

T.C.
ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

Aybüke Yanık

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Akın Kıvrakdal

İstanbul, Ağustos 2019

T.C.
ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

Aybüke Yanık

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Akın Kıvrakdal

İstanbul, Ağustos 2019

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	vi
ÖZET	ix
ABSTRACT	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SÖZLEŞMENİN DEVİRİ KAVRAMLARI İLE SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KOŞULLARI

I. Sözleşme ve Sözleşme Özgürlüğü Kavramları	4
1. Sözleşme Kavramı	4
2. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı	7
II. Sözleşmenin Devri Kavramı	10
III. Sözleşmenin Devrini Açıklayan Teoriler	14
1. Kombinasyon (Parçalanma) Teorisi	14
2. Birlik Teorisi	15
IV. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Niteliği ve Türleri	16
1. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Niteliği	16
1.1. Sözleşmenin Devrinin Halefiyet İşlemi Niteliği	16
1.2. Sözleşmenin Devrinin Tasarruf İşlemi Niteliği	18
2. Sözleşmenin Devrinin Türleri	19
2.1. Sözleşmenin İradi Devri	19
2.2. Sözleşmenin Kanuni (Kanun Nedeniyle) Devri	19
V. Sözleşmenin Devrinin Koşulları ve Tâbi Olduğu Şekil	20

1. Sözleşmenin Devrinin Koşulları	20
1.1. Devre Konu Geçerli ve Devam Eden Bir Sözleşmenin Bulunması	21
1.2. Sözleşmenin Devrinin Mümkün Olması	22
1.3. Tarafların İrade Beyanları	23
2. Sözleşmenin Devrinin Tâbi Olduğu Şekil	26

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ KAVRAMLARI İLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KOŞULLARI

I. İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları ile Tâbi Olduğu Şekil	28
1. İş Sözleşmesinin Tanımı	28
2. İş Sözleşmesinin Unsurları	29
2.1. İşgörme Unsuru	29
2.2. Bağımlılık Unsuru	30
2.3. Ücret Unsuru	31
3. İş Sözleşmesinin Tâbi Olduğu Şekil	32
II. İş Sözleşmesinin Devri Kavramı	34
III. İş Sözleşmesinin Devrinin Hukuki Niteliği	41
IV. İş Sözleşmesinin Devrinin Koşulları ve Tâbi Olduğu Şekil	41
1. İş Sözleşmesinin Devrinin Koşulları	41
1.1. Devre Konu Geçerli ve Devam Eden Bir İş Sözleşmesinin Bulunması	42
1.2. İş Sözleşmesinin Devrinin Mümkün Olması	45
1.3. Tarafların İrade Beyanları	46
1.3.1. İşçinin Rızasının Aranacağı Zaman	48
1.3.2. İşçinin İş Sözleşmesinin Devrine Rızasını Açıklayacağı Süre	50
1.3.3. İşçinin Devre İlişkin Sözleşmeye Rıza Göstermemesi	51

2. İş Sözleşmesinin Devrinin Tâbi Olduğu Şekil	53
V. İş Sözleşmesinin Devrinin Hüküm Doğurduğu An	56

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN İŞ HUKUKUNDAKİ DİĞER ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. İş Hukukundaki Üçlü İş İlişkileri	58
II. İşyeri Devri	58
1. İşyeri Devri Kavramı	58
2. İş Sözleşmesinin Devri ile İşyeri Devrinin Karşılaştırılması	61
III. Alt İşverenlik	63
1. Alt İşverenlik Kavramı	63
2. İş Sözleşmesinin Devri ile Alt İşverenliğin Karşılaştırılması	66
IV. Geçici İş İlişkisi	67
1. Geçici İş İlişkisi Kavramı	67
1.1. Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi	69
1.2. Mesleki Amaçlı Olmayan Geçici İş İlişkisi	72
2. İş Sözleşmesinin Devri ile Geçici İş İlişkisinin Karşılaştırılması	74

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. İş Sözleşmesinin Devrinin Taraflar Bakımından Sonuçları	77
1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafının Değişmesi	77
2. İşçinin Hizmet Süresinin Kesintisiz Devam Etmesi	78
3. Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Sonuçları	80
4. İşçi Bakımından Sonuçları	86
II. İş Sözleşmesinin Devrinin İş Güvencesi Bakımından Sonuçları	87

1. İş Güvencesi Kavramı	87
2. İş Sözleşmesinin Devrinin İşçinin İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmasına Etkisi	92
III. İş Sözleşmesinin Devrinin Toplu İş Hukuku Bakımından Sonuçları	94
1. Sendika ve Toplu İş Sözleşmesi Kavramları	94
1.1. Sendika Kavramı	94
1.2. Toplu İş Sözleşmesi Kavramı	97
2. İş Sözleşmesinin Devrinin İşçinin Sendika Üyeliğine Etkisi ile Toplu İş Sözleşmesi Bakımından Sonuçları	100
IV. İş Sözleşmesinin Devrinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları	103
SONUÇ	105
KAYNAKÇA	109

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AY.	: Anayasa
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Bası
BİK.	: 5953 Sayılı Basın Mesleğinde çalışanlarla alıştıranlar Arasındaki Múnasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu)
BK.	: 818 Sayılı Múlga Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
DİK.	: 854 Sayılı Deniz İş Kanunu
E.	: Esas
e.t.	: Erişim tarihi
f.	: Fıkra
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İM.K.	: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
İş.K.	: 4857 Sayılı İş Kanunu

K.	: Karar
KÜHFD.	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Legal İHSGHD.	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
md.	: Madde
MÜHFD.	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
RG.	: Resmi Gazete
SGK.	: Sosyal Güvenlik Kurumu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Sicil İHD.	: Sicil İş Hukuku Dergisi
SMİP.	: Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı
SSGSSK.	: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
STSK.	: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	: Tarih
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TBK.	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK.	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK.	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
vb.	: ve benzeri

vd. : ve devamı

vs. : vesaire

Y. : Yıl

Yarg. : Yargıtay



ÖZET

İş sözleşmesiyle bir taraf (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer taraf (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmektedir. İş sözleşmesinin devrinde ise işçi, iş sözleşmesini devreden işveren ve devralan işveren arasında üçlü bir ilişki söz konusudur. Devir sözleşmesi ile devreden işveren iş sözleşmesini devretmeyi, devralan işveren iş sözleşmesini devralmayı kabul eder. İşçi ise iş sözleşmesinin hâlihazırdaki işvereni olan devreden işverenden, devralan işverene devredilmesini kabul eder. İş sözleşmesinin devri sonucunda iş sözleşmesindeki taraf sıfatıyla birlikte bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar başka bir işverene (devralan üçüncü kişiye) geçirilmiş olmaktadır. İş sözleşmesinin devri ile birlikte fesih, iptal gibi yenilik doğuran haklar ile tüm def'i ve itiraz hakları da devralan işverene geçmektedir.

İş sözleşmesinin devri kavramı, Türk İş Hukuku açısından öncelikle doktrinde tartışılmış ve yargı kararlarına konu olmuş, mevzuattaki yerini ise daha sonra almıştır. İş sözleşmesinin devrinin kanunda düzenlenmesinden önce de Borçlar Hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğü prensibi gereği taraf iradeleriyle sözleşmenin devri olanaklı görülmüş ve bu doğrultuda kurulan sözleşmeler geçerli kabul edilmiştir. Kavram 4857 Sayılı İş Kanunu Taslağında yer almasına rağmen Kanunun kabul sürecinde yasalaşmamış, daha sonra 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile yasal dayanağa kavuşmuştur.

Yüksek lisans tezi olarak hazırladığımız bu çalışmanın amacı, iş sözleşmesinin devri kavramının ve hukuki sonuçlarının incelenmesi ve değerlendirilmesidir.

ABSTRACT

Employment relationship is a working relation founded with a labour (employment) contract. In a labour contract, a party (employee) undertakes to work as the dependent, while the other party (employer) undertakes to pay a fee. With the agreement of the transfer of the labour contract the transferring employer agrees to transfer the employment contract, the third person (transferee employer) agrees to take over the employment contract and the employee agrees to be transferred from the transferring employer to the transferee employer. As a result of the transfer of the labour contract, all rights and obligations arising from this contract are transferred to another employer.

The concept of the transfer of the labour contract had been discussed in the doctrine and judicial decisions in terms of Turkish Labour Law and then has taken its place in the legislation. Even in the absence of legal regulations on the transfer of the labour contract, the transfer of the contract was considered possible due to the principle of freedom of contract which is one of the main principles in law of obligations and the contracts regarding transfer of the labour contract were accepted as valid. Although the concept was included in the Draft of Labour Code, it did not become a law in the process of adoption of the law, and the legal basis was obtained with Article 429 of the Code Of Obligations No. 6098, which entered in force on 01 July 2012.

The aim of this master thesis is the examination and evaluation of the transfer of the contract and its legal results.

GİRİŞ

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, işyerinin devri, geçici (ödünç) iş ilişkisi ve iş sözleşmesinin devri Türk İş Hukuku mevzuatında düzenlenen üçlü iş ilişkileridir. İş sözleşmesinin devri konusunda, diğer üçlü iş ilişkilerinden farklı olarak 4857 Sayılı İş Kanununda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. İfade etmek gerekir ki 4857 Sayılı İş Kanunu Tasarısının 7. maddesinde iş sözleşmesinin devri kaleme alınmış ancak Kanunun yasalaşması sürecinde bu madde tasarı metninden çıkarılmıştır. 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanununda, 1475 Sayılı Mülga İş Kanununda ve halen yürürlükte bulunan 4857 Sayılı İş Kanununda genel olarak sözleşmenin devrine ya da iş sözleşmesinin devrine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 205. maddesi ile sözleşmenin devri, 429. maddesi ile de iş sözleşmesinin devri kurumları düzenlenmiştir. Belirtelim ki sözleşmenin devri ve iş sözleşmesinin devri kurumları, kanunda düzenlenmelerinden önce de Borçlar Hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğü prensibi gereği olanaklı görülmüş, bu doğrultuda kurulan sözleşmeler geçerli kabul edilmiştir. Sözleşmenin devri ve iş sözleşmesinin devri kavramları, TBK.'da düzenlenmelerinden önceki dönemde doktrinde tartışılan görüşler ve Yargıtay kararları ışığında şekillenmiştir.

İş ilişkisinde, işverenin emir ve talimatı altında çalışan işçinin korunması ihtiyacı, İş Hukukunun temel amaçlarından birini oluşturmaktadır. İş Hukukunun işçiyi koruyucu işlevi, ikili iş ilişkileri kadar, esnek çalışma yaşamının gereği olarak ortaya çıkan üçlü iş ilişkileri bakımından da gereklidir. İş hukukunun kendine özgü niteliklerine uygun sonuçların bağlanması koşulu ile iş sözleşmesinin devri de iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamak suretiyle işçiyi koruduğu için yerinde bir çözüm olarak görülmüştür.

İş sözleşmesinin devri, özellikle şirket toplulukları arasında nitelikli işgücünün kalıcı olarak geçişini sağlamasından dolayı tercih edilmiştir. İş sözleşmesinin devri kurumuna genellikle şirket topluluklarında başvurulmakla birlikte, aralarında organik bağ bulunmayan, aynı şirketler topluluğuna bağlı olmayan işverenler arasında da bu yola başvurulduğu görülebilmektedir. İş sözleşmesinin devrinde, devir sürekli olarak gerçekleşmekte ve tarafların iradesine dayanmaktadır. Devrin sürekli olması onu geçici iş ilişkisinden, iradi olması ise işyeri devrinden ayırmaktadır.

Sözleşmenin iradi devri ile sözleşmenin kanuni devri sözleşmede taraf değişikliği doğuran işlemlerdir. İş sözleşmesinin devri sonucunda sözleşmenin işveren tarafı değişmekte, bununla birlikte iş sözleşmesi kesintisiz olarak devam etmektedir. Gerçekten iş sözleşmesinin devri ile birlikte, iş sözleşmesi herhangi bir kesintiye uğramaksızın bütün hak ve borçları ile birlikte üçüncü bir kişiye (devralan işverene) geçirilmektedir. İş sözleşmesinin iradi devrinde, kanuni devrinden farklı olarak iş sözleşmesindeki taraf değişikliği kanun gereği ve kendiliğinden değil, sözleşmede kalan taraf olan işçi ile devreden ve devralan işverenler arasındaki devir anlaşması ile meydana gelmektedir.

İş sözleşmesinin devri iş sözleşmesinde işveren değişikliği sonucunu doğurduğundan, sözleşmede kalan taraf olan işçinin rızasının yazılı olarak alınması şarttır. Diğer bir deyişle bir iş sözleşmesinin devredilebilmesi için devreden ve devralan işverenlerin anlaşması yeterli değildir. İşçinin de iş sözleşmesinin devrine yazılı olarak rıza göstermesi, devir anlaşmasının kurucu unsurudur. İşçinin rızası olmadan sözleşmenin devri gerçekleşmez. Bu nedenle, iş sözleşmesinin devri, kendine özgü (sui generis) üç taraflı bir sözleşmedir. Ancak belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin devri yalnızca sözleşmenin devri esnasında üç taraflı bir sözleşmedir. Sözleşmenin devri gerçekleştikten sonra, iş sözleşmesi devralan işveren ile sözleşmede kalan taraf olan işçi arasında devam etmektedir.

İş sözleşmesinin devrinin gerçekleşebilmesi için geçerli olarak kurulmuş ve devredilebilir nitelikte bir iş sözleşmesinin varlığı gerekmektedir. İş sözleşmesinin devrinde ayrıca devralan işveren ve devreden işverenlerin devir hususunda anlaşması ve işvereni değişen işçinin de yazılı rızası aranmaktadır.

Sözleşmenin kanuni ya da iradi devri kavramları asıl olarak Borçlar Hukuku kavramlarıdır. Bu anlamda çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak sözleşme ve sözleşme özgürlüğü kavramları, sözleşmenin devri, sözleşmenin devrini açıklayan teoriler ile sözleşmenin devrinin hukuki niteliği, türleri, koşulları ile tâbi olduğu şekil incelenmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin devri kavramları; iş sözleşmesinin devrinin hukuki niteliği, koşulları ile tâbi olduğu şekil ve iş sözleşmesinin devrinin hüküm doğurduğu an incelenmiştir. Üçüncü bölümde, iş sözleşmesinin devrinin İş Hukukundaki diğer üçlü iş ilişkileri olan işyeri devri, alt

işverenlik ve geçici iş ilişkisi ile karşılaştırılmasına yer verilmiştir. Dördüncü ve son bölümde ise iş sözleşmesinin devrinin hüküm ve sonuçları başlığı altında, iş sözleşmesinin devrinin devrin tarafları bakımından doğurduğu sonuçlar ile iş güvencesi bakımından sonuçları, toplu iş hukukuna ilişkin sonuçları ile sosyal güvenlik hukukuna ilişkin sonuçları incelenmiştir. Çalışmamızda yukarıda ifade edilen konularla ilgili olarak doktrindeki görüşlere ve yargı kararlarına da yer verilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SÖZLEŞMENİN DEVİRİ KAVRAMLARI İLE SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KOŞULLARI

I. Sözleşme ve Sözleşme Özgürlüğü Kavramları

1. Sözleşme Kavramı

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun¹ 1. maddesinde² sözleşmenin tanımı yapılmış ve nasıl kurulacağı düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre sözleşme birden çok tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Sözleşme kavramı bir mutabakatı ve uygunluğu ifade etmektedir. İki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla bir borç kaynağı doğar³. Bir sözleşmenin kurulması, tarafların içerik bakımından birbirine uygun olan iradelerini karşılıklı olarak açıklamalarıyla gerçekleşir⁴. Buna göre sözleşme, en az iki tarafın belirli bir hukuki sonuca yönelik olarak iradelerini *karşılıklı ve birbirine uygun* surette açıklamalarıyla oluşan bir *hukuki işlem* olarak tanımlanmaktadır⁵.

Bu tanımdan hareketle, sözleşmenin unsurları şu şekilde sıralanabilir;

¹ RG., 04.02.2011, 27836.

² TBK. md. 1; “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.”

³ A. M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara 2018, s.82.

⁴ S. S. Tekinay / S. Akman / H. Burcuoğlu / A. Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 61-62, 69; M. K. Oğuzman / M. T. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, C. 1, İstanbul 2018, s. 49; F. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt 1-2), Yetkin Yayınları, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 200; H. Hatemi / E. Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 30; H. N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul, 2018, s. 39; Kılıçoğlu, s. 82.

⁵ N. Kocayusufoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası’dan 7inci Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 95, 165; Oğuzman / Öz, C.1., s. 42, 49; Eren, s. 200; Kılıçoğlu, s. 82; Hatemi / Gökyayla, s. 30; Nomer, s. 33.

- Sözleşme, her şeyden önce bir *hukuki işlemdir*⁶. Hukuki işlem bir veya birden çok kişinin hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır⁷. Hukuki işlemin en önemli unsuru irade beyanıdır⁸. Her hukuki işlem en azından bir irade beyanı içermelidir. Ancak irade beyanı ile hukuki işlem aynı şeyler değildir⁹. Dolayısıyla hukuki işlemin meydana gelmesi için yalnızca irade beyanının bulunması yeterli değildir, hukuk düzeninin irade beyanı ile o hukuki sonucun doğmasını da kabul etmiş olması gerekir¹⁰. Belirtmek gerekir ki, hukuk kural olarak dışı vurulmayan iç iradeye değil, bunun dışı aleme yansımaları olan irade açıklamasına önem verip hüküm bağlamaktadır. Şu hâlde esas olan irade değil, iradenin dışı yansımaları olan irade beyanıdır¹¹.

- Sözleşmenin kurulabilmesi için *en az iki tarafın varlığı* gerekir. Sözleşmenin kurulmasını düzenleyen TBK. md. 1 hükmünde açıkça “ *taraflar*” ibaresi kullanılmıştır. Gerçekten sözleşme tek taraflı değil, birden çok taraflı bir hukuki işlemdir. Bu nedenle doktrinde sözleşmenin tanımı yapılırken “ *tarafların*” (en az iki tarafın) karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından bahsedilmektedir¹². Belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin tarafları birer kişiden oluşabileceği gibi birden fazla kişiden de meydana gelebilir¹³. Örneğin, üç üniversite öğrencisinin birlikte bir ev kiralamaları hâlinde, kira sözleşmesinin kiracı tarafını üç kişi birlikte oluşturur¹⁴. Bunun gibi üç kardeş sahibi oldukları taşınmazı kiralayarak dört kişiye kiraya verebilirler¹⁵. Bu iki örnekte de sözleşmede yine iki taraf vardır. Dolayısıyla taraflarda yer alan kişi sayısının önemi olmamakla birlikte, sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki tarafın varlığı şarttır. Çok taraflı sözleşmeler söz konusu olduğunda, irade açıklamalarının taraf sayısı kadar olması gerekmektedir¹⁶.

⁶ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 42; Eren, s. 200; Kılıçoğlu, s. 83; Kocayusufpaşaoğlu, s. 165; Nomer, s. 33.

⁷ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 38; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 36; Eren, a. 160; Kılıçoğlu, s. 63; Nomer, s. 33; Kocayusufpaşaoğlu, s. 90.

⁸ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 39; Kılıçoğlu, s. 63; Kocayusufpaşaoğlu, s. 90.

⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 90.

¹⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 39; Nomer, s. 33.

¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 130; Kılıçoğlu, s. 84.

¹² Oğuzman / Öz, C.1, s. 42, 49; Kılıçoğlu, s. 82; Eren, s. 200; Hatemi / Gökyayla, s. 30; Nomer, s. 39; Kocayusufpaşaoğlu, s. 95, 165.

¹³ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 43; Kılıçoğlu, s. 83; Eren, s. 200-201.

¹⁴ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 43.

¹⁵ Kılıçoğlu, s. 83.

¹⁶ Eren, s. 201.

- Sözleşmedeki tarafların irade beyanları *karşılıklı* olmalıdır¹⁷. Sözleşmenin kurulması için irade beyanlarının karşılıklı olması gerektiği TBK. md. 1 hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Aynı şekilde doktrinde de sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki tarafın “*karşılıklı*” ve birbirine uygun irade beyanlarının mevcut olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸. Sözleşmede tarafların iradeleri kararlardan farklı olarak, aynı yönde değil, karşılıklıdır¹⁹. Tarafların iradelerin karşılıklı olmasından amaç ise taraflardan her birinin iradesini diğer tarafa yönelterek açıklamasıdır. Böylece sözleşmenin tarafları, irade açıklamalarını birbirleriyle değiştirmekte, her biri diğerinin irade açıklamasına muhatap olmaktadır²⁰.

- Sözleşmedeki tarafların irade beyanları *birbirine uygun* olmalıdır²¹. TBK md. 1 sözleşmenin kurulması için tarafların irade beyanları arasında uygunluğun bulunmasını aramıştır²². Taraflar aynı şeyin gerçekleşmesini, belirli bir konu veya alanda aynı sonucun doğmasını istedikleri zaman irade açıklamaları birbirine uygun olur. İrade açıklamalarının birbirine uygun olması için kullanılan söz ve deyimlerin değil, anlamlarının birbirine uygun olması gerekir²³. Sözleşmenin kurulabilmesi için iki tarafın iradeleri birbiriyle uyumlu olmalıdır. Sözleşmedeki tarafların iradeleri arasında uyum sağlanmadığı sürece sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemeyecek ve sözleşme kurucu unsurdan yoksun olduğu için meydana gelmeyecektir²⁴. Sözleşme iki taraflı bir hukuki işlem olduğundan, sözleşmenin taraflarının iradeleri hem oluşma aşamasında sağlıklı olmalı hem de bunların dış dünyaya yansımaları iradeye uygun olmalıdır²⁵.

¹⁷ Kılıçoğlu, 83; Eren, 201.

¹⁸ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 42, 49; Kılıçoğlu, s. 83; Eren, s. 200-201; Hatemi / Gökyayla, s. 30; Nomer, s. 33, 39; Kocayusufpaşaoğlu, s. 95, 165.

¹⁹ Kılıçoğlu, s. 83; Kocayusufpaşaoğlu, s. 113; Nomer, s. 38.

²⁰ Eren, s. 201.

²¹ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 42, 49; Kılıçoğlu, s. 83; Eren, s. 201; Kocayusufpaşaoğlu, s. 90, 165; Hatemi / Gökyayla, s. 30; Nomer, s. 33, 39, 45.

²² Kocayusufpaşaoğlu, s. 171.

²³ Eren, s. 201.

²⁴ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 72; Kılıçoğlu, s. 83; Eren, s. 202.

²⁵ Kılıçoğlu, s. 85.

Tüm bu unsurların yanında TBK. md. 27’de “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” hükmü düzenlenmiştir. Bu itibarla konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olan sözleşmeler hüküm doğurmayacaktır.

TBK. md. 1/2’ye göre “*İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.*” Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu açık irade beyanıyla örtülü irade beyanı arasında herhangi bir fark öngörmemiştir. Kural olarak, irade beyanının açık (sarih) ya da örtülü (zımnî) olması arasında meydana gelen sonuçlar bakımından bir fark yoktur²⁶. Bununla birlikte kanunlarımızda yer alan bazı hükümlerde açık irade beyanının varlığı şart koşulmaktadır. TBK.’nın örtülü kabulün düzenlendiği 6. maddesi, satıcının dönme hakkının düzenlendiği 235/3. maddesi, iş sahibinin sorumluluğunun düzenlendiği 476. maddesi, temsil yetkisinin kapsamının düzenlendiği 548/2. maddesi, ticari vekilin yetkisinin düzenlendiği 551/2. maddesi ve misli şeylerin saklanması başlıklı 570/3. maddesi açık irade beyanının arandığı hallere örnek gösterilebilir²⁷.

2. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı

Türk Borçlar Hukukunda kişilerin irade serbestisi (irade özerkliği) ilkesi hâkimdir²⁸. Medeni Hukukun diğer alanlarına kıyasla Borçlar Hukukunda emredici kurallardan çok tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kuralları yer alır²⁹. İrade özerkliği, hukuk düzeninin kişilere, hukuki ilişkilerini serbest iradelerine göre diledikleri gibi düzenleyebilmeleri hususunda tanıdığı genel yetki olarak tanımlanabilir³⁰. İrade özerkliğine işlerlik sağlayan en önemli araç ise hukuki işlemler, özellikle de

²⁶ Eren, s. 134; Kocayusufpaşaoğlu, s. 143.

²⁷ Eren, s. 134; Kocayusufpaşaoğlu, s. 143.

²⁸ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 23; Eren, s. 16.

²⁹ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 23.

³⁰ Eren, s. 16; Kocayusufpaşaoğlu, s. 503.

sözleşmelerdir³¹. Bu nedenle irade serbestisi, sözleşmeler dikkate alınarak sözleşme özgürlüğü olarak da ifade edilmektedir³².

İrade özerkliğinin bir tezahürü olan *sözleşme özgürlüğü* kişilere, sözleşmenin kurulmasında, içeriğinin ve koşullarının belirlenmesinde özgür iradeleriyle karar verebilme serbestisini (özgürlüğünü) sağlar³³. Bu ilke gereğince, sözleşme adı verilen borç kaynağı, kural olarak, ancak kişinin serbest iradesi varsa o kişi için hak ve borç doğurur³⁴. Bir kişi kural olarak dilediği kişiyle dilediği içerikte sözleşme yapmakta serbest olduğu gibi, istemediği bir kimseyle istemediği bir sözleşme yapmaya da mecbur değildir³⁵. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün, kişinin kendi iradesi ve isteği olmadan borç altına sokulmasının mümkün olmamasını ifade ettiği ve kişinin dilediği kişiyle, dilediği konuda ve koşullarda sözleşme yapabilme ve haklar elde edebilme özgürlüğünü kapsadığı söylenebilir³⁶.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin yasal dayanakları AY.'nın 48/1 ile TBK.'nın 26. maddeleridir³⁷. Sözleşme özgürlüğü her şeyden önce AY. 48/1. maddesi ile garanti altına alınmıştır. Bu madde hükmüne göre; “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*” Yine TBK.'nın 26. maddesinde “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” hükmü yer almaktadır. Sözleşme özgürlüğü, taraflara sözleşmenin şekli konusunda da serbestlik tanımıştır³⁸. Gerçekten TBK. md. 12’de “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*” hükmü mevcuttur.

³¹ Eren, s. 16.

³² Oğuzman / Öz, C. 1, s. 23; Kocayusufpaşaoğlu, s. 503.

³³ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 362; Kılıçoğlu, s. 115; Eren, s. 17.

³⁴ Kılıçoğlu, s. 115.

³⁵ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 23.

³⁶ Kılıçoğlu, s. 115.

³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 503; Kılıçoğlu, s. 115; Eren, s. 16; Hatemi / Gökyayla, s. 60.

³⁸ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 24; Kocayusufpaşaoğlu, s. 270; Kılıçoğlu, s. 120; Eren, s. 17; Hatemi / Gökyayla, s. 44.

Sözleşme özgürlüğü aşağıda yazılı serbestileri kapsar³⁹;

- Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü,
- Sözleşmenin karşı tarafını seçme, yani dilediği kimseyle sözleşme yapip istemediği kimseyle sözleşme yapmama özgürlüğü,
- Sözleşmenin konusunu ve koşullarını dilediği biçimde düzenleme özgürlüğü,
- Sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü,
- Sözleşmede değişiklik yapma ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü.

Bir sözleşme yapmak isteyen taraflar, sözleşmenin konusunu ya da tipini istedikleri gibi belirleyebilirler. Kanunda düzenlenen bir sözleşme tipinin hükümlerini olduğu gibi kabul edebilecekleri gibi, kanunda öngörülmüş olan bazı sözleşmeleri birleştirerek ya da karıştırarak da sözleşme yapabilir ya da kanunda öngörülmemiş yeni bir sözleşme tipi de kararlaştırabilirler⁴⁰. Bununla birlikte, bir kimsenin sözleşme yapmaya zorlanamayacağı kuralının dürüstlük kurallarından, kanundan ya da anlaşmadan doğan istisnaları mevcuttur⁴¹. Örneğin tekel konumunda bulunan kişi ya da kuruluşların sözleşme yapmama özgürlüklerinden söz edilemez⁴². Yine bir kasabanın tek fırını da haklı sebep bulunmadıkça ekmek almak isteyen bir kimseye ekmek satmaktan kaçınamaz⁴³. Bunun gibi 6502 Sayılı TKHK.'nın 6. maddesi ile satış sözleşmelerinde satıcıya tüketici lehine olarak sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Bu madde hükmü uyarınca, satıcı satıştan kaçınamayacaktır⁴⁴.

TBK.'da sözleşme özgürlüğü mutlak ve sınırsız bir özgürlük olarak kabul edilmemiştir⁴⁵. Taraflar yapacakları sözleşmenin konusunu tayin ve hükümlerini düzenlemede kural olarak serbestlerse de bu serbestliğin bazı sınırlamaları vardır⁴⁶. TBK. md. 26 hükmünden anlaşılacağı üzere taraflar, bir sözleşmenin içeriğini *ancak kanunda*

³⁹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 362; Eren, s. 17, 316; Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Kılıçoğlu, s. 115 vd.; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 23 vd.; Hatemi / Gökyayla, s. 60 vd; M. Kılıçoğlu / K. Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 225; E. M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekliliği ile Feshi, Beta, İstanbul 2003, s. 26.

⁴⁰ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 24; Eren, s. 17.

⁴¹ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 23; Kılıçoğlu, s. 116 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 507 vd.; Eren, s. 317 vd.

⁴² Oğuzman / Öz, C. 1, s. 187; Eren, s. 320; Kılıçoğlu, s. 116.

⁴³ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 187; Eren, s. 323.

⁴⁴ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 24; Kılıçoğlu, s. 116.

⁴⁵ Eren, s. 16; Kılıçoğlu, s. 115; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 81; Hatemi / Gökyayla, s. 61.

⁴⁶ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 24.

öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceklerdir. Yine TBK. md. 27 ile kanun koyucu sözleşme özgürlüğüne birtakım sınırlamalar getirmiştir. Bu hükme göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız sözleşmeler kesin olarak hükümsüz olacaktır. Aynı şekilde TBK. md. 12’de düzenlenmiş olan şekil özgürlüğü de mutlak bir serbestlik değildir. Yine de irade özerkliği asıl, sınırlama ise istisna olduğundan; sınırlamalar geniş tutulmamalıdır⁴⁷.

II. Sözleşmenin Devri Kavramı

Sözleşmeden doğan borç ilişkisi, tarafları arasında bir hukuki durum yarattığı için kural olarak kimler arasında meydana gelmişse onlar arasında varlığını sürdürecektir⁴⁸. Ancak, sözleşmeye dayalı borç ilişkisinin kurulduğu andan itibaren sürekli olarak aynı taraflar arasında devamı zorunlu değildir⁴⁹. Sözleşmenin taraflarında herhangi bir değişikliğe neden olmayan alacağın devri ya da borcun üstlenilmesinden farklı olarak, borç ilişkisinin tümüyle devredilmesi yani *sözleşmenin devri* ile sözleşmede taraf değişikliği de söz konusu olabilir⁵⁰. Sözleşmenin devrine ilişkin, 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanununda herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Sözleşmenin devri kurumu TBK. ile mevzuatımıza girmiştir. Belirtelim ki yasal düzenlemeye kavuşmasından önce de Türk Hukukunda -daha önce incelediğimiz sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği⁵¹- sözleşmenin devri mümkün kabul edilmekteydi⁵². Söz konusu kurum, kanunla

⁴⁷ Eren, s. 16.

⁴⁸ İ. Cengiz, *İş Sözleşmesinin İradi Devri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 5.

⁴⁹ Y. Yiğit, *İş Sözleşmesinin Devri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2014.

⁵⁰ M. K. Oğuzman / M. T. Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, C. 2, İstanbul 2018, s. 635; E. Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi* (Cilt 1-2), Seçkin Yayıncılık, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2008, s. 342; M. A. Arslanoğlu, “İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi”, *Legal İHSGHD.*, S:10, 2006, s. 533 vd.; Eren, s. 1284; Kılıçoğlu, s. 1055; Nomer, s. 489; Hatemi / Gökyayla, s. 405.

⁵¹ Bkz. s. 7 vd.

⁵² E. Akyiğit, “İş İlişkisinin (Bireysel) Devri, Karar İncelemesi”, *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 17, S. 2, Kasım 2001, s. 43; H. Ayrancı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 153; M. Ekonomi / Ö. Eyrenci, “Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, İstanbul 2001, s. 1213; C. İ. Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s. 745; Y. Tosun, “Sözleşmenin Devri”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 169; B. Öztürk, “Sözleşmenin Devri”, *TBB Dergisi*, S. 2016/125, s. 263; B. Güneş / F. B. Mutlay, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”,

düzenlenmesinden önce Türk Hukukunda doktrin ve Yargıtay kararları⁵³ ile ortaya konulan kurallardan yararlanılarak şekillendirilmiştir⁵⁴.

Sözleşmenin devri kavramı için doktrinde, aynı anlama gelen terimler olan sözleşmede taraf değişikliği, borç ilişkisine girme, sözleşmenin temliki, sözleşmenin yüklenilmesi gibi terimler de kullanılmıştır⁵⁵. TBK.'nın 205. maddesinde ise “sözleşmenin devri” terimi kullanıldığından yasal düzenleme sonrası kavram çeşitliliği sona ermiştir.

Sözleşmenin devri, tarafların iradesinden kaynaklanabileceği gibi (sözleşmenin iradi devri), kanundan da (sözleşmenin kanuni devri) doğabilir⁵⁶. Bununla birlikte belirtelim ki sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin varlığı ve bu borç ilişkisinde taraf değişikliğinin tarafların anlaşması ile meydana gelmesi hâlinde sözleşmenin iradi devrinden bahsedilebilecektir⁵⁷.

Sözleşmenin devri kurumuna mevzuatımızda ilk kez TBK.'nın “Sözleşmenin Devri” başlıklı 205. maddesiyle yer verilmiştir. Belirtilmelidir ki, TBK. md. 205 ile düzenlenmiş olan sözleşmenin iradi devridir. Bu madde hükmüne 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.

Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 30, 2011/3, s. 270; A. Başbuğ, “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki”, Tühis, Mayıs-Ağustos 2003, s. 11; Oğuzman / Öz, C. 2, s. 635.

⁵³ “..4857 Sayılı Yasada işçinin devri diye bir müesseseye yer verilmiş değildir. Yasada 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. Dava konusu olayda böyle bir mutabakatın ve devrin varlığı kanıtlanabilmiş değildir. Esasen mahkeme İ. AŞ'de ki hizmet akdinin feshedildiğini kabul ettiğinden feshedilen bir hizmet akdinin devrinden söz edilemez.” (Yarg. 9. HD. 27.02.2006 T., 2005/22422E., 2006/4664K. (SMİP., www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 11.06.2019)).

⁵⁴ Ekonomi / Eyrenci, s. 1213; Ayrancı, s. 17 vd.; Oğuzman / Öz, C. 2, s. 635; Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, s. 744; Y. Yiğit, s. 12-25.

