çalışmaya devam etmesi durumunda İş Hukuku açısından, önceki kıdem süresinin kendisine hiçbir yarar sağlamaması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Ayrıca yine tersi durumda da, işçinin Basın İş Kanunu kapsamından, İş Kanunu kapsamına giren bir işe, iş sözleşmesinin devri yoluyla geçişin, iş sözleşmesinin aynı olmaması sebebiyle mümkün olamayacağı, her iki kanun döneminde geçen tüm sürelerin yıllık ücretli izne esas kıdem süresinin hesabında esas alınamayacağı *kanısındayız*.

Belirtelim ki, İş Kanunu kapsamında çalışmakta olan bir işçinin iş sözleşmesinin Basın İş Kanunu kapsamında çalışılan bir işyerine devredilmesinde, devredilen işçinin fikir ve sanat işi dışında bir işe devri kıdem bütünlüğü açısından herhangi bir sorun yaratmayacaktır.

İş sözleşmesinin devri açısından kıdem süresinin bütünlüğü *Deniz İş Kanunu* bakımından da önem arz etmektedir. Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan bir gemi adamının iş sözleşmesinin devri yoluyla *aynı sözleşmeye* bağlı olarak farklı işverenler yanında geçirdiği sürelerin, yıllık ücretli izne esas sürenin değerlendirilmesi bakımından birlikte hesaba katılması gerekir⁷⁹. Zira Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin Deniz İş Kanunu kapsamında da uygulanması mümkündür⁸⁰. Ancak diğer iş kanunları kapsamında çalışmakta iken, Deniz İş Kanunu kapsamında bir işte çalıştırılmak üzere iş sözleşmesinin devredilmek istenen bir işçinin, gemi adamı olarak başka bir işveren emrine verilmesi sonucunda yine Deniz İş Kanununda bulunan düzenleme farklılığı sebebiyle, yıllık ücretli izne esas bekleme süresinin birleştirilmesi, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen 429. madde hükmü kapsamında mümkün gözükmemektedir. Benzer durumda bulunan Basın İş Kanunu kapsamında yıllık ücretli izin hakkının ele alınmasındaki düzenleme farklılığı sebebiyle, belirtmiş olduğumuz çözümün, diğer iş kanunları kapsamından Deniz İş Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilecek bir işverene iş sözleşmesinin devredilmesi durumunda, işçi-

⁷⁸ ŞAKAR, Basın İş Sözleşmesi, s.20.

⁷⁹ AKYİĞİT, "Deniz İş Kanunu", s.17.

⁸⁰ AKYİĞİT, "Deniz İş Kanunu", s.17.

nin önceki döneme ilişkin kıdem süresi tasfiye edilerek, iş sözleşmesinin feshedildiği kabul edilmeli ve işçinin yıllık ücretli izin hakkının hesaplanması için işe girdiği takvim yılı içindeki kıdem esasına göre değerlendirme yapılmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu, iş sözleşmesinin devri açısından yıllık ücretli iznin belirlenmesi bakımından işçinin kıdem süresinin “*en az bir yıl*” olması şartını getirmiş (TBK, m.422) ve bekleme süresinin başlangıcı açısından özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. İşçinin fiilen işe başladığı tarihten itibaren bekleme süresi işlemeye başlar. Belirtelim ki, İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen tüm iş sözleşmesine dayalı çalışmalar Türk Borçlar Kanununa tabidir.

3. Bildirim Süreleri Yönünden

a) Kavramı ve Önemi

İş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi durumunda, feshin diğer tarafa bir süre önceden bildirilmesi gerekmektedir. Bu yöntem yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerlidir. Hem işveren hem de işçi yönünden belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli fesih yöntemi kullanılarak feshedilmesi durumunda, feshin diğer tarafa bir süre önceden bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir (İK, m.17/1). Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli fesih yöntemi kullanılarak sona erdirilmesi durumunda, bir süre önceden durumun diğer tarafa bildirilmesinin nedeni her iki tarafın da feshe hazırlıksız yakalanmasına engel olmaktır⁸¹. Gerçekten de işçi süreli fesih hakkını kullanıyorsa belirli bir süre daha işyerinde çalışmaya devam edecek, en azından işverenin yeni bir işçi bulmasına zaman tanımış olacaktır. İşveren feshediyorsa işçiye bildirim süresi içinde yeni iş arama izni verecek (İK, m.27) ve bu süre içinde işçiye fesih sürecine ve sonrasına yönelik olarak hazırlıklı olma olanağı sağlamış olacaktır.

Taraflarca belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sonlandırılması tercih edildiğinde kural olarak bir sebep belirtme zorunluluğu bulunmamaktadır (İK, m.17/1). Ancak iş güvencesi hükümlerinin geçerli olduğu iş yerlerinde, işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini süreli olarak feshetmek istemesi durumunda geçerli sebebe dayanma zorunluluğu bulunmaktadır (İK, m.18/1).

Belirtelim ki, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin iş sözleşmesi süreli fesih yöntemi kullanılarak sona erdirilemez. Bildirim süresine gerek ol-

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.350 vd; ÇELİK, İş hukuku, s.204 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.519 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.89 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.791 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.170 vd.

maksızın zaten belirli süreli iş sözleşmesinin ne zaman sona ereceği tarafların bilgisinde olan bir husustur⁸².

Bu genel açıklamanın ardından konumuzu iş sözleşmesinin devri açısından değerlendirecek olursak işçinin süreli fesih ile karşı karşıya kalması durumunda, ihbar süresinin hesabında hem devreden hem de devralan işveren yanında geçen kıdem süresinin dikkate alınıp alınmayacağı hususu önem kazanmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde ihbar sürelerine ilişkin iş kanunlarının düzenlemesine değinilecek, ardından da aynı veya farklı iş kanunu kapsamında iş sözleşmesinin devri nedeniyle geçen sürelerin birleştirilip birleştirilmeyeceğine değinilecektir.

b) İş Kanunları Açısından Süreli Fesihte İhbar Önelleri

aa) İş Kanununda Benimsenen Süre

İş Kanunu yanında Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda da süreli fesih hakkını düzenleyen hükümlere yer verilmiştir. Gerçekten de İş Kanununun 17. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, “Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. İş sözleşmeleri; a) İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) İşi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) İşi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d) İşi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır”. Görüldüğü üzere işçiye verilecek ihbar süreleri, işçinin kıdemine göre artan süreler şeklinde düzenlenmiştir⁸³. Belirtilen süreler hem işçi hem de işveren için geçerlidir. İş Kanununun 17. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ihbar sürelerinin sözleşmelerle artırılması da mümkündür. Zira aynı

⁸² “4773 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 15.3.2003 tarihi sonrasında İş Hukukunda “geçerli fesih” kavramı da yerini almıştır. Her ne kadar anılan fesih, gerek 4773 sayılı yasa ve gerek 4857 sayılı İş Kanununda belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörülmüş olsa da, belirli süreli iş sözleşmesi bakımından da geçerli nedenin sonuçlarının tartışılması gerekir. Geçerli neden ister, işletmenin ve işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklansın ya da işçinin yeterliliği ve davranışlarına dayansın belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence feshi için gerekçe oluşturmamalıdır. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesi düzenleyerek taraflar fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sayılmalıdır. Bu itibarla geçerli nedenlerin varlığına rağmen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde kalan süreye ait ücretinin ödenmesi gerekir”. Y9HD, 04.11.2010, E.2008/40012, K.2010/31664, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2011/3, S:30, s.415.

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.800 vd.

maddenin 3. fıkrasına göre “Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir”⁸⁴.

Bildirim sürelerinin işçinin fiilen işe başladığı tarihten itibaren hesaplanması ve ayrıca deneme süresi ile askı sürelerinin de bildirim süresine esas alınacak çalışma süresinin hesabında dikkate alınması gerekir⁸⁵.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin, süreli fesih yöntemine aykırı bir şekilde sonlandırılması (usulsüz fesih) durumunda, tazminat yaptırımını öngörülmüştür. Usulsüz fesih sonucuna bağlı olarak bildirim sürelerine uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında karşı tarafa tazminat ödemek zorundadır. Bu tazminata *ihbar tazminatı* adı verilmektedir. İhbar tazminatı, İş Kanununun 17. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre, “Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır”⁸⁶.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli fesih yöntemi kullanılarak feshedilmesinde söz konusu olabilecek diğer bir tazminat türü de kötüniyet tazminatıdır. İş Kanununun 17. maddesinin 6. fıkrasına göre, “İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir”. Kötüniyet tazminatı adı verilen bu tazminata hükmedilmesi, ayrıca ihbar tazminatına hükmedilmesini engellemeyecektir (İK, m.17/6). Görüldüğü üzere hukuk sistemimizde iş güvencesi hükümlerinin kapsamına giren iş ilişkileri bakımından (İK, m.18 vd) kötüniyet tazminatına ilişkin hükümler uygulanmamaktadır. Bir başka deyişle kötüniyet tazminatı, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşme-

⁸⁴ “İhbar tazminatı sosyal kamu düzeni ile ilgili olup, artırılmış ihbar önellerine ait ücrete sadece işveren mahkûm edilebilir” Y9HD,30.04.2002, E.2002/20615, K.2002/6928, *Çimento İşveren Dergisi*, (Kasım-2002), C:16, S:6, s.63; Y9HD, 31.01.2000, E.2000/1846/2, K.2000/756, *Kamu-İş, Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları*, 2000-2005, Ankara-2006, s.56; “İhbar tazminatı ihbar önellerine ait ücret olup, toplu iş sözleşmesi ile ihbar önelleri artırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm olsa dahi, işçiye ödenecek tazminat artırılan süreler göre hesaplanmalıdır”. Y9HD, 01.04.2003, E.2002/21541, K.2003/5474, *Kamu-İş, Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları*, 2000-2005, Ankara-2006, s.108; “Davacı işçi ihbar tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkemece anılan toplu iş sözleşmesi hükmü uygulanmak suretiyle işçinin işyerinde çalıştığı süreye göre 40 hafta üzerinden hesaplanan ihbar tazminatı hüküm altına alınmıştır. 4857 sayılı İş Kanununda arttırılabileceği öngörülen ihbar önellerinin, sözleşmelerle fahiş şekilde arttırılmasının kamu düzenine aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur”. Y9HD, 21.03.2006, E.2006/109, K.2006/7052, *Çimento İşveren Dergisi*, Ocak-2007, S:1, C:21, s.28-29.

⁸⁵ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.801.

⁸⁶ İş Kanununa göre, bildirim şartına hangi taraf uymaz ise, bildirim süresine ilişkin ücreti tazminat olarak ödemek zorundadır. Bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.376 vd.

lerinin işverence kötünietli olarak feshedilmesi durumunda hükmedilebilecek bir tazminattır. Kötüniet tazminatına hükmedilmesi açısından, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinin usulsüz olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Gerçekten de iş sözleşmesi usulüne uygun olarak feshedilmiş olsa bile, şayet süreli fesihde kötüniet olgusu söz konusu ise, belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshinde kötüniet tazminatı gündeme gelebilecektir.

bb) Basın İş Kanununda Benimsenen Süre

Süreli fesih hakkı, İş Kanunu dışında diğer iş kanunları kapsamında da düzenlenmiş bulunmaktadır. Nitekim Basın İş Kanununa göre, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinin ihbarı bu Kanunda yazılı sürelerle tabidir (BİK, m.5/1). Basın İş Kanununda işçi ve işveren için farklı bildirim süreleri getirilmiştir. Gazeteciye hizmeti ne kadar olursa olsun belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshinde işverene bir aylık ihbar süresi tanınmış (BİK, m.7); işverene meslekte beş yıl kıdemi olan gazeteci için üç ay, daha az çalışma süresi olanlara ise bir ay ihbar süresi verilmesi (BİK, m.6/4) esası benimsenmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshinde, koşulları gerçekleştiği takdirde İş Kanununun 18-21 ve 29. maddeleri Basın İş Kanunu kapsamında da uygulanma alanı bulabilecektir. Basın İş Kanununa göre de, Kanunda yazılı ihbar süreleri asgari olup sözleşme ile artırılması mümkündür (BİK, m.8).

Basın iş sözleşmesinin bildirimli feshinde de, bildirim sürelerine uymayan tarafın diğer tarafa tazminat ödemesi yükümlülüğü getirilmiştir (BİK, m.5/2)⁸⁷.

cc) Deniz İş Kanununda Benimsenen Süre

Süreli fesih hakkına Deniz İş Kanununda da vurgu yapılarak, “Süresi belirsiz hizmet akitlerinin çözülmesinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi” hükme bağlanmıştır (DİK, m.16/B). Deniz İş Kanununun 16/B maddesi diğer iş kanunlarından farklı olarak gemi adamının işe alınmasından itibaren altı ay geçmedikçe iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Bunun dışında İş Kanununda düzenlenen ihbar süreleri (İK, m.17/2), Deniz İş Kanununun 16/B maddesinde de aynen benimsenmiştir. İhbar önelleri asgari olup, sözleşme ile artırılması bu Kanun kapsamında da mümkündür (DİK, m.16/C).

Deniz İş Kanunu da İş Kanununda olduğu gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin, süreli fesih yöntemine aykırı bir şekilde sonlandırılması (usulsüz fesih) durumunda 16. maddesinin (D) bendinde tazminat yaptırımına yer vermiştir⁸⁸.

⁸⁷ Gazetecinin iş sözleşmesinin haklı sebep olmadan ve bildirim sürelerine uymadan feshetmesi halinde, işveren de gazeteciden ihbar tazminatı talep edebilir. **SÜMER**, Bireysel Basın İş Hukuku, s.181.

dd) Türk Borçlar Kanununda Benimsenen Süre

Türk Borçlar Kanunu, süreli fesihle ihbar sürelerini 432. maddesinde İş Kanununda düzenlenenden daha farklı bir şekilde düzenlemiştir. Taraflardan her birinin, belirsiz süreli iş sözleşmesini fesih sürelerine uymak suretiyle feshetme hakkı Türk Borçlar Kanunu kapsamında da mümkündür (TBK, m.431). Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer (TBK, m.432/1). Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir (TBK, m.432/2). Ancak Türk Borçlar Kanununun 432. maddesinin 5. fıkrasında artırılan ihbar önelleri ile ilgili düzenleme, İş Kanunundan farklı şekilde ele alınmıştır. Nitekim hükme göre, *“Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır”* (TBK, m.432/5). Görüldüğü üzere hüküm Türk Borçlar Kanununda emredici düzenlenmiş artırılmış ihbar önellerinin her iki taraf açısından da geçerli olduğu hükme bağlanmıştır.

Türk Borçlar Kanununun süreli feshi düzenleyen 432. maddesinde bildirim süreleri düzenlenmekle birlikte ihbar tazminatını düzenleyen bir hükme açıkça yer verilmemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 438. maddesinde işverenin haklı sebep olmaksızın iş sözleşmesini derhal feshetmesi durumunda işçinin belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarın tazminat olarak istenebileceği hükme bağlanmıştır (TBK, m.438/1). Aynı şekilde işçinin usulsüz feshine yönelik tazminat yaptırımına da Kanunun 439. maddesinde yer verilmiştir (TBK, m.439/1).

c) Kıdem Süresinin Bütünlüğünün Değerlendirilmesi

İş sözleşmesinin devri durumunda, devralan işverence süreli fesih yöntemine aykırı bir şekilde, devredilen işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, ihbar tazminatının hesabında işçinin gerek devreden işveren, gerek devralan işveren yanında geçen çalışma süresinin toplamının dikkate alınması gerekecektir.

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, iş kanunları bildirim süresinin sözleşmelerle artırılabilirliğini ancak azaltılamayacağını veya tamamen ortadan

⁸⁸ İhbar tazminatının yalnızca işverenin ödemesi gereken bir tazminat değildir. Aynı şekilde fesih bildirim sürelerine uymaksızın, işi bırakan gemi adamı da ihbar tazminatı ödemek durumunda kalabilir. **BEDÜK**, s.259.

kaldırılmayacağını kabul etmektedir (İK, m.17/3; BİK, m.6-8; DİK, m.16/C; TBK, m.432/2). Dolayısıyla işçinin devreden işverenle olan iş ilişkisinde fesih bildirim sürelerinin artırılması halinde, devralan işveren de bu artırılmış sürelerle bağlı olacaktır. Ancak Türk Borçlar Kanununun 432. maddesinin 5. fıkrası gereği artırılmış ihbar önellere her iki taraf içinde geçerli olduğu yolundaki hükmünün İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri açısından geçerli olup olmadığını belirtmek gerekir. Hemen ifade edelim ki, öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, Türk Borçlar Kanununun ele almış olduğu eşitlik esasının, İş Kanunu açısından *mutlak* olarak ele alınması mümkün değildir. Zira İş Kanununun 17. maddesine göre düzenlenmiş olan bildirim süreleri mutlak değil, *nisbi* emredici düzenlemelerden oluşmaktadır. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanununun 432. maddesinin 5. fıkrasının, İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerine uygulanması mümkün değildir⁸⁹.

İş sözleşmesi devredilen bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin devralan işveren tarafından feshedilmesi ve bu feshin kötünietle yapılması durumunda kötüniet tazminatının miktarı, işçinin devirden önceki kıdem süresinin de hesaba katılması suretiyle belirlenmesi gerekecektir. İhbar sürelerinin sözleşmeyle artırılması durumunda ise, kötüniet tazminatının artırılan sürelerle ilişkin ücretin üç katı olarak hesaplanması gerekecektir⁹⁰. Ancak işçi devredildiği işyerinde iş güvencesi hükümlerine tabi olarak çalışıyor ise, kötüniet tazminatı talebinde bulunamayacak, İş Kanununun iş güvencesini düzenleyen (İK, m.18-21) hükümleri çerçevesinde hareket etmek zorunda kalacaktır⁹¹.

Belirtelim ki, kötüniet oluşturan fesih, konu itibarıyla uygulamada da sıkça rastlandığı üzere sendikaya üye olma/olmama, üye kalma/kalmama veya sendikal faaliyette bulunma/bulunmama nedenine dayanılarak yapılıyor ise bu takdirde işçinin talep edebileceği tazminat, İş Kanununun 17. maddesinin 6.

⁸⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.525; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.804.

⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.836.

⁹¹ "İşçi iş güvencesi kapsamında kalıyor ise feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından kötü niyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır. Davacı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı içinde kalmaktadır. Ancak davalı işverenin kaç işçi çalıştırdığı dosya kapsamından anlaşılmamaktadır. Mahkemece bu husus S.S.K işe giriş bildireleri ve işyeri kayıtları ile tespit edilmelidir. Şayet işverende iş güvencesi kapsamında kalıyor ise kötü niyet tazminatı istemi reddedilmeli aksi halde şimdiki gibi karar verilmelidir" Y9HD, 27.11.2006, E.2006/12190, K.2006/31035, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2007/13/2, s.238; "4857 Sayılı İş Kanunu'nun 17/4. Maddesi'nde 18. Maddelerin birinci fıkrası uyarınca bu Kanun'un 18, 19, 20 ve 21. Maddeleri'nin uygulanma alanı dışında olan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir düzenlemesine de yer verilmiştir. Bu kural gereği, işçi iş güvencesi kapsamında kalıyor ise, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından kötü niyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır. Somut olayda davalı işverenin iş güvencesi kapsamında kaldığı davacının da 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. Maddeleri'nin uygulanma alanı içinde bulunduğu tartışmasızdır. İş güvencesi uygulama alanı içinde olan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi, kötü niyet tazminatı isteyemez. Bu isteğin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" Y9HD, 25.09.2006, E.2006/22213 K.2006/24598, *Tekstil İşveren Dergisi*, Aralık-2007, S:334, s.5-6.

fıkrasında düzenlenen kötünîyet tazminatı değil, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda düzenlenen *sendikal tazminat* olacaktır. Nitekim Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 4. fıkrasında işverenin sendika özgürlüğüne aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilmesi benimsenmiştir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, iş güvencesi kapsamında yer alsa da, işçinin 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlere göre işe iade davası açma zorunluluğunu ortadan kaldırmış, işçinin bu tutumunun ayrıca sendikal tazminat talebini engellemeyeceğini hükme bağlamıştır (STİSK, m.25/5)⁹².

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse işçinin, devralan işveren tarafından iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimi ile sona erdirilmesi durumunda, bildirim sürelerine esas çalışma süresinin devreden işveren yanında geçen sürenin de toplanması suretiyle belirlenmesi gerekir. Bir başka deyişle devralan işveren yalnızca kendi döneminde geçen hizmet süresini dikkate alarak fesih bildirim süresi veremeyecektir. Örneğin devralan işveren, devreden işverenin yanında 3 yıl çalışmış olan bir işçiyi, iş sözleşmesinin devri üzerine 1 yıl çalıştırdıktan sonra iş sözleşmesini süreli olarak feshetmişse, işçinin yalnızca devir sonrası hizmet süresini esas alamayacak, devirden önceki süreyi de dikkate almak suretiyle toplam 4 yıllık kıdem süresi üzerinden bildirim süresinin belirlenmesi yoluna gidilecektir (TBK, m.429/2).

Bu noktada karşımıza çıkan önemli sorun ise işçinin farklı bir iş kanunun uygulama alanına geçmesi durumunda, iş sözleşmesinin devrinden önceki iş kanununa tabi olarak geçen sürenin, iş sözleşmesinin devrinden sonra da devralan işveren yanında geçen çalışma süresine ilave edilip edilemeyeceği sorunudur. Konuya ilişkin açıklamalarımızı, iş sözleşmesinin devrinin yıllık ücretli izin süresinin belirlenmesine esas kıdem süresinin bütünlüğü açısından değerlendirdiğimiz için, bildirim süreleri yönünden de, oradaki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetiniyoruz⁹³.

⁹² 6356 sayılı Kanun öncesi döneme ilişkin ayrıntılı bilgi tartışma ve Yargıtay kararları hakkında bkz. **BASKAN, Esra**, 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara-2013, s.185 vd; Ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU, Mustafa**, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara-2013, s.193 vd.

⁹³ Bkz. s.230 vd.

4. Kıdem Tazminatı Yönünden Sürenin Belirlenmesi

a) Kavram ve Önemi

Kıdem tazminatı, İş Kanunu açısından söz konusu olmakla birlikte (1475, m.14) kendi kapsamları çerçevesinde Deniz İş Kanununun 20. maddesinde, Basın İş Kanununun ise 6. maddesinde düzenlenmiş İş Hukukunun en önemli konularından biridir. İş sözleşmesinin iş kanunlarında belirtilen belirli sebeplerden biri ile son bulması durumunda kıdem tazminatının söz konusu olabilmesi için şüphesiz ki gerekli temel koşullardan biri de işçinin belli bir kıdem süresine sahip bulunmasıdır.

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesi kanunda gösterilen şekillerden biriyle⁹⁴ sona eren bir işçinin, işveren yanında geçirdiği toplam kıdem süresi esas alınarak, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki son ücreti göz önünde bulundurularak hesap edilip, işçiye ödenen bir tazminattır. Kıdem tazminatının hesabında kural olarak işçinin işveren yanında geçirdiği kıdem süresinin esas alınması yanında; aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen kıdem süreleri de göz önünde bulundurulacaktır.

1475 sayılı İş Kanununun yürürlükte bulunan 14. maddesine göre, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için gerekli kıdem süresi en az bir yıldır. Basın İş Kanununa göre ise basın iş sözleşmesinin *mesleğe* ilk giriş tarihinden itibaren en az beş yıl sürmesi gerekir (BİK, m.6/1). Deniz İş Kanunu da *mesleğe* ilk giriş tarihinden itibaren geçen her tam yıl için kıdem tazminatı ödenmesini benimsemiştir⁹⁵. Bu genel değerlendirmemizin ardından, çalışmamızın bu bölümünden sonra işçinin kıdem tazminatına hak kazanması açısından kıdem süreleri iş kanunları açısından değerlendirme konusu yapılacak ve ardından da

⁹⁴ Nitekim 1475 sayılı İş Kanununun kıdem tazminatı ile ilgili yürürlükte bulunan 14. maddesinde, kıdem tazminatına hak kazanmanın koşullarına değinilmiştir. Hükme göre, "Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin :

1- İşveren tarafından bu Kanunun 17 nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,

2- İşçi tarafından bu Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca,

3- Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,

4- Bağlı bulundukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;

5- (Ek: 25.8.1999 -4447/45 md.) 506 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle,

Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır".

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. BEDÜK, s.285.

iş sözleşmesinin devri açısından, kıdem sürelerinin birleştirilmesinin mümkün olup olmadığına değinilecektir.

b) İş Kanunları Açısından Kıdem Süresi

aa) İş Kanunu Açısından Benimsenen Süre

Kıdem tazminatı İş Kanunu bakımından, halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi esas alınarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için öncelikle en az bir yıllık kıdem süresini tamamlaması gerekir. Bir yıllık sürenin tamamlanmasından açıkça söz edilmemekle birlikte 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasında *“İşçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan arta kalan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır”* hükmü ile işçinin en az bir yıl çalışması gerektiği sonucuna varmak mümkündür⁹⁶.

Önemle belirtelim ki, kıdem tazminatı açısından esas alınan bir yıllık süre *takvim yılını* ifade etmektedir⁹⁷. Kıdem süresinin hesabında fiilen çalışılan sürelerin göz önünde bulundurulması gerektiği gibi, kanunen çalışılmadığı halde çalışılmış gibi sayılan süreler de göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁸. Kıdem süresinin başlangıcı işçinin fiilen işe başladığı tarih olarak belirlenirken, kıdem süresinin sonu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir⁹⁹. Dolayısıyla bir yıllık kıdem süresinin hesabında işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş sözleşmesinin devam ettiği ve askıya alındığı tüm sürelerin göz önünde bulundurulması gerekir¹⁰⁰.

Ancak Yargıtay sürenin hesabında çalışılan ve kanunen çalışılmış sayılan sürelerin göz önünde bulundurulacağına hükmetmektedir¹⁰¹. Çalışılmış gibi

⁹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.748.

⁹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.764; Öğretide bu sürenin *iş yılı* olarak değerlendirilmesinin hakkaniyete daha uygun düşeceği savunulmuştur. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.983.

⁹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.983.

⁹⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.763.

¹⁰⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.764; SÜMER, İş Hukuku, s.116-117; *“Bir kamu kuruluşundan diğer bir kamu kuruluşuna intikal etmenin istifa dışında başka bir yolu bulunmamaktadır. Buradaki istifa bir hukuki prosedürün tamamlanmasıdır. Gerçekten, istifa hali kıdem tazminatı ödenmesine yasal bir engel ise de, bu olaydaki istifanın bu şekilde değerlendirilmemesi gerekir. Ayrıca her iki kuruluştaki çalışmalar arasında bir ara vermede bulunmamaktadır. Bütün bu olgular davacının gerçek iradesinin istifa olmayıp yasal prosedürün tamamlanması olduğunu ortaya koyduğundan, tartışmalı sürenin kıdem tazminatı hesaplamasında değerlendirilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle davanın reddine karar verilmesi hatalı olduğundan hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir”* Y9HD, 14.09.2000, E.2000/7570, K.2000/11633, Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2000-2005, Ankara-2006, s.165.

¹⁰¹ *“İşyerinde fiilen çalışılmayan sürenin, kıdem tazminatı hesabında nazara alınmaması gerekir. Davacının 07.07.1998 – 10.11.1998 tarihleri arasında davalı işyerinde fiilen çalışmadığı anlaşıldığından bu sürenin kıdem tazminatı hesabında nazara alınmış olması hatalıdır. Diğer taraftan davacının anılan sureye ilişkin kıdem tazminatı isteği de söz konusu*

sayılan süreler ise İş Kanununun 55. maddesinde düzenlenmiştir. Yargıtay grevde¹⁰², mevsimlik çalışmada¹⁰³ ve ücretsiz izinde¹⁰⁴ geçen sürelerin de kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacağına hükmetmiştir¹⁰⁵.

En az kıdem süresini tamamlamış olan işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde sayılı hallerden biri nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesi gerekir. Hükme göre iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinde gösterilen sebepler dışında, işçi tarafından ise İş Kanununun 16. maddesi gereğince, muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle veya bağlı bulundukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesi durumunda kıdem tazminatı istenebilecektir (EİK, m.14/1). Ayrıca kadın işçinin iş sözleşmesini evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi isteği ile sona erdirmesi durumunda da kıdem tazminatı talep hakkı doğacaktır (EİK, m.14/2). Ayrıca Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 23. maddesinin 1. fıkrasına göre de işçi kuruluşunda yönetici olan işçi, dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemezsizin feshederse kıdem tazminatına hak kazanabilecektir (STİSK, m.23/1).

Öte yandan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 28/2-a hükmüne göre, yaş dışında kalan diğer koşulları tamamlamak suretiyle işten ayrılanlar veya Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun geçici 6. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve pirim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılan işçiler de kıdem tazminatına hak kazanabilecektir.

Ayrıca işçinin ölümü dolayısıyla iş ilişkisinin sona ermesi durumunda da, kıdem tazminatı hakkı doğar. Ancak kıdem tazminatı mirasçılara ödenir (EİK,

olmadığından karar bu nedenle de HUMK'nun 74. maddesine aykırıdır" Y9HD, 30.03.2000, E.2000/869, K.2000/4180, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara-2006, s.151.

¹⁰² 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 63. maddesinin son fıkrasına göre, "Grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bunların aksine hüküm konulamaz".

¹⁰³ Y9HD, 22.03.1988, E.1988/1344, K.1988/3384, **Yargıtay Kararları Dergisi**, Kasım-1998, s.1526-1527; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.809-810; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.557; ESENER, s.250; Krş. SÜZEK, İş Hukuku, s.767; SÜMER, İş Hukuku, s.116; ÇELİK, İş Hukuku, s.327 vd.

¹⁰⁴ Krş. SÜZEK, İş Hukuku, s.766; SÜMER, İş Hukuku, s.116-117.

¹⁰⁵ "Davacı 15.10.1979- 04.02.1997 tarihleri arasında 17 yıl 3 ay 12 gün çalışmıştır. Bu sureden grev ve ücretsiz izinli geçen süre indirildikten sonra, hizmet süresi 17 yıl 12 gün olmaktadır. Buna göre 17 yıl 9 ay üzerinden kıdem tazminatı hesabı hatalıdır" Y9HD, 15.02.2001, E.2000/18487, K.2001/2752, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara-2006, s.183; "Davacının, ücret alacaklarının ödenmemesi nedeniyle hizmet sözleşmesini haklı olarak feshettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerindedir. Ancak, ücretsiz izinde geçen süreler, kıdem tazminatı hesabında nazara alınamaz". Y9HD, 15.06.2006, E.2005/35516, K.2006/17346, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/4/11, s.217.

m.14/1). Belirli sürenin bitmesi veya tarafların anlaşması (ikale) yoluyla sözleşmenin sona ermesi durumunda kıdem tazminatı hakkı doğmayacaktır.

bb) Basın İş Kanunu Açısından Benimsenen Süre

Basın iş sözleşmesi ile çalışmakta olan bir gazetecinin kıdem tazminatı almaya hak kazanabilmesi için iş sözleşmesinin mesleğe ilk giriş tarihinden itibaren en az beş yıl sürmüş olması gerekir (BİK, m.6/1-2). Gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için kanunda belirtilen en az kıdem süresinin tamamlanmış olmasının yanında, yine Basın İş Kanunda belirtilen sebepler dolayısıyla iş sözleşmesinin son bulmuş olması gerekir. Basın İş Kanununun 17. maddesinin 4. fıkrasına göre herhangi bir sebeple gazete yayının durdurulması halinde, gazetecinin iki ay süre ile ücretini almaya devam edeceği, ancak ikinci ayın sonunda ise sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda iş sözleşmesi sona eren gazeteci için kıdem tazminatı hakkı doğacaktır. İşverence, gazetecinin iş sözleşmesinin fesih bildirim süresi tanınmak suretiyle sona erdirilmesi durumunda kıdem tazminatının da ödenmesi gerekir (BİK, m.6/7).

1475 sayılı İş Kanunu tarafından düzenlenen, muvazzaf askerlik, kadın işçi açısından evlilik ve ayrıca kanunla kurulu kurum ve sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı almak amacıyla basın iş sözleşmesinin sona erdirilmesi üzerine kıdem tazminatı ödenmesine ilişkin hükme, Basın İş Kanununda yer verilmemiştir. Öğretide söz konusu hükmün Basın İş Kanununa tabi gazeteciler için de savunulabilir olduğu dile getirilse de¹⁰⁶, Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında emeklilik nedeniyle basın iş sözleşmesinin feshi durumunda Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci için kıdem tazminatı uygulamasına gidilemeyeceğini hükme bağlamıştır¹⁰⁷.

Gazetecinin belirsiz süreli iş sözleşmesini kendisinin süreli fesih yoluyla sonlandırılması durumunda kıdem tazminatı alması mümkün olmamakla birlikte, aksinin sözleşme ile kararlaştırılması durumunda, kıdem tazminatı alması söz konusu olacaktır¹⁰⁸.

¹⁰⁶ AKYİĞİT, Şerh (Cilt-II), s.2496 vd, s.939.

¹⁰⁷ Ancak aynı karara göre, taraflarca aksi kararlaştırılmak suretiyle, belirtilen ihtimal dahilinde Basın İş Kanunu kapsamında çalışan gazetecilere de kıdem tazminatı ödenmesi mümkündür. Y9HD, 27.05.2008, 3501/12820, www.kazancihukuk.com (05.10.2013).

¹⁰⁸ Bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.205; GÖKTAŞ/ÇİL, s.133; YHGK, 03.12.1999, 9-46, GÖKTAŞ/ÇİL, s.92.

cc) Deniz İş Kanunu Açısından Benimsenen Süre

Deniz İş Kanunu kapsamında bir iş sözleşmesi ile çalışmakta olan gemi adamı, iş sözleşmesinin belirli sebeplerle son bulması durumunda kıdem tazminatına hak kazanır. Gemi adamları açısından kıdem tazminatı Deniz İş Kanununun 20. maddesinde düzenlenmiştir. Bu anlamda Kanun kapsamına giren bir gemi adamının kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte en az bir yıllık kıdeme sahip olması gerekir. Asgari bir yıllık kıdem şartının sağlanmasının ardından, İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında çalışan işçiler açısından da belirtmiş olduğumuz gibi, deniz iş sözleşmesinin kanunda belirtilen hallerden biriyle son bulmuş olması gerekir. Buna göre Deniz İş Kanununun 20. maddesi gereğince gemi adamının iş sözleşmesi, işveren tarafından Deniz İş Kanununun 14. maddesinin 1. bendinde gösterilen (işverene gemi adamının iş sözleşmesini derhal, haklı nedenle fesih hakkı veren) nedenler dışında, Kanunun 14. maddesinin 2. (gemi adamının haklı nedenle feshi) ve 3. bendinde belirtilen (zorlayıcı nedenler, sürekli hastalık veya sakatlığa uğrama nedeniyle çalışmama) nedenler uyarınca veya muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle veya bağlı bulundukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmesinin feshi durumlarında kıdem tazminatına hak kazanması mümkündür. Ayrıca gemi adamının ölümü veya deniz iş sözleşmesinin (geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya harp ganimeti ilan edilmesi veyahut Türk bayrağından ayrılması hallerinde) kendiliğinden son bulması nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanması söz konusu olabilecektir.

Belirtelim ki, deniz iş sözleşmesinin gemi adamı tarafından süreli fesih yoluyla (DİK, m.16), işveren tarafından derhal fesih nedeniyle (DİK, m.14/1) veya tarafların anlaşması ile veyahut da belirli süre veya sefer için yapılan deniz iş sözleşmesinin sona ermesi veya seferin son bulması durumunda gemi adamının kıdem tazminatına hak kazanması mümkün değildir.

c) Kıdem Süresinin Bütünlüğünün Değerlendirilmesi

Çalışmamızın bu aşamasında kıdem tazminatı açısından değerlendirme-
miz gereken konu, iş sözleşmesinin devri durumunda kıdem süresinin nasıl hesaplanacağına ilişkindir. Gerçekten de iş sözleşmesinin devri durumunda işçinin kıdemi bakımından önem arz eden diğer bir konu da kıdem tazminatıdır. Kıdem tazminatı açısından kıdem süresinin başlangıcı olarak değerlendirmemiz gereken zaman işçinin işe *fiilen başladığı* tarihtir¹⁰⁹. Yani işçi iş sözleş-

¹⁰⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.763.

mesi daha önce yapılırsa bile fiili çalışma olgusu sonraki bir tarihe rastlıyorsa, kıdem başlangıcı açısından iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, fiilen işe başlanılan tarih kıdem süresinin hesabında başlangıç anı olarak kabul edilmelidir. Aynı durum, sözleşmenin fiili çalışma olgusundan sonra yapılması ihtimalinde de geçerlidir. Kıdem süresinin sonu ise, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir. Süreli fesih durumunda ise bildirim süresinin sonudur.

1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, “İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır”. Görüldüğü gibi işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışmış olması ve bu çalışmasının fasılalarla sürmüş olması, kıdem süresinin hesabında, toplam sürenin esas alınmasına engel değildir¹¹⁰. Aynı işverenin değişik işyerlerinde işçinin farklı işkollarında çalışması ya da bu işyerlerinde birbirinden farklı işler görmesi veyahut da işçinin ayrı ayrı şehirlerde çalışması kıdem sürelerinin birleştirilmesine engel olmayacaktır¹¹¹.

İş Kanunu kapsamında çalışan işçiler açısından kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrası, işçinin kıdem süresinin birleştirilmesi açısından üçlü iş ilişkisi olarak da değerlendirilen işyeri devri kapsamında bir hükme yer vermiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri süresinin toplamı üzerinden hesaplanır”. Benzer hükmün İş Kanununun 6. maddesinde düzenlenen işyeri devrine ilişkin hükümde de yer aldığını görmekteyiz. Buna göre, “Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür” (İK, m.6/2)¹¹². Her iki düzenlemenin de ortak sonucu olarak, işçinin kıdem tazminatına esas hizmet süresi, işyeri devri nedeniyle bir kesintiye uğramamaktadır. Dolayısıyla belirtmiş olduğumuz bu sonuç hem işçinin en az bir yıllık kıdem süresinin hesabında, hem de işçiye ödenecek kıdem tazminatına esas hizmet süresinin toplamının hesabında geçerli olacaktır¹¹³. Devralan işveren yanında geçen hizmet süresi bir yıldan az

¹¹⁰ Aynı işverene ait işyerinde aynı veya aynı işkolu kapsamında ve aynı veya aynı kanunlara tabi olarak bir veya değişik işyerlerinde geçen kıdem sürelerinin birleştirilmesine ilişkin esaslar, öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-II), s.2418-2428.

¹¹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.768.

¹¹² Bu madde hükmünde değinilen işveren değişikliğinin, kural olarak özel hukuktan veya kamu hukukundan doğan ve işveren değişikliğine sebep olan tüm halleri içerecek şekilde düşünülmesi gerekir. Örneğin işyerinin satılması, kiraya verilmesi, miras yoluyla geçmesi, işyerinin kamulaştırılması gibi işveren değişikliğine sebep olan tüm haller bu anlamda değerlendirilebilir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.1005.

¹¹³ ÖZKARACA, s.226.

olsa bile, devreden ve devralan işverenler yanında geçen toplam süre en az bir yıllık süreyi aşıyorsa, devralan işveren tarafından kıdem tazminatının ödenmesi gerekecektir. Nitekim Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında, işçinin devralan işverenin yanında geçen toplam çalışma süresinin en az bir yıllık kıdem süresini sağlayamasa bile, toplam sürenin devralan işverenin kendi döneminde geçen süre ile birlikte bir yılı aşması durumunda, kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır¹¹⁴.

