

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI**

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

(DOKTORA TEZİ)

Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU

KOCAELİ 2015

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI**

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

(DOKTORA TEZİ)

Candan ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU

Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR

KOCAELİ 2015

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI**

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

(DOKTORA TEZİ)

Tezi Hazırlayan: Candan ALBAYRAK

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 03.06.2015-2015/10

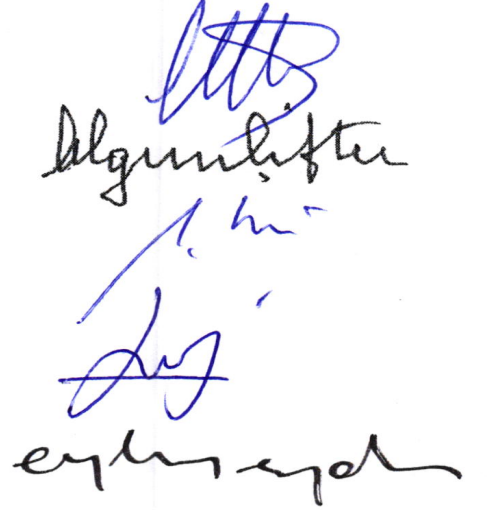
Jüri Başkanı: Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Algun ÇİFTER

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Hakan ÇEBİ

Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Eylem APAYDIN



KOCAELİ 2015

İÇİNDEKİLER

ÖZET	VII
ABSTRACT	VII
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ	1
KONUNUN ÖNEMİ	1
KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3
KONUYU İNCELEME YÖNTEMİ.....	5

BİRİNCİ BÖLÜM SÖZLEŞMENİN DEVRİ

1. SÖZLEŞME VE SÖZLEŞMENİN DEVRİ KAVRAMLARI	7
1.1. Sözleşme Kavramı	7
1.2. Sözleşmenin Devri Kavramı.....	11
2. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER	15
2.1. Bölme (Parçalama/Kombinasyon) Teorisi	15
2.2. Birlik (Bütünlük) Teorisi	16
3. SÖZLEŞMENİN DEVRİ İLE BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERİN KARŞILAŞTIRILMASI	17
3.1. Alacağın Devri-Borcun Üstlenilmesi	18
3.2. Borca Katılma	21
3.3. Sözleşmeye Katılma	24
4. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN TÜRLERİ	26
4.1. Sözleşmenin Kanuni Devri	26
4.2. Sözleşmenin İradi Devri	28
5. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	28
6. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ŞARTLARI	34
6.1. Sözleşmeye Dayanan Geçerli Bir Borç İlişkisinin Bulunması	34
6.2. Borç İlişkisinin Devredilebilir Nitelik Taşınması	43
6.3. Tarafların Rızalarının Olması	45
7. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ŞEKLİ	51
7.1. Şekil Serbestisi	52
7.2. Kanuni Şekil	54
7.3. İradi Şekil	56
8. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN DEVRİ	57
8.1. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Sözleşmenin Devri	58
8.2. 4857 Sayılı İş Kanununda Sözleşmenin Devri	59
8.3. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda İşletmenin Devri	59
8.4. 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununda Sözleşmenin Devri	71

İKİNCİ BÖLÜM TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

1. İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ KAVRAMLARI	
1.1. İş Sözleşmesi Kavramı	72
1.2. İş Sözleşmesinin Devri Kavramı	74
1.2.1. İş Sözleşmesinin Devri Kuramı	74
1.2.2. Holdinglerde ve Şirketler Topluluğunda İş Sözleşmesinin Devri .	78
2. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ İLE BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERİN KARŞILAŞTIRILMASI	85
2.1. İş Görme Borcunun Devri	86
2.1.1. İş Görme Borcunun Devri Kavramı	86
2.1.2. İş Sözleşmesinin Devrinden Farkı	89
2.2. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi	90
2.2.1. Asıl İşveren ve Alt İşveren Kavramı	90
2.2.2. İş Sözleşmesinin Devrinden Farkı	93
2.3. İşyeri veya Bölüm Devri	95
2.3.1. İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri Kavramı	95
2.3.2. İş Sözleşmesinin Devrinden Farkı	100
2.4. Geçici İş İlişkisi	105
2.4.1. Geçici İş İlişkisinin Kurulması	105
2.4.2. İş Sözleşmesinin Devrinden Farkı	112
2.5. İş Aracılığı	115
2.5.1. İş Aracılığı Kavramı	115
2.5.2. İş Sözleşmesinin Devrinden Farkı	116
3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN ŞARTLARI	117
3.1. Geçerli Bir İş Sözleşmesinin Bulunması	117
3.2. İş Sözleşmesinin Devredilebilir Nitelik Taşınması	124
3.3. İş Sözleşmesinin Sona Ermemiş Olması	127
3.4. Tarafların Rızalarının Olması	129
3.4.1. Üç Taraflı Anlaşma İle İş Sözleşmesinin Devri	130
3.4.2. Devir Sözleşmesine İşçinin Onay Vermesi	131
3.4.2.1. Onayın Verileceği Zaman	133
3.4.2.2. Onayın Verilme Süresi	137
3.4.2.3. Onayın Şekli	139
3.4.2.3.1. Onayın Açık Olarak Verilmesi	139
3.4.2.3.2. Onayın Örtülü Olarak Verilmesi	142
3.4.2.3.3. İşverenin Sözleşmeyi Devir Hakkını Saklı Tutması	
3.4.2.3.4. İşçinin İradesini Beyan Etmemesi	150
3.4.3. Devir Sözleşmesine İşçinin Onay Vermemesi	150
3.4.3.1. Sözleşme Taraflarının Aynı Kalması	151
3.4.3.2. Fesih Sebebi Oluşturması	151
4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	153
5. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN ŞEKLİ	157
6. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ	159
6.1. Kanundaki Düzenleme	162
6.2. Düzenlemenin Amacı	163
6.3. Düzenlemenin Uygulama Alanı	164

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

1. BİREYSEL İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR	166
1.1. Devreden ve Devralan İşverenler Açısından Doğan Sonuçlar	166
1.1.1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafının Sürekli ve İradi Olarak Değişmesi	166
1.1.2. İş Sözleşmesinin Tüm Hak Ve Borçları İle Devralan İşverene Geçmesi	167
1.2. Devreden İşveren Açısından Doğan Sonuçlar	170
1.2.1. Devirden Önce Doğmuş Ücret ve Alacaklardan Belirli Süre İle Sorumlu Olması	170
1.2.2. Kendi Dönemine İlişkin Kıdem Tazminatından Sorumlu Olması	178
1.3. Devralan İşveren Açısından Doğan Sonuçlar	183
1.3.1. İşçinin Hizmet Süresinin Bütün Olarak Değerlendirilmesi	183
1.3.2. Hizmet Süresine Bağlı Haklardan Sorumlu Olması	184
1.3.2.1. Kıdem Tazminatı	184
1.3.2.2. İhbar Tazminatı	193
1.3.2.3. Yıllık İzin Ücreti	197
1.3.3. Devirden Sonra Doğan Ücret ve Alacaklardan Tek Başına Sorumlu Olması	202
1.3.4. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapmama Borcu	204
1.4. İşçi Açısından Doğan Sonuçlar	206
1.4.1. İşçinin İş Sözleşmesinden Doğan Borçlarının Devam Etmesi	206
1.4.2. İşçinin İşyerinin Değişmesi	208
1.4.3. İş Güvencesi Açısından Doğan Sonuçlar	210
2. TOPLU İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR	212
2.1. Sendikal Sonuçlar	212
2.1.1. Yeni İşyerinin Farklı İşkolunda Yer Alması	212
2.1.2. Mevcut Sendika Üyeliğinin Sona Ermesi	214
2.2. Toplu İş Sözleşmesine Bağlı Sonuçlar	216
2.2.1. Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Sonuçlar	217
2.2.1.1. Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti	217
2.2.1.2. Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi	219
2.2.2. Eski İşyerindeki Toplu İş Sözleşmesine Bağlı Sonuçlar	223
2.2.2.1. Devam Eden Toplu İş Sözleşmesine Bağlı Sonuçlar ...	223
2.2.2.2. İmzalanan Yeni Toplu İş Sözleşmesine Bağlı Sonuçlar ..	228
2.2.2.2.1. Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlük Başlangıcının Geriye Götürülmesi	228
2.2.2.2.2. Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlük Başlangıcının Geriye Götürülmesinin İşverenlerin Sorumluluğuna Etkisi	231
2.2.3. Yeni İşyerindeki Toplu İş Sözleşmesine Bağlı Sonuçlar	234
2.2.3.1. Yeni İşyerinde Toplu İş Sözleşmesinin Bulunmaması ...	234
2.2.3.2. Yeni İşyerinde Toplu İş Sözleşmesinin Bulunması	235
3. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR	236
3.1. Devralan İşverenin Primlerin Ödenmesinden Sorumlu Olması	237

3.2. Devralan İşverenin Prim Borçlarından Sorumlu Olması	239
3.3. Devreden İşverenin İşten Ayrılış Bildirgesi Vermemesi	240
3.4. İşçinin İşsizlik Sigortasından Yararlanamaması	243
4.İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR	247
4.1. Devralan İşverenin İş Sağlığı Ve Güvenliğinden Sorumlu Olması	250
4.2. Devralan İşverenin İşçinin Sağlık Gözetiminden Doğan Sorumluluğu..	252
4.3. Devralan İşverenin İşçiye Eğitim Verme Sorumluluğu	253
4.4. Devralan İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Sorumluluğu	254
SONUÇ	256
KAYNAKÇA	264

ÖZET

“İş Sözleşmesinin Devri” isimli çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, Türk Borçlar Kanunu m. 205’te düzenlenen sözleşmenin devri kurumu genel hatlarıyla ele alınarak incelenmiştir. İlgili yerlerde sözleşmenin devri ile ilgili İtalyan Medeni Kanunundaki düzenlemelere yer verilmiştir. İkinci bölümde, Türk Borçlar Kanunu m. 429’da düzenlenen iş sözleşmesinin devri kurumu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda, iş sözleşmesinin devri kurumunun tanımı, holdinglerde ve şirketler topluluğunda uygulanması, benzer hukuki ilişkilerle karşılaştırılması, şartları, hukuki niteliği ve şekli ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Üçüncü bölümde, iş sözleşmesinin devrinin bireysel iş hukuku, toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından doğurduğu sonuçlar incelenmiştir. Çalışma genel bir değerlendirmenin yapıldığı sonuç kısmı ile tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmenin Devri, İş Sözleşmesinin Devri, Hukuki Sonuçlar

ABSTRACT

This study, as called “assignment of an employment contract”, consists of three main parts. First, it examines assignment of a contract as set out in Article 205 of the Turkish Code of Obligations, along with focus also on the relevant provisions of the Italian Civil Code. Second, the article discusses in depth the assignment of an employment contract regulated in Article 429 of the Turkish Code of Obligations. In this respect, the definition, legal nature, type and requirements of the notion of the assignment of an employment contract as well as its application to group companies and holdings are examined. The third section is a discussion of the consequences of the concept of the assignment of the employment contract in relation to the social security law and the labour law on collective agreements and individual employment contracts. The three sections are followed by concluding remarks.

Key Words: Assignment Of A Contract, Assignment Of An Employment Contract, Legal Conclusions

KISALTMALAR

- AB** : Avrupa Birliği
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK. : Borçlar Kanunu
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
dn. : Dipnot
E. : Esas
f. : Fıkra
HD. : Hukuk Dairesi
HGK. : Hukuk Genel Kurulu
İBK. : İsviçre Borçlar Kanunu
ILO : International Labour Organisation (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İSGK. : İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İSMMM : İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası
İş K. : İş Kanunu
K. : Karar
m. : Madde
N. : Numara
RG. : Resmi Gazete
s. : Sayfa
S. : Sayı
ss. : Sayfa Sayısı
SSİY : Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
SSGSSK : Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
STİSK. : Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T. : Tarih
TBK. : Türk Borçlar Kanunu
TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİKK : Türkiye İş Kurumu Kanunu

TİSK : Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TMK. : Türk Medeni Kanunu
TTK. : Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS : Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
vb. : ve benzeri
vd. : ve devamı
vs. : vesaire
Y. : Yıl
Yarg. : Yargıtay

GİRİŞ

KONUNUN ÖNEMİ

Küreselleşmenin çalışma hayatımıza getirdiği en önemli kavram esnekliktir. Esnekleşmenin gereği olarak, 4857 sayılı İş Kanunu ile çalışma ilişkilerinde esneklik yoluna gidilerek atipik çalışma modelleri düzenlenmiş, iş, işçi ve işyeri kavramları yeniden tanımlanmış ve bazı iş ilişkilerinde birbiri ile hukuki ilişki içinde bulunan birden fazla işverenin sorumluluğu gündeme gelmiştir. İşçi ile işverenler arasındaki bu durum üçlü bir ilişkiyi ifade etmektedir. Üçlü ilişkilerin söz konusu olduğu durumlarda ise tarafların hak ve borçlarının belirlenmesi önem taşımaktadır. İş hukukunda üçlü bir ilişkiyi ilgilendiren asıl işveren alt işveren ilişkisi, geçici (ödünç) iş ilişkisi ve işyeri devri kurumları 4857 sayılı İş Kanunumuzda düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ancak üçlü ilişkilerden biri olan iş sözleşmesinin devri konusunda 1475 sayılı eski İş Kanununda bir düzenleme bulunmamasına rağmen, 4857 sayılı İş Kanunumuzda da bu konudaki eksiklik giderilmemiş ve bu konuda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Esasen, 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununun Bilim Kurulu tarafından hazırlanan ve meclise sevk edilen tasarısının 7. maddesinde iş sözleşmesinin devri düzenlenmişti. Tasarının 7. maddesinde, *“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. 6. maddenin ikinci fıkrası hükmü (Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür) iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır”* hükmü bulunmaktaydı. Ancak bu madde, tasarının yasalaşması aşamasında Türkiye Büyük Millet Meclisi Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu’nun 12.3.2003 tarih ve Esas No: 1/534 Karar No:25 sayılı kararı ile tasarıdan çıkarılmış ve 4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesinin devri ile ilgili hüküm olmadan yürürlüğe girmiştir.

Hem 1475 sayılı eski İş Kanunu zamanında hem de 4857 sayılı günümüz İş Kanununda iş sözleşmesinin devri ile ilgili bir düzenleme olmaması, böyle bir hukuki işlemin mümkün olmadığı anlamına gelmemiştir. Nitekim bugüne kadar doktrinde belirtilen görüşler ve özellikle uygulamada Yargıtay kararları, bu konunun şekillenmesine katkıda bulunmuş ve iş sözleşmesinin devrinin mümkün olduğunu göstererek iş sözleşmesinin devri ile ilgili ilkelerin ortaya konulmasını sağlamıştır. Yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012 olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi, iş sözleşmesinin devrini düzenlemiştir. Böylece iş sözleşmesinin devrinin mümkün olduğu bu yasal düzenlemeyle açıklık kazanmıştır.

Uygulamada işyerlerinin ve işletmelerin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya işletmede ya da bunların bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin akıbetinin ne olacağı önemli bir sorundur. İşyeri devrine bağlı olarak gerçekleşen iş sözleşmelerinin devri ile taraf iradeleri ile gerçekleşen iş sözleşmesinin devri birbirinden tamamen farklı kurumlar olduğu halde uygulamada bu iki kurumun birbiri ile karıştırıldığı görülmektedir. Bu nedenle işyeri devrine bağlı olarak yani hukuki bir işleme dayalı olarak gerçekleşen iş sözleşmelerinin devri ile tamamen taraf iradeleri ile gerçekleşen iş sözleşmesinin devri arasındaki farkları belirlemek oldukça önemlidir. Nitekim üçlü ilişkiler olarak adlandırılan kurumların birbirlerinden ayrılması bazen oldukça zor olabilmekte ise de üçlü ilişkilere bağlanan hukuki sonuçların birbirinden farklı olması, bu ilişkilerin birbirlerinden kesin ve dikkatli bir biçimde ayrılmasını gerekli kılmaktadır.

İş sözleşmesinin devri, özellikle holdingler ve şirketler topluluğu arasında görülen ve işgücünün bir şirketten diğer şirkete geçişi şeklinde gerçekleşen ve bu sayede iş ilişkilerinin sürekliliğinin sağlanması ile iş hukukunun amacına uygun olarak işçiyi koruyan önemli bir uygulamadır. İş sözleşmesinin devrinde, işçinin rızası ile sözleşmenin sadece işveren tarafı değişikliğe uğramakta, dolayısıyla önceki işveren ile olan iş ilişkisi sona ermekte, ancak iş sözleşme sona ermemektedir. İş sözleşmesi sona ermediği için iş sözleşmesinin feshine bağlanan sonuçlar da doğmamaktadır. Ancak iş sözleşmesinin devri ile birlikte iş sözleşmesine bağlı hak

ve borçların akıbeti konusunda uygulamada çeşitli uyuşmazlıkların çıktığı görülmektedir.

Bu tez konusunun seçildiği dönemde, iş sözleşmesinin devri konusunda monografik bir çalışma olmadığı görülmüş, bu çalışma ile söz konusu eksiklik giderilmeye çalışılmış ve iş sözleşmesinin devri ile ilgili olarak uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlanması amaçlanmıştır.

KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışma hayatının bir gereksinimi olan iş sözleşmesinin devri konusunda 4857 sayılı İş Kanununda bir düzenleme olmaması sebebiyle bu konudaki eksiklik genel hukuk kuralları gereğince Borçlar Kanununa başvurularak giderilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununda sözleşmenin devrini düzenleyen ayrı bir hüküm bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanununun onuncu babında, “*Hizmet Akdi*” ile ilgili hükümler düzenlenmiş ve “*İşçinin Borçları*” başlığı altındaki “*Bizzat İfa*” ile ilgili 320. maddesinde; “*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*”. hükmüne yer verilmişti. Dolayısıyla bu hükümle işverenin işçinin rızasını alması koşuluyla işin görülmesini talep hakkını başkasına geçici veya sürekli olarak devredebileceği öngörülmekteydi.

Yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012 olan 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda sözleşmenin devrini düzenleyen ayrı bir madde yer almakta; ayrıca iş sözleşmesinin devri de özel hükümlere bağlanmaktadır. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlıklı altıncı bölümünde yer alan 429. maddesinde “*sözleşmenin devri*” açıkça düzenlenmiş olup bu maddede; “*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*”. hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, işçinin yazılı rızasının alınması halinde

sürekli olarak başka bir işverene devredilmesi söz konusu olmaktadır. Ayrıca, bu hüküm ile devralanın bütün hak ve borçları ile işçiyi devralacağı belirtilmiş ve işçiye de hizmet süresine ilişkin olarak herhangi bir hak kaybının olmayacağı yönünde güvence verilmiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi 4857 sayılı İş Kanununda işçinin rızasının alınması suretiyle iş sözleşmesinin başka bir işverene sürekli olarak devrini öngören bir hüküm bulunmamaktadır. İş sözleşmesi özel hukuk sözleşmesidir ve kaynağını borçlar hukukundan almaktadır. Bu nedenle İş Kanununun 4. maddesinde belirtildiği üzere, İş Kanununun kapsamı dışında kalan işlere ve 10. maddesinde belirtilen süreksiz işlere Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından ayrıca İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde de Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından, böyle durumlarda Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri ya da özel düzenleme bulunmayan hallerde genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. O halde, yeni Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin hükümleri, hem İş Kanununda bu konuda bir düzenleme olmadığı için İş Kanununa tabi işçiler bakımından hem de İş Kanununun kapsamında olmayan Borçlar Kanununa tabi işçiler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla yeni Türk Borçlar Kanununda düzenlenen hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin hüküm, tüm işçiler bakımından önem arz etmektedir.

Çalışmamızın konusu iş sözleşmesinin devridir. İş sözleşmesinin devri 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Konunun daha iyi anlaşılması açısından ilk önce genel hükümlere göre sözleşme devirleri üzerinde durulmuştur. Ancak genel hükümlere göre sözleşmenin devri konusu, çok geniş kapsamlı olduğundan ve bu nedenle ayrı bir tez konusu olabilecek nitelikte olduğundan ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Sözleşmenin devri kavramı ve bu kavramla ilgili olan en temel bilgiler genel hatlarıyla açıklandıktan sonra asıl konumuz olan iş sözleşmesinin devri ayrıntılı olarak incelenmiştir. İş sözleşmesi, kanun gereği ya da iradi olarak devredilmektedir. Bu çalışmada ise iş sözleşmesinin iradi devri incelenmiştir. İş sözleşmesinin iradi devri, iş sözleşmesini devreden işveren ile iş sözleşmesini devralan işveren arasındaki devir sözleşmesine işçinin rıza göstermesi suretiyle gerçekleşmektedir. İş sözleşmesinin iradi devri ile mevcut olan iş

sözleşmesi sona ermemekte, sadece sözleşmenin işveren tarafı değişikliğe uğramaktadır.

Çalışmamızda iş sözleşmesinin devri dışındaki diğer üçlü ilişkiler yani asıl işveren alt işveren ilişkisi, geçici (ödünç) iş ilişkisi ve işyeri devri, sadece iş sözleşmesi devriyle benzer kurumlar olması ve bu kurumların birbirleriyle karıştırılabilmesi nedeniyle, genel hatlarıyla ele alınıp iş sözleşmesi devriyle farklarının ortaya konulmasına çalışılmış, her biri çok kapsamlı olduğundan ve ayrı bir tez konusu olabilecek nitelikte olduğundan detaya inilmemiştir. Çalışmamızda iş sözleşmesinin devri kurumu ile ilgili olarak ulusal düzenlemelerin yanında uluslararası düzenlemeler ile Yargıtay kararlarına da mümkün olduğunca yer verilmiş ve özellikle önem arz eden iş sözleşmesinin devrinin hukuki sonuçları üzerinde ağırlıklı olarak durulmuştur.

KONUYU İNCELEME YÖNTEMİ

“*İş Sözleşmesinin Devri*” isimli çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, sözleşme kavramı kısaca açıklandıktan sonra genel hükümlere göre sözleşmenin devri, sözleşmenin devrini açıklayan teoriler, sözleşmenin devri ile benzer hukuki ilişkilerin karşılaştırılması, sözleşmenin devrinin türleri, hukuki niteliği, şartları, şekli ve Türk Borçlar Kanununda sözleşmenin devri ile ilgili hükümler incelenmiştir. Sözleşmenin devri ile ilgili olarak sadece İtalyan Medeni Kanununda hüküm bulunmaktadır. İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde kanunen düzenlenmeyen bu kurumun, uygulamada kabul edildiği görülmektedir. Sözleşmenin devri ile ilgili düzenlemeler, İtalyan Medeni Kanununun 1406 ile 1410. maddeleri arasında yer almaktadır. Çalışmamızda ilgili yerlerde İtalyan Medeni Kanunundaki düzenlemelere de değinilmiştir. Sözleşmenin devri ile iş sözleşmesinin devri kurumu birbirine benzer kurumlar olsa da hukuki sonuçları birbirinden tamamiyle farklıdır. Çalışma konumuz iş sözleşmesinin devri olduğu için ve sözleşmenin devrinin hukuki sonuçları çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığı için incelenmemiştir.

İkinci bölümde, iş sözleşmesi kavramı ile ilgili kısaca bilgi verildikten sonra Türk iş hukukunda iş sözleşmesinin devri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda

iş sözleşmesinin devri kurumunun tanımı, holdinglerde ve şirketler topluluğunda uygulanması, benzer hukuki ilişkilerle karşılaştırılması, şartları, hukuki niteliği, şekli ve Türk Borçlar Kanununda düzenlenen hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin hüküm, çalışma konumuz içerisinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu bölüm iş sözleşmesinin devri ile ilgili olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen düzenlemenin amacı ve uygulama alanı hakkında açıklama yapılarak tamamlanmıştır.

Üçüncü bölümde, genel sözleşme devirlerinden ve iş hukukunda asıl işveren alt işveren ilişkisi, geçici (ödünç) iş ilişkisi, işyeri devri gibi üçlü ilişkilerden sonuçları itibariyle farklılık gösteren iş sözleşmesinin devrinin hukuki sonuçları ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda iş sözleşmesinin devrinin hem devreden ve devralan işverenler açısından doğurduğu sonuçlar hem de sadece devreden ve sadece devralan işveren ile işçi açısından doğurduğu sonuçlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıkların birçoğu kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı gibi alacaklardan kaynaklanmaktadır. Özellikle iş sözleşmesinin devri halinde söz konusu alacaklardan, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda da belirtildiği üzere, işçiyi devralan işverenin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Devreden işverenin sorumluluğu konusunda bir düzenleme olmaması nedeniyle bu konuda doktrindeki tartışmalar dikkate alınarak değerlendirme yapılmıştır. İş sözleşmesinin devrinin bireysel iş hukuku açısından doğurduğu sonuçlar yanında mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmayan toplu iş hukuku, sosyal güvenlik hukuku ve iş sağlığı ve güvenliği hukuku açısından doğurduğu sonuçlar da incelenerek bu bölüm tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİ

1. SÖZLEŞME VE SÖZLEŞMENİN DEVRİ KAVRAMLARI

1.1. Sözleşme Kavramı

Türk Borçlar Kanunundaki ana ilkelerden biri, sözleşme serbestisi bir başka ifadeyle sözleşme özgürlüğü ilkesidir¹ (TBK. m.26) (Eren, 2014: s. 16-17, 297, 300; Yavuz, 1986: s. 9; Yavuz vd., 2012: s. 14; Akman vd., 1993: s. 59, s. 362 vd.; Oğuzman/Öz, 2013: s. 24; Antalya, 2012: s. 53, 261; von Tuhr, 1983: s. 242; Kılıçoğlu, 2012: s. 73). Bu ilkenin kapsamına; sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü², sözleşmenin karşı tarafını seçme yani dilediği kimse ile sözleşme yapma özgürlüğü³, sözleşmenin konusunu ve içeriğini belirleme özgürlüğü⁴, şekil özgürlüğü⁵, sözleşmede değişiklik yapma veya sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü⁶

¹ Sözleşme özgürlüğü, hukuk düzeninin sınırları içinde kişilerin irade beyanlarıyla diledikleri hukuki sonuçları meydana getirebilme özgürlüğüdür.

² Kural bu olmakla birlikte sözleşme yapma zorunluluğu istisna olarak karşımıza çıkabilmektedir. Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu ve sözleşmeden doğan sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2014: s. 301 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 24, 189 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 505 vd.; Antalya, 2012: s. 53, 261 vd.; Kılıçoğlu, 2012: s. 73 vd.; Yavuz vd., 2012: s. 14-15.

³ Kural olarak, hiç kimse istemediği bir kişiyle sözleşme yapmak zorunda değildir. Ancak, bu ilkenin de istisnaları vardır. Örneğin önalım hakkının kullanılması halinde, önalım hakkı sahibiyle tapuda adına tescil yapılan malik arasında kendiliğinden bir satım sözleşmesi kurulmakta ve böylece önalım hakkı sahibi yeni malikle satım sözleşmesi yapmak zorunda kalmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2014: s. 315; Yavuz, 2012: s. 10; Antalya, 2012: s. 54; Kılıçoğlu, 2012: s. 74 vd.; Yavuz vd., 2012, s. 15.

⁴ TBK. m. 26, tarafların bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceğini düzenlemiştir; m. 27 ise bu sınırları belirleyerek kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağını belirtmiştir.

⁵ TBK. m 12 gereğince, “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”. Ayrıca m. 17 gereğince; “Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz”. Söz konusu maddelerden de anlaşıldığı üzere, kanun (m. 12) veya taraflar (m. 17) sözleşmenin geçerliliğini özel bir şekle tabi tutmamışlarsa, sözleşme, hiçbir şekle bağlı olmadan serbestçe yapılabilir.

⁶ Taraflar, yaptıkları sözleşmeyi aralarında anlaşarak değiştirmekte ya da kısmen veya tamamen ortadan kaldırmakta serbesttirler (Yavuz, 1986: s. 11; Eren, 2014: s. 316; Antalya, 2012: s. 54; Kılıçoğlu, 2012: s. 77; Yavuz vd., 2012: s. 16). Ayrıca taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadan da haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesi mümkündür. Haklı sebeplere örnek olarak fesih, dönme, sürenin sona ermesi verilebilir. Sözleşmenin feshi; sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan haklı bir nedenle tek taraflı olarak ileriye etkili bir şekilde sona erdirilmesidir. Sözleşmeden dönme; sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebeple

girmektedir. Bu ilke gereğince; kural olarak, bir kişi istediği zaman, istediği kişiyle sözleşme yapabilmekte ve istediği zaman da sözleşmeyi sona erdirebilmektedir.

Bir sözleşmenin nasıl kurulacağı TBK. m. 1’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur*”. Maddeden de anlaşıldığı gibi, bir sözleşmenin kurulması için en az iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı gerekmektedir.

Söz konusu maddeden hareketle; “*Sözleşme, iki tarafın, bir hukuki sonucu elde etmek üzere iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun surette açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuki işlemdir*” şeklinde tanımlanabilir (Eren, 2014: s. 200; Kılıçoğlu, 2012: s. 52; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 165; Oğuzman/Öz(a), 2013: s. 42; Ruhi, 2011: s. 17; Antalya, 2012: s. 146; Zevkliler vd., 2013: s. 77-78). Bu tanımdan sözleşmenin genel unsurlarını çıkarabiliriz (Kılıçoğlu, 2012: s. 52-53; Zevkliler vd., 2013: s. 78):

Sözleşme bir hukuki işlemdir: Hukuki işlemler, hukuki bir sonuç doğurma amacı güden irade beyanıdır veya beyanlardır ve bu irade beyanlarına dayanarak hukuk düzeni, irade beyanına uygun hukuki sonucu gerçekleştirir (Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 84; ayrıca bkz. Tekinay vd., s. 38 vd.; Antalya, 2012: s. 60; von Tuhr, 1983: s. 133). Daha basit bir ifadeyle, hukuki işlem, bir veya birden fazla kimsenin hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanıdır (Reisoğlu, 2013: s. 50; Nomer, 2008: s. 13; Eren, 2014: s. 119; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 36; Antalya, 2012: s. 61; Kılıçoğlu, 2012: s. 40).

Sözleşme en az iki tarafın varlığını gerektirir: TBK. m. 1 hükmü, “*tarafların*” ifadesini kullanmıştır. Bu ifade ile bir sözleşme için en az iki tarafın varlığının şart olduğu belirtilmiştir. Eski BK. m. 1 hükmünün kenar başlığı “*iki tarafın muvafakatı*” şeklinde idi. TBK. ile “*iki tarafın muvafakatı*” ibaresi “*irade açıklaması*” şekline

geçmiş etkili olarak sona erdirilmesidir. Fesih veya dönme dışında sözleşme, kararlaştırılan sürenin sona ermesi nedeniyle de sona erdirilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, 2012: s. 89; Oğuzman/Öz(a), 2013: s. 448 vd.; Sözleşmeden dönme hakkı ile ilgili olarak bkz. Buz, 2005: s. 302; Fesih hakkı ile ilgili olarak bkz. Buz, 2005: s. 330.

dönüşmüştür. TBK. ile metinde arılaştırma yapılmış ancak maddede eski BK.'ya göre bir hüküm değişikliği yapılmamıştır. İki taraftan söz edilmesi sözleşmenin tek taraflı değil, iki taraflı bir hukuksal işlem olduğunu göstermektedir. “*Taraflar*” ile ifade edilmek istenen “*kişi*” olsa da, taraflarda yer alan kişi sayısının önemi bulunmamaktadır. Nitekim taraflar bir ya da birden fazla kişiden oluşabilir (Eren, 2014, s. 166, 227 vd.; Kılıçoğlu, 2012, s. 52-53; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 49; Antalya, 2012: s. 155).

Sözleşme karşılıklı irade açıklamasını gerektirir: Sözleşmelerde tarafların açıkladıkları iradelerinin karşılıklı olması gerekir. Bu unsur, sözleşmeyi çok taraflı hukuksal işlemlerden ayırır. Nitekim, sözleşmede iradeler, kararlarda olduğu gibi aynı yönde değil karşılıklıdır (Kılıçoğlu, 2012: s. 53; Reisoğlu, 2013: s. 52-53; Eren, 2014: s.167; Yavuz, 2012, s. 4; Oğuzman/Öz, 2013(a), s. 49; Antalya, 2012: s. 77). İrade açıklamalarının karşılıklı olması, sözleşmenin iki tarafının irade açıklamalarının birbiriyle değiştirilmesi anlamına gelir (Eren, 2014: s. 243). Sözleşmede irade beyanlarının karşılıklı olması, sözleşmenin kurucu unsurudur (Eren, 2014: s. 200 vd., 227, 331; Antalya, 2012: s. 146-147; von Tuhr, 1983: s. 140, 149).

Sözleşme birbirine uygun irade açıklamasını gerektirir: Sözleşmenin kurulabilmesi için, iki tarafın iradelerinin uyumlu yani birbirine uygun olması gerekir. Bu uyum sağlanmadığı sürece sözleşme kurulamaz (Eren, 2014: s. 200 vd., 227, 229 vd., 331; Kılıçoğlu, 2012: s. 53, 84; Antalya, 2012: s. 146-147, 156 vd.; Zevkliler vd., 2013: s. 78-79). Tarafların irade beyanlarının birbirine uygunluğu, sözleşmenin hem esaslı noktaları⁷ hem de ikinci derecedeki noktaları⁸ üzerinde uyumuş olmaları ile anlaşılır (Nomer, 2008: s. 19; von Tuhr, 1983: s. 146-147).

⁷ Sözleşmenin esaslı noktaları; objektif esaslı noktalar ve sübjektif esaslı noktalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır:

Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan zorunlu unsurlardır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin niteliğini belirleyen unsurlardır. Örneğin satış sözleşmesinde satılacak mal ve satış bedeli, kira sözleşmesinde kiralanan şey ile kira parası, sözleşmenin objektif esaslı noktalarıdır (Eren, 2014: s. 231, 234; Tekinay vd., 1993: s. 75; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 73; Nomer, 2008: s. 20; Antalya, 2012: s. 165; Zevkliler vd., 2013: s. 81; von Tuhr, 1983: s. 147). Satış sözleşmesini düzenleyen, TBK. m. 207’de “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde ifade edilerek, satış sözleşmesinin tanımı yapılmış, “*satılan*” ve “*buna karşılık bir bedel*” ifadeleri ile sözleşmenin objektif esaslı noktaları belirtilmiştir. Aynı şekilde, TBK. m.

Bununla birlikte taraflar bazen ikinci derece noktalar üzerinde hiç durmayabilir. Bu durumda tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşmuş olmaları sözleşmenin kurulmuş olması için yeterlidir⁹ (Eren, 2014: s. 231, 236; Nomer, 2008: s. 19; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 73-74; Antalya, 2012: s. 164; Zevkliler vd., 2013: s. 80). Bu husus, TBK. m. 2'de "*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hakim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar*" şeklinde belirtilmiştir.

Yukarıda sayılan tüm unsurların bir arada olması bir sözleşmenin kurulması için şarttır. Diğer bir ifadeyle, bu unsurların her birinin aynı anda bir arada bulunması koşuluyla bir sözleşme kurulmuş olur.

299'da, "*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*" şeklinde ifade edilerek, kira sözleşmesinin tanımı yapılmış, "*bir şeyin kullanılması veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılması*" ve "*kira bedeli*" ifadeleri ile sözleşmenin objektif esaslı noktaları belirtilmiştir.

Sübjektif esaslı noktalar, sözleşmenin objektif esaslı noktaları dışında kalan noktalardır. Bununla birlikte bazen taraflar veya taraflardan biri yan noktaları yani bazı unsurları sözleşmede yer alması açısından zorunlu hale getirebilirler. Bunlara sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları denir. Örneğin, satış sözleşmesinde, ikinci derecede (yan) nokta olan, malın teslim tarihi veya ambalajı taraflar için önemli olabilir ve sözleşmede esaslı nokta olarak kararlaştırılabilir (Eren, 2014: s. 231, 235; Nomer, 2008: s. 20; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 74; Antalya, 2012: s. 165). Taraflardan biri sözleşmede sübjektif esaslı nokta kararlaştırmış ise bu durumu açıkça karşı tarafa bildirmek zorundadır. Aksi halde, TBK. m. 2/f.1'deki "*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır*". Hükmü gereğince bu nokta, ikinci derece nokta sayılacak ve sözleşmenin kurulmasına engel olmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2014: s. 235 vd.; Antalya, 2012: s. 166.

⁸ İkinci derece (yan) noktalar, objektif ve sübjektif yönden esaslı olmayan noktalardır. Örneğin, bir edimin ifa zamanı ve ifa yeri, sözleşmenin ikinci derece noktalarıdır (Eren, 2014: s. 237; Tekinay vd., 1993: s. 76; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 74; Antalya, s. 166; von Tuhr, 1983: s. 147). İkinci derece noktalar da objektif ikinci derece noktalar ve sübjektif ikinci derece noktalar olarak ikiye ayrılmaktadır.

Objektif ikinci derece noktalar, tarafların sözleşmenin yapılması sırasında üzerinde hiç durmadıkları ve tartışmadıkları kanun gereği noktalardır. Örneğin TBK. m. 88'deki faiz miktarı ve TBK. m. 89'daki ifa yeri, objektif yan noktalardır. Taraflar, objektif ikinci derece noktalar üzerinde hiç görüşmemiş olsalar da sözleşme yine kurulmuş sayılır. Ancak uyuşmazlık halinde, hakim konuyla ilgili tamamlayıcı hukuk kurallarını uygulayarak sorunu çözer (Eren, 2014: s. 237; Antalya, 2012: s. 166-167; Zevkliler vd., 2013: s. 82-83).

Sübjektif ikinci derece noktalar, tarafların sözleşmenin yapılması sırasında üzerinde konuştukları, tartıştıkları, fakat asli nokta haline getirmediikleri noktalardır. Örneğin taraflar, ifa zamanı üzerinde konuşmuşlarsa bu nokta, sübjektif ikinci derece nokta niteliğini kazanmıştır. Fakat taraflar, ifa zamanı üzerinde anlaşamamaları nedeniyle bundan vazgeçmişlerse, sözleşme yine kurulmuş olmakla birlikte, hakim, bu boşluğu tamamlayıcı hukuk kurallarıyla dolduracaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2014: s. 237-239; Antalya, 2012: s. 167-168; Zevkliler vd., 2013: s. 85-86.

⁹ Yarg. 3. HD. 11.05.2006 T, 2006/4551 E., 2006/5857 K. (Yavuz, 2012: s. 5).

1.2. Sözleşmenin Devri Kavramı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 818 sayılı eski Borçlar Kanununda yer almayan yeni kurumlar ve hükümler getirilmiştir. Sözleşmenin devri kurumu da ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile mevzuatımıza girmiş bulunmaktadır. Ancak, Türk Borçlar Kanunu dışında, bazı kanun ve yönetmeliklerimizde sözleşmenin devri teriminin kullanıldığı da görülmektedir¹⁰. Genel kanun olan Türk Borçlar Kanunumuzda sözleşmenin devri kurumunun düzenlenmiş olması, bu kurumun önemini artırmıştır. Çünkü özel kanunlarda düzenlenmeyen ya da Türk Borçlar Kanununda özel düzenleme bulunmayan hallerde, Türk Borçlar Kanunumuzun sözleşmenin devrini düzenleyen 205. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

Doktrinde bugüne kadar sözleşmenin devri, sözleşmenin nakli, sözleşmenin yüklenilmesi veya sözleşme pozisyonunun devri gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir (Güzel, 1987: s. 203-204, 266; Ayrancı, 2003: s. 31; Arslanoğlu, 2006: s. 536; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 616; Akyiğit, 2001: s. 42; Bahadır, 2013: s. 3). Kullanılan bu terimler aynı anlama gelmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuzun “Genel Hükümler” kısmının beşinci bölümünün “Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri” başlığı altındaki üçüncü ayırımda yer alan 205. maddesinde “Sözleşmenin Devri” düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanunda sözleşmenin devri terimi kullanılmıştır. Bu nedenle biz de çalışmamızda sözleşmenin devri terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

“Sözleşmenin Devri” kenar başlıklı TBK. m. 205’e göre; “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve

¹⁰ 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 66. maddesi (Kabul Tarihi: 08.09.1983, RG. 18161 sayı ve 10.09.1983 tarih), 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesi (Kabul Tarihi: 05.01.2002, RG. 24648 sayı ve 22.01.2002 tarih), Fonlar İhale Yönetmeliğinin 54. Maddesi (Bakanlar Kurulu Karar Tarihi: 27.06.1984, No: 84/8277, dayandığı Kanun Tarihi: 08.09.1983, No: 2886, RG. 18478 sayı ve 03.08.1984 tarih), İstanbul Olimpiyat Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulu Alım Satım ve İhale Yönetmeliğinin 36. maddesi (Bakanlar Kurulu Karar Tarihi: 12.06.1993, No: 93/4497, dayandığı Kanun Tarihi: 30.04.1992, No: 3796, RG. 21624 sayı ve 01.07.1993 tarih) sözleşmenin devrini düzenlemiştir.

devredenin bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer 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”.

TBK. m. 205'teki düzenlemeden de anlaşıldığı üzere sözleşmenin devri, bir tarafın sözleşmeden ayrılması ve üçüncü bir kişinin ayrılan tarafa ait hukuki durumun¹¹ tamamını kazanarak onun yerine geçmesidir (Eren, 2014: s. 1255-1256; Güzel, 1987: s. 268; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 616; Ayrancı, 2003: s. 33-34, 75; Larenz, 1987: s. 616 vd.; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 378; Alp, 2009: s. 303, 324; Buz, 2005: s. 353; Başbuğ, 2003: s. 11-12; Özkaraca, 2008: s. 126; Kocagil, 2011: s. 46; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: 9 vd.). Bir başka deyişle, bir sözleşmedeki taraf sıfatının, sözleşmeden doğan hak ve borçlarla birlikte başkasına geçirilmesidir (Güzel, 1987: s. 204, 266; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 383; Alp, 2009: s. 303, 305; Akyiğit, 2008: s. 342; Tosun, 2012: s. 171; Caniklioğlu, 2013: s. 107; Çabri, 2011: s. 3914; D'İsa, 2011: s. 1; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 616; Klimke, 2010: s. 3, 21; Bahadır, 2013: s. 3; Günay, 2012: s. 785; Kılıçoğlu, 2012: s. 809; Kuntalp vd., 2005: s. 103; Yiğit, 2014: s. 5, 12). Ya da diğer bir ifadeyle; sözleşmenin devri, alacaklı ya da borçlunun sözleşmeden çıkması ve onun yerini bir başkasının almasıdır (Yeniocak, 2011: s. 201). Devir sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılması sonucu sözleşmenin bir tarafı değişmekte, ancak sözleşmenin tüm hükümleri aynı kalmakta yani değişmemektedir (Oğuzman/Öz, 2013(b) s. 620; Alp, 2005: s. 199; Caniklioğlu, 2013: s. 107). Bir sözleşmenin devredilmesi sözleşmenin değiştirildiği anlamına gelmez (Moore, 2000: s. 43-44). Sözleşmenin devri kavramı Yargıtay'ın bir kararında da bu şekilde açıklanmıştır¹².

¹¹ Borç ilişkisi, örneğin bir sözleşme ilişkisi belirli hakları ve borçları içerir. Sözleşme ilişkisinde bu hak ve borçların oluşturduğu bütüne, tarafların, özellikle *“alacaklı ve borçlunun hukuki durumu”* denir (Eren, 2014: s. 1224-1225).

¹² Yarg. 3. HD. 14.10.2004 T., 2004/9625 E., 2004/10945 K. gereğince, *“Sözleşmenin yüklenilmesi ile yüklenilen sözleşme ortadan kalkmaz. Sözleşme ilişkisinin sadece tarafları değişir, ilişkideki taraflardan biri ayrılır ve üçüncü kişi onun yerine geçer. Sözleşmeyi yüklenen taraf tam olarak girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur ...”*. Söz konusu karar gereğince, sözleşmenin devrinden çıkan sonuçlar şunlardır: *“1. Taraflar anlaşma ile sözleşmede taraf değiştirmişlerdir. 2. Sözleşmeyi*

Sözleşmenin devrinde bir taraf sözleşmeden ayrıldığı ve üçüncü bir kişi ayrılan tarafın yerine geçtiği için devir anından itibaren üçüncü kişi yani sözleşmeyi devralan taraf asıl sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacakların sahibi ve borçların yükümlüsü olmaktadır. Def'i¹³ ve itiraz hakları¹⁴ ile yenilik doğuran haklar¹⁵ da bu kişiye geçmektedir (Eren, 2014: s. 1225, 1255-1256; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 620-621; Larenz, 1987: s. 616 vd.; von Tuhr/Escher, 1974: s. 343; Başbuğ, 2003: s. 11-12; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Ayrancı, 2003: s. 131 vd.; Özkaraca, 2008: s. 126; Kocagil, 2011: s. 58; Cengiz, 2014: s. 9-10). Sözleşmeyi devreden taraf ise borçlarından kurtulmakta ve alacak haklarını kaybetmektedir (Başbuğ, 2003: s. 11).

yüklenen (davacı) taraf devreden tarafın konumuna, baştan itibaren sözleşmenin tarafı imiş gibi sahip olur. Buna bağlı olarak da alacak haklarını kendi adına takip eder, yenilik doğuran hakları tek taraflı beyanı ile ileri sürer ve bu hakların ileri sürülmesine muhatap olur. Zira eski sözleşme ortadan kalkmamıştır. 3. Devreden taraf ile yüklenen tarafın devir sözleşmesi yapması ve bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını sözleşmede kalan tarafın icazet vermesine bağlı kılmaları olanaklıdır” (Yargıtay Kararları Dergisi, Aralık 2004, C. 30, S. 12, s. 1827-1829; aynı karar Yavuz, 2012: s. 287-288).

¹³ Def'i hakları, hak sahibine bir borcun yerine getirilmesini geciktirme ya da ortadan kaldırma yetkisini veren tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılabilen haklardır (Eren, 2014: s. 71; Kılıçoğlu, 2012: s. 22; Antalya, 2012: s. 29). Bir başka ifadeyle, def'i, borçlu tarafından alacaklının hakkının kabul edilmesi, fakat özel sebepler dolayısıyla borcu ifadan kaçınmak hakkına sahip bulunduğunu ileri sürmesidir. Def'i, bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Borçlu tek taraflı irade açıklamasıyla def'iden vazgeçebilir. Örneğin, borçlu “zamanaşımı def'i”ni ileri sürmediği taktirde hakim kendiliğinden borcun zamanaşımına uğradığını, bu sebeple borçlunun ifadan kaçınabileceğini göz önünde bulunduramaz (Reisoğlu, 2013: s. 40; Eren, 2014: s. 71 vd.; Buz, 2005: s. 90).

¹⁴ İtiraz, bir hakkın varlığını veya devamını engelleyen, ortadan kaldıran, tehlikeye düşüren olayların ileri sürülmesidir (Eren, 2014: s. 75; Antalya, 2012: s. 29). İtiraz, borçlu tarafından alacaklının hakkının doğmadığı veya hakkın artık mevcut olmadığı iddiasında bulunulması halinde söz konusu olur. Örneğin borçlunun, alacaklı ile bir sözleşme yaptığını kabul etmesi, fakat sözleşme sırasında ayırt etme gücünden yoksun olması sebebiyle sözleşmenin hükümsüz olduğunu, böylece bu sözleşmeden bir alacak hakkı doğmadığını ileri sürmesi ya da sözleşmeden doğan alacak hakkının ifa sebebiyle sona erdiğini yani borcunu ödemiş olduğunu iddia etmesi halinde, alacaklının talebine karşı itiraz ediyor demektir (Reisoğlu, 2013: s. 40; Eren, 2014: s. 75; Antalya, 2012: s. 29).

Def'i ve itiraz arasında fark vardır: Şöyle ki, def'i bir haktır, itiraz ise bir olaydır; def'i hakim tarafından re'sen göz önüne alınmaz bu nedenle borçlunun bunu ileri sürmesi gerekir, itiraz hakim tarafından re'sen göz önünde tutulur; def'i bir hak olduğu için sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilir, itiraz bir olay olduğu için menfaati olan herkes ileri sürebilir; def'i hakkı sona erdirmes sadece onun kullanılmasını, ileri sürülmesini geçici veya sürekli olarak engeller, itiraz ise hakkın doğmadığını veya sona erdiğini ifade eder (Eren, 2014: s. 75-76; Buz, 2005: s. 90 vd.; Antalya, 2012: s. 30).

¹⁵ Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile yeni bir hukuki ilişkinin kurulmasını, değiştirilmesini ya da sona erdirilmesini sağlayan, kayıt ve koşula bağlanması mümkün olmayan, kullanıldıktan sonra kendisinden dönülemeyen haklardır (Eren, 2014: s. 61, 67-68; Kılıçoğlu, 2012: s. 20; Tekinay vd., 1993: s. 16; Ayrancı, 2003: s. 125; Buz, 2005: s. 57 vd.; von Tuhr, 1983: s. 23 vd.; Antalya, 2012: s. 27 vd.). Yenilik doğuran hakların en belirgin örnekleri iptal, fesih ve dönme haklarıdır.

TBK. m. 205 hükmünün gerekçesine göre; İtalyan Medeni Kanununun 1406 ile 1410. maddeleri¹⁶ arasında bu kuruma yer verilmiştir. Sözleşmenin devri ile ilgili olarak sadece İtalyan Medeni Kanununda düzenleme bulunmaktadır. Yürürlükten kalkmış olan 1865 tarihli İtalyan Medeni Kanununda sözleşmenin devri ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktaydı. Sözleşmenin devri, 1942 tarihli İtalyan Medeni Kanununda düzenlenen yeni bir kurumdur. İtalyan Medeni Kanununun “*Kavram*” kenar başlıklı 1406. maddesine göre, “*Taraflardan her biri (devreden), sözleşmede kalan taraf (devredilen) kabul ettiği sürece, kendi yerine bir üçüncü kişiyi (devralan) ikame edebilir [devir sözleşmesi, eğer devralan, sözleşmede kalan taraf lehine bir karşılık yüklemişse (satış, takas) ivazlı bir sözleşme olabilir ve eğer devreden, devralanın faydalanmasını isterse (hibe), ivazsız bir sözleşme de olabilir]* (D’İsa, 2012: s. 1). Görüldüğü gibi, bu madde ile sözleşmenin devri kurumunun tanımına yer verilerek, devir sözleşmesinin ivazlı veya ivazsız yapılabileceği belirtilmiştir. İtalyan Temyiz Mahkemesi ve doktrininde de bu kurumun tanımı yapılmıştır. İtalyan Temyiz Mahkemesinin çok iyi bilinen kararına¹⁷ uygun olan doktrine göre, sözleşmenin devri, sözleşme yapan taraflardan birinin diğer bir kişiyle değiştirilmesi anlamına gelir (D’İsa, 2012: s. 3). İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde kanunen düzenlenmeyen bu kurumun, uygulamada kabul edildiği görülmektedir (Ayrancı, 2003: s. 38-39; Dinç, 2011: s. 208; Larenz, 1987: s. 616 vd.). Amerika Birleşik Devletleri hukuk sisteminde de sözleşmeden doğan hakların ve borçların genel olarak bir başka kişiye devredilebileceği kabul edilmektedir (Kramer, 2004: s. 7; Georgia Temyiz Mahkemesi, West Coast Cambridge, Inc. v. Rice, 584 S.E.2d 696 (Ga. Ct. App. 2003), <https://www.courtlistener.com/gactapp/849f/west-coast-cambridge-inc-v-rice/> (erişim: 10.03.2014); Georgia Temyiz Mahkemesi, Decatur North Assoc. v. Builders Glass, Inc., 350 S.E.2d 795 (Ga. Ct. App. 1986), “*contract rights and duties are generally assignable and delegable...*” <https://www.courtlistener.com/gactapp/7SAh/decaturnorth-assoc-v-builders-glass-inc/> (erişim: 10.03.2014).

¹⁶ Sözleşmenin devri ile ilgili olarak İtalyan Medeni Kanununun 1406. maddesinde “*Kavram*”, 1407. maddesinde “*Şekil*”, 1408. maddesinde “*Sözleşmede Kalan Taraf ve Devreden Arasındaki İlişkiler*”, 1409. maddesinde “*Sözleşmede Kalan Taraf ve Devralan Arasındaki İlişkiler*” ve 1410. maddesinde “*Devreden ve Devralan Arasındaki İlişkiler*” düzenlenmiştir (D’İsa, 2011: s. 1, 4, 13).

¹⁷ İtalyan Temyiz Mahkemesinin 6 Aralık 1995 tarih ve 12576 sayılı kararı, D’İsa, 2011: s. 3.

Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince; kural olarak, bir kişinin istediği zaman, istediği kişiyle sözleşme yapabileceğini ve istediği zaman da sözleşmeyi sona erdirebileceğini daha önce belirtmiştik. Bir sözleşmenin kurulması, çoğu zaman sözleşmenin taraflarını karşılıklı borç¹⁸ altına sokacağından, birtakım yükümlülükleri de beraberinde getirecektir. Kurulmuş olan bir sözleşmenin iradi devri de taraf iradelerine bağlıdır ve sözleşmeyi devralan taraf, sözleşmeyi devreden tarafın yerine geçeceğinden ve baştan itibaren bu ilişkinin tarafı konumuna geleceğinden (Ayrancı, 2003: s. 28) birtakım yükümlülüklerden de sorumlu olacaktır. O halde bir sözleşmenin kurulması nasıl tarafların iradelerine bağlı ise bir sözleşmenin iradi devri de aynı şekilde tarafların iradelerine bağlıdır.

2. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

2.1. Bölme (Parçalama/Kombinasyon) Teorisi

Bölme teorisine göre, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işlemlerinin birlikte yapılması suretiyle sözleşme ilişkisi, bu ilişkiye yabancı, üçüncü bir kişiye devredilmektedir (Ayrancı, 2003: s. 39; Güzel, 1987: s. 268; Akyiğit, 2001: s. 42 dn. 3. Arslanoğlu, 2006: s. 536; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213; Özkaraca, 2008: s. 114; Klimke, 2010: s. 4, 21; Kocagil, 2011: s. 47; Sönmez Tatar, 2011: s. 56; Cengiz, 2014: s. 11). Görüldüğü gibi, bölme teorisinde, sözleşme ilişkisi alacaklar ve borçlar olarak ikiye bölünmekte ve bunlar alacağın devri ve borcun üstlenilmesi esaslarına göre devredilmekte ve üstlenilmektedir (Ayrancı, 2003: s. 39; Eren, 2014: s. 1256; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213; Buz, 2005: s. 354; Akyiğit, Karar İncelemesi, 2001: s. 44; Özkaraca, 2008: s. 114; Kocagil, 2011: s. 47). Ancak bu teori doktrinde eleştirilmiştir. Şöyle ki; sözleşmenin devrinde, borç ilişkisi bir bütün olarak devredildiğinden taraflardan biri borç ilişkisinden ayrılmakta ve onun yerine yeni bir taraf geçmektedir. Borç ilişkisinden ayrılan tarafın leh ve aleyhine doğan hak ve borçlar da sözleşme ilişkisine yeni giren tarafa geçmektedir (Eren, 2014: s. 1255; Larenz, 1987: s. 616 vd.; Akyiğit, 2001: s. 42; Akyiğit, 2008: s. 342; Alp, 2009: s.

¹⁸ Borçlar hukuku, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde karşılık (ivaz) ilkesini kabul etmiştir. Karşılıksız sözleşmeler, istisnai niteliktedir. Bu anlamda; bağışlama, ariyet ve ücretsiz vekalet sözleşmeleri, karşılıksız sözleşmelere örnek olarak verilebilir. Bunların dışındaki sözleşmeler özellikle satım, trampa, kira, hizmet, istisna vs. sözleşmeler, karşılıklı sözleşmelerdir (Eren, 2014: s. 20; Tekinay vd., 1993: s. 53).

303; Başbuğ, 2003: s. 10; Özkaraca, 2008: s. 126; Danar, 2007: s. 63; Kocagil, 2011: s. 46; Cengiz, 2014: s. 9 vd., 109). Sözleşme ilişkisinden doğan hak ve borçlar ise sadece alacak ve borçtan ibaret olmadığından yani daha geniş bir kapsama sahip olduğundan, bu borç ilişkisi yenilik doğuran hakları da kapsamaktadır. Alacağın devralınması ve borcun üstlenilmesinde ise sadece o borç ilişkisinden doğan alacak ya da borç el değiştirmektedir (Eren, 2014: s. 1255-1256; Yeniocak, 2011: s. 202). Dolayısıyla sadece alacağın devri ve borcun üstlenilmesinden ibaret olan bir devir sözleşmesi, yenilik doğuran hakları kapsamadığı için bölme teorisi eleştirilmiş ve bugün birlik teorisi kabul edilmiştir (Eren, 2014: s. 1256; Ayrancı, 2003: s. 45 vd.; Buz, 2005: s. 354-355; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213; Arslanoğlu, 2006: 536; Özkaraca, 2008: s. 114; Kocagil, 2011: s. 47; Sönmez Tatar, 2011: s. 56; Cengiz, 2014: s. 11-12).

2.2. Birlik (Bütünlük) Teorisi

Birlik teorisine göre, sözleşme ilişkisi unsurlarına ayrılmayan bir bütündür. Dolayısıyla alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işlemlerinin birlikte yapılması suretiyle sözleşmenin devri mümkün değildir. Sözleşmenin devri, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tek bir hukuki işlemle mümkün olabilir (Ayrancı, 2003: s. 40; Güzel, 1987: s. 267; Akyiğit, 2001: s. 42 dn. 3; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213; Özkaraca, 2008: s. 114; Klimke, 2010: s. 21; Kocagil, 2011: s. 47; Sönmez Tatar, 2011: s. 56-57; Larenz, 1987: s. 616 vd.; Cengiz, 2014: s. 12).

Birlik teorisinde, sözleşmenin devri kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilir ve taraf değişikliği tek bir işlemle gerçekleştirilmelidir. Bu işlem ile sözleşme ilişkisinin içeriği değişmeyecek, sadece sözleşme ilişkisinin taraflarından biri değişecektir. Bölme teorisinden farklı olarak tüm sözleşme ilişkisi, bir bütün olarak üçüncü kişiye devredilmektedir. Sözleşmenin devri devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraf arasında gerçekleşmektedir (Ayrancı, 2003: s. 50-51; Eren, 2014: s. 1256; Güzel, 2008: s. 267; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213; Özkaraca, 2008: s. 114; Kocagil, 2011: s. 47; Larenz, 1987: s. 616 vd., Cengiz, 2014: s. 12).

İtalyan Medeni Kanununda da birlik teorisinin kabul edildiği görülmektedir. İtalyan Medeni Kanununun “Sözleşmede Kalan Taraf ve Devralan Arasındaki İlişkiler” başlıklı 1409. maddesine göre, “Sözleşmede kalan taraf, sözleşmeyi devralana karşı sözleşmeden doğan tüm def’ileri ileri sürebilir, diğer def’ileri ileri süremez (örneğin tazminat), fakat değişikliğe izin verdiği anda hakkını saklı tuttuğunu açıkça ifade etmiş olması hariçtir” (D’Isa, 2011: s. 13). İtalyan Medeni Kanunundaki bu madde, borç ilişkisinin bir bütün olarak devredildiğini göstermektedir ve dolayısıyla bu madde ile birlik teorisinin benimsendiği açıkça görülmektedir. Çünkü borç ilişkisinin bir bütün olarak devredilmesi halinde, borç ilişkisinden doğan alacak ve borçlar yanında def’i ve itiraz hakları ile yenilik doğuran haklar, sözleşmeyi devralan tarafa geçmektedir. Maddede, sözleşmede kalan tarafın, sözleşmeyi devralana karşı sözleşmeden doğan bütün itirazları ileri sürebileceği belirtildiğinden, sözleşmeyi devralan, devredenin sözleşme ilişkisinden doğan hukuki durumunu kazanmış demektir. Çünkü sözleşmenin devrinde, borç ilişkisi bir bütün olarak sözleşmeyi devredenden devralana geçmekte ve devralan, devredenin sözleşme ilişkisindeki hukuki durumunu kazanmaktadır. İtalyan Medeni Kanunundaki bu düzenleme, bölme teorisi ile birlik teorisi arasındaki tartışmalara son vermiş olmakta ve birlik teorisini açıkça kabul etmektedir.

Gerçekten, birlik teorisinin kabul edilmesi amaca daha uygun düşmektedir. Çünkü birlik teorisi, sözleşme ilişkisini bir bütün olarak yani alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işlemini iki hukuki işleme ayırmadan tek bir hukuki işlemle gerçekleştirmektedir. Böylece sözleşme ilişkisine bağlı yenilik doğuran hakların devri de mümkün olmaktadır (Ayrancı, 2003: s. 52; Buz, 2005: s. 355, 363-364. Yenilik doğuran hakların devri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, 2005: s. 267-277).

3. SÖZLEŞMENİN DEVRİ İLE BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Sözleşmenin devri kurumuyla benzer hukuki ilişkilerin karıştırılabilmesi mümkündür. Alacağın devri ile borcun üstlenilmesi kurumlarının, sözleşmenin devri kurumu ile karıştırılabilme ihtimali söz konusu değilse de alacağın devri ve borcun

üstlenilmesi yoluyla, sözleşmenin devrinde olduğu gibi, sözleşme ilişkinin bir bütün olarak üçüncü kişiye geçip geçmeyeceği doktrinde tartışılmıştır. Bu nedenle alacağın devri ile borcun üstlenilmesi yoluyla, sözleşmenin devrinde olduğu gibi, sözleşme ilişkisinin neden bir bütün olarak üçüncü kişiye geçişinin mümkün olmadığı aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Sözleşmenin devri kurumu ile sözleşmeye katılma kurumunun birbiriyle karıştırılma ihtimali yoktur. Sözleşmenin devri ile borca katılma kurumlarının da birbirleriyle karıştırılma ihtimali isimlerinin benzer olmaması nedeniyle çok düşüktür. Borca katılma kurumu ile sözleşmeye katılma kurumlarının karıştırılma ihtimali ise isimlerinin benzer olması nedeniyle oldukça yüksektir. Ayrıca borca katılma ile borcun üstlenilmesi kurumları da birbiriyle karıştırılabilir. Bütün bu kurumlar arasındaki farklar aşağıda açıklanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuzun “*Genel Hükümler*” kısmının beşinci bölümü olan “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” üç ayırımdan oluşmaktadır. Birinci ayırımı “*Alacağın Devri*”, ikinci ayırımı “*Borcun Üstlenilmesi*” ve üçüncü ayırımı da “*Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma*”dır. “*Borca katılma*”, ikinci ayırım olan “*Borcun Üstlenilmesi*” başlığı altındaki 201. maddede düzenlenmiştir.