⁵⁵ A. Güzel, İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 56, İstanbul 1987, s. 203, 266; Akyiğit, İş İlişkisinin Devri, s. 42; Ayrancı, s. 31; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 536.

⁵⁶ Ayrancı, s. 35; Kılıçoğlu, s. 1055.

⁵⁷ Ayrancı, s. 37.

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafta önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir.

Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.

Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır.”

Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, sözleşmenin iradi devrinde devreden ve devralan taraflarca sözleşme ilişkisinde bir değişiklik kararlaştırılmakta, sözleşmede kalan taraf da bu değişikliğe rıza göstermektedir⁵⁸. Sözleşmenin devriyle birlikte taraflardan biri sözleşmeden ayrılırken, onun yerine dışarıdan yeni bir kişi taraf olarak sözleşmeye girmektedir⁵⁹. Sözleşmenin devrinde sözleşmeyi devralan, sözleşmeyi devreden kişinin yerini alır ve sözleşmedeki taraf sıfatıyla birlikte devredene ait olan tüm hak ve borçlar da sözleşme ilişkisine dahil olan tarafa yani devralan tarafa geçer⁶⁰. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeyi devralan taraf, sözleşmedeki tüm hak ve borçları kapsar şekilde sözleşmeye girerken⁶¹, devreden taraf sözleşmede taraf olma sıfatıyla birlikte tüm hak ve borçlarını devralan tarafa bırakarak sözleşme ilişkisinden ayrılmaktadır⁶². Devredilen sözleşme ise sona ermeyip, sözleşmede kalan taraf ve devralan taraf arasında devam ettirmektedir⁶³. Dolayısıyla devralan, sözleşmeden ayrılan tarafın bütün hak ve yükümlülüklerini üstlenmiş olmaktadır⁶⁴.

⁵⁸ Z. Bahadır, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, GÜHFD., C: XVII, Y. 2013, S:3, s. 3-4; Güzel, İşverenin Değişmesi, s. 268; Oğuzman / Öz, C. 2, s. 635 vd.; Eren, s. 1284-1285; Kılıçoğlu, s. 1054 vd.; Hatemi / Gökyayla, s. 405-406; Nomer, s. 489; Y. Yiğit, s. 13; Cengiz, s. 8-9.

⁵⁹ H. Belen, “İrade Serbestisi İlkesi Bağlamında TBK. md. 205-206 Hükümlerinin İrdelenmesi”, KÜHFD., S. 7, Ocak 2013; Güzel, İşverenin Değişmesi, s. 268; Başbuğ, s. 12.

⁶⁰ T. Uygur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Cilt 1-2), Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2013, C. 1, s. 1183; İ. Kocagil, “Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil İHD., Haziran 2011, S. 22, s. 46; C. Albayrak Zincirlioğlu, İş Sözleşmesinin Devri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 13-14; Ayrancı, s. 33-34; Eren, s. 1284; Kılıçoğlu, s. 1055; Hatemi / Gökyayla, s. 405; Y. Yiğit, s. 11, 13; Cengiz, s. 9; Öztürk, s. 267;

⁶¹ N. Yavuz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011, s. 281.

⁶² S. Çabri, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma”, Legal Hukuk Dergisi, S. 106, Y. 9, 2011, s. 3914; Ayrancı, 33-34; Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, s. 744; Tosun, s. 171; Bahadır, s. 3; Öztürk, s. 265.

⁶³ Ayrancı, s. 115; Yavuz, s. 283; Bahadır, s. 20.

⁶⁴ Y. Yiğit, s. 11; Öztürk, s. 265; Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, s. 745.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından her biri, alacak ve borçlarla birlikte sözleşmeden doğan def'i ve itiraz hakları ile yenilik doğuran hakları da kapsayan hukuki bir duruma sahiptir⁶⁵. Sözleşmeyi devralan kişi, yerine geçtiği kişinin sözleşmedeki taraf sıfatı ile birlikte hukuki durumunu da kazanır⁶⁶. Sözleşmenin devri, taraflardan birinin sözleşme nedeniyle sahip olduğu taraf durumunun, yine bir sözleşme ile üçüncü bir kişiye devrini ifade etmektedir⁶⁷. Alacağın devri ve borcun üstlenilmesinden farklı olarak sözleşmenin devrinde sözleşmeyi devralan, sadece münferit alacak veya borcu değil; yerine geçtiği tarafın hukuki durumunu tüm hak ve borçları ile bir bütün olarak kazanmaktadır. Tüm bu açıklamalardan hareketle sözleşmenin devri, sözleşmenin taraflarından birinin taraf sıfatı ile sahip olduğu hukuki durum ve bundan doğan hak ve borçlarının bir bütün olarak sözleşme dışı bir kişiye devri olarak tanımlanabilir⁶⁸. Dolayısıyla sözleşmeyi devralan kişi bu sözleşmeden doğan yalnız borç ve alacakların değil, aynı zamanda def'i ve itiraz hakları ile yenilik doğuran hakların da sahibi olacaktır⁶⁹.

TBK. md. 205/4 “*Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır.*” hükmünü haizdir. Bu hükme göre kanundan doğan halefiyet halleri ile özel hükümler TBK. md. 205’e tâbi olmayacaktır⁷⁰. Örneğin; TMK. md. 599 gereği mirasçılar kanundan dolayı sözleşmede mirasbırakanlarının yerini alır ya da TBK. md. 310 gereği kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse yeni malik kira sözleşmesinin tarafı haline gelir⁷¹. Bu gibi hallerde sözleşmede taraf değişikliği

⁶⁵ Eren, s. 1284; E. Özkaraca, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 2008, s. 126.

⁶⁶ Eren, s. 1284; Hatemi / Gökyayla, s. 405; Özkaraca, *İşyeri Devri*, s. 126; Albayrak Zincirlioğlu, s. 13; Cengiz, s. 10; Başbuğ, s. 11-12; Çabri, s. 3915.

⁶⁷ M. Alp, “*İş Sözleşmesinin Devri*”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 2009, s. 303; Oğuzman / Öz, C. 2, s. 635; Eren, s. 1284; Ayrancı, s. 33-34; Hatemi / Gökyayla, s. 405; Arslanoğlu, *İş Sözleşmesinin İradi Devri*, s. 535; Kocagil, s. 46; Albayrak Zincirlioğlu, s. 13; Cengiz, s. 10.

⁶⁸ M. Demir, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.41; Ayrancı, s. 33-34; Eren, s. 1284; Hatemi / Gökyayla, s. 405; Kılıçoğlu, s. 1054-1055; Cengiz, s. 10; Y. Yiğit, s. 12; Bahadır, s. 3; Tosun, s. 171.

⁶⁹ Eren, s. 1284-1285; Kılıçoğlu, s. 1059; Başbuğ, s. 12; Albayrak Zincirlioğlu, s. 15-16; Cengiz, s. 9-10.

⁷⁰ Kılıçoğlu, s. 1059.

⁷¹ Kılıçoğlu, s. 1059; Nomer, s. 490.

kanun gereğidir ve bu durumlarda sözleşmenin devrini düzenleyen TBK. md. 205 hükmü değil, bunları düzenleyen özel hükümler uygulanacaktır⁷².

III. Sözleşmenin Devrini Açıklayan Teoriler

Sözleşmenin devrine ilişkin esas olarak, “*kombinasyon (parçalanma) teorisi*” ve “*birlik teorisi*” olmak üzere iki teori bulunmaktadır⁷³.

1. Kombinasyon (Parçalanma) Teorisi

Kombinasyon teorisine göre, sözleşme alacak ve borçların bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Alacaklar ve borçlar dışında sözleşme ilişkisini oluşturan başka bir unsur bulunmamaktadır. Kombinasyon teorisinde devredilen sözleşme, alacak ve borçlar olmak üzere iki parçaya ayrılmakta ve alacaklar alacağın devri esaslarına göre devredilmekte, borçlar ise borcun üstlenilmesi esaslarına göre üstlenilmektedir. Bu teori benimsendiği takdirde sözleşmenin devri, ancak alacağın devri ile borcun üstlenilmesi işlemlerinin birleştirilmesi ile yapılabilir⁷⁴. Bir diğer deyişle, devir sözleşmesi devredilen sözleşmenin kapsadığı alacak ve borçlardan her birinin ayrı ayrı devir ve üstlenilmesinin birleşiminden ibarettir⁷⁵. Bu teoriye göre, sözleşme ilişkisinde mevcut bulunan alacakların, alacağın devri hükümlerine göre, borçların ise borcun üstlenilmesi hükümlerine göre yani kendilerine özgü şekilde devredilmesi gerekmektedir⁷⁶.

Kombinasyon teorisi doktrinde eleştirilmektedir. Gerçekten borç ilişkisi yalnızca alacak ve borçtan ibaret olmayıp yenilik doğuran hakları da kapsamaktadır. Kombinasyon teorisi ise, bir sözleşmedeki alacak ve borçların tek tek devredildiğini kabul edip, yenilik

⁷² Kılıçoğlu, s. 1059.

⁷³ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 114; G. Sönmez Tatar, “İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi”, Tühis Yayını, Ankara 2011, s. 56; Ayrancı, s. 39 vd.; Eren, s. 1284-1285; Ekonomi / Eyrenci, s. 1213; Y. Yiğit, s. 14-15; Albayrak Zincirlioğlu, s. 18-20; Öztürk, s. 267.

⁷⁴ Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 536.

⁷⁵ Ayrancı, s. 41; Eren, s. 1284; Y. Yiğit, s. 14; Kocagil, s. 47; Cengiz, s. 11; Albayrak Zincirlioğlu, s. 18; Öztürk, s. 267; Sönmez Tatar, s. 56.

⁷⁶ Ayrancı, s. 39; Ekonomi / Eyrenci, s. 1213; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 536; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 114; Y. Yiğit, s. 14; Albayrak Zincirlioğlu, s. 18.

doğuran hakların ne şekilde devredileceğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır⁷⁷. Aynı şekilde sadece alacağın devri ve borcun üstlenilmesi ile borç ilişkisindeki taraf konumunda bir değişiklik gerçekleşmeyecektir. Çünkü sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran haklar alacağın devri kapsamına girmez⁷⁸. Bir bütün olarak taraf değişikliğini kapsamayan kombinasyon teorisi, yenilik doğuran hakların devrini de açıklayamadığından sözleşmenin devri ile amaçlanan sonucu doğurmayacaktır⁷⁹.

2. Birlik Teorisi

Sözleşmenin devrini açıklayan ikinci teori olan birlik teorisi, sözleşme ilişkisinin tek bir hukuki işlemle yüklenilmesini sağlar. Bu teoriye göre sözleşme ilişkisi haklardan, borçlardan, hukuki durumlardan ve külfetlerden oluşan ve bütünlük arz eden bir organizmadır⁸⁰. Bir organizma niteliğinde olan sözleşme ilişkisindeki taraf durumunun bütünüyle üçüncü kişiye devri, borç ilişkisinden doğan münferit unsurların alacağın devri ve borcun üstlenilmesi gibi işlemlerle sağlanmaz. Sözleşmenin devrinin konusu sözleşme ilişkisinin kendisidir ve sözleşme bir bütün kabul edilerek taraf değişikliği tek bir işlemle gerçekleşmektedir⁸¹. Dolayısıyla alacaklar ve borçlar bölünmeksizin, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince tek bir hukuki işlemle devredilmektedir⁸². Bu işlem ile sözleşmenin içeriğinde herhangi bir değişiklik olmamakta, ancak sözleşme ilişkisi bir bütün olarak üçüncü bir kişiye devredilmektedir⁸³. Doktrinde de artık kombinasyon teorisi terk edilmiş ve sözleşmenin tek bir hukuki işlem ile devredilebileceği yönündeki birlik teorisi ağırlık kazanmıştır⁸⁴.

⁷⁷ Ekonomi / Eyrenci, s. 1213; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 536; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 114; Sönmez Tatar, s. 56.

⁷⁸ Ayrancı, s. 48; Öztürk, s. 267.

⁷⁹ Eren, s. 1284-1285; Hatemi / Gökyayla, s. 405; Ayrancı, s. 45 vd.; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 536; Kocagil, s. 47; Y. Yiğit, s. 14; Cengiz, s. 11; Albayrak Zincirlioğlu, s. 19; Öztürk, s. 267.

⁸⁰ Ayrancı, s.50.

⁸¹ Ayrancı, s. 50; Ekonomi / Eyrenci, s. 1213; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 536; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 114; Kocagil, s. 47; Albayrak Zincirlioğlu, s. 19; Öztürk, s. 267.

⁸² Ayrancı, s. 50; Kocagil, s. 47; Y. Yiğit, s. 15; Albayrak Zincirlioğlu, s. 19; Sönmez Tatar, s. 56-57.

⁸³ Ayrancı, s. 50; Ekonomi / Eyrenci, s. 1213; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 536; Kocagil, s. 47; Y. Yiğit, s. 14; Albayrak Zincirlioğlu, s. 19; Başbuğ, s. 11.

⁸⁴ Ayrancı, s. 50; Ekonomi / Eyrenci, s. 1213; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 536; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 114.

IV. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Niteliği ve Türleri

1. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Niteliği

Sözleşmenin iradi devri, hukuki mahiyeti itibarıyla üç taraflı sui generis (kendine özgü) bir sözleşmedir⁸⁵. Devir sözleşmesinin tarafları sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan taraftır⁸⁶. Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın rızalarına bağlıdır⁸⁷. Buradan hareketle yalnızca devreden ile devralan arasında anlaşmanın bulunması sözleşmenin devri için yeterli olmamakta, sözleşmede kalan tarafın da sözleşmenin devrine onay vermesi gerekmektedir⁸⁸. TBK.'da 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. Sözleşmenin devri, TBK.'nın kabulünden önce pozitif hukukta düzenlenmemiş olduğundan isimsiz sözleşme iken, Kanunda düzenlenmesiyle isimli sözleşme haline gelmiştir⁸⁹. Yapılan devir sözleşmesi ile sözleşme, devralan taraf ile sözleşmede kalan taraf arasında baştan itibaren varlığını sürdürüyormuş gibi kabul edilir⁹⁰.

1.1. Sözleşmenin Devrinin Halefîyet İşlemi Niteliği

Halefîyet, bir hukuki ilişkinin taraflarından birinin yerine bir başkasının geçmesi, onun borç ilişkisinden doğan aslî ve fer'î haklarına halef olmasıdır⁹¹. Bir başka deyişle halefîyet, içeriği ve niteliği değişmeksizin hukuki bir ilişkiye yeni bir şahsın girmesidir.

⁸⁵ İ. Subaşı / Y. Yiğit, "İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı", İş ve Hayat Dergisi, C. 4, S. 7, 2018, s. 149; Ayrancı, s. 53; Eren, s. 1285; Oğuzman / Öz, C. 2, s. 636; Hatemi / Gökyayla, s. 405; Nomer, s. 489; Tosun, s. 169; Ekonomi / Eyrenci, s. 1213; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 535-536; Başbuğ, s. 12; Kocagil, s. 47-48; Yavuz, s. 281; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Albayrak Zincirlioğlu, s. 37; Cengiz, s. 10, 13; Demir, s. 41; Öztürk, s. 267; Y. Yiğit, s. 13; Çabri, s. 3915.

⁸⁶ Eren, s. 1285; Demir, s. 41; Başbuğ, s. 12; Y. Yiğit, s. 13.

⁸⁷ Çabri, s. 3915.

⁸⁸ Subaşı / Yiğit, s. 149.

⁸⁹ Cengiz, s. 13.

⁹⁰ Y. Yiğit, s. 13.

⁹¹ Eren, s. 957; Ayrancı, s. 56.

Bu durumda halef, hukuki ilişkinin diğerk tarafına bir başkasının borçlarını değil, kendi borçlarını ifa etmektedir⁹². Halefiyetin akdî halefiyet ve kanuni halefiyet olmak üzere iki türü vardır. Türk Borçlar Hukuku sisteminde yalnız kanuni halefiyet hali düzenlenmiştir⁹³ (TBK. md. 62, TBK. md. 85, TBK. md. 127, TBK. md. 596).

Sözleşmenin devri de bir halefiyet işlemidir⁹⁴. Sözleşmeyi devralan taraf, devreden tarafın halefi konumundadır ve devreden hak ve borçlarına kapsam ve içerik bakımından aynı şartlarla sahip olmaktadır⁹⁵. Sözleşmeyi devralan taraf ve sözleşmede kalan taraf arasında sanki baştan itibaren bir sözleşme var gibidir⁹⁶.

Sözleşmenin devri ile tüm borç ilişkisine halefiyet sağlanmaktadır⁹⁷. Sözleşmeyi devralan taraf, devreden tarafın devir anlaşmasına kadar doğmuş ve doğacak olan hakları ve borçlarından oluşan taraf konumuna sahip olur ve devreden taraf, taraf olma sıfatını kaybeder⁹⁸.

Sözleşmenin devrinde söz konusu olan halefiyet külli halefiyet değil, cüz'i halefiyettir⁹⁹. Külli halefiyet, bir hukuk süjesinin, yasa gereği mevcut bir başka hukuk süjesinin yerine geçmesi olarak tanımlanabilir. Külli halefiyette malvarlığı veya bir bölümü aktif ve pasifleri ile birlikte tek bir olayla bir bütün olarak geçmektedir. Hak ve borçlarla birlikte hukuki ilişkilerin de devralana geçtiği bu hallerde, her bir hukuki ilişki için niteliğine uygun ayrı bir devir işlem gerekmemektedir¹⁰⁰. Cüz'i halefiyette ise hak ve borçların bir bütün olarak devri söz konusu değildir. Malvarlığına dahil olan hak ve borçların her birinin ayrı ayrı, kendilerine özgü devir işlemleri ile devredilmeleri gerekir. Esasen hukukumuzda külli halefiyet ancak yasal düzenlemelerle sınırlı haller için öngörülmüş olup asıl olan cüz'i halefiyettir¹⁰¹.

⁹² Ayrancı, s. 56; Cengiz, s. 14.

⁹³ Eren, s. 957.

⁹⁴ Ayrancı, s. 56-57; Özkaraça, İşyeri Devri, s. 126; Ekonomi / Eyrenci, s. 1214; Kocagil, s. 47, 57.

⁹⁵ Ayrancı, s. 57; Ekonomi / Eyrenci, s. 1214, s. 1221; Kocagil, s. 47; Y. Yiğit, s. 13.

⁹⁶ Ayrancı, s. 57; Ekonomi / Eyrenci, s. 1214; Kocagil, s. 47.

⁹⁷ Ayrancı, s. 57.

⁹⁸ Akyiğit, İş İlişkisinin Devri, s. 42-43; Ayrancı, s. 57; Başbuğ, s. 12-13.

⁹⁹ Ayrancı, s. 56-57; Y. Yiğit, s. 13; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 543; Albayrak Zincirlioğlu, s. 32.

¹⁰⁰ G. Alpagut, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta, İstanbul 2010, s. 17.

¹⁰¹ Ayrancı, s. 57; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 17.

İfade etmek gerekir ki, bir sözleşmenin devri ve bunun sonucu olan halefiyet, sözleşmenin taraflarının işleme katılımını gerektirir. Sözleşmenin devrinde üç tarafın iradelerinin sözleşmenin devri hususunda birleşmesi şarttır. Çünkü hiç kimse isteği dışında yeni bir taraf ya da yeni bir borçlu ile muhatap olmaya ya da hukuki ilişki içine girmeye zorlanamaz¹⁰².

1.2. Sözleşmenin Devrinin Tasarruf İşlemi Niteliği

Tasarruf işlemleri, malvarlığını doğrudan etkileyen, bir hakkı devreden, değiştiren, malvarlığında sarfa yol açan, diğer bir deyişle tasarruf işleminde bulunan kişinin malvarlığının aktif kısmını etkileyen işlemlerdir¹⁰³. Tasarruf işlemi (sözleşmesi) ile taraflardan biri, diğeri lehine bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kesin olarak devreder, değiştirir, kısıtlar veya ortadan kaldırır¹⁰⁴. Bu nedenle tasarruf işlemi yapan kişinin malvarlığının aktif kısmı azalmaktadır. Tasarruf işlemi ile daima bir devir, yüklenme ya da feragat hedeflenir¹⁰⁵.

Sözleşmenin devri, doktrinde bazı yazarlara göre hem sözleşmeyi devreden taraf hem de sözleşmede kalan taraf bakımından bir tasarruf işlemidir. Sözleşmeyi devralan taraf bakımından ise taahhüt işlemi niteliğindedir¹⁰⁶. Bazı yazarlara göre ise devreden taraf bakımından tasarruf işlemi niteliğindedir, zira taraf sıfatını devreden malvarlığı devir işlemi ile derhal etkilenmektedir. Devralan bakımından ise edindiği haklar yönünden kazandırıcı işlem, yüklendiği borçlar yönünden ise borçlandırıcı işlem niteliği taşımaktadır. Sözleşmede kalan taraf bakımından ise değiştirici yenilik doğuran bir sözleşmedir¹⁰⁷.

¹⁰² Ayrancı, s. 57-58.

¹⁰³ Kılıçoğlu, s. 75.

¹⁰⁴ Eren, s. 204; Ayrancı, s. 64-65.

¹⁰⁵ Ayrancı, s. 65.

¹⁰⁶ Ayrancı, s. 67-68; Cengiz, s. 16; Öztürk, s. 269.

¹⁰⁷ Oğuzman / Öz, C. 2, s. 636.

2. Sözleşmenin Devrinin Türleri

Sözleşmenin devri kanuni devir ve iradi devir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımın yapılmasında söz konusu devrin ne şekilde ve nasıl gerçekleştiği önem taşır. Sözleşmenin kanuni devrinde, devre konu sözleşmedeki taraf değişikliği hiçbir hukuki işleme gerek kalmaksızın kanun gereği (ipso iure) gerçekleşirken; iradi devrinde, devir kanuna bağlı bir sonuç olarak değil, taraf iradeleriyle meydana gelmektedir¹⁰⁸.

2.1. Sözleşmenin İradi Devri

Bir sözleşme bir başka kişiye, kanuna bağlı olmaksızın tamamen taraf iradeleriyle devredilmekteyse sözleşmenin iradi devrinden bahsedilir¹⁰⁹. Sözleşmenin devri esas itibarıyla bir Borçlar Hukuku kavramıdır¹¹⁰ ve sözleşmenin iradi devri TBK.'nın 205. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin iradi devrinde, sözleşmedeki taraf sıfatı taraf iradeleriyle üçüncü bir kişiye devredilmektedir ve kanuni devirden farklı olarak sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan tarafın iradelerinin birleşmesi aranır¹¹¹.

2.2. Sözleşmenin Kanuni (Kanun Nedeniyle) Devri

Bazı hallerde Kanun, belli hukuki olayların sonucu olarak sözleşmenin devrini öngörmüştür. Diğer bir ifadeyle, bazı durumlarda, sözleşme ilişkisinde taraf değişikliği kanun hükmü gereği ve kendiliğinden meydana gelir¹¹². Sözleşmenin kanuni devri olarak adlandırılan bu durumda, sözleşmedeki taraf değişikliği başka hiçbir hukuki işleme gerek kalmaksızın kanun gereği (ipso iure) gerçekleşmektedir¹¹³.

¹⁰⁸ Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 536; Özkara, İşyeri Devri, s. 115; Cengiz, s. 5-6; Sönmez Tatar, s. 57.

¹⁰⁹ Özkara, İşyeri Devri, s. 115.

¹¹⁰ Cengiz, s. 1.

¹¹¹ Güzel, İşverenin Değişmesi, s. 268; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 536; Albayrak Zincirlioğlu, s. 31; Cengiz, s. 9; Y. Yiğit, s. 25.

¹¹² Ayrancı, s. 71.

¹¹³ Özkara, İşyeri Devri, s. 115.

Sözleşmenin kanuni devrinde kanun, belli olaylara sözleşmenin devri sonucunu bağlamıştır. Örneğin, işyerinin veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak bir başkasına devredilmesi durumunda, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmesi sözleşmenin kanuni devrinin bir sonucudur¹¹⁴.

Sözleşmenin kanuni devrinin öngörüldüğü hallerde, sosyal koruma amacının gözetildiği görülmektedir¹¹⁵. Sözleşmenin kanuni devrinde, sözleşme taraflarının ve sözleşmeyi devralan kişinin iradeleri sözleşmenin devri bakımından herhangi bir işleve sahip değildir. Zira devir kanun gereğidir ve üçüncü kişinin iradesi gerekmediği gibi, üçüncü kişi bunu önleme olanağına da sahip değildir¹¹⁶.

V. Sözleşmenin Devrinin Koşulları ve Tâbi Olduğu Şekil

1. Sözleşmenin Devrinin Koşulları

Bir tasarruf işlemi olduğunu daha önce ifade ettiğimiz sözleşmenin devrinde tasarrufun konusu, sözleşme ilişkisinin taraf konumudur. Diğer bir deyişle, tasarruf işlemi devredilen sözleşmedeki taraf konumu üzerinde gerçekleştirilmektedir¹¹⁷.

Sözleşmenin devri ile sözleşme üçüncü bir kişiye içerdiği bütün hak ve borçlarla birlikte devredilmektedir. Sözleşmenin devri, Kanunda düzenlenmesinden önce doktrin ve Yargıtay kararları ile, Kanunda düzenlenmesinden sonra ise bizzat kanun hükmü ile birtakım koşullara bağlanmıştır. Bu koşullar, devre konu geçerli ve devam eden bir sözleşmenin bulunması, sözleşmenin devrinin mümkün olması ve sözleşmeye katılan tarafların irade açıklamalarıdır¹¹⁸.

¹¹⁴ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 115.

¹¹⁵ Ayrancı, s. 74; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 116; Y. Yiğit, s. 26; Cengiz, s. 8.

¹¹⁶ Güzel, İşverenin Değişmesi, s. 209; Y. Yiğit, s. 26; Cengiz, s. 6.

¹¹⁷ Ayrancı, s. 92; Bahadır, s. 14; Öztürk, s. 269.

¹¹⁸ Ayrancı, s. 87 vd.; Kılıçoğlu, s. 1057 vd.; Kocagil, s. 47 vd.; Albayrak Zincirlioğlu, s. 38 vd.; Cengiz, s. 17 vd.; Yavuz, s. 281-282; Bahadır, s. 14 vd.; Öztürk, s. 269 vd.

1.1. Devre Konu Geçerli ve Devam Eden Bir Sözleşmenin Bulunması

Sözleşmenin devri için her şeyden önce taraflar arasında devre konu geçerli bir sözleşmenin bulunması gerekir¹¹⁹. Geçerli bir sözleşmenin, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile meydana geldiğini daha önce ifade etmiştik¹²⁰ (TBK. md. 1). Ayrıca sözleşmenin hüküm ifade etmesi için kanunun emredici hükümleri ile ahlâka aykırı olmaması ve konusunun imkânsız olmaması gerekir (TBK. md. 27). TBK.'ya göre sözleşmenin geçerliliği için kanunda bir şekil şartı öngörülmüşse, sözleşmenin bu şekil şartına uygun olarak yapılması gerekmektedir (TBK. md. 12). Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme mevcut değilse, sözleşmenin devredilmesi bu sözleşmeyi geçerli hâle getirmeyecektir¹²¹.

Sözleşmenin devri yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde söz konusu olabilir¹²². Bu noktada belirtelim ki, sözleşmenin devri sebepsiz zenginleşme ve haksız fiilden doğan borçlarda söz konusu olmayacaktır¹²³. Bu borçlar için ancak borcun üstlenilmesi söz konusu olabilir¹²⁴.

Sözleşmenin devri için devredilen sözleşmenin herhangi bir nedenle sona ermemiş olması gerektiğini de belirtmek gerekir¹²⁵. Ayrıca sözleşmenin devrinin gerçekleşebilmesi için mevcut bir sözleşmenin varlığı şarttır. Devir esnasında var olmayan ancak ileride kurulması düşünülen bir sözleşmenin önceden devri mümkün değildir¹²⁶. Gerçekten sözleşmenin devri için üç tarafını da rızası aranır ve ileride yapılacak bir sözleşme bakımından bu şart gerçekleşmiş değildir¹²⁷.

¹¹⁹ Kılıçoğlu, s. 1057; Ayrancı, s. 92; Yavuz, s. 281; Albayrak Zincirlioğlu, s. 38; Tosun, s. 170; Bahadır, s. 14; Kocagil, s. 48; Cengiz, s. 19.

¹²⁰ Bkz. s. 4 vd.

¹²¹ Kılıçoğlu, s. 1057.

¹²² Kılıçoğlu, s. 1057.

¹²³ Kılıçoğlu, s. 1057; Albayrak Zincirlioğlu, s. 38.

¹²⁴ Kılıçoğlu, s. 1057.

¹²⁵ Ayrancı, s. 92; Albayrak Zincirlioğlu, s. 41; Kocagil, s. 48; Cengiz, s. 21.

¹²⁶ Ayrancı, s. 93; Albayrak Zincirlioğlu, s. 42; Kocagil, s. 48; Cengiz, s. 21.

¹²⁷ Kocagil, s. 48.

Sözleşmenin devredilebilmesi için devre konu sözleşmenin türü önemli değildir¹²⁸. Sözleşmenin devri hem ani edimli borç ilişkilerinde hem de sürekli borç ilişkilerinde mümkündür¹²⁹. Ancak sürekli borç ilişkilerinde ani edimli sözleşmelere göre daha sık taraf değişikliği gündeme gelebileceğinden, sürekli borç ilişkilerinin devri pratik bakımından daha büyük önem arz etmektedir¹³⁰.

1.2. Sözleşmenin Devrinin Mümkün Olması

Sözleşmenin devredilebilmesi için devir anlaşmasına konu olan sözleşmenin devrinin mümkün olması gerekmektedir¹³¹. Bir sözleşmenin devrinin mümkün olması ise kendisinden doğan hak ve borçların devredilebilir olmasına bağlıdır¹³². Yargıtay da bir kararında “*Devredilebilir nitelikte sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi, sözleşmenin taraflarının irade beyanları ile şekle tabi olmaksızın yüklenilebilir.*” ifadelerine yer vererek, sözleşmenin devrinin devredilebilir nitelikte sözleşmeler için mümkün olabileceğini ifade etmiştir¹³³.

Kural olarak her türlü sözleşme devredilebilirse de şahsa bağlı sözleşmeler devredilemezler. Sözleşmenin devrinin konusu şahsa bağlı olmayan sözleşmelerdir. Dolayısıyla sözleşmenin devri şahsa bağlı sözleşmelerde söz konusu olmayacaktır¹³⁴.

Tarafların anlaşarak sözleşmenin devrini yasaklamaları mümkündür. Bununla birlikte taraflar sonradan bu yasağı kaldırmak suretiyle sözleşmeyi yeniden devredilebilir hale getirebilirler¹³⁵.

¹²⁸ Kılıçoğlu, s. 1057.

¹²⁹ Ayrancı, s. 93; Ekonomi / Eyrenci, s. 1214; Albayrak Zincirlioğlu, s. 46; Kocagil, s. 48; Cengiz, s. 21.

¹³⁰ Ayrancı, s. 93-94; Ekonomi / Eyrenci, s. 1214.

¹³¹ Ayrancı, s. 95; Yavuz, s. 281; Albayrak Zincirlioğlu, s. 47; Bahadır, s. 14; Cengiz, s. 21.

¹³² Ayrancı, s. 95; Yavuz, s. 281; Albayrak Zincirlioğlu, s. 47-48; Cengiz, s. 22.

¹³³ Yarg. 3. HD. 14.10.2004 T., 2004/9625E., 2004/10945K. (SMİP., www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 05.03.2019)

¹³⁴ Ayrancı, s. 95-96; Hatemi / Gökyayla, s. 406; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 537; Yavuz, s. 282; Tosun, s. 170; Albayrak Zincirlioğlu, s. 48; Bahadır, s. 15.

¹³⁵ Ayrancı, s. 96; Kocagil, s. 48; Cengiz, s. 22.

Devir esnasında devredilemez mahiyette olan devre konu sözleşmenin daha sonra devredilebilir nitelik kazanması, devir işlemini geçerli hale getirmeyecektir¹³⁶. Nitekim bu işlem baştan itibaren geçersiz ve sağlıklı kazanamaz niteliktedir¹³⁷.

Bazı durumlarda tüm tarafların katılımıyla gerekli şartlar yerine gelse bile sözleşmedeki taraf sıfatı devredilemeyebilir. Bir sözleşmeyle yüklenilmiş olan edim borcunu ancak belirli koşul ya da niteliklere sahip olan kişiler ifa imkânına sahip ise bu koşul ve niteliklere sahip olması nedeniyle borç altına giren taraf sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devredemeyecektir¹³⁸. Örneğin konusu avukatlık hizmeti olan bir vekâlet sözleşmesini, sözleşmenin avukat olan tarafı avukat olmayan birine devredemeyecektir. Aynı şekilde bir tedavi sözleşmesinin doktor olan tarafı, bu sözleşmeden kaynaklanan taraf sıfatı ile hak ve borçlarını doktor olmayan birine devredemez. Bu sözleşmelerde müvekkil ya da hasta tarafların rızası olsa dahi sözleşmenin devri gerçekleşmeyecektir ve devir anlaşması geçersiz olacaktır. Her üç tarafın katılımı sağlansa ve sözleşmenin devri şekle uygun olarak yapılsa da devir anlaşması geçersiz olacağından devir gerçekleşmeyecek ve devredilmek istenen sözleşme tarafları değişmeksizin geçerli olarak varlığını devam ettirecektir¹³⁹.

1.3. Tarafların İrade Beyanları

Sözleşmenin devrinin üç taraflı kendine özgü bir sözleşme olduğunu ve bu nedenle gerçekleştirilmesi için üç tarafın da katılımı gerektiğini daha önce ifade etmiştik¹⁴⁰. Sözleşmede kalan tarafın katılmadığı, yalnızca sözleşmeyi devreden ve devralan taraflar arasında yapılan anlaşma ile meydana gelen sözleşmenin kanuni devrinden farklı olarak, sözleşmenin iradi devrinde, devrin sözleşmede kalan kişi açısından hüküm ifade etmesi için, bu kişinin üç taraflı devir sözleşmesine katılması veya

¹³⁶ Ayrancı, s. 97; Cengiz, s. 22.

¹³⁷ Ayrancı, s. 97.

¹³⁸ Oğuzman / Öz, C. 2, s. 637-638; Albayrak Zincirlioğlu, s. 50.

¹³⁹ Oğuzman / Öz, C. 2, s. 637-638.

¹⁴⁰ Bkz. s. 16 vd.

devreden ile devralan arasında yapılan devre ilişkin sözleşmeye rızasını bu anlaşmadan önce veya sonra açıklaması gerekir¹⁴¹.

Bir diğer ifade ile sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşmenin diğer tarafının rızası olmaksızın üçüncü bir kişi ile sözleşmenin devrine ilişkin yapacağı anlaşma diğer taraf bakımından geçersiz olacak ve anlam ifade etmeyecektir. Sözleşmenin taraflarından birinin üçüncü bir kişiyle tek başına devre ilişkin anlaşma yaparak bu sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçların tarafı olmaktan çıkması mümkün değildir¹⁴². Dolayısıyla sözleşmenin devri için her üç tarafın da rızası da şart olduğundan sözleşmede kalan tarafın rızası her durumda aranacaktır¹⁴³.