Yukarıda işyeri devri ile ilgili ifade etmiş olduğumuz benzer sonuçların, iş sözleşmesinin devri açısından da geçerli olup olmadığını ortaya koymamız gerekmektedir. Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesinin devrinin kıdeme bağlı haklara etkisi ile ilgili 429. maddesinde, “...işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı...” (TBK, m.429/2) tarihin esas alınacağı açık bir biçimde ifade edilmiştir. Dolayısıyla işyeri devri sonucu iş sözleşmeleri kendiliğinden devralan işverene geçen işçilerin kıdemleri açısından yapmış olduğumuz, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağına ilişkin değerlendirmelerin, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin açık hükmü karşısında geçerli olduğunu ifade etmemiz mümkündür. İş sözleşmesinin devri sonucunda, sözleşme iradi olarak bir başka işverene geçmekte, işçi aynı sözleşme ile farklı bir işverenin işyerinde çalışmaya devam etmektedir. Sözleşmenin sona ermesi anlamına gelmeyen iş sözleşmesinin devri işleminin sonucunda, işçinin devreden işveren yanında kazanmış olduğu kıdemi, aynen devralan işverenin işyerinde geçen kıdem süresine ilave edilecek, bu süre gerek en az bir yıllık sürenin hesabında ve ayrıca işçinin kazanacağı kıdem tazminatının hesabında göz önünde bulundurulacaktır. Ancak işçinin kıdem süresinin, devralan işveren yanında geçen hizmet süresi ile birleştirilebilmesi için, işçinin yeni işverene geçerken önceki dönemin tasfiye edilerek iş sözleşmesinin sona erdirilmemiş olması gerekir. Her ne kadar 1475 sayılı İş Kanunu işçilerin kıdemlerinin, iş sözleşmesinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden yapılmış olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçmesinden söz etse de (EİK, m.14/2), görüldüğü gibi iş sözleşmesi aynı kalmak suretiyle, işyeri devri veya iş sözleşmesinin devri yoluyla kıdem süresinin farklı işverenler yanında geçmesi de mümkündür. Ayrıca aynı sözleşme ile aynı işverenin birden fazla işyerinde çalışmış olan işçinin kıdem tazminatına esas kıdeminin hesabında, çalışmasının aynı veya farklı işkollarında geçmesi önemli olmadığı gibi¹¹⁵, yine aynı iş söz-

¹¹⁴ Y9HD, 25.01.2005, E.2004/6474, K.2005/1454, www.kazancihukuk.com (25.09.2013).

¹¹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.768.

leşmesiyle ayrı işverenler yanında geçen kıdem süresinin de aynı veya farklı işkollarında geçmesi önemli değildir¹¹⁶.

İş sözleşmesinin devrinde kıdem süresinin birleştirilmesi açısından dikkate almamız gereken diğer bir durumda farklı kanunlar kapsamında faaliyet gösteren ayrı işverenler arasında iş sözleşmesinin devrinin mümkün olup olmayacağıdır. Gerçekten de hukukumuzda kıdem tazminatının hesabında işçinin kıdem süresinin birleştirilebilmesi için işçinin çalışmasının fasılalı da olsa aynı işverene sunulması veya işverenler değişse dahi ya aynı işyerinde çalışmanın devam etmesi (*işyeri devri*) veya işveren ve işyeri değişiyorsa da iş sözleşmesinin aynı kalması (*iş sözleşmesinin devri*) gerekmektedir¹¹⁷.

Şakar, gazetecinin aynı işverene bağlı olarak önceden İş Kanununa tabi olarak çalışırken daha sonra basın sektöründe Basın İş Kanununa tabi bir fikir ve sanat işinde çalışan işçi haline gelmesi durumunda, kıdem tazminatına hak kazanılması durumuna ilişkin olarak yaptığı değerlendirmesinde, düzenleme farklılıklarının sorunlar çıkarmasının beklenebileceğini ancak bu durumda İş Kanununa tabi çalışmalara ilişkin iş sözleşmesinin feshedildiği kabul edilerek, bu döneme ilişkin kıdem tazminatına yine 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde hak kazanıldığının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹¹⁸.

Sümer, Basın İş Kanunu kapsamına giren bir işte beş yıldan daha kısa süre ile çalışıldıktan sonra, İş Kanunu kapsamına giren bir başka işverene ait işyerinde işe başlanması ve son işverene ait işyerinde çalışan işçinin iş sözleşmesinin kıdem tazminatını gerektiren bir sebeple sona ermesi durumunda, bu işveren tarafından yalnızca İş Kanunu kapsamında çalışılan sürenin esas alınarak kıdem tazminatının hesaplanması gerektiğini savunmuştur¹¹⁹.

Gökçek Karaca, basın mesleğinde çalışan kişinin sonraki kıdem süresinin İş Kanununa bağlı olarak geçmesi durumunda da, son işveren tarafından kıdem tazminatı ödenirken, basın mesleğinde geçen kıdem süresinin de hesaba katılması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁰.

Aslında kıdem sürelerinin birleştirilmesi açısından 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 4. ve 5. fıkrasında öngörülen kural gereği, farklı iş sözleş-

¹¹⁶ Belirtelim ki, farklı iş kolunda da olsa işçi aynı mesleğini icra etmeye devam edebilir. Aynı esas Türk Sendikalar Hukuku açısından da mümkündür. Gerçekten de işçilerin sendika kurmalarında ya da bir sendikaya üye olmalarında mesleklerine bakılmaksızın yalnızca çalıştığı işkolundaki sendikaya üye olması (işkolu sendikacılığı) esası kabul edilmiştir (6356, m.3/1). Ayrıntı için bkz. ÇELİK, İş Hukuku, s.457 vd.

¹¹⁷ Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.774.

¹¹⁸ ŞAKAR, Müjdat, "Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", *Çalışma ve Toplum*, 2008/2, s.s.20.

¹¹⁹ SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.217.

¹²⁰ GÖKÇEK KARACA, Nuray, Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Uygulaması, İstanbul-2010, s.199.

mesiyle farklı işverenler yanında geçirilen sürelerin birleştirilmesi esasının, iş sözleşmesinin devri mantığı içinde ele alınması mümkün değildir. Zira iş sözleşmesinin devri olgusunda işçinin sözleşmesi sona ermemekte, aynı sözleşme ile devam etmektedir.

Belirtelim ki bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda değişik kamu kuruluşları işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi mümkündür. Nitekim 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 4. ve 5. fıkralarına göre, “T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir. Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz”. Belirtmiş olduğumuz hükmün dışında, işçinin farklı hizmet sözleşmelerine dayalı olarak farklı işverenler yanında geçirmiş olduğu sürelerin, bu işverenlerin (tamamı veya bazısının) özel kesim işverenleri olması durumunda kıdem sürelerinin birleşmesi kendiliğinden mümkün olmayacaktır¹²¹.

İş sözleşmesinin sona ermesi durumunda ise farklı işverenler yanında ayrı sözleşmeler ile önceki işveren ile sonraki işveren yanında geçen sürelerin, iş sözleşmesinin devrinde olduğu gibi, birleştirilmesi mümkün değildir. Ancak belirtelim ki bu durum, en son tabi olunan iş kanunu kapsamında iş sözleşmesinin kıdem tazminatını gerektirecek şekilde son bulması durumunda, aynı işveren yanında farklı iş kanunlarına tabi olarak geçen sürelerin aynı işverence ödenecek kıdem tazminatına esas tutulmak üzere birleştirilmesine engel değildir. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında daha önce Basın İş Kanununa tabi olarak çalışılmakta iken, sonradan aynı işverene bağlı olarak İş Kanunu kapsamında çalışmasını sürdüren işçiye kıdem tazminatının ödenmesi sırasında, önceki kıdem tazminatının tavan sınırlamasına tabi olmadan hesaplanması, sonrakinin ise tavan hükmü dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²².

Sonuç olarak belirtmek gerekirse, farklı iş kanunları kapsamında, farklı işverenler yanında aynı iş sözleşmesi ile aynı statüde çalışmanın sürdürülmesi iş

¹²¹ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.248.

¹²² Y9HD., 03.02.1987, E.1986/10722, K.1987/952, <http://www.nevzaterdag.com/basin-is-kanunda-gazetecilerde-kidem-tazminat/> (29.04.2014).

sözleşmesinin devri işlemiyle sağlanamaz. Zira işçinin özel sektör kuruluşundan, kamu sektöründe yer alan bir kuruluşa devredilmesi, İş Kanunu kapsamında yer alan bir işten, Basın İş Kanunu kapsamındaki bir işe veya Deniz İş Kanunundaki bir işe geçmesi, iş sözleşmesinin aynı olma özelliğini¹²³ ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla belirtmiş olduğumuz ihtimallerde, işçinin farklı işverenlere farklı kanunlar kapsamında geçiş yapması, iş sözleşmesi olgusunu ortadan kaldırmasa da, tabi olmuş olduğu kanun kapsamında değişiklik meydana getirdiği için sözleşmenin de farklılaşmasına ve dolayısıyla sona ermesine sebep olacak ve farklı kanunlardaki düzenleme farklılıklarının bulunması sebebiyle kıdem sürelerinin birleştirilmesi mümkün olmayacaktır.

B. İşçinin Yükümlülükleri Yönünden Kıdem Süresinin Bütünlüğü

İş sözleşmesinin devri sonucunda işçinin kıdem süresinin birleştirilmesi, işverenin yükümlülükleri açısından önem ifade etmekle birlikte, işçinin yükümlülükleri açısından da önemli olduğunu belirtmemiz gerekir. İş mevzuatı açısından bazı noktalarda kıdem süresi hem işçiye hem de işverene yükümlülükler getirmektedir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunun 429. maddesinin 2. fıkrasında geçen “...işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır” şeklindeki hükmün hem işveren yükümlülükleri açısından hem de işçi yükümlülükleri açısından geçerli olduğu kabul edilmelidir¹²⁴. Gerçekten de süreli fesihte, feshi ihbar hem işçi hem de işveren açısından gerekli bir yükümlülüktür. Dolayısıyla süreli fesih işçi tarafından gerçekleştirildiği takdirde, işçi işyerindeki kıdem süresine göre değişen ihbar süresini işverene tanımak zorundadır. O halde iş sözleşmesi devredilen işçinin, devrolunan işyerinde geçirmiş olduğu bekleme süresine, devreden işveren yanında geçen çalışma süresinin dâhil olması suretiyle bildirim süresinin hesaplanması gerekir¹²⁵.

Belirtelim ki, öğretide işyeri devrine ilişkin olarak, işverenin işçiye vermiş olduğu eğitim karşılığı sözleşmede öngörülmüş bulunan mecburi hizmet yükümlülüğüne ilişkin süre ile eğitim yükümlülüğünden bağımsız olarak iş sözleşmesi taraflarının karşılıklı olarak sözleşmeyi belirli bir süre haklı neden olmaksızın feshetmemeyi taahhüt etmesi ve bu taahhüde uyulmaması durumunda cezai şart ödenmesini kararlaştırdıkları durumlarda taahhüt edilen sürenin, devreden işveren yanında geçen süre ile birleştirilmesi gerektiği ifade edilmiş-

¹²³ AKYİĞİT, “Deniz İş Kanunu”, s.17.

¹²⁴ Aynı yorum öğretide işyeri devrinde kıdem süresinin birleştirilmesi açısından da yapılmıştır. Bkz. ÖZKARACA, s.233

vd.

¹²⁵ ÖZKARACA, s.236.

tir¹²⁶. Ayrıca, işyeri devri açısından dile getirilen ve işçi yönünden de söz konusu olabilecek bu yükümlülüklerin, her iki işveren yanında geçen çalışma süresi ile birleştirilmesi suretiyle değerlendirilmesinin iş sözleşmesinin devri açısından da mümkün olup olmadığı önem taşımaktadır. Gerçekten de işçinin iş sözleşmesinin devri yoluyla, bir başka işverene devredilmesi durumunda, devreden işverenin eğitim karşılığı öngörmüş olduğu mecburi hizmet süresinin, devreden işveren yanında geçen hizmet süresine, devralan işveren yanında geçen sürenin de dâhil edilmek suretiyle hesaplanması, iş sözleşmesinin devri için de düşünülebilecek bir husustur. Aynı şekilde iş sözleşmesinin belirli bir süre için feshine taraflarca süre sınırı getirilmesi durumunda da, devreden işverenin işyerinde henüz dolmamış bulunan fesih yasağına dair sürenin, devralan işverenin yanında geçen süre ilave edilerek hesaplanması gerekecektir.

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ AÇISINDAN SONUÇLARI

Şüphesiz ki, iş sözleşmesi karşılıklı yani her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşmedir. Dolayısıyla karşılıklı sözleşme olan iş sözleşmesinden doğan borçlar asıl olarak işçinin iş görme ve işverenin de ücret ödeme yükümlülüğünü içine almaktadır¹²⁷. Bununla birlikte bu temel yükümlülükler yanında iş sözleşmesinden doğan çeşitli borçlar da bulunmaktadır. Öğretide¹²⁸ ikinci derecede yükümlülükler olarak isimlendirilen bu borçlar özellikle gözetme borcu, emir ve talimat verme, sadakat gibi yükümlülüklerden oluşmaktadır.

Bir işveren açısından iş sözleşmesinin devri işlemi gerçekleştirildiğinde, iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar da devredildiğinden, bu noktada devralan işverenin iş sözleşmesini mevcut hak ve borçları ile birlikte aynen devralıp almadığı, mevcut hak ve borçlar açısından herhangi bir değişikliğin gündeme gelip gelmeyeceği de önemli bir sorun oluşturmaktadır. İşte belirtmiş olduğumuz hususları aşağıda iş sözleşmesinden doğan taraf borçları ışığında incelemeye çalışacağız.

¹²⁶ ÖZKARACA, s.235-236.

¹²⁷ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.251.

¹²⁸ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.251.

A. İşçinin Borçları Bakımından Hukuki Sonuçlar

1. İş Görme Borcu

İşçinin iş sözleşmesi gereği ortaya çıkan en önemli borcu, iş görme borcudur. İş görme borcu işçi tarafından, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverene karşı yerine getirilmesi gereken şahsî bir borçtur. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 395. maddesinde bu durum açıkça hükme bağlanmıştır. Hükme göre, “Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklediği işi bizzat yapmakla yükümlüdür” (TBK, m.395). İş sözleşmesi işçinin kişisel özellikleri ve yeteneği göz önünde bulundurularak yapıldığı için iş görme borcunun asıl olarak işçi tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. İşçi, yüklenildiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır (TBK, m.396/1).

İş sözleşmesinin devri durumunda sözünü etmiş olduğumuz iş görme borcunun yerine getirilmesi gereken kişi artık devralan işverendir. Devreden işveren, iş sözleşmesinin devri ile birlikte, iş ilişkisinden tamamen ayrılmaktadır. Ancak iş sözleşmesini devralan işveren, sözleşmeyi mevcut koşulları ile birlikte devralmaktadır. İşçi de sözleşme gereği üstlenmiş olduğu yükümlülüklerini devralan işverene karşı yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir. İş görme borcu gereği, işçinin üstlenmiş olduğu iş, iş sözleşmesinin devri sonucunda da devam edecektir. Örneğin işin bizzat yapılması, kararlaştırılan ya da kararlaştırılmış sayılan çerçevede ve devralan işverenin göstereceği yerde ve yine devralanın talimatları doğrultusunda yapılması gerekecektir.¹²⁹

Öte yandan devralan işverenin, devralmış olduğu iş sözleşmesinin tarafı olan işçinin görmekle yükümlü olduğu iş ve diğer çalışma koşullarında değişiklik yapmasının mümkün olup olmadığı da bir sorun teşkil etmektedir. Önemle ifade edelim ki, iş sözleşmesinin devri, mevcut bir sözleşmeyi değiştirme amacına dönük bir sözleşme değildir. Daha önceden de ifade ettiğimiz üzere, iş sözleşmesinde değişiklik yapmak, iş sözleşmesinin devrinden önemli noktalarda ayrılmaktadır.¹³⁰ Dolayısıyla işverenin, devralmış olduğu işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapmak istemesi durumunda, İş Kanununun 22. maddesinde belirtilen usullere uygun olarak hareket etmesi ve işçisini önceden haberdar etmesi gerekmektedir. Nitekim hükme göre, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da

¹²⁹ İş görme borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.509 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.252 vd.

¹³⁰ Bkz. s.94 vd.

işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz...” (İK, m.22/1).

Devredilen işçinin yukarıdan itibaren izah etmeye çalıştığımız iş görme borcuna aykırı davranması, bir başka deyişle üstlendiği işi yapmaması veya özen yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda bir takım yaptırımlara maruz kalması söz konusu olacaktır. Bu anlamda işçi devralan işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur (TBK, m.400/1). İşveren işçiden vermiş olduğu zarar tazmin yoluna gidebilecektir¹³¹. Ayrıca devralan işverenin işçiye disiplin cezası vermesi veya haklı sebeple (derhal) işten çıkarması da mümkündür (İK, m.25/II-h). Yine işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünde işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işverenin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücreti tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasara veya kayba uğratması hali de İş Kanununa göre derhal fesih sebebi olarak düzenlenmiştir (İK, m.25/II-i). Devralan işverenin, işçinin devirden sonra işyerinde vermiş olduğu zararlar sebebiyle gerek zararın tazmini gerek derhal fesih müesseselerini işletmesi söz konusu olmakla birlikte, işçinin devreden işveren yanında işlemiş olduğu zarar doğurucu eylemlerin, devirden sonra anlaşılması durumunda devredene karşı herhangi bir sorumluluğunun bulunup bulunmayacağının da bu noktada ele alınması gerektiği kanısındayız. Belirtmiş olduğumuz ihtimalde işçinin devirden önce ve devreden işverenin işyerindeki makine ve araçlara zarar verdiğinin sonradan ortaya çıkmış olması durumu ele alındığından, taraflar arasında artık işçi işveren ilişkisi bulunmadığı için, devreden işverenin *genel hükümler* çerçevesinde işçiden mevcut zararlarını tazmin edebileceğini kabul etmek gerekir.

2. Sadakat Borcu

Türk Borçlar Kanununun 396. maddesinin 1. fıkrasında işçinin yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Sadakat borcu, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların yerine getirilmesinde karşı tarafın şahsına, malvarlığına ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme ve sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma

¹³¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.542; SÜZEK, İş Hukuku, s.357.

yükümlülüğü yüklemektedir¹³². Bu kapsamda olmak üzere sadakat yükümlülüğünün kapsamı işçinin işverenin çıkarlarını koruma, ticari sırlarını açığa vurmama, işverenin ailesine şeref ve haysiyete dokunacak sözler söylememe gibi maddi ve manevi olgulara yönelik olabilir.

Türk Borçlar Kanununun 396. maddesinde işçinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin davranışlara yer verilmiştir. Buna göre, “İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete gireremez. İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür” (TBK, m.396/3,4). İş sözleşmesinin devri ile birlikte artık işçinin hizmet ilişkisi devam ettiği müddetçe rekabete aykırı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü, devralan işverene karşı yerine getirmesi gereken bir yükümlülük haline dönüşmektedir. Ayrıca işçinin işi gördüğü sırada devreden işverenin işyerinde öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırrı gibi bilgileri kendi yararına kullanması söz konusu olmadı gibi, başkalarına da açıklaması mümkün değildir¹³³. Bir başka deyişle, işçinin devreden işveren yanında çalışırken öğrenmiş olduğu üretim ve iş sırrı gibi bilgileri devralan işverene karşı ifşa etmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak belirtelim ki, bu duruma ilişkin esaslar taraflarca devir sözleşmesinde belirli kurallara bağlanabilecektir. Örneğin işçinin devreden işveren yönünden vakıf olduğu üretim ve iş sırrına ilişkin bilgileri devralan işverenin işyerinde aynen kullanması gerekiyor ise, işçinin sadakat borcuna aykırılığı bu ihtimalde gündeme gelmeyecektir. Gerçekten de işçinin devreden işverene ait bildiği üretim ve iş sırrına ilişkin bilgileri özellikle aynı holding veya şirket grupları içinde kullanması sadakat borcuna aykırı düşmeyecektir. Ancak özellikle holding veya şirket topluluğu dışında iş sözleşmesinin bir işverenden diğerine devri durumunda üretim ve iş sırrı niteliğindeki bilgiler önem kazanabilecektir. Bir başka deyişle aynı holding veya şirket grupları arasında iş sözleşmesinin bir işverenden diğerine devri durumunda üretim ve iş sırrı gibi bilgiler, ayrı tüzel kişiliğe haiz işverenler bulunsun bile aynı holding bünyesi içinde gerçekleştiği için farklı işverenler arasında gösterdiği derecede önem arz etmeyebilir. Yine işçinin sadakat borcu kapsamında değerlendirebileceğimiz Türk Borçlar Kanununun

¹³² Ayrıntı için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.526 vd; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.347-350; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.144 vd; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş İlişkileri, s.273 vd; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.144 vd; **DEMİR**, İş Hukuku Uygulaması, s.112; **SÜMER**, İş Hukuku, s.64.

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **UŞAN, M.Fatih**, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara-2003, s.24 vd.

397. maddesinde işçinin üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişilerden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhal ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle (TBK, m.397/1); ayrıca işçinin hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhal işverene teslim etmekle yükümlü olduğu (TBK, m.397/2) hüküm altına alınmıştır.¹³⁴ Özellikle iş sözleşmesinin devri işleminin gerçekleşmesinden önce, devredilen işçinin, devreden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhal ona teslim etmesi ve bunlar hakkında hesap vermesi; ayrıca hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri derhal işverene teslim etmesi gerekir (TBK, m.397).

3. Uyma (İtaat) Borcu

İşçinin, iş sözleşmesinden doğan borçlarından biri de işverenin emir ve talimatlarına uyma borcudur.¹³⁵ Uyma (itaat) borcu, Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, *“işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar”*. Uyma borcu kapsamındaki emir ve talimatlar işin görülmesine ilişkin olmaktan çok, özellikle işçilerin işyerindeki *davranışlarını* düzen içinde tutma amacına yöneliktir. Bu kapsamda olmak üzere örneğin işçinin işyerinde yasaklanmış yerlerde sigara içmemesi, kapı denetim düzenine uygun hareket etmesi vb davranışlar, uyma borcu kapsamındaki yükümlülükleri arasında yer almaktadır.¹³⁶ Uyma borcunun kapsamını ve işçinin ve işverenin bu borç kapsamındaki yükümlülüklerle uygun hareket etmesinin sınırlarını belirlemede *dürüstlük* kuralından (TMK, m.2) yararlanılmalıdır. İşçinin *hukuka uygun* işveren talimatlarına aykırı hareket etmesi durumunda tazminat, disiplin cezası veya iş sözleşmesinin feshi gibi yaptırımlar gündeme gelebilecektir.

İş sözleşmesinin devri durumunda, işçinin devreden işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu uyma borcunun artık devralan işverene karşı yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır. Uyma borcunun içeriğinin belirlenmesinde işçinin işverene bağımlılığının derecesi önem taşımaktadır. Gerçekten de iş sözleşmesinin devri sonucunda, işçinin önceki işverene olan bağımlılığının derecesi ve uyma borcunun içeriği ile devralan işverene karşı yerine getirmekle

¹³⁴ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.147-148; ÇELİK, İş Hukuku, s.147; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.544; SÜZEK, İş Hukuku, s.350.

¹³⁵ Uyma borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT, İş Hukuku, s.143-144; ÇELİK, İş Hukuku, s.141-142; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.122-125; SÜMER, İş Hukuku, s.65-66; SÜZEK, İş Hukuku, s.345-347; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.520 vd.

¹³⁶ Ayrıntı için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.520 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.345 vd; ÇELİK, İş Hukuku, s.147 vd.

yükümlü olduğu işle ilgili bağımlılığın derecesi ve uyma borcunun içeriği farklı olabilir. Zira işçinin devreden işverene karşı iş görme yükümlülüğünü işyerinde icra ederken; devralan işverene yönelik iş görme yükümlülüğünü işyeri dışında, kendi evinde, bürosunda vb. işyeri dışında yerine getirmek durumunda da kalabilir. Ancak iş sözleşmesinin devri sonucunda, işçinin temel iş görme borcunda bir değişiklik konusu olmadığından önceki işine nitelik bakımından uygun bir işe (ör: hekim ise yine hekim olarak; avukat ise yine avukat olarak; şoför ise yine şoför olarak) devri söz konusu olmalı ve uyma borcunun içeriği de buna göre belirlenmelidir. Yine bu bağlamda belirtelim ki, iş sözleşmesi devredilen işçi işveren vekili ise, kural olarak devralan işverenin işyerinde de önceki konumuna uygun olarak yani işveren vekili statüsünde çalıştırılması suretiyle iş ilişkisinin devamının sağlanması gerekecektir¹³⁷.

4. Rekabet Etmeme Borcu

İşçinin rekabet etmeme borcu, iş sözleşmesi süresince sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında rekabet etmeme borcu işçinin sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür¹³⁸. Ancak rekabet etmeme borcunun işçinin işverene karşı iş sözleşmesi gereği üstlenmiş olduğu diğer borçlarından farklı olarak, sözleşmenin sona ermesinden sonra da devamı söz konusu olabilir¹³⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 444. maddesine göre, “Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir” (TBK, m.444/1). Görüldüğü üzere işçi ile işveren arasında iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraya etkili olmak üzere rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi için sözleşmenin yazılı yapılması ve sözleşmenin yapıldığı sırada işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerekir¹⁴⁰. Aksi halde rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz olacaktır. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 444. maddesinin 2. fıkrasında rekabet yasağı sözleşmesi-

¹³⁷ YILMAZ, Halil, s.368.

¹³⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.350 vd; UŞAN, İş Sırrı, s.119 vd; SOYER, Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara-1994, s.71 vd; DEMİRTAŞ, Nevzer Sebla, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, Ankara-2012; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.275 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.532; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.130.

¹³⁹ Bkz. MANAV Eda, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-613> (18.05.2014); Belirtelim ki, taraflar iş ilişkisi devam ederken bazı koşullardan sözleşmenin sona ermesinden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş sözleşmesine konulmasını veya bu konuda aynı bir sözleşmenin yapılmasını kararlaştırabilirler. SÜZEK, İş Hukuku, s.350 vd.

¹⁴⁰ Dolayısıyla kanuni temsilci tarafından veya onun onayı ile rekabet yasağı sözleşmesi yapılamaz. SÜZEK, İş Hukuku, s.363; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.537.

nin hangi hallerde kurulabileceği de hükme bağlanmıştır. Buna göre, “Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir” (TBK, m.444/2). Dolayısıyla rekabet yasağı kaydının hizmet ilişkisinin işçiye, müşteri çevresi veya üretim sırlarını ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması durumunda kararlaştırılabilmesi ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar vermesine sebep olacak nitelikte olması kaydıyla geçerli olması söz konusu olacaktır¹⁴¹.

İş sözleşmesinin devri açısından konuyu değerlendirdiğimizde karşımıza çıkacak önemli bir sorun, devreden işveren ile yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin, iş sözleşmesinin devrinin ardından devralan işveren ile de devam edip etmeyeceği sorunudur. Öncelikle ifade edelim ki, iş sözleşmesinin devri, sözleşmenin sona ermesi anlamına gelmediğinden, iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından yürürlüğe girmesi kararlaştırılan bir rekabet yasağı sözleşmesi, iş sözleşmesinin devri ile uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak aynı rekabet yasağı sözleşmesinin yeni bir taraf olarak devralan işverenle devam edip etmeyeceği veya devreden işveren ile yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin devralan işverenin yanında çalışırken dahi devreden işveren ile işçiye bağlayıp bağlamayacağı açık değildir. Öğretide iş sözleşmesi devam ederken işyerinin devredilmesi (İK, m.6) durumunda konu ile ilgili bir değerlendirme yapılarak devralan işverenin rekabet yasağı ile korunan iş sırlarını ve müşteri çevresini kullanan bir faaliyeti sürdürmesi koşuluyla, rekabet yasağı sözleşmesinin de varlığını sürdüreceği ifade edilmiştir¹⁴². Gerekçe olarak da rekabet yasağı sözleşmesinin işverenin kişiliği ile ilgili olmayıp, işletmeyle ilgili ekonomik bir değer taşıdığı savunulmuştur. Yargıtay da işyeri devri durumunda, işyerini devralan işverenin, devreden işveren ile sözleşmeleri ile birlikte kendiliğinden devrolunan işçilerden biri veya birkaçı ile yapması mümkün rekabet yasağı sözleşmesinin, devralan işvereni de bağlayacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁴³. Gerçekten de İş Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrası gereği, “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir

¹⁴¹“Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz. Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırabilir” (TBK, m.445).

¹⁴² SÜZEK, İş Hukuku, s.374.

¹⁴³ Y9HD, 24.12.2009, E.2009/26954, K.2009/36971, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:25, s.362.

bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer”¹⁴⁴.

Belirtmiş olduğumuz sonucun iş sözleşmesinin devrine de uygulanıp uygulanamayacağını bu noktada açıklamak gerektiği düşüncesindeyiz. Bilindiği üzere iş sözleşmesinin devrinde sözleşme ilişkisi ve buna bağlı hak ve borçlar tarafların iradesi sonucunda devralan işverene intikal etmektedir. Önemle ifade edelim ki, iş sözleşmesinin devri, bireysel ve iradi bir devir işlemi yansıttığı için, sonuçlarının da bu özelliği göz önünde bulundurularak değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. İş sözleşmesinin devrinde, devredilen sözleşme sona ermediği için, işçinin sadakat borcu gereği iş sözleşmesinin varlığı esnasında zaten işverenle rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁴⁵. Ancak sorun, iş sözleşmesinin devreden işverenle yapılması esnasında veya sonradan fakat devir sözleşmesinden önce taraflar arasında yapılmış bir rekabet yasağı sözleşmesinin bulunması durumunda, iş sözleşmesinin devrinden sonra da bu rekabet yasağının devreden işverenle devam edip etmeyeceği ile ilgilidir. İş sözleşmesinin devrinde de, işyeri devrinde olduğu gibi iş sözleşmeleri sona ermemekte, devralan işverene iradi olarak ve kesin bir şekilde intikal etmektedir. Fakat iş sözleşmesinin devri ile işyerinin devri arasındaki en önemli farklardan biri, işyeri devrinde işçilerin yalnızca işvereni değiştirirken; iş sözleşmesinin devrinde asıl olarak hem işveren hem de işyerinin değişmesi söz konusu olmaktadır¹⁴⁶. Dolayısıyla işyeri devrinde, devralınan işçilerin çalışma koşullarında ve işyerinde bir değişiklik meydana gelmezken; iş sözleşmesinin devrinde, devre konu olan işçi iş sözleşmesinin doğurduğu tüm hak ve borçları ile birlikte önceki işyerinden tamamen farklı bir işveren ve işyerine devredilmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesinin işyeri/işletme açısından ekonomik bir değer ifade ettiği düşüncesinden hareketle, devredilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesinin, işçinin arasında rekabet yasağı sözleşmesi bulunan devreden işveren ve ona ait işyerinden ayrılması sebebiyle devralan işveren ve işçiyi bağlamayacağı sonucu ortaya çıkabilir. Zira rekabet yasağı sözleşmesi işyeri/işletme ile ilgili bir ekonomik değer ifade etmektedir¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Öğretilde mevcut olumlu görüşler için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.542-543; SÜZEK, İş Hukuku, s.375; GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s.418; Şayet devralan işveren mevcut rekabet yasağı sözleşmesinin barındırdığı hususlardan faydalanacak ise, rekabet yasağı sözleşmesinin devralan işveren ile de devam ettiği; yararlanmayacak ise yasağın sona erdiği kabul edilmelidir. Ayrıca bkz. TAŞKENT, Savaş/KABAKÇI, Mahmut. “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Sicil, S:16, Aralık 2009, s.42-43; Karş. ERTAŞ, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara-1982, s.59-60.

¹⁴⁵ ULUCAN, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s.109.

¹⁴⁶ İşyeri devri açısından yapılan değerlendirmeler için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.542; UŞAN, İş Sırrı, s.273; SÜZEK, İş Hukuku, s.362-363; SÖNMEZ TATAR, s.79.

¹⁴⁷ UŞAN, İş Sırrı, s.273; SÜZEK, İş Hukuku, s.362.

Bu konuda öncelikle belirtelim ki, taraflarca devir sözleşmesine konulacak hükümlerle açıklık getirilebilir. Ancak taraflarca herhangi bir aksi kararlaştırma yapılmadıkça, rekabet yasağının işverenin kişiliği ile ilgili olmaması, işletmeyle ilgili ekonomik bir değer ifade etmesi sebebiyle, devralan işverene intikal etmeyeceği düşüncesindeyiz.

Bu sebeple devreden işveren ile işçi arasında yapılmış bulunan rekabet yasağı sözleşmesinin, devralana geçmeyip, yine devreden işveren ile işçi arasında devam ettiği kabul edilmelidir. Belirtelim ki, devreden işveren yanında öğrenilen ticari sırlar ve müşteri çevresi, iş sözleşmesi devredilse dahi devreden işveren açısından önemini koruyabilir. Ayrıca işçiyi devralan işveren ile işçi arasında, devredilen iş sözleşmesi sonucu rekabet yasağının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

İş sözleşmesinin devri ile birlikte iş sözleşmesi sona ermemekte, yalnızca devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi son bulmaktadır. Elbette ki, devralan işverenin, devralmış olduğu işçi ile kendi işyeri/işletmesi ile ilgili olarak rekabet yasağı sözleşmesi yapmasına bir engel bulunmamaktadır.

Ayrıca belirtelim ki, iş sözleşmesinin devri işlemi, rekabet yasağı sözleşmesini artık devreden işveren açısından anlamsız hale getirmişse, Türk Borçlar Kanununun 447. maddesinin 1. fıkrasına¹⁴⁸ göre sona ereceği de kabul edilebilir¹⁴⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 444. maddesinin 2. fıkrasına göre rekabet yasağı kaydı, “...ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir” (TBK, m.444/2). Eğer iş sözleşmesinin devri ile birlikte işverenin önemli bir zarara uğrama ihtimali bulunmuyorsa, başka bir deyişle yasağın devamında artık devreden işveren yönünden bir yarar kalmamış ise, rekabet yasağı sözleşmesi devreden işveren ve işçi arasında bağlayıcılık özelliği arz etmeyecektir. Örneğin rekabet yasağı ile korunan bilgiler sır olmaktan çıkmış ise, tamamen değişik bir müşteri çevresine hitap ediliyor ise, işyeri farklı bir bölgeye taşınmış ise, işyerinin faaliyet alanı değişmiş ise işverenin

¹⁴⁸ “Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer” (TBK, m.447/1).

¹⁴⁹ Öğretide de kabul edildiği üzere, rekabet yasağı sözleşmesine taraf işverenin faaliyet konusunu değiştirmesi, işyerini kapatması, farklı müşteri çevresi bulunan bir yere taşınması, sır niteliğindeki bilgilerin bu niteliğini kaybetmesi gibi durumların varlığı halinde, işverenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı söylenebilecektir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.542.

rekabet yasağının devamında önemli bir yararı kalmamışsa, yasağın sürmesinin bir anlam ifade etmediği belirtilebilir¹⁵⁰.

Öte yandan sözleşmenin haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından sona erdirilmesi veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshe-dilmesi durumunda da rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesi benimsenmiştir (TBK, m.447/2). Ancak belirtelim ki, bu hüküm devralan işveren ile işçi arasında yapılması mümkün rekabet yasağı sözleşmesi açısından daha anlamlı gözükmektedir.

B. İşverenin Borçları Bakımından Hukuki Sonuçları

1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin karşılıklı olma özelliği yalnızca işçinin değil, işverenin de çeşitli sorumluluklarının varlığına işaret eder. İşçi ile işveren arasında kurulan iş sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurması ile birlikte işveren işçiye ücret ödeme, işçiyi gözetme, eşit davranma gibi çeşitli yükümlülükler altına girmektedir. Belirtmiş olduğumuz sorumluluklar iş sözleşmesini kuran işçi ile işveren arasında gerçekleşir. Ancak iş sözleşmesinin devri sonucunda devreden işveren iş ilişkisinden çıkmakta ve iş sözleşmesi devralan işveren ile devam etmektedir. Dolayısıyla belirtmiş olduğumuz işveren borçları da yeni işverene geçmektedir¹⁵¹. Devralan işverenin sorumluluk alanının tayin edilmesinde aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, devreden işverenin de sorumluluk altına girip girmeyeceği üçlü iş ilişkilerinin en temel özelliğidir. Biz de çalışmamızın bu bölümünde iş sözleşmesinin devrinin işverenin genel yükümlülüklerini nasıl etkilediğini ve ardından da üçlü iş ilişkilerinden biri olan iş sözleşmesinin devri sonucunda devreden işveren ile devralan işverenin sorumluluk alanlarının nasıl tayin edildiğini belirlemeye çalışacağız. Gerçekten de Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında ifade edilen “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur” hükmü gereğince iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlardan sorumluluğun devralan işverene ait olduğu açıktır. Aynı şekilde sözleşmenin devrini genel olarak düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinin 1. fıkrasında da devir sözleşmesi

¹⁵⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.373; “Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. Yasağı aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır. İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağı aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir” (TBK, m.446).

¹⁵¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.331; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1222; ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.303.

“...devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma” olarak görülmüştür.

Ancak devreden işverenin de herhangi bir sorumluluğunun olup olmadığı noktasında Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde devreden işverenin özellikle kendi döneminde doğan çeşitli alacaklardan dolayı (ör: kıdem tazminatı gibi) tamamen sorumsuzluğunun söz konusu olamayacağı gerek öğretide gerek Yargıtay içtihatlarında kabul edilen bir husustur¹⁵². Gerçekten de devreden işverenin kesin ve sürekli bir biçimde iş ilişkisinden, iş sözleşmesinin devri ile birlikte çıkması ve yerini yeni işverenin alması, bazı işçilik alacakları bakımından devreden işverenin de sorumluluğa dâhil edilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Elbette ki, sözleşmenin devrinden sonraki alacak ve borçlardan kesin olarak devralan işveren sorumludur. Ancak burada özellikle işçinin kıdemine bağlı alacaklar bakımından sorun ortaya çıkmakta ve devreden işverenin de sorumluluğa dâhil edilmesi görüşü öğreti ve uygulamada kabul görmektedir.

İş Hukukunda işyeri devri veya iş sözleşmesinin devri gibi üçlü iş ilişkileri sonucunda işçinin devreden işverenden olan alacaklarından devralan işverenin de sorumlu olup olmadığı, sorumluluğun bulunduğu kabul edildiği takdirde devralan işverenin tüm işçilik alacaklarından mı, yoksa her iki işverenin de yalnızca kendi döneminden ayrı ayrı mı yoksa birlikte mi sorumlu olup olmadıkları tartışmanın ana noktasını oluşturmaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde iş sözleşmesinin devri sonucunda, işçinin özellikle devreden işveren dönemine ait işçilik alacaklarından her iki işverenin sorumluluğu konusunda mevcut yasal düzenleme çerçevesinde bilgi verilecek ve işçilik alacaklarından dolayı sorumluluğun sınırları tayin edilirken, hem iş sözleşmesi devam ederken hem de sona erdikten sonra doğması mümkün alacaklar yönünden değerlendirme yapılacaktır.