3.1. Alacağın Devri-Borcun Üstlenilmesi

Hem 818 sayılı Borçlar Kanununda hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda “*alacağın devri*” ve “*borcun üstlenilmesi*” ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir.

Alacağın devri, mevcut bir alacağın alacaklısının değişmesi işlemidir. TBK. m. 183’de alacağın devri düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, “*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir*”. Kanundaki düzenlemeye göre, alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun rızasına gerek olmadan bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesine alacağın devri adı verilmektedir. Alacağın devrinde, alacaklı değişmekte ve alacak devralana

geçmektedir. Bunun neticesinde de, alacağı devreden borcun ifasını isteyememekte ve bu hak yeni alacaklıya ait olmaktadır (Eren, 2014: s. 1224; Reisoğlu, 2013: s. 462 vd.; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 363; Kılıçoğlu, 2012: s. 773; Yiğit, 2014: s. 27). Alacağı devreden kişi, borç ilişkisinin tarafı olmakta ve bu ilişkiden doğan borçlardan sorumlu olmakta, borç ilişkisini değiştirme ya da kaldırma yetkisi veren tüm yenilik doğuran haklar onun şahsına bağlı kalmaya devam etmektedir (Güzel, 1987: s. 202). Alacağın devriyle sadece hukuki işlemde doğan bir ya da birden çok alacak devredilmekte; borç ilişkisinin bir bütün olarak devri söz konusu olmamaktadır. Örneğin apartman dairesini (K)'ya kiralayan malik (M), doğmuş bulunan bir aylık kira alacağını (Ü)'ye devrederse alacağın devri işlemi söz konusu olacaktır. Alacağın devri işlemi ile hukuki ilişkinin yani kira sözleşmesinin taraflarında bir değişiklik meydana gelmemekte, (Ü) sadece bir aylık kira bedelini elde etmektedir (Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 363-364). Alacağın devrinde, borç ilişkisinin tarafları olan alacaklı ve borçlu yanında bir üçüncü kişi de borç ilişkisine girmektedir (Kılıçoğlu, 2012: s. 770; Bahadır, 2013: s. 8; Yiğit, 2014: s. 31). TBK. m. 184 ile, alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olma koşuluna bağlanmıştır.

Borcun üstlenilmesi ile borç ilişkisinin borçlu tarafı değişmektedir, yani bir sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin sonradan borç ilişkisine girmesi ve borçlu olarak yer almasıdır. Borcun üstlenilmesinde borç üçüncü bir kişiye yani borcu üstlenen kişiye geçtiği için alacaklının buna rıza göstermesi gerekmektedir (Eren, 2014: s. 1243; Tekinay vd., 1993: s. 268; Reisoğlu, 2013: s. 474 vd.; Başbuğ, 2003: s. 10; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 372 vd.; von Tuhr, 1983: s. 885-886; Kılıçoğlu, 2012: s. 789 vd.; Cengiz, 2014: s. 44). Borcun üstlenilmesi, TBK. m. 195 ile m. 204 arasında düzenlenmiştir. İç üstlenme sözleşmesi TBK. m. 195'te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *“Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur”*. Maddedeki düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, borcun iç üstlenilmesi, gerçek anlamda bir borç üstlenme değildir. Nitekim bununla borcun borçlusu değişmemekte, borcu üstlenen üçüncü kişi sadece borçluyu borcundan kurtarmayı vaad etmektedir (Eren, 2014: s. 1244 vd.; Tekinay vd., 1993: s. 269 vd.; von Tuhr/Escher, 1974: s. 381; Reisoğlu, 2013: s. 474-475; Kılıçoğlu,

2012: s. 803; Danar, 2007: s. 63; Bahadır, 2013: s. 11; Cengiz, 2014: s. 45). TBK. m. 196 ise, dış üstlenme sözleşmesini düzenlemiştir. Bu maddeye göre, “*Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur*”. Maddeden de açıkça anlaşıldığı gibi, borcun dış üstlenilmesi, alacaklı ile üçüncü kişi (borcu üstlenen) arasında yapılan bir sözleşme olup, bununla borçlu borcundan kurtulmakta ve onun yerine borcu üstlenen kişi borçlu olarak geçmektedir. Yani, borcun dış üstlenilmesi ile, eski borçlu borcundan kurtulmakta, borcu üstlenen kişi ise borç altına girmektedir (Eren, 2014: s. 1247; Tekinay vd., 1993: s. 272; von Tuhr/Escher, 1974: s. 395; Reisoğlu, 2013: s. 475-476; Yavuz, 2012: s. 276; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 373; Kılıçoğlu, 2012: s. 803; Danar, 2007: s. 63; Bahadır, 2013: s. 12; Cengiz, 2014: s. 45; Yiğit, 2014: s. 38).

Sözleşmenin devri ile ilgili düzenleme ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile mevzuatımıza girmiştir. “*O halde, alacağın devri ve borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler Türk Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen ayrıca sözleşmenin devri hükmüne yer verilmesinin sebebi ne olabilir? Ya da sözleşmenin devri ile varılmak istenen sonuca alacağın devri ya da borcun üstlenilmesi yoluyla varılamaz mı?*” Bu soruları şu şekilde yanıtlayabiliriz: Sözleşmenin devri, taraflardan birinin sahip olduğu hukuki durumun bir bütün olarak devrini ifade etmektedir (Eren, 2014: s. 1225, 1256; Güzel, 1987: s. 266; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 616; Ayrancı, 2003: s. 33-34, 75; Alp, 2009: s. 303, 324; Buz, 2005: s. 353; Başbuğ, 2003: s. 11-12; Özkaraca, 2008: s. 126; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 378; Kocagil, 2011: s. 46). Sözleşmenin devrinde, borç ilişkisi bir bütün olarak devredildiğinden taraflardan biri borç ilişkisinden ayrılmakta ve onun yerine yeni bir taraf geçmektedir. Borç ilişkisinden ayrılan tarafın leh ve aleyhine doğan hak ve borçlar da sözleşme ilişkisine yeni giren tarafa geçmektedir (Eren, 2014: s. 1255; Larenz, 1987: s. 616 vd.; Akyiğit, 2001: s. 42; Akyiğit, 2008: s. 342; Alp, 2009: s. 303; Başbuğ, 2003: s. 10; Özkaraca, 2008: s. 126; Danar, 2007: s. 63; Kocagil, 2011: s. 46; Cengiz, 2014: s. 9 vd., 109). Özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların her biri hukuki bir duruma sahip olduğundan ve sözleşmenin devri ile birlikte, sözleşmeyi devralan kişi sözleşmeyi devreden kişinin yerine geçtiğinden bu kişinin hukuki durumunu da kazanmaktadır. Bu durum, borç

ilişkisinden doğan alacak ve borçlar yanında def'i ve itiraz hakları ile yenilik doğuran hakları da kapsamaktadır (Eren, 2014: s. 22 vd., 1255-1256; Oğuzman/Öz, 2013(b), s. 620-621; Başbuğ, 2003: s. 11; Özkaraca, 2008: s. 126; Larenz, 1987: s. 617 vd.; Cengiz, 2014: s. 109). Alacağın devrinde ve borcun üstlenilmesinde, alacağı devralan veya borcu üstlenen kişi sadece münferit alacak ve borcu devralmaktadır (Eren, 2014: s. 1255; ; Alp, 2009: s. 303; Başbuğ, Üçlü İlişki, 2003: s. 11; Akyiğit, 2001: s. 42; Akyiğit, 2008: s. 342; Kocagil, 2011: s. 47; Cengiz, 2014: s. 9). Bir diğer ifadeyle, alacağın devralınması ve borcun üstlenilmesinde, sadece o borç ilişkisinden doğan alacak ya da borç el değiştirmektedir (Eren, 2014: s. 1255; Yeniocak, 2011: s. 202; Güzel, 1987: s. 265; Akyiğit, 2001: s. 42; Kocagil, 2011: s. 47). Bunun dışında eski alacaklının ve eski borçlunun sözleşme ilişkisindeki hukuki durumunu kazanamamaktadır (Eren, 2014: s. 1225, 1255-1256; ; Başbuğ, 2003: s. 11). Yani alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hallerinde borç ilişkisinde taraf değişikliği meydana gelmemektedir (Ayrancı, 2003: s. 48; Akyiğit, 2001: s. 42; Akyiğit, 2008: s. 342; Bahadır, 2013: s. 8 vd.; Yiğit, 2014: s. 34, 38). Dolayısıyla, alacağın devrinde ve borcun üstlenilmesinde, bir borç ilişkisinin içerdiği tüm hak ve borçlar birlikte devredilmediği için, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi ile sözleşmenin devri birbirinden farklıdır (Eren, 2014: s. 1225, 1256; Oğuzman/Öz, 2013(b) s. 616; Akyiğit, 2001: s. 42; Akyiğit, 2008: s. 342; Başbuğ, 2003: s. 10). Bunun sonucu olarak, sözleşmenin devri ile varılmak istenen sonuca alacağın devri ya da borcun üstlenilmesi yoluyla varılması mümkün değildir.

3.2. Borca Katılma

“Sözleşmenin devri” kavramı ile “borca katılma” kavramının birbirinden farklı olduğu açıktır. Borca katılma kavramının, sözleşmenin devri kavramından çok borcun üstlenilmesi ile sözleşmeye katılma kavramları ile karıştırılabilmesi mümkündür.

“Borca Katılma”, Türk Borçlar Kanununun “Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri” başlıklı beşinci bölümünün ikinci ayırımı olan “Borcun Üstlenilmesi” başlığı altındaki 201. maddede düzenlenmiştir. 201. madde, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen “Borca Katılma” kenar başlıklı yeni bir

maddedir. Bu maddeye göre, “*Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir*” (m. 201/f.1). “*Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen¹⁹ sorumlu olurlar*”. (m. 201/f.2).

Madde gerekçesinde belirtildiği gibi, “*Borç ilişkilerinde, taraf değişikliği her zaman alacaklı veya borçlu tarafın değişmesi şeklinde gerçekleşmemekte, bunlar yanında mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere üçüncü bir kişinin katılması şeklinde de ortaya çıkmaktadır. Bilindiği gibi, borcun üstlenilmesi sonucunda eski borçlu borcundan kurtulmakta, onun yerini yeni borçlu almaktadır. Borca katılmada ise, borçlu borcundan kurtulmamakta, “katılan” da borçlu ile birlikte aynı borçtan müteselsilen sorumlu olmaktadır*”. Yani borca katılmada, birinin yerine geçme söz konusu değildir, mevcut borçlunun yanına yeni bir borçlu katılmaktadır. Bir başka ifadeyle, üçüncü bir kişi asıl borçlu yanında borcu onunla birlikte yüklenmektedir (Eren, 2014: s. 1254; Reisoğlu, 2013: s. 478; Şenyüz, 2011: s. 204; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 608; Engin, 2012: s. 165; Başbuğ, 2003: s. 9; Yavuz, 2012: s. 275-276, 291; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 377; Kılıçoğlu, 2012: s. 803; Bahadır, 2013: s. 10, 12). Örneğin (B), (A)’ya borçludur. (C), bu borç mevcut iken (A) ile bir anlaşma yaparak (B)’nin müteselsil borçlusu olabilir (Tekinay vd., 1993: s. 294; Yavuz, 2012: s. 276).

Borca katılma ile borcun üstlenilmesi kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekir. Borca katılma, niteliği itibari ile bir sözleşmedir ve katılma sözleşmesiyle üçüncü kişi yani borca katılan, alacaklıya karşı borcu, asıl borçlu ile birlikte üstlenir (Eren, 2014: s. 1254; Yavuz, 2012: s. 276, 291; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 377). Borcun üstlenilmesinden farklı olarak, borca katılma borçluyu borcundan kurtarmaz (Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 377; Günay, 2008: s. 775; Kılıçoğlu, 2012: s. 803).

¹⁹ Birden fazla kimse, alacaklıya karşı aynı sebepten dolayı ve her biri borcun tamamı için asıl borçlu sıfatıyla borçlu olursa, müteselsil borçtan söz edilir. Müteselsil borçlarda; her borçlu borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür, alacaklı seçim hakkına sahiptir yani borcun ifasını borçluların hepsinden veya bir kısmından ya da sadece birinden isteyebilir, borçlulardan birinin ifası oranında borç sona ermektedir. 818 sayılı BK. m. 141 ile başlayan “*Birinci Fesil/Müteselsil borçlar*” şeklindeki alt başlık, 6098 sayılı TBK. ile “*Birinci Ayrım/Teselsül*” şeklinde değiştirilmiş ve müteselsil borçluluk ile ilgili düzenlemeler TBK. m. 162 vd. maddelerinde yer almıştır. Müteselsil borçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay vd., 1993: s. 285 vd.; Eren, 2014: s. 1200 vd.; Reisoğlu, 2013: s. 440 vd.

Borca katılanın borcunun sebebi, ilk borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme vb. gibi hukuki sebep değildir, bizzat kendisinin yaptığı, alacaklı ile arasındaki borca katılma sözleşmesidir (Oğuzman/Öz, 2013(b), s. 608-609).

Borca katılma, sözleşmenin devri kurumundan da farklıdır. Sözleşmenin devrinde, herhangi bir taraf yanında sözleşmeye dahil olma söz konusu değildir. Sözleşmenin devrinde, borç ilişkisi bir bütün olarak devredildiğinden taraflardan biri borç ilişkisinden ayrılmakta ve onun yerine yeni bir taraf geçmektedir (Eren, 2014: s. 1255; Akyiğit, 2001: s. 42; Alp, 2009: s. 303; Başbuğ, 2003: s. 10; Özkaraca, 2008: s. 126; Danar, 2007: s. 63; Kocagil, 2011: s. 46; Bahadır, 2013: s. 12; Larenz, 1987: s. 616 vd.)

Borca katılmayı sözleşmeye katılmadan da ayırmak gerekir. Borca katılmanın en önemli sonucu, katılanın borçlu ile birlikte yani yanında yer aldığı kişi ile birlikte borçtan müteselsilen sorumlu olmasıdır (Çabri, 2011: s. 3914; Başbuğ, 2003: s. 9; Yavuz, 2012: s. 276, 291). Yani borca katılma sadece ve sadece borçlu taraf yanında yer alma sonucunu doğurmaktadır (Çabri, 2011: s. 3914; Yavuz, 2012: s. 293). Borca katılan kişinin, katıldığı borç ilişkisinde alacak hakkına katılmaması, borca katılma ile sözleşmeye katılma arasındaki en önemli farkı oluşturmaktadır. Sözleşmeye katılmada, katılma sadece borçlu taraf yanında değil alacaklı taraf yanında da olabilir (Kılıçoğlu, 2012: s. 812; Yavuz, 2012: s. 293). Sözleşmeye katılmada katılan kişi, yanında yer aldığı kişi ile birlikte kural olarak, -TBK. m. 206/f.2 gereğince, anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa- hem borca hem de alacağa ortak olmakta yani borçtan müteselsil sorumlu olduğu gibi müteselsilen alacaklı da olmaktadır. Borca katılmada ise sadece borca ortak olma söz konusudur (Kılıçoğlu, 2012: s. 812; Çabri, 2011: s. 3914; Yavuz, 2012: s. 293).

TBK. m. 201/f.1 gereğince, borca katılma sözleşmesi katılan ile alacaklı arasında yapıldığından bu sözleşmenin geçerliliği için yanında yer alınan tarafın rızası şart değildir. Sözleşmeye katılmada ise katılma sözleşmesi, sözleşmeye katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapıldığından sözleşmeye katılma üç taraflı

hukuki işlemdir (Kılıçoğlu, 2012: s. 812; Çabri, 2011: s. 3914; Yavuz, 2012: s. 292-293). Bu açıdan da borca katılma ile sözleşmeye katılma arasında fark vardır.

TBK. m. 206/f.3 gereğince, sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlanmıştır. Oysa TBK. m. 201'de, borca katılma sözleşmesi herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Borca katılma ile sözleşmeye katılma arasındaki son fark budur.

Borca katılma, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda düzenlenmediği halde o dönemde de doktrinde kabul edilmiş (Eren, 2003, s. 1205 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 608; Tekinay vd., 1993: s. 294; Yeniocak, 2011: s. 193; Engin, 2012: s. 165) ve Yargıtay kararlarına²⁰ konu olmuştur. Bu nedenle, TBK. m. 201 hükmünün gerekçesinde belirtildiği gibi, *“Uygulamada sıkça karşılaşılan borca katılmanın, yasal bir düzenlemeye kavuşturulması yerinde görülmüştür”*.

3.3. Sözleşmeye Katılma

“Sözleşmenin devri” kavramı ile *“sözleşmeye katılma”* kavramı, birbirlerinden farklı kavramlardır.

“Sözleşmeye katılma”, Türk Borçlar Kanununda üçüncü ayırım olan *“Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”* başlığı altındaki 206. maddede düzenlenmiştir. 206. madde, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen *“Sözleşmeye Katılma”* kenar başlıklı yeni bir maddedir. Bu maddeye göre, *“Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır”* (m. 206/f.1). *“Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve*

²⁰ Yarg. HGK. 11.02.1998 T., 1998/19-90 E., 1998/107 K. (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com.tr, erişim: 23.03.2014); Yarg. 19. HD. 11.06.1997 T., 1997/3883 E., 1997/6037 K. (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com.tr, erişim: 23.03.2014).

borçlu olurlar” (m. 206/f.2). “Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır” (m. 206/f.3).

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, sözleşmeye katılmada, mevcut bir sözleşme vardır ve katılanın yani üçüncü bir kişinin, sözleşme taraflarından birinin hak ve borçlarına sahip olmak üzere sözleşmenin tarafları ile katılma sözleşmesi yapması suretiyle sözleşmeye katılma gerçekleşmektedir. Sözleşmeye katılan kimse bu sözleşmeyi, hem yanında katıldığı tarafla hem de diğer tarafla yapmak zorundadır (Eren, 2014: s. 1256; Kılıçoğlu, 2012: s. 812; Larenz, 1987: s. 619). Bu nedenle sözleşmeye katılma üç taraflı hukuki işlemdir (Çabri, 2011: s. 3914; Yavuz, 2012: s. 292). Sözleşmeye katılmada, herhangi bir tarafın sözleşmeden ayrılması söz konusu değildir. Eski taraf sözleşmedeki mevcut konumunu devam ettirmekte, yanında yer alınan tarafın alacaklılık ve borçluluk sıfatında herhangi bir değişiklik olmamakta, ancak sözleşme ilişkisine yeni bir taraf girmekte ve taraflardan birinin yanında bir veya birden çok kişi yer almaktadır (Ayrancı, 2003: s. 75; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 621-622; Kılıçoğlu, 2012: s. 812; Çabri, 2011: s. 3911-3912, 3915; Akyiğit, 2001: s. 43; Akyiğit, 2008: s. 342; Yavuz, 2012: s. 289-290; Bahadır, 2013: s. 22). Örneğin satım sözleşmesinde satıcının bir kişi iken iki kişi olması veya kira sözleşmesinde iki kiracı varken üç kiracı olması gibi (Oğuzman/Öz, 2013(b), s. 622). Şahıs şirketine yeni bir ortağın girmesinde de böyle bir durum söz konusudur (Ayrancı, 2003: s. 75, 77; Yavuz, 2012: s. 290).

Sözleşmenin devri, sözleşmeye katılmadan farklı olup, sözleşmeyi devreden ile devralan ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve sözleşmeyi devreden kişinin bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır. Sözleşmenin devrinde, sözleşmeye katılmanın aksine, devreden taraf sıfatı sona erdiğinden ve bütün hak ve borçlarını devralana geçirdiğinden, devrettiği sözleşme ile ilişkisi kalmamaktadır. Dolayısıyla sözleşmeye katılmayı sözleşmenin devrinden ayırmak gerekir (Akyiğit, 2001: s. 42-43; Akyiğit, 2008: s. 342; Yiğit, 2014: s. 4).

Sözleşmeye katılma, sözleşmenin devrinden farklı olmakla birlikte, sözleşmenin devri gibi üç taraflı bir sözleşme olması, katılacak sözleşmenin şekline

tabi olması ve katılanın, yanında yer aldığı kişi ile aynı hak ve borçlarına sahip olması açısından sözleşmenin devri hükümleri ile paralellik göstermektedir (Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 622).

Sözleşmeye katılma ile borca katılma da birbirinden farklı kurumlardır. Sözleşmeye katılma ile borca katılma kurumları arasındaki farklar, borca katılma başlığı altında açıklandığından burada tekrar bu farklara değinilmemiştir.

Sözleşmeye katılma ile borcun üstlenilmesini de birbirinden ayırt etmek gerekir. Borcun üstlenilmesi, borcu üstlenen kişi ile borçlu arasında kurulan borcun iç üstlenilmesi anlaşmasının alacaklı tarafından kabulü ile gerçekleşir. Burada borçlu taraf, borçlu olmaktan çıkmakta, onun yerini yeni borçlu yani borcu üstlenen kişi almaktadır (Kılıçoğlu, 2012: s. 813). Sözleşmeye katılma ise borçlu tarafa katılma şeklinde gerçekleşse bile, borçlu taraf, borçlu olmaktan çıkmamakta, üstlenen kişi ile birlikte müteselsilen sorumlu olmaktadır (Ayrancı, 2003: s. 75; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 621-622; Kılıçoğlu, 2012: s. 813; Çabri, 2011: s. 3911-3912, 3915; Akyiğit, 2001: s. 43; Yavuz, 2012: s. 289-290; Bahadır, 2013: s. 22).

4. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN TÜRLERİ

Bir sözleşmenin devri, sözleşmenin kanuni devri ve sözleşmenin iradi devri olmak üzere, iki şekilde gerçekleşebilir. Gerçek anlamda sözleşmenin devri ise sözleşmenin iradi devridir (Ayrancı, 2003: s. 28, 35).

4.1. Sözleşmenin Kanuni Devri

Bir sözleşme bir başkasına, belli bir hukuki olaya²¹ kanunun bu sonucu bağlaması ile –kanun dolayısıyla- kendiliğinden ve başka hiçbir işleme gerek olmaksızın devrediliyorsa sözleşmenin kanuni devri söz konusudur (Ayrancı, 2003: s. 28, 35, 37, 71; Güzel, 1987: s. 209, 266; Özkaraca, 2008: s. 115; Arslanoğlu, 2006:

²¹ Hukuki olay, hukuk düzeninin kendilerine hukuki sonuç bağladığı olaylardır (Eren, 2014: s. 159; Tekinay vd., 1993: s. 35; Reisoğlu, 2013: s. 50).

s. 536; Kocagil, 2011: s. 46; Sönmez Tatar, 2011: s. 57; Bahadır, 2013: s. 4; Cengiz, 2014: s. 5, 9, 32-33; Yiğit, 2014: s. 26, 69).

Sözleşmenin kanuni devri üç şekilde meydana gelebilir: Birincisi, taraf değişikliğinin doğrudan doğruya bir kanun hükmü sebebiyle meydana gelmesidir. İkincisi, taraf değişikliğinin sözleşmede kalan tarafın rızasına gerek olmadan meydana gelmesidir. Üçüncüsü ise sözleşmenin mahkeme kararı ile devridir (Ayrancı, 2003: s. 35, 71-73; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: s. 6, 33-34). İlk durumda sözleşme taraflarının iradeleri ile sözleşmenin kendisine geçirildiği üçüncü kişinin iradesi herhangi bir öneme sahip olmadığından, bu kişilerin rızası gerekmemektedir (Güzel, 1987: s. 210; Cengiz, 2014: s. 6; Yiğit, 2014: s. 26). İkinci durumda sözleşmeyi devreden ile devralan tarafın rızaları vardır ve bu iki tarafın rızası yeterli olup sözleşmede kalan tarafın rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır (Ayrancı, 2003: s. 35, 71; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: s. 6, 34). Üçüncü durumda, özellikle yayın sözleşmesinde, fikri hak sahibi eserini tamamlayamadan ölmüş veya fiil ehliyetini kaybetmişse, mahkeme kararı ile sözleşme devredilebilir (Ayrancı, 2003: s. 72-73; Cengiz, 2014: s. 34).

Hukukumuzda çeşitli yasalarda sözleşmenin kanuni devri ile ilgili hükümler yer almaktadır. Örneğin gerçek kişi işverenin ölmesi halinde işyeri, Miras Hukuku hükümleri uyarınca külli halefiyet²² ilkesinin bir sonucu olarak mirasçılara geçmektedir. TMK. m. 599 gereğince, “*Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereği kazanırlar...*”. Bu durumda işyeri mirasçılara kanun hükmü gereği geçmiş olmakta ve İş Hukuku anlamında mirasçılar işveren sıfatını kazanmaktadırlar. İşverenin ölümü ile iş sözleşmesinin mirasçılarla devam edeceği, TBK. m. 441/f.1’de “*İşverenin ölümü halinde, yerini mirasçılar alır*” ifadesi ile belirtilmiştir. İşyeri, işverenin ölümü ile birlikte alacak ve borçlarıyla birlikte külli halefiyet gereği bütün olarak mirasçılara geçtiğinden, işyerinin geçişi için herhangi bir işleme gerek bulunmamaktadır (Doğan Yenisey, 2009(a): s. 132; Özkaraca, 2008: s. 44-45; Ayrancı, 2003: s. 69-70; Danar, 2007: s. 65).

²² “*Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi*” konusu incelenirken dn. 229’da ayrıntılı olarak açıklandığından burada değinilmemiştir.

Sözleşmenin kanuni devri ile ilgili yasalarımızda yer alan diğer düzenlemeler (İş K. m. 6, TBK. m. 310, m. 428, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu²³ m. 27) aşağıda, “*Türk Hukukunda Sözleşmenin Devri*” başlığı altında incelenmiştir.

4.2. Sözleşmenin İradi Devri

Bir sözleşme tamamen taraf iradeleri ile yani kanuna bağlı olmadan tarafların anlaşması ile devrediliyorsa sözleşmenin iradi devri söz konusudur. Sözleşmenin iradi devrinde, sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi vardır ve bu borç ilişkisinde taraf değişikliği sözleşme ile meydana gelmektedir (Ayrancı, 2003: s. 28, 35, 37; Özkaraca, 2008: s. 115; Arslanoğlu, 2006: s. 536; Sönmez Tatar, 2011: s. 57; Cengiz, 2014: s. 6, 9; Yiğit, 2014: s. 25, 69).

Sözleşmenin iradi devrinde, sözleşmenin kanuni devrinden farklı olarak, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan tarafın rızası gereklidir (Ayrancı, 2003: s. 35; Bahadır, 2013: s. 3-4; Cengiz, 2014: s. 6, 9, 22; Yiğit, 2014: s. 25, 69).

Sözleşmenin iradi devri ile ilgili yasalarımızda yer alan düzenlemeler (TBK. m. 205, m. 323, m. 429) aşağıda, “*Türk Hukukunda Sözleşmenin Devri*” başlığı altında incelenmiştir.

5. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

TBK. m. 205’te yapılan tanıma 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*”. Bu tanımdan anlaşıldığı gibi sözleşmenin devri, bir tarafın sözleşmeden ayrılması ve üçüncü bir kişinin ayrılan tarafa ait hukuki durumun tamamını kazanarak onun yerine geçmesidir (Eren, 2014: s. 1255-1256; Güzel, 1987: s. 268; Ayrancı, 2003: s. 33-34, 75; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 616; Alp, 2009: s. 303,

²³ Kabul Tarihi: 21.11.2012, RG. 28496 sayı ve 13.12.2012 tarih.

324; Buz, 2005: s. 353; Başbuğ, 2003: s. 11-12; Kocagil, 2011: s. 46; Larenz, 1987: s. 616 vd.; Cengiz, 2014: s. 10).

Borçlar hukuku sistemimizde bir borç ilişkisinde bir tarafın yerine bir başkasının geçmesi, halefiyet durumlarında söz konusu olur. Halefiyet, genel anlamı ile bir borç ilişkisinde bir şahsın yerine bir başkasının geçmesidir (Kılıçoğlu, 1979: s. 3; Topuz/Canbolat, 2011: s. 101; Tekinay vd., 1993: s. 208; Ayrancı, 2003: s. 56; Alp, 2007: s. 192; Alp, 2009: s. 323; Cengiz, 2014: s. 14, 108). Halefiyet ile sözleşmenin içeriği ve niteliği değişmeden bir hukuk ilişkisine yeni bir şahıs girmektedir (Ayrancı, 2003: s. 56; Başbuğ, 2003: s. 11; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1214; Alp, 2007: s. 192; Alp, 2009: s. 323; Özkaraca, 2008: s. 126; Kocagil, 2011: s. 47, 57; Cengiz, 2014: s. 108, 126). Sözleşmenin devri, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerinden ayrı olarak yenilik doğuran hakların da devrini içeren halefiyet sonucunu doğurmaktadır (Başbuğ, 2003: s. 11; Ayrancı, 2003: s. 56 vd.) Sözleşmenin devrinde, sözleşmeyi devralan devreden kişinin halefidir (Klimke, 2010: s. 21). Bu anlamda sözleşmenin devri bir halefiyet işlemidir (Ayrancı, 2003: s. 56 vd.; Başbuğ, 2003: s. 11; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1214; Alp, 2007: s. 192; Özkaraca, 2008: s. 126, 128; Kocagil, 2011: s. 47, 57; Cengiz, 2014: s. 14, 108, 126). Halefiyet işleminin sonucu olarak, sözleşmenin devri ile bir taraf sözleşmeden ayrılmakta ve onun yerine bir başka kişi sözleşmeye girmekte; devralan, hem devirden önce sözleşmeden doğan hem de devirden sonra yani gelecekte doğacak olan hak ve borçlardan sorumlu olmaktadır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Alp, 2007: s. 192; Alp, 2009: s. 323; Ayrancı, 2003: s. 117; Alpagut, 2012: s. 35; Şahlanan, 2011, s. 104-105; Kocagil, 2011: s. 55; Cengiz, 2014: s. 14, 108-109). Sözleşmenin devrinde cüz'i halefiyet söz konusu olmaktadır²⁴ (Ayrancı, 2003: s. 56-57; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Früh, 1945: s. 3-8; Klimke, 2010: s. 3 vd.)

²⁴ Cüz'i halefiyet, malvarlığını oluşturan hak ve borçların ayrı ayrı ve uygun devir işlemleri ile bir başkasına geçirilmesidir. Bunun için taşınmazların, geçen lehine tapuya tescilli, taşınmazların teslimi ve alacakların temliki gibi hukuki işlemlerin yapılması şarttır (Alpagut, 2010: s. 18; İmre/Erman, 2004: s. 10; Dural/Öz, 2001: s. 14; Ayrancı, 2003: s. 70). Örneğin, İş K. m. 6 ile düzenlenen işyerinin veya işyerinin bir bölümünün hukuki işlemlerle bir başkasına devrinde, işyerinin malvarlığına dahil, maddi olan ve olmayan haklar, cüz'i halefiyet ilkesi gereği, kendiliğinden değil ancak uygun devir işlemleri ile devralana geçmektedir (Alpagut, 2010: s. 18); İşyerini bir kimseden devralan yeni işveren, cüz'i hak sahibi sıfatını almaktadır (Güzel, 1987: s. 206-207).

TBK. m. 205/f. 1 hükmü, tasarruf sözleşmesi niteliğindeki “sözleşmenin dış yüklenilmesini”²⁵ düzenlemektedir. Buna göre bir sözleşmenin tarafının değişmesi sözleşmeyi devralan, sözleşmeyi devreden taraf ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan bir tasarruf sözleşmesi ile gerçekleşmektedir. Bu sözleşme ile devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçları devralana geçmektedir (Gümüş, 2011: s. 224). GÜMÜŞ’e göre, sözleşmenin dış yüklenilmesi olarak nitelenen “sözleşmenin devri sözleşmesi” çoğu zaman devralanın devredene karşı, ilgili sözleşmenin tarafı haline gelmeyi borçlandığı, borç sözleşmesi niteliğinde olan ve “sözleşmenin iç yüklenilmesi”²⁶ olarak nitelenen “sözleşmeyi devralma taahhüdünün” ifasına yönelik olarak yapılır. Sözleşmenin devri, kural olarak borcun nakline paralel olarak önce sözleşmenin iç yüklenilmesi ve sonra sözleşmenin dış yüklenilmesine dayalı olarak gerçekleşmektedir (Gümüş, 2011: s. 224).

Sözleşmenin devri, devreden açısından bir tasarruf işlemidir (Ayrancı, 2003: s. 66; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Topuz/Canbolat, 2011: s. 103; Bahadır, 2013: s. 5; Cengiz, 2014: s. 16; Larenz, 1987: s. 618; Früh, 1945: s. 8 vd.; Klimke, 2010: s. 72 vd.). Sözleşmede taraf sıfatının devri, tasarruf işlemi ile gerçekleşmektedir (Ayrancı, 2003: s. 64; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Gümüş, 2011: s. 224; Früh, 1945: s. 8; Bahadır, 2011: s. 5; Cengiz, 2014: s. 16). Tasarruf işlemi, doğrudan doğruya bir hakkın veya hukuki ilişkinin devrini, bir yük ile yüklenmesini, kaldırılmasını veya içeriğinin değiştirilmesini sağlayan işlemidir (Ayrancı, 2003: s. 64; Eren, 2014: s. 173; Kılıçoğlu, 2012: s. 48; Tekinay vd., 1993: s. 46; Reisoğlu, 2013: s. 53; von Tuhr, 1983: s. 189; Antalya, 2012: s. 85; Larenz, 1987: s. 570; Cengiz, 2014: s. 16). Tasarruf işlemi yapan kişinin malvarlığının aktif kısmı azalır (Eren, 2014: s. 173; Kılıçoğlu, 2012: s. 48; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; von Tuhr, 1983: s. 189; Antalya, 2012: s. 85; Larenz, 1987: s. 570; Cengiz, 2014: s. 16). Sözleşmenin devri, devralan açısından edindiği haklar bakımından kazandırıcı

²⁵ “Dış Üstlenme Sözleşmesi” kenar başlıklı TBK. m. 196’ya göre, “Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur... Alacaklı, çekince ileri sürmeksizin üstlenenin ifasını kabul eder veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza gösterirse, borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılır”.

²⁶ “İç Üstlenme Sözleşmesi” kenar başlıklı TBK. m. 195’e göre, “Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur”.

işlem²⁷, yüklendiği borçlar bakımından borçlandırıcı işlemidir (Oğuzman/Öz, 2013(b) s. 617). Sözleşmenin devri sözleşmesi ile devralan devredene karşı, ilgili sözleşmenin tarafı haline gelmeyi borçlanır (Gümüş, 2011: s. 224; Bahadır, 2013: s. 5; Cengiz, 2014: s. 16-17). Sözleşmenin devri, sözleşmede kalan taraf açısından değiştirici yenilik doğuran bir sözleşmedir (Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617).

Sözleşmenin devri, devir sözleşmesi ile gerçekleşir. Devir sözleşmesi ile üçüncü bir kişi, yeni taraf olarak sözleşmenin eski taraflarından birinin yerine geçer (Eren,2014: s. 1256).

Devir sözleşmesinin hukuk niteliği doktrinde tartışmalıdır. Eski bir görüşe göre, bu sözleşme devredilen sözleşmeye dayalı ilişkinin içerdiği alacak ve borçların her birinin tek tek devir (temlik) ve üstlenilmesinin (yüklenilmesinin) bileşiminden ibarettir (Eren, 2014: s. 1256; Akyiğit, 2001: s. 44). Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü alacağın devralınması ve borcun üstlenilmesinde, sadece o borç ilişkisinden doğan alacak ya da borç el değiştirmektedir (Kılıçoğlu, 2012: s. 809; Yeniocak, 2011: s. 202). Oysa borç ilişkisi sadece alacak ve borçtan ibaret olmayıp, daha geniş bir kapsama sahiptir. Nitekim, borç ilişkisi alacak ve borçlar yanında def'i ve itirazlar ile yenilik doğuran hakları da kapsamaktadır (Eren, 2014: s. 22 vd., 1225-1256; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 616-617; Akyiğit, 2001: s. 44; Larenz, 1987: s. 617 vd.; Cengiz, 2014: s. 9-10).

Sözleşmenin devrinde, borç ilişkisi bir bütün olarak devredildiğinden taraflardan biri borç ilişkisinden ayrılmakta ve onun yerine yeni bir taraf geçmektedir. Borç ilişkisinden ayrılan tarafın leh ve aleyhine doğan hak ve borçlar da sözleşme ilişkisine yeni giren tarafa geçmektedir (Eren, 2014: s. 1255; Larenz, 1987: s. 616 vd.; Akyiğit, 2001: s. 42; Akyiğit, 2008: s. 342; Alp, 2009: s. 303; Başbuğ, 2003: s. 10; Özkaraca, 2008: s. 126; Danar, 2007: s. 63; Kocagil, 2011: s. 46; Cengiz, 2014: s. 9 vd., 109). Özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin devrinde, tarafların her biri hukuki bir duruma sahip olduğundan ve

²⁷ Bir kişinin bir başka kişi yararına bir malvarlığı değeri sağlamasıdır. Kazandırma ile genellikle kazananın malvarlığında bir artış olur. Bu artış, kazananın aktifinin artması ya da pasifinin azalması şeklinde olabilir. Kazandırma ivazlı veya ivazsız olabilir. Örneğin (A), (B)'nin yaptığı 1.000 liralık bağışı kabul ediyorsa (A)'nın yaptığı kazandırıcı işlemidir (Tekinay vd., 1993: s. 48 vd.; Eren, 2014: s. 181 vd.; von Tuhr, 1983: s. 193-194).

sözleşmenin devri ile birlikte, sözleşmeyi devralan kişi sözleşmeyi devreden kişinin yerine geçtiğinden bu kişinin hukuki durumunu da kazanmaktadır. Bu durum, borç ilişkisinden doğan alacak ve borçlar yanında def'i ve itiraz hakları ile yenilik doğuran hakları da kapsamaktadır (Eren, 2014: s. 22 vd., 1225; Larenz, 1987: s. 616 vd; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 620-621; Başbuğ, 2003: s. 11-12; Özkaraca, 2008: s. 126; Danar, 2007: s. 63; Cengiz, 2014: s. 9). Alacağın devralınması ve borcun üstlenilmesinde ise eski alacaklının ve eski borçlunun sözleşme ilişkisindeki hukuki durumu kazanılamamaktadır (Eren, 2014: s. 1225; Kocagil, 2011: s. 47).

Alacağın devri ile borç ilişkisinin devri birbirinden farklıdır. Bir borç ilişkisinden doğan alacaklardan bir bölümünün veya tamamının üçüncü bir kişiye devri, alacağın devrini ifade ederken; borç ilişkisinin bir bütün olarak devri, borç ilişkisinin devrini ifade etmektedir (Eren, 2014: s. 1225; Akyiğit, 2001: s. 42; Güzel, 1987: s. 202 vd.). Borç ilişkisinde önemli olan "*alacaklı ve borçlu sıfatı*"dır. Bu sıfat yani alacaklı ve borçlunun sahip olduğu hukuki durum, borç ilişkisinden doğan alacak ve borçlar yanında def'i ve itirazlar ile yenilik doğuran hakları da kapsamaktadır (Eren, 2014: s. 22 vd.). Alacağı devralan kişi sadece alacak hakkı elde eder, sözleşmeden doğan borçları üstlenmez (Eren, 2014: s. 1224-1225; Kılıçoğlu, 2012: s. 809). Borcun üstlenilmesinde de borç ilişkisinin borçlu tarafı değişmektedir; alacak devam ettiği için eski borçlunun alacaklı sıfatı devam etmektedir. Alacağın devrinde ve borcun üstlenilmesinde, borç ilişkisi nedeniyle meydana gelen hukuki durum devredilmediği için bu ilişkiden doğan yenilik doğuran haklar ve def'iler de sözleşmedeki alacaklı ve borçluya ait olarak kalmaktadır (Eren, 2014: s. 1225). Yani alacağı devreden, borç ilişkisinin tarafı olmakta ve bu ilişkiden doğan borçlardan sorumlu kalmakta, borç ilişkisini değiştirme ya da kaldırma yetkisi veren tüm yenilik doğuran haklar da onun şahsına bağlı kalmaya devam etmektedir (Güzel, 1987: s. 202). Örneğin bir satım sözleşmesinin kurulması sırasında taraflardan birinin iradesinin sakatlandığını varsayalım. İradesi sakatlanan taraf, sözleşmeden doğan alacak hakkını üçüncü bir kişiye devredebilir, ancak sahip olduğu sözleşmeyi iptal hakkı üçüncü kişiye geçmez. Sözleşmenin feshi veya sözleşmeden dönme haklarında da aynı durum söz konusudur (Eren, 2014: s. 1225).

İtalyan Medeni Kanununun “Sözleşmede Kalan Taraf ve Devralan Arasındaki İlişkiler” başlıklı 1409. maddesine göre, “Sözleşmede kalan taraf, sözleşmeyi devralana karşı sözleşmeden doğan bütün itirazları ileri sürebilir, diğer itirazları ileri süremez (örneğin tazminat), fakat değişikliğe izin verdiği anda hakkını saklı tuttuğunu açıkça ifade etmiş olması hariçtir” (D’İsa, 2011: s. 13). Kanunda bir düzenleme olmamasına rağmen, ağırlıklı olarak, devralanın, devreden sözleşmeden doğan bütün itirazlarını ileri sürebileceği savunulmaktadır (D’İsa, 2011: s. 13). İtalyan Medeni Kanunundaki bu madde, borç ilişkisinin bir bütün olarak devredildiğini göstermektedir. Çünkü borç ilişkisinin bir bütün olarak devredilmesi halinde, borç ilişkisinden doğan alacak ve borçlar yanında def’i ve itiraz hakları ile yenilik doğuran haklar, sözleşmeyi devralan tarafa geçmektedir. Maddede, sözleşmede kalan tarafın, sözleşmeyi devralana karşı sözleşmeden doğan bütün itirazları ileri sürebileceği belirtildiğinden, sözleşmeyi devralan, devreden sözleşme ilişkisinden doğan hukuki durumunu kazanmış demektir. Çünkü sözleşmenin devrinde, borç ilişkisi bir bütün olarak sözleşmeyi devredenden devralana geçmekte ve devralan, devreden sözleşme ilişkisindeki hukuki durumunu kazanmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, sadece alacağın devri ile borcun üstlenilmesinden ibaret olan bir devir sözleşmesi, bir borç ilişkisinin içerdiği tüm hak ve borçları kapsamadığı için, -yenilik doğuran hakları kapsamadığı için- ihtiyaçlara cevap veremeyecektir (Eren, 2014: s. 1255-1256).

Sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme (yüklenme/devir sözleşmesi), hukuki niteliği itibariyle üç taraflı bir sözleşmedir (Eren, 2014: s. 1256; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Tosun, 2012: s. 169, 171; Akyiğit, 2001: s. 44; Akyiğit, 2008: s. 344; Güzel, 1987: s. 269; Larenz, 1987: s. 618; von Tuhr/Escher, 1974: s. 343; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213, 1218; Süzek, 2014: s. 331-332; Ayrancı, 2003: s. 53; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 308; Çankaya/Çil, 2011, s. 641; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 378; Başbuğ, 2003: s. 11; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Danar, 2007: s. 71; Kocagil, 2011: s. 47-48; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: s. 10, 13, 23, 43, 114; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 165; Özkaraca, 2014: s. 222-223; Yiğit, 2014: s. 54-55). TBK. m. 205/f.1’de belirtildiği gibi, devir sözleşmesi, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede

kalan taraf arasında yapılır. Ancak her ne kadar TBK. m. 205/f.1'de, sözleşmenin devri anlaşması üç taraflı bir sözleşme olarak düzenlenmişse de, TBK. m. 205/f.2'de devreden ve devralan arasında yapılan iki taraflı anlaşmaya sözleşmede kalan tarafın önceden izin veya sonradan onay vermesi halinde de devrin geçerli olacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılan anlaşmanın varlığını kabul etmektedir. Ancak iki taraf arasında yapılan bu anlaşmanın geçerliliğini, önceden verilen izne veya sonradan verilecek onaya bağlamaktadır.

TBK. m. 205/f.3 gereğince, devir sözleşmesi devredilen sözleşmenin şekline tabidir. İtalyan hukukundaki baskın görüş ve yargı kararlarına²⁸ göre de; sözleşmenin devri, devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın rızalarının birleşmesi ile meydana gelir (D'Isa, 2011: s. 1). İtalyan Temyiz Mahkemesine göre, çok taraflı bir anlaşma olarak ortaya çıkan sözleşmenin devri, devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın anlaşması ile meydana gelir. Devreden ve devralan arasında gerçekleşen devre sözleşmede kalan taraf, eğer bir irade sakatlığı yoksa, rızasını daha sonra bildirirse bile geçerlidir²⁹.

6. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ŞARTLARI

6.1. Sözleşmeye Dayanan Geçerli Bir Borç İlişkisinin Bulunması

Sözleşmenin devri için gereken şartlardan biri, taraflar arasında sözleşmeden doğan geçerli bir borç ilişkisinin bulunmasıdır (Ayrancı, 2003: s. 92; Kılıçoğlu, 2012: s. 810; Früh, 1945: s. 97; Yavuz, 2012: s. 281; Bahadır, 2013: s. 14; Kocagil, 2011: s. 48; Cengiz, 2014: s. 19; ayrıca bkz. Klimke, 2010: s. 245 vd.). Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda sözleşmenin devri söz konusu olamaz (Kılıçoğlu, 2012: s. 810). Borç ilişkisinin tanımı, Türk Borçlar Kanununda yapılmamış, doktrinde yapılmıştır. Doktrinde yapılan tanıma göre borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkidir (Tekinay vd., s. 5; Eren, 2014: s. 22, 27 vd.; Ayrancı, 2003: s. 87; von Tuhr, 1983: s. 9).

²⁸ İtalyan Temyiz Mahkemesi, 25 Ağustos 1986 tarih ve 5159 sayılı kararı, D'Isa, 2011: s. 2.

²⁹ İtalyan Temyiz Mahkemesi 2. HD., 16 Mart 2007 tarih ve 6157 sayılı kararı, D'Isa, 2011: s. 2.

Borç ilişkisi kavramı, biri geniş biri dar anlam olmak üzere iki anlamı içermektedir. Geniş anlamda borç ilişkisi, borçlunun bir şeyi verme, yapma veya yapmama yükümlülüğünün olmasını ifade eder. Geniş anlamda borç ilişkisi, taraflar arasında çeşitli borçların kaynağını teşkil eden hukuki ilişkidir (Eren, 2014: s. 21; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 3; Reisoğlu, 2013: s. 33; Tekinay vd., 1993: s. 6; Ayrancı, 2003: s. 87; Yavuz, 2012: s. 281; von Tuhr, 1983: s. 10-11; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 15). Böylece borç ilişkisinde üç temel unsur söz konusu olur. Bunlar; alacaklı (borcun ifasını isteme hakkına sahip olan kişi), borçlu (bir edimi yerine getirmekle yükümlü olan kişi) ve edim (borçlunun borcunun konusu)dir (Reisoğlu, 2013: s. 33; Tekinay vd., 1983: s. 7 vd.)

Dar anlamda borç ilişkisi, alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü olduğu bir tek edimi yani bir tek alacak veya borcu içeren hukuki ilişkiyi ifade eder (Eren, 2014: s. 21-22; Tekinay vd., 1993: s. 6; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 3; Reisoğlu, 2013: s. 33). Örneğin kira sözleşmesinde kiralayanın kiracıdan bir aylık kira alacağı, kiracının da bir aylık kira borcu, borç kavramını ifade eder (Eren, 2014: s. 22). Dar anlamda borç ilişkisi, borç kavramını ifade etmektedir (Eren, 2014: s. 21; Tekinay vd., 1993: s. 6; Ayrancı, 2003: s. 87; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 3; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 15).

Sözleşmenin devrinin geçerli olabilmesi için, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir (Ayrancı, 2003: s. 92; Kılıçoğlu, 2012: s. 810; Yavuz, 2012: s. 281; Bahadır, 2013: s. 14; Cengiz, 2014: s. 19; Kocagil, 2011: s. 48; Früh, 1945: s. 97). Bir sözleşmenin nasıl kurulacağı TBK. m. 1’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”*. Maddeden de anlaşıldığı gibi, bir sözleşmenin kurulması için en az iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı gerekmektedir. O halde bir sözleşmenin kurulması için tarafların açıkladıkları iradelerinin hem karşılıklı olması hem de iki tarafın iradelerinin uyumlu yani birbirine uygun olması gerekir. Bu uyum sağlanmadığı sürece sözleşme kurulamaz (Eren, 2014: s. 200 vd., 227, 229 vd., 331; Kılıçoğlu, 2012: s. 53; Antalya, 2012: s. 146-147, 156 vd.; Zevkliler vd., 2013: s. 78-79). Sözleşmenin devrinin geçerli

olabilmesi için de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelmiş olan geçerli bir sözleşmenin bulunması gerekir.

Sözleşmede taraf olabilmek için hak ehliyetine yani gerçek veya tüzel kişiliğe sahip olmak şarttır. Ayrıca tarafların fiil ehliyetine de sahip olmaları gerekir (Eren, 2014: s. 228; ayrıca bkz. Akyiğit, 1991: s. 11-12; Akyiğit, 2008: s. 438; Süzek, 2014: s. 291; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 486; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 149). Fiil ehliyetinin koşulları TMK. m. 10 ile m. 13 arasında düzenlenmiştir. Fiil ehliyeti için tarafların ayırt etme gücüne sahip olmaları, ergin olmaları ve kısıtlı olmamaları gerekir. TMK. m. 14 gereğince, “*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur*”. Eğer taraflardan biri veya her ikisi fiil ehliyetine sahip değil ise ve buna rağmen bir sözleşme yapmışlarsa, yaptıkları sözleşme geçersiz (hükümsüz/batıl) olur (Eren, 2014: s. 229; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 180-181; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 149; Şakar, 2011: s. 55; Cengiz, 2014: s. 99). TMK. m. 16/f.1 gereğince, “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler...*” Yani bu kişiler yasal temsilcilerinin rızası varsa sözleşme yapabilirler ve yaptıkları bu sözleşme geçerli olur (TMK. m. 16/f.1, m. 343, m. 451).

TBK. m. 26’da sözleşme özgürlüğü, m. 27’de ise sözleşme özgürlüğünün sınırları düzenlenmiştir. TBK. m. 26 ve m. 27 gereğince, taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Ancak tarafların yaptıkları sözleşme, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız³⁰ olamaz. Aksi halde bu tür sözleşmeler kesin olarak hükümsüz³¹ sayılır. TBK. m. 12’ye göre, “*Sözleşmenin geçerliliği, kanunda*

³⁰ Buradaki imkansızlık, sözleşmenin içeriğinin yani içerdiği edim veya edimlerden birinin başlangıçtan itibaren objektif olarak imkansız olmasıdır. Edimin başlangıçtan itibaren imkansız olması, sözleşmenin yapıldığı anda yerine getirilmesinin mümkün olmaması demektir (Eren, 2014: s. 327; Tekinay vd., 1993: s. 404; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 90; von Tuhr, 1983: s. 252). Örneğin kiralınmış bir ev, kira sözleşmesi yapılmadan önce yanmış ise, borçlunun kira sözleşmesinin içeriğini oluşturan edimlerinin ifası, başlangıçtaki imkansızlıktır. Başlangıçtaki imkansızlık, sonraki imkansızlıktan farklıdır. Sonraki imkansızlık, bir ifa imkansızlığıdır ve sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkmaktadır (Eren, 2014: s. 329). Edimin objektif yani mutlak anlamda imkansız olması, edimin sözleşmenin yapıldığı anda borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikte olmasıdır. Örneğin, daha önce yanmış bir evin satışının taahhüt edilmesi, başlangıçtaki objektif imkansızlıktır (Eren, 2014: s. 329; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 89, 91; von Tuhr, 1983: s. 253).

³¹ Geçersizlik (hükümsüzlük), sözleşmenin geçerlilik unsurlarıyla ilgilidir. Sözleşmenin geçerlilik unsurları, kurulmuş bir sözleşmenin geçerli hukuki sonuçlar doğurmasını sağlar. Dolayısıyla

aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir”. Eğer kanunda bir şekil şartı öngörülmüşse, TBK. m. 13’te belirtildiği gibi, sözleşme kanunun aradığı şekle uygun olarak yapılmalıdır. Doktrinde belirtildiği ve yukarıda açıkladığımız üzere, taraflardan birinin fiil ehliyetine sahip olmaması veya işlemin muvazaalı olması gibi hallerde de hukuki işlem kesin olarak geçersizdir (Eren, 2014: s. 332 vd.; Reisoğlu, 2013: s. 146; Tekinay vd., 1993: s. 383 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 581; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 81 vd., 180-181; Antalya, 2012: s. 101 vd.; von Tuhr, 1983: s. 221-222; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 560; Süzek, 2014: s. 313). Bu unsurlar bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması için şarttır.

Sözleşmenin devri için devredilen sözleşmenin süresinin geçmemesi veya iki taraflı ifa nedeniyle sona ermemesi gerekir (D’İsa, 2011: s. 3; Ayrancı, 2003: s. 92; Kocagil, 2011: s. 48; Cengiz, 2014: s. 21). Ayrıca bu sözleşme dönme³² veya fesih³³ sebebiyle sona ermemiş olmalıdır (Ayrancı, 2003: s. 92; Kocagil, 2011: s. 48).

İtalyan Medeni Kanununun “*Devreden ve Devralan Arasındaki İlişkiler*” başlıklı 1410. maddesine göre, “*Devreden, sözleşmenin geçerliliğini garanti etmek zorundadır. Devreden taraf, eğer sözleşmenin ifasını garanti etmeyi üstlenirse, sözleşmede kalan tarafın borçları için kefil gibi sorumludur*” (D’İsa, 2011: s. 13). TBK. m. 205’te, devreden sözleşmenin geçerliliğini garanti etme zorunluluğu belirtilmemiştir. Ancak sözleşmenin devri için gereken şartlardan biri, geçerli bir borç ilişkisinin bulunmasıdır. Bu nedenle, geçerli bir borç ilişkisinin bulunmaması halinde, sözleşmenin süresinin geçmesi, ifa nedeniyle ya da dönme veya fesih sebebiyle sona ermesi halinde, zaten sözleşmenin devri de mümkün olmayacaktır.

geçerlilik, ancak sözleşmenin kurulmasından yani meydana gelmesinden sonra söz konusu olur. Geçersizlik, bir sözleşmenin kurulmuş yani meydana gelmiş olması ancak bu sözleşmenin, tarafların istediği hukuki sonuçları meydana getirmemesidir. Örneğin, şekil şartına uyulmaması halinde sözleşme geçersiz olacaktır. Geçersizlik türleri, eksiklik (noksanlık), butlan ve iptaldir (Bkz. Eren, 2014: s. 122-123, 331 vd.; von Tuhr, 1983: s. 230 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 179 vd.; Kılıçoğlu, 2012: s. 84 vd.; Doktrinde hukuki işlemlerin geçersizliği konusunda başka ayrımlar da yapılmıştır. Bu ayrımlar için bkz. Tekinay vd., 1993: s. 375 vd.).

³² Sözleşmeden dönme; sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebeple geçmişe etkili olarak sona erdirilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, 2012: s. 89; Buz, 2005: s. 302 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 448 vd. TBK. m. 125’de borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya tanınan sözleşmeden dönme hakkı yer almaktadır. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunumuzda sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmiştir.

³³ Sözleşmenin feshi; sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan haklı bir nedenle tek taraflı olarak ileriye etkili bir şekilde sona erdirilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, 2012: s. 88-89; Buz, 2005: s. 330; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 448 vd.

Ayrıca İtalyan Medeni Kanununda düzenlenen ve devreden tarafın, sözleşmenin ifasını garanti etmeyi üstlenmesi halinde sözleşmede kalan tarafın borçlarından kefil gibi sorumlu olacağı kuralı, TBK. m. 205'te bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, devreden, sözleşmenin ifa edilmemesi halinde sözleşmede kalan tarafın borçlarından sorumlu olacağı, sözleşme ile kararlaştırılabilir.

Sözleşmenin devri için mevcut bir sözleşme ilişkisi şarttır. Mevcut olmayan ancak ileride kurulacak olan bir sözleşmenin devri mümkün değildir (Ayrancı, 2003: s. 93; Topuz/Canbolat, 2011: s. 103; Kocagil, 2011: s. 48; Cengiz, 2014: s. 21). Çünkü sözleşmenin devri üç taraflı bir hukuki işlemdir. Dolayısıyla üç tarafın da rızası gereklidir. İleride yapılması düşünülen bir sözleşme için taraflar, sözleşmenin devri konusunda anlaşmış olsalar bile mevcut olmayan, ancak ileride kurulacak olan bir sözleşmenin devri işlemi için önceden alınan rıza geçerli değildir (Ayrancı, 2003: s. 93; Kocagil, 2011: s. 48). Ayrıca sözleşmenin devri, devreden malvarlığına etkisi itibariyle bir tasarruf işlemidir (Ayrancı, 2003: s. 66; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Topuz/Canbolat, 2011: s. 103; Bahadır, 2013: s. 5; Cengiz, 2014: s. 16; Larenz, 1987: s. 618; Früh, 1945: s. 8 vd.; Klimke, 2010: s. 72 vd.). Sözleşmede taraf sıfatının devri, tasarruf işlemi ile gerçekleşmekte (Ayrancı, 2003: s. 64; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Gümüş, 2011: s. 224; Früh, 1945: s. 8; Bahadır, 2013: s. 5; Cengiz, 2014: s. 16) ve sözleşmenin devri işlemi ile sözleşmedeki taraf sıfatı, sözleşmeden doğan hak ve borçlarla birlikte başkasına geçirilmekte (Güzel, 1987: s. 266; Alp, 2009: s. 303, 305; Tosun, 2012: s. 171; Klimke, 2010: s. 3, 21; Çabri, 2011: s. 3914; D'İsa, 2011: s. 1; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 616; Ayrancı, 2003: s. 66-67; Bahadır, 2013: s. 3; Cengiz, 2014: s. 16; Kılıçoğlu, 2012: s. 809) yani sözleşmenin devri işlemi ile sözleşmeden doğan haklar ve borçlar üzerinde tasarrufta bulunmaktadır (Topuz/Canbolat, 2011: s. 103; Ayrancı, 2003: s. 67; Cengiz, 2014: s. 16; Larenz, 1987: s. 618; Früh, 1945: s. 8). Ortada devre mevcut bir sözleşme yoksa ancak ileride yapılması düşünülen bir sözleşme için taraflar, sözleşmenin devri konusunda anlaşmış olsalar bile taraflar böyle bir anlaşma ile malvarlıklarında tasarruf etmiş olmayacakları için devir gerçekleşmeyecektir (Topuz/Canbolat, 2011: s. 103).

Devredilen sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığını devralan taraf bilmiyorsa, TBK. m. 36'ya göre aldatmaya dayanarak devir sözleşmesini iptal edebilir (Ayrancı, 2003: s. 93; Früh, 1945: s. 98-99; Cengiz, 2014: s. 98). TBK. m. 36'da belirtildiği üzere, *“Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir”*. Aldatma³⁴, iradeyi sakatlayan hallerden biridir³⁵. İradeyi sakatlayan hallerden birinin varlığı halinde, iptal hakkı kullanılmıncaya kadar sözleşme ilişkisi geçerlidir (Tekinay vd., 1993: s. 452; Eren, 2014: s. 412; Özkaya, 2000: s. 449-450; Ruhi, 2011: s. 31; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 115; von Tuhr, 1983: s. 226-227). Yani bu hallerde, sözleşme geçerli olarak doğmuştur, ancak sözleşmeye devam edip etmeme tarafların iradesine bırakılmıştır (Güzel, 1987: s. 334; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 520; Çelik vd., 2014: s. 163; Kocagil, 2011: s. 52). Eğer iradeyi sakatlayan hallerden biri ile sakat olan bir sözleşme için iptal hakkı kullanılmazsa veya iptal hakkından vazgeçilirse ya da bir yıllık hak düşürücü süre geçerse sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelecektir (Tekinay vd., 1993: s. 452-453; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 126, 183; Eren, 2014: s. 415; Özkaya, 2000: s. 454; Antalya, 2012: s. 241; Kılıçoğlu, 2012: s. 88, 201; von Tuhr, 1983: s. 226-227, 302, 305). Dolayısıyla mevcut olmayan ancak ileride kurulacak olan bir sözleşme var ise ve sözleşmeyi devralan, sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu konusunda aldatılmış ise, iradesini sakatlayan bir durum olan aldatma sebebiyle iptal hakkını bir yıl içinde kullanarak yaptığı sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulabilir. Burada kurucu unsurlar yani tarafların irade beyanları vardır. Ancak bütün hukuki işlemler için aranan geçerlilik

³⁴ Aldatma, bir kimseyi irade beyanında bulunmaya veya sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda bile bile yanlış bir kanaat uyandırılması veya mevcut yanlış kanaatin devam ettirilmesidir. Aldatma, iradenin oluşması sırasındaki bir sakatlıktır. Taraflardan birinin, karşı taraf veya üçüncü bir kişinin davranışı sonucunda saikte yanılma halidir. Örneğin, A'nın B'ye gerçek gümüş çerçeve diyerek gümüş kaplama çerçeve satması halinde aldatma söz konusudur (Reisoğlu, 2013: s. 124; Nomer, 2008: s. 44; Eren, 2014: s. 397; Özkaya, 2000: s. 186-187; Ruhi, 2011: s. 30; ayrıca bkz. Tekinay vd., 1993: s. 428 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 111; Antalya, 2012: s. 236; Kılıçoğlu, 2012: s. 197). Bir kimseyi belli bir sözleşmeyi yapmaya iten sebeplere saik denir (Nomer, 2008: s. 42; Tekinay vd., 1993: s. 428-429; Antalya, 2012: s. 224).