Sözleşmenin devrinde sözleşmenin taraflarından birinin yerini üçüncü bir kişinin alması için sözleşmede kalan tarafın rızasının aranması, kişinin sözleşme kurmak istemediği bir kişi ile bir hukuki ilişki içine sokulamaması ile ilgilidir. Gerçekten her sözleşme ilişkisi aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafının şahsi özelliklerinin de önem taşıdığı bir güven ilişkisidir¹⁴⁴. İrade özerkliği, kendileri ile sözleşme kurulan kişilerin değişmemesi ile de ilgili bir ilkedir. Sözleşmede kalan tarafın muhatabın değişmesine ilişkin rızası yoksa borç ilişkisinde iradi taraf değişikliği meydana gelmeyecektir¹⁴⁵.

TBK. md. 205'ten anlaşılacağı üzere devir sözleşmesi çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir¹⁴⁶. Şöyle ki sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraflar bir araya gelerek yani aynı anda sözleşmenin devri işlemi gerçekleştirebilirler. Bunun gibi sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan ya da sonradan icazet verilen anlaşma da sözleşmenin devri sonucunu doğuracaktır (TBK. md. 205/1-2). Dolayısıyla sözleşmenin devrine ilişkin sözleşmenin tek bir işlemle yapılması şart değildir¹⁴⁷.

¹⁴¹ Ayrancı, s. 97; Yavuz, s. 282; Kocagil, s. 48; Albayrak Zincirlioğlu, s. 51 vd.; Cengiz, s. 22; Bahadır, s. 16; Öztürk, s. 269-270.

¹⁴² Kılıçoğlu, s. 1058; Ayrancı, s. 97; Albayrak Zincirlioğlu, s. 51; Yavuz, s. 282; Cengiz, s. 22; Kocagil, s. 48.

¹⁴³ Ayrancı, s. 97; Yavuz, s. 282; Cengiz, s. 22.

¹⁴⁴ Ayrancı, s. 100.

¹⁴⁵ Ayrancı, s. 100.

¹⁴⁶ Ayrancı, s. 101; Yavuz, s. 282; Nomer, s. 490; Albayrak Zincirlioğlu, s. 53; Cengiz, s. 22.

¹⁴⁷ Ayrancı, s. 103; Yavuz, s. 282.

Sözleşmenin devrine ilişkin anlaşmanın üç tarafının da katılımıyla gerçekleştirilmesi ya da devreden ve devralan tarafların kendi aralarında yaptıkları anlaşmaya sözleşmede kalan tarafın rızasını açıklaması suretiyle gerçekleştirilmesi irade özerkliği bakımından aynı sonucu doğurmaktadır. Bu sonuç ise, sözleşmenin devri işleminin geçerli olması için sözleşmede kalan tarafın taraf değişikliğine ilişkin rızasının gerektiğidir¹⁴⁸.

Sözleşmede kalan taraf devre ilişkin rızasını devir işleminden önce açıklamış olabilir. Bu durumda devreden ve devralan taraf arasında yapılan devir anlaşmasının sözleşmede kalan tarafa bildirilip bildirilmeyeceği meselesi önem taşımaktadır. Sözleşmenin devrini düzenleyen TBK. md. 205'e göre devreden ya da devralan tarafların, sözleşmede kalan tarafa sözleşmenin devrine ilişkin bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte sözleşmede kalan taraf, devre ilişkin rızasını devir öncesinde açıklarken kendisine bildirim yapılmasını esaslı unsur haline getirmişse, kendisine bildirim yapılmadığı sürece sözleşmenin devri gerçekleşmiş olmayacaktır. Ancak bildirim yapılması esaslı unsur olarak kabul edilmemişse, bildirim yapılması sözleşmenin devri işleminin geçerliliğini etkilemeyecektir¹⁴⁹.

Üç taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmenin devrinde tarafların irade beyanlarının açık olması, iradelerinin kolay teşhis edilmesi bakımından tercih edilecektir. Bununla birlikte tarafların sözleşmenin devri işlemini zımni olarak gerçekleştirmeleri de mümkündür¹⁵⁰. Burada belirtelim ki TBK. md. 205/3'te sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlı kılındığından, zımni irade beyanı yalnızca kanun tarafından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş sözleşmelerin devri bakımından kabul edilebilecektir. Devre konu sözleşmenin herhangi bir şekil şartına bağlı olduğu hallerde devir sözleşmesinin zımni irade beyanı ile gerçekleştirilmesi TBK. md. 205/3 gereği mümkün olmayacaktır¹⁵¹.

¹⁴⁸ Ayrancı, s. 105.

¹⁴⁹ Ayrancı, s. 106; Cengiz, s. 23-24; Kocagil, s. 49; Albayrak Zincirlioğlu, s. 51.

¹⁵⁰ Ayrancı, s. 109; Cengiz, s. 24; Tosun, s. 170.

¹⁵¹ Cengiz, s. 24.

2. Sözleşmenin Devrinin Tâbi Olduğu Şekil

Hukuk düzeni içinde, irade beyanı açıklanırken kullanılan kalıba *şekil* denmektedir. Bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, iradelerin belirli bir şekle uygun olarak açıklanması zorunlu ise şekle bağılıktan söz edilir¹⁵². Türk Borçlar Hukukunda şekil serbestisi ilkedir yani sözleşmeler kural olarak hiçbir geçerlilik şartına bağlı değildir¹⁵³. TBK.'nın 12. maddesi ile de sözleşmelerin şekline ilişkin genel kural düzenlenmiş ve sözleşmenin geçerliliğinin aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Sözleşmenin geçerliliği ile ifade edilmek istenen, kurulmuş olan bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını geçerli olarak meydana getirmesidir¹⁵⁴.

Sözleşmelerin şekline ilişkin genel kural olan TBK. md. 12'ye göre, bir sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmediği müddetçe hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülmüş olan şekil şartı kural olarak geçerlilik şartıdır ve öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmayacaktır.

TBK.'nın iradi şekil başlıklı 17. maddesine göre ise kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmış olması hâlinde, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamayacaktır. Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere, TBK. md. 12/2 ve md. 17/1 hükümlerine göre şekil zorunluluğundan ancak kanun hükmü nedeniyle ya da tarafların yapacakları sözleşmeyi şekil şartına bağlamaları hâlinde söz edilebilecektir.

¹⁵² Kılıçoğlu, s. 153; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 139; Subaşı / Yiğit, s. 149.

¹⁵³ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 139; Eren, s. 282; Kılıçoğlu, s. 156; Kocayusufpaşaoğlu, s. 270 vd.; Hatemi / Gökyayla, s. 44; Nomer, s. 110; Ayrancı, s. 112; Yavuz, s. 283; Uygur, C. 1, s. 249; Subaşı / Yiğit, s. 149.

¹⁵⁴ Oğuzman / Öz, C. 1, s. 139; Eren, s. 282; Kılıçoğlu, s. 153; Kocayusufpaşaoğlu, s. 273; Hatemi / Gökyayla, s. 44; Nomer, s. 110; Uygur, C. 1, s. 249-250.

Mülga BK.'da genel olarak sözleşmenin devrini ve tâbi olduğu şekli düzenleyen bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu Kanun döneminde, sözleşmenin devrinin sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, yazılı ya da sözlü olarak hatta örtülü olarak da gerçekleştirilebileceği kabul edilmekteydi¹⁵⁵.

Sözleşmenin devrini düzenleyen herhangi bir hükme yer vermeyen Mülga BK.'nın aksine TBK.'nın 205. maddesinin 3. fıkrasında sözleşmenin devrinin tâbi olduğu şekil düzenlenmiştir. Buna göre; “*Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.*”

Bu madde hükmüne göre sözleşmenin devrinin geçerliliği devredilen sözleşmenin şekline bağlı tutulmuştur¹⁵⁶. Gerçekten devredilmek istenen sözleşme için, kanun hükmü gereği ya da tarafların anlaşmalarıyla bir şekil şartı öngörülmüşse devir sözleşmesinin geçerliliği de bu şekle tâbi olacak; öngörülmemişse devir sözleşmesi de herhangi bir şekil şartına tâbi olmayacaktır¹⁵⁷. Örneğin, bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin devrinin, devredilen sözleşme gibi noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekecektir. Bununla birlikte, taşınır satım sözleşmesinin devri kural olarak hiçbir şekle tâbi olmaksızın yapılabilecektir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Ayrancı, s. 109; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 309; Ekonomi / Eyrenci, s. 1199; Subaşı / Yiğit, s. 150; Kocagil, s. 49.

¹⁵⁶ Subaşı / Yiğit, s. 151.

¹⁵⁷ S. Topuz / F. Canbolat, “Kira İlişkisinin Devri – (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-”, TBB. Dergisi, Y. 2011, S. 95, s. 107; Oğuzman / Öz, C. 2, s. 636; Eren, s. 1285; Kılıçoğlu, s. 1057; Nomer, s. 489; Kocagil, s. 49; Hatemi / Gökyayla, s. 405-406; Uygur, C. 1, s. 1183; Subaşı / Yiğit, s. 151.

¹⁵⁸ Oğuzman / Öz, C. 2, s. 636; Subaşı / Yiğit, s. 151.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ KAVRAMLARI İLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KOŞULLARI

I. İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları ile Tâbi Olduğu Şekil

1. İş Sözleşmesinin Tanımı

İş sözleşmesi, 4857 Sayılı İş Kanununun¹⁵⁹ 8. maddesinin 1. fıkrasında “*bir tarafın (işçi) bağımlı olarak işgörmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. TBK.’nın 393. maddesinin 1. fıkrasında ise hizmet sözleşmesinin tanımı “*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak yapılmıştır.

Buna göre *iş sözleşmesi*, “serbestçe kurulan ve bir tarafın diğerine bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafınsa buna karşılık bir ücret ödemeyi üstlendiği özel hukuk sözleşmesi” olarak tanımlanabilecektir¹⁶⁰. Bu sözleşme ile işçi işgörme borcunu; işveren ise buna karşılık bir ücret ödeme borcunu yüklenmiş olmaktadır¹⁶¹.

Her ne kadar TBK’da “hizmet sözleşmesi”, İşK.’nda “iş sözleşmesi” terimleri kullanılmış olsa da iki kanunun yaptığı tanımlar paralellik göstermektedir. İşK. md. 8’de iş (hizmet) sözleşmesi tanımlanırken şu üç unsura işaret edilmektedir; *işgörme unsuru*,

¹⁵⁹ RG., 10.06.2003, 25134.

¹⁶⁰ E. Akyiğit, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 12. Basım, Ankara 2018, s. 117; Günay, C. İ. Günay, “Hizmet Sözleşmesinin Devri (TBK. md. 429)”, Sicil İHD., S. 24, Aralık 2011, s. 114; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 426.

¹⁶¹ H. Mollamahmutoglu / M. Astarlı / U. Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018, s. 75; N. Çelik / N. Caniklioğlu / T. Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul 2018, s. 173; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 427; Güzel, İşverenin Değişmesi, s. 416.

ücret unsuru ve bağımlılık unsuru. İş Hukuku doktrinde de kanuni tanımdan hareketle iş sözleşmesinin bu üç unsurdan meydana geldiği kabul edilmektedir¹⁶².

2. İş Sözleşmesinin Unsurları

İş sözleşmesinin tanımı kadar ayırt edici unsurları da önemlidir. Zira taraflar, aralarındaki sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak vasıflandırmış olsalar bile, işgörmeye, bağımlılık ve ücret unsurlarını bir arada taşımayan bir sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır¹⁶³.

2.1. İşgörme Unsuru

İş sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için her şeyden önce bir işin (işgörme ediminin) üstlenilmiş olması gerekmektedir¹⁶⁴ (İşK. md. 8/1, TBK. md. 393/1). İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcu bir işin görülmesidir¹⁶⁵. İş, bir gerçek kişi (işçi¹⁶⁶) tarafından gerçekleştirilen ve karşı taraf için ekonomik değer ifade eden her türlü faaliyettir¹⁶⁷.

Bir insan eylemi olarak iş edimi, iş sözleşmesinin temel unsuru olmakla birlikte¹⁶⁸, ayırt edici yani karakteristik unsuru değildir. Gerçekten *işgörme*, yalnızca iş sözleşmesinin değil; vekâlet sözleşmesi veya eser sözleşmesi gibi başka sözleşmelerin de konusunu oluşturabilir¹⁶⁹.

¹⁶² Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 165 vd.; Ö. Eyrenci / S. Taşkent / D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2019, s. 61; S. Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta, İstanbul 2018, s. 231; H. H. Sümer, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 37. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 427; Akyiğit, İş Hukuku, s. 118; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 76; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 164 vd.

¹⁶³ Narmanlıoğlu, s. 165.

¹⁶⁴ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 427; Akyiğit, İş Hukuku, s. 118; Süzek, s. 231.

¹⁶⁵ Sümer, s. 37; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 76; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 61.

¹⁶⁶ İşK. md. 2/1; “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denir”.

¹⁶⁷ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 427; Akyiğit, İş Hukuku, s. 118; Narmanlıoğlu, s. 167; Süzek, s. 231; Sümer, s. 37; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 61; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 164.

¹⁶⁸ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 76; Sümer, s. 37.

¹⁶⁹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 76, 79.

2.2. Bağımlılık Unsuru

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel yükümlülüğü olan bir işin görülmesi, işverenin kontrol ve gözetimi altında gerçekleşir. Bu husus, işçinin işverene bağımlı olarak çalıştığını ifade eder¹⁷⁰. Bağımlılık unsuru işçinin, işverenin (veya işveren vekillerinin) *yönetim, denetim ve gözetimi* altında ve onun emir ve talimatlarına uymak ve hatta onun cezalandırma yetkisini de kabul etmek suretiyle iş görmesidir¹⁷¹. İşK. md. 8'de ve TBK. md. 393'te de iş (hizmet) sözleşmesinin bağımlılık unsuru açıkça ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki burada bahsi geçen bağımlılık *kışisel ve hukuki* bağımlılıktır¹⁷².

Bağımlılık unsuru günümüzde iş sözleşmesinin karakteristik (ayırt edici) unsuru olarak değerlendirilmekte¹⁷³, hatta iş sözleşmesinin “sine qua non” (olmazsa olmaz) unsuru kabul edilmektedir¹⁷⁴. Gerçekten ücret karşılığında işgörmeye birçok sözleşmenin konusu olabilir. Örneğin vekâlet ve eser sözleşmelerinde de ücret karşılığında iş görülmektedir. Ancak bu sözleşmelerde, iş sözleşmesinden farklı olarak, sözleşmenin tarafları arasında bağımlılık yoktur¹⁷⁵. Bu nedenle bir sözleşmenin niteliğinin belirlenebilmesi için her somut olayda bağımlılık unsurunun varlığı araştırılmalıdır¹⁷⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da bağımlılığın iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu karara göre¹⁷⁷; “*Hizmet akdi üç unsuru kapsar: 1. İş unsuru 2. Ücret unsuru 3. Bağımlılık unsuru. Bu akdi işgörmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran bu bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o çalışmasını işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar.*”

¹⁷⁰ Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 61; Narmanlıoğlu, s. 169; Sümer, s. 38; Akyiğit, İş Hukuku, s. 121; Sümer, s. 38; Süzek, s. 233; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 166.

¹⁷¹ Sümer, s. 38; Akyiğit, İş Hukuku, s. 121; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 61-62; Narmanlıoğlu, s. 168-169; Süzek, s. 234.

¹⁷² Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 429; Sümer, s. 38; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 79; Süzek, s. 233; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 62; Akyiğit, İş Hukuku, s. 121; Narmanlıoğlu, s. 169.

¹⁷³ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 429; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 61; Akyiğit, İş Hukuku, s. 121; Narmanlıoğlu, s. 167.

¹⁷⁴ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 79.

¹⁷⁵ Akyiğit, İş Hukuku, s. 121; Sümer, s. 38; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 61; Narmanlıoğlu, s. 168; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 166.

¹⁷⁶ Sümer, s. 38-39.

¹⁷⁷ AYM., 26-27.09.1967 T., 1963/336E., 1967/29K., RG. 19.10.1968, S. 13031 (www.resmigazete.gov.tr, e.t. 26.07.2019).

Yargıtay da çeşitli kararlarında bağımlılık unsuruna vurgu yapmıştır. Örneğin yakın tarihli bir kararında¹⁷⁸; “İş sözleşmesini diğer işgörme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir... İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır...” ifadeleriyle bağımlılık unsurunun hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici unsuru olduğunu işaret etmiştir.

İş sözleşmesinin doğasında bulunan bu otorite/bağımlılık ilişkisi taraflar arasında kaçınılmaz olarak bir *hukuki hiyerarşi* yaratır. Ancak iş ilişkisinde bağımlılık kavramı mutlak değil, *görelî* bir nitelik taşır. Her işçinin yaptığı işin niteliğine, işyerindeki konumuna ve mesleki durumuna göre bağımlılık ilişkisi farklı derecelerde sıkı veya gevşek olabilir. Örneğin, bir işyerindeki üst düzey yönetici ya da uzmanlığa sahip hukukçu, hekim, mühendis gibi kişiler ile vasıfsız işçilerin işverene bağımlılık düzeyleri aynı değildir¹⁷⁹. Dolayısıyla bağımlılık ögesinde kimi zaman zayıflama görülmekle birlikte, yine de bağımlılık unsurunun iş sözleşmesinin temel ögesi olduğu söylenebilecektir¹⁸⁰.

2.3. Ücret Unsuru

Karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olan iş sözleşmesindeki işgörme edimi, işçi tarafından, açık ya da örtülü olarak kararlaştırılan ücret karşılığında yerine getirilir¹⁸¹. Bu bakımdan işçinin çalışmasının bir ücret karşılığında olması, iş sözleşmesinin temel (esaslı) unsurlarındandır¹⁸². Başka bir deyişle, bir işte ücret karşılığında çalışmak iş sözleşmesinin temel unsurudur ve ücret karşılığı olmayan bir çalışma iş sözleşmesine

¹⁷⁸ Yarg. 22. HD. 17.04.2019 T., 2016/11630E., 2019/8888K. (SMİP., www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 16.07.2019)

¹⁷⁹ Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 62-63; Sümer, s. 38; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 79; Süzek, s. 235; Narmanlıoğlu, s. 171.

¹⁸⁰ Akyiğit, İş Hukuku, s. 122.

¹⁸¹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 78; Narmanlıoğlu, s. 173; Sümer, s. 38.

¹⁸² Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 78; Narmanlıoğlu, s. 173; Akyiğit, İş Hukuku, s. 123; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 63; Süzek, s. 232; Sümer, s. 38.

konu olamaz¹⁸³. Yasal düzenlemede de ücret hem iş sözleşmesinin zorunlu bir unsuru, hem de işverenin temel bir borcu ve aslî karşı edimi olarak vurgulanmıştır (İşK. md. 8/1, TBK. md. 393/1). Ancak belirtmek gerekir ki; ücret karşılığı olan her işgörmeye sözleşmesine vücut vermeyecektir. Gerçekten eser sözleşmesi ile ücret karşılığı vekâlet sözleşmesinde de bir ücret karşılığı bir iş görülmektedir. Bu nedenle bir sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığı değerlendirilirken ücret yanında diğer öğelerinin de varlığı araştırılmalıdır¹⁸⁴.

İş sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olan ücretin açıkça kararlaştırılmamış olması, sözleşmenin ücret karşılığı olmadığı anlamına gelmemektedir¹⁸⁵ (TBK. md. 394/2). Yapılan iş için bir ücret ödenmesinin gerekli ve olağan görüldüğü hallerde kural olarak taraflar arasında ücretin kararlaştırıldığı kabul edilecektir¹⁸⁶. Bu gerekliliğin saptandığı durumlarda, sözleşmede ücretten ya da ücret miktarından bahsedilmemiş olması anılan ilişkinin iş sözleşmesi olduğu gerçeğini değiştirmez¹⁸⁷. Gerçekten iş sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde işveren işçiye asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücret ödemekle yükümlü olacaktır¹⁸⁸ (TBK. md. 401, İşK. md. 39). Belirtmek gerekir ki, ücretin örtülü olarak kararlaştırılmış sayılmasının kabulü, tarafların durumu ve yapılan işin muhtevası göz önüne alınarak yapılacak bir değerlendirme sonucu söz konusu işin karşılıksız yapılamayacağına anlaşılması halinde mümkün olabilir¹⁸⁹.

3. İş Sözleşmesinin Tâbi Olduğu Şekil

İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununa göre iş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tâbi değildir (İşK. md. 8/1, TBK. md. 394/1). Yani iş sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmaksızın, yazılı, sözlü hatta örtülü

¹⁸³ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 78; Narmanlıoğlu, s. 173; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 430; Akyiğit, İş Hukuku, s. 123; Süzek, s. 232.

¹⁸⁴ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 431; Akyiğit, İş Hukuku, s. 123.

¹⁸⁵ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 431; Akyiğit, İş Hukuku, s. 123; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 63; Narmanlıoğlu, s. 173; Sümer, s. 38; Süzek s. 232; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 165.

¹⁸⁶ Süzek, s. 232.

¹⁸⁷ Akyiğit, İş Hukuku, s. 123.

¹⁸⁸ Akyiğit, İş Hukuku, s. 123; Süzek, s. 232.

¹⁸⁹ Narmanlıoğlu, s. 174.

biçimde kurulabilir¹⁹⁰. TBK. md. 394'te de “*Hizmet sözleşmesi, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekle bağlı değildir. 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.*” hükmü ile iş (hizmet) sözleşmesinin örtülü olarak da kurulabileceği açıkça ifade edilmiştir¹⁹¹.

Buna karşılık, iş sözleşmesinin herhangi bir şekle tâbi olmadığına dair kurala İşK. md. 8/2 ile istisna getirilmiştir. Bu hükme göre; “*Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur*”. Görüldüğü gibi, iş sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekle tâbi değilse de süresi bir yıl ve daha uzun süreli olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması zorunludur. Taraflar herhangi bir şekle tâbi olmaksızın belirsiz süreli ya da bir yıldan kısa süre için belirli süreli iş sözleşmesi yapabileceklerse de bu sözleşmeleri yazılı olarak yapmalarına da herhangi bir engel yoktur¹⁹². Bununla beraber İşK. md. 8/3'te ise iş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallerde işverenin işçiye genel ve özel çalışma koşullarını gösteren bir belge verme yükümlülüğü getirilmiştir.

Belirtelim ki İş Kanunu md. 16/2'de de takım sözleşmelerinin, süresi ne olursa olsun yazılı yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Yine İşK. md. 14/1 gereği, çağrı üzerine çalışmayı konu alan sözleşmeler de yazılı olarak kurulmalıdır. Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunlarında da iş sözleşmelerinin süresi belirli veya belirsiz süreli olsun tümünün yazılı yapılması öngörülmüştür¹⁹³ (DİK. md. 5, BİK. md. 4).

¹⁹⁰ Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 115; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 440; Akyiğit, İş Hukuku, s. 135; Süzek, s. 309; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 96; Narmanlıoğlu, s. 191.

¹⁹¹ Akyiğit, İş Hukuku, s. 135; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 96; Süzek, s. 309-310.

¹⁹² Süzek, s. 310.

¹⁹³ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 440; Akyiğit, İş Hukuku, s. 136; Süzek, s. 311.

II. İş Sözleşmesinin Devri Kavramı

Borçlar Hukukunda kendi niteliği gereği devredilemeyen sözleşme bulunmamaktadır¹⁹⁴. Tüm özel hukuk sözleşmeleri gibi iş sözleşmesinin de tüm hak ve borçları ile birlikte bir bütün olarak başka bir işverene *sürekli* bir şekilde *devredilmesi* mümkündür¹⁹⁵.

İş sözleşmesinin devri kurumu, mülga Kanunlar olan 1475 Sayılı İş Kanunu ile 818 Sayılı BK.'da düzenlenmemiştir. 22.05.2003 tarihinde kabul edilen ve 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 Sayılı İş Kanununa ilişkin Tasarının 7. maddesinde “İş Sözleşmesinin Devri” başlığıyla yer almış ancak yasalaşmadan Tasarı metninden çıkarılmıştır¹⁹⁶. Sözü geçen maddede, “*Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını sürekli olarak başka işverene devredebilir. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan işveren bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı sıfatını kazanır. 6ncı maddenin ikinci fıkrası hükmü iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır.*” şeklinde bir düzenleme mevcuttu. Ancak İş Kanunu Tasarısında yer alan “İş Sözleşmesinin Devri” başlıklı bu düzenleme, Kanunun kabul sürecinde yasalaşmamıştır. İş sözleşmesinin devri kurumu ilk kez 6098 Sayılı TBK. ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

İş sözleşmesinin devri, Mülga BK. döneminde açıkça düzenlenmemekle birlikte doktrinde BK. md. 320 hükmüne¹⁹⁷ dayanılarak mümkün kabul edilmiştir¹⁹⁸. Bu madde

¹⁹⁴ Ayrancı, s. 95.

¹⁹⁵ M. Alp, “İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 190; Subaşı / Yiğit, s. 149.

¹⁹⁶ TBMM, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, 12.03.2003, Esas No: 1/534, Karar No:25, www.tbmm.gov.tr (e.t.: 05.06.2019).

¹⁹⁷ 818 Sayılı BK. md. 320; “*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.”

¹⁹⁸ G. Alpagut, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İHSGHD., 2011, S:31, s. 920; G. Alpagut, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s. 131; E. Özkaraca, “İş Sözleşmesinin Devri”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 117; O. G. Çankaya / Ş. Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 637; N. Caniklioğlu, “Hizmet Akdinin Devri - Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı - İş Arama İzni Verilmemesi”, MÜHFD., S. 2002/1, s. 35; C. Danar, “Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil İHD., S. 6, Haziran 2007, s. 69; M. Uçum, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 41; Ekonomi / Eyrenci, s.

ile işverenin işgörme edimini talep hakkının devri düzenlenmiştir¹⁹⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, Mülga BK.'nın iş sözleşmesinin devrine yasal dayanak kabul edilen 320. maddesi olmasaydı dahi, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği iş sözleşmesinin devredilebileceği doktrinde ifade edilmektedir²⁰⁰.

TBK.'nin uygulanmaya başlanmasından önce, iş sözleşmesinin devri kavramını ifade etmek için doktrinde ve uygulamada, işçi nakli, işçinin transferi yani iş sözleşmesinde işveren tarafının değişmesi, iş ilişkisinin bireysel devri gibi kavramlar kullanılmıştır²⁰¹.

TBK.'da, Mülga BK.'nın 320. maddesine karşılık gelen hüküm 395. madde hükmüdür. TBK. md. 395'te Mülga BK. 320/1'e paralel olarak "*Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.*" hükmü düzenlenmiş ancak BK. md. 320/2'de düzenlenmiş olan işverenin hakkını başkasına devredebilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir²⁰². Bununla birlikte TBK.'nın 205. maddesinde genel olarak sözleşmenin devri kurumu düzenlenmiş olup; iş sözleşmesinin devri kurumu taşıdığı anlam nedeniyle aynı kanunun 429. maddesinde ayrıca ele alınmıştır²⁰³. İlke olarak özel kanun genel kanundan önce uygulanacağından (Lex specialis, derogat legi generali) özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel kanun uygulanacaktır²⁰⁴. Borçlar Kanunu da genel nitelikte kanundur ve boşluk doldurucu işleve sahiptir. Bu nedenle iş kanunlarında herhangi bir boşluk bulunması halinde bu boşluk Borçlar Kanunundaki hüküm ile doldurulacaktır²⁰⁵. İş Kanununda iş sözleşmesinin devrine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından İş

1199; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 537-538; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 118; Sönmez Tatar, s. 57; Kocagil, s. 51; Güneş / Mutlay, s. 270.

¹⁹⁹ Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 117.

²⁰⁰ Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 117; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 119; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 537.

²⁰¹ Çankaya / Çil, s. 637; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 302; Alp, Bazı Sorunlar, s. 189; Akyiğit, İş İlişkisinin Devri, s. 42; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 114.

²⁰² Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 117-118.

²⁰³ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 106; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 920-921.

²⁰⁴ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 916.

²⁰⁵ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 276; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 918.

Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri için de hizmet sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK. md. 429 uygulama alanı bulacaktır²⁰⁶.

Çalışma yaşamında çeşitli nedenlerle, belirli bir işçinin işgücünün bir başka işverene sürekli olarak tahsisine ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu gibi durumlarda, mevcut iş sözleşmesinin sona erdirilip yeni bir sözleşme kurulması özellikle işçi bakımından bazı sakıncaları beraberinde getirebilmektedir. Örnek olarak, iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın yahut usulsüz feshi hâlinde hem işçinin hem de yeni işverenin sorumluluğu doğabilmektedir²⁰⁷ (İşK. md. 23). Öte yandan işçi hem eski iş sözleşmesindeki daha lehe olan koşulları, hem de kıdeme bağlı haklarını kaybedebilmektedir. İş sözleşmesinin devrinde ise işverenler feshe bağlı sonuçlara katlanmadan, işçi ise kıdem süresine bağlı haklarını kaybetmeden iş ilişkisinin sürekliliği korunarak devralan işverenin iş gücü ihtiyacı karşılanmış olmaktadır²⁰⁸.

İş sözleşmesinin devri kurumuna özellikle holdinglerde ve şirket topluluklarında üst düzey yönetici yetiştirilmesinde ve nitelikli işgücü ihtiyacının karşılanmasında başvurulmaktadır²⁰⁹. Ancak elbette ki bu kurumun aralarında herhangi bir organik bağ bulunmayan ya da aynı şirketler grubuna bağlı olmayan işverenler tarafından uygulanmasında da herhangi bir engel yoktur²¹⁰. İş sözleşmesinin devri, iş ilişkisinin sürekliliğini sağlayıp işçinin kıdemi kesilmeksizin iş sözleşmesini kapsadığı tüm hak ve borçları ile devam ettirdiğinden işçi lehine sonuçlar doğurmaktadır²¹¹.

²⁰⁶ Kocagil, s. 56; Narmanlıoğlu, s. 267; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 276.

²⁰⁷ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 106.

²⁰⁸ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 106; Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Caniklioğlu, s. 36; Başbuğ, s. 13.

²⁰⁹ Özkaraça, İş Sözleşmesinin Devri, s. 117; Özkaraça, İşyeri Devri, s. 116; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 344; Ekonomi / Eyrenci, s. 1202; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 304; Alp, Bazı Sorunlar, s. 189; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 921; Çankaya / Çil, s. 638; Caniklioğlu, s. 35; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 115; Danar, s. 69.

²¹⁰ Özkaraça, İş Sözleşmesinin Devri, s. 117; Ekonomi / Eyrenci, s. 1202; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 304; Danar, s. 69.

²¹¹ Alp, Bazı Sorunlar, s. 189; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 921; Narmanlıoğlu, s. 268.

Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesinin devrinin düzenlendiği 429. maddesi şu şekildedir;

“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.”

Hizmet (iş) sözleşmesinin devrinin düzenlendiği bu madde ile iş sözleşmesinin devri tanımlanmamakla birlikte iş sözleşmesinin devrinin koşulları ve sonuçları düzenlenmiştir²¹².

İş Hukukundaki esneklik temelli üçlü iş ilişkileri, asıl işveren – alt işveren ilişkisi, geçici iş ilişkisi, işyerinin veya bir bölümünün devri ve iş sözleşmesinin devridir. İş Kanununda bu ilişkilerden asıl işveren – alt işveren ilişkisi, geçici iş ilişkisi ve işyerinin devri kurumları düzenlenmiş, bununla birlikte iş sözleşmesinin devri kurumu düzenlenmemiştir²¹³.

İfade ettiğimiz üzere Türk İş Hukukunda bulunan üçlü iş ilişkilerinden bir tanesi de TBK. md. 429’da düzenlenmiş olan iş sözleşmesinin iradi devridir²¹⁴. İş sözleşmesinin iradi devri devreden işveren ve devralan işveren ile sözleşmede kalan taraf olan işçinin iradelerinin birleşmesiyle meydana gelen ve işçinin devir ile birlikte iş sözleşmesinden doğan işgörme edimini sürekli olarak devralan işverene karşı yerine getirmesini öngören üçlü ilişki olarak ifade edilmektedir²¹⁵.

İşçinin iş sözleşmesinin bir işverenden bir başka işverene devrini sağlayan iş sözleşmesinin devrinde, devredilen sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile tüm hak ve borçlar bir başka işverene devredilmektedir²¹⁶. İş sözleşmesinin devri, işçinin iş

²¹² Subaşı / Yiğit, s. 149; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 119.

²¹³ Çankaya / Çil, s. 15; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 115.

²¹⁴ Çankaya / Çil, s. 15; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 534.

²¹⁵ Çankaya / Çil, s. 640; Albayrak Zincirlioğlu, s. 86-87; Cengiz, s. 112.

²¹⁶ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 130-131.

sözleşmesinden doğan işgörme borcunu artık sürekli bir şekilde devralan işverene karşı ifa etmesi sonucunu doğurmaktadır²¹⁷. Devir sözleşmesinin tarafları, iş sözleşmesini devreden işveren, sözleşmeyi devralan işveren ve sözleşmede kalan taraf olan işçidir²¹⁸. Devir sözleşmesi, sözleşmenin üç tarafının da katıldığı kendine özgü bir sözleşme ile gerçekleştirilebileceği gibi, devreden işveren ve devralan işveren arasında yapılan ve iş sözleşmesinin devrini konu edinen sözleşmeye işçinin rızasını açıklaması ile de gerçekleştirilebilir²¹⁹. Burada önemli olan husus, taraf iradelerinin sözleşmenin devri hususunda birleşmesidir²²⁰.

İş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi için devreden ve devralan işverenlerin anlaşmaları yeterli değildir. İşçinin de devre yazılı olarak rıza göstermesi, devir anlaşmasının kurucu unsurudur²²¹. İşçinin rızası olmadan sözleşmenin devri gerçekleşmez²²². Bu nedenle, iş sözleşmesinin devri, kendine özgü (sui generis) üç taraflı bir sözleşmedir²²³. Ancak belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin devri yalnızca kurulduğu anda üç taraflı bir sözleşmedir. Devir işleminden sonra artık üçlü bir ilişki söz konusu olmayacak, iş sözleşmesi devralan işveren ile sözleşmede kalan taraf olan işçi arasında devam edecektir. Devreden işverenin ise bu iş sözleşmesinden doğan bütün hak ve yetkileri sona ermektedir²²⁴.

²¹⁷ Sönmez Tatar, s. 56.

²¹⁸ Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 121; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 119; Süzek, s. 339; Sönmez Tatar, s. 56.

²¹⁹ Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 119-120; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 123.

²²⁰ Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 115; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 123; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 119-120; Süzek, s. 339; Ekonomi / Eyrenci, s. 1218; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 923; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradı Devri, s. 541; Çankaya / Çil, s. 641-642; Kocagil, s. 48; Akyiğit, İş İlişkisinin Devri, s. 44; Cengiz, s. 72; Sönmez Tatar, s. 58; Albayrak Zincirlioğlu, s. 150.