2. İşverenlerin İşçilik Alacakları Yönünden Sorumlulukları

a) Kıdeme Bağlı İşçilik Alacaklarından Sorumluluk

İşçinin iş ilişkisinden doğan bazı alacakları, işyerinde geçirmiş olduğu kıdemine göre hesaplanmaktadır. İşçinin kıdemi özellikle kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretinin hesabı bakımından önem arz etmektedir. İş sözleşmesinin devri sonucunda devredilen işçinin devralan işverenin işyerinde

¹⁵² Öğreti ve Yargıtay kararları ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. s.269 vd.

çalıştığı süre boyunca, önceki dönem çalışmasına ilişkin kıdeminin korunması yanında, işçinin belirtilen döneme ait kazançlarının da korunması önemli bir gerekliliktir. Zira devir sonucunda devralan işverenin iş sözleşmesinin tarafı haline gelmesi söz konusu olmakta, işçinin kıdem süresinde herhangi bir kayıp meydana gelmemektedir. Ancak işçinin devreden işveren döneminde hak kazanmış olduğu gerek kıdem hakkına bağlı kıdem süresi ve bu süreye denk gelen alacakların korunması sorunu da ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızın bu kısmında iş sözleşmesinin devri durumunda devralan ve devreden işverenlerin işçilik alacakları yönünden sorumluluğu ortaya koyulurken öncelikle kıdeme bağlı alacaklara değinilecek, daha sonra da diğer işçilik alacakları yönünden işverenlerin sorumluluğu ele alınmaya çalışılacaktır.

aa) Kıdem Tazminatından Sorumluluk

aaa) Genel Olarak

Kıdem tazminatı İş Hukukunda iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine gündeme gelen en önemli işçilik alacaklarından biridir. Bir işçinin sürekli olarak çalıştığı bir işverene sunmuş olduğu emeğinin karşılığı olarak, iş sözleşmesinin kanunda gösterilen belli sebeplerle sona ermesi üzerine meydana gelen bir işveren borcu olarak kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin devri sonucunda doğrudan gündeme gelen bir alacak değildir¹⁵³. Çünkü iş sözleşmesinin devri sonucunda daha önceden de söylediğimiz gibi iş sözleşmesi sona ermemekte, işçi aynı iş sözleşmesi ile başka bir işverene devredilmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devri üzerine kıdem tazminatı açısından değerlendirilmesi gereken husus, devralan işveren döneminde iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine, hak

¹⁵³ Kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme sebepleri 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre, "Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin :

1- İşveren tarafından bu Kanunun 17 nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,

2- İşçi tarafından bu Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca,

3- Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,

4- Bağlı bulundukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;

5- (Ek: 25.8.1999 -4447/45 md.) 506 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle,

Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır". Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKYİĞİT**, Şerh, (Cilt-II), s.2312 vd; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.763 vd; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.957 vd; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.325 vd; **DEMİR**, İş Hukuku Uygulaması, s.363 vd; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş İlişkileri, s.533 vd.

kazanılmış bulunan bir kıdem tazminatından devreden de sorumlu olup olmadığıdır.

Belirtelim ki, iş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasındaki açık hükme göre, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanununda, kıdeme bağlı haklar bakımından işçi alacakları için işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınmakla beraber, önceki işverenin kıdeme bağlı bir hak olan kıdem tazminatından sorumlu olup olmayacağını hükme bağlamamıştır¹⁵⁴.

Öncelikle ifade edelim ki, iş sözleşmesinin devrinden önce işçi veya devreden işveren tarafından iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandırır bir şekilde sona erdirilmesi durumunda hak kazanılan kıdem tazminatından devralanın herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. İş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde kıdem tazminatından dolayı devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumlulukları düzenlenmemekle birlikte, işyerinin devredilmesi durumunda kıdem tazminatından devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarını düzenleyen 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrası hükmünün belirtmiş olduğumuz sorun karşısında uygulanıp uygulanmayacağını tespit önem kazanmaktadır. İş Kanununun, işyeri devrini düzenleyen 6. maddesinde de kıdem tazminatından devralan ve devreden işverenlerin sorumluluklarına değinilmemiştir. 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen düzenlemeye göre, “...İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12.7.1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak iş yerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12.7.1975 tarihinden evvel işyeri devrolunmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur”. Görüldüğü gibi hükümde devreden ve devralan işverenlerin işyeri devri veya işyerinin herhangi bir suretle el değiştirmesi durumunda kıdem tazminatından birlikte sorumlulukları ele alınırken diğer yandan da devreden işverenlerin bu sorumluluk alanları ile ilgili belirlemeler yapılarak, devreden işverenlerin bu sorumluluklarının işçiyi çalıştırdıkları

¹⁵⁴ ALPAGUT, “Hizmet sözleşmesinin Devri”, s.926-927.

sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlı olduğunun altı çizilmiştir.

Belirtmiş olduğumuz tüm çözümler işyeri devri için öngörülmüştür. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devri açısından da uygulanabilir olup olmadıklarının belirlenmesi gerekir. Gerçekten de Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında devir işlemiyle, devralanın, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olacağı hükme bağlanmış, devam eden ikinci cümlesinde de, kıdem tazminatı ve diğer herhangi bir işçilik alacağından söz edilmeyerek kıdem süresine ilişkin esaslara değinilmiş ve “*Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı*” tarihin esas alınacağına vurgu yapılmıştır. Görüldüğü üzere, iş sözleşmesinin devri durumunda, devirden sonra doğacak bir kıdem tazminatından devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira kıdem süresi devreden işveren yanında işe başladığı tarihe kadar geri götürülürken, kıdem tazminatından da sorumluluğun devreden işverenin döneminde çalışılan sürenin başlangıcına kadar götürülüp götürülemeyeceği belli değildir. Belirtelim ki bu konuda öğretide ve Yargıtay kararlarında işyeri devri için öngörülen 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasındaki hükmün iş sözleşmesinin devrine uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Aşağıda öncelikle öğreti ve Yargıtay kararlarında meydana gelen görüş farklılıkları değerlendirilecek ve ardından da devreden ve devralan işverenin birlikte mi yoksa bireysel mi sorumlu oldukları açıklanmaya çalışılacaktır.

bbb) Sorumluluğa İlişkin Değişik Görüşler

aaaa) Devralanın Sorumlu Olduğuna İlişkin Görüş

İş sözleşmesinin devrinde gerek devralanın gerek devredenin kıdem tazminatından sorumluluğuna ilişkin olarak düşünülmesi gerekli ilk husus devralanın tüm süre üzerinden kıdem tazminatından sorumlu olup olamayacağıdır. Öğretide 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin, işyeri devrine özgü olarak düzenlenmesi sebebiyle, iş sözleşmesinin devrine uygulanamayacağı ve kıdem tazminatının tümünden devralan işverenin sorumlu olduğu kabul edilmiştir¹⁵⁵. Bir başka deyişle devralan işveren hem devreden işveren döneminde geçen çalışma süresinden hem de kendi döneminde geçen çalışma süresinden doğan kıdem tazminatından sorumlu olacaktır. Gerçekten de bu görüşe göre halefiyet ilkesi gereğince devreden işveren

¹⁵⁵ KARAÇÖP/YAMAKOĞLU, s.125.

taraf sıfatını kaybetmekte ve devralan işveren iş sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren geçmişe dönük hakları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı sıfatını kazanmaktadır. Dolayısıyla bu sonuçtan hareketle devralan işverenin tüm süre üzerinden kıdem tazminatından sorumluluğuna gidilmesi mümkün olacaktır. Ayrıca iş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi hükmünde bir boşluk bulunmadığı, kanun koyucunun müteselsil sorumluluk öngörmediği, kıyas yoluyla müteselsil sorumluluk öngörülemediği de bu görüşe dayanak olarak gösterilmektedir¹⁵⁶.

Gerçekten de Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur” hükmü gereğince, devirden önceki tüm hak ve borçlardan devralan işverenin sorumlu olduğu sonucuna elverişli bir ifade ile karşılaşılmaktadır.

Öğretideki bir başka görüşe göre de, bir taraftan devrin iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği kabul edilirken, diğer taraftan da sözleşmenin ileride son bulması ihtimaline dayalı olarak, sanki devir tarihinde son bulmuş gibi, devredeni de kendi dönemi ile sorumlu tutmanın bir çelişki oluşturduğu kabul edilmiştir¹⁵⁷.

Yine başka bir görüşe göre de, şu anda yalnızca 14. maddesi yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanununun 98. maddesinin D bendi hükmü yürürlükten kalktığı için, iş sözleşmesi devirlerinde, devreden işverenin kıdem tazminatından sorumlu olmayacağı yönünde sözleşmelere hüküm konulabileceği ve bu tür hükümlerin geçerli olabileceği¹⁵⁸ ileri sürülmüştür.

bbbb) Devralan ve Devreden İşverenlerin Her Birinin Kendi Döneminden Ayrı Ayrı Sorumlu Olduğuna İlişkin Görüş

İş sözleşmesinin devri sonucu işverenlerin sorumluluğu açısından söz konusu olan bir diğer ihtimal de sözleşmeyi devreden kendi döneminde doğmuş borçlardan sorumlu olması, devralanın ise aksi kararlaştırılmamış ise, yalnızca devirden sonra doğacak borçlardan sorumlu tutulmasına ilişkin görüştür¹⁵⁹. Önemle ifade edelim ki, devralan işverenin devir tarihinden önceki haklardan sorumlu olmayacağının kabul edilmesi iş sözleşmesinin devrini ele alan Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde geçen “Devir işlemiyle, devralan,

¹⁵⁶ KARAÇÖP/YAMAKOĞLU, s.125.

¹⁵⁷ DANAR, s.72.

¹⁵⁸ ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.544.

¹⁵⁹ LARENZ, s.618.

bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur” hükmü ile bağdaşmamaktadır¹⁶⁰. Bu nedenle her bir işverenin yalnızca kendi dönemlerinden sorumlu tutulması, devralan işverenin iş sözleşmesinin devri sonucunda söz konusu olabilecek işçilik alacaklarından yalnızca devir tarihinden sonrasını üstlenmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle belirtilen çözümün, İş Hukukunda adil çözüm üretmeyeceği açıktır¹⁶¹.

Öğretide, Türk Borçlar Kanununda yer alan düzenlemelerden önce savunulan bir görüşe göre, iş sözleşmesini devralan işverenin önceki işveren döneminde doğmuş bulunan işçilik alacaklarından sorumlu olduğu yasalarımızda düzenlenmediği için, her bir işverenin çalıştırdığı dönemle sınırlı sorumlu olduğunun kabulü gerektiği belirtilmiştir¹⁶². Ancak bu düşünce ile birlikte devralan işverenin önceki dönemle ilgili ödenmemiş ücret, fazla çalışma vb. işçilik alacaklarından sorumlu olması için yasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu da ilave edilmiştir¹⁶³.

cccc) Devralan ve Devreden İşverenlerin Birlikte Sorumlu Olduğuna İlişkin Görüş

İş sözleşmesinin devri açısından ileride doğabilecek kıdem tazminatından sorumluluğa ilişkin esasların tayininde, savunulan görüşlerden biri de devralan işverenin tüm süre üzerinden sorumlu tutulması ancak devreden de sözleşmenin devrinden önceki hizmet süresi ve son ücret ile sınırlı olmak üzere kıdem tazminatından sorumluluğunun devam etmesi gerektiğidir¹⁶⁴. Bu görüşe dayanak olarak da, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi gösterilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi ça-

¹⁶⁰ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.324.

¹⁶¹ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.324.

¹⁶² ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.650.

¹⁶³ “Zira devreden işverenin ödemekle yükümlü olduğu işçilik alacaklarından iş sözleşmesini devralan işverenin de sorumlu olduğu düşünüldüğünde işçinin ödenmeyen bu haklar sebebiyle 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesi uyarınca devreden işverene karşı 20 günden sonra iş görme edimini yerine getirmeme hakkı doğabilecek, hatta işçi haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilecektir”. Bkz. ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.650.

¹⁶⁴ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1222; SÜZEK, İş Hukuku, s.339; AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.45; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.70; ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.325; ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.927; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.331; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.270; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.544; KAHRAMAN, s.99; Ayrıca bkz. ŞAHLANAN, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.4; CANIKLIOĞLU, “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi”, s.108; Krşz. DANAR, s.72.

lıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel işyeri devir olmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur” (EİK, m.14/2). Belirtmiş olduğumuz görüşe göre, her iki işverenin de kıdem tazminatından sorumluluğu kabul edilmekte, ancak devreden sorumluluğu kendi dönemindeki süre ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesi ile sınırlı olarak kabul edilmektedir.

İş sözleşmesinin devri gibi, yine üçlü iş ilişkisi olarak nitelenen işyeri devrini ele alan İş Kanununun 6. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında geçen düzenlemelere göre; “Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür...devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile...” sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır (İK, m.6/2-3).

İş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında, İş Kanununun 6. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye benzeyen, “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır” hükmüne yer verilmiş iken, İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasında ve Türk Borçlar Kanununun 428. maddesinin 3. fıkrasında geçen ve devreden ve devralanın birlikte sorumlu olduğu ve ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile sınırlı olduğu şeklindeki hükme yer verilmemiştir. Belirtelim ki, kıdem tazminatı açısından, İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasında geçen, “Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır” şeklindeki hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁶⁵. Zira diğer işçilik alacakları açısından göz önüne alınabilecek böyle bir düzenlemenin, işçinin kıdem tazminatı hakkı açısından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Ancak iş sözleşmesinin devri açısından da, işyeri devri için öngörüldüğü gibi, “...devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlı” olmalıdır¹⁶⁶. Bir başka deyişle kıdem tazminatının tümü son ücret üzerinden devralan işveren tarafından ödenecek olsa bile, bu işveren ödediği tazminatın devreden işverenin işçiyi

¹⁶⁵ Krş. ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.325.

¹⁶⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.351.

çalıştırdığı sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlı olan kısmı için devredene rücu edebilecektir¹⁶⁷.

Öte yandan iş sözleşmesinin devrine ilişkin üçlü sözleşmenin yapılmasına rağmen, devreden işverenin işçiye kıdem tazminatı ödemesinin, ileride iş sözleşmesinin kıdem tazminatını gerektirir şekilde sona ermesi durumunda devralan işverenin muhatap olacağı kıdem tazminatı ile ilgili yükümlülüğü nasıl etkileyeceği de önemli bir sorundur. Aslında iş sözleşmesinin devri, sözleşmeyi sona erdiren bir işlem olmadığı için, devreden işverenin kıdem tazminatı ödemesi, sözleşmenin sona erip ermediği sorusunu uyandırabilir. Belirtelim ki, işverenin kıdem tazminatını ödeme yaklaşımı, ihbar tazminatı ile birlikte gerçekleşmişse, artık açıktır ki iş sözleşmesi devredilmemiş, feshedilmiştir¹⁶⁸. Ancak devreden işveren, iradesini iş sözleşmesinin sona ermesi yönünde açıklamamış, yalnızca ileride söz konusu olabilecek bir sorumluluktan kurtulmak amacıyla böyle bir ödemeyi yapıyor ise, bu takdirde iş sözleşmesinin feshinden söz edilemeyecek, devir işleminin gerçekleştiği kabul edilecektir¹⁶⁹.

dddd) Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay, iş sözleşmesinin devrinde, devreden ve devralan işverenlerin kıdeme bağlı temel haklardan olan kıdem tazminatından sorumluluğuna ilişkin olarak önceleri yalnızca devralan işverenin sorumlu olduğu yönünde hüküm kurarken, sonradan vermiş olduğu kararlarda her işvereni kendi döneminden sorumlu tutmuştur.

Yargıtay iş sözleşmesinin devrinde işverenlerin sorumluluğuna ilişkin olarak verdiği bir başka kararında, “...Somut olayda işyeri devri söz konusu olmadığından 1475 sayılı İş Yasasının 14/2. maddesinin uygulama olanağı bulunmadığı...”nı belirterek, “...Dava konumuzda ise işyeri devri söz konusu olmayıp hizmet akdi devri...”nin mevcut olduğu ve bu nedenle de, “...ilk hizmet aktini devreden işveren hakkında ihbar ve kıdem tazminatı isteği ile açılan davanın...” reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁷⁰. Yine bu doğrultudaki bir başka kararında ise, “Davacı davalılardan N..Yapı San. A.Ş.de çalışırken hizmet akdi devri suretiyle U...A.Ş.ye devredildiği; aktin U...tarafından sona erdirildiği, U...’in aktin feshinden sonra S..Turizm A.Ş. ile birleştiği anlaşıldığından aktin feshi tarihinde işveren olmayan ve hizmet aktini daha önce devreden N..

¹⁶⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.208.

¹⁶⁸ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.649.

¹⁶⁹ Ancak yapılan ödemenin avans olup olmadığı tartışılabilir. ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.649.

¹⁷⁰ Y9HD, 29.09.2005, E.2005/309, K.2005/31664, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.694-695; Y9HD, 10.11.2005, E.2005/361, K.2005/35713, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.689.

Yapı San A.Ş.yi kıdem tazminatından sorumlu tutulması yerinde görülmemiştir” şeklinde hüküm kurarak¹⁷¹, devreden işverenin, kıdem tazminatından dolayı bir sorumluluğunun bulunmadığını açıkça vurgulamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 2005 yılında Basın İş Kanunu kapsamında çalışan bir gazeteci hakkında verdiği kararında, “Davacı Gazeteci, önce davalılardan NTV Haber Ajansı AŞ. işyerinde çalışmış, 31.10.2000 tarihinden sonra ise tüm haklarıyla birlikte diğer davalı E Haber Ajansı AŞ'ne nakli yapılmıştır. Mahkemece hüküm altına alınan tazminat ve alacakların tamamından davacının nakledildiği işverenin sorumlu tutulması doğru ise de, nakleden işverenin kıdem tazminatı... yönünden kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece her iki davalı işverenin tüm alacaklardan müştereken müteselsilen sorumlu tutulması hatalıdır” demek suretiyle her davalının kendi döneminden sorumlu olduğu görüşünü benimsemiştir¹⁷².

Yargıtay aynı konuyla ilgili olarak 2010 yılında vermiş olduğu bir kararında da benzer sonuca ulaşmak suretiyle, iş sözleşmesinin devri halinde kıdem tazminatının tüm süre üzerinden son ücrete göre hesaplanması gerektiğini açıkça belirtmiş ve devreden işverenin devir tarihindeki ücreti ve kendi dönemiyle sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır¹⁷³.

eeee) Görüşümüz

İş sözleşmesinin devri açısından ele aldığımız ve devralan işveren tarafından veya işçi tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesi üzerine, devralan işverenin nezdinde çalışılırken doğacak kıdem tazminatından sorumluluğun tayini oldukça önemlidir. Zira bir taraftan işçinin devreden işveren döneminde geçen kıdemi söz konusu iken diğer taraftan da devralan işverenin yanında çalışırken elde ettiği kıdemi de bulunmaktadır. *Kanaatimizce*, devralan işveren döneminde, iş sözleşmesinin kıdem tazminatını gerektirir bir şekilde sona ermesi üzerine, öncelikle devralan işverenin sorumluluğunun düşünülmesi gerekmektedir¹⁷⁴, devreden de kendi dönemindeki süre ve devir anındaki ücret üzerinden devralan işverenle birlikte sorumlu tutulması işçinin korunması ilkesine daha uygun düşecektir¹⁷⁵. Zira 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi-

¹⁷¹ Y9HD, 22.01.2007, E.2006/15347, K.2007/312, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.684.

¹⁷² YHGK, 13.04.2005, E.2005/9-203, K.2005/252, www.legalbank.net (16.03.2014).

¹⁷³ Y9HD, 01.04.2010, E.2010/5031, K.2010/9143, ÇİL, İlke Kararları, s.1153-1155; Ayrıca bkz. Y9HD, 06.06.2012, E.2010/5217, K.2012/19817, www.legalbank.net (16.03.2014).

¹⁷⁴ CENGİZ, s.136.

¹⁷⁵ Öğretide bu konuda dile getirilebilecek tek istisna, sözleşme devrinin işçinin isteği üzerine ve işçinin menfaatine olacak şekilde gerçekleşmesi olarak gösterilmiştir. Gerçekten de bazı durumlarda işverenlerden bir talep gelmeden de işçi, daha iyi kariyer olanakları gibi sebeplerle bir holding şirketinden diğerine devredilmeyi istemiş olabilir ki, bu durumda

nin 2. fıkrasında geçen hükmün işyeri devrine ilişkin olması, hükmün kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devri için de uygulanmasına engel olmamalıdır¹⁷⁶. Bir başka deyişle İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasında ve 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasında geçen ve birlikte sorumluluğu düzenleyen hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle, iş sözleşmesinden doğan işçilik alacaklarından devralan işverenle birlikte devreden de sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten de devralan işveren her halükarda sorumlu olmakla birlikte, devreden de devralanla birlikte kendi dönemindeki süre ve ücret üzerinden sorumlu olduğunu kabul etmek hakkaniyete uygun bir çözüm olacaktır.

Ancak İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasında ve Türk Borçlar Kanununun 428. maddesinin 3. fıkrasında geçen ve devreden ve devralanın birlikte sorumlu olduğu ve ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren *iki yıl* süre ile sınırlı olduğu şeklindeki hükmün, işyerinin devrinde devreden ve devralan işverenlerin kıdem tazminatından sorumluluğunu ele alan 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasında devreden işverenin sorumluluğu bir süre ile sınırlanmadığından, iş sözleşmesinin devrinde, devralan ve devreden işverenlerin birlikte sorumluluklarının değerlendirilmesinde uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁷⁷.

Kıdem tazminatına hak kazanma bakımından kamu kurumları için özel düzenleme getiren 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin 4. fıkrasındaki hükmü de bu noktada ele almanın yararlı olduğu düşüncesindeyiz. Gerçekten de söz konusu hükme göre, “*T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı öde-*

işçinin özel olarak korunmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Fakat birlikte sorumluluktan ayrılmaya getirilebilecek bu istisnanın açıkça ortaya konulması gerekir. ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.325.

¹⁷⁶ Bkz. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1222; SÜZEK, İş Hukuku, s.339; AKYİĞİT, “Bireysel Devir”, s.45; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.70; ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.325; ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.927; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.331; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.270; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.544; KAHRAMAN, s.99; Ayrıca bkz. ŞAHLANAN, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.4; CANIKLIOĞLU, “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi”, s.108; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.561; KOCAGİL, s.56.

¹⁷⁷ İşyeri devrine ilişkin olarak dile getirilen bir görüşe göre, 1475 sayılı yasanın 14/2. maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediği için, İş Kanununun 6. maddesinde yer alan devreden işveren için iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olamayacaktır. SÜZEK, İş Hukuku, s.196. Bkz. ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.325.

nir"¹⁷⁸. Görüldüğü gibi emeklilik hakkını elde etmek suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle madde hükmünde belirtilen hususlara hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinde son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatının ödeneceği hükme bağlanmıştır. Ancak belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacaktır.

Ayrıca belirtelim ki, iş sözleşmesini devralan işverenin kıdem tazminatından sorumluluğunu ortadan kaldıran sözleşme hükümleri de geçerli kabul edilmemelidir¹⁷⁹. Sözleşmede buna ilişkin bir kayıt öngörülmüş olsa bile, devralan işveren, devreden işveren döneminde doğmuş bulunan kıdemden sorumlu olamayacağını kendisine devir yoluyla gelen işçisine karşı ileri süremeyecektir¹⁸⁰. Düşüncemize göre, devreden ve devralan işverenin kıdem tazminatından birlikte sorumluluğuna ilişkin yukarıda belirtmiş olduğumuz esasların, sözleşme hükümlerinde düzenlenmesine gerek kalmaksızın, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasındaki hükme kıyasen kıdem tazminatı hakkı ve İş Hukukunun işçiyi koruyucu hükümleri çerçevesinde söz konusu olması gerekir. Ayrıca kıdem tazminatı yönünden devreden işverenin sorumluluğunu ortadan kaldıran sözleşmelere değer verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁸¹. Zira kıyasen uygulama dahi olsa, kuralların emredici etkisinin sözleşmelerle bertaraf edilmesi mümkün olmamalıdır¹⁸².

Kıdem tazminatından devreden ve devralan işverenler açısından ulaşılmış olduğumuz bu sonuç, işçi yararına ve İş Hukukunun koruyucu karakterine

¹⁷⁸ "...belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz. Ancak, bu tazminatın T.C. Emekli Sandığına tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktar, yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanununun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamaz" (1475, m.14/5).

¹⁷⁹ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.649; Krş. ARSLANOĞLU, "İradi Devir", s.544; 17.10.1980 tarihli ve 2320 sayılı Kanunla İş Kanununun 98. maddesine D bendi eklenmiş ve 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi hükümlerine aykırı hareket edenlere hapis ve ağır para cezası öngörülmüş ve ayrıca (m.14/12 hariç) hüküm mutlak emredici hale getirilmişti. 4857 sayılı İş Kanununun idari para cezalarını düzenleyen hükümlerinde kıdem tazminatına ilişkin herhangi bir yaptırım hükmüne yer verilmemiş hüküm kural olarak nispi emredici hale dönüştürülmüştür. Dolayısıyla işçi aleyhine olmamakla beraber işçi lehine kıdem tazminatı kurallarında sözleşmelerle değişiklik yapmak mümkündür. SÜZEK, İş Hukuku, s.747-748; Ayrıca bkz. CENGİZ, s.144; Aksi durum, işçilik haklarının korunmasının taraf iradesine bırakılması sonucunu doğuracağından sakıncalı görülmüştür. ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.927-928.

¹⁸⁰ CENGİZ, s.133.

¹⁸¹ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.649.

¹⁸² CENGİZ, s.140; ALP, "Sorunlar", s.194-195.

uygun düşmektir¹⁸³. İşçinin kıdem tazminatı açısından hak kaybına uğramaması için öğretide de isabetle kabul edildiği gibi, kıdem tazminatının toplam kıdem süresi ve son ücret üzerinden¹⁸⁴ devralan işverenden talep edilebilmesi gerekir¹⁸⁵. Her iki işverenden ayrı ayrı isteneceği kabul edildiği takdirde, tazminatın bölünmesi gündeme gelecek ve son ücret üzerinden değil de, bir kısmının devir sırasındaki ücret üzerinden hesaplanma ihtimali ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla kıdem tazminatının tümünün son ücret üzerinden devralan işveren tarafından ödenmesi, bu işverenin ödediği tazminat için devreden işverenin işçiyi çalıştırdığı sürelerle ve devir anındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlı olarak rücu etmesi mümkün olmalıdır¹⁸⁶. Ancak belirtelim ki, işverenlerin burada bahsetmiş olduğumuz sorumlulukları *müteselsil* sorumluluk değildir¹⁸⁷.

bb) İhbar Tazminatından Sorumluluk

İhbar tazminatına esas kıdem süresinin belirlenmesi bakımından iş sözleşmesinin devrinin iş ilişkisine etkisini yukarıda belirtmiştik¹⁸⁸. Çalışmamızın bu noktasında devralan işveren tarafından feshedilen belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshi durumunda ortaya çıkabilecek ihbar tazminatından işverenlerin sorumluluğu ele alınacaktır.

Öncelikle ifade edelim ki, süreli feshe ilişkin önellerine gereğince uymama durumunda, önele uymayan taraf, diğer tarafa, bildirim süresine tekabül eden ücreti tazminat olarak ödemek zorunda kalacaktır. Bu tazminata ihbar tazminatı adı verilir (İK, m.17/4)¹⁸⁹. Aynı şekilde Deniz İş Kanununa göre de, bildirim şartına uymayan tarafın, önellere¹⁹⁰ uygun ücret tutarında tazminat ödemek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Öte yandan Basın İş Kanunu kapsamında, basın iş sözleşmesinin bildirimli feshinde de, taraflarca kanunda öngörülen bildirim sürelerine uyulmadığı takdirde yapılan fesih usulsüz fesih

¹⁸³ Öğretide haklı olarak savunulduğu üzere, medeni hukuk ve borçlar hukuku ilke ve kurallarının iş hukukunun ruhuna ve niteliğine uygun biçimde çözümlemekte yetersiz kaldığı durumlarda bir uyarlama zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Ayrıntı için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.38.

¹⁸⁴ "Kıdem tazminatının hesaplanması, son ücret üzerinden yapılır" (1475, m.14/9).

¹⁸⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.774; Nitekim sözleşmeyi devralan, devir tarihinden önce doğmuş tüm hak ve borçları da üstlenir ve sorumlu olur, ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.324.

¹⁸⁶ Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.196, 774.

¹⁸⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.774.

¹⁸⁸ Bkz. s.239 vd.

¹⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.376 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.170 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.88 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.815 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.533 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.298 vd.

¹⁹⁰ Deniz İş Kanunu kapsamında özel süreleri ile ilgili açıklamalar için bkz. s.242 vd.

olarak kabul edilecek ve bildirim süresine ilişkin ücret tutarınca karşı tarafa bir tazminat ödenmesi gerekecektir (BİK, m.5/2)¹⁹¹.

Belirtelim ki, iş sözleşmesinin devrinden *sonraki* bir süreçte, devralan işverenin süreli fesih yöntemiyle belirsiz süreli iş sözleşmesini süreli feshe ilişkin yöntemlere aykırı olarak feshetmesi durumunda doğacak ihbar tazminatından devreden işverenin hiçbir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁹². Gerçekten de kıdem tazminatından farklı olarak ihbar tazminatı açısından, devreden işvereni kendi dönemi ile sınırlı olarak da olsa birlikte sorumlu tutmaya imkân veren düzenleme (EİK, m.14/2; İK, m.6) bulunmamaktadır. Belirtmiş olduğumuz bu sonuç söz konusu hakkın niteliği gereğidir¹⁹³. Bir başka deyişle iş sözleşmesini devralan işverenin, devraldığı işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini devirden daha sonraki bir dönemde süreli feshe aykırı bir şekilde sona erdirdiği takdirde ihbar tazminatından yalnızca kendi sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹⁹⁴. Bu noktada belirtmemiz gereken önemli bir husus da devralan işverenin devreden işveren ile yapılmış iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan artırılmış ihbar önelerinden sorumlu olup olmadığıdır. Belirtelim ki, devralan işveren iş sözleşmesini tüm hak ve borçları ile birlikte devralmış olduğu için artırılmış ihbar önelerine göre ihbar tazminatından sorumluluk da gündeme gelebilecektir¹⁹⁵.

İş sözleşmesinin devrinden önce, süreli fesih yöntemi kullanılarak sona erdirilmiş bir iş sözleşmesinin, bildirim süresi henüz son bulmadan devredilmesi durumunda bir ihbar tazminatının gündeme gelip gelmeyeceği, işçinin böyle bir talepte bulunması halinde ise söz konusu olacak tazminattan devralan işverenin de sorumlu olup olmayacağı tartışma konusu olabilir¹⁹⁶. Örneğin işverenin ihbar tazminatına hükmedilmesini gerektiren bir şekilde süreli fesih yöntemine aykırı davranarak, belirsiz süreli iş sözleşmesini usulsüz (örneğin bildirim süresini eksik vermesi, süreli fesih dönemindeki ücreti eksik ödemesi gibi) fes-

¹⁹¹ “6 ncı ve 7 ncı maddelerde yazılı ihbar mühletlerine tekabül eden ücret miktarındaki tazminatın işveren veya gazeteci tarafından diğer tarafa önceden ödenmesi suretiyle akdin derhal feshi de caizdir” Ayrıntı için bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s. 178 vd; ŞAKAR, Basın İş Hukuku, s. 106.

¹⁹² ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.647; EKONOMİ/EYRENCİ, s.1222; Ayrıca bkz. Y9HD, 11.10.2005, E.2005/361, K.2005/35713; Y9HD, 29.09.2005, E.2005/309, K.2005/31664, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.689. Yargıtay işyeri devrine ilişkin olarak vermiş olduğu bir başka kararında da “Bu durumda, ihbar tazminatı ve izin ücretinden son işverenin tek başına sorumlu olduğu kıdem tazminatından ise önceki işverenin çalıştırdığı süre ve ücretle sınırlı olmak üzere her iki işverenin genel tatil ücretinden ise, her işverenin kendi nezdinde çalışılan sürelerle sorumlu tutulması gerekirken, hüküm altına alınan alacakların tamamından her iki davalının birlikte sorumlu olacağı şeklinde hüküm kurulmuş olması hatalıdır” sonucuna ulaşmıştır. Y9HD, 23.11.2005, E.2005/8639, K.2005/37026, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/2, S:9, s.214; Ayrıca bkz. DANAR, s.70; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.331-332; ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.322; CENGİZ, s.147.

¹⁹³ KOCAGİL, s.56.

¹⁹⁴ CENGİZ, s.147.

¹⁹⁵ CENGİZ, s.146.

¹⁹⁶ Bkz. EKONOMİ/EYRENCİ, s.1216; İşverenin bu konuda yanıtlanması hakkında bkz. CENGİZ, s.147.

hetmesi durumunda doğabilecek ihbar tazminatının sebeplerinin devreden işveren döneminde gerçekleşmesi söz konusu olabilir¹⁹⁷. Belirtmiş olduğumuz ve henüz sözleşmenin devrinden önce var olan usulsüzlükler sebebiyle sözleşmeyi devralan işverenin ihbar tazminatından sorumluluğu gündeme gelebilir. Belirtelim ki, süreli feshin önemli bir uygulaması olan *yeni iş arama izninin* verilmemesi, ihbar tazminatı talep hakkı vermez¹⁹⁸. Ancak devralan işveren açısından yeni iş arama izni verme yükümlülüğü doğabilir¹⁹⁹. Elbette ki, devralan işverenin böyle bir ihtimal içinde bulunan iş sözleşmesini devralırken, haberdar olup olmadığı da kanaatimizce önemlidir. Pozitif düzenleme içinde yer almasa da, devralan işverenden, ihbar önelli fesih yönteminin saklanması veya buna aykırılığın gizlenmesi sonucuna bağlı olarak, genel hükümler çerçevesinde devir sözleşmesinin iptali gündeme gelebilecektir²⁰⁰. Zira süreli fesih yöntemiyle feshe maruz bir iş sözleşmesinin devralınması olağan bir durum değildir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi, usulsüz feshe ilişkin belirtmiş olduğumuz ihtimallerin söz konusu olduğu bir dönemde devredilmiş olabilir. Zira bu dönemde iş sözleşmesi süreli fesih iradesinin açıklanması ile son bulmamakta, tanınan öneller bitene kadar devam etmektedir²⁰¹. Dolayısıyla iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlar da aynen sürmektedir. Bir başka deyişle işçi yine iş görme borcunu yerine getirmek, işverene sadakatle bağlı olmak ve onun emir ve talimatlarına uymak zorunda iken; işveren de işçinin ücretini ödemek, onu gözetme yükümlülüğü altındadır. Hatta işçi bildirim süresi içinde gerçekleşmesi mümkün ücret zammı kıdem artışı gibi artırımlardan da yararlanabilecektir²⁰². Dolayısıyla devralan işveren iş sözleşmesini bildirim süresi içinde dahi devralmış olsa da belirtmiş olduğumuz işçilik hak ve alacaklarından sorumlu tutulabilecektir²⁰³. Ancak öğretide de savunulduğu gibi, iş sözleşmesinin devri sırasında

¹⁹⁷ Usulsüz feshin anlamı hakkında ayrıntı için bkz. **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş İlişkileri, s.358 vd; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.210 vd; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.526 vd; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.807 vd; **DEMİR**, İş Hukuku Uygulaması, s.298 vd.

¹⁹⁸ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.534; Yeni iş arama izni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **EKONOMİ, Münir**, "Yeni İş Arama İzni ve Uygulaması", **Osman Güven ÇANKAYA'ya Armağan**, Ankara-2010, s.148 vd; **LAÇİNER, Vedat**, "Yeni İş Arama İzni Hakkı", **Yönetim Bilimleri Dergisi**, 2012, S:19, s.160 vd.

¹⁹⁹ İş sözleşmesini devreden işverenin de iş arama izinlerini kullandırmadığı bir dönem varsa bu ücretlerin zamlı ödemesinden sorumluluğu düşünülebilir. **ÇANKAYA/ÇİL**, Üçlü İlişkiler, s.647.

²⁰⁰ Devir sözleşmesinin geçersizliği hakkında bkz. Yuk. s.209 vd.

²⁰¹ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.534; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.816; "Dairemizin yerleşik ve karılıklı kazanan uygulamasına göre, işverence önel verilmeksizin ve ihbar tazminatı peşin ödenmeksizin yapılan fesihlerde, önel süresi içinde işçi lehine oluşacak artışlardan işçinin yararlanması gerekir. Bir başka anlatımla bu tür fesihler önelli fesih gibi kabul edilmektedir. Böyle olunca da ihbar tazminatı ödenmediği sürece iş sözleşmesi önel bitimine kadar devam edecektir. Ayrıca önel süresi içinde taraflarca başka nedenlerle gerçekleştirilecek fesih işlemleri geçerli sayılacaktır". Y9HD; 01.03.2004, E.2004/13738, K.2004/3888, www.kazancihukuk.com, (21.12.2013).

²⁰² Ayrıntı için bkz. **NARMANLIOĞLU**, İş Hukuku, s.358 vd; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.210 vd; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.526 vd; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.807 vd; **AKYİĞİT**, Şerh (Cilt-I), s.591 vd.

²⁰³ **ÇANKAYA/ÇİL**, Üçlü İlişkiler, s.647.

veya sonrasında tarafların anlaşarak mevcut durumun aksini öngörmeleri ve ihbar önellerini ortadan kaldırmaları da mümkündür²⁰⁴.

cc) Yıllık İzin Ücretinden Sorumluluk

Bir yıllık çalışması karşılığında, işveren tarafından işçiye ücretli olarak kanunda belirtilen süre kadar yıllık izin kullanılması İş Kanununda hükme bağlanmış önemli bir husustur. İş Kanununun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilmeleri için, işe girdiği günden başlayarak en az bir yıl çalışmış olmaları gerekir (İK, m.53/1)²⁰⁵. Yıllık ücretli izin hakkına yukarıda da değindiğimiz üzere diğer İş Kanunlarında da yer verilmiştir²⁰⁶. Basın İş Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükme göre, “Günlük bir mevkutede çalışan bir gazeteciye, en az bir yıl çalışmış olmak şartıyla, yılda dört hafta tam ücretli izin verilir”²⁰⁷. Deniz İş Kanunu da yıllık ücretli izin süresini 40. maddesinde düzenlemiştir²⁰⁸. Hükme göre, “aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet akdine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemiadamı yıllık ücretli izne hak kazanır” (DİK, m.40/1). Türk Borçlar Kanunu da kendi kapsamına göre, yıllık ücretli izin hakkına ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Hükme göre, “İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere... ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür” (TBK, m.422).

Belirtelim ki, yıllık ücretli izin süresi, devam eden iş sözleşmeleri için geçerli bir husustur²⁰⁹. Yalnızca ücret alınarak, feragat edilmesi mümkün değildir²¹⁰. İşçi yıllık ücretli izne çıktığında bu döneme ilişkin ücretinin işveren tarafından izne başlanmadan önce peşin olarak ödenmesi veya avans olarak verilmesi gerekir (İK, m.57/1).

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, kullanılacak bir izin süresinden bahsedilemez²¹¹. Ancak bu durumda işçinin yıllık izin sürelerine ilişkin ücreti,

²⁰⁴ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.646; CENGİZ, s.147.

²⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-II), s.1627 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri, s.697 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.838 vd.

²⁰⁶ İş sözleşmesinin devrinin kıdem süresine etkisi hakkındaki açıklamalar için bkz. s.227 vd.

²⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.254 vd.

²⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BEDÜK, s.209-213.

²⁰⁹ “Yıllık izin ücreti hakkı, sözleşmenin feshi tarihinden itibaren alacağa dönüşür. Bu tarihten itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde dava açılırsa, tüm alacağın son ücret esas alınarak ödenmesi gerekir” (İK, m.59/1; m.32/son). YHGK, 05.07.2000, E.2000/9-1079, K.2000/1113, Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2000-2005, Ankara-2006, s.456; “İşçinin zamanaşımı süresini dikkate alarak, son beş yıl kullanmadığı izin ücreti alacağını istemiş olması, önceki yıllara ait izin ücreti alacağından vazgeçtiği anlamına gelmez”. YHGK, 04.03.2002, E.2002/4196, K.2002/3226, Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2000-2005, Ankara-2006, s.456.

²¹⁰ SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.254.

²¹¹ “Yıllık ücretli izin hakkı, hizmet akdinin işçi veya işveren tarafından feshi veya işçinin ölümü ile izin ücretine dönüşmektedir. İşçi hizmet akdi devam ederken, kullanmadığı yıllık izinlerinin ücretini dava yoluyla alamaz. Hizmet akdinin feshi ile

sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenmek zorundadır (İK, m.59/1; TBK, m.425/3). İş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermiş olması yeterlidir. Yıllık izin ücreti alacaklarında zamanaşımı beş yıldır (TBK, m.425/3). Bu sürecin başlangıcı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir (İK m.59/1). İşçinin kullanmadığı izin sürelerine ilişkin ücretleri yanında yıllık iznini kullanmış olmakla birlikte ücreti ödenmemiş ise, kullandığı izinlere ait ücretlerini de, talep edebileceği kuşkusuzdur²¹².

Deniz İş Kanunu, yıllık ücretli iznin alacağı dönüşmesi konusunu gerek İş Kanunu gerek Türk Borçlar Kanunundan farklı bir şekilde ele alınmıştır. Gerçekten de Deniz İş Kanununda bu konuda sınırlama getirilmiştir²¹³. Nitekim Deniz İş Kanununun 40. maddesinin son fıkrasında gemiadamının hakettiği yıllık ücretli izni kullanmadan iş sözleşmesinin 14 üncü maddenin II, III ve IV. bentlerine göre bozulması durumunda, işveren veya işveren vekilinin izin süresine ait ücreti, gemiadamına ödemek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak aynı hükümde 14. maddenin I. bendinde geçen “Süresi belirli olan veya olmayan yahut da sefer üzerine yapılan iş sözleşmesinin işveren veya işveren vekili tarafından “...a) Gemiadamının herhangi bir limanda geminin hareketinden önce gemiye dönerek hizmete girmemesi veya gemiye hiç dönmemesi, b) Gemiadamının gemide hizmet görmesinin tutukluluk, hapis veya gemide çalışmaktan menolunması gibi sebeplerle imkansız bir hal alması, c) Gemiadamının işveren veya işveren vekiline karşı, kanuna, hizmet akitlerine sair iş ve çalışma şartlarına aykırı hareket etmesi, ç) Gemiadamının işveren veya işveren vekiline karşı denizcilik kural ve teamüllerine veya ahlak ve adaba aykırı hareket etmesi” nedenlerinden dolayı sona erdirildiği takdirde yıllık ücretli iznin karşılığı olan ücretin ödenmesi benimsenmemiştir. Ancak belirtelim ki, belirtilen sebeplere dayalı olarak iş sözleşmesi feshedilmiş olsa dahi gemi adamının yıllık izin ücreti hakkından yoksun bırakılmaması gerekirdi²¹⁴. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 425. maddesinin 3. fıkrasında, hizmet sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretinin, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödeneceği hükme bağlanmıştır.

doğan, yıllık ücretli izin alacağının zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olduğu fesih tarihinden başlar”. Y9HD, 09.10.2000, E.2000/15576, K.2000/13263, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara-2006, s.458; “Davacı çalışmasını sürdürdüğü için izin parasını alarak izinden vazgeçme anlamına gelecek şekilde talepte bulunması Anayasa’da öngörülen dinlenme hakkına ve 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerine aykırılık oluşturur”. Y9HD, 28.05.2002, E.2002/3171, K.2002/9105, Kamu-İş, **Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları**, 2000-2005, Ankara-2006, s.206.

²¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.721.

²¹³ BEDÜK, s.210.

²¹⁴ BEDÜK, s.210.

İş sözleşmesinin devri açısından yıllık ücretli izin hakkının ifade etmiş olduğu anlamı, yıllık ücretli izne hak kazanma ve izin süresinin belirlenmesi noktasında kıdem süresinin bütünlüğü açısından yukarıda değerlendirmiştik²¹⁵. Yıllık ücretli izni kullandırma ve buna ilişkin ücreti ödeme yükümlülüğü yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi normalde devralan işverenin üzerindedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrası gereğince, devralan işveren işçinin devreden işveren döneminde doğan ve tüm hizmet süresi üzerinden hesaplanacak yıllık ücretli izin hakkından sorumlu olacaktır²¹⁶.

Belirtelim ki bu noktada devirden önce, devreden işveren tarafından kullandırılması gereken yıllık ücretli izin hakkından, İş Kanununun işyeri devrine ilişkin 6. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen “...devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan birlikte sorumludurlar” hükmü gereğince iş sözleşmesinin devri işleminin sonucuna bağlı olarak, devralan işveren döneminde sözleşmenin son bulması gündeme geldiğinde devreden ve devralan işverenin söz konusu olabilecek yıllık izin ücreti alacağından birlikte sorumlu olup olmadığının tartışılması gerektiği kanısındayız.

Yıllık ücretli iznin, salt ücret alacağına dönüşmesi ancak iş sözleşmesi sona erdikten sonra mümkündür²¹⁷. İş sözleşmesinin sona erme biçimi de yıllık izin ücretine hak kazanma bakımından önemli değildir²¹⁸. Konumuz açısından vurgulayacak olursa, geçerli bir şekilde gerçekleştirilen iş sözleşmesinin devri işleminin sonucunda, devir işlemi sözleşmeyi sona erdirici bir etki göstermediğinden yıllık izin ücreti alacağı gündeme gelmeyecektir²¹⁹. Dolayısıyla ancak devralan işveren döneminde iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine yıllık izin ücreti gündeme gelebilecektir. Ancak asıl önemli sorun yıllık izin ücretinden sorumluluğun nasıl belirleneceği bir başka deyişle, işçinin yıllık izin ücreti alacağının borçlusu işverenin tespiti. Bu noktada akla gelen ilk husus devralanın işyerinde çalışmakta olan bir işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda, yıllık izin ücretinden de yine devralanın sorumlu tutulmasıdır. Hemen ifade edelim ki, yıllık izin ücreti alacağının salt ücret olarak iş sözleşmesinin

²¹⁵ Bkz. s.230 vd.

²¹⁶ SÖNMEZ TATAR, s.79.

²¹⁷ “Davanın açıldığı tarihte de çalışıp çalışmadığı kesin olarak anlaşılamamaktadır. Şayet davacı çalışmasını sürdürmekte ise yıllık ücretli izin isteme hakkı bulunmamaktadır”, Y9HD, 13.02.2002, E.2002/17459, 2002/2727, AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-II), s.1680.

²¹⁸ “İzin ücreti akdın haklı veya haksız feshine bağlı değildir. Akdın sona erdiği ve izin ücretinin varlığı davalı tarafından kabul edilmektedir”, Y9HD, 08.12.2033, E.2003/14732, K.2003/3905, AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-II), s.1676; SÜZEK, İş Hukuku, s.850-851.

²¹⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.849.

sona ermesi ile söz konusu olacağı düşüncesinden hareketle İş Hukuku öğretisinde yıllık izin ücretinden yalnızca devralan işverenin sorumluluğu kabul edilmektedir²²⁰. Devralanın sorumluluğu da işçinin devreden yanında işe başladığı tarihe göre belirlenmelidir. Ancak burada gözden kaçmaması gereken bir nokta da, devreden işveren döneminde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ilişkin ücretten devralanın sorumlu olup olmadığının tespiti. Hemen belirtelim ki, devreden işveren döneminde doğmuş ancak kullanılmayan yıllık izin sürelerinin devralan işverence kullanılması sonucu artık böyle bir alacak gündeme gelmeyecektir. Öğretide, işyeri devrine yönelik olarak savunulan bir görüşe göre yıllık ücretli izin hakkının *kullanılmaması* durumunda yıllık izin sürelerinin ücrete dönüşmesinin ve bu ücretin muaccel hale gelmesinin ancak iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olduğu, iş sözleşmesi devam ederken verilmeyen yıllık izin haklarına karşılık gelen sürelerin ücret olarak ödenmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle devreden işveren döneminde doğmuş bir işçilik alacağından söz edilemeyeceği sonucuna varılmıştır²²¹. Aynı sonucun iş sözleşmesinin devri açısından da geçerli olacağı kanısındayız.

Zaten İş Kanununun 59. maddesinin 1. fıkrasına göre de (TBK, m.425/3) “İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücret, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden kendine veya hak sahiplerine ödenir”. Dolayısıyla ücrete dönüşen yıllık izin ücreti hakkının devralan işveren tarafından ödenmesi gerekir²²². Ayrıca belirtelim ki, devreden işveren döneminde *kullanılan* ancak ödenmeyen yıllık izin ücreti, devir anında ödenmesi gerekli bir alacak olduğu için, bu alacaktan dolayı kıyasen İş Kanununun işyeri devrine ilişkin 6. maddesinin 3. fıkrası gereği devreden ve devralan işverenlerin işçiye karşı birlikte sorumlu tutulmaları gerektiği kanısındayız. Ayrıca yine aynı hükmün uygulanmasının bir sonucu olarak devreden işverenin devralanla birlikte iki yıl süreyle sorumluluğunun kabulü İş Hukukunun işçiyi koruyucu anlayışına daha uygun düşecektir²²³. Bu konuda devir sözleşmesine konulacak hükümlerle devralan sorumluluktan kurtulamayacağı gibi, devreden ve devralan işverenlerin sorumluluğu kısıtlayıcı anlaşmaları, işçiye karşı bir hüküm ifade etmeyecektir. Ancak iki yıllık birlikte sorumluluğa ilişkin sürenin devir sözleşmesine konulacak bir hükümle artırılması mümkün olabilecektir.

²²⁰ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1223; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.249-250; ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.322; Krşz. SÜZEK, İş Hukuku, s.338-339.

²²¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.196.

²²² SÜZEK, İş Hukuku, s.196.

²²³ Krşz. ARSLANOĞLU, Esaslar, s.106; Ücret vb. işçilik alacaklarından işverenlerin sorumluluğu hakkındaki açıklamalar için bkz. s.286 vd.

İş sözleşmesi devirden önce sona ermiş bir işçinin, bir başka işverenle iş sözleşmesi yapmış olması, sona ermeden önceki döneme ilişkin çalışmalarından dolayı önceki işveren yanında geçen çalışma süreleri ve buna bağlı haklarından, işçi ile yeni iş sözleşmesi yapan işveren herhangi bir şekilde sorumlu olmayacaktır²²⁴.

Basın İş Kanunu açısından iş sözleşmesinin devrinde işverenlerin yıllık izin ücretinden sorumluluğunun tayini de çalışmamız açısından değinilmesi gerekli bir husustur. Gerçekten de gazeteci açısından da iş sözleşmesinin devrinin Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi kapsamında gerçekleştirilmesi mümkündür. Zira iş sözleşmesinin devri açısından Basın İş Kanununda bir hüküm öngörülmediği gibi, devrin sonuçları hakkında da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda kıdem sürelerinin birleştirilmesinde Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi uygulanabilecektir²²⁵. İş sözleşmesinin devri açısından işçi alacakları da önem taşıdığı için yıllık izin ücretinden sorumluluğun tayini de Basın İş Kanunu açısından değinilmesi gerekli bir diğer konudur. Yukarıda İş Kanunu açısından yapmış olduğumuz açıklamaların, Basın İş Kanunu kapsamında gerçekleştirilen iş sözleşmesinin devri işlemine de uygulanması mümkün olacaktır²²⁶.

Ayrıca Basın İş Kanununun, yıllık izin ücretinin belirlenmesinde İş Kanununda farklı düzenlemeler içerdiğini de belirtmemiz gerekir. Gerçekten de Basın İş Kanununun 29. maddesine göre yıllık ücretli iznin kullandırılmaması aynı zamanda ceza gerektiren bir durum olarak düzenlenmiştir. Bu ceza yıllık ücretli iznin kullandırılmamasında söz konusu olduğu gibi, izin ücretinin zamanında ödenmemesi durumunda da gündeme gelebilmektedir²²⁷. Söz konusu düzenlemeye göre gazeteciye yıllık ücretli iznini vermeyen veya izin vermiş olmakla birlikte izin süresine ilişkin ücreti ödemeyen işveren, yıllık ücretli izin süresine ait ücret toplamının *iki katını* ilgili gazeteciye ödemek zorunda kalmakta ve aynı zamanda izin süresine karşılık gelen ücret toplamının üç katı tutarında idari para cezası ödemeye mahkûm edilmektedir (BİK, m.29)²²⁸. Belirtilen cezai miktardan devralanın sorumlu olup olamayacağı ise tartışma götürür bir husus-

²²⁴ ÖZKARACA, s.411; SÖNMEZ TATAR, s.79; SÜZEK, İş Hukuku, s.194 vd.

²²⁵ Bkz. s.232 vd; 236.

²²⁶ Basın İş Kanunu yıllık ücretli izin sürelerini belirlerken gazetecinin çalıştığı gazetenin günlük olup olmamasına göre farklı süreler düzenlemiştir. Buna göre günlük bir gazetede çalışan bir gazetecinin yıllık ücretli izni süresi yılda dört hafta, gazetecilik mesleğindeki hizmeti on yıldan fazla olan bir gazetecinin yıllık ücretli izni altı hafta; günlük olmayan gazetelerde çalışan gazetecilerin yıllık ücretli izin süresi her altı aylık çalışma dönemi için iki haftadır (BİK, m.21/1). Bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.257 vd.

²²⁷ Geciken ücretler için uygulanan günlük yüzde beş fazla ödemeye ilişkin düzenleme yıllık ücretli izin hakkında geçerli değildir. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.262.

²²⁸ Bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.282.

tur. Özellikle idari para cezası, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince devreden işverenin sorumluluğunu gerektirecek bir husus olduğu için, bu alacaktan dolayı sorumluluk devralana intikal etmemelidir.

Deniz İş Kanunu açısından da yıllık ücretli izin hakkına, Kanunun 40. maddesinde yer verilmiştir. Deniz İş Kanunu bakımından da iş sözleşmesinin devrinin Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla yıllık ücretli izin alacağında devreden ve devralan işverenlerin sorumluluğunun tayininde, İş Kanunu bakımından yıllık izin ücreti alacağından sorumluluğa ilişkin tayin ettiğimiz esasların Deniz İş Kanunu kapsamında gerçekleştirilen iş sözleşmesinin devri işlemine de uygulanacağı düşüncesindeyiz.

b) Kıdeme Bağlı Olmayan İşçilik Alacaklarından Sorumluluk

aa) Alacağın Türleri

Alacak hakkı, genel olarak sözleşmeye dayalı borç ilişkilerinden kaynaklanır. Çalışmamız açısından önem arzeden borç ilişkisi ise iş sözleşmesine dayalı ilişkidir. Bir iş sözleşmesi içerisinde, işçi ve işverenin karşılıklı olarak hak ve yükümlülükleri söz konusudur. Bu yükümlülüklerden en önemlisi ise işverenin ücret ödeme borcudur. Bu borç işçinin iş görme borcunun bir karşılığı olarak ortaya çıkar. Bu ücrete *asıl ücret* adı verilir. Ancak işyerinde işçilere ödenen asıl ücrete ilaveten işverenlerce *ücret ekleri* de (prim, ikramiye, sosyal yardım vb) asıl ücrete ilave edilerek işçilere ödenebilmektedir. Ayrıca fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücreti ile tatil ücretleri de işçinin ücret kavramı içerisinde değerlendirilebileceğimiz alacak kalemleri içinde yer alır²²⁹. Çalışmamızın bu bölümünde ele alacağımız işçilik alacakları, işçinin kıdemine bağlı olarak ortaya çıkmamakta, işverenle arasında kurulu bulunan iş ilişkisinin devamı içinde ve işçinin iş görme borcundan doğan alacaklardan oluşmaktadır. Öncelikle belirtmiş olduğumuz alacaklar hakkında temel bazı bilgi ve kavramlara yer verilecek, ardından da iş sözleşmesinin devri sonucunda devralan işveren döneminde çalışmasını devam ettiren işçinin belirtmiş olduğumuz alacaklarından gerek devralan gerek devreden işverenlerin sorumlulukları açıklanmaya çalışılacaktır.

²²⁹ İş güvencesi kapsamına giren işçiler açısından farklılık arzeden alacaklar yönünden inceleme için bkz. s.310 vd.

aaa) Ücret ve Ücret Eki Niteliğindeki İşçilik Alacakları Bakımından

Ücret alacağı, bir işçilik alacağı olmakla birlikte, işçilik alacağı yalnızca ücret alacağından ibaret değildir. İşçilik alacakları, ücret alacağı yanında, işçinin işverenle olan iş ilişkisinden, toplu iş sözleşmesinden, mevzuattan ve işyeri uygulamalarından kaynaklanan ve koşullarının gerçekleşmesiyle birlikte işçiye ödenmesi gereken, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, ihbar, kötünîyet, kıdem tazminatları ve sendikal tazminat, iş güvencesi tazminatı ile maddi ve manevi tazminatlar vb alacakları da kapsar²³⁰.

İşçinin kanundan, toplu iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinden dolayı hak ettiği, parasal karşılık olan ücret ile ücret benzeri gelir getirici emek sunumu ile hak edilen diğer kanuni tazminatlardan oluşan alacaklara *işçilik alacağı* denir. İşçilik alacağı kavramı, yukarıda belirttiğimiz gibi, ücret ve eklerini kapsadığı gibi, işçinin iş sözleşmesi veya iş ilişkisi nedeniyle ve yasal unsurların oluşması durumunda hak ettiği diğer tazminat alacaklarını da kapsamaktadır²³¹. Bu bağlamda işçinin bir başkasına verdiği para, işçilik alacağı sayılmaz. İşçilik alacağının işveren ya da üçüncü kişiler tarafından ödenmesinin her hangi bir önemi yoktur.

Ücret iş sözleşmesinin temel unsurudur. Ücret ödeme yükümünün bulunmadığı bir ilişki, iş sözleşmesi ilişkisi olarak kabul edilemez²³². İşçiye yaptığı işin karşılığı olarak ödenen (asıl) ücret yanında, ücret ekleri olarak nitelenen ve uygulamada oldukça sık olarak rastlanan ve aşağıda inceleyeceğimiz, ödemelerin de yapılması mümkündür. İşçilik alacağı denilince akla ilk önce, işçinin işverenle olan iş ilişkisi nedeniyle ödenmesi gereken, ücret alacağı gelmektedir. Ücret, işçi için işçilik alacakları arasında en önemli bir hak ve işveren için ise başlıca bir borçtur. Ücret, çalışmadığı halde ücret ödenmesini gerektiren durumlar hariç, yapılan bir işin karşılığında, işveren veya üçüncü kişilerce işçiye sağlanan para veya parasal değeri bulunan çıkarlardan oluşan bir gelir çeşididir²³³. 4857 sayılı “İş Kanunu” m.32/1’de, “*Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para olarak ödenen tutardır*” şeklinde tanımlanmaktadır.

²³⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.132 vd; ÇELİK, İş Hukuku, s.150 vd; 355 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.545 vd; 1045 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.149 vd; 255 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.364 vd; 794 vd, KORKUSUZ Refik, Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk İş Hukuku'nda İşçilik Alacaklarının Korunması, Ankara-2004, s.1 vd.

²³¹ KORKUSUZ, s.10.

²³² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.545 vd.

²³³ SÜMER, İş Hukuku, s.66 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.132 vd; ÇELİK, İş Hukuku, s.150; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 149 vd; KORKUSUZ, s.12.

İşçinin asıl ücreti yanında geçimini sağlamak üzere; kanun, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi gereğince hak kazandığı tüm menfaatler, ücretin eklerini oluşturmaktadır. Bir menfaatin ücret eki olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka para şeklinde sağlanmış olması gerekmediği gibi, ödemenin de mutlaka işveren tarafından yapılması zorunlu değildir²³⁴.

Asıl ücret dışında uygulamada çok karşılaşılan ve ücret ekleri olarak kabul edilen işçilik alacakları da bulunmaktadır. Bunlardan şüphesiz ki ilk akla geleni *ikramiyedir*. İkramiye, işverenin işçilere yaptıkları işten duyduğu memnuniyeti veya işçi-işveren bağlılığını belirtmek için ya da bazı vesileler (yılbaşı, bayram, işyerinin kuruluş yıldönümü, evlenme, doğum gibi) nedeniyle verdiği ek bir ücrettir²³⁵. İkramiye, bir iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile getirilmiş ya da işverence tek taraflı olarak sağlanmış olabilir. İşverence tek taraflı olarak sağlanan ikramiye de, bir işyeri uygulaması haline dönüşürse, işçinin iş sözleşmesi hükmü haline gelen bu ikramiyeyi de talep hakkı doğacaktır²³⁶.

Prim de bir işçilik alacağıdır. Primin temel amacı, işçiyi üstün başarısından dolayı ödüllendirmektir. Prim, ikramiyeden farklıdır. İkramiye genellikle bazı özel nedenlere; prim ise işçinin yaptığı işteki başarısına ve elde ettiği sonuca bağlıdır. *Prim*, işçinin içinde gösterdiği üstün özen sonucu kalite ve miktar bakımından özellikle iyi olan işinin karşılığı olarak yapılan ek bir ödeme şeklinde tanımlanabilir²³⁷. Örneğin, üretimde artış sağlama, daha iyi kalite, daha az maliyetle üretme koşuluna bağlı olarak yapılan ödeme primdir²³⁸. Yani prim, işçinin daha ziyade nitelik ve nicelik açısından *başarılı bir hizmetinin* karşılığı olarak ve zamana göre ücretin sakıncasını gidermek amacıyla ödenmektedir²³⁹.

Komisyon ücreti olarak isimlendirilen ücret ise, işçinin yaptığı iş ile işverene sağladığı çıkar üzerinden belirli bir yüzde almasını ifade eder. Örneğin satış işini üstlenen bir işçinin sattığı malların toplam değeri üzerinden belirli bir yüzdeye göre aldığı ücret, komisyon ücretidir²⁴⁰. Komisyon ücreti, asıl ücret olarak saptanabileceği gibi, temel ücrete ek bir ücret olarak da kararlaştırılabilir²⁴¹.

²³⁴ KORKUSUZ, s.12.

²³⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.369; s.284; ÇELİK, İş Hukuku, s.152; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.295.

²³⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.369; SÜMER, İş Hukuku, s.66; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.137.

²³⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.550.

²³⁸ SÜMER, İş Hukuku, s.66.

²³⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.367.

²⁴⁰ DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.140; SÜMER, İş Hukuku, s.67; KORKUSUZ, s.13; SÜZEK, İş Hukuku, s.371.

²⁴¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.371.

Bir diğer ödeme de *bahşiştir*. İkramiye ve primden farklı olarak işveren tarafından değil, üçüncü kişi konumundaki müşteri tarafından ödenmektedir²⁴². Bu ödeme müşterinin sunulan hizmetten memnun kalmasının bir ifadesidir. Çoğu kez bir hediye, ücret kavramı dışında bir bağışlamadır²⁴³. Bahşiş, hukuki mahiyeti bakımından bazen ücret eki, bazen de doğrudan doğruya ücret, yani asıl ücret olabilir. Bu halde, miktarı önceden beli olmayan ücret eki veya asıl ücret olup miktarının önceden belli olmaması bu niteliğini etkilemez²⁴⁴. Yüzde usulü ücret uygulanan işyerlerinde, işveren tarafından işyerindeki bütün işçilere dağıtımı zorunlu olduğundan, bahşiş, ücret niteliğindedir. Bu usulün uygulanmadığı işyerlerinde ise işveren tarafından belirli bir düzene göre işçilere dağıtımı yapıldığı takdirde ücret eki niteliğinde bir ödeme sayılır²⁴⁵.

Kârdan pay alma, işletmenin kârının bir bölümüne işçinin katılması olanakını sağlayan bir ek ücret biçimidir²⁴⁶. İşçinin kârdan pay alabilmesi için, bu ödeme biçiminin iş sözleşmesinin taraflarınca açıkça kararlaştırılmış olması gerekir (BK, m.323/2). İşyerinde çalışan tüm işçilerin kârdan pay istemesinin kararlaştırılması mümkün olduğu gibi, sadece üretim, yönetim veya satış gibi kısımlarda çalışan işçilere kârdan pay verilebileceği de öngörülebilir²⁴⁷.

bbb) Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücreti Bakımından

4857 sayılı İş Kanunu, fazla çalışmayı “*Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar*” olarak tanımlamaktadır (m.41/1). Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, işçiye her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının *yüzde elli yükseltilmesi* suretiyle ödenmesi hükme bağlanmıştır. Kanunun 41/3. maddesi 4857 sayılı İş Kanunu ile çalışma hayatımıza girmiş bir kavram olan *fazla sürelerle çalışma* konusunu düzenlemiştir. Buna göre, *fazla sürelerle çalışma, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği hallerde uygulanmakta olan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışma* olarak tanımlanabilir²⁴⁸.

²⁴² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.554.

²⁴³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.554.

²⁴⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.554.

²⁴⁵ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.299.

²⁴⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.373; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.141; SÜMER, İş Hukuku, s.69.

²⁴⁷ SÜMER, İş Hukuku, s.68; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.555; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.151.

²⁴⁸ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.638 vd; ÇELİK, s.369 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.200 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.1103 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.129 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.811 vd.

Hem fazla çalışmada hem de fazla sürelerle çalışmada, işçi dilerse ücret yerine serbest zaman talebinde de bulunabilir (m.41/3, 4). Fazla çalışma süresini serbest zaman olarak kullanmamış olan²⁴⁹ ve iş sözleşmesi sona ermiş bulunan ve sözleşmesinin devamı süresince fazla çalışma ücretini alamamış olan işçi, sözleşmenin sona ermesi üzerine, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerini işverenden talep edebilecektir²⁵⁰. Yargıtay, fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında işçinin son ücretinin değil, her bir fazla çalışmanın gerçekleştiği dönemlerdeki ücretin esas alınması gerektiğine hükmetmektedir²⁵¹.

ccc) Hafta Tatili, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti

Çalışma ilişkisi içinde iş görme ediminin yükümlüsü olan işçiye, belirli aralıklarla (günlük-haftalık-yıllık) dinlenme olanağı, temelde Anayasal düzeyde (AY, m.50/3)²⁵² tanınmış bir haktır. Çalışmamızın bu bölümü açısından önem arzeden ve 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanunla²⁵³ düzenlenen hafta tatili hakkı yanında, 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun²⁵⁴ ile de çalışanlara ulusal bayram ve genel tatil günlerinde tatil hakkı tanınmıştır. İş Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasında “*Bu kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde en az*

²⁴⁹ Önemle belirtelim ki, fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman uygulamasının söz konusu olabilmesi için İş Kanununun 41. maddesinde belirtilen ve genel sebeplerle yapılan fazla çalışmaların bulunması gerekir. Dolayısıyla zorunlu veya olağanüstü fazla çalışmalarda işçinin serbest zaman kullanma imkânı bulunmamaktadır. **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş İlişkileri, s.664; **SÜMER**, İş Hukuku, s.134.

²⁵⁰ İş sözleşmesinin işverence veya işçi tarafından sona erdirilmesi durumunda, feshe bağlı haklara yönelik olarak açılacak davada özellikle ödenmeyen ücret niteliğindeki işçilik alacakları – fazla çalışma ücreti dâhil - dava konusu yapılabilecektir. Bu hak devirden sonra gerçekleşen feshe bağlı alacaklar hakkında da aynen geçerlidir. Bir Yargıtay kararında da vurgulandığı gibi, “İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanmalıdır. Bununla birlikte, işyerini devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumludur”. Y9HD, 07.07.2009, E.2008/40400, K.2009/19941, www.legalbank.net (23.02.2014).

²⁵¹ “Fazla mesai, ulusal bayram, genel tatil ücretlerinin çalışılan döneme göre, o dönemdeki hak edilen ücret esas alınarak devre devre hesaplanması gereklidir. Çalışılan süre itibarıyla son ücretten hesaplanmış olması hatalıdır” Y9HD, 18.01.2006, E.2005/17358, K.2006/392, **Çimento İşveren Dergisi**, (Mart-2006), C: 20, S:2, s.30; Y9HD,01.05.2002, E.2002/20880, K.2002/6996, **Çimento İşveren Dergisi**, (Kasım-2002), C:16, S:6, s.64.

²⁵² “Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir” (AY, m.50/3).

²⁵³ RG., 21/1/1924, 54

²⁵⁴ RG., 19.03.1981, 17284.

yirmidört saat dinlenme (hafta tatili)..." verileceği hüküm altına alınmıştır (İK, m.46/1; TBK, m.421/1)²⁵⁵.

Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından işçiye bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretinin tam olarak ödenmesi gerekmektedir (İK, m.46/2). İşçinin tatil günü ücreti çalıştığı günlere göre bir güne düşen ücreti olarak belirlenir (İK, m.49/1). Yargıtay, tatilden önceki iş günlerinde çalışmış olan işçinin hafta tatili gününde dinlendirilmesi gerekirken, çalıştırılması durumunda, yapılan çalışmanın *fazla çalışma* olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁵⁶.

Ayrıca ülkemizde ulusal bayram ve genel tatillerde de çalışanların dinlenmeleri esastır. Ulusal bayram günü Cumhuriyetin ilan edildiği 29 Ekim günüdür. Bu bayram 28 Ekim günü saat 13.00'te başlar ve 29 Ekim günü devam eder (2429, m.1). Genel tatil günleri ise, resmi bayram günü olarak 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı, 19 Mayıs Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı, 30 Ağustos Zafer Bayramı; dini bayram günleri olarak ise Ramazan bayramı (arife günü saat 13.00'ten itibaren 3.5 gün) ile kurban bayramı (arife günü saat 13.00'ten itibaren 4.5 gün) günlerinden oluşur. Ayrıca 1 Ocak yılbaşı tatili ile 1 Mayıs Emek ve Dayanışma günü de tatil günleri olarak kabul edilmiştir (2429, m.2). Ulusal bayram ve genel tatil ücreti her tatil günü için işçinin bir günlük temel ücreti olarak hesaplanır (İK, m.47/1). Fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde hesaba katılmaz (İK, m.50).

Ödenmemiş bulunan ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin de, fazla çalışma ücretinin ödenmesinde olduğu gibi, işçinin son ücreti üzerinden değil, gerçekleştiği dönemdeki ücreti üzerinden hesaplanıp ödenmesi gerekmektedir²⁵⁷.

²⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.827 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.1133 vd; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.685 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.285 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.145 vd; ÇELİK, İş Hukuku, s.388 vd.

²⁵⁶ Y9HD, 22.11.2005, E.2005/12165, K.2005/36870, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2006/2, s.216-217; Y9HD, 05.12.2005, E.2005/11611, K/2005/37874, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2006/2, s.210.

²⁵⁷ "Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda fazla mesai ve genel tatil ücreti davacının fesih tarihinde aldığı son ücretten hesaplanmıştır. Ancak fazla mesai, ulusal bayram, genel tatil ücretleri çalışılan döneme göre o dönemdeki hak edilen ücret esas alınarak devre devre hesaplanması gereklidir. Çalışılan süre itibarıyla son ücretten hesaplanmış olması hatalıdır". Y9HD, 18.01.2006, E.2005/17358, K.2006/392, *Çimento İşveren Dergisi*, Mart-2006, S:2, C:20, s.30; SÜZEK, İş Hukuku, s.838.

bb) İşverenlerin Sorumluluğu

İşçinin iş sözleşmesinden doğan ücret ve ücret eki, fazla çalışma, haftalık veya genel tatil dolayısıyla elde ettiği alacakları, kıdeme bağlı olmayan ve işçiye iş ilişkisi içinde doğduğu anda ödenmesi gereken alacaklardır. Belirtilen alacakların talep edilmesi, iş sözleşmesinin sona ermesi şartına bağlı değildir. Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı ifade edilmiştir (TBK, m.429/2). Ancak ücret ve ücret eki, fazla çalışma, haftalık veya genel tatil dolayısıyla hak edilen alacakların yerine getirilmesi bakımından işçinin kıdem süresinin bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle ücret alacağı hakkı işçinin saatlik, günlük, haftalık veya aylık çalışmasının karşılığı olarak ödenmektedir. Bu noktada iş sözleşmesinin devri söz konusu olduğunda, işçinin devreden işveren yanında elde etmiş olduğu, ancak ödenmemiş bulunan ücret ve ücret eki niteliğindeki alacaklarından devralanın sorumlu tutulup tutulamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Aslında Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinde, “*Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur*” ifadesine yer verilmiştir. Madde hükmünde, devralanın, devir işlemiyle birlikte bütün hak ve borçları da devralmak suretiyle iş sözleşmesinin işveren tarafı olduğuna vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla işçinin iş sözleşmesinin devrinden önce doğmuş bulunan ücret ve ücret eki, fazla çalışma, haftalık veya genel tatil niteliğindeki alacaklardan devralanın sorumlu olduğu sonucuna varmak mümkündür²⁵⁸. Fakat devralan işverenin sorumluluğunun yanında, devreden de sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Aslında benzer soruna ilişkin bir hükme, işyeri devrinde işçi alacaklarından devralan ve devreden işverenlerin sorumluluğuna ilişkin İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasında rastlamak mümkündür. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, İş Kanununda işyerinin devri durumunda, “...devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar” hükmüne yer verilmiştir (İK, m.6/3; TBK, m.428/3). Belirtelim ki, bu noktadaki *birlikte sorumluluk*, *müteselsil* sorumluluğu ifade etmektedir²⁵⁹. Bu anlatım devralan işverenin sorumluluğunun *ikincil* nitelikte olmadığını göstermektedir. Bir başka deyişle işçi, taleplerini doğrudan devreden işverene başvurmaksızın devralan işverene de yöneltebilecektir²⁶⁰.

²⁵⁸ ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.926; Aynı konuya ilişkin olarak kıdem tazminatı yönünden yapmış olduğumuz açıklamalar için bkz. s.267 vd.

²⁵⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.339.

²⁶⁰ Birlikte sorumluluk hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZKARACA, s.354 vd.

İşyeri devrini düzenleyen İş Kanununun 6. maddesinde birlikte sorumluluğun ardından alacaklılar için tanınmış diğer bir güvence de, bu yükümlülüklerden devreden işverenin de devir tarihinden itibaren *iki yıl* süre ile sorumlu tutulmasıdır (İK, m.6/3). Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde işverenlerin birlikte sorumluluğuna yer verilmediği gibi, bu sorumluluğa ilişkin devreden işverenin de bir süre daha devralanla birlikte sorumluluğuna ilişkin bir hükme de yer verilmemiştir. Bu noktada, işyeri devri için öngörülmüş olan bu hükümlerin iş sözleşmesinin devri açısından da uygulanabilip uygulanamayacağının belirlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Yukarıda kıdem tazminatı açısından belirttiğimiz²⁶¹ İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen özel düzenleme gereği, işyerinin devir veya intikali yahut herhangi bir şekilde bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli durumunda işçinin kıdeminin işyeri veya işyerlerindeki toplam süresinin göz önünde bulundurulması suretiyle hesaplanacağı ve işlemiş kıdem tazminatından her iki işverenin birlikte sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Ücret ve ücret eki niteliğindeki ödemeler açısından ise bu tarz bir özel düzenleme bulunmamaktadır.

Ekonomi/Eyrenci'ye göre, devreden işverenin iş sözleşmesinin devri ile birlikte taraf sıfatı da son bulduğundan, devralan işveren sözleşmeden doğan alacak ve borçların sorumlusu olacaktır. Devralan yalnızca devirden sonraki değil, devirden önce doğmuş bulunan işçilik alacaklarından da sorumludur.

Süzek görüşünü, *“İşyerinin devrinde işverenlerin birlikte sorumlu tutulmasının gerekçesi aynen iş akdinin devri için de geçerlidir. Devirle birlikte tüm hak ve borçların devralana geçmesiyle devirden önce doğmuş hakların sadece devralandan talep edilebilmesi, devralanın ödeme gücünün yeterli olmaması gibi nedenlerle işçi açısından güvencesiz bir durum yaratabilir. Bunun gibi, iş akdinin devri ile işyerinin devri arasındaki korunan menfaatler açısından benzerlik olması diğer deyişle işçilik haklarının korunması gereği bu yönde bir kıyasın yapılmasına olanak tanır. Çünkü kıyas, yasada belirli bir olgu için öngörülmüş kuralın, menfaatler açısından benzer ama yasada öngörülmemiş başka bir olguya uygulanmasıdır”* şeklindeki cümleleriyle ifade etmiştir²⁶².

Alpagut, ise kıyas yoluyla *birlikte sorumluluk* tesis etmeye ilişkin görüşe kuşkuyla yaklaşmakla birlikte²⁶³ belirtilen görüşün, iş sözleşmesinin devrini

²⁶¹ Bkz. s.40 vd.

²⁶² SÜZEK, İş Hukuku, s.338-339.

²⁶³ Aslında Türk Borçlar Kanununun Genel Hükümler bölümünde yer alan 162. maddesine göre *“Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar”*.

düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde birlikte sorumluluk hükümlerine yer verilmemesi sebebiyle, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğünden sonra da savunulabilir olduğunu ifade etmiştir²⁶⁴.

Alp, işyeri devri için öngörülmüş olan İş Kanununun 6. maddesindeki birlikte sorumluluğa ilişkin düzenlemeyle işçi haklarının olabilecek en etkin şekilde korunması amaçlandığından ve işçinin zarar görmemesi istendiğinden, belirtilen esasların iş sözleşmesinin devri için de geçerli olduğu görüşünü savunmuştur²⁶⁵.

Çankaya/Çil, ise devreden ve devralan işverenin her birinin yalnızca kendi dönemlerinde doğmuş bulunan alacaklardan sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin çözümün hukuka daha uygun olduğunu kabul etmektedir²⁶⁶.

Cengiz'e göre de, "...iş sözleşmesinin iradi devri söz konusu olduğunda, hizmet süresine bağlı olmayan işçilik hakları bakımından da, devralan işveren sorumlu olacak ve devir işlemiyle birlikte devreden işverenin sorumluluğu sona erecektir"²⁶⁷.

Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarında, devreden işverenin devir tarihi-ne kadar kendi işyerinde geçen çalışma süresi ile sınırlı olarak ücret, fazla mesai ücreti ve genel tatil ücretinden sorumlu olduğuna karar vermiştir²⁶⁸. Yargıtay henüz Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmediği Mart 2012 itibariyle vermiş olduğu bir kararında ise, devir anında doğmuş olan borçların devralana geçeceğine hükmetmiş ve bu sonuca İş Kanununun işyeri devrini ele alan 6. maddesi hükümlerini kıyas yoluyla uygulayarak ulaşmıştır²⁶⁹.

Kıdeme bağlı haklar dışında kalan ücret alacakları ile ilgili olarak öğretide tartışmalı bulunan diğer bir nokta da, İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde yazılı bulunan "...bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır" hükmünün, iş sözleşmesinin devrinde devralan ve devreden işverenlerin birlikte sorumlulukları için

²⁶⁴ ALPAGUT, "Hizmet Sözleşmesinin Devri", s.927.