³⁵ İrade sakatlığı, iradenin oluşması veya iradenin beyan edilmesinde sırasındaki sakatlıkları ifade eder (Özkaya, 2000: s. 21; Reisoğlu, 2013: s. 118; Tekinay vd., 1993: s. 425-427; Eren, 2014: s. 375-376; Ruhi, 2011: s. 30; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 92; von Tuhr, 1983: s. 277). İrade sakatlığı halleri, TBK. m. 30 ve m. 39 arasında düzenlenmiştir. İrade sakatlığı halleri, yanılma (TBK. m. 30), aldatma (TBK. m. 36) ve korkutmadır (TBK. m. 37). Borçlar Kanunumuzda irade sakatlığı kavramı yerine irade bozuklukları kavramı kullanılmıştır.

koşullarından biri olan, hukuki işlemi kuran irade beyanının sıhhatli olması koşulu yani irade beyanının yanılma, aldatma ve korkutma ile sakatlanmamış olması koşulu olmadığı için hukuki işlem sakat doğmuştur. Bu halde, geçerlilik şartının eksikliğine rağmen sözleşme başlangıçtan itibaren hüküm doğurur. Fakat sakat işlemi istemiyorsak hükümsüz hale getirmek mümkündür. Bu durumda bozulabilir geçerlilik söz konusudur. İptal hakkının kullanılması ile birlikte yani sözleşme iptali edildiğinde, sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelecek ve geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır (Özkaya, 2000: s. 449-450, 457-458; Eren, 2014: s. 343-344, 414; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 586; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 120, 122, 184; von Tuhr, 1983: s. 227). Ancak, iradesi sakatlanan taraf, sözleşmeyi bir yıl içinde iptal etmezse, sözleşmeye onama vermiş sayılacak ve sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelecektir (Nomer, 2008: s. 41; Reisoğlu, 2013: s. 131-132; Eren, 2014: s. 415; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 587; Ruhi, 2011: s. 31; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 115, 183; Antalya, 2012: s. 74, 241; von Tuhr, 1983: s. 227, 302, 305). Ya da iradesi sakatlanan taraf, bu sakatlığa rağmen sözleşme ile bağlı kalmak istiyorsa, bu isteğini karşı tarafa açıkça beyan eder ve sözleşmenin geçerliliğine onay verebilir. Bu takdirde sözleşme yapıldığı andan itibaren her iki taraf için de bağlayıcı olur (Eren, 2014: s. 415-416; Ruhi, 2011: s. 32; von Tuhr, 1983: s. 303). Yani kurucu unsurlar tamam olmasına rağmen, geçerlilik koşullarından birisi olmadığı için sakat doğmuş olan hukuki işlemde sakatlığı giderip işlemi yaşatmak mümkündür. Bu durumda düzelebilir hükümsüzlük söz konusudur³⁶. Bu durum, “*İrade bozukluğunun giderilmesi*” başlıklı TBK. m. 39/f.1’de de belirtilmiştir: “*Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır*”. Sonuç olarak, yanılma, aldatma ya da korkutma nedeniyle iradesi sakatlanan kişi, devir sözleşmesini iptal edebileceği gibi, vereceği icazet ile geçerli hale de getirebilecektir. Sözleşmenin devri işleminin iptal hakkının kullanılması nedeniyle ortadan kaldırılması durumunda, asıl sözleşmenin geçerliliği etkilenmemekte ve asıl sözleşme eski tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurmaya devam etmektedir (Cengiz, 2014: s. 29).

³⁶ Düzelebilir hükümsüzlük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, 2012: s. 108 vd.; ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 183.

Acaba “Askıda geçersiz olan bir sözleşme devredilebilir mi?” Doktrinindeki bir görüşe göre, askıda geçersizlik, devreden tarafın sınırlı ehliyetsiz olmasında olduğu gibi, kişinin şahsından kaynaklanıyorsa, bu durumda devralan kişinin durumu önemlidir. Devralan taraf fiil ehliyetine sahip ise, devir sözleşmesinden sonra, asıl sözleşme bir icazete gerek kalmaksızın geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır (Ayrancı, 2003: s. 92; Cengiz, 2014: s. 97). Bu durumda sınırlı ehliyetsiz bir kişinin kurduğu askıda geçersiz sözleşme, tam ehliyetli bir kişi tarafından devralınırsa, icazet işlemine gerek kalmaksızın geçerli hale gelecektir. Ancak geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeyi sınırlı ehliyetsiz bir kişi devralırsa, başlangıçta geçerli olan sözleşme devralan taraf bakımından askıda geçersiz hale gelecektir (Cengiz, 2014: s. 97). Kanaatimizce de, askıda geçersiz olan bir sözleşmenin devri mümkün olmalıdır. İleride açıklayacağımız üzere, askıda geçersizlik, hukuki işlemin tamamlayıcı unsurlarına aykırılığın yaptırımıdır. Bu geçersizlik hali için eksiklik (noksanlık) deyimini kullanılmaktadır (Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 184; Antalya, 2012: s. 112). Eksik sözleşmelerde kurucu unsurlar ve geçerlilik koşulları tamam olsa bile, hüküm doğurmada kanunun aradığı bazı unsurlar eksik olduğu için, sözleşme kurulmuş olmakta; ancak hüküm ve sonuçlarını başlangıçta meydana getirmemektedir³⁷. Sınırlı ehliyetsiz kişilerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dışında, borçlandırıcı veya tasarrufi hukuki işlemleri ancak yasal temsilcilerinin rızasıyla yapabilmeleri sebebiyle, yasal temsilcilerinin vereceği onaya kadar yaptıkları hukuki işlem askıda olacaktır. Ancak sınırlı ehliyetsiz bir kişinin yaptığı askıda geçersiz sözleşme, sözleşmenin kurucu unsurlarını ve geçerlilik koşullarını taşıdığı için devredilebilmelidir. Nitekim burada, yukarıda da belirtildiği gibi, sözleşmenin devri için taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunması koşulu yerine gelmiş olmaktadır. Ancak tabii ki, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeyi sınırlı ehliyetsiz bir kişi devralırsa, başlangıçta geçerli olan sözleşme devralan taraf bakımından askıda geçersiz hale gelecek ve sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin onayına kadar bu sözleşme hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

³⁷ Geçersizlik türü olarak eksiklik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2014: s. 123-124, 333; Nomer, 2008: s. 26 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 184-185; Tekinay vd., 1993: s. 381-382; Antalya, 2012: s. 75, 112 vd.; von Tuhr, 1983: s. 140-141, 220-221.

Sözleşmenin devri, hem ani edimli borç ilişkilerinde hem de sürekli borç ilişkilerinde mümkündür (Ayrancı, 2003: s. 93; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1214; Kocagil, 2011: s. 48; Yavuz, 2012: s. 287; Cengiz, 2014: s. 21, 98). Ani edimli sözleşmelerde borçlu, asli edim yükümünü bir defada yerine getirir. Bu tür sözleşmelerde asli edimin ifası ile yani yerine getirilmesi ile sözleşme sona erer (Eren, 2014: s. 213; Ayrancı, 2003: s. 90; Baygın, 2010: s. 134). Örneğin satım, bağışlama ve eser sözleşmeleri gibi sözleşmeler ani edimli borç ilişkileri olarak nitelendirilebilir (Ayrancı, 2003: s. 91; Eren, 2014: s. 213). Sürekli sözleşmelerde, taraflardan en az birinin edim yükümlülüğü sürekli ve ilgili tarafın zaman içinde devam eden aralıksız bir davranışını gerektirir. Asli edim yükümlülüğü, sözleşme devam ettiği sürece devam eder ve alacaklının ifaya ilişkin menfaati her an gerçekleşmektedir (Eren, 2014: s. 213; Baygın, 2010: s. 134; Tekinay vd., 1993: s. 10-11). Sürekli borç ilişkileri, tüm yükümlülüklerin tam olarak ifa edilmesi ile sona erer. Örneğin iş sözleşmeleri ve kira sözleşmelerinde sürekli bir sözleşme ilişkisi niteliği vardır (Eren, 2014: s. 213; Tekinay vd., 1993: s. 10-11; Ayrancı, 2003: s. 91). Bu tür sözleşmelerde süreklilik belirli veya belirsiz bir zamana bağlıdır (Eren, 2014: s. 213; Ayrancı, 2003: s. 91).

Sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme³⁸ olabileceği gibi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme³⁹ de olabilir (Ayrancı, 2003: s. 94; Kocagil, 2011: s. 48; Cengiz, 2014: s. 21).

³⁸ İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri, diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı hem de borçlusudur. Bu tür sözleşmeler, her iki tarafa da borç yükler. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler kendi içinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da birbirine karşı borç altına girmektedir. Taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturmaktadır. Örneğin satış sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Çünkü satıcının borcu satılan malı alıcıya teslim etmek, bunun karşılığında alıcının borcu da malın bedelini ödemektir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların yüklendikleri edimlerin birbirleriyle değiştirilmesi amacı yoktur. Yani taraflardan biri edimini diğer tarafın edimi karşılığında borçlanmamaktadır. Örneğin karşılıksız vekalet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir (Eren, 2014: s. 210-212; Reisoğlu, 2013: s. 52; Ruhi, 2011: s. 17-18; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 45-46, 341 vd.; von Tuhr, 1983: s. 140; Smith, 1993: s. 5).

³⁹ Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler de bir sözleşme oldukları için, bu sözleşmeleri kurulabilmesi iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının bulunması koşuluna bağlıdır. Ancak burada, taraflardan yalnız biri borç altına girmekte, diğer taraf ise herhangi bir borç altına girmemektedir. Örneğin bağışlama sözleşmesi, tek taraf borç yükleyen bir sözleşmedir (Eren, 2014: s. 210; Reisoğlu, 2013: s. 52; Ruhi, 2011: s. 17; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 45; von Tuhr, 1983: s. 139; Smith, 1993: s. 5).

6.2. Borç İlişkinin Devredilebilir Nitelik Taşınması

Sözleşmenin devri için devir sözleşmesine konu olan borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşınması gerekir⁴⁰ (Ayrancı, 2003: s. 95; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216; Sönmez Tatar, 2011: s. 58; Yavuz, 2012: s. 281; Bahadır, 2013: s. 14; Cengiz, 2014: s. 21, 83) Bir borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşınması, borç ilişkisinden doğan hakların ve borçların devredilebilir olmasına bağlıdır (Ayrancı, 2003: s. 95; Früh, 1945: s. 97; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: s. 22, 83).

Borç ilişkisinden doğan haklar ve borçlar, şahsa bağlı ise yani şahsa bağlı bir sözleşme var ise, şahsa bağlı sözleşmelerde sözleşmenin devri söz konusu olmaz⁴¹ (Ayrancı, 2003: s. 96; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216; Yavuz, 2012: s. 282; Bahadır, 2013: s. 15; Kocagil, 2011: s. 48; Cengiz, 2014: s. 84). *EREN*, borcun üstlenilmesine ilişkin yaptığı açıklamada yüklenilebilecek borçlar arasında şahsen ifası gerekli borçların da yer alabileceğini ve alacaklı tarafından, borçlunun borcu şahsen ifa etmesinden vazgeçilebileceğinin her zaman mümkün olduğunu, bu kuralın istisnasının emredici ve kamu hukuku kurallarınca borçlunun şahsen ifasından alacaklının vazgeçemediği borçların oluşturduğunu belirtmiştir (Eren, 2014: s. 1248). *ÇABRİ* de, *EREN*'in görüşüne katılmış ve sözleşmeye katılmadan söz edilebilmesi için yanında sözleşmeye katılan tarafın borcunun kişisel edim niteliğinde olmaması gerektiğini belirttikten sonra, yanında yer alınan tarafın borcu kişisel edim niteliğinde olsa dahi, karşı taraf, katılma anlaşmasına rıza göstermişse, alacaklının borcun kişisel niteliğini öne sürmekten vazgeçmiş olduğunu belirtmiştir (Çabri, 2011: s. 3917). *HATEMİ/GÖKYAYLA*, borç ilişkisinde taraf olma sıfatının devrinde kişilik niteliklerinin önem taşıdığı hallerde, sözleşmeye devir yetkisi verilmemişse kural olarak bunun mümkün olmadığını; ancak karşı tarafın kabulü ile mümkün olacağını belirtmiştir (Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 364). Kanaatimizce, sözleşmenin devrinde sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine rıza göstermesi halinde şahsa bağlı bir sözleşme söz konusu olsa da sözleşmenin devri mümkün olacaktır.

⁴⁰ Yarg. 3. HD. 14.10.2004 T., 2004/9625 E., 2004/10945 K. gereğince de, “Devredilebilir nitelikte sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi, sözleşmenin taraflarının irade beyanları ile şekle tabi olmaksızın yüklenilebilir” (Yargıtay Kararları Dergisi, Aralık 2004, C. 30, S. 12, s. 1827-1829; aynı karar Yavuz, 2012: s. 287-288).

⁴¹ Benzer olarak Çabri, sözleşmeye katılmadan söz edilebilmesi için yanında sözleşmeye katılan tarafın borcunun kişisel edim niteliğinde olmaması gerektiğini belirtmiştir (Çabri, 2011: s. 3917).

Bir sözleşmenin şahsa bağlı olup olmasının değerlendirilmesinde, tarafların iradeleri belirleyici rol oynamaktadır (Ayrancı, 2003: s. 95; Früh, 1945: s. 97, Lanz, 1934: s. 25-27, Cengiz, 2014: s. 22, 83). Örneğin TBK. m. 429 gereğince, iş sözleşmesinin, tarafların iradelerinden özellikle işçinin iradesinden, açık bir şekilde bu ilişkinin devredilmesini kabul ettikleri anlaşılıyorsa, bu sözleşme devredilebilir (Aynı yönde bkz. Ayrancı, 2003: s. 95; Lanz, 1934: s. 27). Bir sözleşme kurulurken taraflardan birinin veya her ikisinin şahsı önemli ise “*intuitus personae*” (kişiliğin göz önünde tutuluşu) ilkesi söz konusu olur (Ayrancı, 2003: s. 96; Güzel, 1987: s. 284; Cengiz, 2014: s. 84; ayrıca bkz. Aydın, 2005: s. 23). “*Intuitus personae*” ilkesi genelde güven unsurunun önemli olduğu sözleşmelerde görülür⁴² (Ayrancı, 2003: s. 96; Cengiz, 2014: s. 84). Sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme (yüklenme/devir sözleşmesi), hukuki niteliği itibarıyla üç taraflı bir sözleşmedir (Eren, 2014: s. 1256; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Tosun, 2012: s. 169, 171; Akyiğit, 2001: s. 44; Akyiğit, 2008: s. 344; Güzel, 1987: s. 269; Larenz, 1987: s. 618; von Tuhr/Escher, 1974: s. 343; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213, 1218; Süzek, 2014: s. 331-332; Ayrancı, 2003: s. 53; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 308; Çankaya/Çil, 2011, s. 641; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 378; Başbuğ, 2003: s. 11; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Danar, 2007: s. 71; Kocagil, 2011: s. 47-48; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: s. 10, 13, 23, 43, 114; Çelik vd., 2014: s. 165; Özkaraca, 2014: s. 222-223; Yiğit, 2014: s. 54-55). TBK. m. 205/f.1’de belirtildiği gibi, devir sözleşmesi, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılır. TBK. m. 205, irade serbestisi ilkesi nedeniyle tarafların rızalarına önem vermiştir. Doktrinde de belirtildiği üzere, serbesti tabanında sözleşme kuran kişiler; karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla, serbestiyi, ilişkinin her aşamasında, her noktaya taşıyabileceklerinden sözleşme ilişkisini bütünüyle bir başkasına geçirebilirler (Belen, 2013: s. 153). Sözleşmede kalan tarafın, iradesini sakatlayan hallerden birinin

⁴² Güven unsurunun önemli olduğu sözleşmelerden biri de iş sözleşmeleridir (Süzek, 2014: s. 227). İş sözleşmelerinde “*intuitus personae*” ilkesi, işverenin kişiliği bakımından değil, işçinin kişiliği bakımından söz konusu olur (Ayrancı, 2003: s. 96 dn. 53). İş sözleşmesinin “*intuitus personae*” niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, 1996: s.167-195; Güzel, 1987: s. 284 vd.; İş sözleşmesinin özelliklerinden biri de kişisellik özelliğidir. İş sözleşmesinin kişisellik özelliği, işverenin iş sözleşmesini yaparken, işçinin yeteneklerini, objektif özelliklerini (mesleki bilgisi, tecrübesi gibi) ve sübjektif özelliklerini (davranışları, hareketleri, ahlak ve adabı gibi) dikkate almasıdır (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 401; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1217).

mevcut olmaması şartıyla, rıza göstermesi halinde şahsa bağı bir sözleşme söz konusu olsa da sözleşmenin devri geçerli olacaktır. Burada önemli olan, TBK. m. 205/f.1’de belirtildiği gibi, taraf iradelerinin sözleşmenin devri konusunda birleşmesidir.

Sözleşmenin tarafları, sözleşmenin devrini yasaklayan bir anlaşma yaparlarsa sözleşmenin devri mümkün olmaz. Ancak taraflar bu yasağı kaldırırorsa sözleşmenin devri mümkün hale gelir (Ayrancı, 2003: s. 96; Kocagil, 2011: s. 48; Cengiz, 2014: s. 22; Früh, 1945: s. 97). Sözleşmenin devrinin ancak resmi bir makamın veya mahkemenin izni ile mümkün olduğu hallerde de bu izin alınmadan devir işlemi yapılamaz (Yavuz, 2012: s. 288).

Sözleşmede yüklenilen edim borçlarını ancak bazı şartlara sahip olan kişiler ifa imkanına sahipse, bu borcu yüklenen taraf sözleşmeyi başkasına devredemez; devretmesi durumunda devirden sonra devredilen sözleşmenin değil, devir sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olur. Örneğin bir avukatlık hizmetini konu alan vekalet sözleşmesinin tarafı olan avukat, bu sözleşmeyi avukat olmayan birine devredemez (Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 619; ayrıca bkz. Kramer, 2004: s. 7 vd.; Amerika Birleşik Devletleri Bölge Mahkemesi, N.D. Oklahoma, Baker V. Conoco Pipeline Co., 280 F. Supp. 2D 1285, 1295 (N.D. Okla. 2003), https://casetext.com/case/baker-v-conoco-pipeline-co/#.UyBrhz9_v-s (erişim: 12.03.2014). Sözleşmenin devri, daima geçerli bir devir sözleşmesini şart koşar (Klimke, 2010: s. 95).

6.3. Tarafların Rızalarının Olması

Sözleşmenin devri için devreden ve devralan ile sözleşmede kalan taraf arasında devir sözleşmesinin yapılması gerekir. Bir diğer ifadeyle devir sözleşmesinin yapılması için tarafların rızalarının olması gerekir. Devir sözleşmesinin tarafları sadece devreden ve devralan değildir; ayrıca sözleşmede kalan taraf da vardır. Bu nedenle sözleşmenin taraflarından birinin kendi başına bir üçüncü kişi ile sözleşmenin devri konusunda yapacağı anlaşma diğer taraf için geçersizdir. Yani sözleşmenin taraflarından biri tek başına bir üçüncü kişi ile

anlaşma yaparak, sözleşmeden doğan hak ve borçlarını devredemez (Kılıçoğlu, 2012: s. 811).

TBK. m. 205/f.2'ye göre, *“Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir”*. Bu hükümde önceden verilen izin veya sonradan verilen onaydan söz ediliyor. Burada onay verildiği anda sözleşmenin devri gerçekleşmiş olacak ve devir sözleşmesi hükümlerini doğurmaya başlayacaktır. Dolayısıyla onayın verilme anı, sözleşmenin devir anının, hükümlerinin doğmaya başlama anının tespiti açısından önemlidir. Sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme yani devir sözleşmesi, üç taraflı bir sözleşme olduğu için sözleşmenin kurulma anını, sözleşmede kalan tarafın onayını verdiği an olarak kabul etmek gerektiği doktrinde belirtilmiştir (Tosun, 2012: s. 171, 174). O halde sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine önceden izin vermesi halinde, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında devir sözleşmesinin yapıldığı anda sözleşmenin iradi devri gerçekleşmiş olacak ve devir sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1220; Cengiz, 2014: s. 23). TBK. m. 205'te devreden veya devralan tarafa, sözleşmede kalan tarafa herhangi bir bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmediğinden; sözleşmede kalan taraf, sözleşmenin devrine önceden izin verirken sözleşmenin devrinin gerçekleşmesi halinde, devreden ve devralan tarafından bu durumun kendisine bildirilmesini esaslı unsur haline getirmiş olabilir. Bu durumda sözleşmede kalan tarafa bildirim (ihbar) yapılmadıkça sözleşmenin devri gerçekleşmeyecektir. Bu durum dışında, ihbarın yapılmaması sözleşmenin devri işleminin geçerliliğini etkilemez (Ayrancı, 2003: s. 106; Cengiz, 2014: s. 24, 76).

İtalyan Medeni Kanununun 1407. maddesine göre, *“Eğer taraflardan biri önceden, diğer tarafın kendi yerine sözleşme ilişkisinde bir üçüncü kişiyi ikame etmesine izin vermişse, bu ikame ona bildirildiği veya onun da kabul ettiği tarihten itibaren geçerlidir”* (D'İsa, 2011: s. 4). İtalyan Medeni Kanunundaki bu madde ile sözleşmenin devrinin gerçekleştiği an açıklanmıştır. Bu maddeye göre, sözleşmede kalan taraf, sözleşme ilişkisi içerisinde sözleşmeyi devreden kendi yerine bir üçüncü kişiyi geçirmesine izin vermişse, sözleşmenin devri, kendisine yani

sözleşmede kalan tarafa bildirildiği an meydana gelmiş sayılacaktır. Maddede “*veya onun da kabul ettiği tarihten itibaren*” denildiğine göre, kanaatimizce sözleşmede kalan tarafından sözleşmenin devri için, önceden verilen bir iznin söz konusu olmaması yani sonradan onay verilmesi durumu ifade edilmek istenmiştir. Sözleşmede kalan tarafından önceden verilen bir iznin söz konusu olmadığı durumda, sözleşmeyi devreden kendi yerine bir üçüncü kişiyi geçirmesini, sözleşmede kalan taraf kabul ettiği an sözleşmenin devri gerçekleşmiş sayılacaktır. Dolayısıyla bu maddede, sözleşmede kalan tarafından önceden verilen izinden ve üstü kapalı olarak sonradan verilecek onaydan bahsedilmektedir. İtalyan hukukuna göre, sözleşmede kalan tarafın önceden verdiği izin, devirden önce, sözleşmede yer alacak uygun bir madde ile gösterilebilir (D’İsa, 2011: s. 4).

İtalyan Medeni Kanununun “*Sözleşmede Kalan Taraf ve Devreden Arasındaki İlişkiler*” başlıklı 1408. maddesine göre, “*Devreden taraf, sözleşmede kalan tarafa karşı borçlarından, yerine başkasını ikame etmesinin geçerli olduğu andan itibaren kurtulur*” (D’İsa, 2011: s. 13). Bu madde, sözleşmenin devrinin gerçekleştiği anın önemini vurgulamıştır. Çünkü sözleşmenin devrinin gerçekleştiği ana kadar devreden, sözleşme ilişkisine bağlı olarak, sözleşmede kalan tarafa karşı olan borçlarından sorumlu olmaya devam edecektir. Bu nedenle sözleşmenin devrinin gerçekleştiği anın tespiti son derece önemlidir.

Sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme yani devir sözleşmesi üç şekilde kurulabilir. İlk olarak devir sözleşmesi, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan tarafın bir araya gelip bu sözleşmeyi yapması ile meydana gelebilir. İkinci olarak, sözleşmede kalan taraf devir sözleşmesine önceden izin verirse, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında anlaşmanın yapılmasıyla sözleşmenin devri gerçekleşir. Üçüncü olarak da, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan anlaşmaya, sözleşmede kalan tarafın sonradan vereceği onay ile sözleşmenin devri gerçekleşmiş olur (Ayrancı, 2003: s. 97, 101; Kocagil, 2011: s. 48, 57; Yavuz, 2012: s. 282; Bahadır, 2013: s. 18; Cengiz, 2014: s. 22-23). Sözleşmede kalan tarafın vereceği rızanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sözleşmenin devri üç tarafın rızası ile mümkün olacağından, sözleşmede kalan tarafın rızası, sözleşmenin devrinde kurucu

unsurdur⁴³ (Ayrancı, 2003: s. 102 dn. 76'daki yazarlar; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303; Özkaraca, 2008: s. 133; Sönmez Tatar, 2011: s. 56; Bahadır, 2011: s. 17; Cengiz, 2014: s. 81-82, 166). Sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralanın anlaşması (yaptıkları devir sözleşmesi) öneri⁴⁴ (icap) olarak nitelendirilebilir (Ayrancı, 2003: s. 102 dn. 77'deki yazarlar; Bahadır, 2013: s. 17). Yani bu görüşe göre, sözleşmede kalan tarafın rızası, sözleşmenin devri işleminin iki tarafınca (devreden ve devralan) yapılan ortak bir önerinin (icabın) kabulü niteliğindedir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218). Bir başka görüşe göre, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan anlaşma (devir sözleşmesi), sözleşmede kalan tarafın vereceği onaya kadar askıda geçersizdir (Ayrancı, 2003: s. 97 dn. 58 ve s. 104; Görüşlerle ilgili olarak ayrıca bkz. Ayrancı, 2003: s. 98-100; Topuz/Canbolat, 2011: s. 105). Alman hukukundaki bir görüş, üçüncü kişinin rızasının geçerlilik koşulu olduğunu belirtmektedir (Klimke, 2010: s. 95).

Sözleşmede kalan tarafın rızasının sözleşmenin devrinde kurucu unsur olduğunu belirten *GÜMÜŞ*'e göre, TBK. m. 205/f.2 gereğince, Türk Hukukunda sözleşmeyi devralacak üçüncü kişi ile sözleşmeyi devredecek sözleşme tarafı arasında yapılmış veya yapılacak "*borç sözleşmesi*" niteliğindeki "*sözleşmenin devri taahhüdüne*", sözleşmede kalan tarafınca verilecek izin ve icazet (rıza) ile söz konusu anlaşma "*sözleşmenin devri sözleşmesi*" hükümlerinde de tabi olacaktır. Bunun sonucu ise bir borç sözleşmesi olan sözleşmeyi devralma taahhüdünün, verilen rıza ile aynı zamanda tasarrufi etki kazanıyor oluşudur. Bu nedenle buradaki rıza, bir "*tamamlayıcı olgu*" değil; tam tersine bir kurucu yenilik doğuran hakkın

⁴³ İş sözleşmelerinin iradi devrinde tarafların tamamının iradesi kurucu unsurdur ve bunlardan herhangi birinin eksik olması halinde devir gerçekleşmemektedir (Arslanoğlu, 2006: s. 535); Kurucu unsurları içermeyen bir sözleşme, kurulmamış yani meydana gelmemiş bir sözleşmedir. Kurucu unsurları içermeyen bir sözleşmenin yaptırımı yoktur. Yani bu sözleşme yok hükmündedir (Eren, 2014: s. 331; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 578; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 179; Antalya, 2012: s. 94-95); Tarafların belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sözleşmenin kurucu unsurudur (Eren, 2014: s. 120, 331; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 578-579; Antalya, 2012: s. 95).

⁴⁴ Öneri, sözleşmenin yapılması teklifi yani sözleşme yapma çağrısı olup, zaman itibarıyla daha önce yapılan, karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşıyan, muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açıklamasıdır. Bir irade beyanının "*öneri*" sayılabilmesi için, karşı tarafın "*kabul*" beyanıyla sözleşmenin tamam olması gerekmektedir (Eren, 2014: s. 243-244; Reisoğlu, 2013: s. 64-65; Tekinay vd., 1993: s. 82; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 51-52; von Tuhr, 1983: s. 176). Bir beyanın "*öneri*" olarak nitelendirilebilmesi bazı unsurların bulunması gerekir. 1. Öneri karşı tarafa yöneltilmiş olmalıdır. 2. Öneri sözleşmenin bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır. 3. Öneriyi yapan, TBK. m. 8 gereğince, önerisiyle bağlı kalmak niyetinde olmalıdır (Reisoğlu, 2013: s. 64-65; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 51-52; von Tuhr, 1983: s. 177 vd.).

kullanılmasıdır. *GÜMÜŞ*'e göre, TBK. m. 205/f.2 hükmü, devralan ile devreden arasındaki TBK. m. 205/f.1 anlamındaki ve “*eksiklikle malül*” tasarrufi sözleşmenin devri sözleşmesinin, diğer sözleşme tarafının “*tamamlayıcı olgu*” niteliğindeki rızası ile tamamlanıp geçerli kılınması olarak yorumlanamaz. TBK. m. 205/f.1 anlamında sözleşmede kalan tarafın rızası, bir anlamda “*kurucu olgu*” işlevi gören yenilik doğurucu bir irade beyanıdır. Bu nedenle TBK. m. 205/f.2, devralan ile devreden arasındaki sözleşme bir sözleşmenin iç yüklenilmesi niteliği taşıdığı hallerde bir anlam taşır (Gümüş, Kira Sözleşmesi, 2011: s. 224).

Kanaatimizce, sözleşmede kalan tarafın önceden izin vermesi ile sonradan onay vermesi ya da vermemesi durumunu ayrı ayrı Şu Şekilde değerlendirebiliriz:

İlk durum, sözleşmede kalan tarafın önceden izin vermesidir. Sözleşmede kalan tarafın önceden izin vermesi halinde, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında anlaşmanın yapılmasıyla sözleşmenin devri gerçekleşmiş olacak ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. İlk durumda sözleşmenin kurulma anı, sözleşmede kalan tarafından önceden izin verildiği için, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralanın anlaştığı andır.

İkinci durum, sözleşmede kalan tarafın sonradan onay vermesidir. Sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan anlaşma, sözleşmede kalan tarafından onay verilinceye kadar askıda geçersiz olacaktır. Bu sözleşmeye onay verildiği an, sözleşmenin devrinin gerçekleştiği andır. Sözleşmede kalan tarafından onay verilmesiyle sözleşmenin devri gerçekleşmiş olacak ve devir sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Askıda geçersizlik, hukuki işlemin tamamlayıcı unsurlarına aykırılığın yaptırımıdır. Bu geçersizlik hali için eksiklik (noksanlık) deyimini kullanılmaktadır (Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 184; Antalya, 2012: s. 112). Yani burada geçersizlik türlerinden⁴⁵ eksiklik (noksanlık) söz konusudur. Çünkü eksik sözleşmelerde kurucu unsurlar ve geçerlilik koşulları tamam olsa bile, hüküm doğurmada kanunun aradığı bazı unsurlar eksik olduğu için, sözleşme kurulmuş olmakta; ancak hüküm ve sonuçlarını başlangıçta meydana getirmemektedir. Başlangıçta eksik olan bu unsurların daha sonra tamamlanmasıyla

⁴⁵ Geçersizlik türleri, eksiklik, butlan ve ipteldir. Geçersizlik türleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2014: s. 332 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 580 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 179 vd.; von Tuhr, 1983: s. 220 vd.; Doktrinde hukuki işlemlerin geçersizliği konusunda başka ayrımlar da yapılmıştır. Bu ayrımlar için bkz. Tekinay vd., 1993: s. 375 vd.

sözleşme, hukuki sonuçlarını tam olarak meydana getirmektedir⁴⁶. Eksiklik, özel hukuk kişinin rızasının bulunmasına ilişkin ise, bu rızanın alınması anından itibaren işlemin geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilir (Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 184; Antalya, 2012: s. 112-113). Bu nedenle sözleşmede kalan tarafından onay verilinceye kadar eksik bir işlem söz konusu olacak; ancak daha sonra onay verildiği takdirde sözleşme tamamlanacak ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren doğurmaya başlayacaktır. Eksik unsur ekleninceye kadar sözleşme askıda geçersiz olarak kalacaktır (Eren, 2014: s. 333; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 184; Tekinay vd., 1993: s. 381-382; Antalya, 2012: s. 112). Eğer, sözleşmede kalan tarafından verilecek onayı kurucu unsur olarak kabul edersek, sözleşme hiç meydana gelmemiş, yapılmamış anlamına gelir ve bu durum TBK. m. 205/f.2 hükmü ile çelişir. Bu hükme göre, *“Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir”*. Bu hüküm, sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılan anlaşmanın varlığını kabul etmektedir. Ancak iki taraf arasında yapılan bu anlaşmanın geçerliliğini, önceden verilen izne veya sonradan verilecek onaya bağlamaktadır. Eğer sonradan verilecek onayı kurucu unsur olarak kabul edersek, iki taraf arasından yapılan anlaşmayı, hiç yapılmamış olarak kabul etmemiz gerekecektir. Çünkü bir hukuki işlemde kurucu unsurlar yoksa hukuki işlem yoktur yani hukuki işlem hiç doğmamıştır. Kurucu unsurları olmayan bir sözleşme hiç kurulmamış kabul edildiği için geçersizlik yaptırımını değil, yokluk yaptırımını söz konusu olacak ve hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağından hiçbir hukuki sonuç da doğuramayacaktır. Çünkü yok hükmünde olan bir sözleşme, sonradan onay verilse bile hiçbir zaman geçerli hale gelemez. Oysa TBK. m. 205/f.2’de belirtildiği üzere, iki taraf arasında yapılan anlaşmaya, sonradan verilecek onay ile sözleşmenin devri gerçekleşmiş olmaktadır. Yani kanun, iki taraf arasında yapılan anlaşmayı kabul etmektedir. Bu nedenle, sonradan verilecek onayı kurucu unsur olarak kabul etmemiz, TBK. m. 205/f.2’ye aykırı olacaktır. Çünkü bu durumda sözleşmenin kurucu unsuru olmadığından sözleşme hiç yapılmamış yani meydana gelmemiş kabul edilecektir ve hiç yapılmamış sayılan bir sözleşmeye sonradan verilecek onay ile sıhhat kazandırmak

⁴⁶ Geçersizlik türü olarak eksiklik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2014: s. 123-124, 333; Nomer, 2008: s. 26 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 184-185; Tekinay vd., 1993: s. 381-382; Antalya, 2012: s. 75, 112 vd.; von Tuhr, 1983: s. 140-141, 220-221.

mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, TBK. m. 205/f.2’de aslında üstü kapalı olarak, iki taraf arasında yapılmış ancak onay verilinceye kadar askıda geçersiz olan bir sözleşmenin söz konusu olduğu ifade edilmektedir.

Üçüncü durum, sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılmış anlaşmaya sözleşmede kalan tarafından onay verilmemesidir. Eğer, sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılmış olan anlaşmaya, sözleşmede kalan taraf onay vermezse, askıda geçersiz olan sözleşme geriye etkili olarak sonuç doğuracaktır. Yani eksik unsur olan onay verilmediği takdirde, eksik sözleşme tamamlanamayacak ve kesin olarak hükümsüz hale gelecektir.

7. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ŞEKLİ

TBK. m. 205/f.3’e göre, “*Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır*”. Bu fıkra ile devir sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenleme getirilmiş ve devir sözleşmesi, devredilen sözleşmenin şekline bağlı kılınmıştır. Bir görüşe göre, burada asıl sözleşmenin şekline bağlı kalınmak yerine şeklin, adi yazılı şekil olarak kabul edilmesi, uygulamada daha çok tercih edilmesi nedeniyle yeterli olacaktır (Tosun, 2012: s. 171). Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlı kılındığından, sözleşmede kalan tarafın önceden verdiği izin veya sonradan vereceği onay da bu şekle tabi olacaktır (Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 618; Kocagil, 2011: s. 49-50; Yavuz, 2012: s. 283; Gümüş, Kira Sözleşmesi, 2011: s. 225; Cengiz, 2014: s. 28). Rızanın verilmesini talep edecek kişi bakımından kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle TBK. m. 205/f.2 uygulaması bakımından devreden de devralan da sözleşmede kalan taraftan rızasını talep edebilir (Gümüş, 2011: s. 225, 228).

İtalyan hukukunda özel bir şekil öngörülmediği için doktrinin bir kısmı, şekil serbestisi prensibinden hareketle bir şekle tabi sözleşmenin devrinin bile şekle tabi olmadığı görüşündedir. İtalyan hukukundaki baskın görüşe göre, devir sözleşmesi, devredilen sözleşmeyi taraflar bakımından değiştirir, ikinci derece bir anlaşmadır. Bu nedenle devredilen sözleşmenin aynı biçimini almak zorundadır (D’İsa, 2011: s. 4).

7.1. Şekil Serbestisi

“Genel Kural” kenar başlıklı TBK. m. 12’ye göre, “Sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”. O halde, kanunda, sözleşmenin geçerliliği konusunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemişse, borçlar hukukundaki ilkelerden biri olan şekil serbestisi ilkesi gereğince, taraflar sözleşmeyi sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapabileceklerdir. Bu durumda devir sözleşmesi de herhangi bir şekle tabi olmadan taraflarca sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapılabilecektir.

TBK. m. 205/f.3 hükmü gereğince, “Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır”. Devredilen sözleşme için kanunda bir şekil şartı öngörülmemişse yani kanuni şekil şartı söz konusu değilse bu hüküm uyarınca, hiçbir şekle tabi olmadığı halde taraflarca yazılı şekilde yapılan taşınır satımı sözleşmesinin devri, hiçbir şekle bağlı olmadan yapılabilecektir (Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617). Bu durumda devir sözleşmesinin yazılı yapılması, ispat kolaylığı sağlayacak ancak geçerlilik şartı olmayacaktır.

Devir sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabileceği durumlarda, sözleşmede kalan tarafından verilecek izin ya da onayın şekli konusunda taraflar serbestçe hareket edebileceklerdir. Devir sözleşmesinin geçerliliğinin devredilecek sözleşmenin şekline bağlandığı durumlarda ise sözleşmede kalan tarafından verilecek izin veya onayın da bu şekle tabi olması gerekmektedir; ancak bu konuda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır (Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 618; Kocagil, 2011: s. 49-50; Yavuz, 2012: s. 283; Gümüş, 2011: s. 225). Devir sözleşmesinin geçerliliğinin devredilecek sözleşmenin şekline bağlandığı durumlarda sözleşmede kalan tarafından verilecek izin ya da onayın şekli konusunda kanunda bir açıklık bulunmadığı için, sözleşmede kalan tarafından verilecek izin ya da onayın, devredilecek sözleşmenin şekline uyması gerekmeden sözleşme geçerli şekilde devredilebilmelidir (Oğuzman/Öz, 2013(b): s.

618). Sözleşmede kalan tarafın irade beyanının açık⁴⁷ ya da örtülü⁴⁸ olup olamayacağı konusunda kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TBK. m. 1/f.1'de, irade açıklamasının, açık veya örtülü olabileceği belirtilmiştir. Bu durumda, sözleşmede kalan taraf, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılmış olan anlaşmaya, önceden verdiği izni veya sonradan vereceği onayı, sözlü ya da yazılı olarak açıkça belirtebileceği gibi, belirli davranışlarla örtülü olarak kabul ettiğini de belirtebilir. Örneğin, bir kişinin sözlü bir beyanda bulunmamasına rağmen sözleşmenin tarafı gibi hareket etmesi ya da sözleşmede kalan tarafın, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan anlaşmayı kabul etmediğini belirtmemesi örtülü kabul ettiği anlamına gelir (Ayrancı, 2003: s. 110; Yavuz, 2012: s. 282; Früh, 1945: s. 115-116). Diğer bir ifadeyle, taraflar sözleşmenin devredilmesi işlemini örtülü irade beyanı ile gerçekleştirebilir. Önceden verilen rıza da örtülü olarak açıklanmış olabilir (Yavuz, 2012: s. 282). TBK. m. 6, örtülü kabulü düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır*”. Bu maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, belirli koşulların varlığı halinde, sözleşme örtülü kabul açıklamasıyla kurulmuş sayılacaktır. Türk Borçlar Kanununda, sözleşmede kalan tarafından sonradan verilecek onayın ne kadar süre içerisinde verilmesi gerektiği konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, sözleşmede kalan taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan anlaşmayı kabul edip etmediğini açık veya örtülü irade beyanıyla belirtmelidir.

Tüm bu açıklamalar sonucunda şunu da belirtmek gerekir ki; sözleşmede kalan tarafından sözleşmenin devri konusunda önceden verilen izin, kanunda bir geçerlilik şekline bağlanmasa da, hukuksal sonuca yönelik bir irade açıklaması olduğundan uyumsuzluk halinde belge ile ispat kuralına tabidir (Kılıçoğlu, 2012: s. 811).

⁴⁷ İrade beyanı, hiçbir yoruma ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde söz, yazı veya işaretlerden meydana geliyorsa, açık irade beyanı söz konusudur (Eren, 2014: s. 134; Nomer, 2008: s. 18; Yavuz, 2012: s. 4; Antalya, 2012: s. 66-67; von Tuhr, 1983: s. 154-155).

⁴⁸ İrade beyanı, söz, yazı veya işaretler yerine bazı davranış veya hareketlerden dolayı olarak anlaşılıyorsa, örtülü irade beyanı söz konusudur (Eren, 2014: s. 135 vd.; Nomer, 2008: s. 18; Yavuz, 2012: s. 5; Antalya, 2012: s. 67; von Tuhr, 1983: s. 155).

7.2. Kanuni Şekil

Kanuni şekil, kanunun öngördüğü şekildir. Diğer bir ifadeyle, bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için tarafların iradelerini hangi biçimlerde açıklamaları gerektiğinin bizzat kanun tarafından belirlenmiş olmasıdır (Eren, 2014: s. 268; Tekinay vd., 1993: s. 99; Ruhi, 2011: s. 23; Reisoğlu, 2013: s. 89; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 142; Antalya, 2012: s. 325; von Tuhr, 1983: s. 233).

Türk Borçlar Kanununda iki tür şekil (adi yazılı şekil ve resmi şekil) öngörülmekle birlikte başlıca şekil türleri üç tanedir. Bunlar; adi yazılı şekil⁴⁹ (TBK. m. 13), nitelikli yazılı şekil⁵⁰ (TMK. m. 538) ve resmi şekildir⁵¹ (TBK. m. 237). Sözlü şekil, Türk Medeni Kanunumuzda düzenlenmiştir ve sadece iki hukuki işlem için söz konusudur. Bunlar evlenme sözleşmesi⁵² (TMK. m. 142) ile sözlü vasiyetnamedir⁵³ (TMK. m. 539). Türk hukukunda esas yazılı şekil ve resmi şekildir.

⁴⁹ Adi yazılı şekil, sözleşmenin konusunu gösteren ve borç altına girenlerin ya da bir hakkı devredenlerin imzalarını içeren herhangi bir yazıdır. Diğer bir ifadeyle, yalnız imzanın el yazısı ile olması öngörülen yazılı şekle adi yazılı şekil denir. Adi yazılı şekli meydana getiren unsurlar, metin ve imzadır (Tekinay vd., 1993: s. 113; Eren, 2014: s. 273; Nomer, 2008: s. 49; Reisoğlu, 2013: s. 89 vd.; Ruhi, 2011: s. 24 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 144; Antalya, 2012: s. 328; Kılıçoğlu, 2012: s. 107). TBK. m. 13, yazılı şekli düzenlemiştir. Bu maddeye göre, “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur...*” Madde gerekçesinde, kanunda yazılı şekilden söz edildiğinde, bundan adi yazılı şeklin anlaşılacağı belirtilmiştir. Ayrıca, TBK. m. 15’te belirtildiği üzere, adi yazılı şekilde, “*İmzanın borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur*”.

⁵⁰ Nitelikli yazılı şekil, kanuni yazılı şekildir. Bu şekil türünde; şekil, hukuki işlemin ya tamamını ya da imza ile birlikte bazı hususlarını içermektedir. Örneğin, el yazısıyla vasiyetname, baştan sona vasiyetçinin el yazısıyla yazılması ve imzasının olması halinde geçerli olacaktır. Sadece imzanın vasiyetçi tarafından atılması yeterli değildir (Eren, 2014: s. 283; Antalya, 2012: s. 342; Kılıçoğlu, 2012: s. 107). TMK. m. 538’de belirtildiği üzere, “*El yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur*”. Dolayısıyla bütün metnin vasiyetçinin el yazısı ile yazılması ve imzasının olması geçerlilik şartıdır.

⁵¹ Resmi şekil, bir hukuki işlemin resmi makamlar önünde ve resmi bir memurun katılımı ile yapılmasıdır. Resmi şekilde amaç, hukuki işlemin devlet tarafından bu işle görevlendirilmiş bir kişi tarafından (sulh hakimi, noter, tapu memuru vs. gibi) kanunların öngördüğü usul ve şartlara uygun olarak yapılmasıdır (Eren, 2014: s. 283; Tekinay vd., 1993: s. 126; Nomer, 2008: s. 52-53; Reisoğlu, 2013: s. 95; Ruhi, 2011: s. 26; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 153; Antalya, 2012: s. 342; Kılıçoğlu, 2012: s. 108). Örneğin, TBK. m. 237’ye göre, “*Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi şarttır. Taşınmaz satış vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz...*” Bu maddede belirtilen resmi şekil, geçerlilik şartıdır.

⁵² Evlenme sözleşmesinin mutlaka sözlü yapılması gerekmektedir. TMK. m. 142’ye göre, “*Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar*”.

⁵³ Sözlü vasiyetnemede irade açıklamasının mutlaka sözlü yapılmış olması gerekmektedir. TMK. m. 539’a göre, “*Mirasbırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir.*”

Sözleşmenin geçerliliği konusunda kanunda bir şekil şartı öngörülümüşse, devir sözleşmesi de kanunda öngörülen şekle uygun yapılmak zorundadır. Bu husus, TBK. m. 205/f.3'te belirtilmiş ve sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlı kılınmıştır. Aksi halde, TBK. m. 12'de belirtildiği üzere “...Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”. Dolayısıyla devir sözleşmesi, asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle uygun olarak yapılmadığı takdirde geçerli olmayacaktır⁵⁴. Devreden ve devralan taraf arasında yapılan sözleşmeye, sözleşmede kalan tarafından sonradan verilecek rıza da bu şekle tabidir (Yavuz, 2012: s. 283). TBK. m. 12'de geçersizliğin türü bakımından bir düzenleme yapılmamıştır; ancak sözleşmelerin kanunda öngörülen şekle aykırı olması halinde kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir (Öğüz, 2011: s. 104; Tekinay vd., 1993: s. 100 vd.; Reisoğlu, 2013: s. 81; Ruhi, 2011: s. 27; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 157, 180-181; Antalya, 2012: s. 103, 325, 350; von Tuhr, 1983: s. 232; Kılıçoğlu, 2012: s. 85, 137; Zevkliler vd., 2013: s. 154; Doğan Yenisey, 2014: s. 325; bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Eren, 2014: s. 289 vd.). Bu durumda, asıl sözleşmenin geçerliliği, kanunda öngörülen şekillerden birine tabi ise devir sözleşmesi de asıl sözleşmenin yapıldığı şekle uygun yapılmak zorundadır. Bu husus, geçerlilik şartıdır. Aksi halde devir sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır.

Taraflar, kanunun geçerlilik şartı olarak aradığı şekli kaldıramazlar; ancak sözleşmenin, kanunda öngörülen şekilden daha ağır bir şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler (Eren, 2014: s. 270; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 162-163; Tekinay vd., 1993: s. 134-135). Bu durum devir sözleşmesi için de geçerli olacaktır. Devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, asıl sözleşmenin şeklinde yapılması gerekli ve yeterlidir. Ancak devir sözleşmesi, asıl sözleşme için öngörülen şekilden daha ağır

Bunun için mirasbırakan, son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler”.

⁵⁴ Ayrancı'ya göre, asıl sözleşmenin şekle tabi olması, devir sözleşmesinin de şekle tabi olacağı anlamına gelmez (Ayrancı, 2003: s. 113). Ayrancı'nın bu görüşü eski BK. zamanında ileri sürülmüştür. Günümüzde, yeni TBK. m. 205 ile sözleşmenin devri düzenlendiğinden ve devir sözleşmesinin asıl sözleşmenin şekline uygun olarak yapılması gerektiği açıkça kanunda belirtildiğinden, devir sözleşmesinin şekli konusundaki tartışmalara açıklık getirilmiştir.

bir şekilde de yapılabilir⁵⁵. Taraflar, sözleşmenin geçerliliği için kanunda öngörülmüş olan şekil şartını kaldıramazlar veya bu şekilden daha hafif bir şekil öngöremezler; ancak devir sözleşmesini kanunda öngörülen şekilden daha ağır bir şekil şartına tabi kılabilirler. Örneğin sözleşmenin geçerli olabilmesi için, resmi şekilde yapılması şart ise tarafların bu sözleşmeyi adi yazılı şekilde yapmaları, sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğuracaktır. Ancak bunun tam tersi olursa, yani sözleşmenin geçerli olabilmesi için adi yazılı şekilde yapılması yeterli ise, taraflarca resmi şekilde yapılan devir sözleşmesi de geçerli olacaktır⁵⁶ (Tekinay vd., 1993: s. 134-135; Çabri, 2011: s. 3920)

7.3. İradi Şekil

İradi şekil, taraflarca öngörülen şekildir. Diğer bir ifadeyle, kanunun herhangi bir şekle tabi tutmadığı bir sözleşme için taraflar, geçerlilik şartı olarak bir şekil kararlaştırmışlarsa, buna iradi şekil denir. İradi şekil, sözlü, yazılı veya resmi şekil olabilir (Eren, 2014: s. 269-270; Tekinay vd., 1993: s. 99; Ruhi, 2011: s. 23; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 161 vd.; Antalya, 2012: s. 326; von Tuhr, 1983: s. 239).

Sözleşmenin geçerliliği konusunda kanunda bir şekil şartı öngörülmemişse, ancak sözleşmenin tarafları şekil şartı öngörmüşlerse yani sözleşme, taraflarca iradi şekle bağlanmış ise sözleşmenin, taraflarca kararlaştırılan şekilde yapılması gerekir. Aksi halde, taraflarca kararlaştırılan şekilde yapılmayan sözleşmeler, tarafları bağlamaz (Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 161 vd.; ayrıca bkz. Eren, 2014: s. 269; Tekinay vd., 1993: s. 135-136; Topuz/Canbolat, 2011: s. 107; von Tuhr, 1983: s. 239). Bu nedenle, asıl sözleşme için taraflar bir şekil şartı öngörmüşlerse, devir sözleşmesi de taraflarca öngörülen şekle yani iradi şekle uygun yapılmak zorundadır. Aksi halde devir sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır. Bu husus, TBK. m. 17'de de belirtilmiştir: *“Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme*

⁵⁵ Aynı durum, katılma sözleşmesi için de geçerlidir. Katılma sözleşmesinin geçerli olması, katılman sözleşmenin şeklinde yapılmasına bağlıdır. Ancak katılma sözleşmesi, asıl sözleşme için öngörülen şekilden daha ağır bir şekilde de yapılabilir (Çabri, 2011: s. 3920).

⁵⁶ Türk Borçlar Kanununda, sözleşmenin devri ile sözleşmeye katılma, şekil bakımından aynı esaslara tabi kılınmıştır. Sözleşmeye katılmanın tabi olduğu şekil ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Çabri, 2011: s. 3919-3921.

tarafları bağlamaz”. Dolayısıyla taraflar, kanunen şekle tabi olmayan bir sözleşmeyi iradi şekle tabi kılabilirler.

8. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Türk doktrininde ve uygulamasında da, sözleşmenin devrini açıkça kabul eden kamu hukuku düzenlemeleri bulunmaktadır. Örneğin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun⁵⁷ 66. maddesi ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun⁵⁸ 16. maddesinde sözleşmenin devri düzenlenmiştir. Ayrıca Fonlar İhale Yönetmeliğinin⁵⁹ 54. maddesi ile İstanbul Olimpiyat Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulu Alım Satım ve İhale Yönetmeliğinin⁶⁰ 36. maddesi de sözleşmenin devrini düzenlemiştir. Sözleşmenin devrini düzenleyen ve kamu hukukuna ilişkin olan bu düzenlemeler, çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığından sadece ilgili kanun ve yönetmeliklerin isimleri ve madde numaralarının belirtilmesiyle yetinilecektir. Bu durum karşısında, temel bir kanun olan Türk Borçlar Kanununda da sözleşmenin devri kurumunun düzenlenmesi zorunlu görülmüştür. İsviçre ve Alman hukukunda da, bu konuda yasal bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde sözleşmenin devrinin geçerli olduğu kabul edilmektedir (Ayrancı, 2003: s. 38-39; Dinç, 2011: s. 208; Larenz, 1987: s. 616 vd.)

Özel hukuk kapsamına giren ve sözleşmenin devrini içeren düzenlemeler aşağıda incelenmiştir.

Türk hukuku dışında, İtalyan Medeni Kanununun 1406. ile 1410. maddeleri arasında, “*Sözleşmenin Devri*” ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Sözleşmenin devri ile ilgili olarak İtalyan Medeni Kanununun 1406. maddesinde “*Kavram*”, 1407. maddesinde “*Şekil*”, 1408. maddesinde “*Sözleşmede Kalan Taraf ve Devreden Arasındaki İlişkiler*”, 1409. maddesinde “*Sözleşmede Kalan Taraf ve Devralan*

⁵⁷ Kabul Tarihi: 08.09.1983, RG. 18161 sayı ve 10.09.1983 tarih.

⁵⁸ Kabul Tarihi: 05.01.2002, RG. 24648 sayı ve 22.01.2002 tarih.

⁵⁹ Bakanlar Kurulu Karar Tarihi: 27.06.1984, No: 84/8277, dayandığı Kanun Tarihi: 08.09.1983, No: 2886, RG. 18478 sayı ve 03.08.1984 tarih.

⁶⁰ Bakanlar Kurulu Karar Tarihi: 12.06.1993, No: 93/4497, dayandığı Kanun Tarihi: 30.04.1992, No: 3796, RG. 21624 sayı ve 01.07.1993 tarih.

Arasındaki İlişkiler” ve 1410. maddesinde “*Devreden ve Devralan Arasındaki İlişkiler*” düzenlenmiştir.

8.1. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Sözleşmenin Devri

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanununda, sözleşmenin devri açıkça düzenlenmemiş olsa da onuncu bab, “*Hizmet Akdi*” ile ilgili hükümleri düzenlemiş ve “*İşçinin Borçları*” başlığı altındaki “*Bizzat İfa*” ile ilgili 320. maddesinde; “*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*” hükmüne yer vermişti. Bu hükümle işverenin işçinin rızasını alması koşuluyla işin görülmesini talep hakkını başkasına geçici veya sürekli olarak devredebileceği öngörülmekteydi.

818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında yürürlükte olan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun⁶¹ da sözleşmenin devrine örnek oluşturabilecek düzenlemeler yer almaktaydı. Ancak 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁶² ile 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmış olan bu kanunun kira sözleşmesi ile ilgili düzenlemeleri sözleşmenin devrine örnek oluşturmaktaydı.

Günümüzde mülga kanun olmakla birlikte, yürürlükte bulunduğu zamanlarda özel kanun niteliğinde olan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 12 maddesinin 1. fıkrasında, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece, kiracının kira sözleşmesini başkasına devredemeyeceği şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. Ayrıca 6570 sayılı kanunun 7/d maddesinde de, kiralanan taşınmazın satımı halinde, kira ilişkisi yeni malik ile kiracı arasında varlığını devam ettirir. Yeni malik taşınmazı iktisap ettiği tarihten itibaren bir ay içinde kiracıyı çıkarmak istediğini bildirmezse ve kiralanan taşınmazda oturma veya işyeri olarak kullanma

⁶¹ Kabul Tarihi: 18.05.1955, RG. 9013 sayı ve 27.05.1955 tarih.

⁶² Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG. 27836 sayı ve 04.02.2011 tarih.

ihtiyacını (kendisi, eşi veya çocukları için) ispatlayamazsa, kira ilişkisi varlığını devam ettirecektir şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. Söz konusu düzenlemeler, kira sözleşmelerine ilişkin olup sözleşmenin devrine örnek oluşturmaktaydı (Ayrancı, 2003: s. 38-39).

818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmeyen bazı konular 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş ve bu bağlamda Türk Borçlar Kanunu ile yeni kurum ve hükümlere yer verilmiştir. Bunlardan biri de sözleşmenin devri ile ilgili düzenlemedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuzun “*Genel Hükümler*” kısmının beşinci bölümünde “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” ile ilgili hükümlere yer verilmiş ve bu başlık altındaki üçüncü ayırımda yer alan 205. maddede “*Sözleşmenin Devri*” düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununda aynı bölümde “*Alacağın Temliki ve Borcun Nakli*” başlığı yer almaktaydı. Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununda sözleşmenin devri ile ilgili bir düzenleme yer almadığı için bu kurum ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile mevzuatımıza girmiştir.

TBK. m. 205; “*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.*”

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer 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” hükmüne yer vererek sözleşmenin devrini ayrı bir madde ile açıkça düzenlemiştir. Bu hükümde sözleşmenin iradi devri söz konusudur. Çünkü bu madde, sözleşmenin devri için sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan tarafın rızalarını aramaktadır. Son fıkrada, kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. “*Kanundan doğan halefiyet halleri*” ifadesi ile bu hükmün kapsamına Borçlar Kanununda ya da başka kanunlarda öngörülmüş olan, sözleşmenin kanuni devir hallerinin girdiği belirtilmektedir. Örneğin kira

sözleşmesinde yeni malikin kiracıya karşı fesih hakkını zamanında kullanmaması durumunda halefiyet kuralları gereğince, sözleşme tarafı haline gelmesinde sözleşmenin kanuni devri söz konusudur (Tosun, 2012: s. 172). Ya da TMK. m. 599 gereğince, mirasçılar, kanundan dolayı, ölenin taraf olduğu sözleşmenin tarafı haline gelmektedirler. TBK. m. 205/f.4'te, bu gibi durumlarda iradi devrin değil kanuni devrin söz konusu olduğu belirtilmek istenmiştir. Kanun koyucu bazı sözleşme türleri açısından sözleşmenin devrini özel olarak düzenlemiştir. Bu hallerde ilgili kanun hükümleri uygulanacaktır. Yani TBK. m. 205/f.4 hükmünde yer alan “*diğer özel hükümler saklıdır*” ifadesi ile öncelikli olarak bu özel hükümlerin uygulanacağı belirtilmek istenmiştir.

TBK. m. 205 hükmü, özel kanunlarda düzenlenmeyen ya da Türk Borçlar Kanununda özel düzenleme bulunmayan tüm sözleşme devirlerinde uygulama alanı bulacaktır. Örneğin TBK. m. 429'da iş sözleşmesinin devrine ilişkin özel düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesinin devri bakımından TBK. m. 205 uygulama alanı bulmayacaktır (Kocagil, 2011: s. 50).

TBK. m. 310'da “*Kiralananın El Değiştirmesi*” düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur ...*”. Madde gerekçesine göre; bu fıkrada, kiracıyı yeni malik karşısında korumak amacıyla, kiracının kiracılık hakkını yeni malike karşı da ileri sürebileceği ve yeni malikin kiralananı edindiği anda, kanun gereği, kira sözleşmesinin tarafı olacağı kabul edilmiştir (Dinç, 2011: s. 287). Kiralananın el değiştirmesinin hukuki sebebi, satış, bağışlama, mal değişim sözleşmesi (trampa), ölünceye kadar bakma sözleşmesi, isimsiz bir sözleşme vs. olabilir. Kiralananın külli halefiyet yoluyla kazanılması TBK. m. 310 hükmünün uygulama alanı dışında kalmaktadır (Özen, 2013: s. 99-100). Kira konusunun devrine sözleşmenin devri sonucu bağlanmıştır. Kira konusunu devralan (yeni malik) kanun gereğince kira sözleşmesine taraf durumuna gelmektedir. Yani TBK. m. 310 ile kiralananın el değiştirmesiyle birlikte yeni malikin kiraya veren sıfatını kazanacağı kabul edilmektedir (Özen, 2013: s. 89, 95). Kiralananı devreden, devir tarihinden itibaren, kira sözleşmesinden doğan hakları ileri süremeyecek; bu haklar, ayrıca yenilik doğuran haklar, kiralananı devralan kişiye geçtiğinden eski malikin kişiliğine

bağlı olanlar dışında kalan yenilik doğuran haklar yeni malik tarafından kullanılacaktır (Özen, 2013: s. 105; Özen, 2010: s. 178). Özetle, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiralananın el değiştirmesi halinde yeni malik, kanun hükmü gereği devreden şahsın yerine geçmektedir. Bu maddede sözleşmenin kanuni devri söz konusudur. Çünkü kiracının rızasına gerek olmadan, kanun hükmü gereği kiralananın el değiştirmesi söz konusu olmaktadır.

TBK. m. 323'de "*Kira İlişkisinin Devri*" düzenlemiştir. 818 sayılı BK.'da kira ilişkisinin devri ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. 6098 sayılı TBK. m. 323, "*Kira İlişkisinin Devri*" kenar başlıklı yeni bir düzenlemedir⁶³. Bu maddeye göre, "*Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralalarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz*" (m. 323/f.1). "*Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur ...*" (m. 323/f.2). TBK. m. 323 hükmü, kiracı ve üçüncü kişi arasında yapılan kira sözleşmesinin devri sözleşmesine rıza verip vermemeyi kiraya verenin rızasına tabi tutmuştur (Gümüş, 2011: s. 223; Yavuz vd., 2012: s. 461). Yani burada, rızai şekilde sözleşmenin bir tarafının sözleşmeyi bütünüyle üçüncü bir kişiye devretmesi, üçüncü kişinin sözleşmeye dahil olması, buna bağlı olarak da üçüncü kişinin sözleşmeden doğan hakların ve borçların sahibi olması söz konusudur (Yavuz vd., 2012, s. 461). Nitekim kiraya verenin yazılı rızasıyla kiracı, kira ilişkisini bir başka kişiye devredebilmekte ve kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçmektedir. Bu maddede sözleşmenin iradi devri söz konusudur. Kiracı ile kiraya veren kişinin ve kira ilişkisi kendisine devredilen kişinin rızaları gereklidir. Sonuç olarak, kira sözleşmesinin devri üç taraflı bir sözleşmedir. Yargıtay bir kararında bu hususu açıkça belirtmiştir⁶⁴.

⁶³ Kira ilişkisinin devri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Topuz/Canbolat, 2011: s. 97-131; Gümüş, 2013: s. 304-308; Yavuz vd., 2012: s. 461-467.

⁶⁴ Yarg. 3. HD. 14.10.2004 T., 2004/9625 E., 2004/10945 K. sayılı kararına göre, "*Kira sözleşmesinde kiralayanın bu ilişkiden ayrıldığı ve kendisinin yerine davacıyı ikame ettiği, bu hukuksal olguya cevabı ihtarname ile davalının onay verdiği anlaşılmaktadır. O halde bütünlük içerisinde ve üç taraflı olarak kendine özgü bir şekilde "sözleşmenin yüklenildiği"nin kabulü gerekecektir ...*" (Yargıtay Kararları Dergisi, Aralık 2004, C. 30, S. 12, s. 1827-1829; aynı karar Yavuz, 2012: s. 287-288).

TBK. m. 323'e benzer bir düzenleme İtalyan Medeni Kanununun "*Devren Kiralama veya Kiralananın Devri*" kenar başlıklı 1594. maddesinde de yer almaktadır. Bu maddeye göre; kiracı, aksi yönde bir anlaşma yoksa kendisine kiralanan şeyi bir başkasına kiraya verebilir, fakat kiraya verenin rızasını almadan sözleşmeyi devredemez. O halde TBK. m. 323 ile İtalyan Medeni Kanununun 1594. maddesi birbirine paraleldir. Nitekim İtalyan Medeni Kanununa göre, kiracının (devreden), kiraya veren (devredilen) in rızası ile, kira sözleşmesini başka bir kişiye (devralan) devredebilmektedir. Bunun sonucunda haklar ve yükümlülükler devralana geçmekte ve sözleşmenin içeriği değişmeden kalmaktadır⁶⁵.