²²¹ Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradı Devri, s. 535; Kocagil, s. 51.

²²² Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Süzek, s. 339; Ekonomi / Eyrenci, s. 1218; Caniklioğlu, s. 36; Subaşı / Yiğit, s. 151; Y. Yiğit, s. 54; Sönmez Tatar, s. 57; Kocagil, s. 48; Cengiz, s. 47; Uçum, s. 41.

²²³ Ekonomi / Eyrenci, s. 1218; Akyiğit, İş İlişkisinin Devri, s. 44; Çankaya / Çil, s. 641; Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277; Süzek, s. 339; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 107; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 115; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 121; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 119; Subaşı / Yiğit, s. 151; Y. Yiğit, s. 54; Sönmez Tatar, s. 56; Cengiz, s. 37, 114; Kocagil, s. 48; Albayrak Zincirlioğlu, s. 151.

²²⁴ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 279; Çankaya/Çil, s. 647; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 113; Y. Yiğit, s. 54; Cengiz, s. 187; Albayrak Zincirlioğlu, s. 109-110.

İş sözleşmesinin devrinde, işçi ile devreden işveren arasındaki iş ilişkisi sona ermekte, bununla birlikte devredilen iş sözleşmesinin içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir. Gerçekten, devir halinde iş sözleşmesinin sadece işveren tarafında bir değişiklik söz konusu olurken sözleşmenin içerik ve kapsamında herhangi bir değişiklik olmamaktadır²²⁵.

İş sözleşmesinin devrinde iş ilişkisi ile iş sözleşmesi kavramlarının farklılığı ortaya çıkmaktadır. Devir sonucunda, iş sözleşmesini devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona ererken, devralan işveren ile işçi arasında yeni bir iş ilişkisi kurulmaktadır²²⁶. Bununla birlikte iş sözleşmesi herhangi bir değişiklik ve kesintiye uğramaksızın devam etmektedir²²⁷. Sözleşmenin devri ile birlikte iş sözleşmesi de sona ermediğinden, feshe bağlı sonuçlar da söz konusu olmayacaktır²²⁸.

İş sözleşmesinin devrinin gerçekleşebilmesi için işçinin rızasının gerekli olduğunu daha önce ifade etmiştik. İşçi sözleşmenin devrine karşı çıkarsa bu durum işveren yönünden iş sözleşmesinin feshi için haklı veya geçerli neden oluşturmayacaktır²²⁹. Diğer bir ifadeyle, işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmeye katılmaması veya işverenler arasındaki devir sözleşmesine onay vermemesi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi işveren bakımından haklı ya da geçerli bir nedene dayanmayan fesih sayılacaktır ve işveren hakkında buna ilişkin yaptırımların uygulanmasını gerektirecektir²³⁰.

²²⁵ Akyiğit, İş İlişkisinin Devri, s. 42; Güzel, İşverenin Değişmesi, s. 203; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 128; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 115; Y. Yiğit, s. 56.

²²⁶ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277; Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303.

²²⁷ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277; Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Narmanlıoğlu, s. 268; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 115.

²²⁸ Narmanlıoğlu, s. 268; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 115; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 129.

²²⁹ Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 924; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradı Devri, s. 541-542; Albayrak Zincirlioğlu, s. 172.

²³⁰ Süzek, s. 342.

İş sözleşmesinin devri sonucunda sözleşmenin işveren tarafı sürekli ve kesin olarak değişmektedir²³¹. TBK. md. 429/1'den anlaşıldığı üzere iş sözleşmesinin devri yalnızca işveren tarafı bakımından söz konusu olabilecektir²³². İş sözleşmesinin kurulması aşamasında, işçinin kişilik özellikleri önem taşıdığından (intuitus personae), işçi iş sözleşmesini sürekli olarak bir başkasına devredemeyecektir²³³. Gerçekten iş sözleşmesinde işçinin kişiliği önem taşımaktadır ve işçinin değişmesi sözleşmedeki temel ilişkiyi değiştireceğinden, iş sözleşmesinin içeriğinin de değişmesine neden olur. Bu durumda işgörmeye borcunu diğer bir ifadeyle iş sözleşmesini devreden işçi ile yapılmış olan iş sözleşmesinin, devralan işçi ile işveren arasında devam ettiği değil, devralan işçi ile işveren arasında tamamen yeni bir iş ilişkisinin kurulduğu kabulü gerekir²³⁴. Bu sonuç işçi bakımından meydana gelmekte olup, işveren bakımından ise esas itibarıyla işyerine bağlılığın daha ağırlıklı olduğu kabul edilir. İş sözleşmesi işçinin ölümü ile sona ererken işverenin ölümü halinde yerini mirasçıları alması, işyerinin devri ve iş sözleşmesinin devri durumlarında iş sözleşmesinin sona ermemesi gibi pozitif düzenlemeler de bu esasın bir yansımasıdır²³⁵.

Belirtelim ki kural olarak her türlü iş sözleşmesi devredilebilir olsa da bazı yazarlar tarafından hasta bakıcılık ya da özel sekreterlik gibi, işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulmuş olan iş sözleşmelerinin devrinin mümkün olmayacağı ifade edilmektedir²³⁶. Bazı yazarlara göre ise, iş sözleşmesinin işverenin kişiliğine bağlı olarak yapıldığı durumlarda da iş sözleşmesinin devri kural olarak mümkündür²³⁷. Ancak bu durumda devralan işverene ilişkin bilgilerin işçiye verilmesi daha büyük önem taşımaktadır²³⁸.

²³¹ Subaşı / Yiğit, s. 151; Alpagut, Değerlendirme, s. 131; Ekonomi / Eyrenci, s. 1202; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 116; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 920; Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Süzek, s. 339; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 538; Kocagil, s. 50-51; Albayrak Zincirlioğlu, s. 87.

²³² Ekonomi / Eyrenci, s. 1217; Kocagil, s. 53.

²³³ Ayrancı, s. 96; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 540; Özkaraça, İşyeri Devri, s. 120-121; Albayrak Zincirlioğlu, s. 89.

²³⁴ Süzek, s. 338; Özkaraça, İşyeri Devri, s. 120-121.

²³⁵ Alpagut, Değerlendirme, s. 130.

²³⁶ Ekonomi / Eyrenci, s. 1217-1218; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 540; Özkaraça, İşyeri Devri, s. 120.

²³⁷ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 925; Cengiz, s. 91.

²³⁸ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 925.

III. İş Sözleşmesinin Devrinin Hukuki Niteliği

İş sözleşmesi de diğer sözleşme türleri gibi, kurulduğu andan itibaren sürekli olarak aynı işverene bağlı bir iş ilişkisini zorunlu kılmaz²³⁹. İş Hukukunda bir işçinin iş sözleşmesi sona ermeden başlangıçtaki işverenin sürekli olarak değişmesi mümkün görülmektedir. Bu kuruma İş Hukukunda iş sözleşmesinin devri adı verilmektedir²⁴⁰.

İş sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK. md. 429'a göre işçinin sözleşmenin devrine onay vermesi iş sözleşmesinin devri için zorunlu unsurdur, zira hiç kimse isteği dışında yeni bir sözleşme tarafı ile muhatap olmaya zorlanamaz²⁴¹. İş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşmenin işveren tarafının yerini yeni bir kişi aldığından, iş sözleşmesinin devri bir halefiyet işlemidir²⁴². Ayrıca, iş sözleşmesindeki işveren tarafın yerini devir sözleşmesine dayalı olarak bir başka işverenin alması iş sözleşmesinin devrine -devreden işveren bakımından- tasarruf işlemi niteliği kazandırırken; sözleşmeyi devralan işveren bakımından kazandırdığı haklar bakımından kazandırıcı işlem, yüklendiği borçlar bakımından ise borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Sözleşmede kalan taraf olan işçi bakımından ise değiştirici yenilik doğuran bir işlemdir²⁴³.

IV. İş Sözleşmesinin Devrinin Koşulları ve Tâbi Olduğu Şekil

1. İş Sözleşmesinin Devrinin Koşulları

İş sözleşmesinin devrinin koşulları incelenirken hem genel olarak sözleşmenin devrinin düzenlendiği TBK. md. 205 hükmü, hem de hizmet (iş) sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK. md. 429 hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Hizmet (iş) sözleşmesinin devrinin koşulları; devre konu geçerli ve devam eden bir iş sözleşmesinin

²³⁹ Danar, s. 62.

²⁴⁰ Subaşı / Yiğit, s. 148.

²⁴¹ Ayrancı, s. 57; Y. Yiğit, s. 88.

²⁴² Özkaraca, İşyeri Devri, s. 126; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 543; Başbuğ, s. 11.

²⁴³ Albayrak Zincirlioğlu, s. 178.

bulunması, iş sözleşmesinin devrinin mümkün olması ve tarafların usulüne uygun irade beyanlarıdır²⁴⁴.

1.1. Devre Konu Geçerli ve Devam Eden Bir İş Sözleşmesinin Bulunması

İş sözleşmesinin devrinin mümkün olması için her şeyden önce geçerli ve halen devam eden bir iş sözleşmesinin bulunması gerekmektedir²⁴⁵. Devir esnasında mevcut olmayan ancak ileride kurulması düşünülen bir iş sözleşmesinin devri mümkün olmadığı gibi²⁴⁶, herhangi bir sebeple sona ermiş bir iş sözleşmesinin devri de mümkün değildir²⁴⁷.

Geçerli bir sözleşme, daha önce ifade ettiğimiz üzere tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile meydana gelmektedir (TBK. md. 1). Ayrıca bu anlaşmanın kanunun emredici hükümleri ile ahlâka aykırı olmaması ve konusunun imkânsız olmaması gerekir (TBK. md. 27). İş sözleşmesinin kurucu unsurlarını oluşturan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması hâlinde sözleşme hukuken varlık kazanmayacak ve yokluk söz konusu olacaktır²⁴⁸. Geçersizlik halinde ise yokluk halinden farklı olarak taraflar arasında sözleşme kurulmuş ve meydana gelmiş olmakla birlikte Borçlar Kanununda belirtilen sözleşme özgürlüğünün sınırlarına aykırılık nedeniyle iş sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır²⁴⁹. Bununla birlikte, ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip olmayanların yaptığı veya şekil noksanlığı bulunan işlemler de geçersizdir²⁵⁰.

Burada ifade etmek gerekir ki, Borçlar Hukukunda geçersizlik (butlan - kesin hükümsüzlük) kural olarak geçmişe etkili (ex tunc) hüküm ve sonuç doğurmakla birlikte; taraflar arasında uygulanagelmüş bir iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılması

²⁴⁴ Ekonomi / Eyrenci, s. 1214 vd.; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 539 vd.; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 123 vd.; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 119 vd.; Albayrak Zincirlioğlu, s. 136 vd.; Cengiz, s. 44 vd.; Sönmez Tatar, s. 58.

²⁴⁵ Ekonomi / Eyrenci, s. 1216; Çankaya / Çil, s. 642; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 123; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 540; Albayrak Zincirlioğlu, s. 137; Cengiz, s. 97; Sönmez Tatar, s. 58.

²⁴⁶ Ayrancı, s. 93; Kocagil, s. 48; Cengiz, s. 21.

²⁴⁷ Ayrancı, s. 92; Kocagil, s. 48; Cengiz, s. 21; Sönmez Tatar, s. 58.

²⁴⁸ Süzek, s. 329; Eren, s. 349.

²⁴⁹ Süzek, s. 329; Eren, s. 349.

²⁵⁰ Süzek, s. 329; Eren, s. 349.

işçinin çalıştığı süreye ilişkin haklarını alamamasına neden olacağından İş Hukukundaki işçinin korunması amacına uygun düşmediği gibi bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi kuran niteliğine uygun düşmemektedir²⁵¹.

TBK. md. 394/3'te, Mülga BK.'da bulunmayan yeni bir düzenlemeye yer verilmiş ve “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca, iş sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren geçersiz sayılmaması, diğer bir deyişle geçersizliğin geleceğe dönük (ex nunc) etki göstermesi, geçersizliğin sonradan anlaşılması şartına bağlanmıştır. Yani taraflar, iş sözleşmesini geçersiz olduğunu bilerek yapmışlarsa sözleşme başlangıçtan itibaren hiç yapılmamış sayılacak ve zaman içerisinde de geçerlilik kazanmayacaktır²⁵². Bu hüküm, işçinin iş ve sosyal güvenlik mevzuatından doğan tüm haklarını talep edilemez hale getirdiğinden ve korunmak istenen kişinin aleyhine sonuçlar yaratacağından doktrinde eleştirilmektedir²⁵³. İş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz kabul edilmesi durumunda tarafların o güne kadar ifa ettikleri edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi çok güç hatta kimi zaman imkânsız olduğundan iş sözleşmesinin geçersizliğinin bu sözleşmelerin niteliği gereği geleceğe etkili hüküm ve sonuç yaratacağı ifade edilmektedir²⁵⁴.

İş sözleşmesinin devredilebilmesi için devre konu geçerli ve halen devam eden bir sözleşmenin varlığı aranmakla birlikte, doktrinde bazı yazarlara göre bir iş sözleşmesi geçersizliği ileri sürülene kadar geçerli bir sözleşme gibi hüküm doğuracağından devri mümkün olacaktır²⁵⁵. Kanaatimizce İş Hukukunda geçersizliğin geçmişe etkili olarak sonuç doğurmaması nedeniyle geçersizliği ileri sürülünceye kadar iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşebileceğini kabul etmek yerinde olacaktır.

²⁵¹ E. Akyiğit, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Hukuk Yayınları No: 85, İstanbul 1990, s. 38; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 458-459; Süzek, s. 330-331; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 274-275; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 104-105; Narmanlıoğlu, s. 244-245; Ekonomi / Eyrenci, s. 1215; Güzel, İşverenin Değişmesi, s. 333; Kocagil, s. 51; Güneş / Mutlay, s. 237.

²⁵² Süzek, s. 330; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 274-275; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 105.

²⁵³ Süzek, s. 330.

²⁵⁴ Süzek, s. 331-332.

²⁵⁵ Ekonomi / Eyrenci, s. 1215; Çankaya / Çil, s. 642; Kocagil, s. 51.

İş sözleşmesinin kesin hükümsüz olmasına neden olabilecek bir diğer husus ise iradeyi sakatlayan haller olan hata (yanılma), hile (aldatma) ve ikrah (korkutmadır)²⁵⁶. İradeyi sakatlayan bir durumun söz konusu olması hâlinde, genel hükümler çerçevesinde sözleşmenin iptali sağlanabilir. İş sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin iradesi hata, hile veya ikrah ile sakatlanırsa, bu taraf iş sözleşmesiyle bağlı kalmak istemediğini genel hükümlere göre beyan ederek sözleşmeyi iptal edebilecektir²⁵⁷. İradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi iptal zorunluluğu bulunmamakla birlikte, eğer genel hükümlere göre iptal yoluna gidilirse, iş sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır²⁵⁸. Aksi halde, yani iş sözleşmesinin bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal edilmemesi hâlinde, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerli olduğu kabul edilecektir²⁵⁹. Sözleşmenin iptaline karar verilmesi halinde Borçlar Hukuku kurallarına göre sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersiz sayılacaksa da²⁶⁰; iş sözleşmesinin iptalinde, geçersizlik halinde olduğu gibi iptal de ileri etkili olacaktır²⁶¹. Bu bakımdan sözleşme iptal edilinceye kadar devri de mümkün olacaktır²⁶².

İfade etmek gerekir ki, iş sözleşmesinin geçersizliğinin geleceğe etkili olarak hüküm doğurması; kamu düzenini ağır surette ihlal eden hallerde geçerli olmayacaktır²⁶³. Böyle bir sözleşme daha başlangıçta ölü doğmuş olup geçerlilik kazanamaz²⁶⁴. Diğer bir deyişle, geçersizliğe neden olan husus, ahlâka, adaba, kamu düzenine aykırı ve hukuk düzenini sarsacak nitelikte ise hükümsüzlüğün baştan beri var olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, konusu kadın ticareti, fuhuş, kaçakçılık ya da adam öldürme olan bir iş sözleşmesine hiçbir şekilde geçerlilik tanınmayacaktır²⁶⁵. Bu gibi hallerde iş sözleşmesi

²⁵⁶ Süzek, s. 335-336; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 454; Narmanlıoğlu, s. 246.

²⁵⁷ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 276; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 454; Narmanlıoğlu, s. 246; Süzek, s. 335-336.

²⁵⁸ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 454; Süzek, s. 336.

²⁵⁹ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 454; Süzek, s. 336.

²⁶⁰ Eren, s. 426 vd.

²⁶¹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 275-276; Süzek, s. 336; Narmanlıoğlu, s. 247.

²⁶² Güzel, İşverenin Değişmesi, s. 334; Kocagil, s. 52.

²⁶³ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 459; Süzek, s. 333; Narmanlıoğlu, s. 245.

²⁶⁴ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 273.

²⁶⁵ Süzek, s. 333; Akyiğit, Hizmet Akdinin Hükümsüzlüğü, s. 39; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 459; Narmanlıoğlu, s. 245; Uygur, C. 2, s. 1964; Cengiz, s. 102; Albayrak Zincirlioğlu, s. 140.

baştan itibaren hükümsüz olduğundan bu nitelikte bir iş sözleşmesinin devri de olanaklı değildir²⁶⁶.

1.2. İş Sözleşmesinin Devrinin Mümkün Olması

Bir sözleşmenin devredilebilir olup olmamasının devir anlaşmasına konu olan sözleşme ilişkisinin devredilebilir olup olmamasına bağlı olduğunu daha önce ifade etmiştik²⁶⁷. İş sözleşmesi de sürekli borç ilişkisi kurması ve karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olması nedeniyle devredilebilir niteliktedir²⁶⁸. Bu bakımdan iş sözleşmelerinin de iradi devri kural olarak mümkündür²⁶⁹. Devredilecek iş sözleşmesinin türünün devir işlemi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Kural olarak, hangi türde yapılmış olursa olsun bütün iş sözleşmeleri devre hukuken elverişlidir²⁷⁰.

Doktrinde bazı yazarlara göre; hangi tür iş sözleşmesi olursa olsun işverenin kişiliğinin kurucu unsur olarak belirlenmiş olması hâlinde sözleşmenin iradi devrinden bahsedilemeyecektir. Diğer bir deyişle, kural olarak her türlü iş sözleşmesi devredilebilir olmakla birlikte, hasta bakıcılık ya da özel sekreterlik gibi, işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulmuş olan iş sözleşmelerinin devri mümkün olmayacaktır²⁷¹.

Bazı yazarlara göre ise iş sözleşmesinin işverenin kişiliğine bağlı olduğu durumlarda dahi kural olarak devri mümkündür²⁷². Zira devreden ve devralan işverenler arasındaki devir sözleşmesi işçinin rızası olmadıkça geçerli hale gelmeyecektir. Bu nedenle iş sözleşmesi işverenin kişiliğine bağlı olarak yapılmış olsa dahi işçi iş sözleşmesinin devrine rıza gösteriyorsa devir işlemine geçerlilik tanımak gerekir²⁷³.

²⁶⁶ Ekonomi / Eyrenci, s. 1216; Narmanlıoğlu, s. 245; Kocagil, s. 51; Cengiz, 103; Albayrak Zincirlioğlu, s. 140.

²⁶⁷ Bkz. s. 22-23.

²⁶⁸ Ekonomi / Eyrenci, s. 1214; Kocagil, s. 50.

²⁶⁹ Ayrancı, s. 95; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 120.

²⁷⁰ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 107-108; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 120; Kocagil, s. 53.

²⁷¹ Ekonomi / Eyrenci, s. 1217-1218; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 540; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 120.

²⁷² Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 925; Cengiz, s. 91.

²⁷³ Cengiz, s. 91.

Belirtelim ki bu durumda, devralan işverene ilişkin bilgilerin işçiye verilmesi daha fazla önem arz etmektedir²⁷⁴.

Çalışmamızda daha önce de ifade ettiğimiz üzere iş sözleşmesinin devri, ancak işveren tarafının değişmesi şeklinde olabilecektir²⁷⁵. TBK. md. 429 hükmü ile de iş sözleşmesinin devrinin yalnız işveren bakımından mümkün olabileceği ifade edilmiştir. İş sözleşmesinin devrinde işçi tarafının değişmesinin mümkün olmamasının sebebi, iş sözleşmesinin kurulmasında işçinin kişiliğinin önem arz etmesi yani “intuitus personae” olmasıdır²⁷⁶.

1.3. Tarafların İrade Beyanları

İş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi için devreden ve devralan işverenlerin anlaşmalarının yeterli olmadığını, işçinin rızası olmaksızın sözleşmenin devrinin gerçekleşmeyeceğini daha önce ifade etmiştik²⁷⁷. Sözleşmede kalan taraf olan işçinin menfaati göz önünde tutulduğunda iş sözleşmesinin iradi devrinin, yalnızca sözleşmeyi devreden ve sözleşmeyi devralan işverenler arasındaki bir anlaşma ile yapılması mümkün olmayacak, yani söz konusu anlaşma işçi için hüküm doğurmayacaktır²⁷⁸. Bu anlaşmanın işçiyi bağlaması için, ya işçinin üç taraflı devir sözleşmesine katılması ya da devreden ve devralan işverenler arasındaki devre ilişkin anlaşmaya rızasını açıklaması gerekir²⁷⁹.

Gerçekten, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin devri borcun üstlenilmesini de kapsamaktadır. Bu nedenle sözleşmeyi devreden borcundan kurtulması ve sözleşmede kalan tarafın sözleşmeyi devralanın alacaklısı durumuna geçmesi için, sözleşmede kalan tarafın da devir sözleşmesine rızasını açıklaması zorunludur²⁸⁰.

²⁷⁴ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 925.

²⁷⁵ Ekonomi / Eyrenci, s. 1217; Kocagil, s. 53.

²⁷⁶ Özkara, İşyeri Devri, s. 120-121; Ayrancı, s. 96; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 540; Albayrak Zincirlioğlu, s. 89; Kocagil, s. 52; Sönmez Tatar, s. 58.

²⁷⁷ Bkz. s. 38.

²⁷⁸ Süzek, s. 339; Caniklioğlu, s. 36; Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Ekonomi / Eyrenci, s. 1218; Subaşı / Yiğit, s. 151; Y. Yiğit, s. 54; Sönmez Tatar, s. 57; Kocagil, s. 48; Cengiz, s. 47; Uçum, s. 41.

²⁷⁹ Ekonomi / Eyrenci, s. 1218.

²⁸⁰ Güzel, İşverenin Değişmesi, s. 268.

Yargıtay da kararlarında bu yönde hüküm kurmaktadır;

“Yasada 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. Dava konusu olayda böyle bir mutabakatın ve devrin varlığı kanıtlanabilmiş değildir.”²⁸¹.

“..Hizmet akdi devri söz konusu olacaktır ki hizmet akdi devrinde üçlü bir ilişki mevcuttur. Başka bir anlatımla devreden ve devralan işveren ile devredilen işçinin hizmet akdinin devri konusunda üçlü olarak anlaşmaları gerekir.”²⁸²

İş sözleşmesinin devrinin devreden işveren, devralan işveren ve işçinin bir araya gelmesi sonucu gerçekleştirilmesi ile sözleşmede kalan taraf olan işçinin, devreden ve devralan işverenler arasındaki devre ilişkin anlaşmaya onayını sonradan açıklaması aynı sonucu meydana getirmektedir²⁸³.

Bununla birlikte burada belirtelim ki devir sözleşmesinin üç tarafının bir araya gelerek sözleşmenin devrini gerçekleştirilmesi ile devreden işveren ile devralan işveren arasındaki devre ilişkin anlaşmaya işçinin rızasını sonradan açıklaması arasında, iş sözleşmesinin devrinin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı zaman bakımından farklılık vardır. Devir sözleşmesinin üç tarafın da katılımıyla yapılması halinde sözleşme yapıldığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacakken; işçinin işverenler arasındaki devre ilişkin sözleşmeye onayını daha sonra açıklaması halinde ise devir sözleşmesi, işçinin onayını usulüne uygun olarak açıkladığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır²⁸⁴.

²⁸¹ Yarg. 9. HD. 27.02.2006 T., 2005/22422E., 2006/4664K. (SMİP., www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 11.06.2019).

²⁸² Yarg. 9. HD. 12.07.2006 T., 2006/1892E., 2006/20661K. (SMİP., www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 11.06.2019).

²⁸³ Ayrancı, s. 105.

²⁸⁴ Albayrak Zincirlioğlu, s. 153.

1.3.1. İşçinin Rızasının Aranacağı Zaman

İş sözleşmesinin devrine ilişkin önemli olan bir başka konu ise işçinin sözleşmenin devrine rızasını açıklayacağı zamana ilişkindir. TBK. md. 429/1’de iş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı rızasından söz edilmesine rağmen, bu rızanın ne zaman alınması gerektiği konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır²⁸⁵.

Türk Borçlar Kanununun genel olarak sözleşmenin devrinin düzenlendiği 205. maddesinde sözleşmenin devrinin sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan bir sözleşme olduğu ifade edilmiştir. İkinci fıkrasında ise “Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tâbidir.” hükmü mevcuttur. Görüldüğü üzere, sözleşmenin devri için her üç tarafın da iradelerini aynı anda açıklamaları gerekli görülmemiş; sözleşmede kalan tarafın, devreden ve devralan taraflar arasındaki devre ilişkin anlaşmaya önceden vereceği izin ya da sonradan vereceği onayın da sözleşmenin devri sonucunu doğuracağı belirtilmiştir. İş sözleşmesinin devri bakımından önem taşıyan nokta ise, sözleşmenin devrine ilişkin bu Borçlar Hukuku kuralının, iş sözleşmesinin devrinde de uygulanıp uygulanmayacağı; diğer bir ifadeyle işçinin sözleşmenin devrine önceden vermiş olduğu rızasının geçerli olup olmayacağıdır²⁸⁶.

Doktrinde sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, iş sözleşmesinin devrine ilişkin işçi tarafından devir öncesi, yani iş sözleşmesi kurulurken ya da devirden önce herhangi bir zamanda verilmiş olan rızayı geçerli kabul eden görüşler bulunmaktadır²⁸⁷. İşçinin rızasının, iş sözleşmesinin kurulması anında değil kurulduktan sonra, ancak devirden hemen önce alınması gerektiğini ifade eden yazarlar da vardır²⁸⁸.

²⁸⁵ Süzek, s. 340.

²⁸⁶ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 923; Subaşı / Yiğit, s. 155.

²⁸⁷ Ekonomi / Eyrenci, s. 1219; Cengiz, s. 124.

²⁸⁸ Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 118; Y. Yiğit, s. 222.

Doktrinde işçinin devir öncesi açıkladığı rıza ile ya da iş sözleşmesinde yer alan bir hüküm ile önceden vereceği rızayı geçerli kabul etmeyen görüş de mevcuttur²⁸⁹. Bu görüşe göre devir sonrasında işçinin mali yönden zayıf bir işverene devredilmesi ya da iş güvencesi kapsamına girmeyen bir işyerinde çalışmaya başlatılması gibi muhtemel olumsuz sonuçlar göz önüne alındığında iş sözleşmesinin devrine devir öncesinde verilen rızanın geçerli olmayacağı kabul edilmelidir²⁹⁰.

Aynı şekilde, iş sözleşmesinin yapılması esnasında iş ve ücret gelirin ihtiyacı duyan bir işçinin iş ilişkisinde daha sonradan doğabilecek olumsuzlukları önceden öngörmesi mümkün olmadığından ve ilişkinin güçlü tarafı olan işverenin işçi aleyhine olabilecek konuları işçiye dayatarak kabul ettirmesi ihtimali işçinin korunmasını gerektirmektedir²⁹¹. Bu nedenle, önceden alınmış rızanın veya başlangıçta iş sözleşmesine bu yönde konulmuş bir şartın İş Hukuku ilkeleri karşısında geçerli olması mümkün değildir²⁹². Yine İşK. md. 7/son'da düzenlenmiş olan holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğu içinde kurulacak geçici iş ilişkisinde dahi işçinin yazılı rızası devir esnasında aranırken; sürekli devir sonucunu doğuracak hukuki işlemde de yazılı rızanın evleviyetle devir anında alınması gerekmektedir²⁹³.

İş sözleşmesinin devrine ilişkin olarak işçinin rızasının devirden önce alınabileceğine ilişkin görüşler Mülga BK.'nın 320. maddesine dayandırılmaktaydı²⁹⁴. Bu maddeye 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.*” Görüldüğü gibi hükümde, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça işçinin taahhüt ettiği şeyi kendisinin yapmaya mecbur olup başkasına devredemeyeceği belirtilmiş, hükmün 2. fıkrasında ise işveren için de aynı hükmün geçerli olduğu, yani iş sözleşmesinin devrinin, sözleşmede aksi kararlaştırılmış ise mümkün olduğu kabul edilmiştir²⁹⁵. Ancak TBK.'da,

²⁸⁹ Süzek, s. 340; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 923; Albayrak Zincirlioğlu, s. 157-158; Danar, s. 70; Sönmez Tatar, s. 59; Uçum, s. 41.

²⁹⁰ Süzek, s. 340; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 923.

²⁹¹ Subaşı / Yiğit, s. 157.

²⁹² Uçum, s. 41.

²⁹³ Süzek, s. 340; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 923; Çankaya / Çil, s. 643; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 130; Subaşı / Yiğit, s. 158; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 278.

²⁹⁴ Bkz. s. 34.

²⁹⁵ Subaşı / Yiğit, s. 156.

Mülga BK.'nın 320. maddesinin 2. fıkrasına yer verilmemiştir. Bu nedenle artık, işçinin iş sözleşmesinin devrine önceden vereceği rızaya değer verilmesi söz konusu olmayacaktır²⁹⁶.

İş Kanununun 7. maddesinde işçinin holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğu içinde kurulacak geçici iş ilişkisine rızasının *devir sırasında* alınması aranmıştır²⁹⁷ (İŞK. md. 7/son). Kanaatimizce iş sözleşmesinin işveren tarafının sürekli ve kesin bir şekilde değişmesine neden olan iş sözleşmesinin devrinin işçi bakımından doğurabileceği olumsuzluklar göz önüne alınarak, iş sözleşmesinin devrinde de işçinin rızasının devir sırasında açıklanması aranmalıdır. Yargıtay da bir kararında, iş sözleşmesinde işçinin başka işverenlere ait işyerlerinde görevlendirilmesini öngören hükme geçerlilik tanınmayacağını, işçinin geçici iş ilişkisi veya hizmet akdi devrine zorlanması düşünülemeyeceğine göre işveren tarafından yapılan feshin haklı bir nedene dayanmadığı yönünde karar vermiştir²⁹⁸.

1.3.2. İşçinin İş Sözleşmesinin Devrine Rızasını Açıklayacağı Süre

Çalışmamızda daha önce ifade ettiğimiz üzere iş sözleşmesinin devri işverenler arasındaki devre ilişkin yapılan anlaşmaya işçinin sonradan vereceği onay ile de gerçekleştirilebilir²⁹⁹. İşçinin sözleşmenin devrine ilişkin rızasını ne kadar süre içinde açıklaması gerektiği ne genel olarak sözleşmenin devrinin düzenlendiği TBK. md. 205'te ne de iş sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK. md. 429'da açıklanmıştır.

Belirtelim ki işçinin sözleşmenin devrine ilişkin rızası sözleşmenin yapıldığı sırada alınmalıdır. Bununla birlikte, bu sırada alınamıyorsa, makul bir süre içinde işçinin devre ilişkin anlaşmaya onay vermesi gerekmektedir³⁰⁰. Dürüst ve makul bir sözleşme tarafının somut olayın şartları göz önünde bulundurulduğunda ne kadar bir süre içinde

²⁹⁶ Subaşı / Yiğit, s. 156.

²⁹⁷ Süzek, s. 304.

²⁹⁸ Yarg. 9. HD. 26.12.2006 T., 2006/30168E., 2006/34624K. (U. Ocak, İşçilik Alacakları Ortak Konular, Kalkan Matbaacılık, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 2903-2905).

²⁹⁹ Bkz. s. 46.

³⁰⁰ Topuz / Canbolat, s. 107; Albayrak Zincirlioğlu, s. 158.

cevap vermesi gerekiyor ise, işçinin de bu süre içinde devre ilişkin onayını açıklaması beklenir³⁰¹. Buna göre, makul süre içinde işçinin devre ilişkin anlaşmaya onay vermemesi iş sözleşmesinin devrine rızası olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır³⁰². Belirtelim ki iş sözleşmesinin devrinin tarafı olan işverenlerin işçiye devir sözleşmesine rızasını beyan etmesi için belirli bir süre vermeleri de mümkündür. İşçi kendisine tanınan bu süre içinde yazılı olarak bir irade beyanında bulunmazsa sözleşmenin devrine rıza göstermediği sonucu çıkarılacak ve iş sözleşmesinin devri gerçekleşmeyecektir³⁰³.

1.3.3. İşçinin Devre İlişkin Sözleşmeye Rıza Göstermemesi

İşçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin üç taraflı sözleşmeye katılmaması ya da işverenler arasındaki sözleşmeye onay vermemesi mümkündür. Bu durumda iş sözleşmesinin devri gerçekleşmeyecektir³⁰⁴. Yargıtay da bir kararında iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızası olmaksızın üçlü ilişkinin kurulmasının mümkün olmayacağını ifade etmiştir³⁰⁵.

Belirtmek gerekir ki, işçi devir sözleşmesine rızasını açıklamak zorunda olmadığı gibi, devir sözleşmesine rıza göstermemesinin nedenlerini de açıklamak zorunda değildir³⁰⁶. İşçi isteği dışında yeni bir işveren ile muhatap olmaya ya da iş ilişkisi içine girmeye zorlanamaz³⁰⁷. Bu durum sözleşme özgürlüğünün bir görünümü olan sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünün sonucudur³⁰⁸.

³⁰¹ Albayrak Zincirlioğlu, s. 158.

³⁰² Subaşı / Yiğit, s. 160.

³⁰³ Ayrancı, s. 110; Cengiz, s. 58.

³⁰⁴ Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Süzek, s. 339; Ekonomi / Eyrenci, s. 1218; Caniklioğlu, s. 36; Subaşı / Yiğit, s. 151; Y. Yiğit, s. 54; Sönmez Tatar, s. 57; Kocagil, s. 48; Cengiz, s. 47; Uçum, s. 41.

³⁰⁵ Yarg. 9. HD. 26.12.2006 T., 2006/30168 E., 2006/34624 K. (Ocak, s. 2903-2905).

³⁰⁶ Subaşı / Yiğit, s. 164; Özkara, İş Sözleşmesinin Devri, s. 121.

³⁰⁷ Ayrancı, s. 57-58.

³⁰⁸ Eren, s. 17, 316; Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Kılıçoğlu, s. 115 vd.; Oğuzman / Öz, C. 1, s. 23 vd.; Hatemi / Gökyayla, s. 60 vd.