²⁶⁵ ALP, "İş Sözleşmesinin Devri", s.324.

²⁶⁶ Bununla birlikte bu konuda yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu da ileri sürülmektedir. ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.650; Bkz. ARSLANOĞLU, "İradi Devir", s.544-545.

²⁶⁷ Hatta yazara göre, "Devreden işverenin devirden sonraki süre içerisinde sorumluluğunun devam edip etmeyeceği veya ne kadar süre ile devam edeceği konusunda, devralan işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayan sözleşmelerin yapılması mümkündür". Bkz. CENGİZ, s.151.

²⁶⁸ "Mahkemece bozma ilamının, davalı işverenlerin kıdem tazminatı, izin ücreti, fazla mesai ücreti bayram genel tatili ile günlük %5 gecikme zammı uygulaması yönünden kendi dönemleri ile sınırlı olarak sorumlu olduğu yönündeki kısmına uyarak, bu konuda yeni bir hüküm kurduğundan, bu yeni hükme yönelik, davalı tarafın temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Dairesi'ne gönderilmesi gerekir". YHGK, 13.04/2005, 2005/9-203, K.2005/252, www.legalbank.net (21.03.2014). Ayrıca yine kararda bu ilama dayanak olarak bir başka karar da gösterilmiştir. Bkz. Y9HD, 08.06.2004 gün ve 2004/3862-14291 sayılı ilamı, bkz. www.legalbank.net (21.03.2014).

²⁶⁹ Y9HD, 13.03.2012, E.2009/36413, K.2012/8303, www.legalbank.net (15.05.2014).

yapılan değerlendirmelerle birlikte göz önünde bulundurularak bulundurulmayacağıdır.

Süzek'e göre, İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasının, birlikte sorumluluk açısından kıyasen uygulanmasının yanında, devreden ve devralan işverenin 2 yıl süreyle sorumluluğunun da yine kıyas yoluyla uygulamasının kabul edilmesi gerekmektedir²⁷⁰.

Akyiğit de, İş Kanununun 6. maddesinde işyeri devrine ilişkin olarak düzenlenmiş olan, devir anında doğmuş bulunan hakların devralan işverene geçmesinin yanında, devreden işverenin de iki yıl daha devirden önceki haklardan sorumlu tutulmasına ilişkin hükmün, iş sözleşmesinin devrine de uygulanabileceğini ifade etmiştir²⁷¹.

İş sözleşmesi sürekli olarak bir başka işverene devredilen işçinin ücret ve ücret niteliğindeki diğer alacakları bakımından Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında geçen “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur” hükmü gereğince devralan işverenin işçinin tüm alacaklarından sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Ancak işçinin ücret ve ücret niteliğindeki alacakları bakımından devreden işverenin de sorumluluğunun devralan ile beraber belirli bir süre devam etmesi konusunda, işyeri devrine ilişkin İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ve devreden ile devralan işverenin iki yıl süreyle birlikte sorumluluğunu benimseyen hükmün, iş sözleşmesinin devri ile işyerinin devri açısından korunan menfaatler arasında benzerlik olduğundan ve işçinin korunması ilkesine uygun düşeceğinden, iş sözleşmesinin devrine de kıyasen uygulanmasının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz²⁷². Bir başka deyişle devreden işveren de devralanla beraber devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan birlikte sorumlu olmakla birlikte devreden işverenin de devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile bu sorumluluğunun devam ettiğini kabul etmek, İş Hukukunun işçiyi koruyucu hükümlerine daha uygun düşecektir. Şüphesiz ki, yapmış olduğumuz bu değerlendirmeler, İş Hukukunda sözleşme-

²⁷⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.339; Ayrıca bkz. ALPAGUT, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, s.927-928; DANAR, s.70; ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.650.

²⁷¹ AKYİĞİT, Şerh (Cilt-I), s.345.

²⁷² SÜZEK, İş Hukuku, s.339; 6111 sayılı Kanunun “Mahalli idarelerin ihtiyaç fazlası işçilerine ilişkin hükümler” başlıklı 166. maddesinin 6. fıkrada yer alan hükmü göre, “Devredilen işçilerin ücret ve mali ve sosyal hakları; toplu iş sözleşmesi bulunan işçiler bakımından yenileri düzenleninceye kadar devir işleminden önce tabi oldukları toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre, toplu iş sözleşmesi olmayan işçiler bakımından 2010 yılı Kasım ayında geçerli olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerin egöre belirlenir. Devre konu işçiler bakımından devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralan kurum sorumlu tutulamaz. Kıdem tazminatına ilişkin hükümler saklıdır”. Bkz. 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (13.12.2011, RG., 25.02.2011, 27857).

nin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin işçilik alacakları bakımından suskun kalmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple devralan işverenin önceki dönemle ilgili olarak ödenmemiş ücret, fazla çalışma gibi işçilik alacaklarından sorumluluğunun belirlenmesinde yasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu da açıktır. Belirtelim ki, iş sözleşmesinin devrini doğrudan düzenlemeyen Alman Hukukunda da, iş sözleşmesinin devri ile işyeri devri arasında bağlantı kurularak ve her iki ilişki arasındaki benzerliğe dikkat çekilerek, devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğuna vurgu yapılmaktadır²⁷³.

Ayrıca belirtelim ki, devir sözleşmesine konulacak hükümlerle devralan işverenin sorumluluğunu kaldıracak hükümlere geçit verilememelidir. Devreden ve devralan işverenin kendi aralarında yapacakları sorumluluğu kısıtlayıcı sözleşmeler ise işçiye karşı bir hüküm ifade etmeyecektir. Ancak taraflarca devreden işverenin sorumluluğuna ilişkin sürenin sözleşmeyle belirlenmesi de mümkün olabilecektir. Örneğin devreden işverenin süreye tabi olmaksızın sorumlu olacağına dair bir hükmün devir sözleşmesine konulması, işçi lehine kabul edilebilecek ve uygulanabilecektir²⁷⁴.

3. İşverenin İş Hukukundan Kaynaklanan Diğer Sorumlulukları

İşverenin, iş sözleşmesi gereği işçiye karşı en önemli yükümlülüklerinden biri olan ücret ödeme borcu dışında, *eşit davranma* yükümlülüğü ve *gözetme* yükümlülüğü adı altında değerlendirebileceğimiz yükümlülükleri de bulunmaktadır. İş sözleşmesinin devri üzerine devreden işverenin devir anından itibaren artık iş sözleşmesinin işveren tarafı olmaktan kaynaklanan eşit davranma ve işçiyi gözetme gibi borçları söz konusu olmayacaktır. Devirle birlikte artık devralan işveren ücret ödeme, işçiyi koruma ve gözetme, emir ve talimat verme ve eşit davranma borcunu da üstlenmiş olacaktır²⁷⁵. Bu bakımdan devralan işverenin devraldığı işçinin *özlük dosyasını* (İK, m.75)²⁷⁶ da devralması söz konu-

²⁷³ LARENZ, s.617-618.

²⁷⁴ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.650.

²⁷⁵ AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-I), s.335; SÖNMEZ TATAR, s.74.

²⁷⁶ "İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür." (İK, m.75); Bu dosya kapsamında yer alabilecek başlıca bilgiler şunlardır: "1- İşçi kimlik bilgileri, Nüfus Cüzdanı Sureti, 2- İşçi kimlik bilgileri, Nüfus Cüzdanı Fotokopisi, 3- İkametgâh İlmühaberi, 4- Mezun olduğu okul diploma fotokopisi 5- Referans Mektupları ve CV'si 6- Kanun gereği iş sözleşmesi, 7- Sağlık Raporu, 8- Bazı işkolları için, periyodik olarak sağlık muayenelerinden geçirildiklerine dair rapor. 9- Özürlü işçi ise Sakatlık Raporu aslı veya fotokopisi, 10- Sakatlık İndiriminin yararlanabilmesi için ilgili Gelir İdaresi Başkanlığından indirim uygulanacağına dair yazı 11- Sakat işçi için İŞKUR müracaat kayıt evrakı, 12- Adli sicil kaydı, 13- Eski hükümlü ise İŞKUR müracaat kayıt evrakı, 14- Terör mağduru ise

su olacak ve bu dosya kapsamında artık devralan işveren, işverenlik sıfatına sahip olacaktır. Dolayısıyla işçiye verilen eğitim ve bilgilendirmeler ve diğer yazışmalara dair belgeler devralan işveren döneminde de bu dosya kapsamında muhafaza edilecektir.

Ayrıca işverenin devraldığı iş sözleşmesini mevcut koşulları ile devraldığı için söz konusu çalışma koşullarını uygulamaması nedeniyle iş sözleşmesini esaslı değişiklik nedeniyle feshi (İK, m.22) gündeme gelebilecektir. Ayrıca işçinin de çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle İş Kanununun 24. maddesinin II. fıkrasının (f) bendi uyarınca iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı bulunmaktadır.

Belirtelim ki devralan işveren ile devraldığı işçi arasında devamı benimsenen iş sözleşmesinin, devralan işverenle daha ileri koşullarda devamının kararlaştırılması, devreden işverenin diğer işçileri arasında eşitliği bozucu bir unsur olarak değerlendirilemeyeceği gibi devralan işverenin işçileri ile arasında mevcut iş sözleşmeleri karşısında da eşitliğe aykırı olduğu ileri sürülemeyecektir.²⁷⁷

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN İŞ GÜVENCESİ AÇISINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

A. Genel Olarak

İş sözleşmesinin iradi olarak devri durumunda, işçinin devreden işveren ile arasındaki mevcut iş ilişkisinin sona ermesine bağlı olarak devreden ve devralan işverenler yönünden iş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından işçi sayısına bağlı değişiklikler gündeme gelebilecektir. Gerçekten de iş sözleşmesinin devrinden önce iş güvencesinin kapsamında olan bir işçi, devir sonrasında iş güvencesi dışında kalabileceği gibi; iş güvencesinin bulunduğu bir uygulama alanına da dâhil olabilir. İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği gibi, iş güvencesine bağlı diğer koşulların da mevcut bulunması şartıyla, işçinin çalıştığı işyerinin girdiği işkolunda en az 30 işçinin çalışıyor olması gerekmektedir. Eğer çalışılan işkolundaki işçi sayısı devredilen işçi ile birlikte en

İŞKUR müracaat kayıt evrakı, 15- Ödenen ücretlere ait hesap pusulalarının bir sureti, 16- Herhangi bir kanuni sebeple ücret kesme cezası uygulanırsa, yapılan kesintilerin sebebinin bildirildiği yazı, 17- Fazla çalışma için işçinin onayının alındığı yazı, 18- İşçilerin, iş sağlığı ve güvenliği konusunda ve karşı karşıya bulundukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler ve yasal hak ve sorumluluklar konusunda bilgilendirildiklerine dair yazı. 19- Çalışma Belgesi (İşten Ayrılan İşçiler İçin) 20- İşin gereklerine göre bulunması gereken diğer evrak" https://www.alomaliye.com/fisci_ozluk_dosyasi.htm (01.04.2014).

²⁷⁷ Öğretide işyeri devrine özgü olarak ileri sürülen bir görüşe göre İK, m.6 hükmü bu şekildeki ayrımı haklı kılan bir esaslı bir neden olarak görülmüştür. SÖNMEZ/TATAR, s.75.

az otuz işçi sayısına ulaşıyor ise, iş sözleşmesinin devri sayesinde işçinin devre dildiği işyerinde iş güvencesi hükümlerinin de (diğer koşullar da mevcutsa) uygulanması söz konusu olabilecektir. Ayrıca işçinin iş sözleşmesinin devriyle birlikte iş güvencesi kapsamında bulunan önceki işyerinin, kendisinin ayrılmasıyla birlikte çalışan işçi sayısının otuzdan aşağı düşmesi sebebiyle güvence kapsamı dışında kalması da gündeme gelebilecektir. Belirtmiş olduğumuz noktada yeniden tekrar etmek gerekirse, işçi sayısı dışında, iş güvencesi bakımından gerekli olan en az altı aylık kıdem süresi ve iş sözleşmesinin belirsiz süreli olma koşulları açısından işçinin hizmet süresinin hesabında devreden işveren yanında geçen süreleri de göz önünde tutulacak, ayrıca iş sözleşmesinin niteliği de iş sözleşmesinin devrinden etkilenmeyecektir.

Öte yandan çalışmamızın bu bölümünde ele alacağımız diğer bir sorun da, aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulup bulundurulamayacağıdır. Dolayısıyla iş güvencesi açısından gerekli işçi sayısı ve diğer bir koşul olan bekleme süresinin grup şirketler açısından nasıl değerlendirileceği de bu kısımda ele alacağımız konular arasında yer alacaktır.

B. İş Güvencesi Kavramı

İş Kanununa göre işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan bir işçinin iş sözleşmesinin süreli feshinde belirli koşullar altında geçerli sebep gösterme zorunluluğu getirilmiştir. İş Hukuku açısından sözünü ettiğimiz müesseseye “iş güvencesi” adı verilmektedir²⁷⁸. İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre “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” (İK, m.18/1). Belirtelim ki, iş güvencesinin kapsamına iş sözleşmesi ile çalışan bütün işçiler girmektedir. İş güvencesinden yararlanabilmek için öncelikle İş Kanunu kapsamında işçi sıfatıyla çalışıyor olmak ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmak gerekmektedir²⁷⁹.

²⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Türk İş Hukukunda iş güvencesi uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.555 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.843 vd; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.492 vd; AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-I), s.774 vd; ÇELİK, İş Hukuku, s.211 vd; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.308 vd; Basın İş Hukukunda iş güvencesi hakkında ayrıntı için bkz. SÜMER, Bireysel Basın İş Hukuku, s.149 vd; UŞAN, M.Fatih, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:1, S:10, 2008, s.1-47; ALPAGUT, Gülsevil, “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, Bankacılar Dergisi, Yıl:19, S:65, 2008, s.89-110.

²⁷⁹ İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi...” denir.

Ayrıca 5953 Sayılı “Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun”²⁸⁰un kapsamında işçi (gazeteci) niteliğine sahip olanlar²⁸¹ da iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir (BİK, m.6/son; İK, m.116). Nitekim BİK’nun 6. maddesinin son fıkrasına göre “İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri”nin BİK kapsamında işçi niteliğine sahip olanlara da kıyas yoluyla²⁸² uygulanması öngörülmüştür.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan kamu görevlisi veya sözleşmeli personel veya iş sözleşmesi ile çalışmakla beraber İş Kanununun 4. maddesi hükmü ile kapsam dışı tutulan deniz ve hava taşıma işlerinde çalışanlar ve Borçlar Kanununa tabi olarak çalışanlar söz konusu koruma kapsamına alınmamıştır²⁸³. Yine İş Kanununun 18. maddesinin son fıkrasına göre, “İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında” iş güvencesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır²⁸⁴.

²⁸⁰ RG., 20.06.1952, 8140.

²⁸¹ Basın İş Kanununun 1. maddesinde gazeteci kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerde haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunu’ndaki “işçi” tanımı şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir”. Ayrıntı için bkz. **SÜMER**, Bireysel Basın İş Hukuku, s.27 vd; **ŞAKAR**, Basın İş Hukuku, s.60 vd.

²⁸² Belirli bir olay için konulmuş bir kuraldaki esasların benzer bir başka olayda uygulanmasına hukukta kıyas adı verilmektedir. Bkz. **AYAN, Mehmet**, s. 52; Ancak kıyas bazı yerlerde yasa koyucu tarafından açıkça emredilebilir. Basın İş Kanunu’nun 6. maddesinin son fıkrası da bu şekildedir. Kanun koyucunun doğrudan yollama yapmak yerine kıyasa uygulanır demesinin nedeni söz konusu hükümlerin uygulanabildiği ölçüde uygulanacağı şeklinde anlaşılmasını sağlamak içindir. **ŞAHLANAN, Fevzi**, “İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması”, **Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama sorunları**, Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul-2006, s. 130; **GÖKTAŞ/ÇİL**, s.70; **SÜMER**, Bireysel Basın İş Hukuku, s.149 vd.

²⁸³ İş Kanununun 4. maddesi gereğince “Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz;

- a) Deniz ve hava taşıma işlerinde,
- b) 50’den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde,
- c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri,
- d) Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde,
- e) Ev hizmetlerinde,
- f) Çıraklar hakkında,
- g) Sporcular hakkında,
- h) Rehabilitasyon edilenler hakkında,
- ı) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde. Şu

kadar ki;

- a) Kırıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri,
- b) Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler,
- c) Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler,
- d) Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri,
- e) Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri,
- f) Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler, Bu Kanun hükümlerine tabidir”

²⁸⁴ İş güvencesine ilişkin düzenlemelere İş Kanununun 18-21. maddelerinde yer verilmiştir. Şayet fesih geçersiz olursa, İş Kanununun 21. maddesinde benimsenen düzenlemeye göre: “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde,

İş güvencesine ilişkin bu genel açıklamalarımızın ardından konumuza dönecek olursak iş sözleşmesi devredilen işçinin, iş güvencesi açısından bekleme (kıdem) süresi yönüyle değerlendirilmeye tabi tutulması gerekir. Ayrıca otuz veya daha fazla işçi sayısının hesabının devralan ve devreden işverenin işçi sayısına olan etkisi nedeniyle, iş güvencesi uygulamasının söz konusu durumdan nasıl etkileneceğinin de bulunduğumuz noktada açıklanması gerektiği kanaatindeyiz.

C. İş Güvencesinin Kapsamı Yönünden Doğurduğu Sonuçlar

1. İşyerindeki İşçi Sayısı Üzerine Etkisi

İş Kanununun, 18. maddesinin 1. fıkrasında süreli fesihte geçerli sebebe dayanma zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için işyerinde belli sayıda işçi çalıştırılması esas alınmıştır. Belirli bir sayıdan az işçi çalıştıran işyerlerinde bu zorunluluğun aranmaması, ekonomik gücü zayıf olan küçük işyerlerinin pahalı ve uzun süreli bir fesih usulünü kaldıramayacağı düşüncesine dayanmaktadır²⁸⁵.

Süreli fesihte geçerli sebebe dayanma zorunluluğu bakımından işyeri işçi sayısının esas alınması, 158 sayılı “Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme” hükümlerine de aykırı düşmemektedir²⁸⁶. Nitekim Sözleşme’nin 2. maddesinin 5. bendinden, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından istihdam olunanların kapsam dışında tutulabileceği anlaşılabilmektedir.

işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur”.

²⁸⁵ Ayrıca işçi ile işveren arasında kişisel ilişkilerin ön planda olduğu ve işin başarısının uyumlu ve iyi bir çalışma ortamını gerekli kıldığı küçük işyerlerinde bu koşullara uymayan işçilerin daha basit bir usule uyularak işten çıkarılması bu özelliklerin bir gereği olarak kabul edilmelidir. ÇELİK, İş Hukuku, s.169.

²⁸⁶ Türkiye, 1994 yılında 158 sayılı Sözleşmeyi onaylamış ve böylece mevzuatını sözleşmede öngörülen esaslara uygun hale getirme yükümlülüğü altına girmiştir.

Türk İş Hukuku açısından iş güvencesine ilişkin hükümlerin kabulü, 4773 sayılı Kanun²⁸⁷ ile 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yapılan değişiklikler ile gerçekleştirilmiştir. 4773 sayılı Kanun, işçi sayısı açısından on işçi sayısını esas almıştı (4773, m.13/A). 4773 sayılı Kanun, 15.03.2002 tarihinde yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra 1475 sayılı İş Kanunu (14. maddesi dışında) yürürlükten kaldırılmış, yerine 4857 sayılı İş Kanunu²⁸⁸ kabul edilmiştir²⁸⁹. 4857 sayılı İş Kanunu, 4773 sayılı Kanun tarafından düzenlenen iş güvencesine ilişkin hükümleri bazı değişiklikler ile bünyesine almıştır. Bu değişikliklerden biri de sürekli fesihte geçerli sebep gösterme zorunluluğuna ilişkin m.13/A'da düzenlenmiş olan “on işçi çalıştırma” ölçütünün “otuz işçi”ye çıkarılması olmuştur²⁹⁰.

İş Kanununun 18. maddesinde belirtilen otuz işçi ölçütü, işyerine ilişkin bir ölçüttür²⁹¹. İş Kanunu 18. maddesinin 4. fıkrasında, işverenlerin işyerlerini bölerek kapsam dışı kalmaya çalışmalarına engel olmak için, otuz işçi sayısının “İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde”, işyerinde çalışan işçi sayısının, “bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre...” belirlenmesi esasını benimsenmiştir. Aynı iş kolunda bulunma bakımından aynı il sınırları içinde yer alma şartı aranmamıştır²⁹².

Buna göre, işçi sayısının belirlenmesinde işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması durumunda, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı esas alınacaktır²⁹³. Aynı işverene ait olmakla birlikte ayrı iş kollarında kurulu bulunan işyerleri güvence kapsamının uygulama alanı dışında kalacaktır²⁹⁴.

²⁸⁷ İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG; 15.08.2002, 24847.

²⁸⁸ RG, 10.06.2003, 25134.

²⁸⁹ 4773 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15 Mart 2003 tarihi ile 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihi arasında hizmet sözleşmesi feshedilen işçiler hakkında eski hükümler uygulanmıştır. DEMİR, İş Güvencesi, s.3.

²⁹⁰ İş Kanununun “istisnalar” başlığını taşıyan 4. maddesinin (b) bendinde belirtilen “50’den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde”, İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı öngörüldüğünden, iş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyeri ve işletmelerde “30 veya daha fazla” işçi çalıştırma şartı uygulanamayacak, bu işyeri ve işletmeler açısından en az 51 işçi sayısının aranması gerekecektir. NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s.496.

²⁹¹ Bkz. ÇELİK, Nuri, “İş Güvencesine İlişkin Otuz İşçi Sayısını Belirleme Esasları”, Legal, Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2008/8, s.125-139.

²⁹² Öğretilde işçi lehine yorum ilkesi ve İK’da engelleyici bir düzenleme bulunmaması gerekçeleriyle gerek aynı işkolunda faaliyet gösteren ancak yurt dışında faaliyette bulunan bir işyerinin Türkiye’deki irtibat bürosunda bulunan işyerlerindeki işçilerin, gerek Türkiye’de bulunan şubeler için aynı işverene ait yurt dışında faaliyette bulunan işyerlerinde çalışan işçilerin otuz işçi sayısının hesabında göz önünde bulundurulması, iş güvencesi uygulaması açısından uygun bulunmaktır. AYGÜL Musa/ UŞAN, M.Fatih, “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye’de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi?”, Legal, Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2007/3, s.75 vd; AYGÜL Musa/UŞAN, M.Fatih, “Türkiye’de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, S:17, s.56-57.

²⁹³ Belediyenin tüm hizmetlerinin 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 61. maddesinde belirtilen “Genel İşler” işkoluna girmesi sebebiyle, Su Bakım Onarım işyerindeki işçi sayısı değil, davalıya ait tüm işyerindeki işçilerin 30 işçi kıstasında

İş güvencesi açısından gerekli olan otuz işçi ölçütü, iş sözleşmesinin devri işleminden etkilenebilecek bir koşuldur. Şöyle ki, iş sözleşmesinin devrinden önce güvence kapsamında olan bir işçi, devir sözleşmesinin yapılmasının ardından devralan işverenin işyerinde şayet işçi sayısı otuz işçiden daha az ise iş güvencesi kapsamının dışında kalabilecektir²⁹⁵. Ayrıca devirden dolayı ayrıldığı işyerindeki işçi sayısı otuzdan aşağıya düşüyorsa, bu takdirde devirden önce iş güvencesi uygulanan bir işyeri, bu güvenceden dışlanmış olabilecektir. Bu noktada özellikle devralan ve devreden işverenlerin işçinin iş güvencesinden dışlanması amacıyla muvazaalı hareket edip etmedikleri sorunu gündeme gelebilir. İş sözleşmesinin devri işçinin yazılı onayı ile gerçekleştiği için böyle bir ihtimalin gündeme gelmesi düşünülmeyebilir ancak özellikle işçinin iradesinin sakatlanması durumunda devir sözleşmesinin iptalini istemesi mümkün olabilecektir²⁹⁶.

Ayrıca iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın devralan işverenin işyerinde işe başlamasıyla birlikte işyerindeki işçi sayısı otuz işçi sayısına ulaşıyor ise, bu takdirde de daha önce iş güvencesi kapsamında olmayan bir işyerinin artık iş güvencesi kapsamına girdiğinden söz edilebilecektir²⁹⁷.

Çalışmamızın bu aşamasında iş sözleşmesinin devrinin en çok görüldüğü grup şirket veya holding şeklindeki yapılanmalarda, bir işçinin aynı gruba dâhil bir şirketten, bir diğerine devredilmesi durumunda, işçi sayısının tüm şirketler göz önünde bulundurularak mı, yoksa her bir şirketin ayrı tüzel kişi olarak kabul edilip buna göre mi hesaplanacağı tartışma konusudur. İş Kanunu, otuz işçi sayısının hesaplanması bakımından aynı işverene ait işyerleri için aynı işkolunda bulunma şartını aramaktadır. Nitekim İş Kanununun 18. maddesinin 4. fıkrasına göre, “...İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir” (İK, m.18/4). Şüphesiz ki, aynı holding veya şirket toplulukları açısından aynı işkolunda bulunma şartı, *ana (hakim) şirket ile bağlı şirket arasında değil, bağlı şirketlerin kendileri arasında geçerli bir kural olarak görülmemelidir*²⁹⁸. Ancak bağlı şirketler aynı işkolunda bulunsun bile, otuz işçi koşulunun tayininde tüm sayının dikkate alınmayacağı noktasında Yargıtay’ın kararları bulunmaktadır. Başka bir anlatımla Yargıtay verdiği kararlarında salt aralarında

dikkate alınması gerekir. Y9HD, 20.03.2006, E.2006/3816, K.2006/7013, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2006/3, S:10, s.244; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.182.

²⁹⁴ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.180-181; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.246.

²⁹⁵ ÖZKARACA, s.131.

²⁹⁶ İptal hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s.213 vd.

²⁹⁷ ÖZKARACA, s.131.

²⁹⁸ DİNDARTÜRK, Esin, Şirket Topluluklarında Üçlü İş İlişkileri ve İş Güvencesi Sorunları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir-2010, s.155.

organik bağ bulunduğundan hareketle aynı gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin otuz işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmasının mümkün olmayacağı görülmüştür²⁹⁹. Ancak Yargıtay özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan “birlikte istihdam” şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmının aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermekte oldukları ve daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olmaları dolayısıyla, aynı binalarda hizmet verebilmeleri ve bir kısım işçilerin iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmeleri nedeniyle, bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçilerin de otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir³⁰⁰. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir.

Şirket topluluklarında yer alan bağlı şirketlerde çalışan işçilerin, otuz işçi sayısının hesabında göz önünde bulundurulmasına sebep olan diğer bir husus da *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin* uygulama alanı bulduğu durumlardır³⁰¹. Gerçekten bu ihtimalde de bir holding veya şirketler topluluğunda işçiler üzerinde görünüşte yönetim hakkını kullanan bir şirketin, hukuken bağımsız bir tüzel kişilik oluşturması, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiğinden mümkün olmamakta ve tüzel kişilik perdesi kaldırılmaktadır³⁰². Dolayısıyla belirtmiş olduğumuz ihtimalde hâkim şirket ile bağlı şirket tek bir işveren olarak kabul edilebilmekte ve otuz işçi sayısının hesabı da buna göre yapılabilmektedir³⁰³.

Aynı holding veya şirket toplulukları açısından iş güvencesi uygulamasının önemli bir koşulu olan en az otuz işçi koşulunun değerlendirilmesi bakımından, şirket topluluğunda çalışan işçilerin ayrı tüzel kişilik kapsamında çalışıyor olsalar bile işçi sayısının hesabında dikkate alınmasını gerektiren diğer bir uygulama da şirketler arasındaki *organik bağın* varlığıdır. *Organik bağın* göz önünde bulundurulmasının bir sonucu olarak, asıl borçlu şirketin yanı sıra asıl şirketle bağlı olan şirketler de sorumluluk altına girmekte ve sorumluluk sınırları

²⁹⁹ Y9HD, 31.08.2008, E.2007/29950, K.2008/7008, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2008/3/18, s.253; Kararın eleştirisi için bkz. AKTAY, Nizamettin, “İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı “Bordro İşvereni” Tabiri Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri”, *Sicil*, Eylül-2008, s.59 vd.

³⁰⁰ Y9HD, 23.01.2007, E.2006/29128, K.2007/441, *Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 2005-2007*, Ankara-2008, s.394; Y9HD, 24.03.2008, E.2007/27699 K.2008/6006, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2008/3/18, s.311-312; Karar hakkında eleştiri için bkz. ÇELİK, “Grup Şirketler”, s.25 vd.

³⁰¹ Teori hakkındaki açıklamalarımız hakkında bkz. s.180 vd.

³⁰² SÜZEK, İş Hukuku, s.140.

³⁰³ DİNDARTÜRK, s.158.

bu sayede genişlemiş olmaktadır³⁰⁴. Kavram iş mevzuatında yer almamakla birlikte sıkça *Yargıtay* kararlarına konu olmakta ve asıl borçlu şirketle birlikte organik bağ içinde bulunan gerçek ya da tüzel kişinin sorumluluğuna da gidilebilmektedir. *Yargıtay* kararlarında varılan sonuca göre, şirketler arasındaki mevcut bütünlük nedeniyle, çalışan işçilerin toplamı bakımından da tüm bağlı şirketlerde çalışan işçiler göz önünde bulundurulabilecektir.

Ancak gerek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerek birlikte istihdam gerekse organik bağın varlığı sebebiyle şirket topluluklarında yer alan ve ayrı tüzel kişilik görünümüne rağmen, tüm işçilerin, otuz işçi sayısının hesabı bakımından göz önünde bulundurulması için gerekli temel koşullardan biri de şirketlerin aynı işkolunda faaliyette bulunmasıdır. Dolayısıyla otuzdan daha az işçi çalıştıran bir bağlı şirket karşısında, şirket topluluğu bünyesinde kendisi ile aynı işkolunda faaliyette bulunan başka bir bağlı şirketin bulunmaması durumunda, şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirecek hallerin bulunması veya organik bağ veyahut da birlikte istihdam ilişkisi bulunsun bile, otuz işçi koşulunun hesabında her bir şirket bağımsız olarak değerlendirilecek ve işçi sayısı buna göre hesap edilecektir³⁰⁵.

Otuz işçi sayısının hesabı bakımından işçinin iş sözleşmesi ile devrinin gerçekleştiği işyerinin *alt işverene* ait olması durumunda ise, işçi sayısının toplamı bakımından yalnızca alt işverenin işyerindeki işçi sayısı hesaba dâhil edilecek, asıl işverenin işyerindeki işçi sayısı ise göz önünde bulundurulmayacaktır. Ancak asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olması halinde ise, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilecek (İK, m.2/7) ve iş sözleşmesi devredilen işçi de dâhil olmak üzere tüm işçiler otuz işçi sayısının hesabında göz önünde bulundurulacaktır³⁰⁶.

2. En Az Altı Aylık Kıdem Süresi Üzerine Etkisi

İş güvencesi uygulaması açısından, iş sözleşmesi devredilen işçi için değerlendirmemiz gereken diğer bir konu da, en az altı aylık kıdem süresinin (İK, m.18/1) devirden önceki çalışma süresiyle birlikte düşünülüp düşünülemediğidir³⁰⁷. Önemle ifade edelim ki, işçinin iş sözleşmesini devralan işverenin işye-

³⁰⁴ DİNDARTÜRK, s.39.

³⁰⁵ DİNDARTÜRK, s.157-158.

³⁰⁶ Ayrıntı için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.192 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s.159 vd; AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-I), s.99 vd; GÜZEL, Ali, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-alt İşveren İlişkisinin Sınırları", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2004/1, S:1, s.31 vd.

³⁰⁷ Yer altı işlerinde çalışan işçiler için altı aylık kıdem süresi aranmamaktadır (İK, m.18/1). Hüküm 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi gereği, İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasına eklenmiştir.

rindeki işçi sayısına dâhil olmasıyla birlikte, devreden işveren yanında kazanmış olduğu *kıdem (bekleme) süresinin* devralan işverenin işyerinde de geçerliliğini koruması gerekir³⁰⁸. Zira bu sonuç Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasının ortaya koyduğu bir sonuçtur. Gerçekten de söz konusu madde hükmünde, işçinin devreden işveren yanında geçen kıdem süresinin devralan işverenin işyerinde geçireceği süreye dâhil olması gerektiği ifade edilmiştir. Devreden işverenin işyerinde iş güvencesine ilişkin kurallar uygulanamıyor olsa bile sonuç değişmeyecek³⁰⁹, hatta devredilen işçinin devralan işverenin işyerindeki işçi sayısına dâhil olmasıyla birlikte iş güvencesinin harekete geçmesi de sonuca etki etmeyecektir. Bir başka deyişle işçinin devreden işveren yanında geçen kıdem süresi, devralan işverenin işyerinde uygulanan iş güvencesi koşullarına dâhil olması için geçmesi gereken en az altı aylık kıdem süresinin hesabına dâhil edilecektir.

İş Kanununun 18. maddesinin 4. fıkrasında, iş güvencesinin kapsamında yer alan işçiler³¹⁰ açısından en az altı aylık kıdem süresinin hesabına ilişkin hükme göre, “İşçinin altı aylık kidesi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir” (İK, m.18/4).

İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmenin en önemli koşullarından biri de sözleşmesi feshedilen işçinin en az altı aylık kıdeme sahip bulunmasıdır. İş Kanununun 18. maddesinin 4. fıkrasında işçinin en az altı aylık kıdem süresine sahip olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Madde hükmüne göre en az altı aylık kıdem süresinin aynı işverenin bir veya değişik işyerinde geçmesi de mümkündür. İşçinin çalıştığı birden çok işyerinin aynı işkolunda olması zorunluluğu da bulunmamaktadır³¹¹. Öğretide belirtildiği³¹² üzere bu durum işçinin korunması ilkesine uygun düşmektedir. İş Kanununda, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin aralıklı veya aralıksız olmasına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla altı aylık sürenin hesabında çalışmanın sürekli olması aranmamalı, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde aralıklarla ge-

³⁰⁸ ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü İlişkiler, s.649.

³⁰⁹ Bkz. SOYER, Polat, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, İş Güvencesi Kurumu ve İş İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı-2005, İstanbul-2005, s.35.

³¹⁰ Çıranklıkta ve zorunlu stajyerlikte geçen sürelerin de, altı aylık sürenin hesabında dikkate alınmaması gerekir. SÜZEK, İş Hukuku, s.130; Çıranklık sözleşmesi, iş sözleşmesinden ayrılır. Bu nedenle çıranklar hukukumuzda göre işçi niteliğini taşımaz. SÜMER, İş Hukuku, s.31; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.157-160.

³¹¹ Bkz. AKYİĞİT, Şerh (Cilt-I), s.786; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 92; İK’nun 18. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesine göre, “İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir”.

³¹² DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 246; Krş. ULUCAN, Devrim, “4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı”, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s.23.

çen süreler dikkate alınarak kıdem süresi hesaplanmalıdır³¹³. Yargıtay kararları da aynı doğrultudadır³¹⁴. Bir başka deyişle, en az altı aylık kıdem süresinin mutlaka tek bir iş sözleşmesi ile tamamlanması şartı aranmamalıdır. Zira fasıllı çalışmalar bakımından işçinin aynı işveren yanında çalışmakla beraber, önceki döneme ait sona ermiş bir iş sözleşmesinin ardından, yeni bir iş sözleşmesi yapılmış olması ve öncekine istinaden geçmiş bulunan örneğin, üç aylık bir kıdem süresinin, sonradan yapılan iş sözleşmesi ile geçen kıdem süresine ilavesi mümkün olmalıdır.

Aralıklı çalışma halinde ise, en azından yüz seksen günlük bir çalışma olmalıdır³¹⁵. Sigorta primlerinin yatırılmamış olması, diğer delillerle kanıtlanmış olması halinde, çalışma olgusunu kabule engel oluşturmamalıdır³¹⁶. İş sözleşmesi sona ermeden önceki son çalışmanın belirsiz süreli iş sözleşmesi biçiminde olması şartıyla, birleştirilecek sürelerden öncekilerin belirli süreli iş sözleşmesi ile geçmiş olmasının bir önemi yoktur³¹⁷.

Belirtelim ki, ayrı işverenler yanında ayrı sözleşmelerle geçen sürelerin, bu işverenlerin kamu veya özel kesim işvereni olduğuna bakılmaksızın en az altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınması mümkün değildir³¹⁸. Ancak söz konusu hüküm, ayrı işverenler yanında aynı sözleşme ile geçen sürelerin birleştirilmesine engel olmamalıdır. Bir başka deyişle aynı işverenin işyerinde aynı işçiye ait aynı sözleşme veya ayrı ayrı yapılmış olan sözleşmeler, en az altı aylık kıdem süresinin toplamının dikkate alınmasına bir etkide bulunmazken; ayrı işverenin işyerinde geçen çalışma sürelerinin, en az altı aylık kıdem süresinin dikkate alınması ancak işçinin aynı sözleşme ile çalışmış olmasına bağlıdır. Aksi halde Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında geçen, “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı

³¹³ AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.183; “Birleştirmede fasıllı süreler dikkate alınmalıdır”, DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s.246; SÜMER, İş Hukuku, s. 92; ÇELİK, İş Hukuku, s.215; SÜZEK, İş Hukuku, s.499; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 860.

³¹⁴ Y9HD, 10.04.2006, E.2006/5885, K.2007/9361, <http://www.tisk.org.tr> (28.04.2012)

³¹⁵ Aralıklı çalışmada, çalışılan sürelerin kıdemden sayılması için, aralığın (fasılanın) ne kadar süre devam etmesi gerektiği konusuna da vurgu yapmak gerekir. İlk derece mahkemesine yansıyan ve Yargıtay kararına da konu olan bir olayda, yerel mahkemenin “önceki çalışma süresinin üzerinde uzun zaman geçtiği” gerekçesi ile işçinin işe iade amacıyla açtığı davayı reddetmesi üzerine, Yargıtay, işçinin iki dönem çalışması birleştirildiğinde kıdeminin altı aydan fazla olduğu ve yasa gereği bu dönemlerin toplanması gerektiğine işaret ederek, feshin geçersizliğine hükmetmiştir. Örneğin on yıl önce haklı sebeple işten çıkarılmış olan bir işçinin tekrar işe alınması halinde, altı aylık süreçte bu işçinin tekrar denemesi işverenin yararınadır. ALPAGUT, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s.207 – 208.

³¹⁶ GÜNAY, s. 157.

³¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 860.

³¹⁸ AKYİĞİT, Şerh (Cilt-I), s.786.

hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır” hükmünün bir anlamı kalmayacaktır.

Bu noktada önemle ifade edelim ki, işçinin çalışmasının aynı holding veya şirketler topluluğu bünyesi içinde yer alan farklı tüzel kişiliğe sahip şirketlerde geçmesi durumunda, her bir şirket işçi karşısında bağımsız bir işveren statüsünde yer aldığından, işçinin her biri ayrı sözleşmelerle farklı şirketlerde geçen çalışma süresinin birleştirilmemesi gerekir³¹⁹. Fakat aynı holding veya şirketler topluluğu bünyesi içinde yer alan farklı tüzel kişiliğe sahip şirketlerde iş sözleşmesinin devri yoluyla işyeri değişen işçinin sözleşmesi aynı olduğundan, iş güvencesine tabi olmak bakımından en az altı aylık kıdem süresinin hesabında önceki çalışmalarının da göz önünde bulundurulması gerekir.