TBK.'nın altıncı bölümünde "*Hizmet Sözleşmeleri*" başlığı altındaki birinci ayırımında "*Genel Hizmet Sözleşmesi*" ile ilgili hükümlere yer verilmiş ve m. 428'de, "*Hizmet İlişkisinin Devri/İşyerinin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri*"; m. 429'da "*Sözleşmenin Devri*" düzenlenmiştir. Her iki madde de, 818 sayılı eski BK.'da yer verilmeyen yeni maddelerdir.

"*Hizmet İlişkisinin Devri/İşyerinin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri*" kenar başlıklı TBK. madde 428/f.1'e göre, "*İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer*". Bu maddede sözleşmenin kanuni devri söz konusudur. Sözleşmede kalan tarafın rızasının varlığına ihtiyaç duyulmadan işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri gerçekleşebilmektedir. Madde gerekçesinde de, maddenin birinci fıkrasında, işletmenin kısmen ya da tamamen bir üçüncü kişiye devri halinde, hizmet ilişkisinin bütün hakları ve borçları ile birlikte devir tarihinden itibaren, kendiliğinden devralana geçeceği hükme bağlanmıştır⁶⁶ (Dinç, 2011: s. 371). TBK. m. 428 hükmünün uygulanması konusunda işçi itiraz hakkına sahip değildir ve öngörülen yasal devir olgusunun gerçekleşmesi yeterlidir. Yani işçi bu devri kabul etmek istemese de kendiliğinden iş sözleşmesinin devri gerçekleşir (Gümüş, 2013: s. 502-503). TBK. m. 428 hükmünün ilk üç fıkrası ile 4857 sayılı İş Kanunu⁶⁷ m. 6

⁶⁵ İtalyan hukukunda kira sözleşmesinin devri ile ilgili olarak bkz. D'Isa, 2011: s. 10.

⁶⁶ Devir halinde, işçinin sözleşmesi otomatik olarak devralan kişiye geçer (Upex vd., 2006: s. 345).

⁶⁷ Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG. 25134 sayı ve 10.06.2003 tarih.

hükmünün ilk üç fıkrası birebir aynıdır. TBK. m. 428 ve İş K. m. 6 hükmünün karşılığı İBK. m. 333 hükmüdür⁶⁸.

“Sözleşmenin Devri” kenar başlıklı TBK. m. 429/f.1’e göre, “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir”. Bu maddede sözleşmenin iradi devri söz konusudur. Sözleşmeyi devreden ve sözleşmeyi devralan kişinin rızasının yanında sözleşmede kalan tarafın rızasının da varlığı şarttır.

8.2. 4857 Sayılı İş Kanununda Sözleşmenin Devri

İş K. m. 6’da “işyerinin veya bir bölümünün devri” düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer”. Bu maddede işyeri veya işyerinin bir bölümünün devri halinde iş sözleşmelerinin de devralana geçeceği belirtilmektedir. İşyerinin devri halinde iş sözleşmesinin işveren tarafında meydana gelen taraf değişikliği kanun gereği gerçekleşmektedir. İşyerinin veya işyerinin bir bölümünün devri için, işçinin yani sözleşmede kalan tarafın rızası gerekli değildir (Güzel, 1987: s. 322, 391; Alpagut, 2010: s. 117; Özkaraca, 2008: s. 146; Özkaraca, 2009, s. 171; Arslanoğlu, 2006: s. 535; Manav, 2001, s. 1345; Sönmez Tatar, 2011: s. 62; Dulay, 2012: s. 59, 62; Krejci, 1972: s. 156 vd.). Hükümde sözleşmenin kanuni devri söz konusudur. İş sözleşmesinin iradi devrine ilişkin bir düzenleme ise İş Kanunumuzda yer almamaktadır.

8.3. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda İşletmenin Devri

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunumuzda, sözleşmenin devri ile ilgili açık bir düzenleme olmamakla birlikte, ticari işletmenin devri hallerinde, burada çalışan işçiler açısından işyeri devrine bağlı olarak iş sözleşmelerinin de devrine rastlanılabilmekteydi. Ancak eski TTK.’da “Ticari İşletme” kenar başlıklı m. 11’de ticari işletmenin devri konusunda bir düzenleme yer almamaktaydı. Yürürlük tarihi

⁶⁸ TBK. m. 428 hükmü ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Gümüş, 2013: s. 502 vd.

01.07.2012 olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁶⁹ ile “*Ticari İşletme*” kenar başlıklı m. 11/f.3 hükmünde⁷⁰ ticari işletmenin devri açıkça düzenlenmiştir. Ticari işletmenin devri halinde, burada çalışan işçiler açısından işyeri devri söz konusu olduğundan, işyeri devrine bağlı olarak işyerinde mevcut olan iş sözleşmelerinin de devri mümkün olabilmektedir⁷¹. Ancak buradaki iş sözleşmelerinin devri, işyeri devrine bağlı olarak gerçekleştiğinden ve İş K. m. 6 dolayısıyla kanundan kaynaklandığından sözleşmenin kanuni devri olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle söz konusu durumda sözleşmede kalan tarafın rızasının varlığı şart olmadığından iradi devir söz konusu değildir.

Ticari işletmenin devri dışında ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi hallerinde de birleşen ya da bölünen şirkette çalışan işçiler açısından işyeri devri söz konusu olduğunda, işyeri devrine bağlı olarak işyerinde mevcut olan iş sözleşmeleri yeni işverene devredilebilmektedir.

Yeni TTK. m. 178 ile “*iş ilişkilerinin geçmesi*”, m. 158 ile “*ortakların kişisel sorumlulukları ve iş ilişkilerinin geçmesi*”, m. 190 ile “*alacaklıların ve çalışanların korunması*” kenar başlıklı yeni hükümler getirilmiştir. Bu hükümler ile birleşme, bölünme ve tür değiştirme yolu ile işyerinin devri ve bu devrin işçilere ve iş sözleşmelerine etkisi düzenlenmiştir.

Ticaret ortaklıklarında birleşme, birden çok şirketin ya içlerinden birinin bünyesinde (“*devralma*” şeklinde birleşme) ya da yeni kurulacak bir şirketin çatısı altında (“*yeni kuruluş*” şeklinde birleşme), malvarlıklarını tasfiye⁷² etmeksizin bir araya gelmeleri ve birleşen şirketlerin ortaklarının, belli bir değişim ölçüsüne göre birleşilen ortaklıktan pay almaları biçiminde gerçekleşmektedir (Bahtiyar, 2014: s. 56; Pulaşlı, 2012: s. 85; Bilgili/Demirkapı, 2012: s. 185; Bilgili/Demirkapı, 2013(a): s. 60; Bilgili/Demirkapı, 2013 (b): s. 68). Türk Ticaret Kanununun “*birleşme*” kenar başlıklı 136/f.1 maddesinde, bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle

⁶⁹ Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 27846 sayı ve 14.02.2011 tarih.

⁷⁰ TTK. 11/f.3 hükmü ile getirilen değişikliklere ilişkin değerlendirmeler için bkz. Bahtiyar, 2011: s. 3894 vd.

⁷¹ Ticari işletme devrinin iş hukuku açısından sonuçları hakkında bkz. Aydın vd., 2013: s. 246 vd.

⁷² Hesap kapatma; hesap ve işlemleri inceleyip düzenleyerek aktif ve pasif arasındaki farkı belirlemeye yarayan işlem; örneğin, ticaret ortaklarının tasfiyesi (Yılmaz, 2002: s. 1189).

“devralma şeklinde birleşme” veya yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle “yeni kuruluş şeklinde birleşme”, olmak üzere birleşmenin iki şekilde olabileceği belirtilmiştir.

Şirket birleşmeleri konusunda TTK.’da külli halefîyet⁷³ ilkesi geçerlidir. TTK. m. 136/f.4, “Birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün halinde devralır...” hükmü ile TTK. m. 153, “... Tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer” hükümleri külli halefîyet ilkesinin göstergesidir⁷⁴.

Devralma şeklinde birleşmede, bir ya da birden fazla ticaret şirketinin veya bir ticari işletmenin diğer bir ticaret şirketine tüm malvarlığı ile katılması veya onlar tarafından devralınmasıdır. Burada bir katılan (devrolunan/devralınan) şirket veya ticari işletme, bir de katılınan (devralan) şirket vardır (Pulaşlı, 2012: s. 88; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, 2012: s. 186; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, 2013(a): s. 61; Pamukçu vd., 2013(a): s. 753). Yani ortada, birleşmek isteyen en az iki şirket vardır

⁷³ Külli halefîyet, bir malvarlığını oluşturan bütün hak ve borçların, bir kül (bütün) halinde tek bir hukuki işlemle bir kişiden bir başka kişiye geçmesidir. Külli halefîyet ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde geçerlidir (Dural/Öz, 2001: s. 14; İmre/Erman, 2004: s. 10; Ayrancı, 2003: s. 69-70; Alpagut, 2010: s. 17; Güzel, 1987: s. 206). Murise ait bütün hak ve borçlar mirasçılara geçerse külli halefîyetten; terekeye dahil belirli alacak veya mülkiyet hakkı mirasçılara geçerse cüz’i halefîyetten söz edilir (Kılıçoğlu, 1979: s. 6). Külli halefîyet ilkesi, birleşmede malvarlığı açısından süreklilik sağlamaktadır. Yani, birleşmeyle sona eren şirketin tüm malvarlığı (hakları ve borçları) hiçbir özel devir işlemlerine gerek kalmadan kendiliğinden devralan şirkete geçmektedir. Dolayısıyla külli halefîyet ilkesi, belirli bir malvarlığını oluşturan tüm aktif ve pasif unsurların tabi oldukları devir koşullarına uyulmasına gerek kalmadan devri bir bütün olarak gerçekleştirmektedir. TTK.’da külli halefîyetin uygulandığı alan birleşme ve bölünmelerdir (Pulaşlı, 2012: s. 86, 87, 147 dn. 301; Alpagut, 2010: s. 17-18, 67; Ayrancı, 2003: s. 70; Güzel, 1987: s. 206). Hukukumuzda külli halefîyet ancak kanunda açıkça öngörülen haller için söz konusu olduğundan asıl olan cüz’i halefîyettir. Cüz’i halefîyet, malvarlığını oluşturan hak ve borçların ayrı ayrı ve uygun devir işlemleri ile bir başkasına geçirilmesidir. Bunun için taşınmazların, geçen lehine tapuya tescili, taşınırın teslimi ve alacakların temlik gibi hukuki işlemlerin yapılması şarttır (Alpagut, İşyerinin Devri, 2010: s. 17-18; İmre/Erman, 2004: s. 10; Dural/Öz, 2001: s. 14; Ayrancı, 2003: s. 70). Örneğin, İş K. m. 6 ile düzenlenen işyerinin veya işyerinin bir bölümünün hukuki işlemle bir başkasına devrinde, işyerinin malvarlığına dahil, maddi olan ve olmayan haklar, cüz’i halefîyet ilkesi gereği, kendiliğinden değil ancak uygun devir işlemleri ile devralana geçmektedir (Alpagut, 2010: s. 18). İşyerini bir kimseden devralan yeni işveren, cüz’i hak sahibi sıfatını almaktadır (Güzel, 1987: s. 206-207). Külli halefîyet ile cüz’i halefîyet arasındaki farklar kısaca şöyle özetlenebilir: Külli halefîyet, şekle tabi olmadan, kendiliğinden meydana gelir; cüz’i halefîyet ise kanuni şekil şartına tabidir. Külli halefîyet, ancak kanunda öngörülen hallerde geçerli olduğu için istisnadır; cüz’i halefîyet ise kuraldır. Külli halefîyetin gerçekleşmesinden sonra sözleşmeden ayrılan taraf ile sözleşmeye giren kişiler arasında devam eden ilişkiler bulunmamaktadır. Yani sözleşmeden ayrılan taraf, sözleşme ilişkisinden tam olarak ayrılmıştır; cüz’i halefîyette ise böyle bir zorunlu sebep bulunmamaktadır (Ayrancı, 2003: s. 70-71).

⁷⁴ Her ne kadar Türk Ticaret Kanununun birleşme ile ilgili 136. maddesinin IV. fıkrasından külli halefîyet ilkesinin geçerli olduğu anlamı çıksa da bu fıkranın 1. cümlesine “külli halefîyet” kavramının eklenmemesi Moroğlu tarafından eleştirilmiştir (Moroğlu, 2005: s. 62).

ve bunlardan biri bünyesinde birleşme gerçekleşmekte diğer bir ifadeyle, birleşme ile devralan ortaklık, devrolunan ortaklığın veya ticari işletmenin malvarlığını bir bütün halinde kazanmaktadır (Pulaşlı, 2012: s. 88; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, 2012: s. 186; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, 2013(a): s. 61; Bahtiyar, 2014: s. 56; Pamukçu vd., 2013: s. 753). Örnek vermek gerekirse, devralma şeklinde birleşmede, A, B ve C isimli üç ortaklık, devralan A'nın çatısı altında birleşmekte; yani B ve C, A'ya devrolunmaktadır (Bahtiyar, 2014: s. 56). Bir şirketin diğerine katılması durumunda, devralan şirket tüzel kişiliğini korumakta, devrolunan şirket ise, birleşme işlemlerinin gerçekleşmesiyle tüzel kişiliğini kaybetmektedir. Birleşme ile devrolunan şirket sona ermekte ve ticaret sicilinden silinmektedir. Devrolunan ticari işletmenin ise tüzel kişiliği olmadığından, sona ermesi de söz konusu olmamakta, sadece ticari işletme tüm aktif ve pasifiyle birlikte ticaret şirketi tarafından devralınmaktadır (Pulaşlı, 2012: s. 87-88-89). Böylece devralma şeklinde birleşmede, bünyesinde birleşmenin gerçekleştiği şirkette çalışan işçiler açısından işveren sıfatında bir değişiklik olmamakta; ancak katılan (devrolunan/devralınan) şirket işyerinde çalışan işçiler açısından işveren değişmektedir (Özkaraca, 2008: s. 66; Alpogut, 2010: s. 78; Tulukcu, 2010: s. 133-134). Bu halde katılan şirkete ait işyeri ve bu işyerindeki iş sözleşmeleri katılan şirkete geçmektedir (Doğan Yenisey, 2009(a): s. 138).

Yeni kuruluş şeklinde birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin malvarlıklarının külli halefiyet yoluyla yeni kuracakları bir ticaret şirketine devretmeleri yani iki veya daha fazla ticaret şirketinin yeni kurulacak bir şirket çatısı altında birleşmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Diğer bir ifadeyle, en az iki ticaret şirketi birleşmeden önce yeni bir ticaret şirketi kurmakta ve daha sonra birleşecek şirketler bu yeni şirkete tüm hak ve borçlarıyla devrolunmaktadır. Örnekle açıklamak gerekirse, yeni kuruluş yoluyla birleşmede, A ve B şirketleri, yeni kurulacak C çatısı altında birleşebilir ve birleşme tamamlandığında, birleşen şirketler ticaret sicilinden silinir. Bu durumda, birleşen şirketler sona ermekte ancak tasfiye olmamaktadırlar. Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, külli halefiyet ilkesi uyarınca, dağılan şirketlerin tüm malvarlığı (tüm hakları ve borçları) bütün olarak yeni kurulan şirkete devredilmiş olmaktadır. Birleşen şirketlerin tüzel kişilikleri, birleşme işlemlerinin gerçekleşip, sicilden silinmesiyle birlikte sona ermektedir (Pulaşlı, 2012: s. 87, 89; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, 2012: s. 186; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, 2013(a): s.

61; ayrıca bkz. Bilgili/Demirkapı, 2013(b) s. 69; Bahtiyar, 2014: s. 56; Pamukçu vd., 2013: s. 753). Yeni kuruluş şeklinde birleşmede, birleşme öncesi işveren olan şirketlerin birleşme sonucu tüzel kişilikleri sona erdiği için yeni kurulan şirket, tüm işçiler açısından işveren sıfatını kazanmaktadır (Alpagut, 2010: s. 78; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 138; Özkaraca, 2008: s. 66; Güzel, 1987: s. 160, 163; Tulukcu, 2010: s. 133).

Hem devralma (katılma) şeklinde birleşme hem de yeni kuruluş şeklinde birleşmede İş K. m. 6 anlamında işyerinin devri söz konusudur (Alpagut, 2010: s. 78; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 138; Özkaraca, 2008: s. 67; Tulukcu, 2010: s. 134). İşyerinin devri de işveren değişikliğini meydana getirmektedir. İşveren değişikliğinden söz edebilmek için, hukuki bir işlem veya hukuki olay nedeniyle, işyeri üzerindeki hakların (mülkiyet veya yararlanma hakkı) bir başka kişiye geçmiş olması ve bunun sonucu olarak da iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin bu sıfatını kaybetmesi gerekir⁷⁵ (Güzel, 1987: s. 18, 160, 199; Şahlanan, Kasım 2000-Şubat 2001: s. 14; Akyiğit, 2008: s. 331; Sönmez Tatar, 2011: s. 13, 40) Bu anlamda, birleşmenin her iki şeklinde de işveren değişikliği söz konusudur (Güzel, 1987: s. 160; Köseoğlu, 2004: s. 69; Alpagut, 2010: s. 78; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 138; Özkaraca, 2008: s. 65; Tulukcu, 2010: s. 133). Bununla birlikte devralma şeklinde birleşmede, birleşme öncesi bu ortaklığa ait işyerinde çalışan işçiler açısından işveren değişikliği meydana gelmemektedir. Buna karşılık, devreden (katılan) ortaklıkların işyerinde çalışan işçiler açısından işveren değişikliği meydana gelmektedir (Alpagut, 2010: s. 78; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 138; Özkaraca, 2008: s. 66; Tulukcu, 2010: s. 133-134). Devreden (katılan) ortaklık tüzel kişiliğini kaybetmekte, devralan (katılınan) ortaklık tüzel kişiliğini devam ettirmektedir (Güzel, 1987: s. 160; Köseoğlu, 2004: s. 69; Alpagut, 2010: s. 78). Yeni kuruluş şeklinde birleşmede ise, birleşen iki veya daha fazla ortaklık tüzel kişiliklerini kaybetmekte ve yeni bir tüzel kişilik ortaya çıkmaktadır. Birleşme öncesi işveren sıfatını taşıyan ortaklıklar, birleşme sonucu tüzel kişiliklerini kaybettiklerinden işçiler karşısında yeni kurulan ortaklık, daha önceki ortaklıkların tüm çalışanları bakımından işveren sıfatını kazanmaktadır (Güzel, 1987: s. 160, 163; Alpagut, 2010: s. 78; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 138; Özkaraca, 2008: s. 66; Tulukcu, 2010: s. 133).

⁷⁵ İşverenin değişmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, İşyerinin Devri, s. 41 vd.

Külli halefiyet ilkesinin sonucu olarak ortaklıkların birleşmesi halinde iş sözleşmeleri yeni işveren ile devam edecektir (Güzel, 1987: s. 44, 163; Özkaraca, 2008: s. 67; Özkaraca, 2009: s. 216; Tulukcu, 2010: s. 133-134; Köseoğlu, 2004: s. 69; Alpagut, 2010: s. 67, 78). Çünkü birleşme ile birlikte, ortadan kalkan ortaklık ya da ortaklıkların tüm hakları ve borçları, birleşilen ya da yeni kurulan ortaklığa geçmektedir (Köseoğlu, 2004: s. 69; Güzel, 1987: s. 161-162; Tulukcu, 2010: s. 134). Yani birleşmenin gerçekleştiği andan itibaren yürürlükte bulunan iş sözleşmeleri devralan ortaklığa veya yeni kurulan ortaklığa geçmekte, tüzel kişiliklerini kaybeden ortaklıkların İş Hukuku anlamında işveren sıfatları ortadan kalkmakta, bunların yerine geçen ortaklıklar işveren sıfatını kazanmaktadırlar (Güzel, 1987: s. 163; Özkaraca, 2009: s. 216). Bu geçiş kendiliğinden ve otomatik olarak gerçekleşmektedir.

Hem devralma (katılma) şeklinde birleşme hem de yeni kuruluş şeklinde birleşme, işçilerin iş sözleşmelerinin devri açısından şu şekilde değerlendirilmektedir: Devralma şeklinde birleşmede, devreden (katılan) ortaklıkların işyerinde çalışan işçiler açısından işveren değişikliği meydana geldiğinden işyerinin devri söz konusu olmaktadır. Devreden şirket işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri yeni işveren ile devam etmektedir. Devralma şeklinde birleşmede iş sözleşmeleri külli halefiyet ilkesi gereği yeni işveren ile devam edeceğinden sözleşmenin kanuni devri söz konusudur (TTK. m. 136/f.4, m. 158, m. 153/f.1). Yeni kuruluş şeklinde birleşmede ise, birleşen iki veya daha fazla ortaklık tüzel kişiliklerini kaybettiğinden ve yeni bir tüzel kişilik ortaya çıktığından, yeni kurulan şirket tüm işçiler açısından işveren sıfatını kazanacak ve iş sözleşmeleri de yeni işveren ile devam edecektir. Bu anlamda yeni kuruluş şeklinde birleşme sonucu iş sözleşmelerinin yeni işverene geçmesi kanun gereği olduğundan bu durumda da sözleşmenin kanuni devri söz konusu olmaktadır (TTK. m. 136/f.4, m. 158, m. 153/f.1).

Bölünme, sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin malvarlıklarını tamamen veya kısmen kendilerinden ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmi külli halefiyet yoluyla başka sermaye şirketlerine veya kooperatiflere devretmeleri ve bunun karşılığında

bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerde ortak konumunu kendiliğinden (ipso iure) elde etmeleridir⁷⁶. Bölünmeye sadece sermaye şirketleri ve kooperatifler bakımından izin verildiğinden bölünme, sadece sermaye şirketi ve kooperatif şeklinde gerçekleşebilmektedir (Ekmekçi, 2011: s. 156). Ticaret şirketlerinin bölünmesi, TTK. 159-179 maddeleri ile düzenlenmiştir. TTK. m. 159'a göre, “*Bir şirket tam veya kısmi bölünebilir. Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir. Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur*”. Görüldüğü üzere, TTK. m. 159 ile tam ve kısmi bölünme kavramlarına yer verilmiştir.

Ticaret ortaklıklarının bölünmesi de, bölünme konusu malvarlığına bir işyeri veya işyerinin bölümünün dahil olması durumunda yani bölünen kısım veya kısımların birer işyeri niteliği taşıması durumunda, işveren değişikliği söz konusu olduğu için işyerinin devri hükümlerine tabi olacaktır (Özkaraca, 2008: s. 71; Alpagut, 2010: s. 80; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 139). TTK. m. 178/f.1, “*Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer*” hükmü de bölünme sonucunda işyeri devrinin söz konusu olması halinde devirden etkilenecek işçilerin haklarının korunmasını düzenleyen bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda bölünme, bir işyeri devri niteliğinde ise çalışan işçilerden rıza alınması şarttır. Ticaret ortaklıklarının bölünmesine bağlı olarak gerçekleşen işveren değişikliğinde, iş sözleşmelerinin yeni işveren ile devam etmesi işçilerin rızasına bağlı olduğundan sözleşmenin iradi devri söz konusu olmaktadır (TTK. m. 178).

Tür değiştirme, TTK. m. 180 ile m. 190 arasında düzenlenmiştir. Ancak kanunda tür değiştirmenin tanımı yapılmamıştır. Doktrinde yapılan tanıma göre tür

⁷⁶ TTK. m. 159 gerekçesi öncesi “*bölünme*” başlıklı açıklama.

değiştirme, bir ticaret şirketinin bir türden, diğer bir türe ekonomik varlığını ve devamlılığını koruyarak ve malvarlığını tasfiye etmeksizin dönüştürülmesidir (Pulaşlı, 2012: s. 190; Bahtiyar, 2014: s. 65; Bilgili/Demirkapı, 2012: s. 190; Bilgili/Demirkapı, 2013(a): s. 80; Bilgili/Demirkapı, 2013(b): s. 108-109). Tür değiştirmede, tek bir ticaret şirketi ve tüzel kişilik vardır; bu da halen sahip olduğu bir türden yasada belirlenmiş başka bir hukuki türe dönüştürülmektedir. Tür değiştirmede, tüzel kişilik değişmediği için sona erme de söz konusu olmamaktadır (Pulaşlı, 2012: s. 191). Türk Ticaret Kanunu, biçim değiştirici tür değiştirmeyi benimsemiştir. Biçim değiştirici tür değiştirmede, ortaklık tüzel kişiliğini kaybetmemekte sadece bazı işlemler sonucu şeklini değiştirerek başka türde bir ortaklık haline gelmektedir. Dolayısıyla ortada bir tane tüzel kişilik vardır ve malvarlığının devri söz konusu değildir. Örneğin bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesinde olduğu gibi (Bahtiyar, 2014: s. 65-66; Bilgili/Demirkapı, 2013(a): s. 81; Bilgili/Demirkapı, 2013(b): s. 109; Pulaşlı, 2012: s. 194). TTK. m. 180/f.1’de belirtildiği gibi, “... yeni türe dönüştürülen şirket, eskisinin devamıdır”. Bunun sonucu olarak da, tüzel kişilik sona ermeyip devam ettiğinden işveren değişikliği söz konusu olmamaktadır (Güzel, 1987: s. 169; Özkaraca, 2008: s. 79; Özkaraca, 2009: s. 218-219; Köseoğlu, 2004: s. 73; Alpagut, 2010: s. 82; Şahlanan, 2001: s. 23; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 139-140). Yani tür değişikliğine rağmen tüzel kişilik devam ettiği için işyeri üzerindeki hakların bir başka işverene geçişi söz konusu değildir ve işyerinde çalışan işçiler açısından iş sözleşmesine taraf olan tüzel kişi işveren sıfatında bir değişiklik olmamaktadır (Güzel, 1987: s. 169; Şahlanan, 2001: s. 23; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 139-140). İşveren değişikliği olmadığı için de işyeri devrinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Her tür değiştirmede mutlaka bir işveren değişikliği söz konusu olmayabilir. Oysa işyeri devrinden söz edebilmek için, iş sözleşmesinin işveren tarafının değişmesi zorunludur. İşveren değişikliği söz konusu olmadığında ise tür değişikliği olsa da işyeri devrinden söz etmek mümkün olmayacaktır (Özkaraca, 2008: s. 78; Alpagut, 2010: s. 41, 75). Tür değiştirmede işyeri devri söz konusu olmadığından iş sözleşmeleri de aynı işveren ile devam edecek ve iş sözleşmeleri bir başka işverene devredilmiş olmayacaktır. İşveren değişikliğinin söz konusu olmadığı tür değiştirmelerde sözleşmenin kanuni ya da iradi devri de söz konusu olmamaktadır (TTK. m. 180/f.1, m. 190).

8.4. 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununda Sözleşmenin Devri

Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 27’de, finansal kiralama sözleşmesinde, kiralamaya konu olan malın mülkiyetinin devri düzenlenmiştir. “*Mülkiyetin devri*” kenar başlıklı 27. maddeye göre, “*Sözleşmede aksi öngörülmemişse kiralayan, malın mülkiyetini bir üçüncü kişiye devredemez. Sözleşmede bu yetkinin tanınması hâlinde, devir, ancak başka bir kiralayana yapılabilir. Devralan, sözleşme hükümlerine uymak zorundadır. Devrin kiracıya karşı geçerli olması onun haberdar edilmesine bağlıdır*”. Bu maddede, sözleşmede kiralayana malın mülkiyetinin bir üçüncü kişiye devri yetkisinin tanınmış olması halinde devrin ancak başka bir kiralayana (katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları ile finansal kiralama şirketleri) yapılabileceği belirtilmiş ve devrin kiracıya karşı geçerli olması kiracının haberdar edilmesine bağlı tutulmuş, kiracının bu devre rızası aranmamıştır. Görüldüğü gibi, bu madde sözleşmenin kanuni devrini düzenlemektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

1. İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ KAVRAMLARI

1.1. İş Sözleşmesi Kavramı

İş sözleşmesi kavramının⁷⁷ tanımı, hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda hem de 4857 sayılı İş Kanununda yapılmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlıklı altıncı bölümünün “*Genel Hizmet Sözleşmesi*” alt başlıklı birinci ayırımının “*Tanımı*” kenar başlıklı 393. maddesine göre, “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir...*”. Görüldüğü gibi, bu madde ile hizmet sözleşmesinin tanımı yapılmış ve kısmi süreli hizmet sözleşmesinin, bir hizmet sözleşmesi türü olduğu belirtilmiştir. Böylece, İsviçre Borçlar Kanunu m. 319/f.2 hükmüne paralel bir düzenleme getirilmiştir. Ancak söz konusu hükümde, kısmi süreli hizmet sözleşmesinin sadece bir hizmet sözleşmesi türü olduğu belirtmiş bunun dışında, kısmi süreli hizmet sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir. Hükmün gerekçesinde de bu konuda herhangi bir tanımlama yapılmaması eleştirilmiştir (Arslan Ertürk, 2011: s. 536).

4857 sayılı İş Kanununun “*Tanım ve Şekil*” başlıklı 8. maddesine göre, “*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi*

⁷⁷ 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 313. maddesinde “*hizmet akdi*”, 319. maddesinde “*hizmet mukavelesi*”, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 393 vd. maddelerinde “*hizmet sözleşmesi*”, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinde “*hizmet sözleşmesi*”, 854 sayılı Deniz İş Kanununun 5. maddesinde “*hizmet akti*”, 5953 sayılı Basın İş Kanununun 4. maddesinde “*iş akdi*”, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde “*hizmet akdi*”, 4857 sayılı İş Kanununda ise “*iş sözleşmesi*” terimi kullanılmıştır. Sözü edilen kanunlarda kullanılan terimler arasında birlik olmasa da bu terimlerin hepsi aynı anlamı ifade etmektedir. Terminoloji ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 336-340; Süzek, 2014: s. 228; ayrıca bkz. Tuncay, 2003: s. 125; Hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmesi kavramının aynı kavramlar olmadığını ileri süren görüş için bkz. Uygur, 2012: s. 1944. Alman hukukunda, hizmet sözleşmesi iş sözleşmesinden farklı olup, söz gelimi; doktorluk, mimarlık, avukatlık gibi hizmetlerin ücret karşılığı sunulmasını konu eder (Bu konuda bkz. Müller-Glöge, 2012: § 613, N. 3 vd.).

belirtilmedikçe, özel bir şekilde tâbi değildir. Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur...". Görüldüğü gibi, bu madde ile iş sözleşmesi kavramı tanımlanarak, iş sözleşmesinde şekil serbestisi olduğu belirtilmiş ve kanunda aksi belirtilmediği sürece iş sözleşmesinin sözlü de yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumun istisnası, süresi 1 yıl ve daha uzun olan belirli süreli iş sözleşmeleridir. Yani süresi 1 yıl ve daha uzun olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekmektedir. Buradaki şekil şartının geçerlilik şartı mı, yoksa ispat şartı mı olduğu konusunda doktrinde yapılan tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa, burada şu hususu belirtmek gerekir ki, kanun iş sözleşmesinin yapılmasında yazılı şekil şartı aramasa da, ispat kolaylığı açısından sözleşmenin yazılı yapılmasında yarar vardır.

İş sözleşmesi kavramı ile ilgili olarak, TBK. m. 393'te ve İş K. m. 8'de yapılan tanım birlikte değerlendirildiğinde bu tanımların birbiriyle paralel olduğu görülmektedir. Bunun nedeni, TBK. m. 393'te yapılan hizmet sözleşmesi tanımının, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 319. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi göz önünde tutularak kaleme alınmış olmasıdır. Bu husus, TBK. m. 393 hükmünün gerekçesinde açıkça belirtilmiştir (Dinç, 2011: s. 344). Ancak burada dikkati çeken nokta; farklı iki kanun hükmünün, aynı tanıma farklı terimler kullanarak ifade etmiş olmasıdır. Nitekim, TBK. m. 393'te "*hizmet sözleşmesi*" terimi kullanılırken, İş K. m. 8'de "*iş sözleşmesi*" terimi kullanılmış ve bu iki kanun arasındaki terim farklılığına son verilmemiştir⁷⁸ (Arslan Ertürk, 2011: s. 535). 4857 sayılı İş Kanununda "*iş sözleşmesi*" terimi kullanıldığı için biz de çalışmamızda "*iş sözleşmesi*" terimini kullanmayı uygun buluyoruz.

⁷⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu henüz tasarı halindeyken Ekmekçi tarafından, Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasındaki terim farklılığına son verilmesi gerektiği, bu nedenle "*hizmet sözleşmesi*" terimi yerine "*iş sözleşmesi*" teriminin kullanılmasının her iki kanun arasındaki terminolojik farklılığın önüne geçilmesi ve terim birliğinin sağlanması açısından daha uygun olacağı belirtilmiştir (Ekmekçi, 2005(a): s. 159); Ekmekçi, 2005(b): s. 3706; aynı eleştiriye dikkat çeken Yavuz, 2012: s. 574.

1.2. İş Sözleşmesinin Devri Kavramı

1.2.1. İş Sözleşmesinin Devri Kuramı

Yürürlük tarihi 07.02.2012 olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önde doktrinde ya da uygulamada, işçi nakli (Çankaya/Çil, 2011: s. 637; Alp, 2009: s. 302), işçinin transferi yani iş sözleşmesinde işveren tarafının değişmesi (Alp, 2007: s. 189; Alp, 2009: s. 302), iş ilişkisinin devri veya iş ilişkisinin bireysel devri (Akyığıt, 2001: s. 42) gibi kavramlar iş sözleşmesinin devri kavramını ifade etmek için kullanılmıştır.

İş hukukunda sözleşmenin devri kuramının uygulanması, esas itibariyle işyerlerinin veya işletmelerin ya da bunların bir bölümünün başka birine devri halinde, devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin akıbetinin ne olacağı sorusuna aranan cevaplar noktasında olmuştur. Bununla birlikte işyeri devrinden tamamen bağımsız olarak iş sözleşmelerinin devrinin mümkün olup olmayacağı da tartışılmaya başlanmıştır. İşyerinin başka bir işverene devredilmesiyle birlikte bu hukuki işleme bağlı ve yasal bir sonuç olarak gözükken sözleşme devirleriyle yani kanuni devirlerle, herhangi bir hukuki olguya bağlı olmaksızın tamamen taraf iradeleri ile gerçekleşen sözleşme devirlerini yani iradi devirleri birbirinden ayırmak gerekir (Arslanoğlu, 2008: s. 8; Özkaraca, 2008: s. 113; Arslanoğlu, 2006: s. 535; Sönmez Tatar, 2011: s. 55).

TBK m. 429'da yer alan düzenlemeye göre; *“Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır”*. Görüldüğü gibi maddenin ilk cümlesi ile iş sözleşmesinin devrinin işçinin rızası ile sürekli olarak başka bir işverene devredilebileceği belirtilmiş ve bu rızanın geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlanmış, ikinci cümlesi ile mevcut iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin yerine üçüncü bir kişinin bütün hak ve borçlarla birlikte iş sözleşmesinin tarafı haline geleceği ve böylece iş sözleşmesinin sona ermeyip devam edeceği ifade

edilmiş, üçüncü cümlesi ile de işçinin hizmet süresine bağlı haklarından devralan işverenin sorumlu olduğu belirtilmiş yani iş sözleşmesinin devrinin hukuki sonuçları düzenlenmiştir.

İş sözleşmesinin devri, iş hukukundaki üçlü ilişkilerden biridir. Üçlü iş ilişkilerinde, yeni bir iş sözleşmesine gerek olmaksızın, var olan iş sözleşmeleri sebebiyle doğan hak, borç ve yükümlülüklerin tamamının veya bir kısmının sözleşme dışı üçüncü bir şahsın hukuki alanına girmesinden kaynaklanan hukuki ilişkiler ortaya çıkmaktadır (Arslanoğlu, 2006: s. 534; Arslanoğlu, 2005: s. 49; Özkaraca, 2008: s. 80; Cengiz, 2014: s. 159). İş sözleşmesinin devri de, iş sözleşmesini devreden işveren ile devralan işveren ve sözleşmede kalan yani sözleşmenin değişmeyen tarafı olan işçi arasında yapılan ve işçinin devir sonrası devralan işverene hizmet vermesini öngören ve geçici iş ilişkisi kapsamında olmayan üçlü ilişkiyi ifade etmektedir (Çankaya/Çil, 2011: s. 640; Sönmez Tatar, 2011: s. 56; Cengiz, 2014: s. 112). İş sözleşmesinin kesin ve sürekli devrinde, sözleşmenin işveren tarafı değişmekte ve onun yerini yeni işveren almakta, önceki işveren ile olan iş ilişkisi sona ermekte ve sözleşmeyi devralan işveren tüm hak ve borçları üstlenmiş olarak sözleşmenin işveren tarafını oluşturmaktadır⁷⁹ (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1202, 1222-1223; Günay, 2007: s. 48; Günay, 2011: s. 116; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Akyiğit, 2001: s. 42-43; Şahlanan, 2011: s. 104; Alp, 2009: s. 303; Ekonomi, 2008: s. 237; Alpagut, 2011: s. 920; Alpagut, 2003: s. 130-131; Sönmez Tatar, 2011: s. 58, 60; Arslanoğlu, 2006: s. 539-540; Kocagil, 2011: s. 51; Koç, 2013: s. 181; Danar, 2007: s. 69, 71; Dulay, 2012: s. 62). Yani iş sözleşmesinin devri, sözleşmenin bir bütün (kül) halinde başka bir işveren tarafından üstlenilmesini ifade etmektedir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 383; Süzek, 2010: s. 23; Süzek, 2014: s. 331; Sümer, 2009: s. 71; Güzel, 1987: s. 266; Çankaya/Çil, 2011: s. 641 vd.; Özkaraca, 2008: s. 114; Alp, 2007: s. 190; Cengiz, 2014: s. 37; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 164; Özkaraca, 2014: s. 222; Yiğit, 2014: s. 54). Yargıtay kararlarında da iş sözleşmesinin devri bu şekilde tanımlanmıştır. Yargıtay kararına göre, *“Hizmet akdi devri, işçi, işveren ve hizmet akdini devralan işveren arasında gerçekleşen, işçinin bundan böyle devralan işverene hizmet vermesini*

⁷⁹ Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi 6. Dairesinin belirttiği üzere, devir, devreden ve devralanın, devreden sözleşmeden doğan haklarının devredileceği, bütün haklarının sona ereceği ve sözleşmenin tarafının değişeceği konusunda anlaşmasıdır (Moore, 2000: s. 43).

öngören ve geçici iş ilişkisi kapsamında olmayan üçlü ilişkiyi ifade eder... Devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında hizmet akdi devri konusunda iradelerinin birleşmesi şarttır...⁸⁰.

Sözleşmenin devrinde olduğu gibi iş sözleşmesinin taraf iradelerine bağlı olarak devrinde de cüz'i halefiyet söz konusu olmakta ve sadece işveren tarafında bir değişiklik meydana gelerek tarafların birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmenin devri gerçekleşmektedir (Ayrancı, 2003: s. 56-57; Arslanoğlu, 2006:, s. 543; Sönmez Tatar, 2011: s. 60, 62).

İş sözleşmesinin devrinde, önceki işveren ile olan iş ilişkisi sona erdiğinden yani önceki işveren sözleşmedeki taraf sıfatını kaybettiğinden ve yerine üçüncü bir kişi yani yeni işveren geçtiğinden bu durum sözleşmeye katılma ile karıştırılmamalıdır. Çünkü sözleşmeye katılmada, sözleşmenin mevcut taraflarından birinin yanına yeni bir kişi daha eklenmekte ve bu kişilerden her biri aynı sözleşmenin tarafları konumuna gelmektedir. Bu nedenle de sözleşmenin devri ile sözleşmeye katılma birbirinden farklı kurumlar olup birbirine karıştırılmaması gerekmektedir (Akyiğt, 2001: s. 42-43).

Devir işlemi bakımından, devredilecek sözleşmenin türünün bir önemi bulunmamaktadır. Yani hangi türde yapılmış olursa olsun bütün iş sözleşmelerinin devri mümkündür (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 387; Özkaraca, 2008: s. 120; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1221; Arslanoğlu, 2006: s. 540; Kocagil, 2011: s. 53; Yiğit, 2014: s. 70 vd.). İtalyan hukukuna göre, işveren, işçinin muvafakati ile sözleşmeyi devredebilmesine rağmen, işçi, işverenin muvafakati ile de sözleşmeyi devredemez (D'Isa, 2011: s. 9). Türk hukukunda da iş sözleşmesinin devri sadece işveren tarafından söz konusu olabilmektedir. Nitekim TBK. m. 429'da "*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir...*" denilerek bu husus açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte bir görüşe göre, hangi tür sözleşme olursa olsun işverenin kişiliğinin kurucu unsur olarak belirlenmiş olması halinde sözleşme iradi devre uygun olmayacaktır

⁸⁰ Yarg. 9.HD. 16.06.2008 T., 2007/41042 E., 2008/15622 K. (Çil, 2010: s. 182-184; Çankaya/Çil, 2011: s. 420-422, 674-676).

(Arslanoğlu, 2006: s. 540). “Borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşıması” başlığı altında bahsettiğimiz gibi, bir sözleşme kurulurken taraflardan birinin veya her ikisinin şahsı önemli ise “*intuitus personae*” (kişiliğin göz önünde tutuluşu) ilkesi söz konusu olur (Ayrancı, 2003: s. 96; Güzel, 1987: s. 284; ayrıca bkz. Aydın, 2005: s. 23). “*Intuitus personae*” ilkesi genelde güven unsurunun önemli olduğu sözleşmelerde görülür (Ayrancı, 2003: s. 96). Güven unsurunun önemli olduğu sözleşmelerden biri de iş sözleşmeleridir (Süzek, 2014: s. 227). İş sözleşmelerinde “*intuitus personae*” ilkesi, işverenin kişiliği bakımından değil, işçinin kişiliği bakımından söz konusu olur (Ayrancı, 2003: s. 96 dn. 53; İş sözleşmesinin “*intuitus personae*” niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, 1996: s.167-195; Güzel, 1987: s. 284 vd.; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 387; Arslanoğlu, 2006: s. 540). Bu nedenle bir başka görüşe göre, işveren yönünden iş sözleşmesi “*intuitus personae*” özelliği taşımadığından, işverene atfedilen bu konum anlaşma ile değiştirilebilecek ve üç tarafın devir konusunda iradelerinin birleşmesi durumunda sözleşmenin devri mümkün olacaktır. Bu görüşe göre, işverenin kişiliğinin sözleşmenin kurucu unsuru değil, esaslı unsuru olduğunu söylemek daha uygun olacaktır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 387). Sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme (yüklenme/devir sözleşmesi), hukuki niteliği itibariyle üç taraflı bir sözleşmedir Eren, 2014: s. 1256; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Tosun, 2012: s. 169, 171; Akyiğit, 2001: s. 44; Akyiğit, 2008: s. 344; Güzel, 1987: s. 269; Larenz, 1987: s. 618; von Tuhr/Escher, 1974: s. 343; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213, 1218; Süzek, 2014: s. 331-332; Ayrancı, 2003: s. 53; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 308; Çankaya/Çil, 2011, s. 641; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 378; Başbuğ, 2003: s. 11; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Danar, 2007: s. 71; Kocagil, 2011: s. 47-48; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: s. 10, 13, 23, 43, 114; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 165; Özkaraca, 2014: s. 222-223; Yiğit, 2014: s. 54-55). TBK. m. 205/f.1’de belirtildiği gibi, devir sözleşmesi, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılır. Dolayısıyla sözleşmede kalan tarafın rıza göstermesi halinde, şahsa bağlı bir sözleşme söz konusu olsa da sözleşmenin devri geçerli olacaktır. Yani iş sözleşmesi yapılırken işçi açısından işverenin şahsı dikkate alınmış olsa bile işçinin rıza göstermesi halinde iş sözleşmesinin devri mümkün olacak ve sözleşmenin işveren tarafı değişecektir. Burada önemli olan, TBK. m. 205/f.1’de belirtildiği gibi, taraf iradelerinin sözleşmenin devri konusunda birleşmesidir.

1.2.2. Holdinglerde ve Şirketler Topluluğunda İş Sözleşmesinin Devri

İş sözleşmesinin devri, özellikle holdingler⁸¹ ve şirketler topluluğu⁸² (uygulamadaki adıyla grup şirketler) arasında görülen ve işgücünün bir şirketten diğer şirkete geçişi şeklinde gerçekleşen ve bu sayede iş ilişkilerinin sürekliliğinin sağlanması ile iş hukukunun amacına uygun olarak işçiyi koruyan önemli bir uygulamadır (Alp, 2007: s. 189; Arslanoğlu, 2006: s. 535, 542; Çankaya/Çil, 2011: s.

⁸¹ “ *Holding* ” şirkete TTK. m. 519/f.4’te yer verilmiştir. Holding, bir anonim şirkettir ve gayesi başka şirketlere katılmaktan ibarettir. Bir başka ifadeyle, holding ilişkisi, faaliyet konusu itibariyle başka şirketlere katılmayı amaçlayan anonim şirket ve onun katıldığı şirketleri belirtmektedir (Bahtiyar, 2014: s. 69). Ya da diğer bir ifadeyle holding, üretim etkenlerinin bağımsız olarak bir araya getirildiği devamlı bir amaç olan katılma amacıyla ve diğer işletmelerin sevk ve idaresini ele geçirerek mal ve hizmet üretmek amacıyla kurulmuş olan iktisadi kuruluş olarak da tanımlanabilir (Köseoğlu, 2006: s. 46; Tulukcu, 2010: s. 138). Bir anonim ortaklığın (ana, çatı veya holding şirket), bir veya birden çok ortaklığın (yavru şirket) paylarına sahip olması ve/veya yönetimine hakim olması durumunda bu şirketlerin, holding ilişkisi içerisinde olduğu belirtilmektedir (Bahtiyar, 2014: s. 109). Holding, tek bir anonim şirket de olabilir yani ikinci bir anonim şirkete katılmak zorunda değildir. Bir diğer ifadeyle holding, bir anonim (çatı) ortaklık türü olarak karşımıza çıkmakta ve holdingin, başından itibaren yavru ortaklıkları bulunmayan tek bir anonim şirket olarak kurulması dahi hukuken mümkün bulunmaktadır (Bahtiyar, 2014: s. 110). Sonuç olarak holding bir işletmedir (Köseoğlu, 2006: s. 46; Tulukcu, 2010: s. 138). İş Hukukunda “ *holding* ” kavramına ilk kez 4857 sayılı İş Kanununun “ *Geçici İş İlişkisi* ” kenar başlıklı 7. maddesinde yer verilmiştir.

⁸² TTK. m. 195/f.4’e göre, “ *Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır* ”. Ayrıca TTK. m. 195/f.1’e göre, “ *a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;*

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır ”. Bu durumda, TTK. m. 195’te sayılan koşulların varlığı halinde ortada şirketler topluluğu var demektir. Şirketler topluluğunda, TTK. m. 195/f.1’de yer alan “ *Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin ...* ” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, en az iki ticaret şirketi gerekir. Şirketler topluluğunda, birden çok ticaret şirketi vardır ve bu şirketler hukuken birbirinden bağımsız olup, hakim şirket ile ona doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı bulunan en az bir yavru şirketten oluşmaktadır (TTK. m. 195/f.4) (Bahtiyar, 2014: s. 68-69). Bu açıdan holding ile şirketler topluluğu birbirinden farklıdır. Holding, sadece anonim şirket olabilir ve tek bir anonim şirketten ibaret de olabilir; şirketler topluluğunda ise ticaret şirketlerinin olması gerekir, yani şirketler topluluğu için topluluğa dahil en az iki ticaret şirketinin varlığı şarttır, fakat şirketlerin, özellikle ana şirketin anonim şirket türünde olması zorunlu değildir (Bahtiyar, 2014: s. 110). Şirketler topluluğu, tüm ticaret şirketi türleri için gündeme gelebilecek biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Uygulamada, şirketler topluluğunun daha çok sermaye şirketleri, özellikle anonim ve limited şirketleri için gündeme geleceği söylenilmektedir (Bahtiyar, 2014: s. 69). Şirketler topluluğu da holding gibi bir işletmedir (Tulukcu, 2010: s. 138). Holding kavramında olduğu gibi “ *şirketler topluluğu* ” kavramına da ilk kez 4857 sayılı İş Kanununun “ *Geçici İş İlişkisi* ” kenar başlıklı 7. maddesinde yer verilmiştir. Şirketler topluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Okutan, 2011, s. 90-103, https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/DERGI_79.pdf, erişim tarihi: 09.02.2013.

638; Mollamahmutoglu vd., 2014: s. 387; Sümer, 2009: s. 71; Özkaraca, 2008: s. 116; Akyiğit, 2001: s. 44; Şahlanan, 2001: s. 22; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1202 vd.; Alpogut, 2011: s. 921; Günay, 2011: s. 115; Sönmez Tatar, 2011: s. 56; Danar, 2007: s. 69; Kocagil, 2011: s. 51; Yiğit, 2014: s. 81). Bununla birlikte bir işçinin holding veya şirketler topluluğundaki işyerlerinden birinde işe alınıp, iş sözleşmesinin devri ile diğer şirketlerde de çalıştırılması durumunda, bunların gerçek bir iş sözleşmesi devri niteliğinde olup olmadığı yani işçinin işyerinin değişip değişmediğinin de araştırılması gerekmektedir. İşçinin görünürdeki devir sözleşmesine rağmen aynı işi holding veya şirketler topluluğuna bağlı tüm şirketler için ifa ettiği anlaşılıyor ise, bu durumda somut olayın özelliklerine göre ya birlikte istihdam⁸³ söz konusudur ya da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi⁸⁴

⁸³ Birlikte istihdam ilişkisinin kurulabilmesi için işçinin aynı iş sözleşmesi ile birden fazla işverene karşı aynı zamanda ve aynı nitelikte bir iş için iş görme borcunu yüklenmesi gerekir. Birlikte istihdamda işveren grubunu oluşturanlar, işçi karşısında bir bütün olarak tek bir işveren durumundadır ve ortada tek bir iş ilişkisi bulunmaktadır. Birlikte istihdamda işverenlerin her biri, işverenin kanundan ve sözleşmeden doğan hak ve borçlarına sahiptir. İşverenler işçiye karşı müteselsil sorumlu olduğundan işçi ücret ve diğer haklarının tümünü her işverenden talep edebilir (Süzek, 2014: s. 137-138; Koç, 2013: 178 vd.); İşçinin aynı anda şirketler topluluğuna bağlı birden çok şirket için çalışması ve bu çalışmaların kısmi süreli iş ilişkisi şeklinde ayrıştırılmaması halinde, birlikte istihdam ilişkisinin varlığından söz edilecektir. Ana (hakim) şirketin bir işçiyi istihdam etmesi ve bağlı (yavru) şirketlerin de o işçiden yararlanması ya da işçinin ana şirket tarafından işe alınıp bağlı şirketlerden bir ya da birkaçı için çalıştırılması hallerinde de, birlikte istihdam ilişkisi kurulmuş olacaktır (Koç, 2013: s. 182); Yarg. 9. HD. 02.11.2009 T., 2009/1917 E., 2009/29704 K. sayılı kararında da birlikte istihdamdan söz edilmiştir. Bu karara göre, “Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Bunun dışında aynı gruba bağlı şirketlerin ana şirket (Holding) etrafında birleştikleri, aynı gruba bağlı ana şirket dışında, ana şirketin asıl faaliyet alanına dahil asıl veya yardımcı işler dahil, değişik faaliyet alanlarında birden fazla şirket kurulduğu, özellikle ana şirket personel yönetmeliğinin tüm şirketlere uygulandığı, şirketler arasında bu yönetmelik kapsamında işçi nakilleri gerçekleştiği de bilinmektedir” (Karar incelemesi için bkz. Tulucucu, 2010: s. 129 vd.); birlikte istihdamdan söz edilen diğer kararlar için bkz. Yarg. 9. HD. 31.05.2010 T., 2010/15868 E., 2010/14286 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 655-657); Yarg. 9. HD. 16.12.2008 T., 2007/26179 E., 2008/33761 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 665-666); Yarg. 9. HD. 24.03.2008 T., 2007/27699 E., 2008/6006 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 676-678); Yarg. 9. HD. 12.02.2008 T., 2007/33247 E., 2008/114 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 679-680).

⁸⁴ Uygulamada bazı durumlarda bir holding veya şirketler topluluğunda iş hukukundan doğan yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla işçilerin görünüşte paravan bir şirketin işçisi olarak gösterildiği görülmektedir. Tüzel kişilik kurumunun (şirket kurma hakkının) hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı biçimde kullanılması halinde tüzel kişilik perdesi kaldırılır (Süzek, 2014: s. 138). Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi aracılığıyla birbirinden farklı tüzel kişiliğe sahip şirketlerin meydana getirdiği topluluk tek bir iktisadi işletme olarak değerlendirilir ve bu şirketler aynı hukuki sorumluluğa tabi tutulur (Çifter, 2011, s. 23). Bu durumda işçi haklarında görünüşte kurulan şirket değil onun arkasına gizlenen şirket yani gerçek işveren birlikte sorumlu tutulur. Yani paravan-yavru şirketin, hukuken bağımsız ve ayrı bir tüzel kişi olduğunun ileri sürülmesinin TMK. m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturması halinde, tüzel kişilik perdesi kaldırılarak paravan şirket değil, karar merkezi durumunda olan ana (hakim) şirket (gerçek işveren) işçilik haklarından sorumlu tutulacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1207; Süzek, 2014: s. 138; Aydınli,

aracılığıyla, holding veya ana şirketin gerçek işveren sıfatına sahip olduğu düşünülebilir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 386.). Örneğin işçi şirketler topluluğuna bağlı üç şirkette ayrı ayrı üçer saat çalışmak yerine aynı anda her üç şirkete de hizmet veriyorsa (yemek, temizlik gibi) bu durumda birlikte istihdam söz konusudur. Holding her ne kadar personel organizasyonu, insan kaynakları vb. konularda bir bütünlük gösterse de, holdinge veya şirketler topluluğuna bağlı her şirket - birbirinden bağımsız olduğu ve ayrı tüzel kişiliğe ve hukuki varlığa sahip şirketler olduğu için - ayrı birer işveren niteliği taşır. Bu nedenle holdinge veya şirketler topluluğuna bağlı şirketlerde çalışan işçilerin işvereni holding veya şirketler topluluğu değil iş sözleşmesinin tarafı olan şirkettir (Süzek, 2014: s. 136). İş ilişkisinin devrinden söz edebilmek için, önceki işveren ile yeni işveren olarak adlandırılan şirketlerin (tüzel kişilerin) birbirinden bağımsız işveren olmaları gerekmektedir. Eğer, genellikle şirketler topluluğunda görüldüğü gibi, tüzel kişiler sadece görüntüde kalıyorlarsa ve gerçekte tek bir işveren ve ona ait işyeri veya işyerleri var ise, bu durumda sözleşmenin devrinden ve işveren değişikliğinden söz etmek mümkün olamayacaktır. Görünüşte farklı tüzel kişiliğe sahip işverenlerin gerçekte aynı işveren oldukları, TMK. m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı gereği tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi yoluyla saptanır (Akyiğit, 2001: s. 46). İşçinin birden çok şirketin talimat ve emirlerine bağlı olarak çalışacak şekilde iş ilişkileri kurmuş olması halinde ise her şirket ile ayrı iş sözleşmesinin yapıldığı ve yapılan bu kısmi süreli sözleşmelerde şirketlerin hepsinin işveren niteliğinin bulunduğu kabul edilmektedir. İlişki kurulan şirketlerin tümünün bir şirketler topluluğu veya holdinge bağlı olması da durumu değiştirmemektedir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1204). Bu nedenle işçinin şirketler topluluğuna bağlı birden çok şirkette belli zaman dilimlerinde çalışması halinde, kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalıştığından söz edilebilir (Koç, 2013: s. 181).

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, aynı holdinge bağlı şirketler arasında gerçekleşen nakiller yani devir işlemleri, gerçek anlamda bir iş sözleşmesinin iradi devri olmadığından TBK. m. 429 kapsamında değerlendirilemeyecek olup, ancak

2012: s. 151 vd.; Yiğit, 2014: s. 82); Yargıtay’ın tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili kararları için bkz. Yarg. 9. HD. 25.01.2010 T., 2009/3210 E., 2010/1177 K. (Çifter’in Karar İncelemesi, 2011: s. 19-24); Yarg. 9. HD. 25.09.2008 T., 2008/1874 E., 2008/25044 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2009/1, S. 20, s. 234-236); Yarg. 9. HD. 04.07.2008 T., 2008/12824 E., 2008/18884 K. (Çil, 2010: s. 917-920).

4857 sayılı İş K. m. 22 kapsamında değerlendirilebilecek bir husustur (Cengiz, 2014: s. 63, 66, 106). Yani işçinin aynı şirket topluluğuna bağlı bir şirketten diğerine geçerek fasılasız veya çok kısa bir ara ile çalışmasını sürdürmesi İş K. m. 22 uyarınca kural olarak iş sözleşmesinde değişiklik olarak kabul edilmelidir (Cengiz, 2014: s. 106). Bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce, aynı holding bünyesi içerisinde işçinin yazılı rızası alınarak gerçekleşen nakiller, kural olarak iş sözleşmesinin iradi devri olarak nitelendirilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, uygulamada iş sözleşmesinin devri özellikle holding ve şirketler topluluğu arasında görülen ve iş ilişkilerinin sürekliliğini sağlayan bir uygulamadır. Holdinge veya şirketler topluluğuna bağlı her şirket - birbirinden bağımsız olduğu ve ayrı tüzel kişiliğe ve hukuki varlığa sahip şirketler olduğu için - ayrı birer işveren niteliği taşır. Bu nedenle holdinge veya şirketler topluluğuna bağlı şirketlerde çalışan işçilerin işvereni holding veya şirketler topluluğu değil iş sözleşmesinin tarafı olan şirkettir (Süzek, 2014: s. 136). İş K. m. 22 hükmünün kapsamı, işveren ile işçi arasında devam eden iş ilişkisi içinde sözleşme koşullarında değişiklik yapılmasına ilişkindir. Holdinge veya şirketler topluluğuna bağlı her şirket, ayrı birer işveren niteliği taşıdığı için, aynı holding bünyesi içerisinde gerçekleşen nakillerde farklı işverenler söz konusu olmaktadır. İşçinin yazılı rızası alınarak aynı holding bünyesi içerisinde gerçekleşen nakillerde işçinin, devreden işveren ile arasında bir iş ilişkisi kalmamakta, sözleşme tüm hak ve borçlarla birlikte bir başka işverene devredilmektedir. Bu nedenle İş K. m. 22 kapsamına girecek şekilde devreden işveren ile işçi arasında devam eden bir iş ilişkisi kalmayacağından, aynı holding bünyesi içerisinde işçinin yazılı rızası alınarak gerçekleşen nakiller, kural olarak işçinin iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilmelidir. Bu açıklamalar neticesinde, yukarıda belirtilen aynı holding bünyesi içerisinde gerçekleşen nakillerin İş K. m. 22 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşüne katılmıyoruz.

Çözüme kavuşturulması gereken soru; işçinin şirketler topluluğunda yer alan bir bağlı şirkette çalışırken, çalıştığı bağlı şirket tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi veya işçiden bir dilekçe ya da fesih belgesi alınarak, aynı veya yakın bir tarihte başka bir bağlı şirket ile yeni bir iş sözleşmesi yapması halinde hizmet

süresinin bir bütün olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir⁸⁵. Yani böyle bir durumda, işçinin iş sözleşmesinin devrinin söz konusu olup olmadığı tespit edilerek, önceki işveren yanında geçirdiği sürenin dikkate alınıp alınmayacağı konusunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu durumlarda işçinin iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmediği sonucuna varılırsa; işçinin iş ilişkisinin sürekliliğinden doğan kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hakkı gibi kıdeme bağlı haklarında kayıp olacaktır. İş sözleşmesi sona erdiğinde işçinin sadece son işverende geçen hizmet süresi dikkate alınırsa, kıdem ve ihbar tazminatı için hesaba katılacak süre kısalmış olacak ve önceki işverenlerde geçen sürenin son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesabına katılması önlenmiş olacaktır. Ayrıca iş sözleşmesinin devrinde işçinin geçmiş hizmet süresi dikkate alınarak hesaplanan yıllık ücretli izin hakkı da, farklı bir işveren ile kurulan yeni bir iş sözleşmesi söz konusu olduğundan, sıfırdan başlayacaktır (Alp, 2007: s. 204; Alp, 2009: s. 318). Bunların dışında işçi, sözleşme veya işyeri uygulaması gereği belirli bir sözleşme kıdemine bağlı olarak hak kazanacağı prim veya ikramiyelere de hak kazanamayacaktır (Alp, 2007: s. 205).

Şirketler topluluğunda, işçinin bir şirketteki sözleşmesinin feshedilmesi ve yeni bir iş sözleşmesi kurularak aralıksız şekilde diğer bağlı şirkette çalışmaya devam etmesi çoğunlukla planlı bir işlemdir. Bu nedenle kural olarak işçinin başka bir işverene geçişinde işverenlerin işbirliği ve koordinasyon içinde hareket ettikleri anlaşılabilirse, gerçek işlem sözleşme devridir (Alp, 2007: s. 205; Alp, 2009: s. 318-320). Böyle bir durumda gerçekte yapılan işlem, iş ilişkisinin aralıksız olarak, sadece iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin değiştirilerek devam ettirilmesidir. Eğer bu işleme iş sözleşmesinin devri sonucu bağlanmaz ise yeni işveren, işçinin önceki işveren yanında geçirdiği sürelerden sorumlu olmayacağından, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin gibi kıdeme bağlı tüm haklarda yükümlülüğü sınırlandırılmış olacaktır. Yeni işverenin işçiye ihtiyaç duyduğu gün eski işverenin sözleşmeyi sonlandırdığını kabul etmek normal hayat şartlarına uygun olmayacağından, işçinin aynı şirketler topluluğuna bağlı bir şirketten diğer bir şirkete geçerek aralıksız veya çok kısa bir ara ile çalışmasını sürdürmesi iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilmelidir. Böyle bir durumda da yeni işveren işçinin tüm kıdem süresine göre hesaplanacak kıdem tazminatından sorumlu olacak ve geçiş sırasında ilk işveren

⁸⁵ Konuyla ilgili Yargıtay kararları için bkz. Alp, 2007: s. 203-204; Alp, 2009: s. 317-319.

tarafından yapılan ödeme avans kabul edilerek toplamdan düşülecektir. Ayrıca işçinin iş güvencesi ve yıllık ücretli izin hakkına esas teşkil eden hizmet süresi yeniden başlamayacak ve şirketler topluluğundaki toplam hizmet süresi bir bütün olarak değerlendirilecektir (Alp, 2007: s. 206; Alp, 2009: s. 320).