İşçinin iş sözleşmesi, devir sözleşmesine rıza göstermemesi nedeniyle sona erdirilirse işverence yapılan fesih haksız fesih sayılacak ve buna ilişkin yaptırımlar uygulanacaktır³⁰⁹.

İşçinin iş sözleşmesinin devrine rızası olmaksızın iş sözleşmesi devredilmekte ısrar edilirse işçi iş sözleşmesini İşK. md. 24/2 f bendi uyarınca³¹⁰ çalışma koşullarının uygulanmaması gerekçesiyle haklı nedenle feshedebilecektir³¹¹. İşçinin bu uygulamaya rağmen iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işveren nezdinde çalışmaya devam etmek istemesi, işvereninse işçiyi çalıştırmaması halinde ise iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş kabul edilecektir³¹².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da konuya ilişkin bir kararında işçinin iş sözleşmesini çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle haklı nedenle feshedebileceği yönünde karar vermiştir³¹³.

İşçinin, işverenler arasındaki devre ilişkin anlaşmaya onay vermemesi ya da rızasını açıklamaması işveren yönünden sözleşmenin feshi için haklı veya geçerli neden oluşturmayacaktır³¹⁴. Diğer bir ifadeyle, işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmeye katılmaması veya işverenler arasındaki devir sözleşmesine onay vermemesi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi işveren bakımından haksız fesih sayılacaktır ve işveren hakkında buna ilişkin yaptırımların uygulanmasını gerektirecektir³¹⁵.

³⁰⁹ Süzek, s. 342; Çankaya / Çil, s. 641; Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 922; Subaşı / Yiğit, s. 169-170; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 541-542; Albayrak Zincirlioğlu, s. 172; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 121; Kocagil, s. 51.

³¹⁰ İşK. md. 24/2 f bendi; “*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.*”

³¹¹ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 132; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 121; Subaşı / Yiğit, s. 170.

³¹² Özkaraca, İşyeri Devri, s. 132; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 121; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 116; Cengiz, s. 105; Albayrak Zincirlioğlu, s. 173.

³¹³ “*..Bu belge, iş sözleşmesinin devri niteliğinde bulunmaktadır. Davacı işçi söz konusu belgeye ‘Bu tebliğati kabul etmiyorum, iş Kanununun 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.. iş şartlarında esaslı bir değişikliği ifade etmekte olup, davacı işçinin kıdem tazminatı hakkı iş sözleşmesinin devri bağlamında ele alınarak, kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekmektedir.*” (Yarg. HGK. 01.03.2006 T., 2006/9-51E., 2006/27K. (SMİP., www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t. 14.06.2019)).

³¹⁴ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 924; Subaşı / Yiğit, s. 169-170.

³¹⁵ Süzek, s. 342.

2. İş Sözleşmesinin Devrinin Tâbi Olduğu Şekil

Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinin 1. fıkrasında ancak işçinin yazılı rızasının alınması suretiyle iş sözleşmesinin bir başka işverene sürekli olarak devredilebileceği düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin devri, devreden işveren, devralan işveren ve işçi arasında gerçekleştirilen üçlü bir anlaşma sonucunda işçinin açık rızasına yani yazılı irade beyanına dayalı olarak kurulmaktadır³¹⁶. Rıza beyanı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı olarak kabul edilmelidir³¹⁷. TBK. md. 429'da işçinin yazılı rızası açıkça arandığından bazı yazarlara göre yazılı rıza sözleşmenin devri için *geçerlilik şartı* olarak kabul edilmelidir. Buna göre, iş sözleşmesinin devrine işçinin rızası yazılı olarak açıklanmadığı takdirde iş sözleşmesi devredilmiş olmayacaktır³¹⁸. Yazılı şekilden kastedilen ise adi yazılı şekildir³¹⁹. Bazı yazarlara göre ise devir işlemine rızanın yazılı olması bir ispat koşuludur, işçinin yazılı rızası bulunmamakla birlikte söz konusu devrin gerçekleştiği hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık mevcut değil ise, bu devre değer vermek gerekmektedir³²⁰.

TBK. md. 429'da işçinin rızasının yazılı olarak alınması gerektiğinden bahsedilmiş, ancak devreden ve devralan işverenler arasındaki iş sözleşmesinin devrine yönelik anlaşmanın ne şekilde yapılması gerektiği düzenlenmemiştir. Sözleşmenin genel olarak devrini düzenleyen TBK. md. 205/3'te ise sözleşmenin devrinin geçerliliği devredilen sözleşmenin şekline bağlı tutulduğundan bu noktada iş sözleşmesinin devri bakımından da bu hükmün uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmelidir.

Doktrinde, TBK. md. 205/3 hükmünün iş sözleşmesinin devri bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Buna göre devredilecek iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda, devir sözleşmesinin de yazılı şekilde yapılması gerekecektir³²¹. Çalışmamızda daha önce de ifade ettiğimiz üzere İş Kanununa

³¹⁶ Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 116; Subaşı / Yiğit, s. 161.

³¹⁷ M. A. Arslanoğlu, İş Hukukunda Sözleşmenin İradî Devrinin Esasları ve Uygulanması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2008, s. 82; Subaşı / Yiğit, s. 161.

³¹⁸ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 922; Subaşı / Yiğit, s. 162.

³¹⁹ Subaşı / Yiğit, s. 162.

³²⁰ Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 124.

³²¹ Subaşı / Yiğit, s. 152-153.

göre süresi bir yıl veya daha fazla olan iş sözleşmelerinin, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin ve BİK. ile DİK.'e dayalı iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur³²².

Herhangi bir şekle tâbi olmayan iş sözleşmelerinin devri bakımından ise -işçinin devre rızasını yazılı olarak açıklaması zorunluluğu haricinde- bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu noktada devreden ve devralan işverenler arasındaki devir sözleşmesinin şekle tâbi olup olmayacağı hususu incelenmelidir³²³. İşçinin iş sözleşmesinin devrine rızası yazılı olarak alınacak olsa da devreden ve devralan işverenler arasındaki devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiğinin düzenlenmemiş olması, işçinin iş sözleşmesinden doğan hak ve alacaklarının korunması bakımından devrin sürekli mi geçici mi olduğu ya da iş sözleşmesinin devrinin hangi andan itibaren geçerli olacağı gibi çeşitli konularda belirsizliklere yol açacağı endişesiyle eleştirilmektedir³²⁴.

Doktrinde bazı yazarlara göre, hükmün amacını oluşturan işçinin haklarının korunması ve bilhassa işçinin devralan işverenin işyerinde daha korunmasız bir hukuki konuma girmemesi için devreden işveren ve devralan işveren arasındaki devre ilişkin sözleşmenin de yazılı olarak yapılması gereklidir³²⁵. Bazı yazarlara göre, devredilen iş sözleşmesi şekle bağlı değilse, devreden ve devralan işverenlerin irade beyanlarının zımni olarak da açıklanması mümkündür³²⁶. Bazı yazarlara göre ise, her üç tarafın irade açıklamasını gerektiren, devreden işveren ve devralan işveren arasındaki iş sözleşmesinin devrine ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde yapılması işçinin korunması ilkesine daha uygun düşecekse de pozitif düzenleme esas alındığında bu sonuca ulaşılması mümkün görülmemektedir³²⁷.

Kanaatimizce, işgörme borcunu talep hakkının geçici olarak bir başka işverene devrinin düzenlendiği İşK. md. 7 hükmünde dahi geçici iş ilişkisinin yazılı olarak kurulmasının zorunlu tutulduğu göz önüne alındığında, işçinin iş sözleşmesinin sürekli

³²² Bkz. s. 33.

³²³ Subaşı / Yiğit, s. 152.

³²⁴ Süzek, s. 340; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 924; Subaşı / Yiğit, s. 152.

³²⁵ Süzek, s. 340; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 924; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 278.

³²⁶ Cengiz, s. 58.

³²⁷ Subaşı / Yiğit, s. 152.

ve kesin bir şekilde başka bir işverene devrinin gerçekleştiği ve bu nedenle de işçi bakımından daha ağır sonuçların doğmasına neden olabilecek iş sözleşmesinin devrinin de yazılı olması aranmalıdır. Bu noktada, her üç tarafın iradelerini içeren sözleşme gibi, devreden ve devralan arasında yapılan ve işçinin onay verdiği devir sözleşmesinin de yazılı olarak kurulması işçiyi belirsizliklerden koruyacağından İş Hukukundaki işçinin korunması ilkesine de uygun düşecektir.

İşçinin iş sözleşmesinin devrine yönelik rızasını içeren belgenin yeterli açıklığa sahip olması gerekmektedir³²⁸. İşçinin sözleşmenin devrine verdiği rızasının sağlıklı olduğundan bahsedebilmek için, iş sözleşmesinin devrinde işverenin işçiyi bilgilendirmesi ve işçinin rızasını açıklarken devreden işveren ile iş ilişkisinin sona erdiğini, iş ilişkisinin sözleşmeyi devralan işveren ile devam edeceğini ve iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlardan artık devralan işverenin sorumlu olacağını bilmesi ve iradesini buna yönelik olarak açıklaması gerekmektedir³²⁹. Aksi takdirde, işçinin rıza beyanı iş sözleşmesinin devrinin kabul iradesi olarak yorumlanamayacaktır³³⁰. Diğer bir ifadeyle tarafların iradelerinin iş sözleşmesinin devri ve işveren değişikliği yönünde olduğu, iş sözleşmesinin devrini içeren belgeden anlaşılabilir³³¹.

Yargıtay da bir kararında işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği bir olayda şeklen alınmış rızaya rağmen işçinin sözleşmenin devrine rızasının olmadığını kabul etmiştir. Bu karara göre³³²;

“Somut olayda davalı işverence davacının iş sözleşmesi aralarında organik bağ bulunan başka bir işverene devredilmek istenmiş ve davacının imzası alınmış ise de davacının temizlik işine verildiğini öğrenmesi üzerine dava dışı firmada çalışmak istemediği anlaşılmaktadır. Mahkemece dinlenen davacı işçi, önüne konulan belgelerin sözleşmenin devrine ilişkin olduğunu bilmediğini, imzalamadığı takdirde maaşının verilmeyeceğinin belirtildiğini açıklamıştır. Dosya içeriğine göre iş sözleşmesinin

³²⁸ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 925.

³²⁹ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 925; Subaşı / Yiğit, s. 154; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 127.

³³⁰ Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 309; Subaşı / Yiğit, s. 154; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 127.

³³¹ Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 309; Subaşı / Yiğit, s. 154.

³³² Yarg. 22. HD. 09.11.2012 T., 2012/4380E. ve 2012/24753K. (Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 127).

devrine ilişkin mutabakat metni imzalandığı sırada işverenin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği, davacıya iş sözleşmesinin devredilmek istendiği işveren yanında çalışma koşullarıyla ilgili yeterli bilgi verilmediği anlaşılacakla, davacının sözleşmesinin devrine muvafakatinin bulunduğu kabulü mümkün görülmemektedir. Bu nedenle iş sözleşmesinin dava dışı firmaya devredildiği kabul edilemez. Mevcut delil durumuna göre davacının iş sözleşmesi davalı işverence haklı bir neden olmadan feshedildiğinden ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin alacağı hüküm altına alınmalıdır... ”

V. İş Sözleşmesinin Devrinin Hüküm Doğurduğu An

İşçinin iş sözleşmesinin devrinin hüküm doğuracağı an sözleşme devrinin taraflarının sorumluluğunun ve işverenlik sıfatının tespiti bakımından önem taşımaktadır³³³. Taraflar sözleşmenin devrinin hüküm doğuracağı anı kendileri kararlaştırabilirler³³⁴. Bununla birlikte taraflar arasında böyle bir belirlemenin bulunmadığı hallerde sözleşmenin devrinin hüküm doğurmaya başlayacağı anın nasıl tespit edileceğinin üzerinde durulmalıdır. Hüküm anının tespiti bakımından tasarruf teorisi ve sözleşme teorisinden yararlanılabilir³³⁵.

Tasarruf teorisine göre sözleşmenin devri, devreden ile devralan arasında devir sözleşmesinin yapıldığı anda kurulmuş olacaktır³³⁶. Çünkü sözleşmede kalan tarafın rızası onay niteliğindedir. Sözleşmede kalan tarafın rızası ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır³³⁷. Diğer bir ifadeyle, sözleşmede kalan taraf olan işçinin rıza beyanı geçmişe etkili olacak ve işverenler arasındaki devir sözleşmesi devreden ve devralan işverenlerin kendi aralarında anlaştıkları andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır³³⁸.

³³³ Y. Yiğit, s. 220; Kocagil, s. 57; Albayrak Zincirlioğlu, s. 192.

³³⁴ Ayrancı, s. 149; Kocagil, s. 57; Y. Yiğit, s. 220.

³³⁵ Y. Yiğit, s. 220.

³³⁶ Ayrancı, s. 148; Kocagil, s. 57; Y. Yiğit, s. 220; Cengiz, s. 124.

³³⁷ Ayrancı, s. 148; Y. Yiğit, s. 220; Cengiz, s. 124.

³³⁸ Ayrancı, s. 148; Y. Yiğit, s. 220.

Sözleşme teorisinde ise her üç tarafın rızası sözleşmenin devri bakımından kurucu unsurdur. Bu nedenle, rızasını en son açıklayan tarafın rıza beyanını açıklamasıyla birlikte sözleşmenin devri gerçekleşecektir. Sözleşme teorisinde rıza beyanı ileriye etkili olarak hukuki sonuçlarını doğurmaktadır³³⁹.

Bu bakımdan, işçinin iradesinin kurucu unsur niteliği taşıdığını daha önce ifade ettiğimiz iş sözleşmesinin iradi devrinde devrin gerçekleştiği an, Borçlar Hukukunun genel hükümleri ve iş sözleşmesinin devrinin kendine özgü üç taraflı bir sözleşme olması da göz önünde bulundurularak şu şekilde tespit edilebilir: İş sözleşmesinin devri, üç taraflı anlaşma ile gerçekleştiriliyorsa, devir sözleşmesi yapılmakla sözleşmenin işveren tarafı sürekli bir biçimde değişecek ve iş sözleşmesinin devri meydana gelecektir³⁴⁰. Bir diğer alternatif olarak iş sözleşmesinin devri devreden ve devralan işverenler arasındaki devir anlaşmasına işçinin sonradan onayını açıklaması suretiyle gerçekleşiyorsa, işçinin yazılı olarak onay verdiği an iş sözleşmesinin devri gerçekleşir³⁴¹.

³³⁹ Ayrancı, s. 149; Y. Yiğit, s. 221; Cengiz, s. 124; Kocagil, s. 57.

³⁴⁰ Ayrancı, s. 149; Cengiz, s. 32; Y. Yiğit, s. 222; Albayrak Zincirlioğlu, s. 190.

³⁴¹ Ayrancı, s. 149; Cengiz, s. 32; Albayrak Zincirlioğlu, s. 190.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN İŞ HUKUKUNDAKİ DİĞER ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. İş Hukukundaki Üçlü İş İlişkileri

İş sözleşmesinin devri, İş Hukukundaki üçlü ilişkilerden biridir³⁴². Çalışmamızda daha önce ifade ettiğimiz üzere, üçlü iş ilişkilerinde, ikinci bir işveren söz konusu olmakta ve işverenlerin yönetim hakkı, işçiyi koruma borcu, ücret ve diğer haklarından sorumluluğu ile işçinin feshe bağlı alacak ve tazminatlarından hangi işverenin sorumlu olacağı hususu önem arz etmektedir³⁴³.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, işyerinin devri, geçici iş ilişkisi ve iş sözleşmesinin devri Türk İş Hukukundaki üçlü iş ilişkileridir. İş sözleşmesinin devri konusunda diğer üçlü iş ilişkilerinden farklı olarak 4857 Sayılı İş Kanununda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır³⁴⁴.

II. İşyeri Devri

1. İşyeri Devri Kavramı

İş sözleşmesine dayanan iş ilişkisi işçinin, talimatı altında çalıştığı işverene ait bir *işyerinde* söz konusu olmaktadır³⁴⁵. İşyeri, içinde işçi çalıştırılan yer olarak tanımlanmaktadır³⁴⁶. İş hukukunun yer itibarıyla uygulama alanını işyeri oluşturur³⁴⁷. İşK. md.1/2'de İş Kanununun işyerlerinde uygulanacağı açıklanmış ve kanun

³⁴² Çankaya / Çil, s. 15; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 80.

³⁴³ Çankaya / Çil, s. 15.

³⁴⁴ Çankaya / Çil; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 115.

³⁴⁵ Narmanlıoğlu, s. 136.

³⁴⁶ Narmanlıoğlu, s. 138; Çankaya / Çil, s. 459.

³⁴⁷ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 123; Eyrenci / Taşkent / Uucan, s. 45; Süzek, s. 193.

maddelerinin de birçoğu doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak, işyeri ile ilgili olarak düzenlenmiştir³⁴⁸.

İş Kanununun 2. maddesinde işyerinin tanımı yapılmıştır. Bu maddeye göre; *“İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi 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.”*

Doktrinde ise işyeri, bir işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlarla (eşyalar, haklar, patent, deneyim, yönetim yöntemi gibi) beşerî unsur olan işçinin işgücünün bir araya getirildiği, az ya da çok süreklilik taşıyan ve işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan oluşan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak tanımlanmaktadır³⁴⁹.

Bir yerin İş Hukuku bakımından işyeri sayılabilmesi için orada işçi çalıştırılması zorunlu olmakla birlikte, bu işyerinde kaç işçi çalıştığı önemi yoktur³⁵⁰. İşçinin varlığı, İş Hukukunun işyeri ile ilgilenmesinin temelinde yatan nedeni oluşturmaktadır. İş sözleşmesi ile çalışan en az bir işçinin çalışmadığı yer, İş Kanunu kapsamında bir işyeri olarak değerlendirilemeyecektir³⁵¹. İşverenin o yerin maliki olması da aranmaz, işin yürütülmesi için kiralanan yerler de işyeri sayılmaktadır³⁵².

³⁴⁸ Süzek, s. 193; Narmanlıoğlu, s. 136; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 51-52.

³⁴⁹ Süzek, s. 194; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 134-135; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 123-124; Akyiğit, İş Hukuku, s. 56; Sümer, s. 22; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 51-52; Narmanlıoğlu, s. 137-138; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 45; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 8.

³⁵⁰ Süzek, s. 194; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 124; Akyiğit, İş Hukuku, s. 56; Narmanlıoğlu, s. 138; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 46; Sümer, s. 22; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 52; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 9.

³⁵¹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 52; Narmanlıoğlu, s. 138; Akyiğit, İş Hukuku, s. 56; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 10.

³⁵² Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 124; Süzek, s. 194; Narmanlıoğlu, s. 136.

İşyerinin devredilmesi bir diğer ifadeyle işverenlik sıfatının başkasına geçmesi yani *işyerinin devri* uygulamada sıklıkla rastlanılan bir olgudur³⁵³. İşyeri veya işyerinin bir bölümünün devri ile, devredilen işyeri ya da bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak bir başkasına devredilmektedir (İŞK. md. 6/1). Görüldüğü üzere kanun koyucu, işyeri devrinin bir hukuki işleme dayalı olarak yapılabileceğini öngörmüştür. Bu işlem, satış, bağışlama, trampa, kiralama, şirketleşmeye gidilmesi ve benzeri şekillerde ortaya çıkabilir³⁵⁴.

İşyerinin devri yalın olarak İş Hukukunun konusunu oluşturmamakla birlikte, iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi bakımından İş Hukukunda önem taşıyan bir konudur³⁵⁵. İşyerinin devri her şeyden önce o işyerinde çalışan işçileri etkilemektedir. İşyerinin devri sonucunda kimi durumlarda işçilerin tümünün ya da bir kısmının işlerini kaybetmesi gündeme gelebilir. Ancak işçi işveren ilişkilerinin mümkün olduğu kadar korunması, geçerli ya da haklı bir neden olmaksızın iş sözleşmesinin keyfî olarak feshedilememesi ve buna bağlı olarak işçinin gelirini sağladığı işinin sürekliliğinin sağlanması modern İş Hukukunun temel amaçlarından birini oluşturduğundan kanun koyucu İş Kanununda devir sonucundan işçilerin olumsuz etkilenmemelerini sağlayacak koruyucu düzenlemeler getirmiştir³⁵⁶. İşyerinin devrinin düzenlendiği İş Kanununun 6. maddesinde “*devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte*” devralan işverene geçeceği; devralan işverenin “*işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü*” olduğu; tarafların “*iş sözleşmesini sırf işyerinin devrinden dolayı*” feshedemeyecekleri ve devir işleminin işçi yönünden “*haklı sebep*” oluşturmayacağı düzenlenmiştir. İşyerinin devri 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 sınırlıdır (İŞK. md. 6).

³⁵³ Narmanlıoğlu, s. 149.

³⁵⁴ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 54; Sümer, s. 25; Akyiğit, İş Hukuku, s. 60; Çankaya / Çil, s. 461.

³⁵⁵ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 54.

³⁵⁶ Süzek, s. 200; Narmanlıoğlu, s. 149.

İşyerinin devri İş Hukukunda, işveren tarafında değişikliğe neden olan uygulamalardan biridir³⁵⁷. 4857 Sayılı İş Kanunu md. 6 uyarınca, işyeri veya bir bölümünün devri sonucunda yeni bir sözleşmeye gerek kalmaksızın işyerini devralan, doğrudan iş sözleşmelerinin tarafı haline gelir ve dolayısıyla işçi kanun gereği yeni bir işverene sahip olur. Gerçekten işyeri devrinin İş Hukuku bakımından en önemli sonucu, işyerinin devri sonucunda iş sözleşmelerinin de kendiliğinden devralan işverene geçmesidir. İşyeri devrinde, mevcut iş sözleşmeleri, devreden işverenden devralana, başka bir işleme gerek kalmaksızın, kanundan dolayı ve bütün hak ve borçlarıyla birlikte geçmektedir³⁵⁸.

2. İş Sözleşmesinin Devri ile İşyeri Devrinin Karşılaştırılması

İşyeri devrinde olduğu gibi iş sözleşmesinin devrinde de sözleşmenin işveren tarafında bir değişiklik meydana gelmekte, sözleşme dışı üçüncü bir kişi, mevcut iş sözleşmesinin işveren tarafı hâline gelmektedir. Üçlü iş ilişkisi niteliği taşıyan iş sözleşmesinin devri ile işyeri devri kurumları bu bakımdan benzerlik göstermektedir³⁵⁹.

Bununla birlikte işyerinin veya bir bölümünün devri halinde, mevcut iş sözleşmelerindeki işveren değişikliği hiçbir işleme gerek olmaksızın kanun gereği (ipso iure) ve kendiliğinden gerçekleşir ve sözleşmenin devrine ilişkin işçinin rızası aranmaz³⁶⁰. İş sözleşmesinin devrinde ise devir kanuni değil iradi devirdir ve üç tarafın da devre ilişkin rızası sözleşmenin devri için kurucu unsur niteliği taşır. Ayrıca işçinin devre ilişkin rızasını yazılı olarak açıklaması da şarttır³⁶¹.

³⁵⁷ Narmanlıoğlu, s. 150; Alpagut, İşyeri Devri, s. 24; Y. Yiğit, s. 106.

³⁵⁸ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 55; Alpagut, İşyerinin Devri, s. 24-25; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 142; Sümer, s. 25; Çankaya / Çil, s. 459; Y. Yiğit, s. 107.

³⁵⁹ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 132; Sönmez Tatar, s. 61.

³⁶⁰ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 133.

³⁶¹ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 920; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, 306; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 133; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 535; Y. Yiğit, s. 117; Cengiz, s. 166; Danar, s. 66; Albayrak Zincirlioğlu, s. 117; Kocagil, s. 51.

İşyerinin devri ile birlikte, işyeri bir başka işverene devredilmektedir. Diğer bir deyişle, işyeri devrinde devrin konusu işçi değil, işyeridir. İş sözleşmesinin devrinde ise sadece işçinin devri söz konusudur; yeni işveren işyerini değil, tek bir işçinin sözleşmesini devralmaktadır³⁶².

İş sözleşmesinin devri ile işyeri devri arasındaki bir diğer fark ise, işyeri devrinde işçinin işyeri değişmeyip yalnızca işvereni değiştiren; iş sözleşmesinin devrinde işçinin sadece işvereni değil, aynı zamanda kural olarak çalıştığı işyeri de değişmektedir. Basitleştirilmiş bir ifadeyle işçi, aynı işyerinde çalışmaya devam ederken işvereni değişiyor ise işyeri devri; işyerinden ayrılıp da yeni işverenin işyerine sürekli olarak geçiyorsa iş sözleşmesinin devri söz konusu olacaktır³⁶³.

İşyerinin devri ile iş sözleşmesinin devri kurumlarına bağlanan hukuki sonuçlar ise benzerlik göstermektedir. İşyerinin devri sonucunda, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden işveren ve devralan birlikte sorumlu tutulmuş, ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlandırılmıştır (İşK. md. 6/3). İş sözleşmesinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde ise devreden işverenin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, devralan işverenin bütün hak ve borçlarıyla birlikte iş sözleşmesinin tarafı olacağı öngörülmüştür (TBK. md. 429/2). Çalışmamızda incelendiği üzere³⁶⁴ her ne kadar iş sözleşmesinin devrini düzenleyen kanun hükmünde iş sözleşmesini devreden işverenin sorumluluğu öngörülmemiş olsa da doktrinde işçinin korunması ilkesi gereği İşK. md. 6'nın kıyasen uygulanacağı ve sözleşmeyi devreden işverenin kendi döneminde doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan iki yıl süre ile devralan işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir.

³⁶² Alpagut, İşyerinin Devri, s. 5 vd.; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 306; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 42 vd.

³⁶³ Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 306; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 133; Cengiz, s. 166; Albayrak Zincirlioğlu, s. 118.

³⁶⁴ Bkz. s. 82 vd.

III. Alt İşverenlik

1. Alt İşverenlik Kavramı

Bir işverenin, yasal koşullar bulunduğu ölçüde kendi işinin bir bölümünün bir başka (alt) işverene verilerek o (alt) işverenin çalışanları tarafından yerine getirilmesi mümkündür³⁶⁵. Alt işverenlik Hukukumuzda, İş Kanununun 6-9. fıkraları ile Alt İşverenlik Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Bu konunun Kanunda ele alınışı şu şekildedir:

“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...” (İşK. md. 2/6).

Bu düzenlemeden hareketle alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve 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 işyerinden aldığı işte çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir³⁶⁶. Örneğin bir inşaatın yapımını üstlenen A İnşaat Şirketinin, bu binanın elektrik tesisatının yapımını B'ye, su tesisatının yapımını C'ye vermesi ve B ve C'nin kendi işçilerini aynı binada çalıştırması halinde A İnşaat Şirketi asıl işveren, B ve C ise alt işveren sıfatına sahip olur. Birçok işyerinde temizlik, bakım, servis, yemek ve güvenlik gibi yardımcı işler genellikle alt işverenler tarafından yerine getirilir³⁶⁷.

Hukukumuzda asıl işveren - alt işveren sözleşmesi diyebileceğimiz bir sözleşme türü mevcut değildir³⁶⁸. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki hukuki ilişkinin kaynağı, iş veya vekâlet sözleşmesi değil; genellikle eser (istisna), nakliye veya kira sözleşmesidir³⁶⁹. Alt işveren bir işveren vekili değil, asıl işverenle eser (istisna), nakliye veya kira

³⁶⁵ Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 31; Süzek, s. 162; Akyiğit, İş Hukuku, s. 73; Narmanlıoğlu, s. 115-116.

³⁶⁶ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 41; Akyiğit, İş Hukuku, s. 74; Sümer, s. 16; Çankaya / Çil, s. 18.

³⁶⁷ Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 31; Sümer, s. 16-17.

³⁶⁸ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 99.

³⁶⁹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 99; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 31; Narmanlıoğlu, s. 119; Sümer, s. 17.

sözleşmesi yapan ve üzerine aldığı işi asıl işveren adına değil, kendi adına ve hesabına kendi işçileriyle yürüten ayrı bir işverendir³⁷⁰.

Alt işverenlik ilişkisi de İş Hukukundaki üçlü iş ilişkilerinden biridir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işveren ve alt işverenin işçisi olmak üzere üç taraf bulunmaktadır³⁷¹. Asıl işverenin alt işverenin işçileri ile herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Alt işveren, asıl işverene ait işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde kendisine iş sözleşmesi ile bağlı işçileri çalıştırır. Çalıştırdığı işçiler ücretlerini ve diğer haklarını alt işverenden alırlar ve alt işverenin yönetimine tâbi olarak işgörmeye borçlarını yerine getirirler³⁷². Alt işverenin işçilerini çalıştırdığı işyeri bölümü, asıl işverenin işyerinden bağımsız ayrı bir işyeridir³⁷³. Alt işverenin çalıştırdığı işçilerin iş sözleşmeleri de ancak alt işveren tarafından feshedilebilecektir³⁷⁴.

Alt işverenlikten bahsedebilmek için, asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır. Bir diğer deyişle, alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için bir asıl işverenin varlığı şarttır. Bu ilişkide işyerinde işçi çalıştıran kişi asıl işveren, aynı işyerinde bazı işleri üstlenen ve işçi çalıştıran kişi de alt işveren sıfatını kazanmaktadır. Bir işin bütünü, örneğin bir binanın yapımını üstlenen kişi alt işveren sayılamayacağı gibi, bir işverenden aldığı işi işçi çalıştırmaksızın kendisi yapan kişi de alt işveren olarak nitelendirilemeyecektir³⁷⁵.

Asıl işveren tarafından alt işverene iş verilebilmesi için verilen işin, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekmektedir³⁷⁶.

³⁷⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 99; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 31; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 40; Süzek, s. 163; Narmanlioğlu, s. 119; Sümer, s. 17.

³⁷¹ Akyiğit, İş Hukuku, s. 74; Narmanlioğlu, s. 119; Albayrak Zincirlioğlu, s. 105-106.

³⁷² Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 31; Süzek, s. 162-163; Narmanlioğlu, s. 119; Sümer, s. 17.

³⁷³ Süzek, s. 163.

³⁷⁴ Sümer, s. 17.

³⁷⁵ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 102; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 41; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 33; Süzek, s. 164; Akyiğit, İş Hukuku, s. 74-75; Sümer, s. 17.

³⁷⁶ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 42; Süzek, s. 166; Akyiğit, İş Hukuku, s. 75-76; Narmanlioğlu, s. 121-122; Sümer, s. 17-18; Çankaya / Çil, s. 24-25.

Alt işverenliğin bir diğer koşulu, alt işverenin aldığı işin, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmasıdır. Bu nedenle örneğin bir otomotiv veya tekstil üretiminin yapıldığı fabrikada yapılan işle ilgili olmayan bir ek inşaat yapımı veya bina onarımı ya da bir fabrikanın çatı onarım işini alan diğer işveren, alt işveren olarak kabul edilmeyecektir³⁷⁷.

İşK. md. 2/6'da alt işveren, “..bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren” olarak nitelendirilmiştir. Bu noktada önem taşıyan husus, alt işverenin üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırması ve başka işlerde çalıştırmamasıdır. Aynı işçilerini, aynı zamanda çeşitli işyerlerinde çalıştıran kişi, İş Kanununun anlamında alt işveren olarak kabul edilemez. İşK. md. 2/6'ya göre alt işveren ilişkisi, sadece asıl işverenin işyerinde çalışan işçilerle sınırlı olarak kurulacak ve başka işlerde de çalıştırılan işçiler İşK. md. 2/6 kapsamına girmeyecektir³⁷⁸. Ancak bu koşul, alt işverenin başka işçilerden oluşan bir grupla diğer bir işverenden aldığı işi yapmasına engel değildir³⁷⁹.

Alt işverenlik için bir diğer koşul, işin asıl işverene ait işyerinde yapılmasıdır. Bir işverenden iş alan ve işi kendi işyerinde gören işveren alt işveren olarak kabul edilmeyecektir. Örneğin, bir başka işverenden aldığı siparişleri kendi işyerinde fason olarak üreten kişi alt işveren niteliği kazanamaz³⁸⁰. Ancak belirtmek gerekir ki bazı işler niteliği gereği işyerinde yapılamaz. Örneğin asıl işi meşrubat üretim olan bir işverenin dağıtım işini alt işverene vermesi halinde, dağıtım işi işyerinde yapılmadığı için asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmadığından bahsedilmeyecektir. Böyle bir durumda işlerin alt işverene verilmesi halinde de asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir³⁸¹.

³⁷⁷ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 103; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 35; Süzek, s. 165; Akyiğit, İş Hukuku, s. 77; Narmanlioğlu, s. 122; Sümer, s. 18; Çankaya / Çil, s. 23.

³⁷⁸ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 105-106; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 43; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 35; Süzek, s. 170; Akyiğit, İş Hukuku, s. 78; Narmanlioğlu, s. 126; Sümer, s. 18; Çankaya / Çil, s. 30.

³⁷⁹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 43; Narmanlioğlu, s. 122; Sümer, s. 18.

³⁸⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 105; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 43; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 34; Süzek, s. 165; Sümer, s. 19; Çankaya / Çil, s. 24.

³⁸¹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 105; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 43; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 34; Süzek, s. 165.

Kanun koyucu, işyerlerinde iş alan alt işverenlerin az sermayeli ve mali bakımdan güçsüz olmaları ve çalıştırdıkları işçilerin ücret ve diğer haklarını ödeyemeyecek duruma düşmeleri ihtimaline karşı, bu işin yapılmasında menfaati bulunan asıl işvereni de sorumlu tutarak işçileri korumayı amaçlamıştır. İşK. md. 2/6'da “*Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*” hükmü mevcuttur. Burada bahsi geçen birlikte sorumluluk, müteselsil sorumluluk olarak anlaşılmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, alt işverenin işçilerinin asıl işverene ait işyerinde geçen hizmet süresiyle ve alt işverenin bu işçilere karşı sorumluluğuyla sınırlıdır³⁸².

2. İş Sözleşmesinin Devri ile Alt İşverenliğin Karşılaştırılması

İş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşmenin işveren tarafı değişmekte, sözleşme dışı üçüncü bir kişi, devredilen iş sözleşmesinin işveren tarafı hâline gelmektedir³⁸³. Asıl işveren – alt işveren ilişkisinde ise mevcut iş sözleşmesinin taraflarında herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir. Asıl işveren – alt işveren ilişkisi kurulması sonucunda alt işverenin, asıl işverene ait işyerinde çalışmak üzere görevlendirdiği işçilerinin iş sözleşmelerinin taraflarında herhangi bir değişiklik olmamakta, bu ilişki süresince de iş sözleşmesi işçi ile alt işveren arasında devam etmektedir³⁸⁴.

İş sözleşmesinin devrinde amaçlanan, işgücüne ihtiyaç duyulan işçinin sürekli bir şekilde devralan işverene nakledilmesidir. Asıl işveren – alt işveren ilişkisi ise amaçlanan, asıl işverenin işyerindeki mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin ya da asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilmesidir³⁸⁵.