Türk Borçlar Kanununun 429. maddesine göre iş sözleşmesi sürekli olarak başkasına devredilebilecektir. Devir işlemiyle birlikte devralan bütün hak ve borçları ile birlikte, iş sözleşmesinin tarafı olacaktır³²⁰. Bu sonuca göre, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınarak, en az altı aylık kıdem süresinin hesabı yapılmalıdır³²¹.

İşçinin altı aylık kıdemini hesabında Basın İş Kanununa göre de, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir (İK, m.18/4). Bu noktada belirtilmesi gereken önemli bir konu da, altı aylık sürenin hesaplanmasında, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte, diğer iş kanunları (İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu) kapsamında geçen sürelerin de dikkate alınıp alınmayacağıdır. İş sözleşmesinin sona erdiği tarihte İş Kanunu (veya Basın İş Kanunu) kapsamında işçi olmak gerekmekle birlikte, altı aylık süre içinde diğer iş kanunları kapsamında geçen sürelerin de göz önünde bulundurulmasını engelleyen bir hükmün Basın İş Kanunu yönünden de bulunmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, altı aylık sürenin tamamı (Basın İş Kanunu dışında diğer iş kanunları kapsamında da olsa)³²² iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmeli, ancak iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte Basın İş Kanunu kapsamında işçi olma şartı aranmalıdır³²³.

Öğretide bir görüşe göre, Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılmak için yapılan işin *fikir ve sanat işi* niteliğinde olması gerektiğinden, gazetecinin iş

³¹⁹ SOYER, “Feshe Karşı Koruma”, s.34; Y9HD, 07.03.2006, 37054/5673 (AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-I), s.774 vd). Ancak tüzel kişilik hakkının kötüye kullanıldığı durumda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi neticesinde, gerçekte tek bir işverenin varlığı ortaya çıkıyor ise, hizmetlerin birleştirilmesi yoluna gidilebilecektir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi Yargıtay tarafından da uygun bulunmaktadır. Bkz. Y19HD, 15.06.2006, E.2005/8774, K. 2006/5232 www.turkhukuk sitesi.com, (19.06.2012).

³²⁰ ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.303 vd; ARSLANOĞLU, “İradi Devir”, s.540 vd.

³²¹ Krş. CANIKLIOĞLU, “Karar İncelemesi”, s.33-51.

³²² AKYİĞİT, Şerh (Cilt-I), s.786.

³²³ SOYER, “Feshe Karşı Koruma”, s.34–35; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 860.

güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için en az altı aylık kıdem süresinin *tamamının* Basın İş Kanunu kapsamında geçirilmesi gerektiği belirtilmektedir³²⁴.

Bir başka görüşe göre ise, 5953 sayılı yasa kapsamında olan bir işyerinde gazeteci sıfatına haiz olmaksızın çalışılan sürelerin de, altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınması gerektiği kabul edilmekte, ancak yapılan çalışmaların yalnızca işe iadeyle ilgili iş güvencesi öngören İş Kanunu ile Basın İş Kanunu kapsamında geçmesi gerektiği ileri sürülmektedir³²⁵.

Kanaatimizce, Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılanların iş güvencesi hükümlerine tabi olması bakımından altı aylık kıdem süresinin tamamının Basın İş Kanunu kapsamında geçirilmesine gerek yoktur. Zira kanun koyucu altı aylık kıdem süresinin tamamlanması bakımından “*aynı işverenin*” bir veya değişik işyerlerinde geçen süreleri esas almış, bu işyerlerinin altı aylık sürenin devamı boyunca hangi iş kanunu kapsamında geçmesi gerektiğine ilişkin bir tutum sergilememiştir. Ayrıca altı aylık kıdem süresinin aynı işverenin aynı iş koluna tabi işyerlerinde geçirilmesi şartı dahi aranmamıştır. Bu bakımdan, Basın İş Kanunu kapsamında iş güvencesi hükümlerinin işlerliğinden söz edilebilmesi için, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte gazetecinin Basın İş Kanunu kapsamında (gazeteci) işçi sayılması yeterli olmalıdır.

İş güvencesi hükümlerinin uygulama alanının belirlenmesinde işçinin tabi olduğu iş kanununun türü önemlidir. Bu bakımdan Deniz İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışmakta olan bir işçinin yine söz konusu kanunlar kapsamında iş sözleşmesinin devri durumunda iş güvencesinin uygulanması bakımından gerekli olan en az altı aylık kıdem süresinin bulunup bulunmadığı önem arz etmeyecektir. Ancak İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında sürdürülen çalışmalar için kıdem süresinin iş güvencesi bakımından ifade ettiği anlamın dikkate alınması gerekmektedir. Zira iş sözleşmesinin devri bütün iş kanunları kapsamında mümkün olmakla birlikte, iş güvencesi uygulanması ve bu uygulama için gerekli koşullardan biri olan en az altı aylık kıdem (bekleme) süresinin varlığı bütün iş kanunları için geçerli bulunmamakta, yalnızca İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında değerlendirmeye alınmaktadır. En az altı aylık kıdem süresinin belirlenmesi açısından aynı işverenin aynı veya farklı iş kollarına ait işyerlerinde geçen çalışma süreleri bakımından, sürenin hangi iş kanunun kapsamında geçtiği önem taşımazken; ayrı işverenler yanında ayrı iş kanunları kapsamında aynı iş sözleşmesi ile çalışmak ve bunun sonucunda da oluşan kıdemden yeni işvereni sorumlu tutmak, aksi öngörül-

³²⁴ Bkz. **SARIBAY, Gizem**, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, **Legal Yayıncılık**, İstanbul - 2007, s.66-67.

³²⁵ **GÖKTAŞÇIL**, s.177.

medikçe, iş kanunlarının düzenleme alanı ve işveren yükümlülükleri göz önünde bulundurulduğunda yasal sistemimiz açısından mümkün değildir³²⁶.

3. Feshin Son Çare Olması İlkesi Üzerine Etkisi

Türk İş Hukuku açısından, iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli olabilmesi için gerekli koşullardan biri de feshin son çare olması ilkesine uyulmuş olmasıdır³²⁷. Hukukumuzda feshin son çare olması ilkesinin hukuki dayanağını dürüstlük kuralı (TMK, m.2) oluşturmaktadır. Örneğin işverenin yeni teknolojik yapılanmaya gitmesi neticesinde ortaya çıkan iş gücü fazlasını tasfiye etmesi mümkün olmakla birlikte, bu tasfiye öncesinde işten çıkarılan işçilerin başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini araştırmasının gerekmesi feshin son çare olması ilkesi ile ifade edilebilir³²⁸. Elbette ki, bu ilkenin işverene daha hafif önlemleri alma konusunda sınırsız bir yükümlülük getirdiği de düşünülmemelidir.

İş sözleşmesinin devri açısından da feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de özellikle teknolojik nedenler veya diğer işletme gerekleri dolayısıyla işverenlerin iş gücü fazlası olduğu takdirde, işçisini bir başka işverene devretmesinin feshin son çare olması ilkesinin bir gereği olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. İş sözleşmesinin devrini ele alan bazı incelemelerde devrin gerektiği takdirde bu kapsamda değerlendirilebileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür³²⁹.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında “İş sözleşmesinde “işveren, personelin rızasını alarak Şirketler Topluluğu içindeki diğer şirkete transfer edebilir, personel bununla ilgili olarak sonradan herhangi bir hak iddia edemez, talepte bulunamaz” kuralına yer verilmiştir. Belirtilen kural davalı işverenin ve işçinin tasarruflarıyla gerçekleştirebilecek bir işlemi öngörmemektedir. İş sözleşmesinin

³²⁶ Kıdem süresini göz önünde bulundurarak benzer sorun hakkında yıllık ücretli izin ve kıdem tazminatı bakımından yapılan ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. s.230 vd; 246. Ayrıca bkz. AKYİĞİT, Şerh, (Cilt-II), s.1803.

³²⁷ Feshin son çare olması ilkesi İş Kanununun iş güvencesini düzenleyen 18-21. madde hükümlerinde düzenlenmemiş, ancak 18. maddenin gerekçesinde yer almıştır. Buna göre “...Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır...” Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, 4.B. İstanbul-2009, s.97.

³²⁸ “Öte yandan, işletmesel kararla varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir”. Y9HD, 27.12.2006, E.2006/22752, K.2006/31085, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/2/13, s.241-242; Y9HD, 13.02.2006, E.2006/37555, K.2006/3454, Tekstil İşveren Dergisi, Sayı:332 (Eylül-Ekim -2007), s.5.

³²⁹ Özellikle holdinge bağlı başka bir şirket bünyesinde değerlendirilmesine olanak sağlayacak ve feshin son çare olması ilkesine de uygun düşecektir ALP, “İş Sözleşmesinin Devri”, s.316-317.

kesin olarak devrini ve işveren değişikliği sonucunu doğuracak böyle bir işlem devralacak işverenin de kabulüne bağlıdır. Feshin son çare olması ilkesi, işverene başka bir işverene ait işyerinde istihdam etme külfeti kapsamaz. Bu nedenle anılan kural uyarınca davacının aynı şirket topluluğu içindeki diğer bir şirkette değerlendirilmediği gerekçesi ile feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü doğru olmamıştır³³⁰. Görüldüğü üzere şirketler topluluğu içinde dahi olsa, işverenin feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde iş sözleşmesinin devri önlemine başvurmamak zorunda olmadığı, böyle bir külfetin yüklenemeyeceği, zira bu işlemin gerçekleştirilmesi için bir üçüncü taraf olarak da devralan işverenin iradesine ihtiyaç duyulduğu açıkça vurgulanmıştır³³¹.

İş sözleşmesinin devri uygulamasının işverene feshin son çare olması ilkesine dönük bir yükümlülük olarak getirilmesinin uygun olmaması karşısında elbette ki, devreden işverenin, işçinin de rızasını alarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesi yerine holding veya şirketler topluluğu içinde veya dışında işçinin bir başka işverene devri arayışına girmeleri ve bu amaçla anlaşmış oldukları bir işverene iş sözleşmesini devretmeleri elbette ki mümkün olabilecektir.

Ayrıca belirtelim ki, bir yasal yükümlülük sonucu özellikle kamu kurumlarında çalışmakta olan işçilerin ihtiyaç fazlası olması dikkate alınarak başka kamu kurumlarına aktarılması gündeme gelebilir. Örneğin, 6111 sayılı Kanunun³³² 166. maddesi gereğince “İl özel idarelerinin sürekli işçi kadrolarında çalışan ihtiyaç fazlası işçiler, Karayolları Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatındaki sürekli işçi kadrolarına, belediyelerin (bağlı kuruluşları hariç) sürekli işçi kadrolarında ihtiyaç fazlası işçiler, Milli Eğitim Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatındaki sürekli işçi kadroları ile sürekli işçi norm kadro dâhilinde olmak üzere ihtiyacı bulunan mahalli idarelere atanır” hükmüne yer verilmiştir.

³³⁰ Y9HD, 22.12.2008, E.2008/39933, K.2008/34838, www.legalbank.net (23.05.2014).

³³¹ Ayrıca devre ilişkin rızanın önceden alınıp alınamayacağına ilişkin açıklamalarımız için bkz. s.202 vd.

³³² Bkz. 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (13.12.2011, RG., 25.02.2011, 27857).

D. İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasından Doğan İşçilik Alacaklarından Sorumluluk

1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Türk İş Hukukunda, İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında çalışanlar, İş Kanununun 18-21. maddelerinde düzenlenen koşullar altında iş güvencesine tabidirler. İş güvencesi kapsamında çalışanlar açısından işçi alacaklarında farklı düzenlemeler ortaya çıkmakta ve bu müesseseye özgü alacaklar gündeme gelmektedir. Dolayısıyla belirtmiş olduğumuz alacakların üçlü iş ilişkileri açısından ifade etmiş olduğu anlam önem kazanmaktadır. Çalışmamız açısından bu noktada iş güvencesi kapsamında çalışmakta olan işçilerin, iş sözleşmesinin devri nedeniyle gündeme gelebilecek işçilik alacaklarından devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarına değinilecektir. Aslında iş güvencesi kapsamında bulunan işçilerin gündeme gelebilecek işçilik alacaklarından işverenlerin sorumluluğu ortaya konulmaya çalışılırken konunun iki başlık altında değerlendirilmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bu bakımdan işçinin işe iadesi iş güvencesinin önemli bir uygulaması olduğu için, işe iade kararı verilen işçiler ile işe iade kararı verilmeyen işçiler ayrımı ile karşılaşmaktayız. İşe iadesine karar verilen işçiler açısından söz konusu olan sonuç ise, işçinin işverence işe başlatılması durumunda ortaya çıkacak sonuçlar ile işe iade kararı bulunmasına rağmen işverence işe başlatılmayan işçiler açısından ortaya çıkacak sonuçların birbirinden ayrı tutularak incelemeye tabi tutulmasını gerekli kılmaktadır. Her şeyden önce bir hususu ifade edelim ki, belirtmiş olduğumuz inceleme konularımız iş sözleşmesinin devri konusu ile sınırlandırılarak ele alınacaktır. Gerçekten de iş sözleşmesi devredilen işçi açısından, iş güvencesine ilişkin kuralların gündeme gelmesi ve bu kurallar gereğince işçilik alacaklarından dolayı sorumluluğun tayin edilmesi iki ihtimale bağlıdır. Birincisi iş sözleşmesinin devrinden önce yapılmış bir süreli fesih nedeniyle işleyecek iş güvencesi kurallarının devreden ve devralan işverenlerinin sorumluluğunu nasıl etkilediği; ikincisi ise iş sözleşmesinin devrinden sonra yapılmış bir süreli fesih nedeniyle işleyecek iş güvencesi kurallarının devreden ve devralan işverenleri birlikte sorumlu kılıp kılmayacağı ve feshe ilişkin sonuçların işverenler üzerinde doğurduğu sonuçların nasıl açıklanacağıdır.

İş güvencesi kapsamında yer alan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin devreden işveren tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmesinin ardından, bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin henüz devam ediyor olması sebebiyle, zayıf bir ihtimal de olsa, süreli feshin konusu olan belirsiz süreli iş sözleş-

mesinin devrinin gündeme gelmesinin söz konusu olabileceğini yukarıda da izah etmiştik³³³. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshi durumunda, güvence kapsamında bulunan işçi açısından kural olarak başvurulması gerekli zorunlu yol işe iade davası açma zorunluluğudur. Bir başka deyişle İşe iade başvurusu ancak iş güvencesi kapsamında yer alan işçiler için geçerlidir. Buna göre, “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” (İK, m.18/1)³³⁴. Belirtilen güvence kapsamında bulunan işçiler, feshe karşı itiraz olanağına sahip bulunmaktadırlar. Fesih bildirimine itiraz ve usulünü düzenleyen İş Kanununun 20. maddesine göre; “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir³³⁵. (...) taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür”³³⁶. “Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür”. “Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkeme verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir”.

³³³ Bkz. s.75 vd.

³³⁴ İşletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında iş güvencesine ilişkin hükümler uygulanmaz (İK, m.18/son). Y9HD, 23.10.2003, E.2003/18234 K.2003/17634, **Çimento İşveren Dergisi**, (Ocak -2004), C:18, S:1, s.45; iş güvencesi kapsamında olsa bile, “istifa ederek işten ayrılanlar” (Y9HD, 16.09.2003, E.2003/15650 K.2003/14623, **Çimento İşveren Dergisi**, (Kasım-2003), C:17, S:6, s.48) da iş güvencesi hükümlerinden yararlanamazlar.

³³⁵ Bu süre hak düşürücü süre olup, resen dikkate alınması gerekir. İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmaz. İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar. Y9HD, 16.11.2009, E.2009/6435, K.2009/3223, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, S:25, s.508-509.

³³⁶ Artık fesih hâkimin vereceği hükme kadar bozucu şarta bağlı askı durumundadır. Y9HD, 14.07.2008, E.2007/42753, K.2008/20175, **Çalışma ve Toplum**, 2009/2, S:21, s.149.

2. Devralan İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Fesih Sonucunda İş Güvencesine Bağlı İşçilik Alacaklarından Sorumluluk

İş sözleşmesinin devralan işveren tarafından feshedilmesi durumunda, iş güvencesine ilişkin fesih kuralları geçerli olduğu takdirde, işçi tarafından açılması mümkün işe iade davasının sonucuna bağlı olarak ve iş güvencesine özgü alacaklardan yalnızca devralan işveren sorumlu olacaktır. Belirtmiş olduğumuz alacaklar işçinin boşta geçen süre ücretine ilişkin olabileceği gibi, işe iadesine karar verilen işçinin işverence işe başlatılmaması sonucu gündeme gelecek olan işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatına ilişkin de olabilecektir. “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur” (İK, m.21/1). “Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir” (İK, m.21/3). Ayrıca İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrasına göre de, işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücretin de ayrıca ödenmesi gerekir.

3. Devreden İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Fesih Sonucunda İş Güvencesine Bağlı İşçilik Alacaklarından Sorumluluk

a) İşçinin Feshe İtiraz Etmemesi

İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası gereğince, “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesine dava açabilir”. Madde hükmünden de anlaşıldığı gibi bir aylık dava açma süresi, fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Dolayısıyla işveren, belirsiz süreli iş sözleşmesini İş Kanununun 17. maddesinde gösterilen süreli fesih yöntemiyle sona erdirmiş olsa da, dava açma süresi, bildirim sürelerinin sonundan itibaren değil, fesih bildiriminin tebliğ edildiği, bir başka deyişle işçiye ulaştığı andan itibaren işlemeye başlayacaktır. İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası gereğince, tarafların anlaşması ile uyuşmazlığın aynı süre içinde özel hakeme götürülmesi de mümkündür.

İş sözleşmesi geçerli fesih kurallarına (İK, m.18-21) göre feshedilen işçinin, fesih bildirimine yukarıda belirtmiş olduğumuz süre içinde itiraz etmemesi üzerine, işverence yapılan fesih geçerli hale gelecek ve buna ilişkin sonuçlar işleyecektir.

İş sözleşmesi İş Kanununun 18-21. maddeleri kapsamında sona erdirilen bir işçinin, bildirim süresi içinde iş sözleşmesiyle bir başka işverene devredilmesi gündeme gelebilir. Bu ihtimalde işçinin dava açma süresi içinde (İK, m.20/1) feshe dönük herhangi bir itirazda bulunmadığı takdirde sonucun ne olacağını da belirtmek gerekir. Gerçekten de yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, bildirim süresi içinde iş sözleşmesi henüz sona ermediği ve bütün hak ve borçları ile birlikte devam ettiği için, sözleşmenin devri de bu aşamada gerçekleşebilir. Taraflarca bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin devrine yönelik olarak bir işlem gerçekleştirildiği takdirde, işçi de bildirim süresinin işlemesine neden olan feshe herhangi bir itirazda bulunmamışsa, sözleşmenin devralan işveren ile aynı koşullar altında işlemeye devam edeceği varsayımından hareketle³³⁷ (TBK, m.429/2) feshin yapılmamış sayılmasının kabulü yerinde olacaktır³³⁸.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi süreli fesih yöntemine göre feshedilmiş ancak iş güvencesi kapsamında bulunan bir işçinin, işe iade davası açmadan önce, işveren tarafından bir başka işverene devredilmiş olması durumunda, işe iadesi davası açma hakkının bulunup bulunmadığı da önem arz eden bir husustur. Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sonlandırılrsa dahi, ihbar süresi içinde iş sözleşmesi varlığını devam ettirdiğinden devri de mümkün olacaktır. İşçi yeni bir işverene devredildiği için işe iade davasını açma ihtiyacı hissetmeyecek, zaten buna gerek de olmayacaktır. Zira devir sözleşmesinde işçinin de rızası aranmaktadır. Ancak işçinin işe iade davası dışında, iş sözleşmesinin devrinden önce süreli fesihle sona erdirilen sözleşmesine bağlı olarak, devreden işverence fesihle ilgili hukuka aykırılıklardan doğan davaları açması yine de mümkün olabilecektir. Özellikle işçinin kişi hak ve hürriyetlerinin ihlali söz konusu olduğu takdirde maddi ve manevi tazminat davaları gündeme gelebilir. Ayrıca işçi sendikal ayrımcılığa maruz kalmış ise, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrası gereğince işe iade davası açmasa da, doğrudan sendikal tazminat istemiyle dava açabilecektir. Ayrıca belirtelim ki, bu davanın fesih bildirim tarihinden itibaren bir ay içinde açılması da zorunlu değildir. Genel zamanasını süresi olan on yıl içinde sendikal tazminat talebinde bulunmak müm-

³³⁷ Gerçekten de iş sözleşmesinin devri, sözleşmeyi sona erdiren bir işlem olmadığından feshe bağlı herhangi bir hak gündeme gelmeyecektir.

³³⁸ Bu konuda bkz. **EKONOMİ/EYRENCİ**, s.199 vd.

kündür³³⁹. Ayrıca ırk, dil, renk, cinsiyet vb ayrımcılıklara maruz kaldığı iddiasında bulunan işçi de yine iş sözleşmesinin feshine bağlı olmaksızın, İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenmiş bulunan eşit davranma borcuna aykırı davrandığı takdirde, işçi, dört aya kadar ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatı talebinde bulunabilecektir. Belirtmiş olduğumuz tazminatlardan, işçinin kişilik hak ve hürriyetlerini ihlal eden, haksız ayrıma maruz bırakan devreden işveren sorumlu olmalı ve davalar da yalnızca devredene karşı açılabilmelidir.

b) İşçinin Feshe İtiraz Etmesinin İş Sözleşmesinin Devrine Etkisi

İş güvencesi hükümlerine tabi bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, işverence süreli fesih hükümlerine göre (İK, m.17, 18-21) sona erdirilmesi durumunda yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, İş Kanununda benimsenen süre içinde feshe itirazda bulunması yani işe iade davası açması mümkündür. İş sözleşmesinin devrinin ardından, iş güvencesi hükümlerinin uygulandığı bir işyerinde işe iade davasının devralan işverene karşı açılması gerekirken, iş sözleşmesinin devrinden önceki bir iş sözleşmesinin süreli feshedilmesi ve işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi bulunması karşısında, işe iade davasının devreden işverene karşı açılmış olması söz konusu olabilir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimiyle sona erdirildiği işveren tarafından işçiye ihbar edildiği takdirde, iş güvencesi kapsamında bulunan işçinin işe iade davası açması, ancak dava henüz sonuçlanmadan iş sözleşmesinin devredilmesi ihtimalinde daha farklı sonuçlarla karşılaşmak mümkündür.

İşe iade davasının sonuçlarının oluşması, kural olarak iş güvencesine tabi olan işçinin sistemi işletmesi ile mümkündür. Zira feshin geçersizliğine mahkemece karar verildiği takdirde, işçinin işine iadesine karar verilmektedir. Ancak mahkemece verilen işe iade kararı üzerine işverenin işçiye işe başlatıp başlatmama konusunda tercih hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle de işvereni mutlak olarak işçiye işe iade konusunda zorlama olanağı bulunmamaktadır³⁴⁰.

İşe iade davası açan işçi açısından ortaya çıkması muhtemel sonuçlardan biri olan işe yeniden başlatılma seçeneğinin, iş sözleşmesi bildirim süresi henüz sona ermeden bir başka işverene devredilme durumunda, hala varlığını koruyup korumayacağı da bir başka sorunu oluşturmaktadır. Belirtmiş olduğumuz ihtimalde işe iade davasının nasıl etkileneceği, davaya devam edilip edilmeyeceği, devam edilecekse davanın sonuçlarından hangi işverenin ne ölçüde sorumlu olacağının ortaya konulması gerekir. Gerçekten de bildirim süresi içinde

³³⁹ SÜMER, İş Hukuku, s.204.

³⁴⁰ GÜZEL, Ali, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul-2004, s.110; SÜZEK, İş Hukuku, s.579.

henüz iş sözleşmesi sona ermeden, işe iade davası açmanın mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, aynı süre içinde işverence işçinin iş sözleşmesinin bir başka işverene devredilmesi durumunda, devreden işverene karşı açılan işe iade davasının konusuz kaldığından söz edilmesi kanaatimize göre mümkün değildir. Aslında varmış olduğumuz hukuki sonuç, İş Hukuku öğretisi ve Yargıtay kararlarında tartışmalı olan belirsiz süreli iş sözleşmesi işverence süreli fesih bildirimi ile sona erdirilmiş ancak bildirim süresi içinde işe iade davası açmış olan işçinin işverence yeniden işe davet edilmesi işlemi ve bu işleme bağlanan hukuki sonuçlarla benzerlik göstermektedir. Zira Yargıtay işe iade davası açıldıktan sonra işçinin işveren tarafından işe davet edilmesini yeni bir iş sözleşmesi için icap niteliğinde kabul etmektedir³⁴¹. İş sözleşmesi süreli fesih yöntemiyle feshedilmiş ancak bildirim süresi içinde sözleşmesi devredilmek istenen işçiye, devreden ve devralan işverenin devir konusunda yaptığı anlaşma da bir öneri (icap) olarak kabul edilmektedir. Her iki müessese açısından da buradaki öneri (icap) kavramının önceki sözleşmedeki kıdemi sıfırlayan bir etki yaratmadığı ve önceki sözleşmenin kesintisiz devam ettiği kanaatindeyiz. Nitekim öğretide işe iade davasının ardından işverence yeniden işe davete ilişkin Yargıtay kararını değerlendiren bir görüşe göre, “Yargıtay kararında yer alan işe davetin yeni bir iş sözleşmesi için icap olduğu görüşü esas itibarıyla doğru olmakla birlikte, dava sonunda mahkemenin feshi geçersiz kılması halinde yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğunu değil, önceki sözleşmenin kesintisiz devam ettiğini kabul etmek yerinde olacaktır”³⁴².

Gerçekten de işe iade davası açılmasının ardından, yargılama sürecinin devamı sırasında işçinin işveren tarafından yeniden işe davet edilmesi ve bu davetin işçi tarafından kabul edilmesi durumunda, iş güvencesi tazminatı gündeme gelmeyecektir. Yargıtay son içtihatlarıyla belirtilen duruma özgü olarak davanın konusuz kaldığından söz edilemeyeceğine hükmetmektedir³⁴³.

İş sözleşmesinin devri açısından konuya yaklaştığımız takdirde, süreli fesih sürecinde işe iade davası açmış bulunan bir işçinin iş sözleşmesinin henüz son bulmadan bir başka işverene devredilmiş olması durumunda, iş sözleşme-

³⁴¹ Y9HD, 29.01.2004, E.2004499, K.2004/1489, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2005/1, S:4, s.203.

³⁴² Ayrıntı için bkz. SÜMER, Hâluk Hâdi, “İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi”, *Sicil*, Aralık-2006, s.90-94.

³⁴³ Y9HD, 01.02.2006, E.2005/37466, K.2006/2033, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2006/2, s.169-170; Y9HD, 02.02.2005, E.2004/28938, K.2005/4129, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi*, 6/2005, s.706; Y9HD, 11.06.2007, E.2007/15603, K.2007/18639, *Çimento İşveren Dergisi*, Kasım-2007, S:6, C:21, s.32; Yargıtay daha önce dava devam ederken işçinin işe başlatılması sonucunda davanın konusunun kalmadığını ve dört aya kadar ücret alacağı konusunda bir karar vermeye yer olmadığı yolunda kararlar vermektedir. Karar için bkz. SÜZEK, Sarper, “Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:30, 2012, s.57-75.

sinin devralan işverenle devamı mümkün olabilecektir. Devreden işveren ile işe iade davasını devam ettirmek isteyen işçi arasında mevcut davanın konusuz kaldığından söz etmek mümkün olmamakla birlikte, henüz feshi ihbar süresi içinde iş sözleşmesinin devri mümkün olduğundan, boşta geçen süre ücreti de gündeme gelmeyecektir³⁴⁴. Ancak davaya devam edilerek feshin geçersiz olup olmadığının, özellikle sendikal tazminata dayalı işe iade davaları açısından değerlendirilmesi gerektiği *düşüncesindeyiz*. Zira 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun getirmiş olduğu yeni sistem gereği, feshin sendikal nedenle yapıldığı ileri sürülerek açılan işe iade davalarında, durumun yargı organınca tespitinin ardından İş Kanununun 21. maddesine göre işçinin işe iade için başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar vermek mümkün olabilmektedir. Burada değerlendirilmesi gereken bir sorun da hükmedilecek tazminattan devreden işverenin mi yoksa devralan işverenin mi sorumlu olacağıdır. Önemle ifade edelim ki, Türk Borçlar Kanununun sözleşmenin devrini düzenleyen 429. maddesinin 2. fıkrasında devir işlemiyle birlikte devralanın bütün hak ve borçları ile birlikte hizmet sözleşmesinin tarafı olacağı belirtilmiş ve işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Devredilen işçinin taraf olduğu işe iade davası sonucu talep edilen sendikal tazminat, iş sözleşmesinin devri tarihinde henüz bir hak olarak tespit edilmediğinden ve aynı zamanda işçinin kıdem süresine bağlı bir hak olarak da ortaya çıkmadığından, devralan işverenin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı *kanaatindeyiz*.

Ancak feshi ihbar sürecinin son bulması durumunda iş sözleşmesi son ereceğinden, sözleşmenin iradi olarak bir başka işverene devri de mümkün olmayacaktır. Belirtelim ki, feshi ihbar süresi son bulmuş olsa da işçinin açmış olduğu işe iade davası sonrası, feshin geçersizliği ve işe iadeye karar verilmiş olması durumunda, işveren tarafından işçinin işe yeniden başlatılması durumunda, iş sözleşmesi yeniden başlamış olacaktır. İş Kanununun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için*

³⁴⁴“Dava devam ederken, davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. 4857 sayılı Kanunun 21. maddesine göre, boşta geçen süre ücreti, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması şartına bağlıdır. Somut olayda, boşta geçen süre ücretine ilişkin bu şartların yargılama sırasında, davacının işe başlatılmasıyla, önceden gerçekleştiği kabul edilmelidir. Davanın açılmasına davalı sebebiyet verdiğinden davalı lehine vekalet ücreti takdir edilmemesi isabetlidir. Ancak dava konusuz kaldığından, işe iadeye ilişkin davanın reddi hatalıdır. Bu durumda davacı işçi, açıkça feragat etmemiş ya da talebini geri almamış ise boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir” Y9HD, 02.02.2005, E.2004/28938, K.2005/4129, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi**, 6/2005, s.706.

işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları”nın da ödenmesi gerekir.

İşçinin işe yeniden iadesi durumunda işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi yeni bir sözleşme değildir³⁴⁵. Dolayısıyla yasal koşullar çerçevesinde ve önceki tüm kıdem süreleri ile birlikte devam eden bir iş sözleşmesi olarak devri yeniden gündeme gelebilecektir. Ancak belirtelim ki, dört aydan daha çok devam etmiş boşta geçen süreler, sözleşme devre konu olduğunda, işçinin kide mine dâhil edilemeyecektir.

10. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN TOPLU İŞ HUKUKU AÇISINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

I. İŞÇİNİN SENDİKAL HAKLARINA İLİŞKİN ETKİSİ

A. Genel Olarak

İş sözleşmesinin devri sonucunda işçinin bir başka işverenin işyerinde çalışmaya başlaması ve devir sonucunda iş sözleşmesi sona ermeksizin devam etmesi, sendikal hak ve yükümlülüklerle ilişkin bazı noktaların değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Gerçekten de Sendikalar Hukuku açısından, işçinin iş sözleşmesinin devri durumunda sendika kurucusu olma, sendikaya üye olma, işkolu değişikliğinin üyeliğe etkisi gibi konularda tartışmalı noktalar gündeme gelebilir. Belirtelim ki, iş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmede sendika taraf olamayacaktır. Topluca birden fazla işçinin devri söz konusu olsa da buna ilişkin devirlerin her bir işçi için yine ayrı ayrı yapılması ve işçilerin rızasının alınması gereklidir.

B. İş Sözleşmesinin Devrinin, İşçinin Sendikaya Üyelik Hakkına Etkisi

1. Genel Olarak

İşçi sendikasına üye olma, işçi ve işveren kuruluşları açısından sendikal hakların kullanılması noktasında önemli bir gerekliliktir³⁴⁶. Sendika ile üye arasında karşılıklı ilişkiler kuran, hak ve borçlar meydana getiren hukuksal ilişkiye

³⁴⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.642.

³⁴⁶ Üyelik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, İş Hukuku, s.471 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.365 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.191 vd; KILIÇOĞLU, Mustafa, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu s.151 vd.

sendika üyeliği adı verilir³⁴⁷. Sendikaya üye olma hem işçiler hem de işverenler açısından tanınmış bir haktır. İşçi sendikalarına yalnızca gerçek kişiler üye olabilirken, işveren sendikalarına tüzel kişiler de üye olabilmektedirler.

6356 sayılı Kanunun 17. maddesinde ele alınan düzenleme, kurulmuş bir sendikaya üyelik açısından geçerli bir düzenlemedir. Sendikanın kuruluş aşamasında gerçekleşen üyelik ise, 17. madde hükümlerine göre değil, kuruluş aşamasında kazanılmaktadır. Dolayısıyla sendika kurucuları, kuruluş işleminin tamamlanmasının ardından kendiliğinden üyelik sıfatını kazanmaktadırlar³⁴⁸.

6356 sayılı Kanunun 17. maddesine göre “ (1) Onbeş yaşını dolduran ve bu Kanun anlamında işçi sayılanlar, işçi sendikalarına üye olabilir. (2) Bu Kanun anlamında işveren sayılanlar, işveren sendikalarına üye olabilir. (3) Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz. İşçi veya işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamaz. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilir. İşçi ve işverenlerin bu hükme aykırı şekilde birden çok sendikaya üye olmaları halinde sonraki üyelikler geçersizdir. (4) Bir işyerinde yardımcı işlerde çalışan işçiler de, işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir”. Görüldüğü gibi söz konusu hükme göre işçi sendikasına üye olabilecek kimseler için 17. maddede belirtilen koşulların varlığı aranır. Ancak bir işçinin, işçi sendikasına üye olabilmesi için bu maddede belirtilen koşulların varlığı yetmemektedir. Aynı zamanda işçinin üyeliğin kazanılması için gerekli koşulları da sağlamış olması gerekir. Buna göre “Sendikaya üyelik, Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine e-Devlet kapısı üzerinden üyelik başvurusunda bulunulması ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile e-Devlet üzerinden kazanılır. Üyelik başvurusu, sendika tarafından otuz gün içinde reddedilmediği takdirde, üyelik talebi kabul edilmiş sayılır. Haklı bir neden gösterilmeden üyelik başvurusu kabul edilmeyenler, bu kararın kendilerine tebliğinden itibaren otuz gün içinde dava açabilir. Mahkemenin kararı kesindir. Mahkemenin davacı lehine karar vermesi halinde üyelik, red kararının alındığı tarihte kazanılmış sayılır” (İK, m.17/5).

Madde hükmüne göre işçi sendikasına üye olabilmek için, işçi sıfatına sahip olmak, iş sözleşmesine göre çalışıyor olmak ve belli yaş koşulunu sağlamış olmak, sendikanın kurulu bulunduğu iş kolunda çalışıyor olmak gerekir.

³⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Fevzi, Sendikalar Hukuku, 4.B, İzmir-1999, s.75; ŞAHLANAN Fevzi, Sendikalar Hukuku, İstanbul-1995, s.145; ESENER, s.343.

³⁴⁸ Böylece 6356 sayılı Kanunun öngörmüş olduğu şekil koşuluna bir istisna getirilmiş olmaktadır. BAŞBUĞ, Aydın, “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Sendika Üyeliği”, Sicil, Aralık-2012, s.174.

Ayrıca bir işçinin sendika üyeliği başvurusunu 6356 sayılı Kanunun 17. maddesinin 5. fıkrası gereğince “Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine e-Devlet kapısı üzerinden” yapması ve “...sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organının kabulü ile e-Devlet kapısı üzerinden” kazanılması hükme bağlanmıştır.

2. İşçinin Sendika Üyeliğinin Devamı ve Sona Ermesi

İşçi sendikasına üyelik, yukarıda belirtmiş olduğumuz 6356 sayılı Kanunun 17. maddesindeki koşullar kapsamında gerçekleşmekle birlikte, iş sözleşmesinin devri açısından değerlendirmemiz gereken nokta ise, bir başka işverene devredilen işçinin üyeliğinin devir sözleşmesinden nasıl etkileneceğidir. Zira üyelik koşullarından bazılarının iş sözleşmesinin devri ile birlikte ortadan kalkması durumunda, işçi sendikası üyeliğinin de bu durumdan etkilenmesi ihtimali gündeme gelecektir. Gerçekten de bir işçi sendikasına üye olabilmek için işçi olmak yeterli değildir. Ayrıca işçinin üye olmak istediği sendikanın kurulu olduğu işkolunda faaliyet gösteren bir işyerinde çalışıyor olması gerekir. Bu anlamda işçinin hangi işi yaptığının ya da hangi meslekte olduğunun bir önemi yoktur³⁴⁹.

6356 sayılı Kanunun 17. maddesinde geçen ve üyelik için gerekli koşullardan biri olan işçinin aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamayacağı, ancak aynı işkolunda aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçilerin birden çok sendikaya üye olabileceği (STİSK, m.17/3) yolundaki hüküm gereğince, iş sözleşmesi devredilen bir işçinin farklı bir işkoluna devredilmesi durumunda, önceki işkolundaki sendika üyeliği sona erecektir. Zira 6356 sayılı Kanunun 17. maddesinin 7. fıkrası gereğince, “İşkolunu değiştirenin sendika üyeliği kendiliğinden sona erer”. Halbuki bir başka işyerine geçici iş ilişkisi gereğince, geçici (ödünç) olarak devredilen bir işçinin ödünç gittiği işyerine göre değil, kendi işyerinin girdiği işkoluna göre üyelik hakkı belirlenmektedir. Aynı şekilde alt işveren işçileri de, asıl işverenin işyerinin girdiği işkolunda değil, kendi işverenlerinin işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir işçi sendikasına üye olabileceklerdir³⁵⁰.

Hukukumuzda, aynı işkolunda aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilmektedirler (STİSK, m.17/3). Gerçekten de 6356 sayılı Kanun gereğince kabul edilen sisteme göre, özellikle kısmi süreli iş sözleşmesi ile farklı işverenlere ait aynı işkolundaki işyer-

³⁴⁹ SÜMER, İş Hukuku, s.191; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.367.