Diğer yandan, bir şirketler topluluğunda bunlardan birinin iş sözleşmesinin feshettiği işçiyi, durumu öğrenen diğer bağlı şirket (yavru şirket) aynı gün veya kısa bir süre sonra istihdam etmek isteyebilir. Ancak işçiyi işe alarak çalıştıracak ikinci şirket, işçinin önceki şirkette geçirdiği hizmet süresine yani kıdem tazminatı ile diğer kıdeme bağlı haklarına ilişkin haklarında sorumluluk üstlenmeyi istemeyebilir. Bu durumda çok iyi bir değerlendirme yapılarak karar verilmelidir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1211).

İşçinin şirketler topluluğundaki bir işyerinden aynı şirketler topluluğundaki başka bir işyerine geçmesinin, iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda, her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmeli ve bu şekilde bir sonuca varılmalıdır. İşçinin kendi isteği ile başka şirketler topluluğundaki işe başvurarak kabul edilmesi üzerine işten ayrılması halinde veya işçinin haklı nedenle işten çıkartılması ancak başka şirketler topluluğundaki işyerinden teklif alması ve işe başlaması halinde iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmediği çok açıktır (Alp, 2007: s. 206; Alp, 2009: s. 320-321). Bu ihtimaller dışında iş sözleşmesi feshedilip işçinin ertesi gün diğer bağlı şirkette işe başlamasına şüphe ile yaklaşılmalı ve kural olarak, şirketler topluluğu arasında işçi devrinin olduğu her durumda bunun bir sözleşme devri olmadığı işveren tarafından kanıtlanmalıdır (Alp, 2007: s. 206-207).

Gerçekten de, işçinin şirketler topluluğundaki bir işyerinde çalışırken iş sözleşmesinin feshedilerek şirketler topluluğundaki başka bir işyerinde çalışmaya başlamasının, iş sözleşmesinin devri kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği; işverenler arasında sırf işçinin kıdemine bağlı haklarından kurtulmak amacıyla yapılıp yapılmadığı ve işverenler arasında böyle bir anlaşma ya da işbirliği olup olmadığı yani işverenlerin işçinin kıdemine bağlı haklarında sınırlama yapmak amacıyla bu yola başvurup başvurmadığı çok iyi araştırılmalıdır.

Bunların tespiti zor da olsa işverenlerin kötü niyetinin olup olmadığı konusunda bu şekilde bir sonucu varılmalıdır.

Yargıtay isabetli olarak, iş sözleşmesinin devri ispatlanamadığında farklı şirketlerde geçen hizmetlerin birbirinden bağımsız olduğuna karar vermiştir. Bu karara göre, “Somut olayda davalı şirketler arasında işyeri devri olduğuna dair kanıt mevcut değildir. Hizmet akdinin devri de kanıtlanamamıştır. Somut olayda önceki şirkette hizmet akdi tazminat ödenerek feshedilen davacının şirket bünyesindeki diğer bir şirkette yeni bir hizmet akdiyle çalışmaya başladığı kabul edilmelidir. Böyle olunca her şirket kendi dönemindeki çalışmalar nedeniyle hak kazanılan işçilik alacaklarından sorumludur.”⁸⁶.

Yargıtay konuya ilişkin bir başka kararında, özel kesimde faaliyet gösteren bir holdinge bağlı şirketlerde işçinin bir şirketten diğerine geçirilmesi dolayısıyla işveren tarafından yapılan feshi şekli bir işlem görerek asıl iradenin ve yapılan uygulamanın bir işveren değişikliği olduğunu kabul ederek sonuca varmıştır⁸⁷. *EKONOMİ/EYRENCİ* söz konusu karara ilişkin yaptığı değerlendirmede; her iki şirketin, işçinin birinden diğerine geçirilmesinde hem de yeni şirkette üstleneceği göreve kadar anlaşmış olduklarını göstermekte, işçinin de diğer şirkette hiç ara

⁸⁶ Yarg. 9. HD. 22.05.2006 T., 2005/34561 E., 2006/15018 K. gereğince, “Davacı üç davalı şirkette geçen hizmet sürelerinin birleştirilerek tüm süre üzerinden kıdem tazminatının alacağı hesaplanması gerektiğini daha önceki şirketlerden ödenen kıdem tazminatının avans olarak ödendiğini iddia ederek kıdem tazminatı isteminde bulunmuştur. Mahkemece davalı şirketlerin aynı holding bünyesi içinde bulunduğunu kabul ederek istek doğrultusunda hüküm kurulmuştur.

Davalı üç şirket sermaye şirkettir. Ayrı hükmü şahsiyetleri ve işyerleri mevcuttur. Davalı şirketlerin aynı şirket bünyesinde faaliyet göstermeleri hizmet birleştirilmesi için “kıdem tazminatına esas” yeterli değildir. Şirketler arasında işyeri devri mevcutsa devir fesih için haklı bir neden olamayacağından işverenin feshinin kötüniyete dayandığı başka bir anlatımla ileride daha fazla kıdem tazminatı ödemek için gerçek fesih olmadığı halde fesih gibi gösterilip kıdem tazminatı ödendiği kabul edilebilir. Ancak somut olayda davalı şirketler arasında işyeri devri olduğuna dair kanıt mevcut değildir. Hizmet akdinin devri de kanıtlanamamıştır. Somut olayda önceki şirkette hizmet akdi tazminat ödenerek feshedilen davacının şirket bünyesindeki diğer bir şirkette yeni bir hizmet akdiyle çalışmaya başladığı kabul edilmelidir. Böyle olunca her şirket kendi dönemindeki çalışmalar nedeniyle hak kazanılan işçilik alacaklarından sorumludur. Yukarıda açıklandığı gibi farklı hükmü şahsiyetleri ve farklı işyerleri bulunan şirketlerin aynı holding bünyesinde bulunmaları tüm şirketlerdeki hizmet sürelerinin birleştirilmesi için yasal bir neden sayılmaz. Ancak işyerlerinin aynı olması şirketler arası işyeri devri veya hizmet akdi devri bulunması ve işverenlerin ileride daha fazla kıdem tazminatı ödememek için gerçek bir hizmet akdi feshi olmadığı halde kıdem tazminatı adı altında avans niteliğinde ödeme yapmaları halinde kıdem tazminatının esas sürenin hesaplanmasını da tüm şirketlerde geçen sürenin esas alınması mümkündür. Somut olayda işyeri ve hizmet akdi devri kanıtlanamadığından davacının fark kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Çankaya/Çil, 2011: s. 686).

⁸⁷ Yarg. 9. HD. 25.06.1998 T., 1998/8858 E., 1998/10927 K. (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1209).

vermeden başlamış olması, iş sözleşmesinde işveren tarafının değişikliğe muvafakat ettiğini ortaya koyduğunu belirtmiştir. Ayrıca işçiye, sözleşmesinin feshedildiği bildirilip, ihbar süresine ait ücretin ödenmemiş olması da, yapılan işlemde gerçek bir fesihle sözleşmeyi sona erdirip yeni bir sözleşme kurmadan çok, mevcut sözleşmenin devri yolunda iradelerin oluştuğunu gösteren başka bir gerekçe olduğunu belirtmiştir. Bu açıdan Yargıtay'ın feshin varlığını kabul etmeksizin daha öce kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemeyi, bu hususta bir avans olarak görmesini vardığı sonuç itibarıyla uygun bulmuştur (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1210).

2. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ İLE BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

İş hukukundaki üçlü ilişkilerden biri olan iş sözleşmesinin devri kurumu, iş hukukuna ait bazı kurumlar ile benzerlik göstermekte ve özellikle üçlü ilişkiler olarak adlandırılan diğer kurumlar ile bazı durumlarda karıştırılabilmektedir. İş hukukunda üçlü ilişkiler olarak adlandırılan kurumların (asıl işveren-alt işveren ilişkisi, işyeri devri, geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin devri) birbirlerinden ayrılması bazen oldukça zor olabilmekte ise de üçlü ilişkilere bağlanan hukuki sonuçların birbirinden farklı olması, bu ilişkilerin birbirlerinden kesin ve dikkatli bir biçimde ayrılmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle birden fazla işveren yanında çalışmanın söz konusu olduğu durumlarda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti oldukça önemlidir. Birden fazla işveren yanında çalışma halinde hukuki ilişkinin titizlikle incelenerek sonuca gidilmesi gerektiği Yargı kararlarında da belirtilmiştir⁸⁸. Aşağıda iş sözleşmesinin devri kurumu ile benzerliği olan iş hukukuna ait kurumlar arasında

⁸⁸ Yarg. 9. HD. 11.10.2005 T., 2005/11079 E., 2005/33074 K.; Yarg. 9. HD. 07.11.2005 T., 2005/31663 E., 2005/35078 K.; Yarg. 9. HD. 29.11.2005 T., 2005/27061 E., 2005/37489 K. (Ali Güzel, 2007: s. 42-43); Yarg. 9. HD. 28.06.2005 T., 2004/28422 E., 2005/22944 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 450-451, 604); Yarg. 9. HD. 17.06.2008 T., 2007/22685 E., 2008/16375 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 673-674); Yarg. 9. HD. 20.12.2005 T., 2005/29192 E., 2005/40139 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 687-688); Yarg. 9. HD. 18.10.2005 T., 2005/14250 E., 2005/33839 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 691); Yarg. 9. HD. 11.10.2005 T., 2005/11663 E., 2005/33066 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 691-692); Yarg. 9. HD. 11.10.2005 T., 2005/11077 E., 2005/33072 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 447, 692); Yarg. 9. HD. 04.10.2005 T., 2005/9766 E., 2005/32320 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 694); Yarg. 9. HD. 13.09.2005 T., 2005/4652 E., 2005/29672 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 603-604, 696-697); Yarg. 9. HD. 21.04.2005 T., 2004/24623 E., 2005/14016 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 605, 698); Yarg. 9. HD. 15.09.2005 T., 2005/28475 E., 2005/30013 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 695-696; Danar, 2007: s. 68); Yarg. 9. HD. 06.11.2006 T., 2006/20150 E., 2006/29336 K. (Akyiğit, 2008: s. 362-363).

karşılaştırma yapılmış ve bu kurumlar arasındaki benzer ve farklı yönler ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

2.1. İş Görme Borcunun Devri

2.1.1. İş Görme Borcunun Devri Kavramı

İş görme borcunun devri, işçi tarafından iş görme ediminin üçüncü bir kişiye devredilmesi şeklinde tanımlanabilir.

“*İşçinin Borçları*” başlıklı TBK. m. 395’te “*Bizzat Çalışma Borcu*” düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür*”. Bu hükümde sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçinin yapmakla yükümlü olduğu işi bizzat yapmaya mecbur olduğu yani iş görme borcunu üçüncü bir kişiye devredemeyeceği belirtilmiştir. İşçinin, aksi kararlaştırılmadığı takdirde, bizzat iş görme borcunun nedeni, iş sözleşmesinin kişisellik özelliğinden kaynaklanmaktadır (Süzek, 2014: s. 329; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Cengiz, 2014: s. 91). İş sözleşmesinin kişisellik özelliği, işverenin iş sözleşmesini yaparken, işçinin yeteneklerini, objektif özelliklerini (mesleki bilgisi, tecrübesi gibi) ve subjektif özelliklerini (davranışları, hareketleri, ahlak ve adabı gibi) dikkate almasıdır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 401; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1217). TBK. m. 395’te “*Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça ...*” denildiği için, bu hüküm emredici nitelikte değildir. Bu nedenle işçi ve işveren, açık veya örtülü biçimde anlaşarak iş görme ediminin işçi yerine bir üçüncü kişi tarafından yerine getirileceğini kararlaştırabilirler ya da bu husus durumun gereğinden anlaşılabilir (Süzek, 2014: s. 329-330; Yiğit, 2014: s. 85). İş ediminin kişisel olmadığı, hizmetin niteliğinin kişisel nitelikte olmadığı anlaşılıyorsa, bu durumda hizmet edimi üçüncü kişi vasıtasıyla da yerine getirilebilir⁸⁹ (Früh, 1945: s. 140).

⁸⁹ Fakat bu işverenin rızası olmaksızın borçların devredildiği anlamına gelmez (Früh, 1945: s. 140 dn 19).

İşçi ile işveren, iş görme ediminin üçüncü bir kişi tarafından geçici bir süre için yerine getirileceği konusunda anlaşabilecekleri gibi sürekli bir biçimde yerine getirileceği konusunda da anlaşabilirler. İş görme ediminin geçici olarak devredilmesi halinde iş sözleşmesi sona ermemektedir. İş görme ediminin üçüncü bir kişiye sürekli bir biçimde devredilmesi halinde ise işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin sona ermiş olduğu ve işveren ile üçüncü kişi (iş görme borcunu devralan kişi) arasında yeni bir iş sözleşmesinin yapılmış olduğu kabul edilmektedir (Süzek, 2014: s. 330; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Özkara, 2008: s. 121; Arslanoğlu, 2006: s. 540; Arslanoğlu, 2008: s. 29; Cengiz, 2014: s. 91-92; Yiğit, 2014: s.85-86). İşçinin yükümlülükleri hizmet süresi boyunca devredilmiş üçüncü bir kişinin, işçinin yerine hizmet görmesi sözleşmenin örtülü (zımnî) olarak devredildiği anlamına gelmez (Früh, 1945: s. 140). İşçinin değişmesi, sözleşme içeriğinin değişmesine yol açacağından, işçinin taahhüt ettiği işi bizzat yapmakla yükümlü olduğu kuralının aksi kararlaştırılmış olsa veya böyle bir durum hal icabından anlaşılabilirse bile, işçinin işin görülmesini sürekli olarak bir başkasına devretmesi halinde, bu iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilmeyecektir (Cengiz, 2014: s. 91).

İş görme borcunun üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesi uygulamada en çok kapıcılık hizmetinde görülmektedir (Başbuğ, 2003: s. 6). Yargıtay, kapıcılık hizmetinde çalıştırılmak üzere işe alınan kocanın daha sonra diğer bir işte tam gün çalışmaya başlaması ve kapıcılık işlerinin karısı tarafından üstlenilmesi halinde, iş görme borcunun (örtülü biçimde) başkasına devredilmiş olduğunu, işverenin kocayla olan iş ilişkisinin sona erdiğini, karısı ile yeni bir iş sözleşmesinin meydana getirildiğini isabetli olarak kabul etmiştir⁹⁰. Bu durum sözleşmenin devri olarak değerlendirilmemektedir.

Kapıcının iş görme borcunun çoğunlukla eşi tarafından yerine getirilmesi yani eşin kapıcılık hizmetlerini tümüyle üstlenmeksizin sadece bazı işleri üstlenmesi durumunda ise eş, iş sözleşmesinin tarafı durumuna gelmemekte, ifa yardımcısı olarak üçüncü kişi sıfatıyla borç ilişkisine dahil olmaktadır (Başbuğ, 2003: s. 6). Nitekim Yargıtay bir kararında, kapıcılık hizmetlerini tümüyle üstlenmeksizin

⁹⁰ Yarg. 9. HD. 3.4.1984 T., 1984/3449 E., ve 1984/3660 K. (Süzek, 2014: s. 330; Başbuğ, 2003: s. 6, 13); aynı yönde Yarg. 9. HD. 27.10.2004 T., 2004/7563 E., 2004/24440 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 710).

kocasının yükümlülüğündeki bazı işleri yürüten eşin iş sözleşmesinin tarafı haline gelmediğini, yaptığı işin “eşe yardım” (ifa yardımcısı) niteliğini taşıdığını belirtmiştir⁹¹. Yargıtay konuyla ilgili bir başka kararında, doğalgaz ile ısınma sisteminin kurulu olduğu bir apartmanda kapıcının eşinin yaptığı hizmetlerin eşine yardım sınırları içinde kaldığını ve kapıcının eşi ile apartman yönetimi arasında bir iş ilişkisinin kurulmadığını belirtmiştir⁹². Yargıtay konuyla ilgili bir başka kararında da, apartman yönetimi ile aralarında iş sözleşmesi imzalanmış olan kapıcının fiilen başka bir işyerinde çalışmasının kapıcılık hizmetlerini yerine getirmesine engel olmadığı, kapıcının eşinin çalışmalarının kapıcıya yardım niteliğinde kaldığı ve bu kişi ile apartman yönetimi arasında iş ilişkisi kurulmadığı sonucuna varmıştır⁹³. Bir görüşe göre, iş görme ediminin birden fazla kişi tarafından yerine getirildiği bu tür ilişkilerde her bir çalışan ile ayrı ayrı iş ilişkisi kurulmuş sayılmalı ya da çalışmaların kısmi çalışma olarak değerlendirilmesi yoluna gidilebilir (Çankaya/Çil, 2011: s. 710).

Alman hukukunda, Alman Medeni Kanunu (§ 613 BGB) hükmüne göre, *“Hizmet vermekle yükümlü olan taraf, şüphe halinde, hizmeti bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Hizmeti talep hakkı, şüphenin varlığı halinde devredilemez”*. Madde, önceden bir anlaşma yapılmamışsa, ne hizmeti ifa ile yükümlü olan tarafın ne de hizmet alacaklının hizmet görevini başka bir kişiye sözleşme tarafı olarak bırakamayacağı kuralını içermektedir. Bunun sonucu olarak hükmün ilk cümlesi, şüphe halinde hizmetin bizzat ifa edilecek nitelikte olduğunu belirtmektedir (Fuchs, § 613, N. 1). İlk cümledeki “şüphe halinde” ibaresi, istisnai hallerde durumun aksinin mümkün olduğu anlamını taşır (Fuchs, § 613, N. 3). Bu hüküm emredici değil, ihtiyari bir hükümdür. Söz konusu ihtiyarilik, açık veya zımni şekilde kararlaştırılabilir (Müller-Glöge, § 613, N. 2; Fuchs, § 613, N. 3); sözleşmenin kendisinden veya koşullardan doğabilir (Müller-Glöge, § 613, N. 2). Alman Hukukunda da, iş görme edimini talep hakkının şüphe halinde (açıklık bulunmadığı takdirde) devredilebilir olmadığına ilişkin § 613 BGB hükmüne dayanılarak iş ilişkisinin devredilebileceği kabul edilmekte ve devrin eski ve yeni işverenler ile

⁹¹ Yarg. 9. HD. 20.03.1986 T., 1986/3177 E., 1986/1535 K.; Yarg. 9. HD. 13.01.1992 T., 1992/11763 E., 1992/24 K.; Yarg. 21. HD. 14.07.2005 T., 2005/1799 E., 2005/7500 K. (Süzek, 2014: s. 330); Yarg. 9. HD. 30.01.2012 T., 2009/37836 E., 2012/2317 K. gereğince de, *“Kapıcının eşinin apartman sakinlerine hizmetler, iş sözleşmesi ile çalışan kapıcıya yardım niteliğindedir”* (Çil, 2012: s. 59-62).

⁹² Yarg. 9. HD. 18.03.2005 T., 2004/21968 E., 2005/10351 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 709).

⁹³ Yarg. 9. HD. 07.12.2004 T., 2004/2980 E., 2004/26700 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 710).

işçinin rızasını gerektirdiği belirtilmektedir (Alpagut, 2003: s. 130, Özkaraca, 2008: s. 121; Cengiz, 2014: s. 92).

2.1.2. İş Sözleşmesinin Devrinden Farkı

TBK. m. 395 gereğince, işçi ile işverenin anlaşarak işçinin iş görme edimini üçüncü bir kişiye devretmesi, iş sözleşmesinin devri anlamına gelmemektedir. Yani işçinin taahhüt ettiği işi bizzat yapmakla yükümlü olduğu kuralının aksi kararlaştırılmış olsa bile veya bu husus durumun gereğinden anlaşılrsa bile, işçinin işin görülmesini sürekli olarak bir başkasına devretmesi halinde, bu durum iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilmeyecektir. Çünkü iş sözleşmesinde işveren açısından işçinin kişiliği önem taşıdığından işçinin değişmesi, iş sözleşmesinin içeriğinin değişmesine neden olacaktır. Bu durumda iş görme borcunu devreden işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin sona erdiği, iş görme borcunu devralan işçi ile işveren arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Süzek, 2014: s. 330-331; Özkaraca, 2008: s. 121; Arslanoğlu, 2006: s. 540; Arslanoğlu, 2008: s. 29; Cengiz, 2014: s. 91-92). İş sözleşmesinin devri sadece işveren tarafından söz konusu olabilmektedir. Nitekim TBK. m. 429'da "*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir...*" denilerek bu husus açıkça belirtilmiştir. Yani hükümde, işçinin yazılı rızasının alınarak başka bir işverene sürekli olarak devredilebileceği ifadesiyle, iş sözleşmesinin devrinin üstü kapalı olarak ancak işveren tarafından yapılabileceği kastedilmektedir. İş sözleşmesinde işçinin kişiliği önem taşıdığından işçi devreden taraf olamaz. Yani devir ile sözleşmenin işçi tarafının değişmesi mümkün değildir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Arslanoğlu, 2008: s. 29; Früh, 1945: s. 140). O halde işçinin iş görme edimini bir üçüncü kişiye devretmesi, iş sözleşmesinin devri anlamına gelmeyeceği gibi işçinin iş sözleşmesini bir başka kişiye devretmesi de mümkün değildir.

İş sözleşmesinin devri, işçinin iş görme borcunun devriyle birlikte sözleşmeden doğan ve işverene ait olan tüm hak ve borçların bir başka işverene devredilmesi ve sözleşmenin işveren tarafının sürekli olarak değişmesi anlamına

geldiğinden sadece iş görme borcunun devri, iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilemez.

2.2. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi

2.2.1. Asıl İşveren ve Alt İşveren Kavramı

4857 sayılı İş K. ile getirilen ve m. 2’de hüküm altına alınan önemli düzenlemelerden biri de alt işveren kavramı ile asıl işveren-alt işveren ilişkisidir. Alt işveren kurumu ilk defa 3008 sayılı İş Kanunu⁹⁴ ile mevzuatımıza girmiştir. Alt işveren yerine 3008 sayılı İş K. m. 1/f.4’te “*üçüncü bir şahsın aracılığı*” ifadesi; 1475 sayılı İş K.⁹⁵ m. 1/f.5’te ise “*diğer bir işveren*” ifadesi kullanılmıştır⁹⁶ (Akyiğit, Kasım 2010/Şubat 2011: s. 20; Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2012: s. 8).

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi iş hukukundaki üçlü ilişkilerden biridir ve günümüzde 4857 sayılı İş K. m. 2’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur*” (m. 2/f.7). “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak*

⁹⁴ Kabul Tarihi: 08.06.1936, RG. 3330 sayı ve 15.06.1936 tarih.

⁹⁵ Kabul Tarihi: 25.08.1971, RG. 13943 sayı ve 01.09.1971 tarih.

⁹⁶ Alt işverenlik kurumunun geçmişten bugüne mevzuatta ne şekilde yer aldığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2012: s. 8 vd.

işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” (m. 2/f.8).

5538 sayılı Kanun⁹⁷ ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine iki fıkra eklenmiş ve bu iki fıkrayla, kamu kurum ve kuruluşları açısından alt işveren uygulamasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. 5763 sayılı Kanun⁹⁸ ile de 3. maddeye ilave yapılarak alt işverenin işyerini bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Alt İşverenlik Yönetmeliği de, yönetmeliğin 2. maddesinde belirtildiği üzere, 4857 sayılı İş Kanununun 3. maddesi hükmüne dayanılarak hazırlanmıştır⁹⁹. Görüldüğü gibi, hukukumuzda alt işveren kurumunu düzenleyen iki yasal düzenleme (İş K. m. 2/7-10 fıkraları ve Alt İşverenlik Yönetmeliği) mevcuttur. Uygulamada alt işveren yerine müteahhit, alt müteahhit, yüklenici, aracı ve özellikle taşeron gibi isimler bu kurumu ifade etmek için kullanılmaktadır (Akyiğit, 2011: s. 17; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 206; Göktaş, 2012: s. 57; Güzel, 2004/1: s. 39; Eyrenci, 2004: s. 20; Taşkent, 2004: s. 363).

Alt işveren, İş Kanununda açık bir şekilde tanımlanmamış olarak görünse de asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen İş K. m. 2/f.7 hükmünden alt işveren kavramının tanımını çıkarmak mümkündür. Burada sırayla alt işveren ilişkisinin tarafları olan asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçisi kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

Asıl işverenin tanımı, Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3/ç’de yapılmıştır. Burada yapılan tanıma göre, *“Asıl işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum*

⁹⁷ Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 01.07.2006, RG. 26226 sayı ve 12.07.2006 tarih.

⁹⁸ İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 15.05.2008, RG. 26887 sayı ve 26.05.2008 tarih.

⁹⁹ Alt İşverenlik Yönetmeliği ile ilgili eleştiriler için bkz. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2012: s. 10 vd.

ve kuruluşları ifade eder”. Alt işverenin tanımı ise İş K. m. 2 hükmünden çıkartılabileceği gibi Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3’te de açıkça yapılmıştır. İş K. m. 2/f.7 gereğince, “*Alt işveren, 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 işverendir*”. Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3/a gereğince, “*Alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları ifade eder*”. Görüldüğü gibi kanundaki tanımla paralel bir tanıma Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde de yer verilmiştir. Alt işveren işçisi ise alt işverenin asıl işverenden iş aldığı işte oraya özgülenmiş biçimde çalıştırdığı işçilerdir. Bu kişiler sadece gerçek kişi olabilirler ve sadece alt işveren ile aralarında iş sözleşmesi bulunmaktadır (Ercan Akyiğit, Şubat 2009-Kasım 2010: s. 5; Cengiz, 2014: s. 186).

Alt işveren, asıl işverenden aldığı işte işçilerini çalıştırmaya başladığı anda, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasıyla birlikte, işçileri çalıştıran kişi alt işveren, alt işverenin kendisinden iş aldığı işveren de asıl işveren sıfatını almış olur (Çubukçu, Kasım 2007/Şubat 2008: s. 2; Çankaya/Çil, 2008: s. 187). Asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Alt işverenin işçileri, iş sözleşmesi ile alt işverene bağlıdır. Asıl işveren ile alt işveren arasında iş veya vekalet sözleşmesi değil istisna (eser), kira, taşıma vb. bir sözleşme bulunmaktadır (Süzek, 2012: s. 142; Çelik, Mart 2010: s. 6; Akyiğit, Mart 2010: s. 143; Akyiğit, Şubat 2009-Kasım 2010: s. 4, 18, 32; Sümer, 2009: s. 19; Aydınlı, 2012: s. 181, 217; Göktaş, Eylül 2012: s. 56-57; Güzel, 2004/I: s. 38; Şakar, 2011: s. 37; Özkaraca, 2008: s. 84-85; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 34; Ünsal, 2005, s. 539; Taşkent, 2004: s. 363; Sönmez Tatar, 2011: s. 44-45; Yarg. 9. HD. 16.01.2012 T., 2011/3496 E., 2012/48 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2012/3, S. 34, s. 401-404). Cengiz, 2014: s. 184-185, 187). İş K. m. 3/f.2 ve Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3/b gereğince, asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin yazılı yapılması zorunludur.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, 4857 sayılı İş K. m. 2/f.7'ye göre, “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir...*”. Kanundaki bu tanımdan anlaşıldığı üzere, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için bazı koşulların varlığı zorunludur. Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 4 ise bu ilişkinin kurulma şartlarını açıkça düzenlemiştir. Çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığından, bu ilişkinin kurulma şartlarına değinilmemiştir.

2.2.2. İş Sözleşmesinin Devrinden Farkı

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi hakkında yapılan genel açıklamalardan sonra bu ilişki gibi iş hukukuna ait üçlü bir ilişki olan iş sözleşmesinin devri kurumuyla aralarındaki farkların ortaya konulması gerekmektedir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile iş sözleşmesinin devri kurumları arasındaki en önemli fark, iş sözleşmesinin devri halinde sözleşmenin işveren tarafında değişiklik meydana gelmesi yani işveren sıfatının bir başka kişiye geçmesine rağmen asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, iş sözleşmesinin işçi ile alt işveren arasında devam etmesi sebebiyle, işveren sıfatında bir değişiklik meydana gelmemesidir (Özkaraca, 2008: s. 133; Arslanoğlu, 2006: s. 535; Arslanoğlu, 2005: s. 49; Sönmez Tatar, 2011: s. 61; Cengiz, 2014: s. 190).

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde temel amaç, 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 verilmesidir. İş sözleşmesinin devrinde ise amaç; devralan işverene, işgücüne ihtiyaç duyulan işçinin sürekli bir şekilde naklidir (Arslanoğlu, 2008: s. 39). Alt işverenin amacı kendi işçisiyle asıl işveren arasında bir iş sözleşmesinin kurulması değildir (Akyiğit, Şubat 2009-Kasım 2010: s. 33). Oysa iş sözleşmesinin devrinde amaç, işçinin bir başka

işverene sürekli bir şekilde devredilmesi olduğundan, devrin gerçekleşmesiyle birlikte iş sözleşmesi bir bütün olarak yani tüm hak ve borçlarla birlikte devralan işverene geçmektedir. Bu nedenle bu iki kurum arasında amaç bakımından fark vardır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için İş K. m. 2 hükmünden çıkarttığımız ve Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 4'te açıkça belirtilen birtakım şartların varlığı gerekmektedir. Bu şartların mevcut olması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilecektir. Bu nedenle üçlü bir ilişki olmasına rağmen alt işveren işçisinin ayrıca bu ilişkinin kurulabilmesi için açık ya da örtülü onayının alınması söz konusu değildir (Arslanoğlu, 2008: s. 40). İş sözleşmesinin devrinde ise TBK. m. 429/f.1'de belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşebilmesi için sözleşmeyi devreden ile devralan işverenin anlaşması yeterli değildir, ayrıca işçinin de yazılı rızasının varlığı şarttır. Bu nedenle iş hukukuna ait üçlü bir ilişki olan bu iki kurum arasında işçinin yazılı rızasının alınmasının zorunlu olup olmaması açısından fark bulunmaktadır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, ilişki devam ettiği sürece üç taraflı olma özelliği korunur. İş sözleşmesinin devrinin üçlü bir ilişki olma özelliği ise devir sırasında karşımıza çıkmakta ve bununla sınırlı kalmaktadır. Devir işlemi gerçekleştikten sonra artık üçlü bir ilişki söz konusu olmaz (Cengiz, 2014: s. 187).

İş K. m. 2/f.7 gereğince, “... *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*”. Bu hükme göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, asıl işveren alt işverenin işçilerine karşı, sadece kendi işyerinde çalıştıkları süre ile sınırlı olmak üzere alt işveren ile birlikte sorumludur. İş sözleşmesinin devrinde ise devreden işverenin devir tarihinden önce doğan borçlardan sorumluluğu hakkındaki tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa, devirle birlikte sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar devralan işverene geçmektedir.

2.3. İşyeri veya Bölüm Devri

2.3.1. İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri Kavramı

İşyerinin devrine bağlı olarak yani hukuki bir işleme dayalı olarak gerçekleşen iş sözleşmelerinin devri ile sadece taraf iradeleriyle gerçekleşen iş sözleşmesinin devri birbirinden tamamen farklı kurumlar olduğu halde uygulamada bu iki kurumun birbiri ile karıştırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla işyerinin devrine bağlı olarak yani hukuki bir işleme dayalı olarak gerçekleşen iş sözleşmelerinin devri ile tamamen taraf iradeleriyle gerçekleşen iş sözleşmesinin devri arasındaki farkları belirlemek oldukça önemlidir.

İşyeri kavramı İş K. m. 2’de tanımlanmıştır: “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir*” (m. 2/f.1). İşyerinin amacı, mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amaçtır (Süzek, 2014: s. 179; Mollamahmutoglu vd., 2014: s. 252; Taşkın, 2012/1: s. 75-76, 80; Aydın, 2001: s. 10, 18, 44; Güzel, 1987: s. 67; Aktay vd., 2013: s. 38-39; Kaplan Senyen, Mart 2013: s. 31; konuyla ilgili Avrupa Birliği Yönergeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, 2010: s. 10-15; Sönmez Tatar, 2011: s. 7, 13). İşyerinin bir bölümü ise, kendine özgü teknik amacı olmayan, ancak işyerinin teknik amacının gerçekleştirilmesinde ve iş organizasyonu içinde yer alan bölümdür (Kaplan Senyen, Mart 2013: s. 31). İşletmenin, işyerinin tamamının ya da bir bölümünün devri halinde, işverenin değişmesi nedeniyle işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan haklarının korunması için AB Yönergeleri dikkate alınarak güvenceler getirilmiştir. Bu konuda yapılan ilk düzenleme 14 Şubat 1977 tarihli ve 77/187 sayılı AB Yönergesi’dir. AB’nin konuya ilişkin ikinci düzenlemesi, 77/187 sayılı Yönergede değişiklik yapan 29 Haziran 1998 tarihli ve 98/50 sayılı Yönerge’dir. Böylece 77/187 sayılı Yönerge yürürlükten kaldırılmıştır. Son düzenleme, 12 Mart 2001 tarihli ve 2001/23 sayılı Yönerge’dir. Bu Yönerge, 77/187 sayılı Yönerge’nin 98/50 sayılı Yönerge ile değiştirilmiş halidir (Süzek, 2014: s. 183; Alpagut, 2010: s. 15; Özkaraca, 2008: s. 21, 299 vd.; Aktay vd., 2013: s. 40; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 129; Ulucan, 2006: s. 66-67; Manav, 2001: s. 1345; Baysal, Mart 2012, s. 54-55; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 92; Sönmez Tatar,

2011: s. 33). AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesi'nde işletme, işyeri veya işletme ya da işyeri bölümü kavramlarına yer verilmemiştir; ancak bu kavramlar yerine ekonomik birlik kavramı kullanılmıştır (Süzek, 2014: s. 184; Alpagut, 2010: s. 30; Alpagut, 2012: s. 36; Özkaraca, 2008: s. 20-21; Tuncay, 2013, s. 39; Sönmez Tatar, 2011: s. 33). Yönerge'nin uygulama alanını düzenleyen hükmüne göre, *“Bu yönerge işletme, işyeri veya işletmenin ya da işyerinin bir bölümünün bir başka işverene sözleşmesel devri veya birleşmesi halinde uygulanır”* (m. 1/I/a). Yönerge bu hallere yani bir işletmenin, işyerinin veya işyeri bölümünün hukuki bir işlem veya birleşme yoluyla devri hallerine ilişkin olarak uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁰.

İşyerinin devri, AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesi dikkate alınarak hazırlanan, *“işyerinin veya bir bölümünün devri”* kenar başlığı ile İş K. m. 6'da düzenlenmiştir¹⁰¹. Bu maddeye göre, *“İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî 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”*. İş K. m. 2'de yapılan işyeri kavramının tanımından yola çıkarak işyerinin devri kavramını tanımlayabiliriz. Buna göre işyerinin devri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak işyerinin, hukuki bir işlemle bir başkasına devrini ifade etmektedir (Alpagut, 2010: s. 36; Alpagut, 2012: s. 36; Kaplan Senyen, Mart 2013: s. 31; Çankaya/Çil, 2011: s. 459; Akyiğit, 2008: s. 331). İşyerinin bir bölümünün devri ise, devre konu olan bölümün asıl işverenin organizasyon alanından tümüyle ayrılması ve işin bir bölümünün yerine getirilmesini ifade etmeyecek tarzda bir başka işverene geçmesidir (Süzek, 2014: s. 192; Alpagut, 2010: s. 97; Özkaraca, 2008: s. 93; ayrıca bkz. Sönmez Tatar, 2011: s. 41-42). Diğer bir ifadeyle, işyerinin teknik amacının gerçekleştirilmesinde işleve sahip bir bölümünün devirle bağımsız bir teknik amaç oluşturacak şekilde, maddi, gayri maddi unsurlar ve işçilerle birlikte hukuki bir işleme dayalı olarak bir başkasına devrini ifade etmektedir

¹⁰⁰ İşyerinin veya bir bölümünün devrinin koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, 2010: s. 28 vd.; Özkaraca, 2008: s. 20 vd.; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 131; Sönmez Tatar, 2011: s. 33 vd.

¹⁰¹ AB'nin 2001/23 sayılı “Müessesenin veya Müessesenin Bir Kısımının Devri Halinde Çalışanların Haklarının Korunmasına İlişkin Üye Devletlerin Mevzuatının Yaklaştırılması” Yönergesi ile 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesi arasında büyük ölçüde uyum sağlanmıştır. Ancak İş K. m. 6'da devir halinde işçi temsilcilerini, işçi temsilcileri yoksa işçileri işyeri devri hakkında bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmemiştir. İşyerinin devri ile ilgili olarak AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesinden önceki 77/187 sayılı Yönergesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Heper, 1997: s. 198 vd.

(Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 241). İşyerinin veya bir bölümünün devri halinde sözleşmenin işveren tarafı değişmektedir. İşverenin değişmesi, hukuki bir işlem veya hukuki olay nedeniyle, işyeri üzerindeki hakların (mülkiyet veya yararlanma hakkı) bir başka kişiye geçmiş olması ve bunun sonucu olarak da iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin bu sıfatını kaybetmesi anlamına gelmektedir¹⁰² (Güzel, 1987: s. 18, 160, 199; Şahlanan, Kasım 200-Şubat 2001: s. 14; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 205; Akyiğit, 2008: s. 331; Sönmez Tatar, 2011: s. 13, 40). İşyerinin devri halinde devredilen işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri devirle birlikte sona ermeyip devralan işverene geçmekte, devreden işveren devir anı ile birlikte iş ilişkisinin tarafı olma sıfatını kaybetmekte ve devir anından itibaren iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlar devralan işverene ait olmaktadır (Alpagut, 2010: s. 117; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 132-133; Ekonomi, 2000: s. 329 vd.; Süzek, 2014: s. 183; Manav, 2001: s. 1349; Özkaraca, 2014: s. 170; Honeyball, 2006: s. 110 vd.).

İşyeri veya işletmenin veya bir bölümünün, hukuki bir işleme dayalı olarak bir başka kişiye devrinde, AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesi uygulanmaktadır. Bu yönergede, işyeri veya işletmenin veya bölümlerinin devrinin söz konusu olabilmesi için, işyeri veya işletmenin ekonomik bütünlüğünün yani kimliğinin ve niteliğinin korunarak devredilmesi gerektiği öngörülmüştür (m. 1/I/b). Bu nedenle, eğer ekonomik birliğin devri söz konusu değilse AB Yönergelerine ve İş K. m. 6'ya göre işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden söz edilemeyecektir (Kaplan Senyen, Mart 2013: s. 31; Süzek, 2014: s. 184-185; Özkaraca, 2008: s. 22 vd.; Kılıçoğlu, 2009: s. 115; Alpagut, 2010: s. 28 vd.; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 141 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 94; Sönmez Tatar, 2011: s. 33 vd.). Yargıtay kararlarında da işyerinin devri halinde ekonomik birliğin korunması gerektiği vurgulanmıştır¹⁰³.

¹⁰² İşverenin Değişmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, 2010: s. 41 vd.

¹⁰³ Yarg. 9. HD. 29.04.2013 T., 2011/7529 E., 2013/12802 K. gereğince, "İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğinin korunmasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre, maddi ve maddi olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri, işgücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinde devirden önce ve sonra yürütölen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmişe bunun süresi, işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir..." (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/3, S. 38, s. 503); Yarg. 9. HD. 06.04.2009 T., 2009/13501 E., 2009/9655 K. "İşletmenin maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının devri, işletmenin devrinin kabulü için önem teşkil edecektir. Ancak bu unsurların devir kapsamında yer almaması, işletme devrinin reddi sonucuna götürmemelidir. Ağırlıklı olarak işgücünün önem arzettiği bazı hizmetlerde, işçilerin tamamı ekonomik bütünlüğü oluşturabilir. Bu tür

İş K. m. 6 hükmünün kapsamı, hukuki işleme dayanan devirlerdir. Hükümde, “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde ...” ifadesi ile bu husus açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle, işyerinin devrinin külli halefiyet veya kanun hükmü gereği gerçekleştiği durumlar yani hukuki işlem dışı devirler bu hükmün kapsamı dışındadır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 273; Özkaraca, 2008: s. 42, 44, 50; Günay, 2007: s. 49-50; Başbuğ, 2003: s. 15; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 131; Çankaya/Çil, 2011: s. 461; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 103, 106; Eyrenci, 2004: s. 23; Narmanlıoğlu, 2014: s. 153; Sönmez Tatar, 2011: s. 38; Dulay, Şubat 2012: s. 58). İş K. m. 6 hükmünün gerekçesinde, bu hükmün, hukuki işlem sonucu, işyeri veya bölümünün bir satış sözleşmesinde olduğu üzere kesin ve sürekli biçimde devrinde olduğu gibi bir kira sözleşmesine göre geçici ve süreli olarak başkasına devri halinde de uygulanabileceği belirtilmiştir. İşyerinin devri için mülkiyet hakkının devralan işverene geçmesi bir zorunluluk olmadığından, sadece yararlanma hakkının devralan işverene geçmesi söz konusu olabilir ve işyerinin devrinin temelini oluşturan hukuki işlem kira sözleşmesi de olabilir (Süzek, 2014: s. 183; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 273; Şahlanan, Kasım 2000-Şubat 2001: s. 15; Alpagut, 2010: s. 66 vd., 75 vd.; Doğan Yenisey, 2009(a): s. 133; Özkaraca, 2008: s. 42, 51 vd.; Manav, 2001: s. 1346; Güzel, 1987: s. 16-17, 200; Çankaya/Çil, 2011: s. 461; Sönmez Tatar, 2011: s. 14; Dulay, Şubat 2012: s. 58). İşverenin kira sözleşmesi ile başka bir kişiye devrettiği işyerini, kira sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle kendisinin işletmeye devam etmesi de işyerinin devri niteliğindedir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 273; Güzel, 1987: s. 29; Özkaraca, 2008: s. 52). Özelleştirme sonucu kamuya ait işyerlerinin kısmen veya tamamen başka birine devri, kamu makamları tarafından işyerine el konulması, adi ortaklıkta ortaklardan birinin hissesini devretmesi, ticaret ortaklıklarının birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi gibi haller hukuki işleme dayalı olarak işyerinin devri niteliğinde olan hallerdir (Süzek, 2014: s. 183; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 273-274;

bir faaliyette yeni işletme sahibi, hem selefinin icra ettiği faaliyetlerin aynısını sürdürüyor, hem de önceki işverenin ilgili faaliyeti için kullandığı işçilerin sayı ve uzmanlık yönü itibari ile önemli sayılabilecek bir kısmını da devralarak çalıştırmaya devam ediyorsa, devralınan ekonomik bütünlüğün kimliğini koruduğu söylenebilecektir. Adalet Divanı işyeri ve işyerinin bir bölümü kavramını tarif etmeyerek, onun yerine ekonomik bütünlük kavramını merkez olarak kabul etmektedir. Ekonomik bütünlük, mal veya hizmet yönetimine teknik amacın izlendiği fonksiyon görebilen bir organizasyon bütünlüğüdür” (Kılıçoğlu, 2009: s. 117-122).

Şahlanan, Kasım 2000-Şubat 2001: s. 15; Özkaraca, 2008: s. 42, 54 vd., 61 vd.; Çankaya/Çil, 2011: s. 461-461; Ekonomi, 2000: s. 347; Manav, 2001: s. 1346; Sönmez Tatar, 2014: s. 20 vd.; Dulay, Şubat 2012: s. 59).

İş K. m. 6 ile düzenlenen işyerinin veya işyerinin bir bölümünün hukuki işlemle bir başkasına devrinde, işyerinin malvarlığına dahil, maddi olan ve olmayan unsurlar, cüz'i halefiyet ilkesi gereği, kendiliğinden değil ancak uygun devir işlemleri ile devralana geçmektedir (Alpagut, 2010: s. 18). Bu durumda devir konusunun niteliğine göre teslim, tescil, temlik gibi hukuki işlemlerin yapılması gerekmektedir (Alpagut, 2010: s. 18-19). İşyerini bir kimseden devralan yeni işveren, cüz'i hak sahibi sıfatını almaktadır (Güzel, 1987: s. 206-207). Borçlar hukukuna hakim olan borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi gereği, borç ilişkisi sadece taraflar arasında hüküm doğurmaktadır, üçüncü kişileri etkilememektedir (Güzel, 1987: s. 205; Alpagut, 2010: s. 19). İşyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan, iş sözleşmeleri bakımından üçüncü kişi durumundadır (Güzel, 1987: s. 206; Alpagut, 2010: s. 19). İş hukukunun iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamaya yönelik amacına uygun olarak iş kanununda düzenlenen ve iş sözleşmelerinin yeni işverenle devamını öngören m. 6 hükmünden hareketle işyerinin devrinde otomatik olarak iş sözleşmelerinin yeni işverene geçmesi kuralı benimsenmiştir (Güzel, 2010: s. 280 vd.; Ekonomi, 2000: s. 329 vd.; Süzek, 2014: s. 183 vd.; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 272; Çelik vd., 2014: s. 79). Bu hüküm gereğince, mevcut iş sözleşmeleri, devreden işverenden devralan işverene başka bir işleme gerek kalmadan, kanundan dolayı bütün hak ve borçlarla birlikte geçmektedir.

İş K. m. 6 gereğince, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde işçilerin devre itiraz hakkı bulunmamaktadır. TTK. m. 178'in uygulama alanı bulduğu yani ticaret şirketlerinin, birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinin bir işyeri devri niteliğinde olduğu durumlarda ise devirden etkilenen işçilere, iş ilişkilerinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı bulunmaktadır (Astarlı, 2013/1: s. 69, 85-86, 101; Kaplan Senyen, Mart 2013: s. 27-28; Cengiz, 2014: s. 171; Çelik vd., 2014: s. 82). Yani işyeri devrinin birleşme, bölünme veya tür değiştirme hallerinden biri ile gerçekleşmesi durumunda artık iş sözleşmelerinin otomatik olarak devri söz konusu olmayacak, işçinin devre

itiraz etmemesi halinde iş sözleşmeleri devralana geçecektir (Alp, 2012/1: s. 61; Süzek, 2014: s. 196). TTK. m. 178/f.2’de işçinin devre itirazı halinde iş sözleşmesinin bildirim süresinin sonunda sona ereceği öngörülmektedir¹⁰⁴. TTK. m. 178/f.2, işçilere iş sözleşmesine devam edip etmeme konusunda seçme hakkı vermektedir (Tosun, 2012: s. 180). Buradan çıkan sonuç, devre itirazın, iş sözleşmesinin bildirim süresinin sonunda sona ermesine yol açmakla birlikte, devralan işverene geçişine engel olmadığıdır (Cengiz, 2014: s. 172). Devre itiraz hakkının kime karşı ve hangi süre içerisinde kullanılması gerektiği ve bu sürenin başlangıç tarihi konusunda açık bir düzenleme TTK. m. 178’de yer almamaktadır. TTK. m. 178’de düzenlenmeyen konularda ve ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi dışında kalan tüm işyeri devirlerine ilişkin konularda (örneğin satış, kiralama yoluyla yapılan işyeri devirlerine ilişkin konularda) İş K. m. 6 hükmü uygulama alanı bulacaktır (Alp, 2012/1: s. 58; Astarlı, 2013/1: s. 85; Süzek, 2014: s. 196; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 285-286; Kaplan Senyen, Mart 2013: s. 37; Ekmekçi, Aralık 2011: s. 158; Cengiz, 2014: s. 171; Çelik vd., 2014: s. 83). TTK. m. 178, İş K. m. 6’ya göre dar bir uygulama alanına sahiptir ve bu maddenin ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi dışında uygulama alanı yoktur.

2.3.2. İş Sözleşmesinin Devrinden Farkı

İşyeri devrine bağlı olarak gerçekleşen iş sözleşmelerinin devri kanundan kaynaklanmaktadır. İşyerinin devri halinde mevcut iş sözleşmelerinde taraf değişikliği kanun gereği gerçekleşmekte; taraf değişikliği kendiliğinden ve başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın meydana geldiğinden işçinin rızası aranmamaktadır (Güzel, 1987: s. 322, 391; Alpagut, 2010: s. 117; Şahlanan, 2011: s. 105; Alp, 2009: s. 306; Akyiğit, 2008: s. 345; Özkaraca, 2008: s. 133, 146; Çankaya/Çil, 2011: s. 461; Arslanoğlu, 2006: s. 535; Manav, 2001: s. 1345; Sönmez Tatar, 2011: s. 62; Kocagil, s. 51; Dulay, Şubat 2012: s. 59, 62; Cengiz, 2014: s. 76-77, 166-168; Krejci, 1972: s. 193). İşyeri devrine bağlı olmadan gerçekleşen iş sözleşmesinin devri ise tamamen taraf iradeleriyle meydana gelmektedir. Bu nedenle sözleşme taraflarının rızasının varlığı şarttır. TBK. m. 429’da hüküm altına alınan “*Hizmet*

¹⁰⁴ İtiraz hakkının kullanılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 2013/1: s. 89 vd.; Alp, 2012/1: s. 60 vd.

sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir” ifadesi, iş sözleşmesinin iradi devri için devreden ve devralan işverenin anlaşması yeterli olmayıp işçinin de rızasının şart olduğunu belirtmektedir (Şahlanan, 2011: s. 104-105; Arslanoğlu, 2006: s. 535). Bu açıdan işyerinin devri ile iş sözleşmesinin devri arasındaki fark, iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının aranmasıdır (Akyiğit, 2008: s. 345; Soyer, 2010: s. 39; Alp, 2009: s. 306; Danar, 2007: s. 66; Cengiz, 2014: s. 112, 166-168).

İşyerinin devri halinde işçinin çalıştığı işyeri aynı kalmaya devam etmekte yani işçi açısından bir işyeri değişikliği söz konusu olmamaktadır. İradi olarak meydana gelen iş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı onayı alınarak, kural olarak bir işverene ait işyerinden bir başka işverene ait işyerine iş sözleşmesinin devri yoluyla sürekli olarak nakledilmekte ve bu şekilde iş sözleşmesinin işveren tarafı değişmektedir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 385; Çankaya/Çil, 2011: 638, 640; Şahlanan, 2011: s. 105; Alp, 2009: s. 306; Özkaraca, 2008: s. 133; Sönmez Tatar, 2011: s. 62; Cengiz, 2014: s. 166). Yani iş sözleşmesinin devrinde işyeri devrinin aksine, kural olarak işçi açısından bir işyeri değişikliği söz konusu olmakta ve işçinin çalıştığı işyeri değişmektedir. Bu husus Yargıtay kararlarında da açıkça belirtilmiştir. Yargıtay’ın kararına göre, “... *İşyeri devrinden farkı, işverenler arasında işyerinin devri yönünde bir işlem olmamakta ve işçi bir işverene ait işyerinden diğer işverene ait işyerine nakledilmektedir...*”¹⁰⁵. Yargıtay benzer olarak bir başka kararında, işçinin birden fazla işveren yanında çalıştığı durumlarda işyeri devrinin varlığını tespit ederken işyerinin değişip değişmediği kriterine başvurmuştur. Bu kriter Yargıtay kararında, “... *Davacının önceki tarihlerde N... Holding A.Ş.’de bilhare U... A.Ş.’de çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak dosya içerisinde davacının çalıştığı işyerinin değişip değişmediği, başka bir anlatımla davalılar arasında işyeri devri bulunup bulunmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Öncelikle bu husus belirlenmelidir*”¹⁰⁶ şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁰⁵ Yarg. 9 HD. 16.06.2008 T., 2007/41042 E., 2008/15622 K. (Çil, 2010: s. 184; Çankaya/Çil, 2011: s. 421, 675).

¹⁰⁶ Yarg. 9. HD. 22.01.2007 T., 2006/15348 E., 2007/313 K. (Özkaraca, 2008: s. 133-134); aynı yönde Yarg. 9. HD. 15.09.2005 T., 2005/28475 E., 2005/30013 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 695-696; Danar, 2007: s. 68).

İşyerinin devri halinde işyerinde mevcut olan bütün iş sözleşmeleri açısından sözleşmenin işveren tarafında değişiklik meydana gelmektedir. Yani devre konu olan işyerindeki bütün işçilerin iş sözleşmeleri topluca yeni işverene devredilmekte ve sözleşmenin işveren tarafı değişmektedir. İş sözleşmesinin devri halinde ise işyerindeki tüm işçilerin iş sözleşmesinde değil genellikle tek bir veya istisnai olarak birkaç işçinin iş sözleşmesi yeni işverene devredilmekte ve sadece devredilen işçinin iş sözleşmesinde işveren değişikliği meydana gelmektedir (Alp, 2007: s. 194; Arslanoğlu, 2008: s. 37; Dulay, Şubat 2012: s. 62). İşyerindeki tek bir işçinin değil de bir grup işçinin iş sözleşmelerinin topluca devri halinde, ortada bir işyeri devri mi yoksa iş sözleşmesi devri mi olduğunun tespit edilmesi gerekir. Özellikle işin yürütülmesinde fiziki mekan ve iş araçlarından ziyade iş gücünün ön plana çıktığı işlerde, aynı bölümde çalışan veya bir projeyi birlikte yürüten işçilerin topluca başka bir işverene devredilmesi işyeri devri veya işyerinin bir bölümünün devri olarak kabul edilebilir (Alp, 2009: s. 306; aynı hususa dikkat çekenler Çankaya/Çil, 2011: s. 638-639; Cengiz, 2014: s. 168). Böyle bir durumda işyeri veya işyeri bölümünü oluşturan unsurların devamlılığına göre bir sonuca varılmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmesi devredilen işçilerle işin niteliği ve sürekliliği açısından işyeri veya işyeri bölümünün aynen faaliyetini sürdürüp sürdürmediğidir (Alp, 2009: s. 306; Cengiz, 2014: s. 168).

İş K. m. 6/f.5 gereğince, “Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini *sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz*”. Bu hüküm, işyerinin devri halinde işçinin rızasının şart olmaması nedeniyle, yeni işveren ile çalışmak istemeyen işçinin sözleşmesini salt devir nedeniyle feshetmesi halinde bu durumun haksız fesih oluşturacağını belirtmekte ve iş sözleşmesinin devri ile bu noktada farklılık göstermektedir. Çünkü iş sözleşmesinin devri için işçinin yazılı rızasının varlığı şart olduğundan, işçinin yazılı rıza vermemesi halinde sözleşmesi devredilemeyecek ve işçinin yazılı rıza vermemesinden dolayı da işveren tarafından sözleşmesinin feshedilmesi haksız fesih olarak kabul edilecektir. İşyerinin devri iş güvencesi kapsamında olan işçilerin sözleşmesinin feshi için geçerli neden kabul edilemeyeceği gibi, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sözleşmesinin feshi için de haklı bir neden olarak kabul edilemeyecektir. Bunun sonucu olarak da salt işyerinin devri

nedeniyle sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçi feshin geçersizliğini ileri sürerek feshe itiraz davası açabilecek; iş güvencesi kapsamında olmayan işçi de işverenin kötünietli olduğunu iddia ve ispat ederek kötüniet tazminatı talep edebilecektir¹⁰⁷ (Süzek, 2014: s. 189-190; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 277; Güzel, 1987: s. 382-386; Manav, 2001: s. 1355-1356, 1358 vd.; Sönmez Tatar, 2011: s. 86 vd.; Dulay, Şubat 2012: s. 61). İşyerinin devri halinde salt devir fesih için haklı sebep oluşturmamakla birlikte, devreden ve devralan işverenin İş K. m. 6/f.5 çerçevesinde ekonomik, teknolojik sebepler ya da iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı hallere dayanarak iş sözleşmelerini fesih hakkı bulunmaktadır.

İş K. m. 6/f.3 gereğince, devreden işveren sadece devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralan işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur. Örneğin işçilerin devirden önce hak kazandıkları kanun, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklar ücret, ikramiye, prim, fazla çalışma ücreti, yakacak yardımı, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretinden devreden ve devralan işverenin birlikte sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıldır¹⁰⁸ (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 278; Özkaraca, 2008: s. 350; Kaplan Senyen, 2013: s. 34; Günay, 2007: s. 53, 57; Çankaya/Çil, 2011: s. 476; Sönmez Tatar, 2011: s. 74 vd., 96 vd.; Dulay, Şubat 2012: s. 59-60). İşyerinin devrinde, devreden işveren ile devralan işverenin devirden önceki işçilik haklarının tümünden iki yıl birlikte sorumlu olmasının sonucu olarak, işçi işverenlerin her birinden borcun tamamını isteyebilecektir (Güzel, 1987: s. 422-423; Özkaraca, 2014: s. 178). Devreden işveren, devir tarihinden sonra doğmuş veya muaccel olmuş işçilik alacaklarından (kıdem tazminatı hariç) sorumlu değildir¹⁰⁹ (Süzek, 2014: s. 187-188;

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, 2010: s. 132 vd.

¹⁰⁸ Yarg. 9. HD. 23.10.2009 T., 2008/10743 E., 2009/28895 K. “İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır” (Çil, 2010: s. 139-140).

¹⁰⁹ İşverenlerin kıdem tazminatından sorumlulukları hakkında ayrıntılı bilgi için s. 102 vd.; Dulay, Şubat 2012: s. 60; aynı yönde Yarg. 9. HD. 07.03.2005 T., 2004/18134 E., 2005/7308 K. (karar incelemesi için bkz. Güzel, 2007: s. 39 vd.); Yarg. 9. HD. 11.04.2005 T., 2004/23994 E., 2005/12847 K. (Güzel, 2007: s. 41; Çankaya/Çil, 2011: s. 606); Yarg. 9. HD. 15.03.2005 T., 2004/15462 E., 2005/8543 K. (Güzel, 2007: s. 41; Çankaya/Çil, 2011: s. 607); Yarg. 9. HD. 05.10.2005 T., 2005/1752 E., 2005/32432 K. (Güzel, 2007: s. 70-71; Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/2, S. 9, s. 255); Yarg. 9. HD. 23.10.2009 T., 2008/10743 E., 2009/28895 K. (Çil, 2010: s. 139-140); Yarg. 9. HD. 12.02.2008 T., 2007/31303 E., 2008/106 K. (Çil, 2010: s. 177; Çankaya/Çil, 2011: s. 572).

Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 279; Çelik vd., 2014: s. 80; Özkaraca, 2008: s. 370; Özkaraca, 2014: s. 182-183; Çankaya/Çil, 2011: s. 476 vd.; Soyer, 2008: s. 36, 77; Alp, 2012/1: s. 69; Güzel, 2007: s. 41; Astarlı, 2013/1: s. 100; Kaplan Senyen, Mart 2013: s. 34-35; Manav, 2001: s. 1351; Sönmez Tatar, 2011: s. 74-75). Yani devralan işveren, devir tarihinden sonra doğmuş veya muaccel olmuş alacaklardan örneğın ücret, fazla çalışma ücreti, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi işçilik alacaklarından tek başına sorumludur. Ayrıca feshe bağlı haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden de devralan işveren sorumludur¹¹⁰ (Kaplan Senyen, Mart 2013: s. 35; Süzek, 2014: s. 187-188; Manav, 2001: s. 1351; Özkaraca, 2014: s. 172-173, 181-182; Sönmez Tatar, 2011: s. 77, 111 vd.; Dulay, Şubat 2012: s. 59-60). 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükmünde, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, İş K. m. 6'da yer alan devreden işveren için iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu değildir¹¹¹ (Süzek, 2014: s. 189; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 282; Şakar, 2011: s. 44; Özkaraca, 2014: s. 196; Çankaya/Çil, 2011: s. 478). Bu nedenle devreden işveren, devir anındaki kıdem süreleri ve ücret düzeyi ile sınırlı olmak üzere sorumludur¹¹² (Günay, 2007: s. 51; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 282; Özkaraca, 2014: s. 196; Çankaya/Çil, 2011: s. 477). İşçi kıdem tazminatının tamamını devralan işverenden talep etmek zorunda olmadığından, isterse sorumlu olduğu kısım için iş sözleşmesinin, işyerini devralan işveren yanında çalışırken kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona erdiği tarihten itibaren on yıllık zamanaşımı süresi içinde devreden işverenden talep edebilir¹¹³ (Özkaraca, 2014: s. 200; Çankaya/Çil, 2011: s. 477). İşyerinin devri halinde İş K. m. 6/f.3'te yer alan ve işverenlerin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen hüküm emredici nitelikte olduğu için taraflar bu hükmün aksini kararlaştıramazlar; tarafların önceki işverenin sorumluluğunu ortadan kaldıran

¹¹⁰ Yarg. 9. HD. 23.10.2009 T., 2008/10743 E., 2009/28895 K. (Çil, 2010: s. 139-140); Yarg. 9. HD. 31.03.2009 T., 2008/12946 E., 2009/8940 K. (Çil, 2010: s. 146-149; Çankaya/Çil, 2011: s. 528-531); Yarg. 9. HD. 23.09.2010 T., 2008/34488 E., 2010/25326 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 512-514); Yarg. 9. HD. 20.09.2007 T., 2007/451 E., 2007/27491 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 574-575); Yarg. 9. HD. 07.03.2007 T., 2006/20898 E., 2007/6099 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 583).

¹¹¹ Yarg. 9. HD. 27.06.2008 T., 2008/11195 E., 2008/17898 K. (Çil, 2010: s. 163-167).

¹¹² Yarg. 9. HD. 12.02.2008 T., 2007/31303 E., 2008/106 K. (Çil, 2010: s. 177; Çankaya/Çil, 2011: s. 572); Yarg. 9. HD. 20.09.2007 T., 2007/451 E., 2007/27491 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 574-575); Yarg. 9. HD. 24.02.2005 T., 2004/15040 E., 2005/6243 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 611); Yarg. 9. HD. 05.06.2003 T., 2002/27963 E., 2003/10184 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 629).

¹¹³ Yarg. 9. HD. 23.09.2010 T., 2008/34488 E., 2010/25326 K. sayılı kararda da bu husus belirtilmiştir: "... zamanaşımı da devir tarihinden değil, fesih tarihinden başlatılmalıdır" (Çankaya/Çil, 2011: s. 512-514).

sözleşmeler yapması halinde bu husus iki taraf arasında geçerli olur ve işçiye karşı ileri sürülemez (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 281; Şahlanan, 2011: s. 105; Özkaraca, 2014: s. 171; Çankaya/Çil, 2011: s. 472; Dulay, Şubat 2012: s. 60). Tamamen taraf iradeleri ile gerçekleşen iş sözleşmesinin devrinde ise işçilerin hizmet süresinin esas alındığı hakları bakımından, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacağından devralan işverenin sorumluluğu gündeme gelecektir. 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükmünün iş sözleşmesinin devri halinde kıyas yoluyla uygulanması durumunda, devreden işverenin kendi yanında çalışılan süreler ve ücret düzeyi ile sınırlı olarak işçinin kıdem tazminatından sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu durumda devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarını (ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti) ödeyip, kıdem tazminatı açısından devreden işverene kendisinde çalışılan süre ve ücret düzeyi ile sınırlı olarak rücu edebilecektir (Danar, 2007: s. 70). İşyerinin devrinde işverenlerin müteselsil sorumluluğu kanunda açıkça düzenlendiği halde iş sözleşmesinin devrinde işverenlerin müteselsil sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme kanunda yer almamaktadır.