³⁸² Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 115 vd.; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 44-45; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 39-40; Süzek, s. 171; Akyiğit, İş Hukuku, s. 84-85; Narmanlıoğlu, s. 131; Sümer, s. 20.

³⁸³ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 132.

³⁸⁴ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 133.

³⁸⁵ Arslanoğlu, İradi Devrin Esasları, s. 39.

İş sözleşmesinin devri ile asıl işveren – alt işveren ilişkisi arasındaki bir diğer önemli fark ise, asıl işveren – alt işveren ilişkisinde birinci derecede rol oynayan unsurlar asıl işveren ve alt işverendir. Asıl işveren, çeşitli amaçlarla iş organizasyonunun bir bölümündeki mevcut işi, kendi işçileri ile görmeyi taahhüt eden alt işverene vermektedir. Asıl işveren – alt işveren ilişkisinde, alt işverenin işçisinin de dahil olduğu üçlü bir iş ilişkisi kurulmakla birlikte; işçinin açık ya da örtülü irade beyanına ya da rıza açıklamasına gerek yoktur³⁸⁶. İş sözleşmesinin devrinde ise daha önce de ifade ettiğimiz üzere, işçinin devre ilişkin rızasını yazılı olarak açıklaması devrin gerçekleşebilmesi için aranmaktadır. Bu husus iş sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK. md. 429’da açıkça ifade edilmiştir.

Son olarak belirtelim ki iş sözleşmesinin devrinin üçlü ilişki olması sadece devir ana ilişkindir. Devir işlemi gerçekleştikten sonra artık iş sözleşmesi devralan işveren ile sözleşmede kalan taraf olan işçi arasında devam etmektedir. Bununla birlikte asıl işveren – alt işveren ilişkisi bu ilişki devam ettiği sürece üç taraflı olma özelliğini korumaktadır³⁸⁷.

IV. Geçici İş İlişkisi

1. Geçici İş İlişkisi Kavramı

İş sözleşmesi, sözleşmenin nispiyeti ilkesi gereği tarafları arasında bir iş ilişkisi kurmaktadır. Bu nedenle iş ilişkisi, kural olarak, iş sözleşmesinin tarafı olmayan bir kişiyle kurulamayacaktır. Bununla birlikte istisnai bir durum olarak, iş sözleşmesinin tarafı olmadığı halde bir işverenle iş ilişkisi kurulabilmektedir³⁸⁸. Ülkemizde uzun yıllardan beri “ödünç iş ilişkisi” olarak anılan bu atipik iş ilişkisi İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenmiş ve “geçici iş ilişkisi” olarak adlandırılmıştır³⁸⁹.

³⁸⁶ Arslanoğlu, İradi Devrin Esasları, s. 40; Albayrak Zincirlioğlu, s. 109.

³⁸⁷ Cengiz, s. 187; Albayrak Zincirlioğlu, s. 109-110.

³⁸⁸ Mollamahmutoglu / Astarlı / Baysal, s. 122.

³⁸⁹ Mollamahmutoglu / Astarlı / Baysal, s. 122; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 224.

Geçici iş ilişkisi, bir işverenin kendi işçisini geçici bir süre için çalışmak üzere bir başka işverenin emrine vermesiyle oluşan üçlü iş ilişkisidir³⁹⁰. Geçici işveren, devraldığı işgörmeye edimini talep hakkını kullanırken işçi de bu talebe uymak suretiyle iş görmektedir. Böylece geçici işveren ile işçi arasında iş ilişkisi kurulmakla birlikte bu iş ilişkisi iş sözleşmesine vücut vermemektedir³⁹¹.

Geçici iş ilişkisi İşK. md. 7/1 uyarınca “*Özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle*” kurulan ilişkidir. Buna göre geçici iş ilişkisi bir üst kavram olarak hem mesleki (profesyonel) amaçlı geçici iş ilişkisini hem de mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkilerini kapsar³⁹².

6715 Sayılı İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4857 Sayılı İş Kanununun 7. maddesinde yapılan değişiklikten sonra hukukumuzda geçici iş ilişkisi, sadece özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir. Bu iki olasılık dışında geçici iş ilişkisi kurmak (6715 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası) mümkün değildir³⁹³. Geçici iş ilişkisi kanunda ifade edildiği üzere iki şekilde kurulabilir³⁹⁴;

- Özel istihdam bürosu aracılığıyla (Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi) ya da,
- Holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle (Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi).

³⁹⁰ S. Başterzi, “Geçici İş İlişkisi, İstihdam Edilebilirlik ve İş Güvencesi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 521; E. Yiğit, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 67; Ş. E. Baskan, “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, S. 2, s. 4; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 122-123; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 224; Akyiğit, İş Hukuku, s. 162-163.

³⁹¹ Başterzi, s. 522.

³⁹² Süzek, s. 288; Baskan, s. 4.

³⁹³ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 225-226.

³⁹⁴ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 122; Baskan, s. 4.

Bu iki tür geçici iş ilişkisi arasındaki temel fark, işçinin işveren tarafından kural olarak geçici iş ilişkisi kurmak üzere mi işe alındığı yoksa işverenin kendi bünyesinde sürekli olarak istihdam ettiği işçi hakkında istisnai olarak mı geçici iş ilişkisi kurduğudur. Gerçekten meslek edinilmiş iş ilişkisinde işveren işçiyi başka işverenlere ödünç vermek üzere istihdam ederken, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde işveren kural olarak kendi işinde çalıştırmak için istihdam ettiği işçisini geçici ve belirli bir süre için ödünç vermektedir³⁹⁵.

Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi 2016 yılına kadar kanunun cevaz verdiği tek geçici iş ilişkisiyken, 2016 yılında yürürlüğe giren 6715 Sayılı İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde değişiklikler yapılmış, ayrıca hukukumuzda ilk defa olarak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yasal dayanağa kavuşturulmuştur³⁹⁶.

Üçlü iş ilişkisi esasına dayanan geçici iş ilişkisinde, işçi ile kendisini geçici olarak bir başka işverene devreden işveren arasındaki iş sözleşmesi devam etmekte olup işçi bu sözleşme ile üstlendiği işgörme borcunu devralan (işçiyi ödünç alan) işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olmaktadır. Bu ilişkinin kurulması, süresi, yasakları, geçici iş ilişkisinin tarafı işverenlerin hak ve yükümlülükleri ile sorumlulukları İşK. md. 7'de ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

1.1. Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi

Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, diğer bir deyişle meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, mal veya hizmet üretmek amacıyla değil, iş sözleşmesiyle kendisine bağlı olan işçilerini belirli bir hizmet bedeli karşılığında başka işverenlere ödünç vermek amacıyla kurulmuş özel istihdam büroları aracılığıyla kurulur³⁹⁷. Özel istihdam bürosu, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmesine ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık yapmak ve/veya geçici iş ilişkisi kurma faaliyeti

³⁹⁵ Baskan, s. 4.

³⁹⁶ Baskan, s. 4.

³⁹⁷ Baskan, s. 6.

yürütmek üzere Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan büroları ifade eder³⁹⁸. İşK. md. 7/2'ye göre, özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işçisini *geçici işçi sağlama sözleşmesi* kapsamında geçici olarak bir işverene devri ile kurulabilir³⁹⁹. Dolayısıyla Türkiye İş Kurumu'ndan yetki almamış bir özel istihdam bürosu ile geçici iş ilişkisi kurulması Kanuna aykırı olacaktır⁴⁰⁰. İfade etmek gerekir ki, özel istihdam bürosu geçici işçi sağlama işini profesyonel (mesleki) bir amaçla, yani gelir getirici bir faaliyet olarak yapar. Geçici işçiyi devreden işveren olarak büro, ödünç alan işverenden bu hizmetinin bedelini, diğer bir deyişle parasal karşılığını alır⁴⁰¹.

Kanun gereği geçici iş ilişkisinin kurulması için özel istihdam bürosu, işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapar ve işçisini geçici olarak bu işverene devreder⁴⁰². Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, geçici işçi ile iş sözleşmesi, geçici işçi çalıştıran işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapılmak suretiyle yazılı olarak kurulur⁴⁰³ (İşK. md. 7/11). Maddede sözü edilen yazılılık koşulu geçerlilik koşulu olarak kabul edilmelidir. Gerçekten Türk Borçlar Kanununun 12. maddesinin 2. fıkrasına göre sözleşmeler için öngörülen yazılılık koşulu geçerlilik koşuludur⁴⁰⁴.

Geçici işçi sağlama sözleşmesinin, özel istihdam bürosu ile geçici işçi çalıştıran işveren arasında yazılı olarak kurulması gerekmektedir⁴⁰⁵. Bu sözleşmenin içeriğinde sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa geçici işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer alır⁴⁰⁶ (İşK. md. 7/11).

³⁹⁸ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 127; Süzek, s. 289; Baskan, s. 11.

³⁹⁹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 123; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 227; Süzek, s. 289; Akyiğit, İş Hukuku, s. 164.

⁴⁰⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 227.

⁴⁰¹ Süzek, s. 289; Baskan, s. 10.

⁴⁰² Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 227.

⁴⁰³ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 228.

⁴⁰⁴ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 228.

⁴⁰⁵ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 127; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 228; Akyiğit, İş Hukuku, s. 164.

⁴⁰⁶ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 127; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 228; Akyiğit, İş Hukuku, s. 165.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisinin kurulması belirli işler ve hallerle ve belirli sürelerle sınırlandırılmıştır⁴⁰⁷ (İşK. md. 7/2). Buna göre meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi, sadece işletmenin geçici ihtiyaçlarının karşılandığı ve zorunlu haller bulunmadıkça sürekli nitelikteki işlerde geçici işçinin çalıştırılmadığı bir kurum haline getirilmiştir. Bunun sebebi kanun koyucunun, geçici iş ilişkisinin istismarını önlemek istemesidir⁴⁰⁸.

Özel istihdam bürosu ile geçici işçi arasındaki ilişki, bir iş ilişkisidir. Ancak bu iş ilişkisinin konusu işçinin geçici süre ile başka işverenlere devredilmesidir. Özel istihdam bürosunun iştiğal konusu, istihdam ettiği işçisini, iş gücüne ihtiyaç duyan işveren yanında geçici olarak görevlendirmekten ibarettir. Diğer bir deyişle, özel istihdam bürosunun, işçisini kendi işinde çalıştırması söz konusu değildir⁴⁰⁹.

Mesleki amaçlı iş ilişkisinde işçi özel istihdam bürosu tarafından ödünç verilmek üzere *yazılı* iş sözleşmesi ile işe alınır⁴¹⁰. Geçici işçinin işvereni özel istihdam bürosudur ve işçi ile özel istihdam bürosu arasında bir iş sözleşmesi mevcuttur⁴¹¹. Özel istihdam bürosu ile işçi arasındaki iş sözleşmesi, işçinin geçici süreyle bir başka işverenin işyerine gönderilmesiyle sona ermeyecektir⁴¹². Bununla birlikte geçici iş ilişkisinin kurulmasıyla işçi, kendi işvereniye karşı iş sözleşmesiyle üstlendiği işgörme borcunu geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı ifa ile yükümlü hâle gelmektedir. Bu işveren de işçiye karşı talimat verme hakkına sahip olacaktır⁴¹³.

Kanunda geçici iş ilişkisinin süresi, geçici iş ilişkisinin kurulabileceği *işler ve hallere* göre farklı olarak belirlenmiştir. *Geçici iş ilişkisi kurulabilecek işlerde*, yani mevsimlik tarım işleri ile ev hizmetlerinde bir süre sınırı yoktur. *Geçici iş ilişkisi kurulabilecek hallerde* ise geçici iş ilişkisi süre bakımından sınırlandırılmıştır. Bu süre geçici iş ilişkisinin kurulmasını gerektiren sebebe göre değişmektedir. Geçici iş ilişkisi,

⁴⁰⁷ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 123; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 229; Süzek, s. 291-292; Akyiğit, İş Hukuku, s. 165; Başterzi, s. 522.

⁴⁰⁸ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 123-124.

⁴⁰⁹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 128; Başterzi, s. 522.

⁴¹⁰ Süzek, s. 296.

⁴¹¹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 128; Süzek, s. 296; Akyiğit, İş Hukuku, s. 164.

⁴¹² Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 227; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 128; Süzek, s. 289.

⁴¹³ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 128; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 227; Süzek, s. 299; Akyiğit, İş Hukuku, s. 180.

analık izni, doğum sonrası ebeveynlerin kısmi çalışması, askerlik hizmeti ya da diğer askı halleri sebebiyle kurulmuşsa bu hallerin devamı süresince, diğer hallerde ise en fazla dört ay süreyle kurulabilecektir. Taraflar isterlerse geçici iş ilişkisi kuran sözleşmeyi -en fazla iki defa olmak üzere- yenileyebilirler ve yenileme süresi toplamda sekiz ayı geçemez. İlk defa dört ay için geçici iş ilişkisi kurulup ardından iki defa yenileme sonucunda toplamda en fazla on iki ay geçici iş ilişkisi kurulabileceği anlaşılmalıdır⁴¹⁴. İfade etmek gerekir ki geçici işçi sağlama sözleşmesi İşK. md. 7/2'nin (g) bendinde düzenlenmiş olan mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışlarında dört aylık süreyle sınırlandırılmıştır ve yenilenmesi mümkün değildir⁴¹⁵ (İşK. md. 7/3).

Özel istihdam bürosu ve geçici işveren arasındaki geçici işçi sağlama sözleşmesinin süresinin dolması ile geçici iş ilişkisi son bulur. Bu durumda işçinin geçici işverenin işyerinden ayrılması ve başka bir işverenin işine gönderilmek üzere kendi işvereni olan özel istihdam bürosunun talimatını beklemesi gerekir. Buna karşılık sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen geçici iş ilişkisinin devam etmesi halinde, geçici işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılır⁴¹⁶ (İşK. md. 7/13).

1.2. Mesleki Amaçlı Olmayan Geçici İş İlişkisi

İşK. md. 7/1'e göre, "*Geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir.*" Bir holding veya şirketler topluluğu içinde özel istihdam bürosunun aracılığı olmaksızın iki şirket (işveren) arasında gerçekleştirilecek (mesleki amaçlı olmayan) geçici iş ilişkisinin kuruluşu İş Kanununun 7. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra göre; "*İşverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde işgörme edimini yerine getirmek üzere geçici*

⁴¹⁴ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 231.

⁴¹⁵ Süzek, s. 294.

⁴¹⁶ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 131-132; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 240; Süzek, s. 302; Akyiğit, İş Hukuku, s. 182.

olarak devretmesi halinde de geçici iş ilişkisi kurulmuş olur. Bu fıkra kapsamında geçici iş ilişkisi, yazılı olarak altı ayı geçmemek üzere kurulabilir ve en fazla iki defa yenilenebilir. İşçisini geçici olarak devreden işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur.”

Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde, her iki işveren de aynı holding ya da şirketler topluluğuna dahildir. Bu ilişkide bir işveren, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisini geçici bir süre ile işgörme edimini yerine getirmesi için aynı holding veya şirketler topluluğuna dahil bir başka işverene ödünç vermektedir⁴¹⁷. Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi, çoğunlukla işverenin herhangi bir kâr amacı olmaksızın, holding bünyesindeki bir başka şirketin ihtiyaç duyması veya kendi şirketinde var olan işçi fazlasını işten çıkarmak yerine işçiye ihtiyaç duyulan bir başka şirkette görevlendirmesi gibi amaçlarla kurulmaktadır⁴¹⁸. Bu tür geçici iş ilişkisinde, özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinden farklı olarak geçici iş ilişkisinin kurulabileceği işler ya da hallerle ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır⁴¹⁹. İşçinin onayının alınması koşuluyla herhangi bir iş için geçici iş ilişkisi kurulması mümkündür⁴²⁰.

İş Kanununa göre işçinin rızası, devir esnasında ve yazılı olarak alınmalıdır (md. 7/son)⁴²¹. Buradaki yazılı şekil şartı bir geçerlilik şartıdır⁴²². Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere kurulabilir ve en fazla iki defa yenilenebilir. Buna göre, yenilemeler de dikkate alındığında, geçici iş ilişkisinin en fazla on sekiz ay sürebileceği ve bu sürenin hiçbir şekilde aşılamayacağı anlaşılmalıdır⁴²³. İşçinin rızasının her yenileme döneminde ayrı ayrı alınması gerekir⁴²⁴.

⁴¹⁷ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 132.

⁴¹⁸ Baskan, s. 5.

⁴¹⁹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 243; Başterzi, s. 522; Baskan, s. 5.

⁴²⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 243.

⁴²¹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 132; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 241; Akyiğit, İş Hukuku, s. 184.

⁴²² Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 132; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 242-243.

⁴²³ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 132; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 243; Süzek, s. 304; Akyiğit, İş Hukuku, s. 185.

⁴²⁴ Süzek, s. 304.

Mesleki amaç taşımayan geçici iş ilişkisinde de holding veya şirketler topluluğu bünyesindeki diğer işverene geçici işçi devreden işverenin işçi ile arasındaki iş sözleşmesi ve devreden işverenin işveren niteliği devam eder. Bu nedenle geçici işçinin ücreti devreden işveren tarafından ödenir⁴²⁵ (İşK. md. 7/son). İşK. md. 7/15'e göre geçici işveren, işçinin kendi yanında çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden devreden işverenle birlikte yani müteselsilen sorumlu olacaktır⁴²⁶.

Geçici iş ilişkisinin kurulması ile birlikte işin görülmesini talep hakkı geçici işverene geçecektir. Bu nedenle geçici işveren yönetim hakkına da sahip olacaktır. Bu bakımdan Kanun, geçici işverenin işin gereği ve geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak geçici işçisine talimat verme yetkisine sahip olduğunu ayrıca ifade etmiştir⁴²⁷ (İşK. md. 7/9). İşçisini geçici olarak bir başka işverene devreden işverenin yönetim yetkileri daralsa da işçiye ücret ödeme, işçiyi koruma ve gözetme ile eşit işlem yapma borçları devam etmektedir⁴²⁸.

2. İş Sözleşmesinin Devri ile Geçici İş İlişkisinin Karşılaştırılması

İş sözleşmesinin devri ve geçici iş ilişkisi kurumları İş Hukukuna ait üçlü ilişkilerden olmakla birlikte aralarında önemli farklar vardır⁴²⁹. Geçici iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin devrini ayıran temel nokta, iş sözleşmesinin devri ile işveren değişirken, diğer bir deyişle devreden işveren işverenlik sıfatını kaybederken, geçici iş ilişkisinde işçisini bir başka işveren yanında görevlendiren işveren, işveren sıfatına sahip olmaya devam etmektedir⁴³⁰. Geçici iş ilişkisi ile, işçi geçici bir süre için bir başka işveren olan geçici işveren nam ve hesabına bu işverene ait işyerinde çalışmaktadır. İşçi bu süre içinde işgörme edimini, geçici işverene sunmakta, ancak geçici iş ilişkisinin bitimi ile birlikte

⁴²⁵ Süzek, s. 304-305.

⁴²⁶ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 244-245; Süzek, s. 305; Başkan, s. 5-6.

⁴²⁷ Mollamahmutoglu / Astarlı / Baysal, s. 132; Süzek, s. 305.

⁴²⁸ Mollamahmutoglu / Astarlı / Baysal, s. 133.

⁴²⁹ Y. Yiğit, s. 101.

⁴³⁰ E. Yiğit, s. 70.

kendi (ödünç veren) işverenine ait işyerine geri dönmektedir⁴³¹. Zira geçici iş ilişkisinde işçinin kendi işvereni ile arasındaki iş sözleşmesi sona ermeyip devam etmektedir⁴³². İş sözleşmesinin devrinde ise, işçinin bir işverenden diğerine devri geçici değil, sürekli niteliktedir. Dolayısıyla işçi bir işverenden diğerine herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın geçirilmektedir⁴³³. İşçi, iş sözleşmesinin devri ile birlikte kalıcı ve kesin olarak devralan işverenin işçisi hâline gelmektedir⁴³⁴.

Ayrıca geçici iş ilişkisi sonucunda, işçi ile işçiyi geçici olarak devralan işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulmamaktadır. İş sözleşmesinin devrinde ise işçi ile kendisini devralan işveren arasında iş sözleşmesine dayalı bir iş ilişkisi kurulmuş olmaktadır⁴³⁵.

İş sözleşmesinin devri ile geçici iş ilişkisi arasındaki bir diğer önemli fark ise işçinin devre ilişkin rızasının aranıp aranmamasına ilişkindir. İş sözleşmesinin devrinde TBK. md. 429 hükmü gereği işçinin yazılı rızası aranırken, geçici iş ilişkisinin özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulduğu hallerde yazılı rıza koşulu bulunmamaktadır. Gerçekten özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde büro işçiyi bir başka işveren yanında çalıştırmak üzere istihdam etmekte ve bu şekilde görevlendirmektedir. Holding ya da aynı şirketler topluluğu kapsamındaki geçici iş ilişkilerinde ise işçinin yazılı rızası aranmaktadır⁴³⁶.

İş sözleşmesinin devrinde devreden ve devralan işverenlerin işçinin devir anına kadar doğmuş alacaklarından sorumluluğu konusunda, işyeri devrinin düzenlendiği İşK. md. 6/3 hükmünün kıyasen uygulanacağını daha önce ifade etmiştik. Özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde ise kural olarak işçinin ücretinden istihdam bürosu sorumlu iken, aynı holding ya da şirketler topluluğu içindeki geçici iş ilişkilerinde geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede

⁴³¹ Y. Yiğit, s. 101.

⁴³² Sützek, s. 289; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 305; Y. Yiğit, s. 102; Danar, s. 64; Albayrak Zincirlioğlu, s. 131.

⁴³³ E. Yiğit, s. 71.

⁴³⁴ Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 305; Y. Yiğit, s. 102.

⁴³⁵ Y. Yiğit, s. 102.

⁴³⁶ E. Yiğit, s. 71.

ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur⁴³⁷ (İşK. md. 7/son).

⁴³⁷ E. Yiğit, s. 71.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. İş Sözleşmesinin Devrinin Taraflar Bakımından Sonuçları

1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafının Değişmesi

Bir halefiyet işlemi olan iş sözleşmesinin devri sonucunda, iş sözleşmesi bir bütün olarak başka bir işveren tarafından üstlenilmektedir⁴³⁸. Gerçekten devir sonucunda, devre konu sözleşme sürekli olarak, bir bütün hâlinde, yani kapsadığı tüm hak ve borçlar, def'i hakları ve yenilik doğuran haklar ile birlikte bir başka işverene (devralan işverene) devredilmektedir⁴³⁹. Diğer bir deyişle, iş sözleşmesinin devriyle birlikte taraflardan biri borç ilişkisinden ayrılırken onun yerini yeni bir taraf almaktadır⁴⁴⁰.

İş sözleşmesinin işveren tarafı, tarafların usulüne uygun rıza açıklamalarıyla sürekli ve kesin olarak değişmekte, devreden işveren sözleşme ilişkisinden ayrılmakta ve bu iş sözleşmesinden doğan taraf olma sıfatını kaybetmektedir⁴⁴¹. Dolayısıyla devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi de sona ermektedir⁴⁴². Belirtelim ki, devredilen iş sözleşmesi sona ermeyip tüm unsurları ile kesintisiz olarak devam etmektedir⁴⁴³. Bir diğer

⁴³⁸ Narmanlıoğlu, s. 268; Ayrancı, s. 46 vd.; Süzek, s. 338-339; Ekonomi/Eyrenci, s. 1214, 1221; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 130; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 107; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277.

⁴³⁹ Ekonomi / Eyrenci, s. 1202, 1223; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 116; Akyiğit, İş İlişkisinin Devri, s. 42-43; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 920; Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Süzek, s. 339; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 114; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 538; Y. Yiğit, s. 54; Kocagil, s. 50-51; Albayrak Zincirlioğlu, s. 87; Cengiz, s. 37; Güneş / Mutlay, s. 271.

⁴⁴⁰ Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 130.

⁴⁴¹ Ekonomi / Eyrenci, s. 1222; Akyiğit, İş İlişkisinin Devri, s. 43; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 543; Güneş / Mutlay, s. 271; Kocagil, s. 57; Cengiz, s. 117; Albayrak Zincirlioğlu, s. 189.

⁴⁴² Ekonomi / Eyrenci, s. 1222; Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 543; Albayrak Zincirlioğlu, s. 189; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 131; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277.

⁴⁴³ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 107; Narmanlıoğlu, s. 268; Alp, Bazı Sorunlar, s. 190; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 543; Caniklioğlu, s. 36; Albayrak Zincirlioğlu, s. 189; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 131.

ifadeyle, sözleşmenin içeriği ve niteliği değişmeksizin iş sözleşmesinden devreden işveren ayrılmakta, onun yerini devralan işveren almaktadır⁴⁴⁴.

İş sözleşmesinin devrinde, sözleşme sona ermediğinden işçi rızasını açıkladığı devir işlemine dayanarak sözleşmenin sona ermesine bağlı haklarını talep edemeyecektir⁴⁴⁵. İş sözleşmesinin devrinin bir halefiyet işlemi olmasından dolayı, iş sözleşmesi hangi durumda ise o haliyle devredilir⁴⁴⁶ ve devralan işveren, iş sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren o sözleşmenin tarafıymış gibi işlem görür⁴⁴⁷.

İş sözleşmesinin devrinde, devralan işverenin üstlendiği hak ve borçlar arasında, devredilen sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar ile iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan hak ve borçlar da bulunmaktadır⁴⁴⁸. Devirle birlikte devralan işveren iş sözleşmesinin tarafı hâline gelmekte ve sözleşmeden doğan ve doğacak tüm hak ve borçlara sahip olmaktadır⁴⁴⁹.

2. İşçinin Hizmet Süresinin Kesintisiz Devam Etmesi

İş sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK.'nın 429. maddesinin 2. fıkrasında işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı ifade edilmiştir. İşçinin hizmet süresinin bütünlüğü, iş sözleşmesinin devrinin bir sonucudur ve bu sonucun doğması için devralan işverenin bu konuda özel bir taahhütte bulunması gerekli değildir⁴⁵⁰. Çünkü iş sözleşmesinin devri ile devralan işveren, devreden işverenin işçi karşısındaki hukuki konumunu üstlenmektedir.

⁴⁴⁴ Ekonomi / Eyrenci, s. 1214, 1221; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 277; Ayrancı, s. 56; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 543; Başbuğ, s. 11; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 303; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 126; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 131; Caniklioğlu, s. 36; Y. Yiğit, s. 56; Albayrak Zincirlioğlu, s. 189; Kocagil, s. 57.

⁴⁴⁵ Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 131.

⁴⁴⁶ Ekonomi / Eyrenci, s. 1223; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 126; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 543.

⁴⁴⁷ Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 131; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 543.

⁴⁴⁸ Y. Yiğit, s. 225; Ekonomi / Eyrenci, s. 1222-1223; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 544; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 118; Kocagil, s. 57; Albayrak Zincirlioğlu, s. 191.

⁴⁴⁹ Y. Yiğit, s. 225; Ekonomi / Eyrenci, s. 1222-1223; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 925; Kocagil, s. 55, 58; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 279.

⁴⁵⁰ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 345; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 132; Y. Yiğit, s. 225.

Üstlenilen hukuki konum ise işçinin o ana kadarki hizmet süresinin ve kıdeme bağlı haklarının muhatabı olması sonucunu da doğurur⁴⁵¹. İfade etmek gerekir ki, iş sözleşmesinin devri bir halefiyet işlemi olduğundan Kanunda böyle bir düzenleme bulunmasaydı dahi aynı sonuca varmak gerekecekti⁴⁵². Gerçekten Türk Hukukunda, TBK.'nın düzenlenmesinden önce de doktrinde bu sonuca varılmış olup⁴⁵³ Yargıtay kararlarında da bu sonuç kabul edilmiştir⁴⁵⁴.

İş sözleşmesinin devri sonrası iş sözleşmesi devralan işveren ile işçi arasında kesintisiz olarak devam etmektedir ve iş sözleşmesinin devri hukuki niteliği itibarıyla fesih değildir⁴⁵⁵. İş sözleşmesinin devrinde sözleşme kesintisiz devam ettiği için feshe ilişkin sonuçlar gündeme gelmemektedir⁴⁵⁶. Gerçekten iş sözleşmesinin devri ile işçi bir işverenden diğerine devredilir ve bu durum iş sözleşmesinin feshi sonucunu doğurmaz⁴⁵⁷. Yargıtay da çeşitli kararlarında bu hususu vurgulamıştır;

*“..Hizmet akdi devri niteliği itibarı ile bir fesih değildir. Bu itibarla devir eden işverenin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve izin ücret alacağından sorumluluğu söz konusu olmaz.”*⁴⁵⁸

İş sözleşmesinin devri sonucunda işçinin hizmet süresi belirttiğimiz gibi kesintisiz olarak devam eder⁴⁵⁹ ve bunun sonucu olarak, işçinin kıdem tazminatına, yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için aranan bir yıllık hizmet süresinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için aranan altı aylık hizmet süresinin ve fesih bildirim süresinin hesaplanmasında işçinin devreden ve devralan işverenler nezdinde geçen

⁴⁵¹ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 345.

⁴⁵² Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 132.

⁴⁵³ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 345; Ekonomi / Eyrenci, s. 1222-1223; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 132.

⁴⁵⁴ “...Bu nedenle taraflar arasında hizmet akdinin devri gerçekleşmiş olup, devralan hizmet süresinin tamamından sorumludur. ...Bu nedenlerle davacının tüm hizmet süresi birlikte değerlendirilerek, devralan işverenin kıdem tazminatı açısından davacının tüm çalıştığı süreden sorumlu tutulması gerekirken...” (Yarg. 9. HD., 28.06.2010 T., 2008/32046E., 2010/20698K. (Ocak, s. 2906)).

⁴⁵⁵ Çankaya / Çil, s. 647.

⁴⁵⁶ Narmanlıoğlu, s. 268; Alpagut, Değerlendirme, s. 132; Günay, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 115; Çankaya / Çil, s. 647; Akyiğit, İş İlişkisinin Devri, s. 45; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 129; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 131; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 544; Danar, s. 70-72; Cengiz, s. 117.

⁴⁵⁷ Caniklioğlu, s. 37.

⁴⁵⁸ Yarg. 9. HD., 19.07.2007 T., 2007/4780E., 2007/25445K. (Ocak, s. 2907).

⁴⁵⁹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 279.

hizmet süreleri birlikte değerlendirilecektir⁴⁶⁰. TBK. md. 429’da düzenlenmiş olan işçinin hizmet süresine bağlı haklar bakımından devreden işveren yanında *işe başladığı* tarihin esas alınacağına ilişkin hüküm bu şekilde anlaşılmalıdır⁴⁶¹. Yargıtay da kararında, “..İş sözleşmesinin devri hükümleri kapsamında son işveren olan davalı şirketin toplam hizmet süresi üzerinden kıdem tazminatını ödemesi söz konusu olacaktır..” şeklinde hüküm kurmuştur⁴⁶².

3. Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Sonuçları

İş sözleşmesinin devriyle birlikte, sözleşmenin işveren tarafının sürekli olarak değişmesi, sözleşmenin devrine ilişkin en önemli sonuçlardan biridir. İş sözleşmesinin devri sonucunda, devreden işveren sözleşmeden ayrılmakta, onun yerini devralan işveren almaktadır⁴⁶³. Bu noktada, işçinin işçilik alacak ve tazminatlarından hangi işverenin ne oranda sorumlu olacağı üzerinde durulması gereken bir konudur.

TBK. md. 429/2 hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, devralan işveren, devir işlemiyle, iş sözleşmesinin tüm hak ve borçlarıyla birlikte işveren tarafı hâline gelmektedir. İş sözleşmesinin devri ile birlikte, devreden işverenin sözleşmeden doğan hak ve borçları devralan işverene geçtiğinden, devralan işverenin devirden önce doğan hak ve borçlardan sorumlu olduğu açıktır⁴⁶⁴ ve bu konuda herhangi bir belirsizlik kanaatimizce yoktur. Ayrıca belirtelim ki, devralan işverenin işçinin gerek kendi nezdindeki çalışma dönemi gerekse devreden işveren nezdindeki çalışma dönemi boyunca doğmuş olan hak ve borçlardan sorumsuzluğu kararlaştırılamayacaktır⁴⁶⁵.

Hizmet sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK. md. 429’da devreden işverenin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, TBK.

⁴⁶⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 279; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 925; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 127; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 132; Çankaya / Çil, s. 649; Alp, Bazı Sorunlar, s. 193; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 327; Akyiğit, İş İlişkisinin Devri, s. 45; Uçum, s. 41.

⁴⁶¹ Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 132.

⁴⁶² Yarg. 22. HD., 05.11.2013, 2012/27983E., 2013/23465K. (Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 133).

⁴⁶³ Y. Yiğit, s. 223.

⁴⁶⁴ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 925-926; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 133; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 279; Danar, s. 68.

⁴⁶⁵ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 927; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 133.

md. 429/2’de iş sözleşmesinin devrinde, devredilen sözleşmeden doğan hak ve borçlarla ilgili olarak, işyerinin devrini düzenleyen İşK. md. 6/1-2⁴⁶⁶ ile TBK. md. 428’e⁴⁶⁷ benzer bir düzenleme getirildiği söylenebilir⁴⁶⁸.

Gerçekten hem İşK. md. 6/1-2’de hem TBK. md. 428/1-2’de mevcut iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçeceği ve işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı belirtilmiştir. İş sözleşmesinin devrinde de iş sözleşmesi devralan işverene tüm hak ve borçlarıyla geçmekte ve iş sözleşmesi devredilen işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınmaktadır.

Görüldüğü üzere, İşK. md. 6/1-2 ile TBK. md. 428/1-2 hükümleri iş sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK. md. 429 ile paralellik göstermektedir. Ancak İşK. md. 6/3’te⁴⁶⁹ ve TBK. md. 428/3’te⁴⁷⁰ devreden işverenin devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumluluğu düzenlenmesine rağmen, hizmet sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK. md. 429’da devreden işverenin sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bir diğer ifadeyle, TBK. md. 429’da İşK. md. 6’daki ve TBK. md. 428’deki gibi işverenler için birlikte sorumluluk hâli öngörülmemiştir. Bu nedenle de devreden işverenin devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken işçilik alacaklarından sorumluluğu konusu doktrinde tartışmalıdır.

⁴⁶⁶ İşK. md. 6/1-2; “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.

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.”

⁴⁶⁷ TBK. md. 428/1-2; “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.”

⁴⁶⁸ Süzek, s. 341.

⁴⁶⁹ İşK. md. 6/3; “Yukarıdaki hükümlere göre 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 sınırlıdır.”

⁴⁷⁰ TK.md 428/3; “Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce 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 sınırlıdır.”