³⁵⁰ SÜMER, İş Hukuku, s.191; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.368.

lerinde çalışan işçiler açısından bir istisna getirilmiştir³⁵¹. Belirtmiş olduğumuz biçimde çalışan işçiler, aynı zamanda aynı işkolunda ayrı işverenlere ait işyerlerinde çalışıyor iseler, birden fazla sendikaya üye olabileceklerdir. Ancak aynı işkolunda aynı işverene ait işyerlerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin birden fazla sendikaya üye olabilmesi mümkün değildir. Belirtelim ki, aynı holding veya şirketler topluluğuna tabi şirketler, ayrı tüzel kişiliği bulunduğu için her biri ayrı işveren olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla belirtmiş olduğumuz yapı içinde çalışmakta olan işçiler açısından da, aynı zamanda, aynı işkolunda ayrı işverenlere ait işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan bir işçi açısından da birden fazla sendikaya üye olmak mümkün olabilecektir. Özellikle iş sözleşmesinin devrini ifade eden ilişkilere holding ve şirket topluluğu şeklindeki yapılanmalarda rastlandığından dolayı, bir şirketten diğerine devredilen işçi açısından, aynı çalışma biçimine göre faaliyetini devam ettirmesi durumunda, işçi sendikası üyeliğinin etkilenmeyeceğini ifade etmemiz gerekir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, holding ve şirket topluluklarının hukuki özelliklerinden kaynaklanan sebeplerle iş sözleşmesinin işveren tarafının tespiti ve sorumluluk esaslarının belirlenmesi noktasında uygulamada zaman zaman sıkıntıların yaşandığı da bir gerçektir. Şayet öğretide de kabul edildiği üzere, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak yavru şirketin işçisine karşı hakim (ana) şirketin sorumlu kılınmasını gerektirecek tarzda bir uygulamayla karşılaşılıyor ise, bir başka deyişle yavru şirketin bağımsız ve ayrı tüzel kişilik olduğunun ileri sürülmesi Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenen *dürüstlük kuralına* aykırı düşüyor ise, işçinin hakim şirketin işçisi olarak kabul edilmesi gerekecek ve işçi sendikası üyeliği buna göre belirlenecektir. Söz konusu ihtimalde işçi, aynı işkolunda, farklı değil, aynı işverenin birden fazla işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışıyor olsa bile, tek bir sendikaya üye olabilecek, birden fazla sendikaya üyeliği kabul edilmeyecektir. Sonraki üyelikleri ise, 6356 sayılı Kanunun 17. maddesinin 3. fıkrası gereğince, geçersiz olacaktır.

Ayrıca iş sözleşmesi devredilen bir işçi aynı işkolunda görev yapıyor olsa bile, bu çalışma ilişkisi önceki sendika üyeliği farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışması sebebiyle birden fazla sendika üyeliğini sağlayan bir çalışma ilişkisi olarak ifade edilebiliyor iken; artık devirden sonra tek bir işverene bağlı olarak çalışmasını sürdürmeye başlaması durumunda, çalışmaya devam ettiği tek işverenin işkoluna bağlı sendika üyeliği devam edecek, diğer üyelikleri ise sona erecektir (STİK, m.17/3).

³⁵¹ KILIÇOĞLU, Mustafa, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, s.153; SÜMER, İş Hukuku, s.192.

Belirtmiş olduğumuz hususlar dışında iş sözleşmesinin devri, işçinin önceki çalışma ilişkisine dayalı sendika üyeliğini/üyeliklerini hiçbir biçimde etkilemiyor ise, sendika üyelikleri son bulmayacaktır.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN TOPLU İŞ HUKUKUNDAN DOĞAN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER ÜZERİNE ETKİSİ

A. Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Düzenlemelere Etkisi

1. Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi

Toplu iş sözleşmesi yapma hakkı, 1982 Anayasasının Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altında düzenlenen 53. maddede ele alınmıştır. Hükme göre, “İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma koşullarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler”. Görüldüğü gibi toplu iş sözleşmesi yapma hakkı, ancak belli kişilere tanınmış bir haktır. Toplu iş sözleşmesinin işçi tarafını yalnızca işçi sendikaları oluşturabilirken, işveren tarafını ise işveren ve işveren sendikaları oluşturabilmektedir³⁵².

Toplu iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin düzenlemeler, 6356 sayılı Kanunda ayrıntılı olarak ele alınmıştır. İşçi ve işveren konfederasyonlarının, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti yoktur. Toplu iş sözleşmesi, “İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi” ifade eder (STİSK, m.2). Toplu iş sözleşmesi, “... tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyumsuzlukların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir” (STİSK, m.33/2).

Yukarıda belirtmiş olduğumuz toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olan herkesin, aynı zamanda toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine de sahip olduğu söylenemez. Gerçekten de toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olmakla birlikte 6356 sayılı Kanunda belirtilen yetki koşullarının da bulunması şartıyla işçi ve işveren tarafı için toplu iş sözleşmesi yapmak mümkün olabilecektir. Bu anlamda toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip kişi veya kuruluşların toplu iş sözleşmesi yapabilme gücüne toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi adı verilir³⁵³.

³⁵² ÇELİK, İş Hukuku, s.529 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.227.

³⁵³ SÜMER, İş Hukuku, s.227.

6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasına göre bir işçi sendikası-
nın kurulu olduğu işkoluna giren bir işyeri veya işyerlerinde ya da işletmede
toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olabilmesi için *ilk olarak*, kurulu bu-
lunduğu işkolunda çalışan işçilerin *en az yüzde üçünü* üye kaydetmiş, *ikinci*
olarak da toplu iş sözleşmesi yapmak istediği işyerinde çalışan işçilerin yarısın-
dan fazlasının bu sendikanın üyesi olması gerekmektedir³⁵⁴. Grup toplu iş söz-
leşmeleri açısından yarıdan fazla çoğunluğun her bir işyeri için ayrı ayrı dikkate
alınması gerekir³⁵⁵. 6356 sayılı Kanun, işletme toplu iş sözleşmeleri açısından
çoğunluğu yarıdan fazla değil, yüzde kırk (% 40) çoğunluk olarak ele almıştır
(STİSK, m.41/2)³⁵⁶. İşletme toplu iş sözleşmesi açısından en az yüzde kırkın
hesabında işletmeye dâhil her işyeri için ayrı ayrı değil, işletme bir bütün olarak
dikkate alınmalıdır³⁵⁷.

Örneğin metal işkolunda faaliyet gösteren ve 120 işçinin çalıştığı bir işye-
rinde çalışan işçiler için, bu işkolunda kurulu ve ülke barajını sağlamış bulunan
(A) sendikasının toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için, işyerinde çalışan 120
işçinin yarısından fazlasını (60'tan fazlasını) üye kaydetmiş olması gerekmektedir.
İşletme toplu iş sözleşmesi için ise, 120 işçinin yüzde kırk veya daha fazla-
sına denk gelen sayıda işçiyi üye kaydetmiş olması gerekir. Buna göre en az 48
işçinin (A) sendikasının üyesi olması gerekir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz sayısal değerleri sağlayan bir işçi sendika-
sının yetkili olduğunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından
yapılmaktadır³⁵⁸. Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası veya işve-
ren sendikası veyahut da sendika üyesi olmayan işverenin yetki tespiti için ilgili
Bakanlığa müracaat etmesi gerekir (STİSK, m.41/2). Bakanlık işkolunda çalışan
işçilerin en az yüzde üçünün³⁵⁹ başvuran sendikanın üyesi olup olmadığını³⁶⁰;

³⁵⁴ Yarıdan fazla deyimi, işyerindeki toplam işçi sayısının yarıdan fazlası olarak değerlendirilmelidir. **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.486.

³⁵⁵ **SÜMER**, İş Hukuku, s.227.

³⁵⁶ İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya daha fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir (STİSK, m.41/3).

³⁵⁷ **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.486.

³⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÇELİK**, İş Hukuku, s.507 vd; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.471 vd; **SÜMER**, İş Hukuku, s.219 vd; **KILIÇOĞLU, Mustafa**, Sendikalar ve Toplu İş sözleşmesi Kanunu, s.251 vd.

³⁵⁹ Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünün tespitinde Bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer alır. Yayımlanan istatistik toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanıncaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemez (STİSK, m.41/5). Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayımlanan istatistiklere itiraz yolu açıktır. İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle, yayımından itibaren onbeş gün içinde Ankara İş Mahkemesine başvurulabilir. Yayımından itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistik kesinleşmiş olur. Mahkeme itirazı onbeş gün içinde sonuçlandırır ve karar, ilgililerce veya Bakanlık tarafından temyiz edilebilir. Temyiz talebi Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin olarak karara bağlanır (STİSK, m.41/6).

ayrıca toplu iş sözleşmesi kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletme toplu iş sözleşmesi için yüzde kırkının üyesi olup olmadığını inceler.

2. İş Sözleşmesinin Devrinin Etkisi

Toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesi için özellikle yetkili sendikanın belirlenmesinde işkolundaki işçi sayısı ile toplu iş sözleşmesinin uygulanacağı işyerlerindeki işçi sayısı önem taşımaktadır. İşçi sayısının önemli olduğu bir noktada, iş sözleşmesinin sürekli devri yoluyla bir işyerine katılan işçinin veya işçilerin, o işyerindeki işçi sayısını artırdıkları kuşkusuzdur. Bir veya birkaç işçinin işyerine katılması devralan işverenin işyerindeki üye sayısı bakımından yetkiyi olumlu etkilerken, devreden işverenin işyeri açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Örneğin işveren (E)'nin yanında çalışmakta olan işçilerden (A), (B) ve (C)'nin iş sözleşmesinin devri ile işveren (D)'nin işyerinde çalışmaya başlamaları durumunda, belirtilen işçiler aynı işkolunda kurulu bir sendikaya üye iseler, işçi sendikasının bu işyerindeki üye sayısının artmasına sebep olacaklardır. Şüphesiz ki, farklı işkolundaki bir işyerine devredilmiş olmaları durumunda, yetki tespiti için önceki sendikanın üye sayısının hesabında göz önünde bulundurulamayacakları gibi, bu sendikadaki üyelikleri de son bulacaktır.

Öte yandan aynı işkolunda faaliyette bulunan bir işyerine devredilseler bile, yetki tespiti açısından çoğunluk hesabında devreden işverenin işyeri açısından dikkate alınmayacaklardır. Gerçekten de örneğin 3.000 işçinin çalıştığı metal işkolunda 600 üyesi bulunan (İ) işçi sendikasının, 120 işçinin çalıştığı işveren (E)'ye ait işyerinde çalışan 62 işçiyi üye kaydetmiş olmaları durumunda, işyeri toplu iş sözleşmesi için yetki koşulları olumlu iken; işçilerden (A), (B) ve (C)'nin devredilmesiyle birlikte, işyerindeki yarıdan fazla işçi sayısı düşmekte ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi olumsuz etkilenmektedir. Aynı şekilde, (İ) işçi sendikasının aynı işkolunda faaliyette bulunan işveren (D)'nin işyerinde daha önceden sağlayamadığı yarıdan fazla çoğunluğu, devredilen işçilerin de sayıya dâhil edilmesiyle sağlaması da mümkündür.

Bu noktada, bir işçi sendikasının daha önceden yetkili olduğu bir işyerindeki üye sayısının eksilmesi sebebiyle toplu iş sözleşmesinin bu azalmadan etkilenip etkilenmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Toplu İş Hukuku açısından bir işçi sendikasının kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde

³⁶⁰ "41 inci maddenin birinci ve beşinci fıkraları ile 43 üncü maddenin ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan kurulu bulunduğu işkolunda en az yüzde üç üye şartı, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihinden 1/7/2016 tarihine kadar yüzde bir, 1/7/2018 tarihine kadar yüzde iki olarak uygulanır" (STİSK, Geçici Madde, 6).

üçünün üyesi olup olmadığının tespitinde Bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Toplu iş sözleşmesi kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının; işletme toplu iş sözleşmesi için ise yüzde kırk işçinin bulunup bulunmadığının tespitinde ise *başvuru tarihinde* çalışan işçiler esas alınır. İşyeri veya işletme çoğunluğunun tespitinde iş sözleşmesi ile devredilen işçiler de, devralan işverenin işyeri açısından dikkate alınmalıdır. Ancak başvuru tarihinden sonra, iş sözleşmesinin devri ile işyerine katılan veya işyerinden ayrılan işçilerin, olumlu veya olumsuz yetki tespiti açısından dikkate alınması mümkün olmayacaktır. Zira 6356 sayılı Kanununun 37. maddesine göre, “*Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, faaliyetinin durdurulması, işçi sendikasının yetkiyi kaybetmesi ve toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin veya işyerinin girdiği işkolunun değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez*”. Dolayısıyla işçi sendikasının *başvuru tarihinden sonra* işyerindeki üye işçi sayısının artması sebebiyle yetkili olacağı sonucu çıkmayacağı gibi, üye işçi sayısının azalması sebebiyle de yetkiyi kaybetmesi sonucu ortaya çıkmayacaktır.

Nitekim Yargıtay’ın toplu iş sözleşmesi yetki uyuşmazlığı sırasında işverenin holdinge bağlı şirketlerden yatay geçiş adı altında 209 işçiyi işyerine aldığı bir uyuşmazlığa ilişkin olarak verdiği bir kararında, bu şekilde sözleşme devri ile tam yetki tespit başvurusu öncesinde devralınan işçilerin yetki tespitinde dikkate alınmaması gerektiğine karar vermiştir³⁶¹. Yapılan işlem haklı olarak iş sözleşmesinin devri olarak değerlendirilmiş ancak, yatay geçiş ile alınan bu işçilerin sendika üyesi olmaması sebebiyle sendikanın çoğunluğunu kaybetmesine neden olduğu değerlendirilmiştir.

B. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaya İlişkin Düzenlemelere Etkisi

1. Genel Olarak

İşçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında imzalanan bir toplu iş sözleşmesinden kimlerin yararlanacağı Toplu İş Hukukunun önemli bir konusudur³⁶². Konu hakkında açık düzenleme içeren

³⁶¹ Y9HD, 05.03.1998, E.1998/3330, K.1998/3421, (www.kazancihukuk.com-09.11.2013).

³⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, İş Hukuku, s.555 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.235 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.500 vd; KILIÇOĞLU, Mustafa, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, s.238 vd; CANBOLAT, Talat, “*Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler*”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:6, S:4, 2002, s.1-39; GÜLER, Şerafettin, “*Yargı Kararları Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma*”, Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ağustos-2006, s.76-91.

6356 sayılı Kanunun 39. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır*”. Ancak taraf işçi sendikasına üye olan işçilerin üyelik zamanları, toplu iş sözleşmesinden hangi andan itibaren yararlanılacağına dair özel durumlar içerebilir. Zira bir işçinin toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce üye olması söz konusu olduğu kadar, imzadan sonra üyelik de söz konusu olabilir. Belirtilen özel durumlara ilişkin olarak 6356 sayılı Kanunun 39. maddesinde açık düzenlemeler bulunmaktadır. Hükme göre, “*Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasına işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır*” (STİSK, m.39/2).

Toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında iş sözleşmesinin sona ermesinin, toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya etkisinin ele alındığı 6356 sayılı Kanunun 39. maddesinin 3. fıkrasına göre de, toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyelerin de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı benimsenmiştir³⁶³.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı, taraf sendikaya üye olan işçiler için tanınmış olsa da³⁶⁴, taraf işçi sendikasına çeşitli nedenlere dayalı olarak üyeliği bulunmayan işçiler için de toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı getirilmiştir. Nitekim 6356 sayılı Kanunun 39. maddesinin 4. fıkrasına göre, “*Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinden taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır*”³⁶⁵. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden itibaren geçerli olacaktır (STİSK, m.39/4). İmza tarihinden önceki talepler ise, imza tarihi itibarıyla hüküm doğuracaktır (STİSK, m.39/4).

Toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile ilgili olarak 6356 sayılı Kanunun düzenlemesi hakkında genel bir bilgi verdikten sonra, konunun iş sözleşmesinin devri açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda belirtmiş olduğumuz

³⁶³ Bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, s.240.

³⁶⁴ İmza tarihinde üye olursa bile toplu iş sözleşmesinden yararlanamayan işçiler bulunmaktadır. Gerçekten de işveren vekili konumunda olup da, toplu iş sözleşmelerinde temsilci veya taraf olarak hareket eden kimseler, imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır (STİSK, m.39/7). Ayrıca grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden, 6356 sayılı Kanunun 65. maddesine göre zorunlu olarak çalışanlar dışında, işyerinde çalışmış olanlar da aksine hüküm bulunmadıkça, yararlanamaz (STİSK, m.39/8).

³⁶⁵ Hükümün uygulanması bakımından işçi sendikasının onayı aranmaz (STİSK, m.39/4).

başlıklar altında iş sözleşmesi devredilen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması ile ilgili hususlara değinilmeye çalışılacaktır.

2. İş Sözleşmesi Devredilen İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması

İş Hukukunda önemli bir yer teşkil eden üçlü iş ilişkileri, Toplu İş Hukuku açısından da kimi noktalarda önem arz etmektedir. Gerçekten de geçici iş ilişkisi, alt işveren ilişkisi, işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri şeklinde kurulması mümkün üçlü iş ilişkilerinde, toplu iş sözleşmesinden yararlanma noktasında çeşitli sorunların ortaya çıkması söz konusu olmaktadır. İnceleme konumuz olan iş sözleşmesinin devri açısından değerlendirme yapmadan önce, aradaki farkların daha iyi anlaşılması açısından öncelikle bu noktada diğer üçlü iş ilişkileri açısından değerlendirme yapılacak, ardından da iş sözleşmesinin devri açısından konu tartışılacaktır.

a) Geçici İş İlişkisi, İşyeri Devri ve Alt İşveren İlişkileri Açısından Değerlendirme

Geçici iş ilişkisi yukarıda da ifade ettiğimiz üzere³⁶⁶, İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenen ve işverenin devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla bir başka işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi durumunda ortaya çıkan bir iş ilişkisidir (İK, m.7/1). Önemle ifade edelim ki, geçici iş ilişkisi ile bir başka işveren yanında geçici olarak iş görme edimini yerine getiren işçi ile onun kendi işvereni arasındaki iş ilişkisi sona ermemektedir. Dolayısıyla geçici olarak devredilen işçinin kendi işvereni ile hukuksal bağı devam ettiğinden, bu işverenin işyeri ve işkolu ile ilgili olarak tabi olduğu sendikal haklar ve bu bağlamda üyelik hakkı, toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı, geçici olarak devralan işverenin işyerinde uygulanan Toplu İş Hukuku koşullarına göre değil, devreden işverenin işyerinde söz konusu olan koşullara göre değerlendirmeye tabi tutulacaktır³⁶⁷. Ancak iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümler dışında kalan ve özellikle geçici işverenin gözetim ve yönetim hakkı kapsamında değerlendirilebilecek yükümlülükleri yönünden, geçici işverenin işyerinde uygulanan ve belirtmiş

³⁶⁶ Bkz. s.99 vd.

³⁶⁷ İşçiyi geçici olarak devralan işveren grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı ise, işçi grev ve lokavtın uygulanması sırasında çalıştırılmaz. Ancak 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 39. maddesi hükümleri (Artık, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 65. maddesi hükümleri) saklıdır.

olduğumuz hususlara ilişkin borç doğurucu toplu iş sözleşmesi hükümleri, ödünç işçi açısından da geçerli olabilecektir³⁶⁸.

İşyerinin devri durumunda, devreden ve devralan işverenlerin işyerlerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin nasıl etkileneceğine dair düzenlemeye 6356 sayılı Kanunda yer verilmiştir. Nitekim 6356 sayılı Kanunun 38. maddesine göre, “İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise, devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder” (STİSK, m.38/1). Ancak devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi bulunmuyor ise, “...devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder” (STİSK, m.38/2). Bir işletme toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin, toplu iş sözleşmesi kapsamında yer almayan bir işyerini devralması durumunda, bu işyeri de işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamında yer alacaktır (STİSK, m.38/2).

Öte yandan üçlü iş ilişkileri açısından toplu iş sözleşmesinin uygulama alanının belirlenmesinde önem arz eden diğer bir husus da, asıl işverenle yapılan toplu iş sözleşmesinden alt işverenin yararlanıp yararlanamayacağı sorundur. Alt işverenlik ilişkisini düzenleyen İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasına göre, “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumludur”. Hükümde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı ile birlikte, her iki işverenin alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumluluğunun esaslarına da değinilmiştir. Özellikle birlikte sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde, asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı, o işyeri ile ilgili olmak üzere, İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya asıl işverenin değil, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden do-

³⁶⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.291.

ğan³⁶⁹ yükümlülüklerden birlikte sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır³⁷⁰. Görüldüğü üzere, asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumlu olması, söz konusu işçilerin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı anlamına gelmemektedir³⁷¹. Ancak muvazaalı bir alt işveren ilişkisinin varlığı durumunda, alt işveren işçileri de başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edildiğinden (İK, m.2/7), üyesi oldukları taraf işçi sendikası-nın asıl işveren ile yapmış olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları mümkün olabilecektir.

b) İş Sözleşmesinin Devri Açısından Değerlendirme

İş sözleşmesinin devrinin geçici değil de sürekli olarak gerçekleştirilmesi halinde, işçinin devredildiği işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan haklarının, devralan işverenin işyerinde de geçerli olup olmayacağı veya devredildiği işyerinde herhangi bir toplu iş sözleşmesinin bulunmaması durumunda, devralan işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacağı iş sözleşmesinin devri açısından değerlendirilmeye tabi tutulması gereken önemli bir sorundur.

İş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde konuyu doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmasa da, “Devir işle-miyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur” (TBK, m.429/2) hükmü gereğince, devreden işverenin işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesinden doğan hakların, devralan işverenin işye-rinde de uygulanacağı sonucu çıkabilir. Konu doğrudan Türk Borçlar Kanu-nunda yer almasa da, işyeri devri durumunda, devredilen veya devralınan işyerinde çalışmakta olan işçiler açısından toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasına ilişkin düzenlemelere yer veren 6356 sayılı Kanunun 38. mad-desindeki esasların, iş sözleşmesinin devri açısından da uygulanabilir olduğunu söylemek *kanaatimizce* mümkündür. Gerçekten de iş sözleşmesinin devri du-rumunda, devredilen işçinin önceki işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleş-mesinden doğan haklardan, devralan işverenin işyerinde de yararlanıp yarar-lanamayacağı önem arz etmektedir.

³⁶⁹ Öğretide, taşeron konusundaki çözümün bu noktada olduğu ve aynı işkolunda çalışıyor olmak koşuluyla alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işçisi kabul edilen işçilerle, üyelik ve dayanışma aidatı ödeme koşulu aranmaksızın asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması gerektiği ve bunun eşitlik adına oldukça önemli olduğu vurgulan-mıştır. KILIÇOĞLU, Mustafa, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, s.241-242; Ayrıca 94 sayılı ILO Sözleşmesinin 2. maddesinde de kamu kuruluşlarının ihaleyle iş verdikleri alt işveren işçilerine asıl işyerinde uygulanan toplu iş sözleş-mesinde yer alan haklardan daha az haklar verilemeyeceği benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYKAÇ, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul-2011, s.94.

³⁷⁰ ÇELİK, İş Hukuku, s.49 vd; SÜMER, İş Hukuku, s.17 vd; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.67 vd.

³⁷¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.157; Ayrıca bkz. Y9HD, 21.07.2008, E.2007/23429, K.2008/20721, *Tekstil İşveren Dergisi*, (Mayıs-2009), S:350, s.6; Y9HD, 18.02.2008, E.200724560, K.2008/186, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2008/3, S:18, s.367.

Bu noktada düşünülmesi gereken husus, öncelikle devralan işverenin iş yerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığıdır. Şayet devralan işverenin iş yerinde bir toplu iş sözleşmesi uygulanıyor ise, devredilen işçinin önceki işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, devralan işverenin iş yerinde bireysel iş sözleşmesi hükmü olarak devam etmesi gerektiği sonucuna ulaşmak gerektiği *düşüncesindeyiz* (STİSK, m.38/1).

Eğer, devralan işverenin iş yerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi bulunmuyor ise, devreden işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükmü, devralan işverenin iş yerinde de işçinin sahip olduğu haklar ve yükümlülükler bakımından, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar, toplu iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam etmelidir (STİSK, m.38/1).

Belirtelim ki, devralan işveren toplu iş sözleşmesinin tarafı değilse için, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinden sorumlu olmayacaktır³⁷².

İşçiyi devreden işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi bulunmuyor, ancak devralan işverenin iş yerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi mevcut ise, devralanan işçinin, devralanın taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinden, 6356 sayılı Kanunun 39. maddesi hükümleri çerçevesinde yararlanması mümkün olabilecektir. Nitekim söz konusu hükme göre “*Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır. Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasına işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır. Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır. Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan iş yerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bunun için işçi sendikasının onayı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur*” (STİSK, m.39).

İşçiyi devreden işverenin iş yerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi sona ermiş, ayrıca devralan işverenin iş yerinde de bir toplu iş sözleşmesi bulunmuyor ise, önceki iş yerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam etmesi gerekir³⁷³.

İşkolu değişikliği sebebiyle sendika üyeliğinin son bulması durumunda, iş sözleşmesi devredilen işçinin devredildiği işkolunda yeni bir sendikaya üye

³⁷² KOCAGİL, s.57.

³⁷³ CENGİZ, s.152.

oluncaya kadar önceki üye olduğu işçi sendikasının tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden, yararlanmaya devam etmesi gerektiği kanaatindeyiz³⁷⁴.

11. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU AÇISINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

İş sözleşmesinin devrinin ardından çıkabilecek diğer önemli bir sorun da, devrin işçinin sosyal güvenlik haklarını nasıl etkilediği ve işverenlere dönük olarak ne gibi yükümlülükler getirdiğidir. Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesinin devrini düzenleyen 429. maddesinde, iş sözleşmesinin devrinin, devredilen işçinin sosyal güvenlik haklarını ve işverenlerin yükümlülüklerini hangi ölçülerde etkilediğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Belirtelim ki, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur” hükmünün, işçinin sosyal güvenlik haklarını da içeren bir anlamının bulunduğu ifade etmek mümkündür. Ayrıca devredilen işçinin, devreden işveren yanında geçen kıdem süresinin, sosyal güvenlik hakları yönünden de geçerli olduğunu ve sigorta haklarının belirlenmesinde, devreden işverende çalışılan sürenin de hesaba katılmasını kabul etmek gerekir. Belirtmiş olduğumuz bu sonuca, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş bulunan, “Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır” hükmüyle ulaşmak mümkündür.

Sosyal güvenlik hakları yönünden doğabilecek diğer önemli bir sorun da, devreden işveren tarafından, devredilen işçiyi ilgilendiren sigorta primi, gecikme cezası ile gecikme zammı borçlarından işverenlerin hangi ölçüde sorumlu olduklarının tespiti ile ilgilidir. Konu hakkında doğrudan hüküm bulunmamakla birlikte, öğretide de ifade edildiği üzere, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 89. maddesinin 1. fıkrasının kıyas yoluyla uygulanması suretiyle çözüm üretmenin mümkün olduğu kanısındayız³⁷⁵. Nitekim hükme göre, “Sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif veya pasifi ile birlikte devralınır veya intikal ederse ya da başka bir işyerine katılır veya birleşirse eski işverenin Kuruma olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bu hükme aykırı sözleşme hükümleri Kuruma karşı geçersizdir” (SSGSSK, m.89/1). Görüldüğü üzere işyeri devrinde veya intikalinde, katılmada veya birleşmede eski işverenin kuruma olan prim, gecikme

³⁷⁴ Ayrıca bkz. **TUNCAY, A.Can**, “İşyeri Kapatılarak İşçilerin Başka İşkolunda Bulunan Bir İşyerine Nakledilmesi Halinde Toplu İş Sözleşmesinin Durumu”, **Sicil**, Eylül-2009, s.153 vd.

³⁷⁵ Bkz. **EKONOMİ/EYRENCİ**, s.1222; **ARSLANOĞLU**, “İradi Devir”, s.545; **KOCAGİL**, s.57-58.

cezası ve gecikme zammı ve diğer ferilerden oluşan borçlarından her iki işverenin de müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu hükme bağlanmış ve aynı zamanda bu düzenleme emredici bir şekilde ele alınarak, aykırı sözleşme hükümlerinin Kuruma karşı bir hükmünün olmadığı ifade edilmiştir. Aynı esaslara, iş sözleşmesi iradi olarak devredilen işçi veya işçileri ilgilendiren prim vb. sigorta borçlarından dolayı devreden ve devralan işverenlerin sorumluluğunun tespiti açısından da geçerli olduğunu düşünüyoruz³⁷⁶.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun “*Sigortalı Bildirimi ve Tescili*” başlıklı 8. maddesinde sigortalılık ilişkisinin bildirimi ve tescili ele alınmıştır. Madde hükmü tüm sigortalılar açısından bildirim ve tescile ilişkin hükümlere yer vermiş olmakla birlikte çalışmamız açısından dikkate almamız gereken grup 5510 sayılı Kanunun m.4/1-a kapsamında yer alan ve hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların sigortalılığının bildirim ve tescilidir. 5510 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*İşverenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür*”. Bu noktada akla gelen sorun ise aynı yükümlülüğün bir işverenden bir başka işverene devredilen işçiler açısından da söz konusu olup olmayaacağıdır. Ayrıca devreden işveren ile iş ilişkisi sona eren ancak iş sözleşmesi devam eden işçi açısından devreden bir işten ayrılma bildirgesi düzenlemekle yükümlü olup olmadığı da değinilmesi gerekli hususlardan biridir. Konuya aynı işverenin bir veya birden fazla işyerinde çalıştırılan işçiler açısından ele alan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 11. maddesinin 3. fıkrasının (ç) bendinde “*İlk işyerindeki çalışmasına ait sigortalı işe giriş bildirgesi Kuruma verilerek, tescil işlemi yapılmış olan sigortalının, naklen ve hizmet akdi sona ermeden aynı işverenin aynı ya da başka üniteye tescil edilmiş diğer işyerinde çalışmaya başlaması veya işyerinin aynı il içinde başka bir ünitenin görev bölgesine nakledilmesi hâlinde yeni işyeri numarası üzerinden yapılan sigortalı işe giriş bildirgesinin yasal süresi dışında,...* Kuruma yapılan bildirimler de süresinde yapılmış sayılır” ifadelerine yer verilmiştir. Bir başka deyişle naklen ve iş sözleşmesi sona ermeden aynı işverenin aynı ya da başka üniteye tescil edilmiş diğer işyerinde çalışmaya başlayan örneğin merkez işyerinden şube işyerine gönderilen sigortalılar için şube işyerinden sigortalı işe giriş bildirgesi verilecektir.

Dolayısıyla iş sözleşmesinin devri, sözleşmenin sona ermesi anlamına gelmediğinden, devreden işveren tarafından işten ayrılma bildirgesi³⁷⁷ düzen-

³⁷⁶ EKONOMİ/EYRENCİ, s.1223.

³⁷⁷ İşten ayrılma bildirgesi, sigortalıların işten hangi sebeplerle ayrıldığıının Kurum tarafından bilinmesini sağlayan bir belgedir. 5510 sayılı Kanunun 9. maddesine göre, “*sigortalılığı sona erenlerin durumları işverenleri tarafından, (b) bendinde belirtilen şekillerde sona erenlerin durumları ise kendileri ve sözü edilen bentte belirtilen faaliyetin sona erme halinin bildirildiği kuruluşlar veya vergi daireleri tarafından, en geç on gün içinde Kuruma bildirilir. Bu kişilerin meslek*

lenmesine de gerek bulunmamaktadır. Ancak işçinin bir başka işverene devredilmesi sebebiyle, devreden işverenin işyerinden çıkış işleminin düzenlenmesi ve Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi; aynı şekilde devralan işveren tarafından da işçinin yeni işyerine giriş işlemlerinin yapılması ve Sosyal Güvenlik Kurumuna giriş bildirgesinin verilmesi gerekir³⁷⁸.

İşçinin, iş sözleşmesinin devri sebebiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işçi giriş ve çıkış bildirimini yapmasına gerek bulunmamaktadır³⁷⁹. Ancak iş sözleşmesi devri işleminin sonucunda, işçinin çalıştığı işkolu da değişiyorsa, örneğin “Taşımacılık” işkolundan, “Konaklama ve Eğlence İşleri” işkoluna geçiyorsa toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili sendikaların belirlenmesi açısından işçi giriş-çıkış bildirimini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirilmesi uygun olacaktır. İşçi giriş-çıkış bildirimlerinin işverenlerin bildirimine gerek kalmadan e-bildirge uygulamasında olduğu elektronik ortamda Bakanlığa aktarılabilmesi halinde ise buna da gerek kalmayacaktır³⁸⁰. Zaten 5510 sayılı Kanunun 4/1-a bendine tabi sigortalıları çalıştıran işverenlerden aylık prim ve hizmet belgesini zorunlu olarak e-sigorta yoluyla verenler kamu veya özel sektör ayrımı yapılmaksızın; işe giriş bildirimlerini e-bildirge³⁸¹ yoluyla internet üzerinden Kuruma vermekle yükümlü bulunmaktadır (5510, m.8/1)³⁸².

kuruluşlarına ya da vergi dairelerine olan yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmaları, sigortalılığın sona ermesine ilişkin belge ya da bilginin verilmesine engel teşkil etmez”.

³⁷⁸ Nitekim bir Yargıtay kararında böyle bir uygulamadan söz edilmiştir. “...Somut olayda davacı 16.12.1985 tarihli Adıyaman 2. Nötrlüğüne verdiği dilekçesi ile 2. Nötrlükte çalışmak istediğini bildirmiştir. Davalı işveren Mehmet Yaman aynı dilekçenin altına yazdığı yazı ile davacının nötrlüğünde çalışmasında sakınca olup olmadığını sormuş, o zaman 1. Nöter olan davalı Nedim Nasrettinler aynı tarihli cevabi yazıda davacının kendi yanında nöter kâtipi olarak çalıştığı, içerik olarak davacının 2. Nötrlükte çalışmasına onay verildiği, Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilen işçi çıkış bildiriminde de nakil nedeniyle ayrıldığına bildirildiği görülmüştür”. Y9HD, 28.06.2010, E.2008/32496, K.2010/20698, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.654; “Sosyal Sigortalar Kurumu kayıtlarında istek konusu dönem içinde birden fazla işveren bulunduğu işyerlerinin sahipleri ve adresleri, davalı ile ilişkileri, işyeri devri, şirketin unvan değiştirmesi veya iş sözleşmesinin devri gibi hukuki işlemlerin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır”, Y9HD, 30.11.2005, E.2005/10959, K.2005/37605, ÇANKAYA/ÇİL, Üçlü ilişkiler, s.688.

³⁷⁹ KOÇAK, Mehmet, “İş Sözleşmesinin Devri’nin Hukuki Sonuçları”, www.resulkurt.cüm/?artikel,1554/ (22.06.2014).

³⁸⁰ KOÇAK, Mehmet, “İş Sözleşmesinin Devri’nin Hukuki Sonuçları”, www.resulkurt.cüm/?artikel,1554/ (22.06.2014).

³⁸¹ İşverenlerin, çalıştırdıkları işçilerine ait sigorta prim belgelerini internet üzerinden vermeleri ve bildirimlerine ait tahakkuk bedellerini de otomatik ödeme ve internet bankacılığı yoluyla ödeyebilmeleri için oluşturulan elektronik bir portaldır. 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 21 inci maddesinde yer alan, “Kurumca belirlenecek iletişim araçları esas olmak üzere, Kurumun prim tahsilatı, tescil, tahsis ve sağlık hizmetleri uygulamaları dahil bütün işlemleri internet ve her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamı ve benzeri araçlar üzerinden yapılır ve arşivlenir. Elektronik ortamda bilgi ve belge istenebilir veya bilgi ve belge verilir” hükmü ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nin 21 inci maddesinde yer alan, “Kurumun, internet ve her türlü elektronik bilgi iletişim, araç ve ortamı ile benzeri araçlar üzerinden bilgi alışverişinin yapılmasına ilişkin koşulları belirleyeceği, Kurum ve işveren arasındaki ilişkiler ile tarafların birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülüklerini düzenlemek için sözleşmeler yapabileceği” hükmü, e-bildirgenin yasal dayanağını oluşturmaktadır. Bkz. http://www.muhasabenet.net/ssk_e-bildirge_rehberi.html (16.06.2014).

³⁸² Bkz. TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16.B, İstanbul-2013, s.230; Ayrıntılı açıklama için bkz. GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nürşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 14.B, İstanbul-2012, s.101 vd.

SONUÇ

İş sözleşmesinin iradi olarak ve sürekli bir biçimde devrini içeren bu çalışmamızda ulaşılmış olduğumuz sonuçları aşağıdaki gibi belirtmek mümkündür:

1. Genel olarak sözleşmenin devri bir sözleşmenin hak ve borçları ile birlikte bir başkasına bir bütün olarak devredilmesini ve sözleşmenin taraflarından birinin yine bir sözleşme ile değişmesini ifade etmektedir. Sözleşmenin devrinde sözleşmenin taraflarından biri borç ilişkisinden ayrılmakta, yerine yeni bir kimse geçmektedir. Bir başka deyişle sözleşme bir bütün olarak el değiştirmektedir. Sözleşmenin devri üç taraflı bir ilişkidir. Ani edimli borç ilişkilerine nazaran, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin hukuki etkileri uzun süre devam ettiği için, zaman içinde taraf değişikliği gündeme gelebilmektedir. Gerçekten de bu gibi durumlarda sözleşmeyi feshetmek yerine, devrini gerçekleştirmek daha yararlı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu durum özellikle kira sözleşmesi ve iş sözleşmesi gibi hukuksal ilişkilerde kendisini göstermektedir. Aynı zamanda devir ilişkisi, süreklilik niteliği bulunan bir hukuksal ilişki açısından sosyal koruma düşüncesini de ön plana çıkarmaktadır.
2. Başlangıçta alacağın devri ve borcun yüklenilmesi işlemlerinin birlikte gerçekleşmesi sonucu hüküm ve sonuç bağlanan sözleşmenin devrinin, belirtmiş olduğumuz müesseselerin zamanla yetersizliğinin anlaşılması sonucu, alacaklar ve borçlar bölünmeksizin, bir başka deyişle alacaklar için alacağın devri, borçlar için de borcun yüklenilmesi hükümlerine başvurmaya gerek kalmaksızın, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince tek bir hukuki işlem ile gerçekleştirilebileceği benimsenmeye başlanmıştır.
3. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin devrinin henüz pozitif bir düzenlemesinin olmadığı dönemde, Türk Hukukunda sözleşmenin devrine ilişkin hukuksal işlemlerin yapılabileceğine ilişkin görüşlere kaynaklık etmekteydi. Zira Türk ve İsviçre Hukukunda üç taraflı bir sözleşme ilişkisine yer verilmemişti. Gerçekten bu dönemde gerek yargı kararlarında, gerek öğretide sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında sözleşmenin devrinin mümkün olduğu kabul ediliyordu. Türk Borçlar Kanunu sözleşmenin devri konusuna ayrı bir düzenlemede yer vermiş bulunmaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu-

nun 205. maddesinde sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma olarak tanımlanmıştır (TBK, m.205/1).