2.4. Geçici İş İlişkisi

2.4.1. Geçici İş İlişkisinin Kurulması

Günümüzde çalışma ilişkilerinin esnekleşmesi atipik iş sözleşmesi¹¹⁴ türlerini (evde çalışma, tele çalışma, çağrı üzerine çalışma, iş paylaşımı, geçici iş ilişkisi, belirli süreli çalışma, mevsimlik çalışma, kısmi süreli çalışma, alt işveren uygulamaları gibi) ortaya çıkarmıştır. Geçici iş ilişkisi de iş hukukunda esneklik temelli atipik çalışma biçimleri arasında yer almaktadır (Odaman, 2007: s. 17; Arslanoğlu, 2005: s. 53; İren, 2011: s. 283; Çifter/Demir, 2007/2: s. 8; Ekonomi, 2008: s. 233; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 123).

¹¹⁴ Atipik iş sözleşmeleri, esas ve şekil bakımından özel kurallara tabi olan, ya iş sözleşmesinin süresinin sınırlandırılması ya da iş süresinin esnekleştirilmesi ya da istihdamın esnekleştirilmesi gibi tekniklerle farklılaşan iş sözleşmelerini ifade etmektedir (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 485).

Geçici iş ilişkisi İş Kanunu m. 7’de düzenlenmiştir. İş Kanunu m. 7/f.1’e göre, “İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür”. Bu maddeye göre, işveren devir sırasında işçinin yazılı rızasını almak şartıyla işçisini, bir başka işverenin yönetimine tabi biçimde çalışmak ve kendisiyle olan iş sözleşmesi de devam etmek üzere geçici bir süre için bir başka işverene verebilmekte ve böylece geçici iş ilişkisi kurulabilmektedir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 365; Süzek, 2014: s. 275-276; Akyiğit, 2001: s. 46; Özkaraca, 2008: s. 103; Günay, 2007: s. 60; İren, 2011: s. 283; Ekonomi, 2008: s. 232-233; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1206; Çankaya/Çil, 2011: s. 379; Köseoğlu, 2006: s. 50; Tuncay, 2003: s. 139; Odaman, 2007: s. 16, 23; Danar, 2007: s. 64; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 123; Sönmez Tatar, 2011: s. 51; Cengiz, 2014: s. 172). Yani geçici iş ilişkisinde işveren aynı kalmakta, sadece iş görme ediminin alacaklısı geçici bir süre için farklı bir işveren olmaktadır (Alp, 2007: s. 195; Alp, 2009: s. 313; Gümüş, 2013: s. 508; Ekmekçi, 2004: s. 367; Danar, 2007: s. 64; Kocagil, 2011: s. 53; Koç, 2013: s. 181).

Geçici iş ilişkisinin tarafları, geçici işçi veren işveren (işveren/sürekli işveren), geçici işçi alan işveren (geçici işveren/ödünç alan işveren) ve geçici iş ilişkisi kurulan işçi (geçici işçi) dir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 366; Odaman, 2007: s. 16; Çankaya/Çil, 2011: s. 401; Arslanoğlu, 2005: s. 53; Akyiğit, 2001: s. 46; Özkaraca, 2008: s. 107-108; Ekonomi, 2008: s. 233; Tuncay, 2003: s. 139; Ekmekçi, 2004: s. 368; Ekmekçi, 2008, s. 102-103; Danar, 2007: s. 64; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 124; Cengiz, 2014: s. 173). Geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için bu kişilerin rızalarının varlığı şarttır. Bu nedenle geçici iş ilişkisi; işveren, geçici işveren ve geçici iş ilişkisi kurulan işçinin birbirine uygun rızalarıyla meydana gelen iş hukukuna ait üçlü bir ilişkidir (Akyiğit, 2001: s. 46; Sümer, 2009: s. 56;

Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 366; Aktay vd., 2013: s. 71; Özkaraca, 2008: s. 63; İren, 2011: s. 284; Kılıçoğlu, 2009: s. 129; ayrıca bkz. Odaman, 2007: s. 23; Kocagil, 2011: s. 53). Bu açıdan geçici iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin devri birbirine benzemektedir. Çünkü hem geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi hem de iş sözleşmesinin devri için tarafların tamamının rızalarının varlığı şart olmakla birlikte işçinin rızasının yazılı olması gerekmektedir.

Geçici iş ilişkisini düzenleyen İş K. m. 7/f.1’de, “İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle ...” denildiğinden işçinin rızasının devir sırasında alınması şart koşulmuştur. Bu durumda önceden alınan rızanın kabul edilmeyeceği açıktır¹¹⁵ (Süzek, 2014: s. 277; Aktay vd., 2013: s. 70; Çankaya/Çil, 2011: s. 382; İren, s. 285; Doğan Yenisey, 2009: s. 40; Tuncay, 2003: s. 142; Odaman, 2007: s. 59; Ekmekçi, 2004: s. 371; Ekmekçi, 2008: s. 107; Sönmez Tatar, 2011: s. 51). Geçici iş ilişkisi m. 7/f.2 gereğince, altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılacağından ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebileceğinden, işçinin yazılı rızasının her yenilemede alınması gerekir¹¹⁶ (Sümer, 2014: s. 57; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 137; Süzek, 2014: s. 278; Aktay vd., 2013: s. 71; Alp, 2009: s. 313; Ekmekçi, 2004: s. 371; Özkaraca, 2008: s. 110; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 127; Sönmez Tatar, 2011: s. 52; Arslanoğlu, 2005: s. 60). Ancak bir görüşe göre, yazılı rızanın, iş sözleşmesi yapılırken alınması da mümkün olmalı ve bu şekilde alınan rıza geçerli sayılmalıdır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 368). Geçici iş ilişkisinde olduğu gibi iş sözleşmesinin devrinde de işçinin yazılı rızasının varlığı şarttır. Genel hüküm olan ve sözleşmenin devrini düzenleyen TBK. m. 205’te, sözleşmenin devri için taraflarının rızalarının varlığı aranmış; özel hüküm olan ve iş sözleşmesinin devrini düzenleyen TBK. m. 429’da, işçinin rızasının yazılı olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu rızanın alınacağı zaman konusunda her iki hükümde de bir

¹¹⁵ Aynı doğrultudaki Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9. HD. 5.7.2006, 2006/777 E., 2006/19958 K. “... Ödünç iş ilişkisi kurulması için davacı işçinin görevlendirme esnasında açıkça muvafakat şartı aranmalıdır” (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, S. 11, s. 176-177; Çankaya/Çil, 2011: s. 441); Yarg. 9. HD. 26.12.2006 T., 2006/30168 E., 2006/34624 K. sayılı karar gereğince de, “O halde, işçinin holding bünyesinde ya da aynı gruba ait şirketlerden birinden diğerine geçici olarak gönderilmesi, ancak devir anında işçinin rızasının alınmasıyla mümkün olabilir” (Çankaya/Çil, 2011: s. 432-433, 684-685; Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2007/3, S. 14, s. 245-247; Cengiz, 2014: s. 48-49, 72-74; söz konusu karar incelemesi için bkz. Doğan Yenisey, 2009: s. 39-40).

¹¹⁶ Bir görüşe göre, kanunda yenilemelerin yazılı olması gerektiği yönünde bir ibareye rastlanmamaktadır. Bu nedenle yenileme yönündeki iradelerin zimni ya da sarih bir şekilde ortaya konulması mümkün olmalıdır (Odaman, 2007: s. 59; Çankaya/Çil, 2011: s. 382).

düzenlemeye yer verilmemiştir. “*Onayın Verileceği Zaman*” başlığı altında ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi, maddenin lafzi yorumu yerine amaçsal yorum yapılması işçinin lehine olacağından iş sözleşmesi devredilecek işçinin rızasının ya devir sırasında alınması ya da işverenler arasında iş sözleşmesinin devri konusunda yapılan anlaşmaya işçinin yazılı rıza vermesi işçinin korunması ilkesine daha uygun düşecektir. Bu konuda tartışmaya yer bırakmamak için geçici iş ilişkisinde olduğu gibi iş sözleşmesinin devri halinde de işçinin rızasının devir sırasında alınması gerektiği madde hükmünde açıkça düzenlenebilirdi.

İş K. m. 7/f.1 hükmü, işçinin yazılı rızasının varlığını aradığından, sözlü rıza halinde geçici iş ilişkisi kurulamayacağı gibi işçinin rızasının olmaması halinde de geçici iş ilişkisinden söz edilemeyeceği konusunda şüphe yoktur. Bu durumda rızanın beyanında yazılı şekil, geçerlilik şartıdır¹¹⁷ (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 368; Sönmez Tatar, 2011: s. 51). Ayrıca m. 7/f.2 gereğince, “*Geçici iş ilişkisi ... yazılı olarak yapılır ...*” Buradaki yazılı şeklin de geçerlilik şartı olduğu kabul edilmelidir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 370; Çelik vd., 2014: s. 137; aksi görüş, Çankaya/Çil, 2011: s. 381; Odaman, 2007: s. 59). Nitekim TBK. m. 12/f.2’de belirtildiği üzere “*...Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. Böyle bir durumda yani kanundaki şartların yerine getirilmemesi halinde ödünç alan işveren ile işçi arasında belirsiz süreli bir iş sözleşmesi kurulduğundan söz edilebilecektir. Çünkü bu durumda, İş K. m. 11 gereğince, belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması için gereken objektif koşullardan birinin mevcudiyeti söz konusu değildir (Odaman, 2007: s. 61).

Geçici iş ilişkisinin kurulması ile birlikte işçi, iş sözleşmesiyle kendi işverenine karşı yüklendiği işi, geçici işverene karşı ifa ile yükümlü olmaktadır. Yani işçi, iş görme borcunu geçici bir süre için geçici işverene karşı yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 376, 378; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 2014: s. 137; Süzek, 2014: s. 279; Aktay vd., 2013: s. 70-71; Günay, 2007: s. 62-63; Çankaya/Çil, 2011: s. 394; İren, 2011: s. 286; Ekonomi, 2008: s. 233; Tuncay, 2003: s. 142; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 124;

¹¹⁷ Bir görüşe göre, bu ilişkinin sözlü rıza ile kurulmuş olması veya daha önce izin alınmaksızın gerçekleşmiş olması halinde sonradan alınacak yazılı izin (icazet) ile baştan itibaren bu hukuki ilişkinin tesis edildiği de kabul edilmelidir (Çankaya/Çil, 2011: s. 380-381); Odaman, 2007: s. 59.

Ekmekçi, 2004: s. 377; Sönmez Tatar, 2011: s. 52). Bunun karşılığı olarak, m. 7/f.1 'de belirtildiği gibi, talimat verme hakkı geçici işverene geçmektedir. Ancak geçici işveren bu hakkını yönetim hakkı sınırlarına uygun olarak kullanabilir (Sümer, 2009: s. 58-59; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 376, 378; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 138; Süzek, 2014: s. 279-280; Aktay vd.; 2013: s. 71; Günay, 2007: s. 62-63; İren, 2011: s. 286-287; Çifter/Demir, 2007/2: s. 11; Tuncay, 2003: s. 142; Kılıçoğlu, 2009: s. 129; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 133-134; Sönmez Tatar, 2011: s. 52). İşçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin de yıllık izin hakkının kullanılması gibi konularda yönetim hakkı çerçevesinde işçiye talimat verme yetkisi vardır (Süzek, 2012: s. 280; Çelik vd., 2014: s. 138; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 373; İren, 2011: s. 287; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 129). Talimat verme hakkının karşılığı olarak işçinin itaat borcu vardır (Süzek, 2014: s. 279; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 375; İren, 2011: s. 287). İş K. m. 7/f.3'de belirtildiği üzere, hem işverenin hem de geçici işverenin, işçiyi koruma ve gözetme borcu vardır. Kanundaki ifade ile geçici işveren, *“işçinin kendisinde çalıştığı sürede ... işçiyi gözetme borcundan ... işveren ile birlikte sorumludur”*. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu¹¹⁸ m. 17/f.6 gereğince de, *“Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlar”*. Yani geçici işveren, işçiye iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı gerekli eğitimi vermeye yükümlüdür (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 376-377; Süzek, 2014: s. 281; Çankaya/Çil, 2014: s. 394; İren, 2011: s. 288 vd.; Özdemir, 2010, s. 28; Çifter/Demir,2007/2: s. 13; Tuncay, 2003: s. 142; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 134; Ekmekçi, 2004: s. 375; Sönmez Tatar, 2011: s. 52). İşçi, hem geçici işçi veren hem de geçici işçi alan işverene karşı sadakat borcu altındadır (Sümer, 2009: s. 60; Çelik vd., 2014: s. 138; Süzek, 2014: s. 279; Aktay vd., 2013: s. 72; İren, 2011: s. 287; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 130, 134; Ekmekçi, 2004: s. 374). Eşit davranma borcu, her iki işveren için de söz konusudur (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 377; Çelik vd., 2014: s. 138-139; Süzek, 2014: s. 281; Aktay vd., 2013: s. 71).

Geçici iş ilişkisi, işveren ile geçici işveren arasında yapılan geçici işçi verme sözleşmesinde öngörülen sürenin dolmasıyla ya da işveren ile işçi arasındaki iş

¹¹⁸ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (Kabul Tarihi: 20.06.2012, RG. 28339 sayı ve 30.06.2012 tarih).

sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesiyle (örneğin işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli olması ve sözleşmenin süresinin dolması, işçinin ölmesi, iş sözleşmesinin fesihle sona ermesi ya da tarafların anlaşması ile sona ermesi gibi) ya da geçici işçi verme sözleşmesindeki sürenin dolmasından önce tarafların anlaşmasıyla sona erer (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 381; Sümer, 2009: s. 57; Süzek, 2014: s. 286; Aktay vd., 2013: s. 71; Ekmekçi, 2004: s. 381; Ekmekçi, 2008: s. 117; Çifter/Demir, 2007/2: s. 17; Çankaya/Çil, 2011: s. 401-402).

Geçici iş ilişkisinin azami süresinin bitmesine rağmen işçi, kendi işyerine dönmez ve geçici işverenin yanında çalışmaya devam ederse, bir görüşe göre, işçinin kendi işvereni ile olan iş sözleşmesini sona erdirdiği ve geçici işverenle yeni bir iş sözleşmesi kurduğu anlamına gelir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 382; Sümer, 2009: s. 57; Süzek, 2014: s. 286; Aktay vd., 2013: s. 71; Özkaraca, 2008: s. 110; Özdemir, 2010: s. 27; Ekmekçi, 2004: s. 381; Ekmekçi, 2008: s. 118; Çifter/Demir, 2007/2: s. 17; Günay, 2011: s. 117; Çankaya/Çil, 2011: s. 405; Sönmez Tatar, 2011: s. 53). Yani böyle bir durumda işçi, geçici işverenin işçisi olmaktadır. İşçinin sürenin dolmasına rağmen kendi işyerine dönmemesi, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin olması halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından usulsüz feshedildiği yani işçinin istifa ettiği, iş sözleşmesinin belirli süreli olması halinde ise iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı bir neden olmaksızın yani haksız olarak feshedildiği anlamına gelir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 382; Sümer, 2009: s. 57-58; Süzek, 2012: s. 286; Çankaya/Çil, 2011: s. 389; Cengiz, 2014: s. 179; aynı mahiyette, Odaman, 2007: s. 247). Bir başka görüş ise kural olarak geçici iş ilişkisinin geçici süresi aşıldığında, ödünç veren ve ödünç alan işverenlerin birlikte işveren haline geldiklerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (Alp, 2007: s. 196; Cengiz, 2014: s. 174-175). *ALP*'e göre, ödünç veren işveren, sözleşmenin feshi veya işçinin kabulüne dayanan bir şekilde sözleşmenin devri işlemlerinden birine başvurmadığı sürece iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerden kurtulmasını haklı gösteren bir durum söz konusu değildir. İşçinin yazılı rızası olmadıkça işverenler arasındaki açık veya örtülü anlaşma da sözleşmenin devri sonucunu doğurmayacağından, böyle bir durumda sözleşmeye katılma sonucunun doğduğu ve ödünç verenin işveren niteliği sona ermeden ödünç alanın işveren olarak sözleşmeye dahil olduğu sonucuna varılmalıdır (Alp, 2007: s.196-197; Alp, 2009: s. 313-314). Geçici iş ilişkisinde sürenin aşılması konusu

üzerinde tartışılmamış olmakla birlikte, Alman ve Avusturya hukuklarında işçinin holding bünyesinde bir şirketten diğerine nakli veya tayini halinde yeni işverenin sözleşmeye katılması yolu ile tek bir sözleşmede birden çok işverenin olacağı kabul edilmektedir. Somut olayın özelliklerinin sözleşme devrini kabul etmeyi gerektirdiği, örneğin işçinin işverenler arasındaki anlaşmadan haberdar olup itiraz etmediğinin anlaşılabilirliği durumlar saklıdır. İşçinin bu durumda iki işvereni birden bulunmakta, iki işveren de iş hukuku kurallarının ve sözleşmeden doğan hakların muhatabı haline gelmektedirler (Henssler, 1983, s. 55 vd.; Windbichler, 1989, s. 71, 115; Kreil 1996, s. 75; aynı hususa dikkat çekenler Alp, 2007: s. 196-197; Cengiz, 2014: s. 175). Geçici iş ilişkisinin süresinin dolmasına rağmen her üç tarafın da iradesi, işçinin geçici işverenin işyerinde çalışması konusunda birleşiyorsa, bu durum iş sözleşmesinin geçici işverene devri olarak kabul edilmelidir (Mollamahmutoglu vd., 2014: s. 382; Çil, 2010: s. 183; Çankaya/Çil, 2011: s. 403, 643; Cengiz, 2014: s. 179). Hatta geçici iş ilişkisi için öngörülen süre sona erdiği halde, işçi geçici işverenin yanında çalışmaya devam ederse, tarafların örtülü (kapalı/zımnî) iradelerinin, işin görülmesinin talep hakkının sürekli olarak geçici işverene geçtiği, diğer bir ifadeyle iş sözleşmesinin devredildiği yönünde olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (Ekonomi, 2008: s. 246-247; Çankaya/Çil, 2011: s. 404-405; Tuncay, 2003: s. 143; Cengiz, 2014: s. 180). Yani işçinin, geçici iş ilişkisinde süre sonunda ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesi ve her iki işverenin de bu duruma ses çıkarmaması iş sözleşmesinin devri olarak değerlendirilebilecektir (Çankaya/Çil, 2011: s. 404, 643-644). Burada hatırlanması gereken husus, TBK. m. 429'da belirtildiği üzere, işçinin yazılı rızası olmadıkça işverenler arasındaki açık veya örtülü anlaşma sözleşme devri sonucunu doğurmaz. İşçinin kendi işvereni ile olan iş sözleşmesini sona erdirdiği ve geçici işverenle yeni bir iş sözleşmesi kurduğu kabul edildiğinde, işçi bildirim süresine ilişkin haklarını ve kıdem tazminatı hakkını kaybedecek, ayrıca kıdeme bağlı haklarında esas alınacak sürenin hesabında önceki işverenin işyerinde geçen hizmet süreleri göz önüne alınmayacak hatta önceki işverenine ihbar tazminatı ödemek zorunda kalacaktır (Ekonomi, 2008: s. 246; Odaman, 2007: s. 247). Ancak geçici iş ilişkisinde geçici sürenin aşıldığı her durumda iş sözleşmesinin devrinin gerçekleştiği kabul edilmez (Çankaya/Çil, 2011: s. 644). Konuya ilişkin Yargıtay kararı gereğince, *“Geçici iş ilişkisinde sürenin bitiminde ödünç alan işyerinde çalışmaya devam eden işçi ödünç alanın işçisi olur.*

*Tarafların ortak iradeleri ile gerçekleşen bu işlem, hizmet akdi devri olarak adlandırılmalıdır. Ancak, bu uygulamaya sürekli işverenin rızası hilafına gidilmiş ve işçi ile ödünç alan işverenin anlaşması suretiyle işçi süresi sona eren geçici iş ilişkisinde ödünç alanın işçisi olarak çalışmaya devam ediyorsa, ödünç veren işverene ait işyerinden işçinin ayrıldığı kabul edilmelidir*¹¹⁹. Yargıtay'ın bir başka kararına göre, geçici iş ilişkisi süresinin sonunda işçinin işine dönmesi istenildiğinde işine dönmemesi durumunda iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın sona erdirdiği, ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanamayacağı kabul edilmelidir¹²⁰. Görüldüğü gibi Yargıtay böyle bir durumda, işçi tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği sonucuna varmıştır. Bu durumda, işçi ile geçici işveren arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulduğu, ancak geçici işverenin İş K. m. 23 hükümlerine göre işverene karşı sorumlu olduğu belirtilmiştir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 382; Odaman, 2007: s. 247; Ekonomi, 2008: s. 246-247; Cengiz, 2014: s. 179). Geçici iş ilişkisinin sona ermesi üzerine işçinin işyerine geri dönmek istemesi işverenin işçiyi çalıştırmaması halinde ise iş sözleşmesinin işveren tarafından duruma göre geçersiz veya haksız feshi söz konusu olur (Süzek, 2014: s. 287; Alp, 2009: s. 314; Çankaya/Çil, 2011: s. 389).

2.4.2. İş Sözleşmesinin Devrinden Farkı

Geçici iş ilişkisinde, işveren ile işçi arasında iş sözleşmesi, işveren ile geçici işveren arasında geçici işçi verme sözleşmesi, geçici işveren ile işçi arasında da iş sözleşmesi ilişkisine benzer (sözleşme benzeri) bir ilişki vardır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 366; Süzek, 2014: s. 278; Akyiğit, 2001: s. 48; Özkaraca, 2008: s. 108; Odaman, 2007: s. 16; İren, 2011: s. 284; Sönmez Tatar, 2011: s. 51; Cengiz, 2014: s. 173). Geçici iş ilişkisinde, işçinin kendi işvereni ile yapmış olduğu iş sözleşmesi devam ettiği için, geçici olarak yanında çalıştığı işveren ile yeni bir iş sözleşmesi yapılmamaktadır. Burada işveren, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı bulunan işçinin rızasını almak şartıyla, iş görme edimini talep hakkını geçici bir süre için bir başka işverene devretmektedir (Süzek, 2014: s. 278, 331; Başbuğ, 2003: s. 13; Akyiğit,

¹¹⁹ Yarg. 9. HD. 16.06.2008 T., 2007/41042 E., 2008/15622 K. (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 137; Odaman, 2007: s. 245-246; Çankaya/Çil, 2011: s. 420-422, 674-676; Çil, 2010: s. 182-184).

¹²⁰ Yarg. 9 HD. 22.09.2003 T., 2003/2572 E., 2003/15250 K. (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 137; Özkaraca, 2008: s. 110; Çankaya/Çil, 2011: s. 643 vd.).

2001: s. 47; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 136; Odaman, 2007: s. 17; İren, 2011: s. 286; Ekonomi, 2008: s. 232-233; Alp, 2009: s. 305; Çankaya/Çil, 2011: s. 379; Ekmekçi, 2004: s. 372; Danar, 2007: s. 64; Kocagil, 2011: s. 53; Cengiz, 2014: s. 172). İş K. m. 7/f.2’de belirtildiği üzere, “*Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir*”. Yani geçici iş ilişkisi ancak geçici bir süre için kurulabilmektedir. İşte bu noktada geçici iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin devri arasındaki fark ortaya çıkmaktadır. Geçici iş ilişkisinde, iş sözleşmesinin tarafı olan işveren sıfatında bir değişiklik meydana gelmemekte yani işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi devam etmekte, işçi iş görme edimini geçici bir süre için bir başka işverene karşı yerine getirmektedir. Yani geçici iş ilişkisinde, işçi geçici bir süre için bir başka işverene devredilmektedir. İş sözleşmesinin devrinde ise önceki işveren, iş sözleşmesinin tarafı olma niteliğini kaybetmekte yani iş sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlarını devrettiğinden işçi ile arasındaki hukuki ilişki sona ermekte, onun yerini yeni işveren kesin ve sürekli olarak almakta ve iş ilişkisi işçi ile yeni işveren arasında devam etmektedir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 385-386; Sümer, 2009: s. 72; Süzek, 2010: s. 23; Ekonomi, 2008: s. 237; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1202; Özkaraca, 2008: s. 108-109, 132-133; Alpagut, 2011: s. 920; Alp, 2005: s. 199; Alp, 2009: s. 305; Şahlanan, 2011: s. 104; Alpagut, 2003: s. 130-131; Arslanoğlu, 2006: s. 535; Sönmez Tatar, 2011: s. 61; Danar, 2007: s. 64-65; Kocagil, 2011: s. 53; Cengiz, 2014: s. 173, 175). Yani iş sözleşmesinin devrinde, geçici iş ilişkisinden farklı olarak, işçinin kesin ve sürekli bir şekilde bir başka işverene devredilmesi nedeniyle işveren tarafının değişmesi söz konusudur.

Geçici iş ilişkisi ile iş sözleşmesinin devri arasındaki farkı bir örnekle şu şekilde açıklayabiliriz: İşveren A ile işveren B olmak üzere iki işveren olduğunu ve işverenin A’ya iş sözleşmesi ile bağlı olan işçi C olduğunu varsayalım. Eğer işveren A, işçisi C’yi belli bir süre için işveren B’ye gönderiyorsa, iş sözleşmesi işveren A ile devam ettiği için, bu durumda geçici iş ilişkisi kurulmuş olur. Ancak işveren A, işçi C’yi sürekli bir şekilde işveren B’ye devrediyorsa, bu durumda iş sözleşmesinin devri söz konusu olur. Yani işçinin bir başka işverene devri, iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar devredilmeden gerçekleşiyorsa geçici iş ilişkisi; hak ve borçlarla birlikte gerçekleşiyorsa iş sözleşmesinin devri söz konusu olmaktadır.

Geçici iş ilişkisinde İş K. m. 7’de belirtildiği üzere, işçi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilebilir. İş sözleşmesinin devrinde ise geçici iş ilişkisinde olduğu gibi İş K. m. 7’de belirtilen koşullardan birinin varlığı aranmamaktadır (Çankaya/Çil, 2011: s. 643, 651; Danar, 2007: s. 65). Yani tarafların anlaşması durumunda iş sözleşmesi devredilen işçi, devralan işverene ait işyerinde önceki işinden çok farklı bir alanda da çalışabilecektir (Çankaya/Çil, 2011: s. 643, 651; aynı hususa dikkat çeken Cengiz, 2014: s. 152, 181). Örneğin daha önce üretim sürecinde çalışan bir işçi, iş sözleşmesinin devri ile kararlaştırılması durumunda devralan işverene ait işyerinde muhasebe işlerinde de çalışabilecektir. Burada önemli olan tarafların iradelerinin bu yönde birleşmesidir (Çankaya/Çil, 2011: s. 651).

Geçici iş ilişkisinde işçi, ödünç alan işverenin işçisi olmadığından, başka bir ifadeyle ödünç alan işveren ile işçi arasında iş sözleşmesi bulunmadığından, ödünç alan işverenin işçiyi bir başka işverene geçici olarak devretmesi mümkün değildir (Ekmekçi, 2004: s. 373; Danar, 2007: s. 65). İş sözleşmesinin devrinde ise devreden işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçtiğinden, devralan işveren devir tarihinden itibaren işçinin yeni işverenidir ve devralan işverenin işçiyi başka bir işverene geçici olarak devretmesi mümkündür (Danar, 2007: s. 65).

Geçici iş ilişkisinde İş K. m. 7/f.3 uyarınca, “*Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur*”. İş sözleşmesinin devrinde ise devreden işverenin devir tarihinden önce doğan borçlardan sorumluluğu hakkındaki tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa, devirle birlikte sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar devralan işverene geçmektedir.

2.5. İş Aracılığı

2.5.1. İş Aracılığı Kavramı

İş sözleşmesinin kurulmasına aracılık ya da yaygın olarak ifade edildiği gibi iş aracılığı, iş arayan kişilerle, işçi arayan işverenler arasında yürütülen ve taraflar arasında bir iş sözleşmesinin kurulmasını sağlama amacı taşıyan aracılık faaliyeti şeklinde tanımlanmaktadır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 567; Ekmekçi, 2008: s. 103; Odaman, 2007: s. 36; Engin, 2002: s. 7-8). Daha genel bir ifadeyle, iş aracılığı denildiğinde; iş arayana iş, işçi arayana işçi bulmaya yönelmiş bir uğraş anlaşılmaktadır (Akyiğit, 2010: s. 33; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 571; Odaman, 2007: s. 33; Bozkurt, 2011: s. 1520; Özel istihdam büroları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt, 2011: s. 1519-1537). İş aracılığında; aracı, iş arayan ve işçi arayan olmak üzere üç taraf mevcuttur. İş aracılığının, geçici veya sürekli, ücretli veya ücretsiz, devlet eliyle ya da özel kişi ve kuruluşlar tarafından yapılması, yurt içi veya yurt dışına aracılık biçiminde yapılması mümkündür (Akyiğit, 2010: s. 33). Bu kurum, 4857 sayılı İş Kanununun “iş ve işçi bulmaya aracılık” kenar başlıklı 90. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “İş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık görevi, Türkiye İş Kurumu ve bu hususta izin verilen özel istihdam bürolarınca yerine getirilir”.

Türkiye İş Kurumunun amacı, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu¹²¹ m. 1’de belirtildiği üzere, istihdamın korunmasına, geliştirilmesine, yaygınlaştırılmasına ve işsizliğin önlenmesi faaliyetlerine yardımcı olmak ve işsizlik sigortası hizmetlerini yürütmektir. Bu amaç doğrultusunda kurumun görevlerinden biri, TİKK m. 3/d’te, “İşçi isteme ve iş aramanın düzene bağlanmasına ilişkin çalışmalar yapmak, işgücünün yurt içinde ve yurt dışında uygun oldukları işlere yerleştirilmelerine ve çeşitli işler için uygun işgücü bulunmasına ve yurt dışı hizmet akitlerinin yapılmasına aracılık etmek, istihdamında güçlük çekilen işgücü ile işyerlerinin yasal olarak çalıştırmak zorunda oldukları işgücünün istihdamlarına katkıda bulunmak, özel istihdam bürolarına ilişkin Kuruma verilen görevleri yerine getirmek, işverenlerin

¹²¹ Kabul Tarihi: 25.06.2003, RG. 25159 sayı ve 05.07.2003 tarih.

yurt dışında kendi iş ve faaliyetlerinde çalıştıracağı işçileri temin etmesi ile tarım işlerinde ücretli iş ve işçi bulma aracılığına izin verilmesi ve kaldırılmasına ilişkin işlemleri yapmak” şeklinde ifade edilmiştir.

TİKK m. 1/f.2’de, “...işçi statüsünde çalışmayan memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve diğer kamu görevlilerinin istihdamı hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz” şeklinde ifade edilen düzenlenmenin sonucu olarak, iş sözleşmesi dışındaki sözleşmelerle çalışanlar bu kanunun kapsamına girmeyecekleri için bu kanundan yararlanamayacaklardır. Yani iş sözleşmesi dışında bir sözleşmenin kurulmasına Türkiye İş Kurumu aracılık edemeyecektir (Süzek, 2014: s. 845).

Aracı ile taraflardan herhangi biri arasında iş sözleşmesi ya da eser sözleşmesi bulunmamaktadır. Bu nedenle aracı işveren sıfatına sahip değildir ve iş aracısı kanalıyla işe giren işçiye karşı aracının sorumluluğu bulunmayıp sadece işvereni sorumlu olmaktadır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 571; Akyiğit, 2010: s. 34; Çelik vd., 2014: s. 141; Engin, 2002: s. 7-8). Aracının görevi, iş arayan ile işçi arayanı bir araya getirmekle yani iş arayan kişi ile işveren arasında bir iş sözleşmesinin kurulması ile sona ermektedir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 571; Akyiğit, 2010: s. 33). Bir görüşe göre, iş aracılığı üçlü bir ilişki niteliğinde değil iken (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 571); diğer görüşe göre iş aracılığı da iş hukukuna ilişkin üçlü bir ilişkidir (Akyiğit, 2010: s. 33).

2.5.2. İş Sözleşmesinin Devrinden Farkı

İş sözleşmesinin devri kurumu ile iş aracılığı arasındaki en önemli fark; iş sözleşmesi devredilen işçi ile sözleşmeyi devreden işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmasına rağmen iş aracılığında aracı kurum ile işe alınacak kişi arasında bir iş sözleşmesinin bulunmamasıdır.

Aracı ile taraflardan herhangi biri arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığı için aracı, işveren sıfatına sahip değildir. Ancak iş sözleşmesinin devrinde işçiyi devreden işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmaktadır ve devreden, işveren sıfatına sahiptir.

İş aracılığında işe giren işçiye karşı aracının sorumluluğu bulunmamaktadır (Akyiğit, 2010: s. 34; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 571; Engin, 2002: s. 7-8). İş sözleşmesinin devri halinde ise sözleşmeyi devreden işveren, sözleşmesi devredilen işçiye karşı devirden önce doğmuş ve muaccel olmuş alacaklar yönünden sorumludur.

İş aracılığında temel amaç, işçi arayan ve iş arayan kişilerin arasında bir iş sözleşmesi yapılmasını sağlamaktır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 567; Odaman, 2007: s. 36; Ekmekçi, 2008: s. 103; Engin, 2002: s. 7-8). İş sözleşmesinin devrinde ise sözleşmeyi devreden işveren ile işçi arasında zaten bir iş sözleşmesi bulunmaktadır. Bu nedenle bu kurumun amacı; zaten bir iş sözleşmesiyle bir işverene bağlı olan işçinin, sözleşmenin tüm hak ve borçlarıyla birlikte sürekli olarak başka bir işverene devridir.

3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN ŞARTLARI

İş sözleşmesinin devrinin şartlarını belirlerken hem TBK. m. 429 hem de TBK. m. 205 hükümlerinin bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir iş sözleşmesinin devri için aşağıdaki şartların varlığı gerekir.

3.1. Geçerli Bir İş Sözleşmesinin Bulunması

Sözleşmenin devrinin hem ani edimli borç ilişkilerinde hem de sürekli borç ilişkilerinde mümkün olduğunu daha önce belirtmiştik (Ayrancı, 2003: s. 93; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1214; Kocagil, 2011: s. 48; Yavuz, 2012: s. 287; Cengiz, 2014: s. 21, 98). İş sözleşmesi de sürekli bir sözleşme olduğundan yani sürekli bir borç ilişkisi kurduğundan devri mümkündür (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1214; Yavuz, 2012: s. 287). İş sözleşmesinin devredilebilmesi için geçerli bir iş sözleşmesinin bulunması şarttır (Ayrancı, 2003: s. 92; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1214; Çankaya/Çil, 2011: s. 642; Özkaraca, 2008: s. 123; Arslanoğlu, 2006: s. 540; Caniklioğlu, 2002/1, s. 36; Sönmez Tatar, 2011: s. 58; Cengiz, 2014: s. 97).

TBK. m. 1 hükmüne göre; “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”. Bu uyum sağlanmadığı sürece sözleşme kurulamaz (Eren, 2014: s. 200 vd., 227, 229 vd.; Kılıçoğlu, 2012: s. 53; Antalya, 2012: s. 146-147, 156 vd.; Zevkliler vd., 2013: s. 78-79). Maddeden de anlaşıldığı gibi, bir sözleşmenin kurulması için en az iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir. İş sözleşmenin devredilebilmesi için de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelmiş olan geçerli bir iş sözleşmesinin bulunması gerekir.

Geçersizlik, sözleşmenin kurucu unsurları ile değil, geçerlilik unsurları ile ilgilidir. Kurucu unsurlar, sözleşmeyi kurmakta; geçerlilik unsurları ise kurulmuş bir sözleşmenin geçerli hukuki sonuçlar doğurmasını sağlamaktadır. Geçersizlik ancak sözleşme kurulduktan sonra söz konusu olmaktadır. Hukuki işlemde kurucu unsurlar tamam olmakla birlikte, yani tarafların iradeleri karşılıklı ve birbirine uygun olmakla birlikte, geçerlilik koşullarından biri yoksa hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür yani butlanla sakattır (Eren, 2014: s. 120, 122-123, 331 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 581 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 179 vd.; Antalya, 2012: s. 96; Kılıçoğlu, 2012: s. 84 vd.). Batıl bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olduğu için hiçbir zaman geçerlilik kazanamaz ve hiçbir hukuki sonuç doğurmaz (Eren, 2014: s. 334; Tekinay vd., 1993: s. 376; Reisoğlu, 2013: s. 145; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 581; Antalya, 2012: s. 97; von Tuhr, 1983: s. 222, 225).

İş sözleşmesi, bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan iş sözleşmesinin yapılması için genel ehliyet kuralları geçerlidir. Buna göre, sözleşmede taraf olabilmek için hak ehliyetine yani gerçek veya tüzel kişiliğe sahip olmak şarttır. Ayrıca tarafların fiil ehliyetine de sahip olmaları gerekir (Eren, 2014: s. 228; ayrıca bkz. Akyiğit, 1991: s. 11-12; Akyiğit, 2008: s. 438; Süzek, 2014: s. 291; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 486; Çelik vd., 2014: s. 149). Fiil ehliyetinin koşulları TMK. m. 10 ile m. 13 arasında düzenlenmiştir. Fiil ehliyeti için tarafların ayırt etme gücüne sahip olmaları, ergin olmaları ve kısıtlı olmamaları gerekir. TMK. m. 14 gereğince, “Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur”. Eğer taraflardan biri veya her ikisi fiil ehliyetine sahip değil ise ve buna rağmen iş sözleşmesi yapmışlarsa, yaptıkları iş sözleşmesi geçersiz

(hükümsüz/batıl) olur (Eren, 2014: s. 229; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 180-181; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 149; Şakar, 2011: s. 55; Cengiz, 2014: s. 99). TMK. m. 16/f.1 gereğince, “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler...*” Yani bu kişiler yasal temsilcilerinin rızası varsa iş sözleşmesi yapabilirler ve yaptıkları bu iş sözleşmesi geçerli olur (TMK. m. 16/f.1, m. 343, m. 451).

TBK. m. 27/f.1 gereğince, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. Bu hüküm ile sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenmiştir. TBK. m. 12’ye göre, “*Sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*”. Bu genel kuralın tekrarı İş K. m. 8/f.1 ile yapılmış ve iş sözleşmesinin, kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi olmadığı belirtilmiştir. Eğer kanunda bir şekil şartı öngörülmüşse, TBK. m. 13’te belirtildiği gibi, sözleşme kanunun aradığı şekle uygun olarak yapılmalıdır. TBK. m. 12/f.2’de belirtildiği üzere “*...Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, işlemi yapan kişinin ayırt etme gücünün bulunmayışı ya da işlemin muvazaalı olması gibi hallerde de hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür (Eren, 2014: s. 332 vd.; Reisoğlu, 2013: s. 146; Tekinay vd., 1993: s. 383 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 581; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 81 vd., 180-181; Antalya, 2012: s. 101 vd.; von Tuhr, 1983: s. 221-222; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 560; Süzek, 2014: s. 313). Bu unsurlar bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması için şarttır. Borçlar hukukunda geçersizlik geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır yani bu işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılmaktadır (Tekinay vd., 1993: s. 376; Reisoğlu, 2013: s. 146; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 560; Süzek, 2014: s. 318; Tunçomağ/Centel, 2013: s. 90; Güzel, 1987: s. 333-334; Gümüş, 2013: s. 394; Zevkliler vd., 2013: s. 154; Narmanlıoğlu, 2014: s. 243; Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 237).

Borçlar hukukunun geçersizlik sebepleri, bir borçlar hukuku sözleşmesi olan iş sözleşmeleri için de uygulama alanı bulur. Bu durumda iş sözleşmesi de yapıldığı sırada geçerlilik koşullarından birini taşııyorsa yani yukarıda belirtildiği üzere; kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına, ahlaka aykırı ise

ya da konusu imkansız ise, taraflardan biri veya her ikisi ayırt etme gücünden yoksunsa, kanunun aradığı şekil şartına uyulmamışsa, işlem muvazaalı ise bu işlemler geçersizdir (Eren, 2014: s. 332; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 81 vd., 180-181; Antalya, 2012: s. 101 vd.; Kılıçoğlu, 2012: s. 84 vd.; Süzek, 2014: s. 313; Güzel, 1987: s. 333; Akyiğit, 2008: s. 454, 458; Yavuzvd., 2012: s. 851; von Tuhr, 1983: s. 221-222, 230 vd.; Cengiz, 2014: s. 101). Ancak doktrinde de belirtildiği üzere, iş hukukunda geçersizlik geleceğe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Çünkü iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması, işçinin çalıştığı sürelerle ilişkin haklarını alamaması sonucuna sebep olacağından ve iş görme ediminin iadesi mümkün olmayacağından iş hukukundaki işçinin korunması ilkesine aykırı düşecektir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 561-562; Süzek, 2014: s. 318 vd.; Çelik vd., 2014: s. 162; Tunçomağ/Centel, 2013: s. 91; Güzel, 1987: s. 333; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1215; Gümüş, 2013: s. 394; Yavuz, 2012: s. 575; Yavuz vd., 2012: s. 854; Uygur, 2012: s. 1963; Narmanlıoğlu, 2014: s. 244-245; Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 237; Kocagil, 2011: s. 51; Akyiğit, 1991: s. 17). Bu durumda şekil şartının geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi halinde dahi, şekil şartına uyulmadan yapılan iş sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülmediği sürece geçerli bir sözleşme olarak hüküm doğuracak ve şekil şartına uyulmadan yapılan bir iş sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülmediği sürece devri mümkün olacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1215-1216; aynı görüşe katılan Arslanoğlu, 2006: s. 540-541; Kocagil, 2011: s. 51). Yani iş hukukunda geçersizliğin geleceğe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğurması nedeniyle, geçersizliğin ileri sürüldüğü tarihe kadar sözleşmenin devri mümkündür (Çankaya/Çil, 2011: s. 642). Bununla birlikte doktrinde, geçersiz bir sözleşme üzerine, geçerli bir hukuki işlem (devir sözleşmesi) tesis etmenin mümkün olmadığını ileri sürenler de vardır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 387; Cengiz, 2014: s. 102). Ancak kanaatimizce, geçersiz bir sözleşme üzerine, geçerli bir hukuki işlem tesis etmek mümkün olmasa da, iş hukukunda geçersizliğin geleceğe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğurması nedeniyle, geçersizliğin ileri sürüldüğü tarihe kadar sözleşmenin devrinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Burada şunu belirtmek gerekir ki, doktrinde kabul edildiği üzere, iş sözleşmesinin geçersizliği halinde bu geçersizliğin geleceğe yönelik olarak hüküm

doğurması; küçük ve kadınların çalıştırılması yasaklarına aykırılık, kanunun aradığı şekle aykırılık gibi kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal etmeyen hallerle sınırlandırılmıştır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 563; Uygur, 2012: s. 1963; Akyiğit, 2008: s. 459; Narmanlıoğlu, 2014: s. 244; Cengiz, 2014: s. 102). Sözleşmenin konusu kesin emredici kanun hükümlerine, ahlaka aykırılığın ağır olduğu yani kamu düzeni bakımından kesinlikle kabul edilemez bir aykırılığın söz konusu olduğu hallerde, örneğin sözleşmenin konusu fuhuş, kalpazanlık, kaçakçılık vb. ise geçersizlik geçmişe yönelik olarak yani baştan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağından (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 563; Aktay vd., 2013: s. 90; Tunçomağ/Centel, 2013: s. 91-92; Süzek, 2014: s. 323; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216; Uygur, 2012: s. 1963; Kocagil, 2011: s. 51; Akyiğit, 2008: s. 459; Akyiğit, 1991: s. 15; Aydınli, 1998: s. 318; aynı yazı Çimento İşveren Dergisi, Mart 1998, C. 12, S. 2, s. 321; Narmanlıoğlu, 2014: s. 245; Cengiz, 2014: s. 103), böyle bir iş sözleşmesinin devri mümkün olmayacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216; Kocagil, 2011: s. 5).

İş sözleşmesinin yapılması sırasında iradeyi sakatlayan hallerden (yanılma, aldatma, korkutma) birinin bulunması halinde, iptal davası ile sözleşmenin ortadan kaldırılması mümkündür. Bu hallerde, sözleşme geçerli olarak doğmuştur, ancak sözleşmeye devam edip etmeme tarafların iradesine bırakılmıştır (Güzel, 1987: s. 334; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 163; Akyiğit, 2008: s. 454; Narmanlıoğlu, 2014: s. 246; Kocagil, 2011: s. 52). Yani iradeyi sakatlayan hallerden birinin varlığı halinde, iptal hakkı kullanılıncaya kadar sözleşme ilişkisi geçerlidir (Tekinay vd., 1993: s. 452; Eren, 2014: s. 409 vd.; Özkaya, 2000: s. 449-450; Ruhi, 2011: s. 31; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 115; von Tuhr, 1983: s. 226-227). Sözleşmenin iptaline karar verilmesi halinde, yukarıda da belirtildiği gibi, borçlar hukuku kurallarına göre sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılacak yani ortadan kalkmış olacaktır (Tekinay vd., 1993: s. 376; Reisoğlu, 2013: s. 146; Kocayusufpaşaoğlu, 2008: s. 586; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 566; Süzek, 2014: s. 318; Tunçomağ/Centel, 2013: s. 90; Güzel, 1987: s. 334; Gümüş, 2013: s. 394; Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 237); ancak iş sözleşmesinin geçersizliğinde olduğu gibi iptali de ileriye etkili olacaktır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 566; Süzek, 2014: s. 318, 325; Çelik vd., 2014: s. 162; Tunçomağ/Centel, 2013: s. 91; Güzel, 1987: s. 333-334; Ekonomi/Eyrenci,

2001: s. 1215; Gümüş, 2013: s. 394; Yavuz vd., 2012: s. 854; Narmanlıoğlu, 2014: s. 247; Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 237; Kocagil, s. 51). Sözleşme iptal edilinceye kadar varlığını devam ettireceğinden ve hükümlerini doğuracağından koşulları varsa yeni işveren tarafından iptal hakkı kullanılıncaya kadar işçilerin ücret ve diğer haklarından yeni işveren sorumlu tutulacaktır (Güzel, 1987: s. 334). Bu nedenle sözleşme iptal edilinceye kadar devri mümkündür (Güzel, 1987: s. 334; Kocagil, 2011: s. 52).

Sözleşmenin devri için mevcut bir sözleşme ilişkisi şart olduğundan ve mevcut olmayan ancak ileride kurulacak olan bir sözleşmenin devri mümkün olmadığından (Ayrancı, 2003: s. 93; Topuz/Canbolat, 2011: s. 103; Kocagil, 2011: s. 48; Cengiz, 2014: s. 98), iş sözleşmesinin devrinde de iş sözleşmesinden doğan hakların ve borçların devralan işverene geçmesi için iş sözleşmesinin devir sırasında mevcut olması gerekmektedir (Güzel, 1987: s. 329; Özkaraca, 2008: s. 166; Dulay, Şubat 2012: s. 59). İşçinin rızasının devir öncesi alınması halinde bu rızanın geçerli olup olmadığı konusunda yapılan tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa, kanaatimize göre, devir işleminin geçerli olabilmesi için işçinin rızasının devir sırasında ya da devir sözleşmesinin yapılmasından sonra alınması gerektiğinden, önceden alınmış rıza ve başlangıçta iş sözleşmesine bu yönde konulmuş bir şart geçerli olmayacaktır (Çankaya/Çil, 2011: s. 643; Çil, 2010: s. 184; Uçum, 2003: s. 41; Özkaraca, 2008: s. 123-124; Sönmez Tatar, 2011: s. 59; Yavuz, 2012: s. 645). Bu nedenle ileride yapılması düşünülen bir sözleşme için taraflar, sözleşmenin devri konusunda anlaşmış olsalar bile mevcut olmayan ancak ileride kurulacak olan bir sözleşmenin devri işlemi için önceden alınan rıza geçerli değildir (Ayrancı, 2003: s. 93; Kocagil, 2011: s. 48). Ayrıca sözleşmenin devri, devreden malvarlığına etkisi itibarıyla bir tasarruf işlemidir (Ayrancı, 2003: s. 66; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Topuz/Canbolat, 2011: s. 103; Bahadır, 2013: s. 5; Cengiz, 2014: s. 16; Larenz, 1987: s. 618; Früh, 1945: s. 8 vd.; Klimke, 2010: s. 72 vd.). Sözleşmede taraf sıfatının devri, tasarruf işlemi ile gerçekleşmekte (Ayrancı, 2003: s. 64; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Gümüş, 2011: s. 224; Früh, 1945: s. 8; Bahadır, 2013: s. 5; Cengiz, 2014: s. 16) ve sözleşmenin devri işlemi ile sözleşmedeki taraf sıfatı, sözleşmeden doğan hak ve borçlarla birlikte başkasına geçirilmekte (Güzel, 1987: s. 266; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 383; Alp, 2009: s. 303, 305; Tosun, 2012: s.

171; Klimke, 2010: s. 3, 21; Çabri, 2011: s. 3914; D’İsa, 2011: s. 1; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 616; Ayrancı, 2003: s. 66-67; Bahadır, 2013: s. 3; Cengiz, 2014: s. 16; Kılıçoğlu, 2012: s. 809) yani sözleşmenin devri işlemi ile sözleşmeden doğan haklar ve borçlar üzerinde tasarrufta bulunmaktadır (Topuz/Canbolat, 2011: s. 103; Ayrancı, 2003: s. 67; Cengiz, 2014: s. 16; Larenz, 1987: s. 618; Früh, 1945: s. 8). Ortada devre mevcut bir sözleşme yoksa ancak ileride yapılması düşünülen bir sözleşme için taraflar, sözleşmenin devri konusunda anlaşmış olsalar bile taraflar böyle bir anlaşma ile malvarlıklarında tasarruf etmiş olmayacakları için devir gerçekleşmeyecektir (Topuz/Canbolat, 2011: s. 103).

TBK. m. 394/f.3, geçersiz bir iş sözleşmesinin akıbetini düzenlemiştir. Bu maddeye göre, “*Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur*”. Hükümde yer alan “*geçersizliği sonradan anlaşılan*” ifadesi ile ilgili doktrinde yapılan tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa, kanaatimizce işçinin iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesi halinde, her ne kadar iyiniyetli olduğundan söz edilemeyecekse de madde metninde belirtildiği gibi iş sözleşmesinin geçersiz olduğu ileri sürülünceye kadar sözleşme, geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecek ve geçersizlik geçmişe değil geleceğe yönelik olarak sonuç doğuracaktır. Çünkü bu durumun aksinin düşünülmesi işçinin o ana kadar doğan haklarını alamaması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, işçi iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilse bile, bunu ileri sürmesi halinde iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ihtimali ile karşı karşıya kalacağından ve bu durum kendi aleyhine sonuç doğuracağından, iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu hiçbir zaman ileri sürmeyecek ve işvereni tarafından geçersizlik nedeniyle sözleşmesi sona erdirilmediği sürece çalışmaya devam edecektir. Ayrıca işverenin, işçi tarafından başlangıçtan itibaren iş sözleşmesinin geçersiz olduğunun bilindiğini ispat etmesi de oldukça zordur. Doktrinde de belirtildiği üzere, işveren tarafından küçüğün yaptığı sözleşmenin geçersiz olduğunun sonradan öğrenilmesi halinde, iş sözleşmesi TBK. m. 394/f.3 hükmü uyarınca, iş ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 564-565). İşçinin geçersizlik nedenini bilmesine rağmen iş bulma gücü, geçinmek zorunda olması veya başka zorunluluklar nedeniyle sözleşmeyi yapmak

zorunda kalmış olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır (Süzek, 2014: s. 322; Tunçomağ/Centel, 2013: s. 90; Soyer, 2008: s. 152). İşçinin geçmiş emeğinin ve kıdeminin yani geçmiş haklarının korunması ve işçiyi korumak için getirilmiş kuralların işçi aleyhine sonuç doğurmaması gereği olarak ve emeğin iadesinin mümkün olmaması nedeniyle geçersizliğin geriye yürütülmemesi gerekmektedir (Süzek, 2014: s. 322; Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 237; Akyiğit, 1998: s. 17; Caniklioğlu, 2013: s. 84). Bu konuda bir uyarılma yapılmalı ve İş Kanununa tabi iş ilişkileri açısından “geçersizliğin sonradan anlaşılması” koşulu aranmaksızın, geçersiz iş sözleşmesi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği kabul edilmelidir (Süzek, 2014: s. 322; Caniklioğlu, 2013: s. 85).

3.2. İş Sözleşmesinin Devredilebilir Nitelik Taşınması

Daha önce de belirttiğimiz gibi sözleşmenin devri için devir sözleşmesine konu olan borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşınması gerekir¹²² (Ayrancı, 2003: s. 95; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216; Sönmez Tatar, 2011: s. 58; Kocagil, 2011: s. 52; Yavuz, 2012: s. 281; Bahadır, 2013: s. 14; Cengiz, 2014: s. 21, 83). Bir borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşınması, borç ilişkisinden doğan hakların ve borçların devredilebilir olmasına bağlıdır (Ayrancı, 2003: s. 95; Früh, 1945: s. 97; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: s. 22, 83).

Borç ilişkisinden doğan haklar ve borçlar, şahsa bağlı ise yani şahsa bağlı bir sözleşme var ise, şahsa bağlı sözleşmelerde sözleşmenin devri söz konusu olmaz¹²³ (Ayrancı, 2003: s. 96; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216; Yavuz, 2012: s. 282; Bahadır, s. 15; Kocagil, 2011: s. 48; Cengiz, 2014: s. 84). Bir sözleşmenin şahsa bağlı olup olmasının değerlendirilmesinde, tarafların iradeleri belirleyici rol oynamaktadır (Ayrancı, 2003: s. 95; Früh, 1945: s. 97, Lanz, 1934: s. 25-27, Cengiz, 2014: s. 22, 83). Örneğin TBK. m. 429 gereğince, iş sözleşmesinin, tarafların

¹²² Yarg. 3. HD. 14.10.2004 T., 2004/9625 E., 2004/10945 K. gereğince de, “Devredilebilir nitelikte sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi, sözleşmenin taraflarının irade beyanları ile şekle tabi olmaksızın yüklenilebilir” (Yargıtay Kararları Dergisi, Aralık 2004, C. 30, S. 12, s. 1827-1829; aynı karar Yavuz, 2012: s. 287-288).

¹²³ Benzer olarak Çabri, sözleşmeye katılmadan söz edilebilmesi için yanında sözleşmeye katılan tarafın borcunun kişisel edim niteliğinde olmaması gerektiğini belirtmiştir (Çabri, 2011: s. 3917).

iradelerinden özellikle işçinin iradesinden, açık bir şekilde bu ilişkinin devredilmesini kabul ettikleri anlaşılıyorsa, bu sözleşme devredilebilir (Aynı yönde bkz. Ayrancı, 2003: s. 95; Lanz, 1934: s. 27). İşçinin rızası ile sözleşmenin işveren tarafının değişmesi, iş sözleşmesinde işverenin kişiliğinin önem taşımadığını göstermektedir.

Bir sözleşme kurulurken taraflardan birinin veya her ikisinin şahsı önemli ise “*intuitus personae*” (kişiliğin göz önünde tutuluşu) ilkesi söz konusu olur (Ayrancı, 2003: s. 96; Güzel, 1987: s. 284; Cengiz, 2014: s. 84; ayrıca bkz. Aydın, 2005: s. 23). “*Intuitus personae*” ilkesi genelde güven unsurunun önemli olduğu sözleşmelerde görülür (Ayrancı, 2003: s. 96; Cengiz, 2014: s. 84). Güven unsurunun önemli olduğu sözleşmelerden biri de iş sözleşmeleridir (Süzek, 2014: s. 227). İş sözleşmesinin özelliklerinden biri olan kişisellik özelliği gereğince iş sözleşmesi, işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşmedir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 401; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216; Süzek, 2014: s. 227; Aktay vd., 1993: s. 54; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 109; Kocagil, 2011: s. 52). İş sözleşmesinin kişisellik özelliği, işverenin iş sözleşmesini yaparken, işçinin yeteneklerini, objektif özelliklerini (mesleki bilgisi, tecrübesi gibi) ve subjektif özelliklerini (davranışları, hareketleri, ahlak ve adabı gibi) dikkate almasıdır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 401; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1217). Bu nedenle iş sözleşmelerinde “*Intuitus personae*” ilkesi işverenin kişiliği bakımından değil, özellikle işçinin kişiliği bakımından söz konusu olmaktadır¹²⁴ (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216; Ayrancı, 2003: s. 96 dn. 53; Arslanoğlu, 2006: s. 540).

TBK. m. 395 gereğince, “*Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür*”. Bu hüküm emredici nitelikte değildir. Bu nedenle işçinin taahhüt ettiği işi bizzat yapmakla yükümlü olduğu kuralının aksi kararlaştırılmış olsa bile veya bu husus durumun gereğinden anlaşılabilirse bile, işçinin işin görülmesini sürekli olarak bir başkasına devretmesi halinde, bu durum iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilmeyecektir. Çünkü iş sözleşmesinde işveren açısından işçinin kişiliği önem taşıdığından işçinin

¹²⁴ İş sözleşmesinin “*intuitus personae*” niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, 1996: s.167-195; Güzel, 1987: s. 284 vd.

değişmesi, iş sözleşmesinin içeriğinin değişmesine neden olacaktır. Bu durumda iş görme borcunu devreden işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin sona erdiği, iş görme borcunu devralan işçi ile işveren arasında yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Süzek, 2014: s. 330-331; Özkaraca, 2008: s. 121; Arslanoğlu, 2006: s. 540; Arslanoğlu, 2008: s. 29; Kocagil, 2011: s. 52-53). İşçinin kişiliğinin önemli olduğu hususu TBK. m. 395 hükmünün gerekçesinde, “*Bu maddeyle, işçinin iş görme borcunu ifade kişisel özelliğinin önemli olduğu kabul edilmiş olmaktadır*” şeklinde ifade edilmiştir.

TBK. m. 440 hükmüne göre, “*Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer*”. Bu hüküm, iş sözleşmesinde işçinin kişiliğinin önem taşıdığını yani iş sözleşmesinin işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşme olduğunu göstermektedir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1217). TBK. m. 441/f.1 gereğince, “*İşverenin ölümü hâlinde, yerini mirasçuları alır*”. TBK. m. 441/f.2 gereğince de, “*Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer*”. Genel kural, işverenin ölümü halinde iş sözleşmesinin devam etmesidir. İş sözleşmesinin işverenin kişiliğinin dikkate alınarak yapılması halinde işverenin ölümü ile iş sözleşmesinin sona ermesi istisnai bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁵ (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1217).

İş sözleşmesinin devri sadece işveren tarafından söz konusu olabilmektedir. Nitekim TBK. m. 429’da “*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir...*” denilerek bu husus açıkça belirtilmiştir. Yani hükümde, işçinin yazılı rızasının alınarak başka bir işverene sürekli olarak devredilebileceği ifadesiyle, iş sözleşmesinin devrinin ancak işveren tarafından yapılabileceği kastedilmektedir. Bu durumda iş sözleşmesinin devredilebilir nitelik taşıyıp taşımadığı, iş sözleşmesi yapılırken işverenin kişiliğinin dikkate alınıp alınmadığına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. İş sözleşmesinin işçinin yazılı rızası alınarak bir başka kişiye devri halinde sadece sözleşmenin işveren tarafı değişmiş olacaktır. İş sözleşmesinde işçinin kişiliği önem taşıdığından işçi devreden taraf olamaz. Yani devir ile sözleşmenin işçi tarafının değişmesi mümkün değildir (Arslanoğlu, 2008: s. 29; Arslanoğlu, 2006: s. 540). İşverenin

¹²⁵ istisnai durum hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Güzel, 1987: s. 156 vd.; Kocagil, 2011: s. 53.

kişiliğinin dikkate alınarak yapılan iş sözleşmelerinin devrinin mümkün olup olmadığı konusunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, istisnai bir durum olarak işverenin kişiliğinin dikkate alınarak yapılan bir iş sözleşmesinin devri mümkün olmayacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1217-1218; Güzel, 1987: s. 156 vd.; Arslanoğlu, 2006: s. 540; Kocagil, 2011: s. 53). Bir başka görüşe göre, iş sözleşmesinin işverenin kişiliğine bağlı olarak yapıldığı durumlarda da, kural olarak sözleşmenin devri mümkündür (Alpagut, 2011: s. 925; Cengiz, 2014: s. 91). Doktrinde belirtildiği üzere, serbesti tabanında sözleşme kuran kişiler; karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla, serbestiyi, ilişkinin her aşamasında, her noktaya taşıyabileceklerinden sözleşme ilişkisini bütünüyle bir başkasına geçirebilirler (Belen, 2013: s. 153). Kanaatimizce, iş sözleşmesi işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılmış olsa dahi irade serbestisi ilkesi nedeniyle sözleşmede kalan taraf olarak işçi, yanılma, aldatma ve korkutma gibi iradesini sakatlayan hallerden birinin mevcut olmaması şartıyla, iş sözleşmesinin devrine rıza gösterirse sözleşmenin devri mümkün olacaktır. Sözleşmenin devrine ilişkin genel hüküm olan TBK. m. 205, irade serbestisi ilkesini esas almıştır. İş sözleşmesinin devrine ilişkin özel hüküm olan TBK. m. 429 da işçinin yazılı rızasını aramış ve işçinin iradesine önem vermiştir. Önemli olan irade serbestisi ilkesi nedeniyle taraf iradelerinin sözleşmenin devri konusunda birleşmesidir.

3.3. İş Sözleşmesinin Sona Ermemiş Olması

İş sözleşmesinin devredilebilmesi için işçi ile devreden işveren arasında devam eden yani sona ermemiş bir iş sözleşmesinin bulunması gerekir (Ayrancı, 2003: s. 92; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216; Çankaya/Çil, 2011: s. 646; Özkaraca, 2008: s. 123; Gümüş, 2013: s. 504; Alp, 2007: s. 203; Alp, 2009: s. 303; Çankaya/Çil, 2011: s. 647; Doğan Yenisey, 2009: s. 41; Arslanoğlu, 2006: s. 540; Caniklioğlu, 2002/1: s. 36; Sönmez Tatar, 2011: s. 58; Cengiz, 2014: s. 99, 104-105). Yani bu sözleşmenin süresinin geçmemesi, iki taraflı ifa, dönme veya fesih sebebiyle sona ermemiş olması gerekir (Ayrancı, 2003: s. 92; Alp, 2009: s. 303; Cengiz, 2014: s. 142). Sona eren bir iş sözleşmesi devredilemez. Böyle bir durumda işçinin başka bir işveren yanında çalışmaya devam etmesi yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğu

anlamına gelir (Alp, 2009: s. 303). Yargıtay da bir kararında iş sözleşmesinin feshinden sonra iş sözleşmesinin devri sözleşmesi yapılamayacağını belirtmiştir¹²⁶.