Doktrindeki bir görüşe göre devreden işverenin sorumluluğu bakımından işyerinin devrinde işverenlerin birlikte sorumlu tutulmasının gerekçesi iş sözleşmesinin devri için de geçerli olduğundan⁴⁷¹; işyeri devrinin düzenlendiği İşK. md. 6/3'ün iş sözleşmesinin devrinde de kıyasen uygulanması ve devreden işverenin, devralan işveren ile birlikte iki yıl süre ile sorumlu tutulması gerekmektedir⁴⁷². Hem iş sözleşmesinin devrinde hem de işyeri devrinde İş hukukuna hâkim olan işçiyi koruma ilkesi böyle bir kıyas yapılmasını gerektirmektedir⁴⁷³.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre, iş sözleşmesi devredilen işçinin kıdem tazminatının dışında kalan hakları bakımından, her işveren kendi dönemiyle sınırlı olmak üzere sorumlu olacaktır. Devralan işveren devir sözleşmesiyle devir öncesi dönemde doğmuş olan haklar için ayrıca bir sorumluluk üstlenmemişse devir tarihine kadar doğmuş olan haklardan sorumlu olmayacaktır⁴⁷⁴. Kanaatimizce TBK.'nın 429/2 maddesi ile devir işlemi ile devralan işverenin, bütün hak ve borçlarla birlikte hizmet sözleşmesinin tarafı olacağı düzenlenmiş olduğundan, TBK.'nın yürürlüğe girmesinden önce savunulmuş olan bu görüşe katılmak, en azından yeni Türk Borçlar Kanunu döneminde, mümkün olmayacaktır.

Bazı yazarlara göre ise iş sözleşmesinin devrinin düzenlendiği madde hükmü olan TBK. md. 429'da bir boşluk bulunmamaktadır ve müteselsil sorumluluk öngörülmemiştir. Bu anlamda kanun koyucunun iş sözleşmesinin iradi devrinde devreden işverenin birlikte sorumluluğunu bilinçli olarak öngörmediği sonucu çıkarılmalıdır⁴⁷⁵. Bu görüşü savunan yazarlara göre, TBK. md. 162 gereği⁴⁷⁶ Kanun tarafından açıkça

⁴⁷¹ Süzek, s. 341.

⁴⁷² Süzek, s. 341; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 279; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 927; Alp, Bazı Sorunlar, s. 194; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 325-327; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 137; Güneş / Mutlay, s. 271.

⁴⁷³ Süzek, s. 341; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 927; Alp, Bazı Sorunlar, s. 194; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 325-327; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 136.

⁴⁷⁴ Ekonomi / Eyrenci, s. 1222; Uçum, s. 41; Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 544-545.

⁴⁷⁵ İ. Cengiz, "İş Sözleşmesinin İradi Devrinin Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar", Sicil İHD., S. 34, 2015, s. 54.

⁴⁷⁶ TBK. md. 162; "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 hallerde doğar."

belirtilmediği durumlarda kıyas yoluyla müteselsil sorumluluğun uygulanması mümkün değildir⁴⁷⁷.

Kanaatimizce, doktrinde baskın görüş olan işyeri devri hükümlerinin kıyasen uygulanması ve devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden işverenin devralan işveren ile birlikte iki yıl süreyle sorumlu tutulması görüşü, iş sözleşmesinin devrinde ve işyeri devrinde korunmak istenen menfaatler benzer olduğundan daha isabetlidir ve bu görüşün kabulü İş Hukukunun amacına da uygundur. Gerçekten işyeri devrinin düzenlendiği TBK. md. 428’de müteselsil sorumluluk öngörmüş olan kanun koyucunun iş sözleşmesinin devrinin düzenlendiği md. 429’da suskun kalmış olması nedeniyle işverenlerin birlikte sorumluluğunun söz konusu olmaması gerektiği düşünülebilirse de İş Hukukunun en temel prensiplerinden olan işçinin korunması prensibi gereği işverenlerin müteselsilen sorumlu olduğunun kabulü daha yerinde olacaktır.

Yargıtay da iş sözleşmesinin devrinde, işyeri devrine ilişkin İşK. md. 6’da düzenlenmiş olan, devreden işverenin devralan işveren ile birlikte iki yıl sorumlu olacağı görüşünü benimsemiştir. Yüksek mahkeme ilgili kararlarda;

“..bunun bir iş sözleşmesinin devri niteliğinde olduğu ve dolayısıyla işyeri devri hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılakla...”⁴⁷⁸

“İş Kanununun 6. maddesi uyarınca gerek işyerinin devrinde gerekse iş sözleşmesinin devrinde, devirden önce 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 sınırlıdır...”⁴⁷⁹ şeklinde hüküm kurmuştur.

⁴⁷⁷ E. Karaçöp / E. Yamakoğlu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi”, Legal İHSGHD., C. 10, S. 38, 2013, s. 125; Kocagil, s. 57.

⁴⁷⁸ Yarg. 7. HD., 10.04.2013 T., 2013/2899E., 2013/6085K. (Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 140)

⁴⁷⁹ Yarg. 9. HD., 09.12.2013 T., 2011/37591E., 2013/32119K. (Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 140)

İşçinin kıdem tazminatı alacağı bakımından ise 1475 Sayılı Mülga İş Kanununun halen yürürlükte bulunan 14. maddesinin 2. fıkrası⁴⁸⁰ kıyasen uygulanacaktır⁴⁸¹. Bu hüküm gereği devralan işveren işçinin gerek devir öncesi gerek devir sonrası tüm hizmet süresine ve son ücretine göre hesaplanan kıdem tazminatından sorumlu olacak; devreden işveren ise bu tazminatın işçinin kendi yanında çalıştığı süre ve devir anında aldığı ücrete göre hesaplanacak kısmından devralan işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır⁴⁸². İş sözleşmesini devreden işverenin, kıdem tazminatından sorumsuzluğunu düzenleyen sözleşmeler de geçerli sayılmayacaktır⁴⁸³.

Devreden işverenin kıdem tazminatından devralan işveren ile birlikte müteselsil sorumluluğu herhangi bir süre ile sınırlandırılmamıştır⁴⁸⁴. Buna göre, iş sözleşmesinin devirden yirmi yıl sonra sona ermesi hâlinde de işçinin hak kazanabileceği kıdem tazminatından genel zamanaşımı süresi içinde devreden işveren de devralan işveren ile birlikte -işçinin kendi çalışma süresi ve devir esnasındaki son ücreti ile sınırlı olmak üzere- müteselsilen sorumlu olacaktır⁴⁸⁵. Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir;

“..işyeri devrinde olduğu gibi hizmet akdi devrinde de kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 Sayılı Yasanın 14üncü maddesinin ikinci fıkrasında, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 Sayılı Yasanın 6ncı maddesinde sözü edilen devreden işveren için iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı

⁴⁸⁰ İşK. md. 14/2; “..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. ...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.”

⁴⁸¹ Süzek, s. 342; Çelik / Canıklıoğlu / Canbolat, s. 280-281; Ekonomi / Eyrenci, s. 1222; Alp, Bazı Sorunlar, s. 194; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 325-326; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 927; Çankaya / Çil, s. 648; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 137; Danar, s. 70; Albayrak Zincirlioğlu, s. 203.

⁴⁸² Süzek, s. 342; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 137; Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 321; Danar, s. 70.

⁴⁸³ Çankaya / Çil, s. 649.

⁴⁸⁴ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 137-138.

⁴⁸⁵ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 137-138.

sorumluluk belirlenmelidir. Feshe bağı diğer haklar olan ihbar tazminatından son işveren sorumlu olup, devreden işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır...’’⁴⁸⁶

“Davacıya ait hizmet cetveli incelendiğinde 19.09.1996-27.05.2005 tarihleri arasında davalılardan S. .. bünyesinde, 28.05.2002-20.05.2008 tarihleri arasında ise Z.. bünyesinde çalışması gözükmektedir. ...Yukarıda anlatılan safahat dikkate alındığında, taraflar arasında iş sözleşmesinin devri söz konusu olduğu açıktır. ...Bu itibarla davacının kıdem tazminatı, S..’de işe girdiği ilk tarihten itibaren sözleşmenin haksız olarak feshedildiği 20.05.2008 tarihine kadar aralıksız devam etmekle tüm süre üzerinden hesaplama yapılarak davalı Z..’nin belirtilen sürenin tamamı itibariyle, davalı S..’nin ise kendi dönemine ilişkin oranda kıdem tazminatından sorumlu olduklarının kabulü ile hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup hükmün bu nedenle bozulması gerekir.’’⁴⁸⁷

Görüldüğü üzere, iş sözleşmesinin devri sonucunda, devredilen sözleşmenin işveren tarafı değişmekte ve bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar devralan işverene geçmektedir. Bunun bir sonucu olarak, devralan işveren sadece devir sonrası doğacak borçlardan değil, devir öncesi doğmuş hak ve borçlardan da sorumlu olacaktır⁴⁸⁸. İfade etmek gerekir ki, devralan işverenin işçinin gerek devir öncesi dönemde gerek devir sonrası dönemde doğacak hak ve alacaklarından sorumsuzluğu kararlaştırılamayacaktır⁴⁸⁹. Devreden işveren ise, daha önce ifade ettiğimiz üzere, devir tarihinden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralan işveren ile birlikte -işyeri devrine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması sonucu- iki yıl süreyle sorumlu olacaktır⁴⁹⁰. İş sözleşmesinin devrinden sonra, yani işçinin devralan işveren nezdindeki çalışma süresine bağı haklar bakımından ise; ücret,

⁴⁸⁶ Yarg. 9. HD., 18.11.2013 T., 2013/2920E., 2013/29532K. (Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 140)

⁴⁸⁷ Yarg. 9. HD., 06.06.2012 T., 2010/5217E., 2012/19817K. (Ocak, s. 2905-2906).

⁴⁸⁸ Bkz. s. 80 vd.

⁴⁸⁹ Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 927; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 133.

⁴⁹⁰ Bkz. s. 82 vd.

ikramiye, prim, tatil ücreti vb. alacaklardan devralan işveren tek başına sorumludur⁴⁹¹. Yargıtay da bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir⁴⁹²;

“...Hizmet akdi devrinde, devreden işverenin devirden sonraki işçilik alacaklarından sorumlu tutulması doğru olmaz. ...Mahkemece devirden sonra doğan işçilik alacaklarından hizmet akdini devreden işverenin de devralan işverenle birlikte sorumlu tutulması hatalı olmuştur. ...Hizmet akdi devrinden sonra doğan işçilik alacaklarından sadece hizmet akdini devralan işveren sorumlu olmalıdır.”

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin usulsüz feshinde söz konusu olan ihbar tazminatı⁴⁹³ ve işçinin hak kazandığı yıllık ücretli iznini kullanamadan iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle hak kazandığı yıllık izin ücretinden⁴⁹⁴ ise devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır⁴⁹⁵. Bunun nedeni bu alacakların iş sözleşmesinin devri anında henüz doğmamış olması ve işçinin ancak iş sözleşmesinin devralan işveren nezdinde sona ermesi üzerine hak kazanabilecek olmasıdır⁴⁹⁶. Yargıtay da bir kararında yıllık ücretli izin alacağından devralan işverenin sorumlu olduğunu ifade etmiştir⁴⁹⁷. Bir başka kararında ise devreden işverenin devir sonrası dönem ve fesih nedeni ile ihbar tazminatından sorumluluğunun bulunmadığını belirtmiştir⁴⁹⁸.

4. İşçi Bakımından Sonuçları

İş sözleşmesinin devri ile birlikte, devredilen sözleşme sona ermeyip işçi ile devralan işveren arasında devam ettiğinden, işçi devir sonrasında bu sözleşmeden doğan borçlarını devralan işverene karşı ifa etmek durumundadır⁴⁹⁹. Gerçekten sözleşmedeki taraf değişikliği, yalnızca hak sahibinin değişmesi anlamına gelir ve sözleşmeden doğan

⁴⁹¹ Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 137; Alp, Bazı Sorunlar, s. 191; Albayrak Zincirlioğlu, s. 228.

⁴⁹² Yarg. 9. HD. 06.06.2006 T., 2006/9484E., 2006/16335K. (Ocak, s. 2906-2907).

⁴⁹³ Süzek, s. 534.

⁴⁹⁴ Süzek, s. 837.

⁴⁹⁵ Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 137.

⁴⁹⁶ Ekonomi / Eyrenci, s. 1223; Alpagut, Hizmet Sözleşmesinin Devri, s. 926; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 137; Alp, Bazı Sorunlar, s. 193; Çankaya / Çil, s. 649; Danar, s. 70; Kocagil, s. 56.

⁴⁹⁷ Yarg. 9. HD., 24.09.2012 T., 2012/28066E., 2012/31529K. (Ocak, s. 2902-2903).

⁴⁹⁸ Yarg. 9. HD., 18.11.2013 T., 2013/2920E., 2013/29532K. (Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 140).

⁴⁹⁹ Güzel, İşverenin Değişmesi, s. 416; Y. Yiğit, s. 257.

borç ilişkisinin içeriği, kapsamı ya da niteliğinde herhangi bir değişiklik söz konusu olmaz⁵⁰⁰. İş sözleşmesinin devralan işveren ile kesintisiz devam etmesinin bir sonucu olarak işçi, iş sözleşmesinden doğan işgörme borcunun yanında sadakat borcu ile işverenin emir ve talimatlarına uyma ve rekabet etmeme borçlarını da artık devralan işverene karşı yerine getirecektir⁵⁰¹.

II. İş Sözleşmesinin Devrinin İş Güvencesi Bakımından Sonuçları

1. İş Güvencesi Kavramı

İşçinin geçimini sağlayabilmesi ve sürdürebilmesi çalışmasına bağlıdır⁵⁰². İş Hukukunun en önemli konu ve amaçlarından biri de işçinin geleceğine güven duyması, sürekli olarak işini kaybetme ve dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan ücretinden yoksun kalma endişesinin dışında tutulmasıdır⁵⁰³. Bu amaç hem belirli süreli hem belirsiz süreli tüm iş sözleşmeleri için geçerli olmakla birlikte belirsiz süreli sözleşmeler bakımından daha büyük önem arz etmektedir⁵⁰⁴. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde süreli fesih hakkının işveren tarafından hakkın kötüye kullanılması dışında herhangi bir sınırlama olmaksızın kullanılabilmesi, işçileri işlerinin sürekliliği bakımından büyük bir güvensizlikle karşı karşıya bırakacaktır⁵⁰⁵. İşçinin işini güvence altına almak için kanun koyucu tarafından iş güvencesi hükümleri getirilmiştir. Söz konusu güvence asıl olarak işveren tarafından işçinin kurallara uygun çalıştığı sürece işini kaybetmemesi ve işverenin keyfi bir şekilde iş sözleşmesini sona erdirmesi karşısında kanun tarafından korunması şeklinde ortaya çıkar. Gerçekten iş güvencesinin en önemli unsur ve amaçlarından biri de keyfi işten çıkarmaların önlenmesidir⁵⁰⁶. Burada “keyfilik”

⁵⁰⁰ Ekonomi / Eyrenci, s. 1221; Kocagil, s. 57; Y. Yiğit, s. 224.

⁵⁰¹ Y. Yiğit, s. 224.

⁵⁰² T. Centel, İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 9.

⁵⁰³ Başterzi, s. 520; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 278; Süzek, s. 550; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 469; Centel, s. 1-2.

⁵⁰⁴ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 469-470.

⁵⁰⁵ Süzek, s. 550-551.

⁵⁰⁶ A. Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri 28-29 Mayıs 2004, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınlar, 2004,

işverence gerçekleştirilecek feshin, hiçbir nedene dayanmaması ya da makul herhangi bir nedene dayanmaması anlamına gelmektedir⁵⁰⁷. İş Hukukunun etkinliğinin fiilen hayata geçirilebilmesinin sağlanmasında da en önemli etkenlerden biri iş güvencesinin varlığıdır⁵⁰⁸. İşçilerin iş güvencesinin olmadığı ve işten çıkarılma endişesi yaşadıkları bir ortamda, yasadan ve sözleşmeden doğan haklarını talep edip etmeme noktasında tereddüte düşmeleri kaçınılmazdır. Gerçekten işçinin işini kaybetme korkusu işçinin hakkını arayabilmesini güçleştirmekte ve giderek ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Aynı şekilde işini kaybetme korkusu işçinin işverenin haksız isteklerini yerine getirmekten kaçınmasını da zorlaştırmaktadır. Oysa işçi, haklarını iş sözleşmesi devam ettiği zaman dahi isteyebilmelidir, bunun yolu ise işçinin haklarını işverenden istediği durumlarda işini kaybetme riski ile karşı karşıya kalmamasıdır. Bu ise iş güvencesi ile sağlanabilir. Yani iş güvencesi her şeyden önce işçiye kanunun kendisine tanıdığı bir menfaati talep edebilme olanağını verir. İşçilerin sadece bireysel haklardan değil, Toplu İş Hukukunun sağladığı olanaklardan da gerçek anlamda yararlanabilmeleri ancak iş güvencesinin var olduğu bir hukuki ortamda mümkün olabilecektir⁵⁰⁹. Ayrıca, geçerli ya da haklı bir neden olmaksızın işten çıkarılamayacağına güvenini taşıyan bir işçi daha huzurlu ve verimli çalışacak, bu da işyerinde verimin artmasına ve çalışma barışının kurulmasına katkı sağlayacaktır⁵¹⁰.

Tüm bu saydığımız nedenlerle, sosyal devlet ilkesi çerçevesinde işverenin işçi çıkarmadaki serbestliğinin sınırlandırılması gerektiği kuşkusuzdur. Bununla birlikte, iş güvencesi kavramı, işçinin hiçbir şart altında işten çıkarılmaması anlamına da gelmemektedir. Gerçekten, işçinin işinin korunmasının taşıdığı öneme karşılık işletme gereklerinin göz önünde tutulması gerekliliği de yadsınamaz bir gerçektir. İşletmenin verimliliği başka türlü sağlanamıyor ve bu durum işyerinden bazı işçilerin çıkarılmasını gerekli kılıyorsa, buna olanak sağlanmalıdır. İş güvencesinin amacı verimsiz ve işyerinde çalıştırılma ihtiyacı olmayan işçiyi işyerinde işveren zararına tutmak değil işveren

s. 17; A. Güzel, “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi” (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, S.1, 2005, s. 162-163.

⁵⁰⁷ Centel, s. 10.

⁵⁰⁸ Süzek, s. 551; Başterzi, s. 520.

⁵⁰⁹ Süzek, s. 551.

⁵¹⁰ Süzek, s. 551.

tarafından gerçekleştirilebilecek keyfi fesihleri engellemektir⁵¹¹. O halde, bu konuda amaç işçinin iş güvencesinin sağlanması ve işletme gerekliliklerinin arasında bir denge sağlamak olmalıdır⁵¹².

Ülkemizde iş güvencesi hükümlerine ilk olarak 4773 Sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁵¹³ ile yer verilmiş ve söz konusu Kanun ile mülga 1475 Sayılı Kanuna iş güvencesine ilişkin hükümler eklenmiştir⁵¹⁴. İş güvencesine ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesinden önce süreli fesih hakkının kullanılmasında serbesti ilkesi geçerliydi ve işveren işçilerin iş sözleşmesini herhangi bir neden göstermek zorunda olmaksızın ihbar süresine uyarak feshedebilmekteydi. Bu durum, işveren bakımından belirli bir tazminat yükümlülüğü doğurmakla birlikte iş ilişkisi sona eriyor ve işçinin işyerine iadesini sağlayan bir hüküm kanunda yer almıyordu⁵¹⁵.

İş güvencesi hükümleri halen yürürlükte olan 4857 Sayılı İş Kanununda da yer almaktadır ve 4857 Sayılı İş Kanununun 18. ve devamı maddeleri ile de iş güvencesi kapsamına giren iş sözleşmeleri bakımından fesih serbestisi sistemi bulunmamaktadır. İş güvencesiyle işverenin süreli fesih hakkının doğumu kanunda belirtilmiş olan geçerli nedenlerin varlığına bağlanmış, bu nedenleri ispat yükü işverene yüklenmiştir⁵¹⁶. Söz konusu nedenler gerçekleşmemişse işçinin işine iade edileceği veya işçiye iş güvencesi tazminatının ve boşta geçen süre ücretinin ödeneceği öngörülmüştür⁵¹⁷ (İşK. md. 19, İşK. md. 20 ve İşK. md. 21). Ancak belirtmek gerekir ki, iş güvencesi hükümlerinin dışında kalan işçiler bakımından (sendikal nedenlerle yapılan fesihler dışında) fesih serbestisi sistemi halen geçerlidir⁵¹⁸.

⁵¹¹ S. S. Aktuğ, İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi, Kamu-İş, Ankara 2010, s. 21-22.

⁵¹² Süzek, s. 551; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 470; Başterzi, s. 520.

⁵¹³ RG., 15.08.2002, 24847.

⁵¹⁴ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 787.

⁵¹⁵ Süzek, s. 550; Narmanlıoğlu, s. 495.

⁵¹⁶ Süzek, s. 550.

⁵¹⁷ Süzek, s. 550.

⁵¹⁸ Süzek, s. 550; Narmanlıoğlu, s. 495.

İş Kanunu'nun 18 vd. maddelerinde düzenlenen iş güvencesinden her işçi yararlanamamaktadır. İş güvencesinden yararlanabilmek için belirli koşulların bulunması gerekir. İş Kanunumuzun 18. maddesine 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. Aynı maddenin son fıkrasına göre ise işletmenin 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 md. 18, md. 19, md. 21 ile md. 25/son uygulanmayacaktır.

İşK. md. 18, 19, 20 ve 21. maddelerinde düzenlenmiş olan iş güvencesinden yararlanmak için gerekli koşullar şu şekilde sıralanabilir;

- Bir işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmesi için her şeyden önce *İş Kanununa ya da Basın İş Kanununa tâbi olması* gerekmektedir⁵¹⁹. İş Kanununun değil de Borçlar Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamına giren işçiler bakımından ise iş güvencesine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır⁵²⁰.
- İş güvencesi hükümleri, *otuz veya daha fazla işçinin çalıştırıldığı işyerleri için* söz konusudur⁵²¹. Buna göre, otuz işçiden daha az sayıda işçi çalıştıran işyerleri bakımından iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır⁵²². Belirli bir sayıdan az işçi çalıştıran işyerlerinde bu zorunluluğun aranmaması, ekonomik bakımdan zayıf olan işyerlerinin masraflı ve uzun süreli bir fesih usulünü kaldıramayacağı düşüncesine dayanmaktadır⁵²³. Otuz işçi ölçütüne ilişkin olarak İş Kanunu hükmünün Anayasaya aykırılığı nedeniyle dava açılmışsa da iptal istemi Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir⁵²⁴.

⁵¹⁹ Narmanlıoğlu, s. 495.

⁵²⁰ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 789 vd.; Süzek, s. 554-555; Centel, s. 29-30; Narmanlıoğlu, s. 497.

⁵²¹ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 789 vd.; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 475; Süzek, s. 555; Narmanlıoğlu, s. 498.

⁵²² Centel, s. 37.

⁵²³ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 475.

⁵²⁴ AYM., 19.10.2005 T., 2003/66E., 2005/72K., RG. 24.11.2007, S. 26710 (www.resmigazete.gov.tr, e.t. 26.07.2019)

- İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için *en az 6 aylık kıdeme sahip olması* gerekmektedir⁵²⁵. İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilecektir⁵²⁶. Altı aylık kıdemi olmayan işçinin iş sözleşmesinin feshinde işveren geçerli bir sebep göstermek durumunda değildir. İşK. md. 18/1'e 6552 Sayılı Kanunla eklenen cümleye göre ise yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmayacaktır. İşyerinin veya iş sözleşmesinin devri halinde, devralan işveren işçinin kıdemini hesaplarken, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür⁵²⁷ (İşK. md. 6/2, TBK. md. 429/2).
- İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmenin bir diğer koşulu, *işçinin Kanunda belirtilen işveren vekili durumunda olmamasıdır*. İşK. md. 18/son gereğince *“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 bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.”* Madde hükmünde geçen, *“işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri”* ifadesindeki *“ve”* sözcüğü karşısında, işyerinin bütününe yöneten işveren vekillerinden başka, işçi alma ve çıkarma yetkisine sahip olan işveren vekillerinin, her iki yetkiyi birden birlikte kullanmaları halinde iş güvencesi kapsamı dışında kaldıkları sonucuna varılmalıdır. Buna göre, işyerinin bütününe yönetmekle birlikte işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunmayan veya bu yetkiye sahip olsa da işyerinin bütününe yönetmeyen işveren vekilleri iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir⁵²⁸.

⁵²⁵ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 806 vd.; Centel, s. 45; Narmanlıoğlu, s. 500.

⁵²⁶ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 483; Süzek, s. 559.

⁵²⁷ Süzek, s. 559.

⁵²⁸ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 802 vd.; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 485; Süzek, s. 564; Centel, s. 49-50; Narmanlıoğlu, s. 503.

- İş güvencesinden yararlanmanın bir diğer koşulu ise, *işçinin iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasıdır*. İşK. md. 18/1’de yer alan “*..işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren..*” hükmü ile, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için işçinin iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından iş güvencesi hükümleri uygulanamayacaktır⁵²⁹.
- Son olarak *iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş olması* gerekmektedir. İşK. md. 18/1’de yer alan “*..işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren..*” ifadesinden, iş güvencesi hükümlerinin ancak iş sözleşmesinin feshinin işveren tarafından gerçekleştirilmesi durumunda söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır⁵³⁰. Diğer bir deyişle, iş sözleşmesi -ister süreli fesih yoluyla olsun ister haklı nedenle olsun- işçi tarafından feshedilmişse ya da tarafların anlaşmaları sonucu yani ikale yoluyla sona erdirilmişse, işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır⁵³¹.

2. İş Sözleşmesinin Devrinin İşçinin İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmasına Etkisi

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işyerinde en az otuz işçi çalıştırılmasının gerektiğini daha önce ifade etmiştik. İşK. md. 18/4’te ise, işverenlerin işyerlerini bölerek kapsam dışı kalmalarını engellemek için “*..İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması hâlinde..*” otuz işçi sayısının “*..bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısında göre..*” belirlenmesi esası benimsenmiştir. Görüldüğü üzere, işçi sayısının belirlenmesinde

⁵²⁹ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 795 vd.; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 487; Süzek, s. 564; Centel, s. 34; Narmanlioğlu, s. 497.

⁵³⁰ Süzek, s. 565; Centel, 32.

⁵³¹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 474; Süzek, s. 565.

işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı dikkate alınacaktır⁵³².

İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için gerekli olan otuz işçi kriteri, iş sözleşmesinin devrinden etkilenebilecek bir koşuldur. İş sözleşmesinin devri öncesi iş güvencesi kapsamında olan bir işçi devirden sonra -eğer devralan işverenin işyerindeki işçi sayısı otuzdan az ise- iş güvencesi kapsamı dışında kalabilecektir. Bunun gibi, devir öncesi devreden işverenin işyerinde çalışırken iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçi devir sonrası devralan işverenin işyerindeki işçi sayısı otuz ve daha fazla ise -iş güvencesine ilişkin diğer koşulların da gerçekleşmesi şartıyla- iş güvencesi kapsamına girebilmektedir⁵³³.

İşçinin iş sözleşmesinin devri sonrası iş güvencesi kapsamı dışında kalma ihtimali işçinin devre ilişkin rızasının devir esnasında alınması gerektiği görüşünü destekler niteliktedir⁵³⁴. Gerçekten, işçinin devre ilişkin rızasının devirden önce alınabileceğinin kabulü halinde, işçinin sırf iş güvencesi kapsamı dışında bırakılması için iş sözleşmesinin devredilmesi gündeme gelebilecektir⁵³⁵.

İş güvencesi kapsamı bakımından önem taşıyan bir diğer husus da iş sözleşmesi devredilmek istenen işçinin, kıdem süresinin iş sözleşmesinin devrinden etkilenip etkilenmeyeceğidir. Çalışmamızda daha önce de ifade ettiğimiz üzere, işyerinin veya iş sözleşmesinin devri halinde, devralan işveren işçinin kıdemini hesaplarken, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür⁵³⁶. İş sözleşmesinin devrinde devralan işveren, işçinin devreden işveren nezdinde işe başladığı tarihe göre işlem yapmak durumunda olduğundan, altı aylık sürenin hesabında devreden işveren nezdinde geçen hizmet süresi de göz önüne alınmalıdır⁵³⁷. Bir diğer ifadeyle, hizmet süresinin hesabında devreden işveren yanında geçen süreler de dikkate

⁵³² Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 279; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 476-477; Süzek, s. 556-557; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 791-792.

⁵³³ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 128; Y. Yiğit, s. 301; Cengiz, s. 155-156.

⁵³⁴ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 128.

⁵³⁵ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 128.

⁵³⁶ Bkz. s. 78 vd.

⁵³⁷ Süzek, s. 559.

alınacağından işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması için aranan 6 aylık kıdem süresi iş sözleşmesinin devrinden etkilenmeyecektir⁵³⁸.

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için gerekli 6 aylık kıdem süresi gibi, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması da iş sözleşmesinin devrinden etkilenmeyecektir. İş sözleşmesinin belirsiz süreli olması iş sözleşmesinin devrinden etkilenmediğinden -diğer bir ifadeyle devir ile iş sözleşmesinin niteliği değişmediğinden- iş sözleşmesinin devredilmiş olması işçinin iş güvencesi kapsamına girmesi bakımından herhangi bir değişikliğe neden olmayacaktır⁵³⁹.

III. İş Sözleşmesinin Devrinin Toplu İş Hukuku Bakımından Sonuçları

İş sözleşmesinin devri sonucunda iş sözleşmesinin işveren tarafı değiştiğinden ve işçi bir başka işverene ait işyerinde çalışmasına devam ettiğinden sendikal hak ve yükümlülüklerle ilişkin bazı konuların da incelenmesi gerekmektedir.

1. Sendika ve Toplu İş Sözleşmesi Kavramları

1.1. Sendika Kavramı

Türk Hukukunda sendika özgürlüğüne ilişkin temel düzenlemeler AY.'nın “Temel Hak ve Ödevler” kısmının “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümünde yer almaktadır⁵⁴⁰. AY.'nın 51. maddesinde, çalışanların ve işverenlerin, üyelerinin çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için, önceden izin almaksızın, sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir⁵⁴¹. Sendika kavramının temelinde dayanışma yoluyla ortak çıkarları

⁵³⁸ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 127, 129; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, s. 132.

⁵³⁹ Özkaraca, İşyeri Devri, s. 129.

⁵⁴⁰ Ö. Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 25; Sümer, s. 190-191.

⁵⁴¹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 751.

birlikte koruma ve geliştirme ihtiyaç ve kaygısının yattığı kabul edilmektedir⁵⁴². AY.'nın 51. maddesi ve STSK.'nın 17. maddesine göre, işçiler ve işverenler sendikalara serbestçe üye olma hakkına sahiptirler. Sendikaya üye olma hem işçiler hem de işverenler için tanınmış bir hak ve özgürlüktür⁵⁴³. Niteliği itibarıyla bir sosyal ve ekonomik hak olan sendika özgürlüğü, sendika kurup kurmama, kurulmuş bir sendikaya üye olup olmama ve mevcut üyelikten ayrılıp ayrılmama yanında örgütlü ve/veya bireysel olarak sendikal faaliyette bulunup bulunmama konularındaki serbestiyi ifade etmektedir⁵⁴⁴.

6356 Sayılı STSK.'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinde sendika, “*İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar*” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ise sendika belli koşullarla hem çalışanların (yani işçilerin ve kamu görevlilerinin) hem de işverenlerin serbestçe kurup üye olabildiği, amacı üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek olan, kuruluşu, işleyişi ve faaliyetlerinde Cumhuriyetin nitelikleri ve demokratik esasların hâkim olduğu, bağımsız ve özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olan çalışma örgütü olarak tanımlanmaktadır⁵⁴⁵.

Sendikaların kuruluş düzeyi bakımından farklı sistemler mevcuttur⁵⁴⁶. Bu sistemler, işyeri esasına göre sendikacılık, meslek esasına göre sendikacılık ve işkolu esasına göre sendikacılıktır. Ülkemizde 2821 Sayılı Mülga Sendikalar Kanunu ile yalnızca işkolu sendikacılığına izin verilmiş, hâlen yürürlükte olan 6356 Sayılı STSK. ile de bu sistem devam ettirilmiştir⁵⁴⁷. Yani, ülkemizde geçerli olan sistem işkolu esasına göre sendikalaşma, bir diğer deyişle işkolu sendikacılığıdır⁵⁴⁸. İşkolu, işyerlerinde yürütülen asıl işin konusu esas alınarak oluşturulan sınıflandırmadır⁵⁴⁹. İşkoluna göre sendikalaşma ilkesi uyarınca, ülkede yapılan işler girdikleri işkoluna göre

⁵⁴² Akyiğit, İş Hukuku, s. 501.

⁵⁴³ Y. Yiğit, s. 318.

⁵⁴⁴ Akyiğit, İş Hukuku, s. 508; Sümer, s. 190-191.

⁵⁴⁵ Akyiğit, İş Hukuku, s. 502; Sümer, s. 188.

⁵⁴⁶ Ekmekçi, s. 31; Akyiğit, İş Hukuku, s. 519.

⁵⁴⁷ Ekmekçi, s. 31; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 809.

⁵⁴⁸ Ekmekçi, s. 32; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 809; Akyiğit, İş Hukuku, s. 519; Sümer, s. 193.

⁵⁴⁹ Ekmekçi, s. 31; Akyiğit, İş Hukuku, s. 519-520; Sümer, s. 193.

gruplaştırılmakta ve her bir gruba *işkol*u adı verilmektedir⁵⁵⁰. Bu ilke uyarınca işçiler, sendika kurarken ya da bir sendikaya üye olurken mesleklerine bakılmaksızın, sadece çalıştıkları işyerinin / işyerlerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilmektedir⁵⁵¹. Ülkemiz hukukunda, işyeri esasına ya da meslek esasına göre sendikacılığa olanak tanınmamıştır⁵⁵². Bu nedenle bir işyeri ile sınırlı olarak sendika kurulamayacağı gibi, meslek esasına göre de sendika kurulamayacaktır⁵⁵³. Bu esaslar hem işçi hem işveren sendikaları için geçerlidir⁵⁵⁴. Ancak ifade etmek gerekir ki, işkoluna göre sendikalaşma ilkesine kamu işverenleri bakımından istisna getirilmiştir. Buna göre, kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki işverenler tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunması koşulu aranmayacaktır⁵⁵⁵ (STSK. md. 3/2).

6356 Sayılı STSK.'nın 17. maddesinde, kurumuş olan bir sendikaya üye olmanın koşulları düzenlenmiştir. Madde hükmünde, işçi sendikasına üye olabilmek için, işçi niteliğine sahip olmak, on beş yaşını doldurmuş olmak, sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışıyor olmak ve aynı anda aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olmamak gerekmektedir⁵⁵⁶. Sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışmak koşulu gereği, işçiler çalıştıkları işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabileceklerdir. Bu noktada ayırt edici olan işyerinin girdiği işkoludur. İşçinin işyerindeki görevinin ya da mesleğinin bir önemi yoktur. Somut bir faaliyetin hangi işkoluna girdiğini tespit ederken, o işyerinde yürütülen asıl iş dikkate alınır ve asıl işe bağlı işler de asıl işin işkolundan sayılır⁵⁵⁷.