4. Çalışma konumuzu oluşturan iş sözleşmesinin devri, genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinden farklı bir maddede ele alınmış ve Kanunun 429. maddesinde hükme bağlanmıştır. İş sözleşmesinin devrini ifade eden belirtmiş olduğumuz düzenleme, Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde geçen ve genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen hükmün özel bir uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır.
5. İş sözleşmesinin devri, sözleşmenin bir bütün halinde, yani tüm hak ve borçları ile birlikte bir başka işveren tarafından üstlenilmesini ifade etmektedir. İş sözleşmesinin devri için devreden ve devralan işverenin anlaşması yeterli olmayıp, işçinin de devre rıza göstermesi gerekmektedir. Bu bakımdan iş sözleşmesinin devri de, kendine özgü üç taraflı bir sözleşme özelliğini yansıtmaktadır. İşçinin kişisel özelliklerinin ön planda olduğu iş sözleşmesinin işçinin rızası alınmak suretiyle bir başka işverene devredilmesi, İş Hukukunun en önemli konularından biri haline gelmiştir.
6. İş sözleşmesinin devrinde, iş ilişkisinden doğan münferit hakların devri söz konusu olmamakta; işçi ile devreden işveren arasındaki ilişki sona ermekte, ancak mevcut iş sözleşmesinin içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir. Bir başka deyişle iş sözleşmesinin devri niteliği itibarıyla bir fesih olmadığı için, devreden ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin sonlanmasına ve devralan ile işçi arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulmasına sebep olmamaktadır.
7. Türk Borçlar Kanunu tarafından yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununda, genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen bir hüküm yer almadığı gibi, iş sözleşmesinin devrini hukuksal sonuçları ile birlikte düzenleyen açık bir düzenleme de bulunmamaktaydı. Fakat bu dönemde yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununun 320. maddesinin 2. fıkrası dayanak gösterilerek ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulamasının bir sonucu olarak, iş

sözleşmesinin devredilebileceği gerek öğreti gerekse Yargıtay içti-hatlarında kabul edilmekteydi. Hüküm, “*Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapma-ğa mecbur olup başkasına devredemez. İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir*” (818, m.320) şek-linde düzenlenmişti. Ancak 4857 sayılı İş Kanununa ilişkin Tasarı-nın 7. maddesinde iş sözleşmesinin devrine yer verilmiş fakat yasa-laşma sürecinde hüküm tasarıdan çıkarılmıştı.

8. Türk Borçlar Kanununun sistematığı dikkate alındığında “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlıklı “*Altıncı Bölüm*”de, “*Genel Hizmet Sözleş-mesi*” başlıklı “*Birinci Ayrım*” başlığı altında iş sözleşmesinin devri konusu ele alınmıştır. Konu “*Hizmet İlişkisinin Devri*” başlığı altın-da iki maddede incelenmiş olup, Kanunun 428. maddesin “*işyeri-nin tamamının veya bir bölümünün devri*” ele alınmış; 429. mad-desinde ise “*sözleşmenin devri*” başlığı altında iş sözleşmesinin devri düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanununun iş söz-leşmesinin devrine ilişkin düzenlemesi tüm iş sözleşmelerini kapsar şekilde ele alınmıştır.
9. Öte yandan hüküm Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlense de, İş Kanunu ve diğer iş kanunları (Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanu-nu) bakımından da uygulama özelliğine sahip olduğu kanaatinde-yiz. Zira “*Genel Hükümler*” olarak nitelendirilen kuralların, kural olarak İş Hukuku açısından da geçerli olduğu kabul edilen bir hu-sustur. Gerçekten de uygulama sırası itibarıyla iş kanunları daha önce gelmekle birlikte, Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesi ile ilgili kuralları esas itibarıyla İş Kanununda açık hüküm bulun-mayan durumlarda gündeme gelebilmektedir. Nitekim Türk Borç-lar Kanununun iş sözleşmesinin devrini düzenleyen 429. maddesi-nin gerekçesinde 4857 sayılı İş Kanununa yollama yapılarak açık-lamalarda bulunulmuştur. Belirtmiş olduğumuz gerekçelerle iş söz-leşmesinin devri Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde dü-zenlenmiş olsa da, İş Hukukunu düzenleyen diğer iş kanunları (İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu) açısından uygu-lanması mümkün olan bir hükümdür.
10. İş sözleşmesinin iradi devri, işveren tarafının değişmesine işçinin de sözleşmeye katılarak onay vermesi esasına dayanmaktadır. Bu de-ğişiklik tarafların (devralan işveren-devreden işveren-işçi) ortak ira-

desiyle gerçekleşmekte ve üç taraflı bir hukuki işlem neticesinde ortaya çıkmaktadır. Belirtelim ki iradeye dayalı olarak gerçekleştirilen devir *sürekli* olabileceği gibi, *geçici* de olabilir. Çalışma konumuz iş sözleşmesinin sürekli olarak devrine özgülenmiş olmakla birlikte, sözleşmenin İş Kanununun 7. maddesine dayalı olarak geçici iş ilişkisi kapsamında devri de iradeye dayalı devir olarak gerçekleştirilmektedir.

11. İş sözleşmesinin yasal devrinde ise taraf değişikliği kendiliğinden, bir başka deyişle devre ilişkin ayrıca bir hukuki işleme gerek kalmaksızın meydana gelmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin devrinin yasal geçişini sağlayan uygulamalar İş Hukukunda mümkündür. Bunun en önemli uygulaması işyeri devrine bağlı olarak, işyerinde mevcut iş sözleşmelerinin, sona ermeksizin devralan işverene geçmesine ilişkin İş Kanununun 6. maddesi hükmüdür. Hükme göre, *“İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer”* (İK, m.6/1).
12. İş sözleşmesinin devri hem işverenin hem de işyerinin değişmesine sebep olmaktadır. İş sözleşmesinin devri durumunda işveren değişmekle beraber, işçi kendisini devreden işverenin işyerini, kendisini devralan işverenin işyerinde iş görme borcunu sürekli ifa etmek üzere terk etmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devrinde işveren değişikliğinin yanında işyeri değişikliği de gerçekleşmektedir.
13. Ayrıca, iş sözleşmesinin devri çalışma koşullarında esaslı değişiklik uygulaması kapsamında değerlendirilecek bir konu da değildir. Devir teklifiyle birlikte devreden işveren, işçi ile arasındaki *iş ilişkisinin* sona ermesini işçiye önermektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesi devredilen işçinin işyeri değişmekte ve devralan işverenin işyeri, devredilen işçinin işyeri haline gelmekte, bu değişikliklerle birlikte devralan işverenle işçi arasında, iş sözleşmesi sona ermeksizin, iş ilişkisi kurulmaktadır. Dolayısıyla bu kapsamda değerlendirilen, işyeri değişikliğinin de İş Kanununun 22. maddesi kapsamında düşünülmemesi gerekir.
14. İş sözleşmesinin devri açısından önemli bir sonuç da esas itibarıyla devre konu iş sözleşmesinin geçerli olması, sözleşmenin işverenin

kişiliği esas alınarak kurulmamış olması ve devre konu iş sözleşmesinin sona ermemiş olması gerekir.

15. İş sözleşmesini devreden taraf işveren olabilir. Dolayısıyla İş sözleşmesinin devrinde işveren tarafında değişiklik söz konusu olmakta, yani işçi değişikliği gündeme gelmemektedir. Ancak iş ilişkisinden doğan münferit borçların, işçi tarafından devri de gündeme gelebilir fakat bu husus iş sözleşmesinin devri içinde ele alınacak bir konu da değildir. Gerçekten de Türk Borçlar Kanununun 395. maddesi gereğince, *“Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür”*. Dolayısıyla işçi bir başka kişi aracılığı ile iş görme borcunu yerine getiremeyecektir (TBK, m.440). Ancak Türk Borçlar Kanununun 395. maddesinde yer alan kural emredici bir düzenleme değildir. Bir başka deyişle işçinin yüklendiği işin sözleşme veya durumun gereğine göre üçüncü bir kişi tarafından yapılması mümkündür.
16. Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasında işçinin ancak yazılı rızasının alınması suretiyle iş görme borcunun bir başka işverene sürekli olarak devredilebileceği hükme bağlanmıştır. İş sözleşmesinin devrinin gerçekleştirilmesi, devreden işveren ile devralan işverenin aralarında yapmış oldukları devir sözleşmesine işçinin de katılımıyla mümkündür. Bu bakımdan iş sözleşmesinin devri devreden ve devralan işveren ile işçi arasında yapılan üç taraflı kendine özgü bir sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu, iş sözleşmesinin devrine işçinin yazılı rıza vermesi şartını getirmiş ancak, devreden işveren ile devralan işveren arasında yapılacak sözleşmenin şekli konusunda suskun kalmıştır. Aslında her üç tarafın iradeleriyle yapılan veya devreden ve devralan işverenler arasında yapılan ve işçinin yazılı olarak izin veya onay verdiği devir sözleşmesinin de yazılı şekle tabi olmasının aranması, işçinin korunması açısından daha yararlı olacaktır. Ancak pozitif düzenleme esas alındığında belirtmiş olduğumuz sonuca ulaşılması mümkün bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu kapsamında gerek genel olarak sözleşme devri (TBK, m.205) gerek iş sözleşmesinin devrinin (TBK, m.429) şekline ilişkin düzenlemelerden aslında devir sözleşmesinin geçerliliği bakımından bir şekil şartı öngörülmediği, yalnız devre konu sözleşmenin kanunen şekle tabi olması durumunda devir sözleşmesinin de şekle tabi tutulması gerektiği (TBK, m.205/3); bunun dışında herhangi bir şekilde yapılması zorunluluğu bulunmayan iş

sözleşmelerinin şekil serbestliği içinde devredilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Devir sözleşmesinin şekle bağlı tutulmadığı durumlarda devreden işveren ile devralan işveren arasında iş sözleşmesinin devri sözle veya örtülü dahi kararlaştırılmış olsa bile *geçerli* kabul edilecektir. Şüphesiz ki, devreden ve devralan işveren açısından anlaşma *sözle* kurulsa dahi, işçinin rızasının *yazılı* alınması Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi gereğince şarttır (TBK, m.429/1). İş sözleşmesinin devrine işçi tarafından Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrası gereğince *yazılı* olarak rıza verilmemiş takdirde, iş sözleşmesi devredilmiş olmaz. Bu noktada yazılı rızanın iş sözleşmesinin devri açısından bir *geçerlilik* şartı olarak kabul edilmesi gerekir.

17. Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde yazılı rızadan söz edilmekle birlikte bu rızanın ne zaman alınacağı konusunda açık bir hükme yer verilmemiştir. Sözleşmenin devrini genel bir hükümle ele alan Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinde “*Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir*” (TBK, m.205/2) hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere genel sözleşmenin devri ile ilgili hükümde sözleşmede kalan tarafın, sözleşmenin devrine önceden izin verebileceği gibi sonradan da onay vermesinin mümkün olduğu ve bu işlemlerin de sözleşmenin devri anlamına geldiği hükme bağlanmıştır. Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde, iş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak, sözleşmeyi devretme hakkını önceden iş sözleşmesine konulacak kayıtlarla saklı tutmanın mümkün olup olmadığı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında geçici iş ilişkisini düzenleyen İş Kanununun 7. maddesinde, işçinin iş görme borcunun bir başka işverene geçici olarak devrini içeren sözleşmede, işçinin yazılı rızasının *devir sırasında* alınması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla İş Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ve işçinin iş görme borcunun bir başka işverene geçici bir süre ile devrini ele alan geçici iş ilişkisinde öngörüldüğü gibi işçinin yazılı rızasının devir sırasında alınması, iş sözleşmesinin sürekli olarak devrine dönük iradesini daha serbest bir şekilde kullanmasına olanak sağlayacağından, işçinin korunması ilkesine daha uygun düşecektir. Ayrıca belirtelim ki, geçici iş ilişkisinde kanun koyucu devir sırasında işçinin yazılı rı-

zasını açıklamasını beklerken; sürekli olarak devri içeren bir hukuki işlem açısından da yazılı rızanın en erken yine devir sırasında alınması, iş sözleşmesinin devri açısından da makul bir sonuçtur.

18. İş sözleşmesinin devrine rıza vermede süre bakımından önemli bir nokta da, işçinin rızasını ne kadarlık bir süre içinde açıklaması gerekliliğidir. Önemle ifade edelim ki, her üç tarafın da hazır bulunduğu bir durumda, işçinin devir sözleşmesine rızasını o anda açıklaması da mümkündür. Ancak işçinin devre ilişkin rızasını, devir sözleşmesinin yapıldığı anda ifade etmeyip, düşünmek için zaman istemesi veyahut da, işçinin hazır bulunmadığı bir devir sözleşmesinin ardından hangi süre içinde rızasının açıklanması gerektiği iza ha muhtaç durumdadır. Gerçekten de konuyu düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasında iş sözleşmesinin devrine işçinin yazılı rıza vermesi gerektiğinden söz edilmiş, ancak bu rızanın belirtmiş olduğumuz ihtimaller çerçevesinde hangi süre içinde verilmesi gerektiğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Görüldüğü üzere, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde, 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinde çalışma koşullarında değişiklik ile ilgili olarak işçinin iradesini açıklamasına yönelik olarak konulan süreye benzer bir süre öngörülmemiştir. Gerçekten de söz konusu hükümde, *“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz”* (İK, m.22/1) şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Her şeyden önce ifade etmek gerekirse, işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin yazılı rızasının, iş sözleşmenin yapılması sırasında veya sözleşmenin yapılmasından sonra olsa bile, devir sözleşmesinin yapılmasından önce alınması, İş Hukukunun işçiyi koruma ilkesine aykırı düşecektir. Dolayısıyla işçinin rızasının alınması en erken devir sözleşmesinin yapılması sırasında olmalıdır. Şayet bu esnada alınamıyor ise, genel hükümlerden hareket edilerek makul bir süre belirlenmesi yoluna gidilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Buna göre dürüst ve makul bir sözleşme tarafının, somut olayın şartları, özellikle devreden işverenin davranışları, devir sözleşmesinin şartları, işçinin iş tecrübesi, devir sözleşmesinin içeriğinin belli olup olmaması gibi

hususlar dikkate alındığında hangi süre içinde cevap vermesi gerekiyor ise, işçinin de bu süre içinde cevap vermesi beklenebilir.

19. İş sözleşmesinin devrinin gerçekleştirilmesi, sözleşmede kalan tarafın rızası ile mümkündür. Bu noktada belirtilmesi gereken bir durum da rıza açıklamasının herhangi bir şekle bağlı tutulup tutulmadığıdır. İşçinin açık rızası yanında örtülü rızasının da yeterli olacağı, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğünden önce savunulmakla birlikte, artık devreden işveren, devralan işveren ve işçi arasında gerçekleştirilen üçlü bir anlaşma sonucunda iş sözleşmesinin devri işçinin açık rızasına dayalı olarak kurulmaktadır. Açık rıza ile işçinin iş sözleşmesinin devrine razı olduğunu örtülü davranış kalıpları ile göstermeyip, yazılı irade beyanında bulunmak suretiyle rızasını beyan etmesini ifade eder (TBK. m.429/1).
20. İş sözleşmesinin devri durumunda işçinin kıdeminin hiçbir kesintiye uğramadan bir bütün olarak hesaplanması gerekir. Türk Borçlar Kanunu, iş sözleşmesinin devrini ele aldığı 429. maddesinin 2. fıkrasında işçinin kıdeme bağlı hakları bakımından önemli bir hükme yer vermiş bulunmaktadır. *“Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır”*. Bir başka deyişle devralan işveren işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olacaktır. Dolayısıyla yıllık ücretli izin hakkı, kıdem tazminatına esas sürenin tespiti ve fesih bildirim süreleri gibi kıdeme bağlı hakların tayini bakımından işçinin kıdeminde bir kesinti olmayacaktır.
21. İşçinin kıdeme bağlı hakları açısından iş sözleşmesinin devrinde ortaya çıkan bir diğer sonuç da özellikle kıdeme bağlı bir hak olan kıdem tazminatı alacağından, devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olup olmadığıdır. Birlikte sorumluluk konusunda Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasında ve 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasında geçen ve birlikte sorumluluğu düzenleyen hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle, kıdem tazminatından devralan işverenle birlikte devreden de sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten de devralan işveren her halükarda sorumlu olmakla birlikte, devreden de devralanla birlikte kendi dönemindeki süre ve ücret üzerinden sorumlu

olduğunu kabul etmek hakkaniyete uygun bir çözüm olacaktır. Kıdeme bağlı diğer işçilik haklarından olan yıllık izin ücretinden ve süreli fesihte bildirim önellerinin kullandırılmasından sorumluluk devralan işverene ait olacaktır.

22. İş sözleşmesinin devrinde kıdeme bağlı haklar dışında, kıdeme bağlı olmayan ücret alacaklarından sorumluluğunun tayini de önem taşıyan bir konudur. İş sözleşmesi sürekli olarak bir başka işverene devredilen işçinin ücret ve ücret niteliğindeki diğer alacakları bakımından Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 2. fıkrasında geçen *“Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur”* hükmü gereğince devralan işverenin işçinin tüm alacaklarından sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Ancak işçinin ücret ve ücret niteliğindeki alacakları bakımından devreden işverenin de devralan ile beraber belirli bir süre devam etmesi konusunda, işyeri devrine ilişkin İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ve devreden ile devralan işverenin iki yıl süreyle birlikte sorumluluğunu benimseyen hükmün, iş sözleşmesinin devri ile işyerinin devri açısından korunan menfaatler arasında benzerlik olduğundan ve işçinin korunması ilkesine uygun düşeceğinden, iş sözleşmesinin devrine de kıyasen uygulanmasının kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.
23. İş sözleşmesinin devri, iş güvencesi uygulaması açısından da önemli sonuçlar içermektedir. Şüphesiz ki, iş güvencesinin kapsamının tayini bakımından gerekli olan otuz işçi sayısının hesabında ve yine kapsam açısından gerekli olan en az altı aylık kıdem süresinin hesabında iş sözleşmesinin devrinin olumlu veya olumsuz etkileri görülebilecektir.
24. İş sözleşmesinin devri, Bireysel İş Hukuku yanında Toplu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından da sonuçlar doğuran bir uygulamadır. İş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi, Toplu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından sözleşmenin devrinin sonuçlarını içerecek bir düzenlemeye yer vermemiştir. Ancak İş Hukukuna ilişkin mevzuattan hareket edilerek bazı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Gerçekten de özellikle iş sözleşmesi devredilen işçinin çalıştığı işkolundan farklı bir işkoluna devredilmesi durumunda işçi sendikası üyeliği bundan etkilenebilmektedir. Ayrıca işçinin devredildiği işyerinin toplu

iş sözleşmesi kapsamında olup olmamasına göre toplu iş sözleşmesinden yararlanma yönünden farklı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

25. İş sözleşmesinin devri, sözleşmeyi sona erdirici bir etki doğurmadığından, Sosyal Güvenlik Hukuku uygulaması bakımından önemli olan İşten Ayrılma Belgesinin düzenlenmesine gerek olmayacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKINTÜRK Turgut, Medeni Hukuk, 13.B, İstanbul-2008.
- AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi (Cilt-I), 2.B, Ankara-2006. (Şerh, Cilt-I).
- AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi (Cilt-II), 2.B, Ankara-2006 (Şerh, Cilt-II).
- AKYİĞİT, Ercan, İş İlişisinin (Bireysel) Devri, Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım-2001 (Bireysel Devir).
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 9.B, Ankara-2013 (İş Hukuku).
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara-1995 (Ödünç İş).
- AKYİĞİT, Ercan, "Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları", Sicil, S:22, Haziran 2011 (İş İlişkisi).
- AKYİĞİT, Ercan, "İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi", Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:17, 2008 (Uyuşmazlığa Etki).
- AKYİĞİT, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesim Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul-1990 (Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik).
- AKYİĞİT, Ercan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:29, 2011 (Türk Borçlar Kanunu).
- AKYİĞİT, Ercan, "Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:24, S:1-2, Şubat-Mayıs, 2012 (Deniz İş Kanunu).
- AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN-SENYEN, Emine Tuncay, İş Hukuku, 6.B, Ankara-2013.
- AKTAY, Nizamettin, "İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı "Bordro İşveren" Tabiri Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri", Sicil, S:11, Eylül-2008, s.59 vd.
- ALP, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devri", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, İstanbul-2009 (İş Sözleşmesinin Devri).
- ALP, Mustafa, "Birbirini İzleyen İş Sözleşmeleri Akdedilerek Hizmet Akdinin Devri-Karar İncelemesi", Ali GÜNEREN'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, 2010 (Karar İncelemesi).
- ALP, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devrinde Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı, 2007 (Sorunlar).
- ALP, Mustafa, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi", Çalışma ve Toplum, 2012/1. (Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirme).
- ALPAGUT, Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul-2010 (İşyerinin Devri).
- ALPAGUT, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri" Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2011, S:31 (Hizmet Sözleşmesinin Devri).
- ALPAGUT, Gülsevil, "4857 sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", Mercek, (Ocak) -2004 (Belirli Süreli).

- ALPAGUT, Gülsevil, “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, Bankacılar Dergisi, Yıl:19, S:65, 2008 (Esaslı Değişiklik).
- ALPAGUT, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 (İş Sözleşmesinin Feshi).
- ANTALYA, Gökhan, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tebliğ Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2008.
- ARSLANOĞLU, M. Anıl, “İş Sözleşmesinin İradi Devri İle İşverenin Değişmesi”, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, S:10 (İradi Devir).
- ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul-2005 (Üçlü İlişkiler).
- ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl, İş Hukukunda Sözleşmenin İradi Devrinin Esasları ve Uygulaması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul-2008 (Esaslar).
- ASTARLI, Muhittin, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda işyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, Çalışma ve Toplum, 2013/1 (İtiraz Hakkı).
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 2.B, Ankara -2009.
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4.B, Konya-2005.
- AYAN, Serkan, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:54, S:4.
- AYDINLI, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara-2004 (Edimden Bağımsız).
- AYDINLI, İbrahim, “Üst Kuruluş İşletmelerinde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü”, Çimento İşveren Dergisi, C:13, S:4, Temmuz-1999 (Tüzel Kişilik Perdesi).
- AYGÜL Musa/ UŞAN, M.Fatih, “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye’de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi?”, Legal, Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2007/3.
- AYGÜL Musa/UŞAN, M.Fatih, “Türkiye’de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, S:17.
- AYKAÇ, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul-2011.
- AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara-2003.
- BAHADIR, Zeynep, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XVII, Y.2013, S:3.
- BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3.B, İstanbul-2012.
- BASKAN, Esra, 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara-2013.
- BARNARD, Catherine, EC Employment Law, 2000.
- BAŞBUĞ, Aydın, “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Sendika Üyeliği”, Sicil, S:28, Aralık-2012.

- BAŞTERZİ, Süleyman, “Avrupa Birliği Konseyi’nin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara-2006.
- BEDÜK, Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa-2012.
- BENLİ, Abdurrahman/YİĞİT, Yusuf, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:8, S:4, 2006.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, 1.B, Bursa-2012.
- BLANPAİN, Roger, European Labour Law, 1999.
- BONELL, Michael Joachim, The Unidroit Principles in Practice, Second Edition, 2004.
- BOYACIOĞLU, Cumhur, Konzern Kavramı, Ankara-2006.
- BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.
- BUETTO, Laetitia, In Ius Laboris-Transfers of Undertakings Guide, 2009.
- CANBOLAT, Talat, “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:6, S:4, 2002.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen, “Karar İncelemesi, Hizmet Akdinin Devri, Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/1 (Karar İncelemesi).
- CANİKLİOĞLU, Nurşen, “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, İstanbul-2013 (Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi).
- CENGİZ, İhtar, İş Sözleşmesinin İradi Devri, Ankara-2014.
- CICALA, Raffaele, Cessione del contratto, Enciclopedia del diritto, Bd. VI, Mailand 1960.
- COŞTAN, Hülya, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, 2.B, Ankara-2013.
- ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3.B, Ankara-2011 (Üçlü İlişkiler).
- ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, SİCİL, Eylül-2006, S:3 (Alt İşveren).
- ÇAYAN, Gökhan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin 4857 sayılı İş Kanununa Etkisi”, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2013, S:39.
- ÇELİK, M.Lamih/ALTIPARMAK, Cüneyd, Hukuki Açıdan 100 Soruda Yeni Büyükşehir Belediye Modeli, Ankara-2013.
- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26.B, İstanbul-2013 (İş Hukuku).
- ÇELİK, Nuri, “İş Güvencesine İlişkin Otuz İşçi Sayısını Belirleme Esasları”, Legal, Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2008/8 (Otuz İşçi Sayısı) .
- ÇELİK, Nuri, “Grup Şirketlerinde İşçilerden Bir Kısımının Aynı Anda Birden Fazla İşverene Hizmet Vermesinden Doğan Sorun”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, 2013 (Grup Şirketler).
- ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 4.B, Ankara-2011 (İlke Kararları).
- ÇİL, Şahin, “Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, Kadir Has Üniversitesi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, İstanbul-2009 (Alt İşveren).

- ÇİL, Şahin, “İşyerinin Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi”, Sicil, S:16, Aralık-2009 (İşyerinin Kapanması).
- DANAR, Cüneyt, “Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil, S:6, Haziran-2007.
- DEMELIUS, Henrich, Die Vertragsübernahme, in: Jher.Jb., 1922
- DEMİR, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 7.B, İzmir-2013 (İş Hukuku Uygulaması).
- DEMİR, Fevzi, İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, TES-İŞ Eğitim Yayınları, Ankara-2003 (İş Güvencesi) .
- DEMİR, Fevzi, Sendikalar Hukuku, 4.B, İzmir-1999 (Sendikalar Hukuku).
- DEMİRTAŞ, Nevzer Sebla, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, Ankara-2012.
- DERDİMAN, Cengiz, İdare Hukuku, 2.B, Bursa-2007.
- DESPAX, Michel/ROJOT, Jacques/LABORDE, Jean-Pierre, Labour Law in France, 2011.
- DİNDARTÜRK, Esin, Şirket Topluluklarında Üçlü İş İlişkileri ve İş Güvencesi Sorunları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir-2010.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İş Hukukunun Kendine Özgü emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan, İstanbul-2011 (Sosyal Kamu Düzeni).
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İşyeri Devri Çerçevesinde İşyeri ve İşyeri Bölümü Kavramları”, Kadir Has Üniversitesi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, İstanbul-2009 (İşyeri Devri).
- EKMEKÇİ, Ömer, “Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi”, Sicil, S:24, Aralık-2011.
- EKONOMİ, Münir, “Asıl İşveren – Alt İşveren ilişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul-2008 (Alt İşveren).
- EKONOMİ, Münir/EYRENCİ, Öner, “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan, İstanbul-2001.
- EKONOMİ, Münir, “4857 sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I), Kavram Süre ve Yenilenme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 9/2006 (Kavram, Süre ve Yenilenme).
- EKONOMİ, Münir, “Yeni İş Arama İzni ve Uygulaması”, Osman Güven ÇANKAYA’ya Armağan, Ankara-2010 (Yeni İş Arama İzni).
- ENGİN, Murat, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi–2004, Ankara-2006 (Değerlendirme).
- ENGİN, Murat, “İşveren Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, İstanbul-1997 (İşveren Kavramı).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16.B, Ankara-2014 (2014).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11.B, İstanbul-2009 (2009).
- ERTAŞ, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara-1982.
- ESENER, Turhan, İş Hukuku, 3.B, Ankara-1978.
- ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Teilbd. 2, 8. Auflage, Heidelberg, 2000.

- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 2.B, İstanbul-2004.
- EYRENCİ, Öner, “4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:1, 2004.
- FRÜH, Peter, Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Aarau, 1944.
- FÜRRER, Andreas/MÜLER-CHEN, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 2008.
- G. LYON, Caen, İş Hukukunun Genel İlkeleri, (Çev: Ali Güzel) İstanbul-1981.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMİDT, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner teil, Band I, 9. Auflage, Zürich-2008.
- GÖKTAŞ, Seracettin/ÇİL, Şahin, Basın İş Kanunu, Ankara-2003.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, 14.B, Bursa 2011.
- GÜLER, Mikdat, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi” Ocak-Şubat-Mart 2005, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:5.
- GÜLER, Şerafettin, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Ödünç İş İlişkisi”, Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:21, S:2-3, Kasım 2007-Şubat 2008 (Ödünç İş İlişkisi).
- GÜLER, Şerafettin, “Yargı Kararları Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ağustos-2006 (Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma).
- GÜNAY, Cevdet İlhan, “Hizmet Sözleşmesinin Devri”, Sicil, S:24, Aralık-2011.
- GÜNEŞ, Başak/MUTLAY, Faruk Barış, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, S:30, 2011/3.
- GÜREL, Murat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2009-Ankara.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 14.B, İstanbul-2012.
- GÜZEL, Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul-1987 (İşverenin Değişmesi).
- GÜZEL, Ali/UGAN, Deniz/ERTAN, Emre, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C:9, İzmir-2007.
- GÜZEL, Ali/ÖZKARACA,ERCÜMENT/UGAN, Deniz, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan, C:1, İstanbul-2011.
- GÜZEL, Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/1, S:1 (Alt İşveren Kavramı).
- GÜZEL, Ali, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul-2004 (İş Güvencesi).
- HARDY, Stephen T./HARDY, Stephen, Labour Law in Great Britain, 2011.
- HEINRICH, Peter, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich-2007; BGE 129 III 18. <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction>, (21.12.2013).

- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 6.B, İstanbul-2003.
- KABAKÇI, Mahmut, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi”, Sicil, S:21, Mart-2011.
- KAHRAMAN, Uğur Hakan, “Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:29, 2011.
- KANDEMİR, Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, İstanbul-2011.
- KAR, Bektaş, “Deneme Süreli İş Sözleşmesi”, Osman Güven ÇANKAYA’ya Armağan, Ankara-2010.
- KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi”, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:38, 2013.
- KAYA, Pir Ali, İş Hukuku-Temel Yasalar, 4.B, Ankara-2013.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17.B, Ankara-2013.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara-2001 (Şerh).
- KILIÇOĞLU, Mustafa, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Ankara-2013 (Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu).
- KOCAGİL, İpek, “Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş sözleşmesinin Devri”, Sicil, S:22, Haziran-2011.
- KOÇAK, Mehmet, “İş Sözleşmesinin Devri’nin Hukuki Sonuçları”, www.resulkurt.cüm/?artikel,1554/ (22.06.2014).
- KORKUSUZ Refik, Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk İş Hukuku’nda İşçilik Alacaklarının Korunması, Ankara-2004.
- KÖKKİLİNÇ Eraltuğ, Ayşegül, “Avrupa Birliği ve Türk Hukuku’nda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, “Özelleştirme ve İş Kaybı Tazminatı”, A.Can Tuncay’a Armağan, Mayıs-2005 (Özelleştirme).
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul-2004 (İşyerinin Kapanması).
- KULUÇLU, Erdal, “Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri”, Sayıştay Dergisi, S:49, Nisan-Haziran-2003.
- KUTAL, Metin, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme”, Sicil, S:11, Eylül-2008.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, 21.B, Ankara-2007.
- LAÇİNER, Vedat, “Yeni İş Arama İzni Hakkı”, Yönetim Bilimleri Dergisi, S:19, 2012.
- LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, 14. Auflage, München-1987.
- LEHMANN, Heinrich, Die Abtretung von Verträgen, Beiträge zum bürgerlichen Recht, Deutsche Landesreferate zum 3. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950, Berlin/Tübingen 1950.
- MAMAK, Kemal, “Finansal Holding Şirketleri”, BATİDER, C.XXIV, S:1, Haziran-2007.

- MANAV Eda, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-613> (18.05.2014).
- MEMİŞ, Halil, “Kamudaki İşçilerin Kurumlararası Nakilleri Mümkün (mü)?” www.miangem.org.tr/index.php?mod=haber&h=132, (20.03.2014).
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin, İş Hukuku, 4.B, Ankara-2011.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, “İşyerinin Cebri İhale ile Satımı Suretiyle Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi”, Sicil, S:16, Aralık 2009.
- MÜLLER, Roland, Individualarbeitsrech, [thttp://www.advocat.ch/fileadmin/user_upload/universitaet/Uni_BE_Arbeitsrecht/Uni_BE_ArbR_I_Vorlesung_06_Praesentation_Maengel_des_Arbeitsvertrags.pdf](http://www.advocat.ch/fileadmin/user_upload/universitaet/Uni_BE_Arbeitsrecht/Uni_BE_ArbR_I_Vorlesung_06_Praesentation_Maengel_des_Arbeitsvertrags.pdf) (04.01.2014)
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 4.B, İstanbul-2012 (Ferdî İş İlişkileri).
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1986 Yılına Ait Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul-1988 (Seminer).
- NARMANLIOĞLU, Ünal, “İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre İle Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç “Geçici” İş İlişkisi), Sicil, S:23, Eylül-2011 (Geçici İş İlişkisi).
- ODAMAN, Serkan, “Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara-2010.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, (Cilt-I), 10.B, İstanbul-2012.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (Cilt-II), 10.B, İstanbul-2012
- ÖZ, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2.B, İstanbul-2012.
- ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul-2008 (İşyeri Devri).
- ÖZKARACA, Ercüment, “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Sorumluluk-Karar İncelemesi”, Çalışma ve Toplum, 2009/1 (Karar İncelemesi).
- ÖZDEMİR, Erdem, “Teoride ve Uygulamada İş Hukuku-Borçlar Hukuku İlişkisi” Yeni İş sözleşmesi Türleri”, TİSK, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, İstanbul-2011.
- ÖZSUNAY Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi-Dernekler-Vakıflar, 5.B, İstanbul-1982.
- ÖZTAN Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 11.B, Ankara-2003,
- PİEPER, Helmuth, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln, 1963.
- PELISSIER/SUPIOT/JEAMMAUD, Droit du Travail, Dalloz, Précis, 21. Edition, Paris, 2003.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 6.B, İstanbul-1995.
- PORTMANN, Wolfgang, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Kommentar zum Obligationenrechts I, (Art: 1-529), Basel-2007.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2.B, Ankara-2013, s.63 vd; COŞTAN, Hülya, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, 2.B, Ankara-2013.
- REHBİNDER, Manfred, Berner Kommentar, Band VI/2/2/2, Art. 331-335, OR, Bern-1992.
- REİSOĞLU, Seza, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara-1968.

- SARIBAY, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul – 2007.
- SENYEN Tuncay Kaplan, Emine, “İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil, S:29, Mart-2013.
- SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul-2005.
- SEVEN, Vural/GÖKSOY Can, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, C:80, S:6, 2006.
- SOYER, Polat, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, Sicil, S:22, Haziran-2011 (Sona Erme).
- SOYER, Polat, “Borçlar Kanunu’nun İş Hukukuna Etkileri”, Kamu-İş, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Ankara-2013 (İş Hukukuna Etki).
- SOYER, Polat, “Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri”, Çalışma ve Toplum, 2008/1 (Deneme Süreli).
- SOYER, Polat, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, SİCİL, Mart-2006 (Alt İşveren).
- SOYER, Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara-1994 (Rekabet Yasağı).
- SOYER, Polat, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı-2005, İstanbul-2005 (Feshe Karşı Koruma).
- SÖNMEZ TATAR, Gülsüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara-2011.
- STINCARDINI, Ruggero, “La Cessione Del Contratto: Dalla Disciplina Codicistica Alle Peculiarità Ipotesi D’applicazione in Ambito Calcistico”, http://www.rdes.it/RDES_3_08_STINCARDINI.pdf, (12.12.2013).
- SUBAŞI, İbrahim, “İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, A. Can TUNCAY’a Armağan, İstanbul-2005, s.301 vd.
- SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku, 17.B, Konya-2013 (İş Hukuku).
- SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, 4.B, Konya-2010 (İş Hukuku Uygulamaları).
- SÜMER, Halûk Hâdi, “Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları”, Sicil, Eylül-2009 (Alt İşveren).
- SÜMER, Hâluk Hâdi, “İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi”, Sicil, Aralık-2006, s.90-94 (İşe Davet Edilme).
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 9.B, İstanbul-2013 (İş Hukuku).
- SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara-1989 (Askı).
- SÜZEK, Sarper, “Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:30, 2012 (Feshin Geçersizliği).
- ŞAHLANAN Fevzi, Sendikalar Hukuku, İstanbul-1995 (Sendikalar).
- ŞAHLANAN, Fevzi, “İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren Dergisi-Hukuk 9, S:324 (İş Sözleşmesinin Devri).
- ŞAHLANAN, Fevzi, “İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları”, Tühis, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2000 – Şubat 2001 (İşverenin Değişmesi).
- ŞAHLANAN, Fevzi, “İşyeri Devri ile Asıl İşveren-Alt İşveren”, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2007, (Alt İşveren).

- ŞAHLANAN, Fevzi, “Tüzel Kişi İşverenin Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması”, *Tekstil İşveren Dergisi*, (Hukuk Eki), S:373, Nisan-2011 (Tüzel Kişi).
- ŞAHLANAN, Fevzi, “İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması”, *Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama sorunları*, Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul-2006 (İş Güvencesinin Esasları).
- ŞAKAR, Müjdat, *Basın İş Hukuku*, Gazetecilerin Çalışma İlişkileri, İstanbul-2002 (Basın İş Hukuku).
- ŞAKAR, Müjdat, “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, *Çalışma ve Toplum*, S:2, 2008 (Sona Erme ve Kıdem Tazminatı).
- ŞEN, Murat/NANECİ, Aslı, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi”, *Sicil*, S:15, Eylül-2009.
- TAŞKENT, Savaş, “Belirli Süreli İş sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, *Sicil*, S:9, Mart 2008.
- TAŞKENT, Savaş/KABAKÇI, Mahmut. “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, *Sicil*, S:16, Aralık 2009.
- TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, Reha POROY’a Armağan, İstanbul-1995.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul-1993.
- THIELE, Wolfgang, *Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1966.
- TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat, “Kira İlişkisinin Devri, (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:95, 2011.
- TULUKÇU, N.Binnur, “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul-2011.
- TUNCAY, Can, “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul-Barosu/Galatasaray Üniversitesi, İstanbul-2003.
- TUNCAY, A. Can, “İş Kanunu Tasarısı’ndaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi”, *Mercek*, S:8, Nisan 2003.
- TUNCAY, A. Can, “İşyeri Kapatılarak İşçilerin Başka İşkolunda Bulunan Bir İşyerine Nakledilmesi Halinde Toplu İş Sözleşmesinin Durumu”, *Sicil*, S:15, Eylül-2009 (Başka İş Yerine Nakil)
- TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 16.B, İstanbul-2013.
- ULUCAN, Devrim, “4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı”, *İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler Semineri*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003.
- ULUSOY, Erol.E., “Çek Kanunu Tüzel Kişilik Perdesini Aralıyor”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, S:1, 2010.
- UPEX Ropert, *The Law of Termination of Employment*, London-1994.
- UŞAN, M.Fatih, “4857 Sayılı İş Yasası’nın 22. maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C:9, 2007 (Esaslı Değişiklik).
- UŞAN, M.Fatih, *Çıraklık Sözleşmesi*, Konya-1994.

- UŞAN, M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara-2003 (İş Sırrının Korunması).
- UŞAN, M. Fatih, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:1, S:10, 2008 (İşe İade Davaları).
- VON BAR, Christian/ZIMMERMAN, Reinhart, Grundregeln des europäischen Vertragsrechts, Teil III, München 2005.
- VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- VON TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1.Band, 3. Auflage, Zürich, 1974.
- VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. Auflage, Zürich 1974.
- WEISS, Manfred/SCHMIDT, Marlene, Labour Law and Industrial Relations in Germany, Fourth Edition, 2008
- WIEGAND, Wolfgang/WICHTERMANN, Jurg, Die Überleitung von Rechtsverhältnissen, Bern, 1998.
- YILMAZ, Ejder, “Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, Sicil, S:22, Haziran-2011.
- YILMAZ, Halil, Türk İş Hukukunda Bireysel İş İlişkileri Açısından İşveren Vekilliği, Ankara-2012.
- YİĞİT, Yusuf, İş Hukukunda İşverenin Çalışanlara Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü, İstanbul-2010.
- ZEYTİNOĞLU, Emin, “Çalışma Barışına Katkısı Olabilecek Bir Sistem: Esneklik”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi , Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2.
- ZÖLLNER, W, Arbeitsrecht, 3. Auflage, München-1983.