⁵⁵⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 808.

⁵⁵¹ Ekmekçi, s. 78; Sümer, s. 193.

⁵⁵² Ekmekçi, s. 31; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 808.

⁵⁵³ Ekmekçi, s. 32; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 808; Sümer, s. 193.

⁵⁵⁴ Ekmekçi, s. 32; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 808.

⁵⁵⁵ Ekmekçi, s. 32, Akyiğit, İş Hukuku, s. 521; Sümer, s. 193.

⁵⁵⁶ Ekmekçi, s. 78; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 824; Y. Yiğit, s. 318; Akyiğit, İş Hukuku, s. 549.

⁵⁵⁷ Ekmekçi, s. 78; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 812; Akyiğit, İş Hukuku, s. 520.

1.2. Toplu İş Sözleşmesi Kavramı

İşçiler ile işverenler arasındaki iş ilişkileri, her bir işçiyle işveren arasında yapılan iş sözleşmesiyle bireysel olarak düzenlenebilmektedir. Bununla birlikte, İş Hukukunun tarihsel gelişimi içinde işçi sendikaları ortaya çıkmıştır. Bu sendikalar işveren karşısında tek bir işçiye kıyasla daha güçlü bir taraf olarak yer almışlar ve bunun sonucu olarak işçiler, bireysel sözleşmelerle elde ettikleri hakların üzerinde haklara sahip olmuşlardır⁵⁵⁸.

Sendikalar, ekonomik ve sosyal bakımdan önemli bir güce sahip olup değişik işlevleri yerine getirirler. Toplu iş sözleşmesi yapılması da sendikaların faaliyetlerinin bir bölümünü oluşturmaktadır. Toplu iş sözleşmesi ekonomik, sosyal ve hukuki yönden önem taşıyan bir kurumdur. Sendikalar, toplu iş sözleşmesi yolu ile üyelerinin ekonomik ve sosyal durumlarına ve çalışma şartlarına ilişkin düzenlemeler yapmaktadırlar. Bu şekilde devletin mevzuat yoluyla getirdiği hükümlerin yanı sıra çalışma yaşamının düzenlenmesinde sendikalar önemli katkılarda bulunmaktadır⁵⁵⁹.

AY.'nın 53. maddesi ile 6356 Sayılı Sayılı STSK.'nın 1. maddesinde, toplu iş sözleşmesi yapma hakkı işçi ve işverenlere karşılıklı olarak tanınmıştır. 6356 Sayılı STSK.'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere yapılan sözleşme olarak tanımlanmıştır. Kanunun 33. maddesinin 2. fıkrasında toplu iş sözleşmesinin taraflarının karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümler de içerebileceği ifade edilmiştir. Aynı Kanunun 35/1. maddesinde ise, toplu iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmayacağı hükmü mevcuttur. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili hususların düzenlendiği ve tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimi ile uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yollara ilişkin hükümlerin de yer alabileceği yazılı şekilde yapılan bir sözleşme olarak

⁵⁵⁸ Akyiğit, İş Hukuku, s. 649.

⁵⁵⁹ Ekmekçi, s. 170.

tanımlanabilecektir⁵⁶⁰. Tanımdan anlaşılacağı üzere toplu iş sözleşmesi işçi-işveren ilişkilerini iş sözleşmesinde olduğu gibi bireysel düzeyde değil; toplu düzeyde düzenleyen bir sözleşmedir⁵⁶¹.

Toplu iş sözleşmesinin en önemli özelliği olarak, çalışma koşullarının devletin müdahalesi olmaksızın sosyal taraflarca saptanabilmesi gösterilebilir. Böylece toplu iş sözleşmesinin tarafları, devletten bağımsız bir şekilde kural koyma imkânı elde etmektedirler. Toplu iş sözleşmesi bir “norm sözleşmesi” olarak kabul edilir ve kapsamına giren iş ilişkilerini adeta bir kanun hükmü gibi etkileyecek şekilde genel, soyut ve objektif kurallar getirir⁵⁶².

Toplu iş sözleşmesinin tarafları, kendilerine tanınan alan içerisinde kural koyma yetkisine sahip kılınmakla birlikte, diledikleri hükümlere serbestçe yer veremezler. Toplu iş sözleşmesinde yer alan kurallar da hukuk düzeninin parçası olduğundan üstün hukuk kurallarına aykırı olamayacaklardır. Diğer bir ifade ile, toplu iş sözleşmesinin hükümleri, Anayasa ya da kanunlarda yer alan emredici kurallara aykırı olamazlar. Aynı şekilde, toplu iş sözleşmesinin tarafları, bu sözleşmede -diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak- diledikleri konulara serbestçe yer veremeyeceklerdir. Gerçekten AY. md. 53’te işçi ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Buna göre tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarına ilişkin olmayan konular toplu iş sözleşmesi ile düzenlenemeyecektir⁵⁶³. Konu itibarıyla toplu iş sözleşmesinin kapsamına girmediği halde sözleşmeye konulan bir düzenleme hukuken bir etki yaratmayacak, işçi ve işverenler bakımından hak ve borç doğurmayacaktır⁵⁶⁴.

6356 Sayılı STSK.’nın 2. maddesinin (h) bendinde, toplu iş sözleşmesinin tarafları; işçi tarafı olarak işçi sendikası, işveren tarafı olarak işveren veya işveren sendikası olarak belirlenmiştir⁵⁶⁵. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin işçi tarafını yalnızca

⁵⁶⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 873; Sümer, s. 240.

⁵⁶¹ Sümer, s. 240.

⁵⁶² Akyiğit, İş Hukuku, s. 649-650.

⁵⁶³ Ekmekçi, s. 170.

⁵⁶⁴ Ekmekçi, s. 171.

⁵⁶⁵ Ekmekçi, s. 193; Sümer, s. 240; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 873; Akyiğit, İş Hukuku, s. 661; Y. Yiğit, s. 321.

işçi sendikaları oluşturabilirken; işveren tarafını sendika üyesi olmayan bir işverenin kendisi veya sendika üyesi ise üyesi olduğu işveren sendikası oluşturabilmektedir⁵⁶⁶. Bunlar dışında kalan, konfederasyonların, işçi derneklerinin ve işçi topluluklarının ya da iş insanları derneklerinin, ticaret odalarının, meslek odalarının toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti yoktur⁵⁶⁷.

Toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, bir toplu iş sözleşmesine taraf olabilme ehliyetini ifade eder⁵⁶⁸. Toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olmayan kişi veya kuruluşlar geçerli bir toplu iş sözleşmesi yapamayacaklardır⁵⁶⁹. Bununla birlikte, toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmek için toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olmak şart olsa da tek başına yeterli değildir. Ayrıca toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olan kişi veya kuruluşların kanunda gösterilen niteliklere yani yetkiye de sahip olması gerekmektedir⁵⁷⁰. Buna göre, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip kişi veya kuruluşların, toplu iş sözleşmesi yapabilme gücüne toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi denilmektedir⁵⁷¹.

Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, işçi tarafı bakımından düşünülür çünkü işveren tarafının yetkisi aynı zamanda ehliyet olarak kabul edilir⁵⁷². Bu nedenle toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip işçi sendikalarından hangisinin toplu iş sözleşmesine taraf olabileceğini ifade eder⁵⁷³.

Bir işçi sendikasının kurulu olduğu işkoluna giren bir işyeri ya da işletmede toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olabilmesi için iki koşulun gerçekleşmiş olması aranır⁵⁷⁴ (STSK. md. 41/1):

- İşçi sendikasının kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az %1'i bu sendikanın üyesi olmalıdır. Buna işkolu barajı denilmektedir⁵⁷⁵.

⁵⁶⁶ Akyiğit, İş Hukuku, s. 662.

⁵⁶⁷ Akyiğit, İş Hukuku, s. 661; Sümer, s. 247.

⁵⁶⁸ Akyiğit, İş Hukuku, s. 662; Sümer, s. 247.

⁵⁶⁹ Sümer, s. 247.

⁵⁷⁰ Sümer, s. 247.

⁵⁷¹ Ekmekçi, s. 195; Sümer, s. 247.

⁵⁷² Akyiğit, İş Hukuku, s. 662.

⁵⁷³ Ekmekçi, s. 195-196; Akyiğit, İş Hukuku, s. 662.

⁵⁷⁴ Sümer, s. 247.

⁵⁷⁵ Ekmekçi, s. 196; Akyiğit, İş Hukuku, s. 663.

- Sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmak istediği işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının; işletme toplu iş sözleşmesi bakımından ise işletmenin bütününde çalışan toplam işçi sayısının en az %40'ının kendi üyesi olması aranır. Bu baraja ise işyeri/işletme barajı denilmektedir⁵⁷⁶.

2. İş Sözleşmesinin Devrinin İşçinin Sendika Üyeliğine Etkisi ile Toplu İş Sözleşmesi Bakımından Sonuçları

İş sözleşmesinin devri bakımından incelenmesi gereken bir diğer önemli konu, iş sözleşmesi bir başka işverene devredilen işçinin sendika üyeliğinin ve üye olduğu sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin bu devirden nasıl etkileneyeceğidir⁵⁷⁷. Gerçekten üyelik koşullarından bazılarının iş sözleşmesinin devri ile birlikte ortadan kalkması durumunda, işçinin sendika üyeliğinin ve işçinin üyesi olduğu sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin etkilenmesi söz konusu olabilecektir⁵⁷⁸.

Çalışmamızda daha önce ifade ettiğimiz üzere, bir işçi sendikasına üye olabilmek için işçi olmak şart olmakla birlikte yeterli olmamakta, ayrıca işçinin çalıştığı işyerinin, üye olmak istediği sendikanın kurulu olduğu işkolunda faaliyet gösteriyor olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, işçinin bir işçi sendikasına üye olabilmesi için ayırt edici olan unsur, çalıştığı işyerinin girdiği işkoludur. İşçi çalıştığı işyerinin girdiği işkolunda faaliyet gösteren sendikalar dışındaki bir işçi sendikasına üye olamayacaktır⁵⁷⁹. İş sözleşmesinin devri ile birlikte işçinin iş sözleşmesinin, kapsadığı tüm hak ve borçlar ile birlikte bir başka işverene devredildiğini, başka bir deyişle iş sözleşmesinin işveren tarafının değiştiğini daha önce ifade etmiştik⁵⁸⁰. Devir işlemiyle birlikte kural olarak işçinin işyeri de değişmektedir⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ Ekmekçi, s. 196; Akyiğit, İş Hukuku, s. 663 vd.; Sümer, s. 247.

⁵⁷⁷ Y. Yiğit, s. 317.

⁵⁷⁸ Y. Yiğit, s. 317 vd.

⁵⁷⁹ Ekmekçi, s. 78; Akyiğit, İş Hukuku, s. 520.

⁵⁸⁰ Bkz. s. 37 vd.

⁵⁸¹ Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 306; Özkaraca, İşyeri Devri, s. 133; Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, Beta, İstanbul 2014, s. 227; Cengiz, s. 166.

İş sözleşmesinin devri halinde, devreden işverene ait olan işyerinin dahil olduğu işkolu ile devralan işverene ait olan işyerinin dahil olduğu işkolu aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. İş sözleşmesi devredilen bir işçinin eski işyeri ile aynı işkolunda faaliyet gösteren bir işyerine geçmesi durumunda işçinin sendika üyeliği bu devirden etkilenmeyecek ve devam edecektir⁵⁸². Bununla birlikte, iş sözleşmesinin devri sonucunda işçinin çalıştığı işkolunun değişmesi işçinin eski işyerinde çalışırken üyesi olduğu sendikadaki üyeliğini sona erdirecektir⁵⁸³. Gerçekten STSK. md. 19/7’de de işkolunu değiştirenin sendika üyeliğinin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir.

STSK. md. 17/3’e göre ise, sendikaya üye olmak serbest olup hiç kimse sendikaya üye olmaya ya da olmamaya zorlanamayacaktır. İşçi ya da işverenler aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamayacaksa da aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışanlar birden çok sendikaya üye olabilirler. İşçi ve işverenlerin bu hükme aykırı şekilde birden çok sendikaya üye olmaları hâlinde sonraki üyelikleri geçersiz olacaktır. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, hukukumuzda aynı işkolunda aynı zamanda *farklı işverenlere* ait işyerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilmektedir. Buna göre işçi, iş sözleşmesinin devrinden önce aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerinde çalışıyor ise bu işçinin birden çok sendikaya üye olmasının mümkün olduğu açıktır. Ancak, iş sözleşmesi devredilen bir işçi aynı işkolunda çalışmaya devam etse dahi, devir sonrası tek bir işverene bağlı olarak çalışıyorsa, farklı işverenlere ait işyeri şartı ortadan kalktığından, çalışmaya devam ettiği işverenin işyerinin girdiği işkolunda kurulu sendikadaki üyeliği devam edecek, diğer üyelikleri ise sona erecektir⁵⁸⁴.

Yukarıdaki paragraflarda açıklandığı üzere, iş sözleşmesinin devrinden işçinin sendika üyeliği etkilenebilmektedir. Toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesi için ise özellikle yetkili sendikanın belirlenmesinde, sendikanın işkolundaki işçi sayısı ve toplu iş sözleşmesinin uygulanacağı işyerlerindeki işçi sayısının belirleyici olduğunu daha önce ifade etmiştik. Gerçekten bir işçi sendikasının, kurulu olduğu işkoluna giren bir işyeri ya da işletmede toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olabilmesi için, sendikanın kurulu

⁵⁸² Ekmekçi, s. 95; Sümer, s. 216.

⁵⁸³ Ekmekçi, s. 95; Akyiğit, İş Hukuku, s. 602; Sümer, s. 216.

⁵⁸⁴ Y. Yiğit, s. 320; Albayrak Zincirlioğlu, s. 243.

bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az %1'inin bu sendikanın üyesi olması ve işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise toplam işçi sayısının en az %40'ının kendi üyesi olması şarttır⁵⁸⁵. Buna göre sendika üyesi bir veya daha fazla işçinin bir işyerinde çalışmaya başlaması, sendikanın işçiyi/işçileri devralan işverenin işyerindeki üye sayısı bakımından yetkisini olumlu etkilerken, devreden işverenin işyerindeki yetkisini olumsuz etkileyecektir⁵⁸⁶. Kuşkusuz, işçinin ya da işçilerin farklı işkolundaki bir işyerine devredilmiş olmaları durumunda önceki sendikadaki üyelikleri sona erecek ve bu sendikanın üye sayısının hesabında göz önünde bulundurulmayacaklardır⁵⁸⁷.

İş sözleşmesinin devri sonucunda işçinin, devreden işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesinden doğan haklarının devralan işverenin işyerinde de geçerli olup olmayacağı veya devreden işverenin işyerinde herhangi bir toplu iş sözleşmesinin bulunmaması durumunda devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunun da incelenmesi gerekmektedir.

Toplu iş sözleşmesi, bir işverene ait işyerinde ya da işletmede o işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışan ve yararlanmaya ilişkin diğer koşulları yerine getiren işçiler bakımından uygulanmak üzere yapılmaktadır⁵⁸⁸. Toplu iş sözleşmesinin kişiler bakımından kapsamına sözleşmenin tarafı olan işverene veya işveren sendikasına üye işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışan işçiler girerken; yer bakımından kapsamına ise, bu işverene ait olan ve işyeri girmektedir⁵⁸⁹. İş sözleşmesinin devrinde daha önce ifade ettiğimiz üzere kural olarak işçinin işyeri değişmektedir⁵⁹⁰. İş sözleşmesinin devri ile birlikte işçi devir anına kadar çalışmakta olduğu işyerinden ayrılmakta ve başka bir işverenin işyerinde o işverene bağlı olarak çalışmaktadır. Bu nedenle işçi, toplu iş sözleşmesinin uygulanmakta olduğu bir işyerinde bu toplu iş sözleşmesinden yararlanarak çalışırken, iş sözleşmesinin devriyle birlikte artık bu toplu iş

⁵⁸⁵ Ekmekçi, s. 196; Akyiğit, İş Hukuku, s. 663 vd.; Sümer, s. 247.

⁵⁸⁶ Y. Yiğit, s. 323.

⁵⁸⁷ Y. Yiğit, s. 323.

⁵⁸⁸ Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesi, s. 227.

⁵⁸⁹ Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesi, s. 227.

⁵⁹⁰ Bkz. s. 62 ve s. 100.

sözleşmesinin kişi ve yer bakımından kapsamı dışına çıktığından bu sözleşmeden yararlanamayacaktır⁵⁹¹.

Belirttiğimiz gibi iş sözleşmesi devredilen işçi, devreden işverene ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden devralan işverene ait işyerinde, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi hükmü olarak da yararlanamayacaktır⁵⁹². Bu durumda ard etki de devreye girmez zira toplu iş sözleşmesi sona ermekte, iş sözleşmesi devredilen işçi bu sözleşmeden yararlanma hakkını kaybetmektedir⁵⁹³.

İş sözleşmesi devredilen işçi, devralan işverenin bu konuda özel bir taahhüdü bulunmadıkça, önceki işyerinde yararlanmakta olduğu toplu iş sözleşmesinden devir anına kadar doğmuş haklar dışındaki haklarının kendisine sağlanmaya devam edilmesini talep edemez. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin devri anında işyerinde uygulanmakta olan ve işçiyi de kapsayan toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin devir öncesi işçiye kazandırdığı haklardan sorumluluk devralan işverene geçecektir⁵⁹⁴.

IV. İş Sözleşmesinin Devrinin Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları

İş sözleşmesinin devriyle birlikte işçinin sosyal güvenlik hukukundan doğan haklarının nasıl etkileneceği de incelenmesi gereken önemli bir husustur. İş sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK. md. 429'da sosyal güvenlik hukukuna ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak maddenin 2. fıkrasında devir işlemi sonucunda, devralan işverenin bütün hak ve borçlarıyla birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı olduğu düzenlenmiştir. Devralan işverenin devraldığı sözleşme nedeniyle tarafı hâline geldiği

⁵⁹¹ Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesi, s. 227; M. Kandemir, "Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı", Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/4, S. 39, s. 182.

⁵⁹² Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesi, s. 227; Kandemir, Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, s. 182.

⁵⁹³ Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesi, s. 227-228; Kandemir, Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, s. 183.

⁵⁹⁴ Ekonomi / Eyrenci, s. 1223; Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesi, s. 228.

hak ve borçların, işçinin sosyal güvenlik hukukundan doğan haklarını da içerdiği kabul edilmelidir⁵⁹⁵.

İşçinin devreden işveren nezdinde çalıştığı dönemde doğmuş olan, ödenmeyen sigorta primleri ile sigorta primlerinin ödenmemesinin yaptırımı olan gecikme cezası ve gecikme zammından devreden işveren ile devralan işverenlerin sorumluluğunun tespiti önem taşımaktadır. Sosyal güvenlik hukukundan doğan haklar yönünden 5510 Sayılı SSGSSK.'da iş sözleşmesinin devrine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak SSGSSK. md. 89/1'de işyeri devrine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Doktrinde işyeri devrine ilişkin olan SSGSSK. md. 89/1 hükmünün iş sözleşmesinin devrinde de uygulanabileceği ifade edilmiştir⁵⁹⁶. Bu madde hükmüne göre, işyerinin devri halinde, devreden işverenin SGK.'ya olan prim ve gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından devralan işveren de müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu düzenleme emredici niteliktedir ve taraflar arasındaki bu hükme aykırı sözleşmeler SGK.'ya karşı geçersiz kabul edilmiştir⁵⁹⁷. Doktrinde işyeri devrine ilişkin olan SSGSSK. md. 89/1 hükmünün iş sözleşmesinin devrinde de uygulanabileceği ifade edildiğinden SSGSSK. md. 89/1 hükmü iş sözleşmesinin devrinde de uygulanacak ve devreden işverenin SGK.'ya olan prim ve gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından iş sözleşmesini devreden işverenle birlikte devralan işveren de müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. İş sözleşmesini devreden ve devralan işverenlerin bu hükme aykırı olarak kendi aralarında yapmış oldukları anlaşmaların SGK.'ya karşı ileri sürülmesi mümkün değildir⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Y. Yiğit, s. 330.

⁵⁹⁶ Ekonomi / Eyrenci, s. 1222; Arslanoğlu, s. İş Sözleşmesinin İradi Devri, s. 545; Kocagil, s. 56; Y. Yiğit, s. 330; Albayrak Zincirlioğlu, s. 268.

⁵⁹⁷ Y. Yiğit, s. 330.

⁵⁹⁸ Y. Yiğit, s. 330-331.

SONUÇ

İş sözleşmesinin devri, devreden işveren ve devralan işveren ile sözleşmede kalan taraf olan işçinin iradelerinin birleşmesiyle meydana gelen ve işçinin devir ile birlikte iş sözleşmesinden doğan işgörme edimini sürekli olarak devralan işverene karşı yerine getirmesini öngören üçlü ilişki olarak ifade edilmektedir.

İş sözleşmesinin devri, üç taraflı kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin tarafları; iş sözleşmesini devreden işveren, devralan işveren ve sözleşmede kalan taraf olan işçidir. Ancak belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin devri yalnızca kurulduğu anda üç taraflı bir sözleşme olup devir işleminden sonra artık üçlü bir ilişki söz konusu olmamakta, iş sözleşmesi devralan işveren ile sözleşmede kalan taraf olan işçi arasında devam etmektedir. Devreden işverenin ise bu iş sözleşmesinden doğan bütün hak ve yetkileri ise sona ermektedir.

İş sözleşmesinin devri ile birlikte işçinin iş sözleşmesi, bir işverenden bir başka işverene devredilmektedir. Devir işlemi sonucunda, devredilen iş sözleşmesinden doğan taraf olma sıfatı ile tüm hak ve borçlar üçüncü bir kişi olan devralan işveren tarafından üstlenilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşebilmesi için devreden işveren ve devralan işverenlerin sözleşmenin devri konusunda anlaşmaları yeterli olmamakta, işçinin devre ilişkin yazılı rızası da mutlak surette aranmaktadır. Bu anlamda iş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı rızası kurucu unsurdur. Diğer bir ifadeyle, işçinin sözleşmenin devrine ilişkin yazılı rızası olmaksızın sözleşmenin devri gerçekleşmeyecektir. İş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının yazılı olarak alınmasının gerekmesi hiç kimsenin isteği dışında yeni bir taraf ya da yeni bir borçlu ile hukuki ilişki içine girmeye zorlanamamasıyla yakından ilgilidir.

Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin devri yalnızca işveren bakımından söz konusu olabilecektir. Diğer bir ifadeyle iş sözleşmesinin devrinde yalnızca işveren tarafı değişebilir; sözleşmenin işçi tarafı değişmez. Bunun nedeni, iş sözleşmesinin kurulmasında işçinin kişiliğinin önem taşımasıdır.

İş sözleşmesinin devrinin koşulları; devre konu geçerli ve halen devam eden bir iş sözleşmesinin bulunması, iş sözleşmesinin devrinin mümkün olması ve tarafların usulüne uygun irade beyanlarıdır. İş sözleşmesinin devri, sözleşmeyi devreden işveren, devralan işveren ve sözleşmede kalan taraf olan işçinin aynı anda hazır bulunması suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, devreden ve devralan işverenlerin sözleşmenin devri hususunda yaptıkları anlaşmaya işçinin rızasını daha sonra açıklaması şeklinde de gerçekleştirilebilir.

İş sözleşmesinin devrinde işçinin devir öncesi açıkladığı rızasını geçerli kabul eden görüşler de bulunmakla birlikte, doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay kararları işçinin rızasının devir anında alınması gerektiği yönündedir. Gerçekten geçici iş ilişkisinde dahi işçinin rızası devir anında arandığından, işverenin sürekli ve kesin bir şekilde değişmesine neden olan iş sözleşmesinin devrinde de işçinin rızasının devir anında alınması gerektiği kanaatindeyiz.

İş sözleşmesinin devriyle birlikte sözleşme sürekli ve kesin olarak bir başka işverene devredilmektedir ve işçi devredilen sözleşmeden doğan işgörme borcunu artık devralan işverene karşı ifa edecektir. İş sözleşmesinin devri ile birlikte iş sözleşmesi sona ermeyip, kapsadığı tüm hak ve borçlar ile birlikte kesintisiz olarak devam etmektedir. Gerçekten sözleşmedeki taraf değişikliği, yalnızca hak sahibinin değişmesi anlamına gelir ve sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içeriği, kapsamı ya da niteliğinde herhangi bir değişiklik söz konusu olmaz. Bununla birlikte sözleşmenin işveren tarafı değiştiğinden, işçinin devreden işveren ile arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan işveren ile arasında yeni bir iş ilişkisi başlar. Bu noktada iş ilişkisi ile iş sözleşmesi kavramlarının farkı kendini belli etmektedir. İş sözleşmesinin devralan işveren ile kesintisiz devam etmesinin bir sonucu olarak işçi, iş sözleşmesinden doğan işgörme borcunun yanında sadakat borcu ile işverenin emir ve talimatlarına uyma ve rekabet etmeme borçlarını da artık devralan işverene karşı yerine getirecektir.

İş sözleşmesinin devrinin düzenlendiği TBK.'nın 429. maddesine 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. İşçinin hizmet süresinin bütünlüğü, iş

sözleşmesinin devrinin bir sonucudur ve bu sonucun doğması için devralan işverenin bu konuda özel bir taahhütte bulunması gerekmez. Gerçekten devralan işveren, işçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihi esas almak durumundadır.

İş sözleşmesinin devri sonucunda devralan işverenin, devir öncesi ve devir sonrası doğmuş ve doğacak tüm borçlardan sorumlu olduğuna ilişkin herhangi bir tereddüt, yasal düzenleme sonrası bulunmamaktadır. Zira iş sözleşmesinin devri ile birlikte devralan işveren devraldığı sözleşmenin kurulduğu andan itibaren tarafı gibi işlem görecektir ve bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlardan sorumlu olacaktır.

Devreden işverenin devir öncesi doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumluluğuna ilişkin TBK.'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda da doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, baskın olan ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüş, işyerinin devrinde devreden işverenin sorumluluğunun düzenlendiği İşK. md. 6/3 hükmünün kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devrinde de uygulanması gerektiği yönündedir. Kanaatimizce de işçinin iş sözleşmesinin ekonomik olarak güçsüz bir işverene devredilmesi ihtimali de göz önünde bulundurularak, devreden işvereni devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan 2 yıl süre ile de olsa devralan işverenle birlikte sorumlu tutmak isabetli olacak ve İş Hukukundaki işçinin korunması prensibine de uygun düşecektir.

İşçinin kıdem tazminatı alacağı bakımından ise 1475 Sayılı Mülga İş Kanununun halen yürürlükte bulunan 14. maddesinin 2. fıkrası kıyasen uygulanacaktır. Buna göre devralan işveren işçinin gerek devir öncesi gerek devir sonrası tüm hizmet süresine ve son ücretine göre hesaplanan kıdem tazminatından sorumlu olacak; devreden işveren ise bu tazminatın işçinin kendi yanında çalıştığı süre ve devir anında aldığı ücrete göre hesaplanacak kısmından devralan işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. İş sözleşmesini devreden işverenin, kıdem tazminatından sorumsuzluğunu düzenleyen sözleşmeler de geçerli kabul edilmeyecektir.

İhbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağından ise devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır. Gerçekten bu alacaklar iş sözleşmesinin devri anında henüz doğmamış olduğundan ve işçinin ancak iş sözleşmesinin devralan işveren nezdinde sona ermesi üzerine hak kazanabileceği alacaklar olduğundan, devreden işverenin bu alacaklardan sorumluluğu bulunmamaktadır.

İş sözleşmesinin devri, İş Hukukundaki diğer üçlü iş ilişkilerinden çeşitli noktalarda ayrılmaktadır. İş sözleşmesinin devrinin iradi olması ve devirde işçinin rızasının aranması onu işyeri devrinden, üçlü ilişkinin devir sonrası sona erip devralan işveren ile işçi arasında ikili ilişki olarak devam etmesi alt işverenlikten, sürekli ve kesin olması ise geçici iş ilişkisinden ayırmaktadır.

Toplu İş Hukuku bakımından ise iş sözleşmesi devredilen bir işçinin eski işyeri ile aynı işkolunda faaliyet gösteren bir işyerine geçmesi durumunda işçinin sendika üyeliği bu devirden etkilenmeyecek ve devam edecektir. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin devri sonucunda işçinin çalıştığı işkolunun değişmesi işçinin eski işyerinde çalışırken üyesi olduğu sendikadaki üyeliğini sona erdirecektir. Belirtelim ki iş sözleşmesi devredilen işçi, devreden işverene ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden devralan işverene ait işyerinde, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi hükmü olarak da yararlanamayacaktır.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için gerekli olan otuz işçi kriteri de iş sözleşmesinin devrinden etkilenebilecek bir konudur. İş sözleşmesinin devredilmesinden önce iş güvencesi kapsamında olan bir işçi devirden sonra -eğer devralan işverenin işyerindeki işçi sayısı otuzdan az ise- iş güvencesi kapsamı dışında kalabilecektir. Bunun gibi, devir öncesi devreden işverenin işyerinde çalışırken iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçi devir sonrası devralan işverenin işyerindeki işçi sayısı otuz ve daha fazla ise -iş güvencesine ilişkin diğer koşulların da gerçekleşmesi şartıyla- iş güvencesi kapsamına girebilmektedir.

KAYNAKÇA

Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara 2018.

Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri 28-29 Mayıs 2004, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınlar, 2004, s.15-145. (Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi)

Ali Güzel, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi" (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, S.1, 2005, s.159-182. (Keyfilik denetimi)

Ali Güzel, İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No: 56, İstanbul 1987. (İşverenin Değişmesi)

Aydın Başbuğ, "İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki", Tühis, Mayıs-Ağustos 2003, s. 3-17.

Başak Güneş / Faruk Barış Mutlay, "Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2011/3, S. 30, s. 231-288.

Berna Öztürk, "Sözleşmenin Devri", TBB. Dergisi, S. 2016/125, s. 263-296.

Candan Albayrak Zincirlioğlu, İş Sözleşmesinin Devri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

Cevdet İlhan Günay, "Hizmet Sözleşmesinin Devri (TBK. md. 429)", Sicil İHD., S. 24, Aralık 2011, s. 114-119. (Hizmet Sözleşmesinin Devri)

Cevdet İlhan Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015. (Türk Borçlar Kanunu Şerhi)

Cüneyt Danar, “Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil İHD.S, S. 6, Haziran 2007, s. 62-74.

Eda Karaçöp / Efe Yamakoğlu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi”, Legal İHSGHD., C. 10, s. 38, s. 2013.

Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 12. Basım, Ankara 2018. (İş Hukuku)

Ercan Akyiğit, İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi (Cilt 1-2), Seçkin Yayıncılık, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2008. (İş Kanunu Şerhi)

Ercan Akyiğit, “İş İlişkisinin (Bireysel) Devri, Karar İncelemesi”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 17, S. 2, Kasım 2001, s. 40-50. (İş İlişkisinin Devri)

Ercan Akyiğit, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Hukuk Yayınları No: 85, İstanbul 1990. (Hizmet Akdinin Hükümsüzlüğü)

Ercüment Özkaraca, “İş Sözleşmesinin Devri”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 115-141. (İş Sözleşmesinin Devri)

Ercüment Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2008. (İşyeri Devri)

Ercüment Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, Beta, İstanbul 2014. (Toplu İş Sözleşmesi)

Esra Yiğit, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

E. Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, Beta, İstanbul, 2003.

Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 23. Baskı, Ankara 2018.

Gülsevil Alpagut, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s. 87-150. (Değerlendirme)

Gülsevil Alpagut, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta, İstanbul 2010. (İşyerinin Devri)

Gülsevil Alpagut, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İHSGHD., 2011, S:31, s. 913-959. (Hizmet Sözleşmesinin Devri)

Gülsüm Sönmez Tatar, “İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi”, Tühis Yayını, Ankara 2011.

Halûk Hadi Sümer, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Halûk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul 2018.

Hamdi Mollamahmutolu / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018.

Hasan Ayrancı, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Herdem Belen, “İrade Serbestisi İlkesi Bağlamında TBK. md. 205-206 Hükümlerinin İrdelenmesi”, KÜHFD., Ocak 2013, S. 7, s. 151-154.

Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul 2017.

İbrahim Subaşı / Yusuf Yiğit, “İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı”, İş ve Hayat Dergisi, C. 4, S. 7, 2018, s. 148-175.

İpek Kocagil, “Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil İHD., Haziran 2011, S. 22.

İştar Cengiz, İş Sözleşmesinin İradi Devri, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

İştar Cengiz, “İş Sözleşmesinin İradi Devrinin Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar”, Sicil İHD., S. 34, 2015, s. 47-70.

M. Anıl Arslanoğlu, İş Hukukunda Sözleşmenin İradi Devrinin Esasları ve Uygulanması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2008. (İradi Devrin Esasları)

M. Anıl Arslanoğlu, “İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi”, Legal İHSGHD., 2006, S:10, s. 533-545. (İş Sözleşmesinin İradi Devri)

M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt 1-2), Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Mehmet Uçum, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003.

Mehmet Demir, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Murat Kandemir, “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/4, S. 39.

Mustafa Alp, “İş Sözleşmesinin Devri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 2009, s. 302-326. (İş Sözleşmesinin Devri)

Mustafa Alp, “İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 189-209. (Bazı Sorunlar)

Mustafa Kılıçoğlu / Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.

Münir Ekonomi / Öner Eyrenci, “Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, s. 1199-1223.

Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası'dan 7inci Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

Nihat Yavuz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011.

Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul 2018.

Nurşen Caniklioğlu, "Hizmet Akdinin Devri - Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı - İş Arama İzni Verilmemesi", MÜHFD., S. 2002/1, s. 33-49.

Osman Güven Çankaya / Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2011.

Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2018.

Öner Eyrenci / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta, İstanbul 2019.

Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta, İstanbul 2018.

Seçkin Topuz / Ferhat Canbolat, "Kira İlişkinin Devri – (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-", TBB. Dergisi, Y. 2011, S. 95, s. 97-134.

Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atilâ Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Semih Serkant Aktuğ, İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi, Kamu-İş, Ankara 2010.

Sezer Çabri, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma", Legal Hukuk Dergisi, S. 106, Y. 9, 2011, s. 3911-3932.

Süleyman Başterzi, “Geçici İş İlişkisi, İstihdam Edilebilirlik ve İş Güvencesi”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 519-525.

Ş. Esra Başkan, “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, S. 2.

Tankut Centel, İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.

Turgut Uygur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Cilt 1-2), Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2013.

Uğur Ocak, İşçilik Alacakları Ortak Konular, Kalkan Matbaacılık, 2. Baskı, Ankara 2015.

Ünal Narmanhoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2014.

Yalçın Tosun, “Sözleşmenin Devri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 169-174.

Yusuf Yiğit, İş Sözleşmesinin Devri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2014.

Zeynep Bahadır, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, GÜHFD, C: XVII, Y. 2013, S:3.