Doktrinde belirtildiği üzere, belirsiz süreli iş sözleşmeleri fesih bildirim süreleri içinde devredilebilir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216; Çankaya/Çil, 2011: s. 647; Özkaraca, 2008: s. 123; Arslanoğlu, 2006: s. 541; Kocagil, 2011: s. 52; Cengiz, 2014: s. 99, 107, 145). Çünkü iş sözleşmesi bildirim sürelerinin sonuna kadar varlığını devam ettirmekte; yani iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar bildirim süresi içerisinde devam etmektedir (Güzel, 1987: s. 339-340; Süzek, 2013: s. 519, 526, 532; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 898, 911; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 265; Aktay vd., 2013: s. 178; Arslanoğlu, 2006: s. 541; Kocagil, 2011: s. 52). Sözleşmenin sadece bildirim süresi sonuna kadar devam edeceğinin bilinmesi halinde ise bu sözleşmeyi kimse devralmak istemeyeceğinden, tarafların anlaşmasıyla fesihden rücu edilerek, sözleşmeyi varlığını sürdürecektir bir duruma getirmek kaçınılmaz olacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1216). Aksi halde böyle bir sözleşmenin devralınması halinde bildirim süresi sonunda devralan işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi sona erer. Ancak taraflar iş sözleşmesinin devri sırasında bunun aksini kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinin devri sonrasında da devralan işveren ile işçi bu konuda anlaşabilirler (Çankaya/Çil, 2011: s. 646; aynı hususa dikkat çeken Cengiz, 2014: s. 146). Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan bir işçinin de sözleşme süresinin bitmesinden önce iş sözleşmesinin devri mümkündür (Çankaya/Çil, 2011: s. 646; Cengiz, 2014: s. 181).

Bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, fesih bildirimünün yapıldığı tarihte iş sözleşmesi sona ermediğinden ve bildirim süresinin sonuna kadar devam edeceğinden bu süre içerisinde devri mümkündür (Güzel, 1987: s. 341; Kocagil, 2011: s. 52).

Yargıtay, iş sözleşmesinin feshinden sonra işçinin başka işverene ait işyerinde geçen çalışmalarının iş sözleşmesinin devri niteliğinde olmadığını belirtmiştir.

¹²⁶ Yarg. 9. HD. 27.02.2006 T., 2005/22419 E., 2006/4661 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 686-687; Danar, 2007: s. 67; Cengiz, 2014: s. 104).

Yargıtay'ın isabetli kararına göre, “4857 Sayılı Yasa’da işçinin devri diye bir müesseseye yer verilmiş değildir. Yasa da düzenlenmemekle birlikte Yargıtay içtihatlarında hizmet akdinin devri kabul edilmekteyse de bu üçlü ilişkinin doğması için devreden işveren devir alan işveren ve devredilen işçinin üçlü mutabakatı gerekir. Dava konusu olayda böyle bir mutabakatın ve devrin varlığı kanutlanabilmiş değildir. Esasen mahkeme İzkaya AŞ’de ki hizmet aktinin feshedildiğini kabul ettiğinden feshedilen bir hizmet akdinin devrinden de söz edilemez”¹²⁷.

Acaba “İş sözleşmesinin askıda olduğu bir dönemde devri mümkün müdür?”

Askıda olan bir iş sözleşmesi, işçinin iş görme ve işverenin ücret ödeme borcu dışında, bütün hükümleriyle yürürlükte bulunmakta yani varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Askı süresince işçi ve işveren iş sözleşmesinin tarafı olma sıfatını kaybetmemekte; sadece işçinin iş görme borcu, işverenin de ücret ödeme borcu geçici bir süre için ertelenmiş olmaktadır (Güzel, 1987: s. 336-337; Süzek, 2014: s. 479, 495; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 765 vd.; Aktay vd., 2013: s. 166, 170). Askı süresinin sona ermesi ile iş sözleşmesi bütün hak ve borçlarıyla hükümlerini doğurmaya devam edecektir (Güzel, 1987: s. 337; Süzek, 2014: s. 499-500; Aktay vd., 2013: s. 166). Bu nedenle, askıda olan bir iş sözleşmesi varlığını devam ettirdiğinden yani sona ermiş bir iş sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, iş sözleşmesinin askıda olduğu bir dönemde işçinin yazılı rızası alınarak devri mümkündür.

3.4. Tarafların Rızalarının Olması

İş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşme yani iş sözleşmesinin devri sözleşmesi iki şekilde yapılabilir. İlk olarak devir sözleşmesi, devreden ve devralan işveren ile işçinin bir araya gelip anlaşmasıyla meydana gelebilir. İkinci olarak, devreden ile devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine işçinin onay vermesiyle sözleşmenin devri gerçekleşebilir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Süzek, 2014: s. 332; Sümer, 2009: s. 72; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Çankaya/Çil, 2011: s. 641-642; Özkaraca, 2008: s. 123; Güzel, 1987: s. 268; Gümüş,

¹²⁷ Yarg. 9. HD. 27.02.2006 T., 2005/22422 E., 2006/4664 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/3, S. 10, s. 268-269; Danar, 2007: s. 67); Yarg. 9. HD. 27.02.2006 T., 2005/22419 E., 2006/4661 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 686-687; Danar, 2007: s. 67).

2013: s. 508; Sönmez Tatar, 2011: s. 58-59; Kocagil, 2011: s. 48; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 308; Günay, 2011: s. 117-118; Ayrancı, 2003: s. 97; Akyiğit, 2001: s. 44; Alpagut, 2011: s. 923; Şahlanan, 2011: s. 104; Arslanoğlu, 2006: s. 541; Cengiz, 2014: s. 22-23, 50-51, 56, 72, 115; ayrıca bkz. Klimke, 2010: s. 95 vd.). İş sözleşmesinin devri için üç tarafın da rızasının bulunması şarttır (Ayrancı, 2003: s. 97-98; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Akyiğit, 2008: s. 344; Caniklioğlu, 2002/1: s. 36; Kocagil, 2011: s. 48; Cengiz, 2014: s. 22-23, 47 vd.). Yargıtay kararlarında da üç tarafın rızası olmadan iş sözleşmesinin devrinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Konuya ilişkin Yargıtay kararına göre, “ ... *Bu üçlü ilişkinin doğması için devreden işveren devir alan işveren ve devredilen işçinin üçlü mutabakatı gerekir*”¹²⁸. Aynı yönde bir başka Yargıtay kararına göre de, “ ... *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*”¹²⁹.

TBK. m. 429’da işçinin yazılı iradesi aranmaktadır. İşçinin yazılı iradesi ile birlikte devreden ve devralan işverenlerin iradelerinin de herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması gerekir (Alpagut, 2012: s. 34; Arslanoğlu, 2006: s. 541). İşçilik haklarının tespiti bakımından iradenin ortaya konulması önemlidir. Bu nedenle taraflar iradelerini açıkça ortaya koymalı ve bir devrin bulunup bulunmadığını veya devrin geçici mi sürekli mi olduğunu açıkça belirtmelidir (Alpagut, 2012: s. 34-35).

3.4.1. Üç Taraflı Anlaşma İle İş Sözleşmesinin Devri

İş sözleşmesinin tarafların iradelerine bağlı olarak devrinde yani iradi devrinde, kanuni devirden farklı olarak, sadece devreden ile devralan işverenin anlaşması yeterli değildir. Bu nedenle sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılan anlaşma işçiyi bağlamaz. Bu anlaşmanın işçiyi bağlamasının bir yolu,

¹²⁸ Yarg. 9. HD. 27.02.2006 T., 2005/22422 E., 2006/4664 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/3, S. 10, s. 268-269; Danar, s. 67); Yarg. 9. HD. 27.02.2006 T., 2005/22419 E., 2006/4661 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 686-687; Danar, 2007: s. 67).

¹²⁹ Yarg. 9. HD. 12.07.2006 T., 2006/1892 E., 2006/20661 K. gereğince de, (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, S. 11, s. 155-156; aynı karar Çankaya/Çil, 2011: s. 685-686; Akyiğit, 2008: s. 363; söz konusu karar incelemesi için bkz. Şahlanan, 2011: s. 101-105; ayrıca bkz. Doğan Yenisey, 2009: s. 36-37).

devreden ve devralan işveren ile işçinin bir araya gelip devir sözleşmesi yapmalarındır (Ayrancı, 2003: s. 97; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Süzek, 2014: s. 332; Sümer, 2009: s. 72; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Çankaya/Çil, 2011: s. 641-642; Özkaraca, 2008: s. 123; Güzel, 1987: s. 268; Topuz/Canbolat, 2011: s. 104; Gümüş, 2013: s. 508; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 308; Günay, 2011: s. 117; Akyiğit, 2001: s. 44; Şahlanan, 2011: s. 104-105; Sönmez Tatar, 2011: s. 58-59; Arslanoğlu, 2006: s. 541; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Caniklioğlu, 2002/1: s. 36; Kocagil, 2011: s. 48, 51; Cengiz, 2014: s. 22, 50, 56, 72, 115; Özkaraca, 2014: s. 223). Devir sözleşmesi, üç taraflı kendine özgü bir sözleşmedir (Eren, 2014: s. 1256; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Tosun, 2012: s. 169, 171; Akyiğit, 2001: s. 44; Akyiğit, 2008: s. 344; Güzel, 1987: s. 269; Larenz, 1987: s. 618; von Tuhr/Escher, 1974: s. 343; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213, 1218; Süzek, 2014: s. 331-332; Ayrancı, 2003: s. 53; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 308; Çankaya/Çil, 2011, s. 641; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 378; Başbuğ, 2003: s. 11; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Danar, 2007: s. 71; Kocagil, 2011: s. 47-48; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: s. 10, 13, 23, 43, 114; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 165; Özkaraca, 2014: s. 222-223; Yiğit, 2014: s. 54-55). Bu sözleşmenin yapılması ile birlikte devreden, iş sözleşmesini devretmeyi; üçüncü kişi iş sözleşmesini devralmayı; işçi de iş sözleşmesinin sözleşmenin tarafı olan işverenden, üçüncü kişi olan diğer bir işverene devredilmesini kabul eder¹³⁰.

Yargıtay bir kararında, iş sözleşmesinin devrinin üçlü anlaşma ile mümkün olduğunu ve toplu iş sözleşmesine nakil konusunda konulan hükümlerin işçinin rızası yerine geçmeyeceğini belirtmiştir¹³¹.

3.4.2. Devir Sözleşmesine İşçinin Onay Vermesi

Devreden işveren ile devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesinin işçiyi bağlamasının ikinci yolu; işçinin, işverenler arasında yapılan devir

¹³⁰ Kira ilişkisinin devrinde de aynı durumun söz konusu olduğu hakkında bkz. Topuz/Canbolat, 2011: s. 104.

¹³¹ Yarg. 9. HD. 14.11.2005 T., 2005/7767 E., 2005/35771 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 446, 688; Danar, 2007: s. 67).

sözleşmesine onay vermesidir¹³² (Ayrancı, 2003: s. 97; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Süzek, 2014: s. 332; Sümer, 2009: s. 72; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Çankaya/Çil, 2011: s. 641-642; Özkaraca, 2008: s. 123; Güzel, 1987: s. 268; Topuz/Canbolat, 2011: s. 104; Gümüş, 2013: s. 508; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 308; Günay, 2011: s. 118; Akyiğit, 2001: s. 44; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Sönmez Tatar, 2011: s. 58-59; Arslanoğlu, 2006: s. 541; Kocagil, 2011: s. 48, 51; Cengiz, 2014: s. 22-23, 51, 56, 72, 81, 115; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 165; Özkaraca, 2014: s. 223).

Sözleşmenin iradi devrinde, sözleşmede kalan tarafın vereceği rızanın hukuki niteliği konusunda doktrinde yapılan tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa¹³³, bizim de katıldığımız görüşe göre, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan anlaşma (devir sözleşmesi), sözleşmede kalan tarafın vereceği onaya kadar askıda geçersiz olacağından (Ayrancı, 2003: s. 97 dn. 58 ve s. 104); işçinin de işverenler arasından yapılan ve iş sözleşmesinin devrini konu edinen sözleşmeye onay vermesine kadar iş sözleşmesinin devri sözleşmesi askıda geçersiz olacaktır. İşçinin devir sözleşmesine onay vermesi ile birlikte sözleşmenin devri gerçekleşmiş olacak ve sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Bu husus, TBK. m. 429/f.1’de, “*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir*” şeklinde ifade edilmiştir. Sözleşmenin devrinin gerçekleştiği an, işçinin yazılı onay verdiği andır.

Sözleşmenin devrinin üç taraflı anlaşmayla meydana gelmesi ile sözleşmede kalan tarafın devir sözleşmesine onay vermesi aynı sonucu doğurmaktadır. Bu sonuç, sözleşmede kalan tarafın taraf değişikliğine rızası olmadığı takdirde sözleşmenin devrinin meydana gelmemesidir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1219; Ayrancı, 2003: s. 105; Cengiz, 2014: s. 123; Krejci, 1996: s. 191-192). Bu iki durum arasındaki fark, sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı andır. İlk durumda üç taraf arasında devir sözleşmesi yapıldığı anda sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacak; ikinci durumda ise devreden ile devralan arasında yapılan

¹³² Kira ilişkisinin devrinde kiraya verenin onay vermesi hakkında bkz. Topuz/Canbolat, 2011: s. 104-105.

¹³³ Tartışmalar hakkında bkz. Birinci Bölüm “6.3. Tarafların Rızalarının Olması” başlığı altındaki açıklamalar.

devir sözleşmesine sözleşmede kalan taraf onay verdiği anda sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır (Ayrancı, 2003: s. 149; Cengiz, 2014: s. 32; Bahadır, 2013: s. 18; Krejci, 1996: s. 196). Yani ikinci durumda iki taraf arasında yapılan devir sözleşmesi yapıldığı anda hüküm ve sonuç doğurmayacak; devir sözleşmesinin hüküm doğurması işçinin onay vermesine bağlı olacaktır.

3.4.2.1. Onayın Verileceği Zaman

“İşçinin devir sözleşmesine ilişkin yazılı rızasının devir sırasında mı alınması gereklidir; yoksa işçiden devir öncesi ya da devir sonrası alınan yazılı rıza geçerli kabul edilecek midir?”

Sözleşmenin devrine ilişkin genel hüküm olan TBK. m. 205 gereğince, devir sözleşmesi üç taraflı bir sözleşme olduğundan (Eren, 2014: s. 1256; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Tosun, 2012: s. 169, 171; Akyiğit, 2001: s. 44; Akyiğit, 2008: s. 344; Güzel, 1987: s. 269; Larenz, 1987: s. 618; von Tuhr/Escher, 1974: s. 343; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213, 1218; Süzek, 2014: s. 331-332; Ayrancı, 2003: s. 53; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 308; Çankaya/Çil, 2011, s. 641; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 378; Başbuğ, 2003: s. 11; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Danar, 2007: s. 71; Kocagil, 2011: s. 47-48; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: s. 10, 13, 23, 43, 114; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 165; Özkaraca, 2014: s. 222-223; Yiğit, 2014: s. 54-55) tarafların rızasının bulunması şarttır. Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir. İş sözleşmesinin devrine ilişkin özel hüküm olan TBK. m. 429 gereğince de işçinin rızasının yazılı olması gerekmektedir. Bu durumda iş sözleşmesinin devri, üç tarafın da katıldığı kendine özgü bir sözleşmeyle (iş sözleşmesinin devri sözleşmesi) yapılabileceği gibi sözleşmeyi devreden ve devralan işveren arasında iş sözleşmesinin devrini konu edinen bir sözleşmeye işçinin rıza göstermesiyle de yapılabilir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Süzek, 2014: s. 332; Sümer, 2009: s. 72; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Çankaya/Çil, 2011: s. 641-642; Özkaraca, 2008: s. 123; Güzel, 1987: s. 268; Gümüş, 2013: s. 508; Sönmez Tatar, 2011: s. 58-59; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303,

308; Günay, 2011: s. 117-118; Ayrancı, 2003: s. 97; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Kocagil, 2011: s. 48; Günay, 2011: s. 117-118; Akyiğit, 2001: s. 44; Alpagut, 2002/1 s. 923; Şahlanan, 2011: s. 104; Arslanoğlu, 2006: s. 541; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 165; Özkaraca, 2014: s. 223; ayrıca bkz. Klimke, 2010: s. 95 vd.).

TBK. m. 429 hükmünde işçinin yazılı rızasının varlığı aranmış, ancak bu rızanın ne zaman alınacağı konusunda hükümde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde işçinin devir sözleşmesine ilişkin yazılı rızasının önceden alınmasının mümkün olup olmadığı konusunda görüş ayrılığı vardır. 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce doktrinde ileri sürülen bir görüş, feshin son çare olması ilkesine dayanarak, işçinin işinin ve/veya çalıştığı işyerinin işveren tarafından değiştirilmesi yetkisinin sözleşme ile saklı tutulabileceği nasıl belli kayıtlarla kabul ediliyorsa¹³⁴, işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin rızasının da iş sözleşmesi yapılırken sözleşmeye konulan bir hükümlerle önceden alınabileceğini kabul etmektedir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1219-1220). *GÜNAY*'a göre, 6098 sayılı TBK. m. 429 gereğince, işçinin iş sözleşmesi kurulduktan sonra, ancak devir sözleşmesinden önce yazılı rızası alınabilir (Günay, 2011: s. 118). *CENGİZ*, TBK. m. 205'in açık düzenlemesi ve m. 429'un rızanın açıklanacağı zaman ile ilgili olarak bir hüküm içermemesi nedeniyle, işçinin rızasının devir sözleşmesinden önceki bir tarihte alınmasına yasal bir engel bulunmadığını ve hatta iş sözleşmesi yapılırken böyle bir devre işçinin rıza göstermesinin mümkün olduğunu yani iş sözleşmesine konulacak bir kayıt ile de işçinin rızasının alınabileceğini belirtmiştir (Cengiz, 2014: s. 51, 53, 72, 74-75, 113, 193). *KARAÇÖP/YAMAKOĞLU*'na göre, TBK. m. 205'te yer alan düzenleme karşısında holding veya şirketler topluluğu örneklerinde olduğu gibi devrin önceden öngörülebilir olması kaydı ile işçinin iş sözleşmesinin devrine önceden rıza göstermesi durumunda da devrin geçerli olduğu söylenebilecektir (Karaçöp/Yamakoğlu, 2013: s. 124). *GÜNEŞ/MUTLAY*, rızanın ne zaman alınması gerektiği TBK. m. 429'da açıkça belirtilmemiş olsa da, rızanın sözleşmenin devrinden önce alınması gerektiği düşüncesinde olduğunu belirtmiştir (Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 271). *ARSLANOĞLU*'na göre, işçi tarafından verilecek rızanın sağlıklı olabilmesi ancak devir sözleşmesinin yapılmasından sonra devralan işverene ilişkin şartların öğrenilmesinden sonra mümkün olabilecektir (Arslanoğlu,

¹³⁴ Değişikliği saklı tutma kayıtları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; Alp, 2005: s. 243 vd.

2006: s. 541). *GÜMÜŞ*'e göre, TBK. m. 205/f.2 hükmü, işçinin korunması amacı çerçevesinde “işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin rızasının ancak devir sırasında ve sonrasında verebileceği” yönündeki istisnasını ayrı bir kanun hükmü ile içermesi gerekirken, bu yönde bir hüküm mevcut olmadığından, bu boşluk amaca uygun sınırlama ile söz konusu istisna hükmünün yaratılması ile doldurulur (TMK. m. 2/f.2) ve devreden işveren ve devralan arasındaki anlaşmanın ancak işçinin devir sırasında ve devir sonrasında vereceği yazılı rıza ile sözleşmenin devri hükümlerine tabi olacağı kabul edilir (Gümüş, 2013: s. 508). Doktrindeki bir başka görüşe göre, devir işleminin geçerli olabilmesi için işçinin devir konusunda rızasının alınması ve bu rızanın devir sırasında alınması gerekmektedir. Bu nedenle önceden alınmış rıza ve başlangıçta iş sözleşmesine bu yönde konulmuş bir şart geçerli değildir (Çankaya/Çil, 2011: s. 643; Çil, 2010: s. 184; Uçum, 2003: s. 41; Özkaraca, 2008: s. 123-124; Alpagut, 2002/1 s. 923; Sönmez Tatar, 2011: s. 59; Yavuz, 2012: s. 645). Aynı yöndeki diğer görüş, her ne kadar TBK. m. 205/f.2'nin esas alınması halinde işçi tarafından önceden verilen izne dayanarak iş sözleşmesinin devrinin mümkün olduğu ileri sürülebilecekse de, işçinin iş güvencesi hükümlerinin dışında kalan bir işyerinde çalışmaya başlaması yada devralan işverenin mali yönden güçsüz olması nedeniyle alacaklarının tehlikeye girmesi gibi sonuçlar göz önüne alındığında, önceden verilen iznin geçerli olmayacağı kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş (Süzek, 2014: s. 332; Alpagut, 2002/1: s. 923), ayrıca İş K. m. 7'de hüküm altına alınan geçici iş ilişkisinde dahi işçinin geçici bir süre için başka bir işverene devredilmesinde yazılı rızanın devir sırasında¹³⁵ alınmasının şart olduğu bu nedenle, iş sözleşmesinin başka bir işverene sürekli olarak devredilmesi halinde de yazılı rızanın önceden değil devir sırasında alınmasının zorunlu olması gerektiğini belirtmiştir (Süzek, 2014: s. 332; Çankaya/Çil, 2011: s. 643; Özkaraca, 2008: s. 124; Soyer, 2008: s. 40; Doğan Yenisey, 2009: s. 40; Alpagut, 2002/1: s. 923; Caniklioğlu, 2013: s. 107; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 165). *DANAR*'a göre, rızanın devir sırasında alınması yönündeki görüşün yanı sıra, bu rızanın sözleşmenin başında da alınabilmesi şeklindeki görüş de kabul edilmelidir. Feshin son çare olması ilkesi gereğince, fazla çalışmaların kaldırılması, ücretsiz izin verilmesi ya da eğitim verilerek başka bölümde değerlendirilmesi gibi yollar tüketilmesine rağmen istihdam

¹³⁵ Doktrindeki bir görüş, madde hükmünde, rızanın devir sırasında alınması şeklinde ifadesini bulan durumun aslında, devir sırasında rızanın mevcut olması anlamına geldiğini, yoksa rızanın devir işlemi sırasında alınması anlamında olmadığını belirtmiştir (Cengiz, 2014: s. 177).

fazlalığı olduğu durumlarda, işçinin bir başka işverene devredilerek haklarının ve sözleşmenin devamının iş sözleşmesinin devrine ilişkin rızasının baştan alınması ile de sağlanması, söz konusu ilkeye uygun düşecektir. Ancak rızanın hem devir sırasında alınması hem de sözleşmenin başında alınması hallerinde dürüstlük kuralı ilkesi (TMK. m. 2) ihlal edilmemelidir (Danar, 2007: s. 71). Yargıtay kararlarında, iş sözleşmesinin devrinde devir anında işçinin rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir¹³⁶.

Kanaatimizce, iş sözleşmesinin devrini özel olarak düzenleyen TBK. m. 429'da iş sözleşmesinin, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebileceği belirtildiğinden ve işçinin yazılı rızasının ne zaman alınacağı konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmediğinden; sözleşmenin devrini genel olarak düzenleyen TBK. m. 205/f.2'de ise sözleşmenin devri için işçinin rızasının önceden verilen bir izinle veya sonradan verilen onay ile alınması mümkün kılındığından, devir öncesinde ya da devir sonrasında işçi tarafından devir sözleşmesine verilen rıza veya onayın geçerli kabul edilmesi gerekmektedir¹³⁷. Çünkü iş sözleşmesinin devrini özel olarak düzenleyen TBK. m. 429'da devir sözleşmesinin geçerliliği için işçinin rızasının ne zaman alınacağı konusunda açık bir düzenleme yer almamış, sadece iş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir. TBK. m. 429'daki boşluk, sözleşmenin devrini düzenleyen ve genel hüküm olan TBK. m. 205 ile tamamlanacaktır. TBK. m. 205'te, devir sözleşmesinin geçerliliği için rızanın devir sırasında alınması gerektiği belirtilmemiş ve işçinin rızasının önceden verilen izin veya sonradan verilen onay ile alınması mümkün kılınmıştır. Bu nedenle söz konusu maddenin lafzi yorumundan yola çıkarak işçinin rızasının devir sırasında alınmasının şart olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak iş hukukundaki işçinin korunması ilkesi gereğince, işçinin iş sözleşmesinin devrine rızasını başlangıçta vermesi ya da iş sözleşmesi yapılırken sözleşmesine bu yönde bir hüküm konulması halinde bu durum bazı zamanlarda işçi aleyhine bir sonuç da yaratabilecektir. Çünkü işçi, işini kaybetme korkusu nedeniyle

¹³⁶ Yarg. 9. HD. 16.06.2008 T., 2007/41042 E., 2008/15622 K. gereğince, “Geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Hizmet akdi devrinde bu rızanın devir anında olması gerekir. Başlangıçta sözleşmede diğer grup şirketine nakil yetkisi verilmiş olması bu olguyu ortadan kaldırmaz” (Çil, 2010: s. 184; Çankaya/Çil, 2011: s. 422, 676; Cengiz, 2014: s. 66); aynı yönde Yarg. 9. HD. 12.03.2007 T., 2006/35805 E., 2007/6303 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 683).

¹³⁷ Aynı yöndeki görüş için bkz. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 384.

başlangıçta bu yönde bir rıza vermiş olabilir. İşçinin ücretini düzenli alabilmesi açısından işverenin ekonomik durumu önemlidir. İşçinin başlangıçta iş sözleşmesinin devrine rıza vermesi ise önceki işvereninden ekonomik durumu daha kötü olan bir işverenin işyerine sürekli olarak devredilmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle iş sözleşmesi devredilecek işçinin rızasının devir sırasında alınması ya da devreden ile devralan işveren arasında yapılan sözleşmeye işçinin daha sonra yazılı rıza vermesi işçinin korunması ilkesine daha uygun düşecektir. Sözleşmeyi devreden ile devralan işveren arasında yapılan sözleşme, işçi tarafından yazılı rıza verilinceye kadar askıda geçersiz olacaktır. İşverenler arasında yapılan sözleşmeye işçi tarafından yazılı rıza verilmesiyle birlikte iş sözleşmesinin devri gerçekleşmiş olur.

Yargıtay'ın görüşü de iş sözleşmesinin devrinde işçinin devir sözleşmesine ilişkin rızasının devir anında alınması gerektiği yönündedir. Nitekim Yargıtay'a göre, *“Geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Hizmet akdi devrinde bu rızanın devir anında olması gerekir”*¹³⁸.

3.4.2.2. Onayın Verilme Süresi

Sözleşmenin devrine ilişkin genel hüküm olan TBK. m. 205'te, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesinin, sözleşmede kalan tarafı bağlaması için sözleşmenin devri yönünde rızasının alınması gerektiği belirtilmiş; iş sözleşmesinin devrine ilişkin özel hüküm olan TBK. m. 429'da da işçinin iş sözleşmesinin devri yönündeki rızasının yazılı olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca TBK. m. 205'te devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine, sözleşmede kalan tarafın onay vermesi ile sözleşmenin devrinin gerçekleşeceği düzenlenmiş; ancak hem TBK. m. 205'te hem de TBK. m. 429'da devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine sözleşmede kalan tarafından ne kadar süre içerisinde onay verilmesi gerektiği belirtilmemiştir. Yani devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması için sözleşmede kalan tarafın hangi süre içerisinde devir sözleşmesine onay vermesi gerektiği konusunda Türk Borçlar Kanununda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda

¹³⁸ Yarg. 9. HD. 16.06.2008 T., 2007/41042 E., 2008/15622 K. (Çil, 2010: s. 184; Çankaya/Çil, 2011: s. 421, 675; Cengiz, 2014: s. 65-66).

genel ilkelere göre hareket edilerek, işçinin makul bir süre içerisinde devreden işveren ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine onay vermesi gerekmektedir (Topuz/Canbolat, 2011: s. 107).

Devreden ve devralan işverenin, işçiye devir sözleşmesine onay vermesi için belli bir süre koymaları mümkündür. Böyle bir durumda işçi bu süre içinde açıkça yazılı olarak devreden ve devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine onay vermez ise, sözleşmenin devrine rıza göstermediği sonucunun çıkarılması gerekecektir (Ayrancı, 2003: s. 110; Cengiz, 2014: s. 58).

Sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan anlaşma, sözleşmede kalan tarafından onay verilinceye kadar askıda geçersiz olacaktır¹³⁹ (Ayrancı, 2003: s. 97 dn. 58 ve s. 104). Bu sözleşmeye onay verildiği an, sözleşmenin devrinin gerçekleştiği andır. Sözleşmede kalan tarafından onay verilmesiyle sözleşmenin devri gerçekleşmiş olacak ve devir sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, burada geçersizlik türlerinden eksiklik (noksanlık) söz konusudur. Çünkü eksik sözleşmelerde kurucu unsurlar ve geçerlilik koşulları tamam olsa bile, hüküm doğurmada kanunun aradığı bazı unsurlar eksik olduğu için, sözleşme kurulmuş olmakta; ancak hüküm ve sonuçlarını başlangıçta meydana getirmemektedir. Başlangıçta eksik olan bu unsurların daha sonra tamamlanmasıyla sözleşme, hukuki sonuçlarını tam olarak meydana getirmektedir¹⁴⁰. Bu nedenle sözleşmede kalan tarafından onay verilinceye kadar eksik bir işlem söz konusu olacak; ancak daha sonra onay verildiği takdirde sözleşme tamamlanacak ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren doğurmaya başlayacaktır. Eksik unsur ekleninceye kadar sözleşme askıda geçersiz olarak kalacaktır.

Onay, kabulün geri alınması gibi, TBK. m. 10'da yer alan şartlar çerçevesinde geri alınabilecektir (Topuz/Canbolat, 2011: s. 106). Yani geri alma açıklaması, diğer

¹³⁹ Görüşlerle ilgili olarak ayrıca bkz. Ayrancı, 2003: s. 98-100; Topuz/Canbolat, 2011: s. 105.

¹⁴⁰ Geçersizlik türü olarak eksiklik ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 2014: s. 333; Nomer, 2008: s. 26 vd.; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 184-185; Antalya, 2012: s. 75, 112 vd.; von Tuhr, 1983: s. 140-141, 220-221.

tarafa onaydan önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça onaydan önce öğrenilmiş olursa, onay yapılmamış sayılır.

3.4.2.3. Onayın Şekli

3.4.2.3.1. Onayın Açık Olarak Verilmesi

İrade beyanı, hiçbir yoruma ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde söz, yazı veya işaretlerden meydana geliyorsa, açık irade beyanı söz konusudur (Eren, 2014: s. 134; Nomer, 2008: s. 18; Yavuz, 2012: s. 4).

Sözleşmenin devrine ilişkin genel hüküm olan TBK. m. 205 gereğince, devir sözleşmesi üç taraflı bir sözleşme olduğundan (Eren, 2014: s. 1256; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Tosun, 2012: s. 169, 171; Akyiğit, 2001: s. 44; Akyiğit, 2008: s. 344; Güzel, 1987: s. 269; Larenz, 1987: s. 618; von Tuhr/Escher, 1974: s. 343; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1213, 1218; Süzek, 2014: s. 331-332; Ayrancı, 2003: s. 53; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 308; Çankaya/Çil, 2011, s. 641; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 378; Başbuğ, 2003: s. 11; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Danar, 2007: s. 71; Kocagil, 2011: s. 47-48; Yavuz, 2012: s. 281; Cengiz, 2014: s. 10, 13, 23, 43, 114; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 165; Özkaraca, 2014: s. 222-223; Yiğit, 2014: s. 54-55), tarafların rızasının bulunması şarttır. İş sözleşmesinin devrine ilişkin özel hüküm olan TBK. m. 429 gereğince de iş sözleşmesinin devri için işçinin rızanın yazılı olması gerekmektedir. Kanundaki ifadede çıkarıldığımız sonuç şudur; işçinin, devreden ve devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine yazılı onay yerine sözlü onay vermesi halinde iş sözleşmesinin devri gerçekleşmeyecektir. Bu durumda yazılı şekil, geçerlilik şartıdır.

ALPAGUT a göre de, TBK. m. 429'da rızanın yazılı olması gerektiği kabul edildiğinden bu madde kapsamında işçinin rızanın yazılı olması bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmelidir. İş görme borcunu talep hakkının geçici olarak devrini ifade eden İş K. m. 7 hükmünde işçinin yazılı rızasının aranması dikkate alındığında, sürekli devirde de yazılı rıza koşulunun aranması işçinin korunması açısından gereklidir (Alpagut, 2002/1: s. 922).

GÜMÜŞ'e göre de, TBK. m. 429 hükmü geçerlilik şekli olarak yazılı şekli sadece işçinin iradesi için aranmış ve işçinin rızasının mutlaka adi yazılı şekilde beyan edilmesi emredici olarak gerekli kılmıştır (Gümüş, 2013: s. 508-509).

GÜNEŞ/MUTLAY da, TBK. m. 429 hükmü rızanın açıkça yazılı alınması gerektiğini belirttiğinden örtülü onayın kabul edilemeyeceği kanısında olduğunu belirtmiştir (Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 271).

YAVUZ'a göre de, TBK. m. 429 hükmü emredici niteliktedir. İşçinin rızasının yazılı olması geçerlilik şartıdır (Yavuz, 2012: s. 645).

CENGİZ de, işçinin devre ilişkin rızasının, ister devir işleminden önce, ister devir işlemi sırasında, isterse devirden sonra alınmış olsun, örtülü beyan edilmesinin TBK. m. 429'un açık düzenlemesi karşısında mümkün olmadığını, işçinin iradesinin olabildiğince açık ve anlaşılır olması gerektiğini belirtmiştir (Cengiz, 2014: s. 62-63, 74).

KOCAGİL'e göre, TBK. m. 429'da iş sözleşmesinin devrinin işçinin yazılı rızasının alınması suretiyle yapılabileceğini hükme bağlanmıştır; ancak işçinin yazılı rızasının alınmasının, sözleşmenin devri bakımından geçerlilik şartı mı ispat şartı mı kabul edileceği açık değildir. Bu nedenle şekle tabi olmayan bir iş sözleşmesinin devri bakımından işçinin rızasının yazılı olması ispat şartı olarak kabul edilebilir. Ancak yazılı şekil şartının getirilmesinin amacı işçiyi koruma olduğundan, iş sözleşmesinin devri için aranan yazılı rıza şartının, geçerlilik şartı olduğunun kabul edilmesi daha isabetli olacaktır (Kocagil, 2011: s. 55).

ARSLANOĞLU'na göre, iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasını örtülü olarak beyan etmesi halinde sözleşmenin devrinin geçerli olmadığı sonuca varılması halinde bu sonuç sözleşmenin iradi devrinin uygulanmasını zorlaştırmak şeklinde yorumlanmamalı, uygulama alanı yaygınlaşan bu hukuki kurumun sistematize edilmesine yönelik bir çaba olarak görülmelidir. Ayrıca Borçlar Kanunu Tasarısının iş sözleşmesinin devri ile ilgili maddesinde (şu anda 429. madde) işçinin yazılı

rızasının aranacağını belirtilmesi yazılı şeklin geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesi yönünde bir eğilim olduğunu gösterir (Arslanoğlu, 2008: s. 75; Arslanoğlu, 2006: s. 542).

İş sözleşmesinin devrine benzer bir kurum olan ve TBK. m. 323'te düzenlenen kira ilişkisinin devri için de kiraya verenin yazılı onayını aranmaktadır. *TOPUZ/CANBOLAT* ve *YAVUZ/ACAR/ÖZEN*'e göre, TBK. m. 323'teki düzenleme emredici nitelikte olduğundan onayın yazılı olması geçerlilik şartıdır (Topuz/Canbolat, 2011: s. 108; Yavuz vd., 2012: s. 466). Kanaatimizce de, aynı durum iş sözleşmesinin devri için de söz konusu olmakta ve yukarıda belirttiğimiz gibi, TBK. m. 429 gereğince, iş sözleşmesinin devri için işçinin rızasının yazılı olması gerektiğinden, devreden ve devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine işçi tarafından verilecek onayın yazılı olması ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır.

ALP'e göre, işçinin devir sözleşmesine ilişkin rızasının yazılı şekil şartına bağlanması yerindedir; ancak tarafların sözleşmede açıkça iş sözleşmesinin devredildiğinin ifade edilmiş olması aranmamalıdır. Yani dürüstlük kuralına göre sözleşmenin yorumundan işçinin sözleşme devrine rıza gösterdiği sonucunun çıkması yeterlidir. Örneğin, işverenin artık devralan işveren olacağı, işçinin kıdem tazminatı ve diğer haklarından devralanın sorumlu olacağı veya işçinin kalıcı işveren değişikliğine muvafakat ettiği ya da ilk işyeri ile bir bağının kalmadığı gibi ifadeler, anlaşmanın bir sözleşme devri olduğunu kabul etmeyi gerektirir. Ancak tarafların anlaşmasından ve işçinin irade beyanının yorumundan açık bir şekilde sözleşme devrinin gerçekleştiği anlaşılıyorsa, ilişkinin geçici iş ilişkisi olduğu kabul edilebilir (Alp, 2009: s. 309). Kanaatimizce de önemli olan, işçinin devir sözleşmesine yazılı rıza vermesidir. Sözleşmede açıkça iş sözleşmesinin devrine rıza verildiği ifadesi yerine bu anlama gelecek ifadelerin kullanılması da yeterli kabul edilmelidir.

3.4.2.3.2. Onayın Örtülü Olarak Verilmesi

İrade beyanı, söz, yazı veya işaretler yerine bazı davranış veya hareketlerden dolaylı olarak anlaşılıyorsa, örtülü irade beyanı söz konusudur (Eren, 2014: s. 135; Nomer, 2008: s. 18; Yavuz, 2012: s. 5).

İşçi iş sözleşmesinin devrine rıza gösterdiğini açık bir şekilde beyan etmemişse ancak işçi, sözleşmesi devredilmek istenen işverenin yanında çalışmaya başlamışsa iş sözleşmesinin devrine örtülü olarak rıza gösterdiği anlamına gelir (Alp, 2007: s. 197; Arslanoğlu, 2008: s. 74-75).

Burada yanıtlanması gereken soru şudur: “*TBK. m. 429 gereğince, iş sözleşmesinin devri için işçinin yazılı rızası şart olduğundan işçinin yazılı rıza yerine örtülü rıza vermesi ve iş sözleşmesi devredilmek istenen işverenin işyerinde çalışmaya başlaması halinde işçinin örtülü rızası kabul edilerek iş sözleşmesi devredilmiş sayılacak mıdır?*”

Bu konu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce doktrinde tartışılmıştır. *EKONOMİ/EYRENCİ*'ye göre, iş sözleşmesinin devrinde sözleşmenin sadece işveren tarafı değiştiğinden ve sözleşmede kalan taraf olarak işçinin hak ve borçlarında bir değişiklik meydana gelmediğinden, iş sözleşmesinin iki işveren arasında yazılı anlaşma yapılarak devrinde, işçinin rızasını sonradan beyan etmesi durumunda rızanın şekle tabi olması şart değildir. Bu rıza, örtülü olarak da (zımnen de) beyan edilebilir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1221).

ALP'e göre, işveren değişikliği gibi ağır bir sonucu doğuran örtülü irade beyanı her durumda kabul edilmemelidir. Şöyle ki; işçi yapılan devrin geçici olduğu ve eski işyerine geri döneceği zannı ile devir işlemine ses çıkartmamış olabilir. Hatta işverenler işçide kasten böyle bir kanaat uyandırmış olabilir. Ya da işçi başka bir işverene devredildiğinin farkında olmayabilir. İşçinin sözleşme devrini her durumda bilmeyebileceği kabul edilmeli, somut olayın özellikleri dikkate alınmalı, işçinin açık rızasını alabilecekken örtülü rızası ile yetinen işverenlerden bu davranışlarının nedenlerini açıklamaları beklenmelidir. Kural olarak iş sözleşmesinin işçinin örtülü

rızası ile devredildiğini iddia eden işveren, bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Aksi takdirde iş sözleşmesi devrinin işçinin rızası olmadan gerçekleşmeyeceği ilkesini dolanmaya imkan tanınmış olur. İşverenler işçinin örtülü irade beyanı ile sözleşme devrinin gerçekleştiğini kanıtlayamazlarsa, ilk işveren ile iş ilişkisinin devam ettiği, yeni işverenin de işveren olarak sözleşmeye katıldığı kabul edilmelidir (Alp, 2007: s. 198; Alp, 2009: s. 310-312). Sözleşme devri ile işçi iş güvencesi kapsamında çıkabilir veya toplu iş sözleşmesinden yararlanması sona erebilir. Devralan işverenin ödeme gücü iyi olmayabilir ya da işçinin devredildiği işyerinde mesleki gelişimini engelleyen olgular bulunabilir. Bunlar gibi nedenlerle de işçinin sözleşme devrine rızası açık olmalı ve herhangi bir tereddüte yer bırakmamalıdır (Alp, 2009: s. 307).

Yukarıda yapılan açıklamalardan görüldüğü üzere, doktrinde, iş sözleşmesinin devrinde işçinin açık rızası yanında örtülü rızasının da geçerli olacağı savunulmaktadır.

Yargıtay 2006 yılında verdiği bir kararda, işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin 7 ay görevlendirildiği bir başka işveren nezdinde çalışmasını iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirmiştir¹⁴¹.

İş sözleşmesinin devrine ilişkin TBK. m. 429'da, işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin rızasının yazılı olması gerektiği belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle TBK. m. 429 ile iş sözleşmesinin devri, işçinin devir sözleşmesine vereceği yazılı onaya bağlanmıştır. Onayın şekli konusunda kanunda açık düzenleme bulunmaktadır. Kanaatimizce söz konusu hüküm emredici nitelikte olduğundan işçinin irade açıklamasının açık ve yazılı olması gerekmektedir. Bu nedenle işçinin örtülü irade beyanının kabul edilmemesi gerekir. İşçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin yazılı onayının bulunmaması halinde kanundaki açık hüküm nedeniyle sözleşmenin devri gerçekleşmeyecektir.

KOCAGİL, 6098 sayılı TBK. m. 429 yürürlüğe girdikten sonra, iş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi için işveren ile yeni işverenin anlaşmasının

¹⁴¹ Yarg. 9. HD. 23.01.2006 T., 2005/39164 E., 2006/945 K. (Alpagut, 2002/1: s. 922 dn. 10).

yeterli olmadığını, bu anlaşmanın işveren ile yeni işveren ve işçi arasında üçlü bir sözleşme şeklinde gerçekleşmesi gerektiğini ya da işveren ile yeni işveren arasında yapılan devir sözleşmesinin işçi tarafından kabul edilmesinin devrin gerçekleşmesi için zorunlu kurucu unsur olduğunu belirttikten sonra işçinin devre ilişkin onayının açık ya da örtülü şekilde verilebileceğini belirtmiştir (Kocagil, 2011: s. 51). Yukarıda açıkladığımız üzere, işçinin işverenler arasında yapılan devir sözleşmesine vereceği onayın örtülü olabileceği görüşüne katılmıyoruz.

ALPAGUT, işçinin holding bünyesi içinde bir başka şirkette çalışmaya başlaması ancak geçici iş ilişkisi veya iş sözleşmesinin devri yönünde bir yazılı rızanın bulunmaması halinde, TBK. m. 429 gereğince örtülü rıza kabul edilmediğinden, işçinin başka bir işveren nezdinde çalışmaya başlamasında katılmanın varlığının kabul edilmesinin isabetli olacağını, böylece işçinin müteselsil sorumluluk çerçevesinde korunarak sözleşmeye katılma kurumunun yeterli korumayı sağlayacağını belirtmiştir¹⁴² (Alpagut, 2002/1: s. 922-923) İş sözleşmesine bir işverenin katılması, işveren tarafında birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında bir ortaklık bağı olmadan birlikte yer alması hukuken mümkün olduğundan, bu durum sözleşme devrine göre işçinin daha lehine olacak ve sözleşmeye katılan işverenler, işçinin alacaklarından birlikte sorumlu olacaklardır (Alp, 2009: s. 311-312).

CENGİZ'e göre, devir işlemine rızanın örtülü olarak beyan edilmesi mümkün değildir. İşçinin diğer işyerinde çalışmaya başlaması ile birlikte, önceki iş sözleşmesi sona ermiş ve çalışmaya başladığı işveren ile arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuştur (Cengiz, 2014: s. 63). Ayrıca aynı holdinge bağlı şirketler arasında gerçekleşen nakiller yani devir işlemleri, gerçek anlamda bir iş sözleşmesinin iradi devri olmadığından TBK. m. 429 kapsamında değerlendirilemeyecek olup, ancak 4857 sayılı İş K. m. 22 kapsamında değerlendirilebilecek bir husustur (Cengiz, 2014: s. 63, 66, 106). Yani işçinin aynı şirket topluluğuna bağlı bir şirketten diğerine geçerek fasılasız veya çok kısa bir ara ile çalışmasını sürdürmesi İş K. m. 22

¹⁴² Geçici iş ilişkisinde, Alman ve Avusturya hukuklarında işçinin holding bünyesinde bir şirketten diğerine nakli halinde, yeni işverenin sözleşmeye katılması yolu ile tek bir sözleşmede birden çok işverenin olacağı kabul edilmektedir (Henssler, 1983: s. 55 vd.; Windbichler, 1989: s. 71, 115; Kreil, 1996: s. 75; aynı hususa dikkat çeken Alp, 2007: s. 196).

uyarınca kural olarak iş sözleşmesinde değişiklik olarak kabul edilmelidir (Cengiz, 2014: s. 106).

Kanaatimizce, daha önce de belirttiğimiz gibi, aynı holding bünyesi içerisinde işçinin yazılı rızası alınarak gerçekleşen nakiller, kural olarak iş sözleşmesinin iradi devri olarak nitelendirilmelidir¹⁴³. Holdinge veya şirketler topluluğuna bağlı her şirket - birbirinden bağımsız olduğu ve ayrı tüzel kişiliğe ve hukuki varlığa sahip şirketler olduğu için - ayrı birer işveren niteliği taşır. Bu nedenle holdinge veya şirketler topluluğuna bağlı şirketlerde çalışan işçilerin işvereni holding veya şirketler topluluğu değil iş sözleşmesinin tarafı olan şirkettir (Süzek, 2014: s. 136). İş K. m. 22 hükmünün kapsamı, işveren ile işçi arasında devam eden iş ilişkisi içinde sözleşme koşullarında değişiklik yapılmasına ilişkindir. Holdinge veya şirketler topluluğuna bağlı her şirket, ayrı birer işveren niteliği taşıdığı için, aynı holding bünyesi içerisinde gerçekleşen nakillerde farklı işverenler söz konusu olmaktadır. İşçinin yazılı rızası alınarak aynı holding bünyesi içerisinde gerçekleşen nakillerde işçinin, devreden işveren ile arasında bir iş ilişkisi kalmamakta, sözleşme tüm hak ve borçlarla birlikte bir başka işverene devredilmektedir. Bu nedenle İş K. m. 22 kapsamına girecek şekilde devreden işveren ile işçi arasında devam eden bir iş ilişkisi kalmayacağından, aynı holding bünyesi içerisinde işçinin yazılı rızası alınarak gerçekleşen nakiller, kural olarak işçinin iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilmelidir. Bu açıklamalar neticesinde, yukarıda belirtilen aynı holding bünyesi içerisinde gerçekleşen nakillerin İş K. m. 22 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşüne katılmıyoruz. TBK. m. 429 hükmü açıkça yazılı rızanın varlığını aradığından, işçinin yazılı rıza vermemesi halinde iş sözleşmesinin devri gerçekleşmeyecektir. İşçinin yazılı rıza vermediği diğer işyerinde çalışmaya başlaması halinde ise bu durum, önceki işvereni ile olan iş sözleşmesini sona erdirdiği anlamına gelmelidir.

¹⁴³ Bkz. İkinci Bölüm “1.2.2. Holdinglerde ve Şirketler Topluluğunda İş Sözleşmesinin Devri” başlığı altındaki açıklamalar.

3.4.2.3.3. İşverenin Sözleşmeyi Devir Hakkını Saklı Tutması

“İş sözleşmesi yapılırken işveren tarafından işçinin sürekli olarak bir başka işverene nakil yetkisinin iş sözleşmesine konulacak bir hükümle saklı tutulması mümkün müdür?”

GÜNAY'a göre, işveren, bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere sürekli olarak devretme yetkisini iş sözleşmesi yapılırken yazılı olarak hükme bağlayabilir. Buna karşılık başka işkolunda veya daha ağır bir iş ile ilgili faaliyette bulunan işverene iş sözleşmesinin devri için geçici iş ilişkisinde olduğu gibi devir sırasında işçinin yazılı rızasının alınması gerekir. Bu durum işçinin korunması ilkesi yönünden isabetli olacaktır (Günay, 2011: s. 118).

SOYER'e göre, iş sözleşmesinin şirketler topluluğu veya holding bünyesi içinde devrini öngören sözleşme kayıtları geçerlidir. Bu tür kayıtları, sözleşmenin kurulması sırasında işçinin hangi işverenler nezdinde çalıştırılabileceğini bilmesi, sözleşmenin devamı sırasında da olası işveren şirketlerin temel niteliklerinin ve işyerlerinin değişmemiş olması şartıyla geçerli görmek doğru olacaktır (Soyer, 2010: s. 40).

ALP'e göre, iş sözleşmesi kaydında sadece işçinin işyeri değişikliğini kabul ettiği ifadesi yer almakta ise, bu kayda dayanarak sözleşme devredilemez. Açıkça işçinin bir diğer holding şirketine devredilebileceğini öngörmeyen bir sözleşme kaydının, işverene bu yetkiyi tanıdığı kabul edilemez. İşçinin aynı şirkete bağlı farklı işyerlerine devrini öngören kayıtlar kural olarak geçerlidir (Alp, 2007: s. 198; Alp, 2009: s. 314). Böyle bir durumda işveren, işçiden önceden onay alarak başka bir işveren ile sözleşmenin devri konusunda anlaşmak ve devri gerçekleştirmek yetkisini saklı tutmaktadır (Alp, 2007: s. 199). İşverenin holding bünyesindeki şirketlere sözleşmeyi devredebilme yetkisi ancak bu yetkinin feshin son çare olması ilkesinin uygulanma alanını holding bünyesindeki tüm şirketlere genişletmesi koşulu ile kabul edilebilir (Alp, 2009: s. 314). Ancak bu kayıtlara dayanan uygulamalara, dürüstlük

kuralına ve hakkaniyete uygunluğu bakımından sınırlama getirilerek; bu kayıtların geçerliliği sorgulanmalıdır (Alp, 2007: s. 198, 201; Alp, 2009: s. 314). Sözleşme devri kaydı sadece önceden bilinen, belirlenebilen işverenler ile sınırlıdır. Kural olarak bu duruma uygun olan holding şirketleri dışında devir kaydı geçerli olmaz. Yeni kurulan holding şirketlerine devir bu kayda dayanarak sadece işverenlerin anlaşması ile yapılamaz. Mevcut holding şirketleri arasında sözleşme devri kaydı, bu şirketlerin temel niteliklerinin, maddi güçlerinin ve işyerlerinin değişmemiş olması şartı ile geçerlidir. Eğer iş sözleşmesi yapıldıktan sonra arada geçen zamanda işçinin devredilmek istendiği holding şirketinin faaliyet konusu veya yeri değişmiş ya da şirket ödeme gücü yaşamaya başlamış ise işçinin devir anında tekrar rızası alınmalıdır (Alp, 2007: s. 201; Alp, 2009: s. 314). İş sözleşmesinde yer alan böyle bir kayıt, işçinin başka bir işverene geçici olarak devredilmesini öngörüyorsa devir, geçici iş ilişkisine dayandığından bu kayıt geçerli olamaz. Çünkü İş K. m. 7 açıkça işçinin devir sırasında yazılı rızasını aramaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesi yapılırken saklı tutulan işçiyi ödünç verme yetkisi geçersizdir (Alp, 2007: s. 198-199; Alp, 2009: s. 314).

CENGİZ'e göre, işverenin, iş sözleşmesi yapılırken işçinin devir konusunda rızasını alması mümkündür. Burada işveren, işçinin önceden aldığı rızasına dayanarak başka bir işveren ile sözleşme devrinde anlaşmak ve devri gerçekleştirmek yetkisini saklı tutmaktadır (Cengiz, 2014: s. 59). İşçinin devredileceği işverenin kimliğini bilip bilmemesinin rızanın geçerliliğine bir etkisi bulunmamaktadır (Cengiz, 2014: s. 82). İş sözleşmesinin devrine rızasını önceden beyan eden tarafın hukuka uygun olmak kaydı ile şahsa ilişkin veya konuya ilişkin bazı sınırlamalar getirmesi de mümkündür. Örneğin, belli şahıs veya şahısların sözleşmenin tarafı olabileceği şartını getirebileceği gibi bazı ek şartlar da getirebilir. Aynı şekilde, belli şartların varlığı halinde devir sözleşmesini reddetme hakkını saklı tutarak da önceden rızasını beyan edebilir. Önceden açıklanan sınırlamalar bakımından, taliki şarta bağlı izin söz konusu olur. Bu durumda şartın gerçekleşmesi, iş sözleşmesinin devri için bir geçerlilik şartı olur. İş sözleşmesinin devrine rızasını önceden veren işçinin, rızasını işlemin yapılmasına kadar her zaman geri alması da mümkündür. İşçinin rızasını önceden açıklarken öne sürdüğü şartlar gerçekleşmez ise, bu şartlar

gerçekleşinceye kadar veya işçinin vermiş olduğu rızadan vazgeçmesine kadar, işlem askıda geçersizdir (Cengiz, 2014: s. 77).

ÇANKAYA/ÇİL'e göre, iş sözleşmesinin devri üç tarafın devir anındaki iradesi ile gerçekleştirilebilir. İşçinin önceden alınacak izniyle veya iş sözleşmesine konulan bir hükme dayanılarak bu ilişkinin kurulması mümkün olmaz. İş sözleşmesinin devri kurumuna en yakın kurum İş K. m. 7'de düzenlenen geçici iş ilişkisidir. Geçici iş ilişki hakkında kanunda yer alan sınırlama, ilişkinin geçici olmadığı iş sözleşmesinin devrinde de uygulanmalıdır (Çankaya/Çil, 2011: s. 642-643). Bu görüş doğrultusunda işçinin geçici devrinde önceden açıklanan rıza nasıl geçerli değil ise ve işçinin başka bir işverene geçici olarak ödünç verilmesi yani devredilmesi yetkisi önceden sözleşme ile saklı tutulamıyorsa, işçiyi kalıcı yani sürekli devir yetkisinin de önceden saklı tutulması geçersiz olmalıdır (Alp, 2007: s. 199-200).

ARSLANOĞLU'na göre, iş sözleşmesinin devrinde devreden ve devralan işveren iradeleri ile devredilen işçinin iradesinin açık, anlaşılır ve devir sözleşmesine yakın tarihli olması gerekir. İşçi tarafından verilecek rızanın sağlıklı olabilmesi ancak devir sözleşmesinin yapılmasından sonra devralan işverene ilişkin şartların öğrenilmesinden sonra mümkün olacaktır (Arslanoğlu, 2006: s. 541).

Yargıtay'a göre, *“Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren iş sözleşmesindeki nakil yetkisi nedeni ile davacı işçiyi grup şirketlerinden biri olan başka bir işverende çalışmak üzere, görevlendirmiştir. Görevlendirme nedeni olarak, işletme gereklerinden çok, davacının bilgi ve becerisini geliştirmesi, deneyim kazanması, mesleki ve bireysel gelişimini arttırılması gösterilmiştir. Bu bir hizmet akdi devridir. Geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Hizmet akdi devrinde bu rızanın devir anında olması gerekir. Başlangıçta sözleşmede diğer grup şirketine nakil yetkisi verilmiş olması bu olguyu ortadan kaldırmaz. Davacı hizmet akdi devri uygulaması yaratan davalı işverenin bu uygulamasına, rıza göstermiş değildir. Davalı işveren fesih sonucu doğuran bu uygulamada, nakil nedenini ve sonuç olarak fesih nedeninin geçerli nedene dayandığını kanıtlamış değildir. Feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, istemin kabulü*

gerekir"¹⁴⁴. Yargıtay'ın verdiği kararda, iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının devir anında alınması gerektiği belirtilmiş ve iş sözleşmesi ile işçiyi grup şirketler içinde bir şirketten diğerine naklini öngören hükümlere geçerlilik tanınmamıştır (Çankaya/Çil, 2011: s. 643; Alpagut, 2002/1: s. 923).

Alman hukukunda, doktrinde, sözleşmeyi devir hakkını saklı tutan sözleşme kayıtlarının tamamen geçersiz olması gerektiğini savunanlar olduğu gibi (Windbichler, 1989: s. 95, 114-115; aynı hususa dikkat çeken Alp, 2007: s. 200; Cengiz, 2014: s. 71; ayrıca bkz. Kreil, 1996: s. 61), ancak işçiyi koruyucu bazı sınırlamalar ve yeterli açıklık içermesi kaydı ile bu kayıtları geçerli kabul etme eğilimi de görülmektedir (Preis, 2002: s. 770 vd.; aynı hususa dikkat çeken Alp, 2007: s. 200; Cengiz, 2014: s. 71). Bunun yanında sözleşme devri kayıtlarını geçerli kabul edenler de bulunmaktadır. Bu görüşte olanlar da sözleşme devri kayıtlarını sadece belirli bir şirket topluluğunun şirketleri arasında geçerli olmak üzere kabul etmektedirler. Zira böylece işçi hangi işverenlere devredebileceğini önceden öngörme şansına sahiptir. Açıklık ilkesine uygun olarak sözleşme devri kaydı, sadece işçi işe girerken mevcut olan holding şirketleri ile de sınırlıdır. Sonradan kurulan şirketler bakımından işverenin devir yetkisi yoktur (Heiz, 2004: s. 143; aynı hususa dikkat çeken Alp, 2007: s. 200; Cengiz, 2014: s. 71).

Kanaatimizce, iş sözleşmesinin aynı şirketler topluluğu veya holding bünyesi içinde devrini öngören sözleşme kayıtlarına geçerlilik tanınması ve bu tür kayıtların sözleşmenin kurulması sırasında işçinin hangi işverenler nezdinde çalıştırılabileceğini bilmesi, sözleşmenin devri anında da işveren şirketlerin temel niteliklerinin ve işyerlerinin değişmemiş olması şartıyla geçerli kabul edilmesi halinde, işçi aleyhine bir kayıt oluşturmayacağı sonucuna varılabilir. Ancak iş sözleşmesi yapılırken işveren tarafından işçiyi sürekli olarak bir başka işverene nakil yetkisinin iş sözleşmesine konulacak bir hükümle saklı tutulması, iş hukukunun işçiyi koruma amacı ile bağdaşmayacaktır. Şöyle ki, işçi iş sözleşmesi kurulurken gerçekte istemediği halde işveren tarafından sözleşme ile saklı tutulan bu yetkiyi, işe girebilmek amacıyla kabul etmiş olabilir. İşçinin iş sözleşmesinin devrini isteyip

¹⁴⁴ Yarg. 9. HD. 16.06.2008 T., 2007/41042 E., 2008/15622 K. (Çil, 2010: s. 184; Çankaya/Çil, 2011: s. 421, 675).

istemediğine gerçek iradesiyle ve sağlıklı bir şekilde karar verebilmesi, ancak iş sözleşmesi kurulduktan sonra söz konusu olacaktır. Bu nedenle işçinin, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere sürekli olarak devretme yetkisini iş sözleşmesi yapılırken yazılı olarak kabul etmesi halinde, bu kaydın geçerli kabul edilmemesi gerekir. İş sözleşmesinin devrinde kanunda işçinin rızasının devir sırasında alınması gerektiği belirtilmediğinden, önceden alınacak rızanın bu anlamda kabul edilebileceğini ileri süren görüş doğrultusunda, sözleşme ile işçiyi devir hakkını saklı tutan kaydın işçi tarafından kabul edilmesi halinde geçerli kabul edilebileceği ileri sürülebilecektir. Ancak işçinin devir sözleşmesine ilişkin yazılı rızasının önceden alınmasının mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler bir kenara bırakılacak olursa, işçinin rızası iş sözleşmesi kurulduktan sonra sözleşmenin devri sırasında alınmalı ya da devreden ile devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine işçi daha sonra yazılı rıza vermelidir.

3.4.2.3.4. İşçinin İradesini Beyan Etmemesi

Sözleşmede kalan taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan anlaşmayı kabul edip etmediğini belirtmelidir. İşçi, devreden ile devralan işveren arasında yapılan sözleşmeyi kabul ediyorsa -TBK. m. 429 gereğince işçinin rızasının yazılı olması gerektiği belirtildiğinden- kabul ettiğini yazılı olarak belirtmelidir. Sözleşmede kalan taraf olan işçi sessiz kalırsa devir sözleşmesine onay vermekten kaçınmış olduğu kabul edilmelidir (Topuz/Canbolat, 2011: s. 107). Bu durumda devir sözleşmesine işçinin onay vermemesine ilişkin sonuçlar doğacaktır.

3.4.3. Devir Sözleşmesine İşçinin Onay Vermemesi

TBK. m. 429 gereğince, iş sözleşmesinin devri için işçinin yazılı onayı şart olduğundan, işçinin onay vermemesi halinde iş sözleşmesinin devri mümkün değildir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, iş sözleşmesinin devrinin ancak işçinin rızasıyla mümkün olabileceğini belirtmiştir. Yargıtay'ın bu kararına göre;

“Hizmet akdi devrinde işçinin rızası hilafına üçlü ilişkinin kurulması mümkün olmaz”¹⁴⁵.

Sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılmış olan anlaşmaya, sözleşmede kalan taraf onay vermezse, askıda geçersiz olan sözleşme geriye etkili olarak sonuç doğuracaktır. Yani eksik unsur olan onay verilmediği takdirde, eksik sözleşme tamamlanamayacak ve kesin olarak hükümsüz hale gelecektir.

Devreden işveren ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine işçinin onay vermemesinin hukuki sonuçları aşağıda incelenmiştir.

3.4.3.1. Sözleşme Taraflarının Aynı Kalması

Devreden ve devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine işçinin onay vermemesi halinde iş sözleşmesi devredilemeyecektir. İş sözleşmesinin devri gerçekleşmediği için sözleşme taraflarında bir değişiklik meydana gelmeyecektir.

3.4.3.2. Fesih Sebebi Oluşturmaması

Devreden işveren ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine işçinin onay vermemesi sebebiyle iş sözleşmesinin devredilememesi, işveren açısından fesih sebebi oluşturmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, işçi sözleşme devrine karşı çıkarsa bu durum işveren açısından sözleşmenin feshi için haklı veya geçerli sebep sayılmamaktadır (Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303; Arslanoğlu, 2006: s. 541-542).

İşçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin üç taraflı sözleşmeye katılmaması veya işverenler arasında yapılan devir sözleşmesine onay vermemesi iş sözleşmesinin feshi için haklı veya geçerli bir neden oluşturmamaktadır. İşçinin iş sözleşmesinin devrine onay vermemesi nedeniyle işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesi haksız fesih sayılır ve buna ilişkin yaptırımlar uygulanır (Süzek,

¹⁴⁵ Yarg. 9. HD. 26.12.2006 T., 2006/30168 E., 2006/34624 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 432-433, 684-685; aynı karar Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2007/3, S. 14, s. 245-247; Cengiz, 2014: s. 48-49, 72-74; söz konusu karar incelemesi için bkz. Doğan Yenisey, 2009: s. 39-40).

2014: s. 333; Şahlanan, 2011: s. 105; Alpagut, 2002/1: s. 922). İşçinin rızası olmadan iş sözleşmesinin devri yapılmak istenirse (Günay, 2011: s. 116; Çankaya/Çil, 2011: s. 641; Cengiz, 2014: s. 105) ya da işçi sözleşme devrine rıza göstermeye zorlanırsa sözleşme feshedilmiş sayılır (Alp, 2006: s. 199). Yani iş sözleşmesi rızası olmaksızın devredilmekte ısrar edilen işçinin, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverene ait işyerinde çalışmayı sürdürmek istemesi, işverenin de işçiyi çalıştırmaması halinde iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılacaktır. Ayrıca, iş sözleşmesi rızası olmaksızın devredilmekte ısrar edilen işçi, İş K. m. 24/f.2 f bendi hükmü gereğince, iş sözleşmesini çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle haklı nedenle feshedebilecektir (Özkaraca, 2008: s. 132; Cengiz, 2014: s. 52-53, 68).

İşveren gibi işçi de salt devir olgusuna dayanarak sözleşmeyi haklı nedenle feshedememektedir. Diğer bir ifadeyle iş sözleşmesi yazılı rızası alınarak devredilen işçinin, devirden sonra devir işlemi gerekçe göstererek iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı bulunmamaktadır (Özkaraca, 2008: s. 130).

İşverenin iş sözleşmesinin devri konusunda rızası olmamasına rağmen işçinin ayrılarak diğer işverene ait işyerinde çalışması ise, işçinin tek taraflı olarak iş sözleşmesinin feshi şeklinde değerlendirilmelidir (Çankaya/Çil, 2011: s. 641; Cengiz, 2014: s. 105).

Yargıtay'ın isabetli kararlarında da belirtildiği üzere, işçinin iş sözleşmesinin devrine yazılı rıza vermemesi halinde iş sözleşmesinin devri mümkün olmayacağından, sırf bu nedenle iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilemeyecek, feshedilmesi halinde ise bu durum haksız fesih olacaktır¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Yarg. 9. HD. 12.07.2006 T., 2006/1892 E., 2006/20661 K. gereğince, “Somut olayda hizmet akdi devri söz konusu ise davacının bu devre muvafakat etmediği anlaşılmaktadır. Böyle olunca hizmet akdi devrinden söz edilemeyeceğinden davacının yeni işverenin yanında işe devam etmediğinden söz edilerek akdinin haklı nedenlerle feshedilmesi mümkün değildir” (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, S. 11, s. 155-156; aynı karar Çankaya/Çil, 2011: s. 685-686; Akyiğit, 2008: s. 363; söz konusu karar incelemesi için bkz. Şahlanan, 2011: s. 101-105; ayrıca bkz. Doğan Yenisey, 2009: s. 36-37).

Yarg. 9. HD. 07.07.1997 T., 1997/10276 E., 1997/13882 K. gereğince, “... İş hukukunda işverenin kendisine ait olmayan bir başka işyerine işçiyi onun rızası dışında nakil yetkisi yoktur. Davacının davalıya ait turistik tesis işyerinde 1.1.1991 tarihinden 1995 yılı başına kadar çalıştığı bu çalışması devam ederken davalı işveren tarafından bir başka şirkete ait işe verilmek istendiği davacının ise eski işyerinde çalışmayı sürdürdüğü böylece davalı tarafından hizmet sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. İş hukukunda işverenin kendisine ait olmayan bir başka işyerine işçiyi nakil yetkisi

4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İş sözleşmesinden doğan hak ve borçların tek tek yeni işverene geçirilmesi ile sözleşme ilişkisinin bir bütün olarak yani bütün hak ve borçlarıyla yeni işverene geçirilmesi birbirinden tamamen farklıdır (Güzel, 1987: s. 202).

Borçlar Hukuku ilkelerine göre, bir sözleşmedeki hak ve borçlar tek tek ancak alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerine uygun olarak üçüncü kişilere devredilebilir. Alacağın devrinde, alacaklı değişmekte ve alacak devralana geçmektedir. Bunun neticesinde de, alacağı devreden borcun ifasını isteyememekte ve bu hak yeni alacaklıya ait olmaktadır (Eren, 2014: s. 1224; Reisoğlu, 2013: s. 462 vd.; Hatemi/Gökyayla, 2011: s. 363). Alacağı devreden kişi, borç ilişkisinin tarafı olmakta ve bu ilişkiden doğan borçlardan sorumlu olmakta, borç ilişkisini değiştirme ya da kaldırma yetkisi veren tüm yenilik doğuran haklar onun şahsına bağlı kalmaya devam etmektedir (Güzel, 1987: s. 202; Ayrancı, 2003: s. 46 vd.; Bahadır, 2013: s. 9).

İş sözleşmesinin devrine ilişkin TBK. m. 429'a göre, "*Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur...*" Bu hükümden anlaşıldığı üzere iş sözleşmesinin devri, sözleşmenin bir bütün halinde bir başka işveren tarafından üstlenilmesidir (Mollamahmutoğlu vd, 2014: s. 383; Süzek, 2014: s. 23; Süzek, 2014: s. 331; Sümer, 2009: s. 71; Güzel, 1987: s.

yoktur. İşverenin bu tür eylemi haksız fesih niteliğindedir. Bu durumda haksız fesih nedeni ile davacı işçi ihbar ve kıdem tazminatı ile birlikte gerçekleşen yıllık ücretli izin parasına da hak kazanır. Yazılı şekilde bu isteklerin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Günay, 2011: s. 119; Cengiz, 2014: s. 52, 68).

Yarg. 9. HD. 26.12.2006 T., 2006/30168 E., 2006/34624 K. gereğince, "*Somut olayda davacı işçi diğer işverene ait işyerinde görevlendirmeyi kabul etmemiş ve iş sözleşmesi bu nedenle işverence feshedilmiştir. İşçinin geçici iş ilişkisi veya hizmet akdi devrine zorlanması düşünülemeyeceğine göre işverence yapılan feshin haklı bir nedene dayanmadığı sonucuna varılmalıdır"* (Çankaya/Çil, 2011: s. 432-433, 684-685; aynı karar Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2007/3, S. 14, s. 245-247; Cengiz, 2014: s. 48-49, 72-74; söz konusu karar incelemesi için bkz. Doğan Yenisey, 2009: s. 39-40).

Yarg. 9. HD. 16.06.2008 T., 2007/41042 E., 2008/15622 K. gereğince, "*... Hizmet akdi devri, üçlü bir hukuki ilişkidir. Devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında hizmet akdi devri konusunda iradelerinin birleşmesi şarttır. İşçinin bu ilişkiyi kabul etmemesi halinde uygulama, işverence işçinin iş koşullarının değiştirilmesi olarak da değerlendirilemez. Zira işçi işverenin bir başka işyerine değil, ayrı bir işyeri olan diğer bir işverene gönderilmek istenmektedir. İşverenin işçinin iradesi olmaksızın bu uygulamaya gitmesi ve işçinin de kabul etmeyerek diğer işverene ait işyerinde iş başı yapmaması, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak kabul edilmelidir"* (Çil, 2010: s. 184; Çankaya/Çil, 2011: s. 421, 675-676).

266; Çankaya/Çil, 2011: s. 641 vd.; Özkaraca, 2008: s. 114; Alp, 2009: s. 303). Yani iş sözleşmesinin devri halinde, sözleşmenin işveren tarafı değişmekte ve onun yerini yeni işveren almakta, önceki işveren ile olan iş ilişkisi sona ermekte ve sözleşmeyi devralan işveren tüm hak ve borçları üstlenmiş olarak sözleşmenin işveren tarafını oluşturmaktadır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1202, 1222-1223; Günay, 2007: s. 48; Günay, 2011: s. 116; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Akyiğit, 2001: s. 42-43; Alp, 2009: s. 303; Sönmez Tatar, 2011: s. 58, 60; Dulay, 2012: s. 62).

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, alacağın devri ile iş sözleşmenin devri arasında fark vardır: Alacağın devri, taraf değişikliğine neden olmamaktadır (Ayrancı, 2003: s. 48; Akyiğit, 2001: s. 42; Danar, 2007: s. 63). Diğer bir ifadeyle alacağın devrinde, borç ilişkisinin tarafları olan alacaklı ve borçlu yanında bir üçüncü kişi de borç ilişkisine girmektedir (Kılıçoğlu, 2012: s. 770; Bahadır, 2013: s. 8). İş sözleşmesinin devrinde ise sözleşmeden doğan tüm haklar ve borçlar devreden işverenden devralan işverene geçmekte yani bir taraf değişikliği söz konusu olmaktadır (Akyiğit, 2001: s. 42; Danar, 2007: s. 63).

Alacağın devri ile sözleşmenin devri arasındaki diğer fark; alacağın devrinde borçlunun muvafakatine gerek olmamasıdır. Devreden ile devralan alacaklı aralarında bir sözleşme yaparak alacağı devredebilirler. İş sözleşmenin devrinde ise işçinin de muvafakati gereklidir (Danar, 2007: s. 63).

Alacağın devri ile sözleşmenin devri arasındaki son fark ise; alacağın devrinde, devralan alacaklının devir tarihinden önceki döneme ilişkin bir sorumluluğunun olmamasıdır. İş sözleşmesinin devrinde ise işçilik haklarına ilişkin olarak devralan işveren, tüm süreden yani devirden önceki ve sonraki sürelerin toplamından sorumludur (Danar, 2007: s. 63).

Borcun üstlenilmesi ile iş sözleşmesinin devri arasında da fark vardır: Borcun üstlenilmesinde münferit bir borcun başkasına devri söz konusu olmakta, ilişkide taraf değişikliği meydana gelmemektedir (Ayrancı, 2003: s. 48; Akyiğit, 2001: s. 42; Danar, 2007: s. 64). İş sözleşmesinin devrinde ise sözleşmeden doğan tüm haklar ve

borçlar devreden işverenden devralan işverene geçmekte yani bir taraf değişikliği söz konusu olmaktadır (Akyiğit, 2001: s. 42; Danar, 2007: s. 64).

Borcun üstlenilmesi ile iş sözleşmesinin devri arasındaki diğer fark; borcun üstlenilmesinde, sözleşmenin borcu devralan üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılması ve bu sözleşmede devreden borçlunun bulunması ya da muvafakat vermesinin gerekli olmamasıdır. İş sözleşmesinin devri ise devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında yapılacak üçlü anlaşma ile mümkün olur. Bu nedenle iş sözleşmesinin devri, sadece devreden ve devralan işveren arasında yapılan ya da bu işverenlerden biri ile işçi arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleşemez (Danar, 2007: s. 64).

Borcun üstlenilmesi ile iş sözleşmesinin devri arasındaki son fark; borcun üstlenilmesinde borcu ifa edecek olan taraf yani borçlunun şahsında bir değişiklik söz konusu iken; iş sözleşmesinin devrinde iş görme borcunun borçlusu olan işçinin değil, bu borcun ifa edileceği taraf yani işverenin değişmesinin söz konusu olmasıdır. Borcun üstlenilmesi, borcun ona bağlı fer'i haklarla beraber var olduğu şekliyle üçüncü bir kişide devamını sağlarken, iş sözleşmesinin devri borcun dışında diğer alacak hakkı ve yükümlülükleri ile birlikte sözleşmenin tarafının değişmesine yol açmaktadır (Başbuğ, 2003: s. 10; Danar, 2007: s. 64).

İş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı rızası şart olduğundan üç taraflı bir sözleşme söz konusudur (Tosun, 2012: s. 174; Soyer, 2010: s. 39; Şahlanan, 2011: s. 105; Yavuz, 2012: s. 645). İş sözleşmesinin devri, hukuki niteliği itibarıyla üç taraflı bir sözleşme olarak devir sözleşmesi ile olur (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Dulay, 2012: s. 62; Soyer, 2010: s. 39). Devir sözleşmesi ile devralan işveren, sözleşmenin işveren tarafını oluşturur. Yargıtay'ın bir kararına göre de, "... Hizmet akdi devri, üçlü bir hukuki ilişkidir. Devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında hizmet akdi devri konusunda iradelerinin birleşmesi şarttır..."¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Yarg. 9.HD. 16.06.2008 T., 2007/41042 E., 2008/15622 K. (Çil, 2010: s. 184; Çankaya/Çil, 2011: s. 421, 675).

Borçlar hukuku sistemimizde bir borç ilişkisinde bir tarafın yerine bir başkasının geçmesi, halefiyet durumlarında söz konusu olacağından sözleşmenin devrinde olduğu gibi, iş sözleşmesinin devri de bu anlamda bir halefiyet işlemidir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi halefiyet, genel anlamı ile bir borç ilişkisinde bir şahsın yerine bir başkasının geçmesi olarak ifade edilmekte (Kılıçoğlu, 1979: s. 3; Topuz/Canbolat, 2011: s. 101; Tekinay vd., 1993: s. 208; Alp, 2007: s. 192; Alp, 2009: s. 323; Cengiz, 2014: s. 14, 108) ve halefiyet ile sözleşmenin içeriği ve niteliği değişmeden bir hukuk ilişkisine yeni bir şahıs girmektedir (Ayrancı, 2003: s. 56; Başbuğ, 2003: s. 11; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1214; Alp, 2007: s. 192; Alp, 2009: s. 323; Özkaraca, 2008: s. 126, 128; Cengiz, 2014: s. 108, 126). Sözleşmenin devrinde, sözleşmeyi devralan devreden kişinin halefidir (Klimke, 2010: s. 21). İş sözleşmesinin devri halinde de devreden işveren yerine devralan işveren sözleşmenin tarafı haline gelmekte ve sözleşmenin içeriği ve niteliği değişmeden mevcut sözleşme devam etmektedir. İş sözleşmesinin devri de sözleşmenin bir bütün halinde devralan işveren tarafından üstlenilmesi olduğundan bir halefiyet işlemidir (Başbuğ, 2003: s. 11; Ayrancı, 2003: s. 56, 116 vd.; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1221; Alp, 2007: s. 193; Özkaraca, 2008: s. 126, 128; Cengiz, 2014: s. 109). Halefiyet işleminin sonucu olarak, devralan, hem devirden önce sözleşmeden doğan hem de devirden sonra yani gelecekte doğacak olan hak ve borçlardan sorumlu olmaktadır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Alp, 2007: s. 192; Alp, 2009: s. 323; Ayrancı, 2003: s. 117; Alpagut, 2012: s. 35; Şahlanan, 2011: s. 104-105; Kocagil, 2011: s. 55; Cengiz, 2014: s. 14, 108-109, 126).

Sözleşmenin devrinde olduğu gibi, iş sözleşmesinin devri, devreden işveren açısından bir tasarruf işlemidir. Sözleşmede taraf sıfatının devri, tasarruf işlemi ile gerçekleşmektedir (Ayrancı, 2003: s. 64; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617; Gümüş, 2011: s. 224; Früh, 1945: s. 8; Bahadır, 2013: s. 5; Cengiz, 2014: s. 16). İş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşmenin işveren tarafı değişmekte ve sözleşmeyi devralan işveren, sözleşmenin işveren tarafını oluşturmaktadır. İş sözleşmesinin devri -devralan işveren sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile birlikte üstlendiğinden-devralan işverenin edindiği haklar bakımından kazandırıcı işlem, yüklendiği borçlar bakımından borçlandırıcı işlemidir. İşçi açısından iş sözleşmesinin devri değiştirici yenilik doğuran bir sözleşmedir (Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 617).

5. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN ŞEKLİ

İş sözleşmesinin devrini özel olarak düzenleyen TBK. m. 429'da, devir sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle genel hüküm olan ve sözleşmenin devrini düzenleyen TBK. m. 205, bu konuda uygulama alanı bulacaktır. TBK. m. 205/f.3 gereğince “*Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır*”. Bu hüküm gereğince, yazılı yapılmış bir iş sözleşmesinin devri de yazılı yapılmak zorundadır. Aksi halde, TBK. m. 12/f.2'de belirtildiği üzere “*...Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. Dolayısıyla devir sözleşmesi, asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle uygun olarak yapılmadığı takdirde geçerli olmayacaktır. Sözleşmelerin kanunda öngörülen şekle aykırı olması halinde kesin hükümsüz olduğu kabul edildiğinden (Öğüz, 2011: s. 104; Tekinay vd., 1993: s. 100 vd.; Reisoğlu, 2013: s. 81; Ruhi, 2011: s. 27; Oğuzman/Öz, 2013(a): s. 157, 180-181; Antalya, 2012: s. 103, 325, 350; von Tuhr, 1983: s. 232; Kılıçoğlu, 2012: s. 85, 137; Zevkliler vd., 2013: s. 154; Doğan Yenisey, 2014: s. 325; bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Eren, 2014: s. 289 vd.) devir sözleşmesi de kesin hükümsüz olacaktır.

“*TBK. m. 205/f.3 gereğince, sözleşmenin devrinin geçerliliğinin, devredilen sözleşmenin şekline bağlı olması nedeniyle, yazılı yapılması zorunlu olmayan belirsiz süreli iş sözleşmelerinin devri halinde, devir sözleşmesi herhangi bir şekle tabi olmadan mı yapılacaktır?*” ALP, TBK. m. 429'da iş sözleşmesinin devri için sadece işçinin yazılı rızasının şart olduğu düzenlendiğinden, sözleşme devrine dair işverenler arasındaki irade beyanlarının özel bir şekle bağlı olmasına gerek olmadığını ve işverenlerin sözlü veya örtülü olarak da sözleşme devri konusunda anlaşmalarının geçerli olduğunu belirtmektedir (Alp, 2009: s. 308). TBK. m. 429/f.1'de iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının yazılı olmasının zorunlu tutulması, buna karşılık devralan ve devreden işverenler arasındaki bu yöndeki sözleşmede böyle bir zorunluluk getirilmemesi karşısında, belirsiz süreli iş sözleşmeleri herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabildiği için bu sözleşmelerin devrinde, işverenler arasında yapılan sözleşme için şekil şartının bulunmadığı ileri sürülebilir (Süzek, 2014: s. 332-333). *CENGİZ* e göre, devir sözleşmesi şekle bağlı

ise devreden ve devralan işverenlerin irade beyanlarının açık olması gerekir; devir sözleşmesi şekle bağlı değil ise devreden ve devralan işverenlerin irade beyanlarının örtülü (zımni) olarak açıklanması mümkündür (Cengiz, 2014: s. 58). *ALPAGUT* ve *SÜZEK*'e göre, hükmün amacını oluşturan işçi haklarının korunması gereğinden hareket edildiğinde, devrin geçici veya sürekli olup olmadığı, hangi tarihten itibaren geçerli olacağı gibi konularda belirsizlik yaşanmaması ve ileride çıkacak uyuşmazlıkları önlemek amacıyla, her üç tarafın iradelerini içeren sözleşme gibi, devreden ile devralan arasında yapılan ve işçinin yazılı onay verdiği sözleşmenin de yazılı yapılması gerekir (Alpagut, 2002/1: s. 924-925; Süzek, 2014: s. 333). *CANIKLIOĞLU*'na göre, kural her üç tarafın iradesini ortaya koyan yazılı bir hukuki işlemin varlığıdır (Caniklioğlu, 2013: s. 108; aynı görüş için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 165). *ARSLANOĞLU*'na göre, iş sözleşmesinin devrinin nitelikleri, karmaşık olan hukuki yapısı ve doğuracağı hükümler göz önüne alındığında, devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve tarafların iradelerinin bu şekilde açıklanması yerinde olacaktır (Arslanoğlu, 2006: s. 542). *GÜMÜŞ*'e göre, TBK. m. 429'da geçerlilik şekli olarak yazılı şekil sadece işçinin iradesi için aranmıştır. TBK. m. 205/f.3'te yer alan, sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlı olduğu hükmü uygulama alanı bulsaydı, iş sözleşmesinin kural olarak bir geçerlilik şekline tabi olmamasına bağlı olarak (TBK. m. 394), işçinin imzaladığı üç taraflı sözleşmenin devri sözleşmesi (TBK. m. 205/f.1) veya devreden ve devralan arasında yapılan anlaşmaya işçinin verdiği rıza (TBK. m. 205/f.2) bakımından yazılı şekil şartı aranmayacaktı. Oysa TBK. m. 429/f.1, sözleşmenin devrinin ikinci türü için devreden ve devralanın iradesi dışında sadece işçinin rızasının mutlaka adi yazılı şekilde beyan edilmesi emredici olarak gerekli kılınmış; ancak üç taraflı iş sözleşmesinin devri sözleşmesinin şekli bakımından bir açıklama yapılmamıştır. Taraflar üç taraflı devir sözleşmesi yapmak isterlerse üç tarafın da iradesini adi yazılı şekilde açıklaması gerekmektedir (Gümüş, 2013: s. 508-509). Bu durumda iş hukukunda işçinin korunması ilkesi nedeniyle yazılı yapılması zorunlu olmayan iş sözleşmelerinin devri halinde dahi, devir sözleşmesinin yazılı yapılması gerekecek ve TBK. m. 205/f.3, iş hukuku açısından uygulama dışı kalacaktır. Kanaatimizce, her ne kadar yazılı yapılmayan bir sözleşmenin devrinde, devreden ve devralan işverenler arasında sözleşme devrine ilişkin yapılacak anlaşma ya da üç taraflı devir sözleşmesi, bu konuda kanunda açık bir düzenleme

olmadığından, herhangi bir şekle tabi olmak zorunda değilse de ileride çıkacak uyuşmazlıkların önlenmesi ve ispat kolaylığı sağlaması açısından, yazılı yapılması yerinde olacaktır.

“Bir iş sözleşmesinin kanunda öngörülen şekle uygun olarak yapılmaması halinde bu sözleşmeye dayanılarak yapılan devir sözleşmesi geçerli olacak mıdır?” Bir görüşe göre, tarafların devir konusunda anlaşmaları geçerli bir iş sözleşmesinin varlığı halinde hüküm ifade edecek ve yazılı şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan bir iş sözleşmesinin devri mümkün olmayacaktır. Çünkü geçersiz olan bir iş sözleşmesi üzerinde geçerli bir hukuki işlem (devir sözleşmesi) kurmak mümkün değildir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 387). Bir başka görüşe göre, İş Hukukunda geçersizlik geçmişe yönelik değil geleceğe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğurduğundan, geçersizliği ileri sürülünceye kadar devir sözleşmesi geçerli olacaktır (Güzel, 1987: s. 332-334; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1215-1216; Arslanoğlu, 2006: s. 540-541). Bu durumda şekil şartının geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi halinde dahi, şekil şartına uyulmadan yapılan iş sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülmediği sürece geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1215-1216; Mollamahmutoğlu vd, 2014: s. 532 vd.).

6. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 429. maddesi iş sözleşmesinin devrini düzenlemiş ve bu kurum ilk kez bu hüküm ile mevzuatımıza girmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda iş sözleşmesinin devrini düzenleyen özel bir hüküm bulunmadığı gibi sözleşmenin devrini düzenleyen genel bir hüküm de bulunmamaktaydı. Bununla birlikte 818 sayılı Borçlar Kanununun onuncu babında, *“Hizmet Akdi”* ile ilgili hükümler düzenlenmiş ve *“İşçinin Borçları”* başlığı altındaki *“Bizzat İfa”* ile ilgili 320. maddesinde; *“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”* hükmüne yer verilmişti. Hükümden de anlaşıldığı üzere, sözleşme veya halin icabından aksi

anlaşılmadıkça işçi yapmakla yükümlü olduğu işi bizzat yapmaya mecbur olup başkasına devredememektedir. İşveren de iş sözleşmesinden doğan hak, borç ve yükümlülüklerini sözleşme veya halin icabından aksi anlaşılmadıkça bizzat kendisi ifa etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla bu hükümle işverenin işçinin açık veya örtülü rızasını alması koşuluyla işin görülmesini talep hakkını (yani iş sözleşmesini) sözleşmeyle başkasına geçici veya sürekli olarak devredebileceği öngörülmektedir¹⁴⁸. Bu devir sonucunda da mevcut iş sözleşmesinin tarafı olan işveren hak, borç ve yükümlülüklerini bütün olarak bir başka işverene yani devralan işverene sürekli olarak devredebilmektedir. Doktrinde bu hükmün, iş sözleşmesinin devrinin temel yasal dayanağı olduğu ve sözleşmenin iradi devri ile ilgili olarak uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1199 vd.; Çankaya/Çil, 2011: s. 637; Arslanoğlu, 2009: s. 537-538; Uçum, 2003: s. 41; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 383; Süzek, 2014: s. 331; Sümer, 2014: s. 72; Özkaraca, 2008: s. 118; Süzek, 2010: s. 23-24; Şahlanan, 2011: s. 104; Alpagut, 2003: s. 131; Caniklioğlu, 2002/1: s. 35-36; Sönmez Tatar, 2011: s. 57; Danar, 2007: s. 69; Kocagil, 2011: s. 51; Dulay, 2012: s. 62; Cengiz, 2014: s. 39, 87; Yiğit, 2014: s. 59-60). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan önce de her ne kadar iş sözleşmesinin devri ile ilgili mevzuatımızda açık bir düzenleme yer almamaktaysa da doktrin ve Yargıtay tarafından bu kurumun varlığı kabul edilmiştir¹⁴⁹ (Günay, 2011: s. 115; Günay, 2007: s. 49; Güzel, 1987: s. 269; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 385; Akyiğit, 2008: s. 343; Alp, 2007: s. 189; Alp, 2009: s. 302; Alpagut, 2011: s. 920; Arslanoğlu, 2006: s. 537; Çankaya/Çil, 2011: s. 641; Uçum, 2003: s. 41; Süzek, 2014: s. 331; Süzek, 2010: s. 24; Sümer, 2009: s. 72-73; Özkaraca, 2008: s. 118-119; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 164; Başbuğ, 2003: s. 12-13; Akyiğit, 2001: s.

¹⁴⁸ Doktrinde işverenin “halin icabından” hareketle, işçinin rızasına dayanmadan, bir başka işverenle devir için sözleşme yapamayacağı belirtilmiştir (Bu konuda bkz. Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 383-384; Özkaraca, 2008: s. 118; Cengiz, 2014: s. 87-88).

¹⁴⁹ Yarg. 9. HD. 14.03.2001 T., 2001/225 E., 2001/3914 K. (Akyiğit, 2001: s. 40-50; Akyiğit, 2008: s. 358; Çankaya/Çil, 2011: s. 457, 633-634, 703; Danar, 2007: s. 68; Caniklioğlu, 2002/1: s. 37); Yarg. 9. HD. 21.11.2007 T., 2007/7534 E., 2007/34760 K. (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, C. 5, S. 17, s. 176-177); Yarg. 9. HD. 27.02.2006 T., 2005/22419 E., 2006/4661 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 686-687; Danar, 2007: s. 67); Yarg. 9. HD. 27.02.2006 T., 2005/22422 E., 2006/4664 K. gereğince, “4857 Sayılı Yasa’da işçinin devri diye bir müesseseye yer verilmiş değildir. Yasa da düzenlenmemekle birlikte Yargıtay içtihatlarında hizmet akdinin devri kabul edilmekteyse de bu üçlü ilişkinin doğması için devreden işveren devir alan işveren ve devredilen işçinin üçlü mutabakatı gerekir” (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/3, S. 10, s. 268-269; Danar, 2007: s. 67); Yarg. 9. HD. 12.07.2006 T., 2006/1892 E., 2006/20661 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, S. 11, s. 155-156; aynı karar Çankaya/Çil, 2011: s. 685-686; Akyiğit, 2008: s. 363; söz konusu karar incelemesi için bkz. Şahlanan, 2011: s. 101-105).

40, 44; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1214; Odaman, 2007: s. 281; Soyer, 2010: s. 39; Doğan Yenisey, 2009: s. 37; Danar, 2007: s. 71; Caniklioğlu, 2013: s. 106-107; Caniklioğlu, 2002/1: s. 33 vd.; Kocagil, 2011: s. 50; Cengiz, 2014: s. 38, 87). Yani 818 sayılı eski Borçlar Kanunu zamanında iş sözleşmesinin devri ile ilgili açık bir düzenleme yapılmamış olması böyle bir hukuki işlemin mümkün olmadığı anlamına gelmemiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında doktrinde belirtilen görüşler ve özellikle uygulamada Yargıtay kararları, bu konunun şekillenmesine katkıda bulunmuş ve iş sözleşmesinin devrinin mümkün olduğunu göstererek iş sözleşmesinin devri ile ilkelerin ortaya konulmasını sağlamıştır.

10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununda iş sözleşmesinin devri ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 4857 sayılı İş Kanununun Bilim Kurulu tarafından hazırlanan ve meclise sevk edilen tasarısının 7. maddesinde iş sözleşmesinin devri düzenlenmişti. Tasarının 7. maddesinde, “*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. 6 ncı maddenin ikinci fıkrası hükmü¹⁵⁰ iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır*” hükmü bulunmaktaydı¹⁵¹. Ancak bu madde, tasarının yasalaşması aşamasında Türkiye Büyük Millet Meclisi Sağlık,

¹⁵⁰ İş K. m. 6/f.2’ye göre, “*Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür*”.

¹⁵¹ Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, MESS Yayını, İstanbul 2002, s. 16; Kanunlaşmayan bu maddenin gerekçesi şöyleydi: “*İki tarafa borç yükleyen diğer aktülerde olduğu üzere aynı özelliğe sahip iş sözleşmesinin de kesin olarak başkasına devri mümkündür. Borçlar Kanununun 320. maddesinin 2’nci fıkrasına göre, işveren rızasını almak suretiyle işçiden olan işin görülmesini talep hakkını başkasına geçici veya kesin olarak devredebilir. İş Kanununa talep hakkının hem kesin devrini hem de geçici devrini (ödünç iş ilişkisi) düzenleyen hükümler getirilerek çalışma hayatında ihtiyaçların karşılanmasına imkan verilmiştir. İş sözleşmesinin kesin devrinde işveren tarafı değişmekte ve onun yerini yeni işveren almakta, önceki işverenle iş ilişkisi sona ererken, devralan işveren tüm hak ve borçları üstlenmiş olarak sözleşmenin işveren tarafını oluşturmaktadır. İş sözleşmesinin kesin devrinde bir fesih söz konusu olmadığı için, önceki işverenden ihbar ve kıdem tazminatı talep edilemez. İşçinin hizmet süresine ilişkin haklarında ve bununla bağlantısı olan kıdem tazminatında işyerinin veya bir bölümünün devrine ilişkin 6 ncı maddenin ikinci fıkrası hükümleri uygulanacaktır. İş sözleşmesinin kesin devrinde, devralan işverenin üstlendiği hak ve borçlara, bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar, söz gelimi iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklardan veya işyeri uygulamasından doğan hak ve borçlar dahildir. Yeni işverenin bu şartları esaslı surette değiştirebilmesi, işçinin rızasına bağlıdır. Ancak işveren 23 üncü madde hükümlerini uygulayabilir*” (Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, MESS Yayını, İstanbul 2002, s. 72; Arslanoğlu, 2009: s. 538-539 dn. 13; Özkaraca, 2008: s. 116-117 dn. 404; Danar, 2007: s. 68-69; Cengiz, 2014: s. 42; Yiğit, 2014: s. 60).

Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nun 12.3.2003 tarih ve Esas No: 1/534 Karar No:25 sayılı kararı ile tasarıdan çıkarılmış (Günay, 2011: s. 115; Günay, 2007: s. 48-49; Arslanoğlu, 2006: s. 538-539; Özkaraca, 2008: s. 116, 117 dn. 405; Başbuğ, 2003: s. 12; Cengiz, 2014: s. 42; Yiğit, 2014: s. 60-61) ve 4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesinin devri ile ilgili hüküm olmadan yürürlüğe girmiştir. İş Kanununda iş sözleşmesinin devri ile ilgili bir düzenleme bulunmadığından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesinin devrini düzenleyen hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle bu kurumun, TBK. m. 429 ile yasal düzenlemeye kavuşturulması yerinde olmuş ve bu düzenleme ile birlikte İş Kanunundaki boşluk tamamlanmıştır.

6.1. Kanundaki Düzenleme

Türk Borçlar Kanununun “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlıklı altıncı bölümünün “*Genel Hizmet Sözleşmeleri*” alt başlıklı birinci ayırımının “*Sözleşmenin Devri*” kenar başlıklı 429. maddesi hükmüne göre:

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

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

Bu hüküm 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen yeni bir düzenlemedir. Bu yasal düzenleme ile iş sözleşmesinin devrinin mümkün olduğu açıklık kazanmıştır. Ayrıca söz konusu hüküm “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlığı altında yer aldığından iş sözleşmesinin devrine ilişkin özel bir düzenlemedir. Hükmün gerekçesinde, maddenin düzenlenmesinde kaynak bir kanundan yararlanıldığı belirtilmediğinden bu hüküm düzenlenirken herhangi bir ülkenin kanunu göz önünde bulundurulmamıştır. Zaten iş sözleşmesinin devri ile ilgili herhangi bir ülkenin kanununda da bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak uygulamada bu kurumun varlığı kabul edilmektedir.

6.2. Düzenlemenin Amacı

İş sözleşmesinin devri, özellikle holding veya şirketler topluluğu arasında görülmekte ve işgücünün bir şirketten diğer şirkete geçişi şeklinde gerçekleşmektedir (Alp, 2007: s. 189; Alp, 2009: s. 304; Arslanoğlu, 2006: s. 535; Çankaya/Çil, 2011: s. 638; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 387; Sümer, 2009: s. 71; Özkaraca, 2008: s. 116; Akyiğit, 2001: s. 44; Akyiğit, 2008: s. 344; Şahlanan, Kasım 2000-Şubat 2001: s. 22; Alpagut, 2011: s. 921; Alpagut, 2003: s. 130; Caniklioğlu, 2002/1: s. 35; Yiğit, 2014: s. 56). *“Topluluk şirketleri arasında geçici veya sürekli iş gücünün devrini gerektiren ve uygulamada yaygın olarak görülen hallerden başlıcaları şunlardır: Kalifiye ve mesleğinde uzmanlaşmış işçiler veya yöneticiler (işveren vekilleri) topluluk şirketlerinden birine ait yeni bir fabrikanın veya diğer bir işyerinin kurulması ve işletmeye geçirilmesi yahut işletmenin ya da işyerinin reorganizasyonu gibi hallerde iş görmesi için veya sürekli olarak diğer bir işverene (şirkete) devredilmektedir. Bu arada yeni bir şirketin kurulması ve konusuna göre bu şirkette iş görecektir olanların yeni şirkette çalıştırılmak üzere hizmet akitlerinin devri de söz konusu olabilmektedir...”* (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1203; aynı açıklamaya dikkat çeken Arslanoğlu, 2009: s. 535 dn. 2). Bu durumda holding veya şirketler topluluğundaki işyerlerinden birinde mesleğinde uzmanlaşmış bir veya birden fazla işçinin bulunması halinde bu işçinin veya işçilerden birkaçının çalışmakta olduğu şirketten, bu işçilerin iş gücüne ihtiyaç duyan diğer bir şirkete iş sözleşmelerinin sona erdirilmeden devredilmesi halinde iş sözleşmesinin devri söz konusu olmaktadır. Bu sayede iş ilişkilerinin sürekliliği sağlanmakta ve iş hukukunun amacı uygun olarak işçi korunmaktadır. Devreden işveren de sözleşme feshedilmediği için feshe bağlı sonuçları üstlenmek zorunda kalmamaktadır. Böylece işçilerin kıdeminde ve hizmet süresinin esas alındığı haklarında bir kesinti ve kayıp olmadan sözleşmenin işveren tarafı değişmiş olmaktadır (Alp, 2009: s. 303-304; Alpagut, 2011: s. 921; Yiğit, 2014: s. 67).

İşçinin niteliklerine uygun görevlere nakli veya işgücü ihtiyacının ortadan kalkması üzerine sözleşmenin feshi yerine iş sözleşmesinin devri uygulamasına gidilebilmesi her zaman mümkündür. Özellikle feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde tüm işyerleri bakımından uygulamaya bir engel bulunmamakta ve

fesihle bağlantılı olmaksızın da bu kurum uygulanabilmektedir. İş sözleşmesinin devrinin amacı, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işçi bakımından iş ilişkisinin korunması ve kıdemde bir kesinti olmadan iş ilişkisinin tüm hak ve borçları ile birlikte devam etmesidir (Alpagut, 2011: s. 921). Bu durumun aksi düşünüldüğünde yani her devir öncesi işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve yeni işvereni ile yeni bir iş sözleşmesi kurması halinde, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarında yani kıdem tazminatının miktarı, yıllık izin süresi ve ihbar süresi gibi konularda hak kaybına uğraması kaçınılmaz olacaktır.

İş sözleşmesinin devrine ilişkin özel hüküm olan TBK. m. 429'un amacı, iş ilişkilerinin sürekliliğinin sağlanması ve işçilerin iş sözleşmelerinin devri halinde hak kaybına uğramalarının engellenmesidir. Bir işverenin bir başka işverenin yanında çalışan işçinin işgücüne sürekli olarak ihtiyaç duyması halinde, bu işçinin yanında çalıştığı işveren tarafından işçinin işgücüne ihtiyaç duyan diğer işverene sürekli olarak gönderilmesi için iş sözleşmesinin tazminatlar ödenerek sona erdirilmesi yerine işçinin zarar görmeyeceği hukuki bir çözüm iş sözleşmesinin devridir.

6.3. Düzenlemenin Uygulama Alanı

Türk Borçlar Kanununda iş sözleşmesine ilişkin hükümler, altıncı bölümde "*Hizmet Sözleşmeleri*" başlığı altında, 393. ve 469. maddeler arasında yer almaktadır. "*Sözleşmenin Devri*" kenar başlıklı TBK. m. 429 hükmü de, iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin olduğu altıncı bölümde yer aldığından, iş sözleşmesinin devrine ilişkin özel hüküm niteliğindedir. Söz konusu hüküm, iş sözleşmesinin işçinin yazılı rızasının alınması koşuluyla bir başka işverene devrini öngörmekte ve devrin tamamen taraf iradeleri ile gerçekleşmesi halinde uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle işçinin iradesine gerek olmayan, hukuki işleme dayalı olarak iş sözleşmesinin devri ve işverenin değişmesi sonucunu doğuran devirler söz konusu hükmün uygulanma alanı dışındadır.

4857 sayılı İş Kanununda işçinin rızasının alınması suretiyle iş sözleşmesinin başka bir işverene sürekli olarak devrini öngören bir hüküm bulunmamaktadır. İş sözleşmesi özel hukuk sözleşmesidir ve kaynağını borçlar hukukundan almaktadır.

Bu nedenle İş Kanununun 4. maddesinde belirtildiği üzere, İş Kanununun kapsamı dışında kalan işlere ve 10. maddesinde belirtildiği üzere, nitelikleri bakımından en çok 30 iş günü süren işlere süreksiz iş denildiğinden ve süreksiz işlerde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından; ayrıca İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde de Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından, böyle durumlarda Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri ya da özel hükümlerde düzenlenmeyen konularda genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁵² (Ömer Ekmekçi, 2009, s. 19; Süzek, 2014: s. 213; Yavuz vd., 2012:, s. 843; Arslan Ertürk, 2011: s. 534; Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 233; Kocagil, 2011: s. 56). Bu durumda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümleri, hem İş Kanununda bu konuda bir düzenleme olmadığı için İş Kanununa tabi işçiler bakımından hem de İş Kanununun kapsamında olmayan Borçlar Kanununa tabi işçiler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanununda düzenlenen iş sözleşmesinin devrine ilişkin hüküm, tüm işçiler bakımından önem arz etmektedir.

TBK. m. 205, sözleşmenin devrini düzenlemiştir. Özel düzenleme bulunmaması halinde sözleşme devirlerine TBK. m. 205 uygulanmaktadır. Ancak iş sözleşmesinin devri, yukarıda da belirtildiği gibi, Türk Borçlar Kanununun “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlıklı altıncı bölümünün “*Genel Hizmet Sözleşmeleri*” alt başlıklı birinci ayırımının “*Sözleşmenin Devri*” kenar başlıklı 429. maddesi ile açıkça düzenlendiğinden yani iş sözleşmesinin devri ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanununda özel düzenleme bulunduğundan iş sözleşmelerinin devrinde TBK. m. 205 değil, TBK. m. 429 uygulanacaktır. TBK. m. 429’da düzenlenmeyen hususlarda genel hüküm olan TBK. m. 205’e başvurulacaktır.

¹⁵² Bu konuda Borçlar Kanunu ile ilgili yapılan eleştiriler için bkz. Özdemir, 2012: s. 27 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

1. BİREYSEL İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR

1.1. Devreden ve Devralan İşverenler Açısından Doğan Sonuçlar

1.1.1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafının Sürekli ve İradi Olarak Değişmesi

İş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşmenin işveren tarafı, tarafların rızasıyla sürekli ve kesin olarak değişmekte, üçüncü bir kişi sözleşmenin işveren tarafını oluşturmaktadır. İş sözleşmesinin devri ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer. Devralan işveren ile işçi arasında iş ilişkisi kurulur. Devreden işveren sözleşme ilişkisinden ayrıldığı için taraf sıfatını kaybeder yani devreden işveren niteliği ortadan kalkar¹⁵³ (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1202, 1222-1223; Günay, 2007: s. 48; Günay, 2011: s. 116; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 384; Akyiğit, 2001: s. 42-43; Akyiğit, 2008: s. 342, 344; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 309; Ayrancı, 2003: s. 116; Çankaya/Çil, 2011: s. 647; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Alpagut, 2003: s. 130; Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 271; Caniklioğlu, 2013: s. 107; Caniklioğlu, 2002/1: s. 36; Sönmez Tatar, 2011: s. 58, 60; Kocagil, 2011: s. 51, 55, 57; Dulay, 2012: s. 62; Cengiz, 2014: s. 29, 117, 120, 126-127; Özkaraca, 2014: s. 224, 227; Yiğit, 2014: s. 54, 81). Sözleşmenin devri halinde sözleşme varlığını devam ettirmektedir. Sadece sözleşmenin içeriği ve niteliği değişmeden bir hukuk ilişkisine yeni bir şahıs girmektedir (Ayrancı, 2003: s. 56; Başbuğ, 2003: s. 11; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1214; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303; Şahlanan, 2011: s. 104; Caniklioğlu, 2013: s. 107; Özkaraca, 2008: s. 126, 128; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Kocagil, 2011: s. 47, 55, 57; Cengiz, 2014: s. 30, 117, 155; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 164; Yiğit, 2014: s. 56, 83; Krejci, 1972: s. 173).

¹⁵³ Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi 6. Dairesinin belirttiği üzere, devir devreden ve devralanın, devreden sözleşmeden doğan haklarının devredileceği, bütün haklarının sona ereceği ve sözleşmenin tarafının değişeceği konusunda anlaşmasıdır (Moore, 2000: s. 43).

İş sözleşmesinin devrinin gerçekleştiği an, sözleşmenin işveren tarafının değiştiği andır. İş sözleşmesinin devri, üç taraflı anlaşma ile gerçekleşiyorsa yani devir sözleşmesi, devreden ve devralan işveren ile işçinin bir araya gelip anlaşmasıyla meydana geliyorsa; devir sözleşmesinin yapıldığı an, sözleşmenin işveren tarafı sürekli olarak değişecek ve iş sözleşmesinin devri gerçekleşecektir (Ayrancı, 2003: s. 149; Bahadır, 2013: s. 18; Cengiz, 2014: s. 32; Krejci, 1996: s. 196). İş sözleşmesinin devri, devreden ile devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine işçinin onay vermesiyle de gerçekleşebilir (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 384; Süzek, 2014: s. 332; Sümer, 2009: s. 72; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1218; Çankaya/Çil, 2011: s. 641-642; Özkaraca, 2008: s. 123; Güzel, 1987: s. 268; Gümüş, 2013: s. 508; Sönmez Tatar, 2011: s. 58-59; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 308; Günay, 2011: s. 118; Ayrancı, 2003: s. 97; Akyiğit, 2001: s. 44; Şahlanan, 2011: s. 104; Arslanoğlu, 2006: s. 541; Kocagil, 2011: s. 48, 51; Cengiz, 2014: s. 22-23, 51, 56, 72, 81, 115; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 165; Özkaraca, 2014: s. 223). Bu durumda işçinin devir sözleşmesine onay vermesi ile birlikte sözleşmenin devri gerçekleşmiş olacak, sözleşmenin işveren tarafı sürekli olarak değişecek ve sözleşme bu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Bu durumda sözleşmenin devrinin gerçekleştiği ve işveren tarafının sürekli olarak değiştiği an, işçinin yazılı onay verdiği andır (Ayrancı, 2003: s. 149; Bahadır, 2014: s. 18; Cengiz, 2014: s. 32; Krejci, 1972: s. 196).

1.1.2. İş Sözleşmesinin Tüm Hak Ve Borçları İle Devralan İşverene Geçmesi

İş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşmenin işveren tarafı, tarafların rızasıyla sürekli ve kesin olarak değişir; sözleşmeyi devreden, taraf sıfatını kaybeder¹⁵⁴ (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1202, 1222-1223; Günay, 2007: s. 48; Günay, 2011: s. 116; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 384; Akyiğit, 2001: s. 42-43; Akyiğit, 2008: s. 342; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303, 309; Alpagut, 2011: s. 920, 925; Alpagut, 2003: s. 130-131; Ayrancı, 2003: s. 116; Caniklioğlu,

¹⁵⁴ Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi 6. Dairesi, devirde, devreden ve devralanın sözleşmenin tarafının değişeceği konusunda anlaşmıştı (Moore, 2000: s. 43).

2013: s. 107; Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 271; Sönmez Tatar, 2011: s. 58, 60; Kocagil, 2011: s. 51, 55, 57; Dulay, 2012: s. 62; Cengiz, 2014: s. 29, 117, 120; Özkaraca, 2014: s. 224, 227), devralan işveren ile işçi arasında iş ilişkisi kurulur, böylece bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar devralan işverene geçer, devreden işverenin sözleşme borçlarından doğan sorumluluğu sona erer¹⁵⁵ (Alp, 2007: s. 192; Alp, 2009: s. 303, 309, 327; Alpagut, 2011: s. 920, 925; Alpagut, 2003: s. 130-131; Ayrancı, 2003: s. 116; Çankaya/Çil, 2011: s. 647; Akyiğit, 2008: s. 344; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Caniklioğlu, 2002/1: s. 36; Kocagil, 2011: s. 55, 57; Cengiz, 2014: s. 30, 32, 117, 120, 126, 134, 164; Özkaraca, 2014: s. 224, 227; Yiğit, 2014: s. 54, 81). Dolayısıyla devralan işveren sadece devirden sonra doğacak borçlardan değil, devirden önce doğmuş hak ve borçlardan da sorumludur (Alpagut, 2011: s. 925-926; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Cengiz, 2014: s. 30, 32, 164; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 166).

Devralan işverenin üstlendiği hak ve borçlara, bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar, örneğin iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulaması ile iş sözleşmesi hükmü haline gelen çalışma şartları da dahildir¹⁵⁶ (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Günay, 2007: s. 49; Günay, 2011: s. 118; Çankaya/Çil, 2011: s. 651; Sönmez Tatar, 2011: s. 61; Arslanoğlu, 2006: s. 544; Dulay, 2012: s. 59). Aynı şekilde iş sözleşmesinin devrinden önce işyerinde uygulanan ve işçiyi kapsayan toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin kazandırdığı yeni haklar da devralan işverene geçmektedir. İşyerinde uygulanan ve devirden önce sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin normatif hükümlerinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceğinden, iş sözleşmesinin devri ile birlikte bu haklar da devralan işverene geçecektir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Kocagil, 2011: s. 57; Cengiz, 2014: s. 152; Özkaraca, 2014: s. 228). Ancak toplu iş sözleşmesinin taraflara borç doğuran hükümlerinin, devralan işveren toplu iş sözleşmesi tarafı olmadığı için, devri mümkün değildir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Kocagil, 2011: s. 57).

¹⁵⁵ Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi 6. Dairesinin belirttiği üzere, devir, devreden ve devralanın, devreden sözleşmeden doğan haklarının devredileceği, bütün haklarının sona ereceği ve sözleşmenin tarafının değişeceği konusunda anlaşmasıdır (Moore, 2000: s. 43).

¹⁵⁶ 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında yer alan ancak tasarının yasalaşması sırasında çıkarılmış olan 7. maddenin gerekçesinde bu açıklama yer almaktaydı.

Devir tarihinden itibaren işçi, devralan işverenin işçisi olarak işlem göreceğinden fesih, iptal gibi yenilik doğuran hakların kullanımı da devralan işverene geçer (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Eren, 2014: s. 1224, 1256; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 620-621; Başbuğ, 2003: s. 11-12; Ayrancı, 2003: s. 131 vd.; Özkaraca, 2008: s. 126; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Sönmez Tatar, 2011: s. 61; Kocagil, 2011: s. 58). Ayrıca yenilik doğuran haklar dışında kalan itirazlar, zamanaşımı, ödemezlik def'i gibi def'iler ve fer'i haklar da devralan işverene geçer (Eren, 2014: s. 22 vd., 1224, 1256; Oğuzman/Öz, 2013(b): s. 620-621; Başbuğ, 2003: s. 11-12; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Ayrancı, 2003: s. 145; Kocagil, 2011: s. 58). Ancak def'i ve itirazların sözleşme ilişkisinden doğması gerekmektedir (Ayrancı, 2003: s. 145; Kocagil, 2011: s. 58).

Sözleşmenin devrinin gerçekleştiği anın tespiti, devreden ve devralan işverenin sorumluluğunun tespiti açısından önemlidir (Ayrancı, 2003: s. 148 vd.; Kocagil, 2011: s. 57). İş sözleşmesinin devri, devreden ve devralan işveren ile işçinin bir araya gelip anlaşmasıyla gerçekleşiyorsa devir sözleşmesinin yapıldığı an, sözleşmenin devri gerçekleşeceğinden, bu andan itibaren devralan işveren iş sözleşmesini tüm hak ve borçları ile birlikte üstlenmiş olacaktır. İş sözleşmesinin devri, devreden ile devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine işçinin onay vermesiyle gerçekleşiyorsa; işçinin yazılı onayına kadar devreden işveren sözleşmeden doğan hak ve borçlardan sorumlu olmaya devam edecek, işçinin yazılı onayı ile birlikte sözleşmenin devri gerçekleşmiş olduğundan, bu andan itibaren devralan işveren iş sözleşmesini tüm hak ve borçlarıyla üstlenmiş olacaktır. Bu husus, TBK. m. 429/f.2'de, *“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”* şeklinde ifade edilmiştir.

Alman hukuku doktrinde (iş sözleşmesini de örnek vererek) sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin devriyle yeni işverene kural olarak devir sırasında oluşan ifa taleplerinin geçeceği kabul edilmektedir. Yani sözleşmeyi devralanın aksi kararlaştırılmamış ise sadece devirden sonra doğacak borçlardan sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Daha önceki döneme ait yükümlerin üstlenilip üstlenilmediği

yorum problemi olarak görülmektedir. Ancak şüphe halinde önceki döneme ait taleplerin ve yükümlerin geçmeyeceği kabul edilmektedir. Böylece önceki işverenin, devirle birlikte yeni işverene geçmeyen borçlar ve haklardan sorumluluğu devam etmektedir (Akyiğit, 2001: s. 44-45; Akyiğit, 2008: s. 344; Alp, 2007: s. 192-193; Larenz, 1987: s. 618). Yani Alman hukukunda, kural olarak kıdeme bağlı hakların yeni işverene geçeceği, ancak bunun için tarafların açıkça anlaşmış olmaları gerektiği, bu konuda belirsizlik olduğu durumlarda ise kıdeme bağlı hakların geçmediğinin kabul edildiği ifade edilmektedir (Caniklioğlu, 2002/1: s. 36).

İsviçre hukukunda da bütün tarafların katıldığı bir anlaşmayla iş ilişkisinin tümüyle başkasına geçeceği kabul edilmiş ve devrin işçinin iş ilişkisinin devamına bağlı menfaatlerinde kural olarak değişikliğe yol açmayacağı belirtilmiştir (Akyiğit, 2001: s. 45; Akyiğit, 2008: s. 344; ayrıca bkz. Alpagut, 2003: s. 130; Rehbinder, 1991: s. 104). Ancak İsviçre hukukunda işyerinin devriyle ilgili olarak, devralanın o işyerindeki işçilerin iş sözleşmelerini üstlenmek zorunda olmadığı da belirtilmiştir (Akyiğit, 2001: s. 45; Akyiğit, 2008: s. 344-345; Rehbinder, 1991: s. 104).

1.2. Devreden İşveren Açısından Doğan Sonuçlar

1.2.1. Devirden Önce Doğmuş Ücret ve Alacaklardan Belirli Süre İle Sorumlu Olması

TBK. m. 429'da iş sözleşmesinin taraf iradelerine bağlı olarak devri halinde devreden işverenin, İş K. m. 6 ile hüküm altına alınan işyerinin devrinde olduğu gibi, devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Yani TBK. m. 429'da, İş K. m. 6'da olduğu gibi, birlikte sorumluluk öngörülmemiştir. Bu nedenle kıdem tazminatı dışında kalan ücret, ikramiye, fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ücreti gibi işçilik haklarından devreden işverenin sorumluluğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, iş sözleşmesi devredilen işçinin devir tarihine kadar doğmuş haklarından zamanaşımı süresi içinde devreden işveren sorumludur (Ayrancı, 2003:

s. 120; Uçum, 2003: s. 41; Arslanoğlu, 2006: s. 544-545). Devralan işveren devir sırasında devir sözleşmesi ile bu konuda bir sorumluluk üstlenmemişse işçinin devir tarihine kadar doğmuş haklarından sorumlu değildir (Uçum, 2003: s. 41; Arslanoğlu, 2006: s. 544-545). Bu görüşe göre, her bir işverenin, işçiyi çalıştırdığı dönemle sınırlı sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Yani bu görüş doğrultusunda, devreden işveren kendi döneminde doğmuş işçi haklarından, devralan işveren de sadece devir tarihinden sonra doğan borçlardan sorumlu olacaktır.

EKONOMİ/EYRENCİ'ye göre, devreden işveren sözleşme ilişkisinden ayrıldığı için taraf sıfatını kaybettiğinden sorumluluklarının da kural olarak devirle birlikte ortadan kalkması gerekir. Ancak işyerinin devrinde devirden önce gerçekleşen haklardan işverenlerin sorumluluğu hakkındaki İş Kanunu hükümlerinin kıyas yoluyla iş sözleşmesinin iradi devirlerinde de uygulanması gerekir. Bu açıdan 1475 sayılı İş K. m. 14 gereğince, devreden ve devralan farklı işverenler olsa da ve çalışılan işyeri değişse de aynı iş ilişkisinde dayalı tüm hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınacak ve her iki işverenin sorumlulukları söz konusu olacaktır. Aynı şekilde iş sözleşmesinin feshinde uyulacak bildirim süreleri, yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında dikkate alınacak hizmet süreleri yönünden iş sözleşmesinin devreden ve devralan işveren döneminde geçen süreleri göz önünde tutulacaktır. Bunlar dışında iş sözleşmesinin devrinde her iki işveren kendi dönemlerine ilişkin işçi haklarından bizzat sorumlu olacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222).

ALPAGUT'a göre, TBK. m. 429/f.2'de tüm hak ve borçlarla birlikte sözleşmenin devrinden söz edildiğinden, devralan işverenin devirden önceki haklardan sorumlu tutulmayacağına kararlaştırılması, hükmün amacı emredici niteliği işaret ettiğinden, mümkün değildir. Ayrıca devirden önce doğmuş ücret, sosyal haklar gibi hakların sadece devralandan talep edilebilmesi, devralanın ödeme gücünün yeterli olmaması gibi nedenlerle güvencesiz bir durum yaratmaktadır. İş hukukunun niteliği dikkate alındığında İş K. m. 6/f.2 hükmü iş sözleşmesinin devrinde de kıyas yoluyla uygulanmalıdır (Alpagut, 2011: s. 927).

ALP'e göre, iş sözleşmesinin devri halinde, işyerinin devrinde devirden önce gerçekleşen haklardan işverenlerin sorumluluğu hakkındaki İş K. m. 6 ve 1475 sayılı İş K. m. 14 hükümleri kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Bu durumda devreden işveren devralan ile birlikte kendi döneminde doğmuş borçlardan iki yıl süre ile birlikte sorumlu olacaktır. İşyerinin devri ile iş sözleşmesinin devri, sözleşme sona ermeden işveren tarafının değişmesi olarak aynı hukuki sonucu doğurmaya yöneliktir. Yani her iki durumda da işveren değişikliği söz konusu olmaktadır. Bu nedenle işyeri devri halindeki işveren değişikliğini düzenleyen hükümlerin, sözleşme devri ile gerçekleşen işveren değişikliğinde uygulanmamasını gerektiren bir sebep bulunmamaktadır. İşçinin işveren değişikliğinden zarar görmesi önlenmelidir (Alp, 2007: s. 194; Alp, 2009: s. 325-327). *ALP*'e göre, iş sözleşmesinin devrinde devralanın, devreden işverenin hukuki durumunu bir bütün olarak üstlenmesinin sonucu; devralan işverenin sözleşmeyi devralmadan önce doğmuş tüm hak ve borçlardan sorumlu olması olduğundan, devreden ve devralan işverenin ayrı ayrı ve sadece kendi dönemlerinden sorumlu olacakları görüşü yerinde değildir. Sözleşmeyi devralan, devir tarihinden önce doğmuş tüm hak ve borçlardan sorumlu olur. İşçinin devreden işveren döneminde doğmuş olan ücret, fazla mesai gibi alacakların tamamını devralan işverenden talep etmesi ve alması mümkündür (Alp, 2009: s. 324).

SÜZEK'e göre, TBK. m. 429/f.2 ile İş K. m. 6 ve TBK. m. 428'e paralel bir düzenleme getirilmiştir. Bu nedenle hem iş ilişkilerinin devri hem de işçilik haklarının durumu ve hizmet süresine bağlı haklar konusunda işyerinin devrine ilişkin hukuki sonuçlar kural olarak aynen uygulanacaktır. Buna karşılık, TBK. m. 429/f.2'de, İş K. m. 6/f.3'te (TBK. m. 428/f.3'te) olduğu gibi, devir halinde, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin devir tarihinden itibaren iki yıl birlikte sorumlu olduklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İş sözleşmesinin devri ile işyerinin devri arasında korunan menfaatler açısından benzerlik olması diğer bir ifadeyle işçinin haklarının korunması gereği olarak, iş sözleşmesinin devrine, işyeri devrini düzenleyen İş K. m. 6/f.3 (TBK. m. 428/f.3) hükmü kıyas yoluyla uygulanmalı ve devreden işveren iki yıl süreyle devralan işveren ile birlikte sorumlu olmalıdır (Süzek, 2014: s. 333-334; Süzek, 2010: s. 24).

GÜZEL, iş sözleşmesinin devrinde benzer bir üçlü ilişkiyi düzenleyen İş K. m. 6 hükmünün uygulanarak devir anında doğmuş bulunan her türlü hakların devralan işverene geçeceğini, devreden işverenin bu haklardan sorumluluğu açısından da İş K. m. 6'da yer alan iki yıllık sürenin uygulanmasının isabetli olacağını belirtmektedir (Güzel, 2007: s. 37; aynı görüşü benimseyen Danar, 2007: s. 70).

SÜMER'in görüşü, iş sözleşmesinin devrinde benzer üçlü ilişkiyi düzenleyen İş K. m. 6 hükmünün uygulanarak devir anında doğmuş bulunan her türlü hakların devralan işverene geçeceği, devreden işverenin bu haklardan sorumluluğu açısından da İş K. m. 6'da yer alan iki yıllık sürenin uygulanabileceği yönündedir (Sümer, 2014: s. 74).

CANIKLIOĞLU da işyerinin devrine ilişkin İş K. m. 6 ve kıdem tazminatında önceki işverenin sorumluluğuna ilişkin 1475 sayılı İş Kanununun 14. madde hükmünün kıyasen uygulanmasının isabetli olacağını belirtmiştir (Caniklioğlu, 2013: s. 108; aynı görüş için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 166).

ŞAHLANAN'a göre, iş sözleşmesinin devrinde işçi karşısında devir sözleşmesinin tarafı işverenlerin sorumluluğu aksi belirtilmedikçe, İş K. m. 6'da yer alan esaslara göre doldurulmalı, işyeri devrinin hukuki sonuçları iş sözleşmesinin devrinde de kural olarak uygulanmalıdır. Burada tartışma yaratabilecek en önemli husus İş K. m. 6/f.3 hükmünde yer alan “... devir halinde devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumlu olacaklarına ve devreden işverenin bu yöndeki sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı olacağına ilişkin” düzenlemenin, iş sözleşmesinin devrinde de uygulanıp uygulanmayacağı ve bu sorumluluğu ortadan kaldıran sözleşmelerin geçerli olup olmayacağı tartışmaya açık bir konudur. İş sözleşmesinin devri, işyerinin devrinden farklı olarak, devreden işveren, devralan işveren ve işçinin üçlü ortak iradeleri ile oluşturulan bir hukuki işlemdir. Bu nedenle devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçların, devralan işverene geçeceği, devreden işverenin iki yıl süreyle işçi karşısındaki müteselsil

sorumluluğu iş sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmeler ile geçerli bir biçimde ortadan kaldırılabilecektir (Şahlanan, 2011: s. 105).

ÇANKAYA/ÇİL'e göre, devir anında doğmuş olan ücret, ikramiye, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretlerinden sorumluluk devralan işverene geçer (Çankaya/Çil, 2011: s. 652).

GÜNEŞ/MUTLAY'a göre, iş sözleşmesinin devri halinde, işyeri devrinden farklı olarak, devreden işverenin sorumlu olup olmayacağı açıklığı kavuşturulmamıştır. İşyeri ve iş sözleşmesinin devrinin sonuçlarının aynı olduğu dikkate alınır, sözleşmenin devri halinde de devreden işverenin devir tarihinden itibaren iki yıl sorumlu olduğu sonucunu benimsemek yerinde olacaktır. İşyerinin devri ile iş sözleşmesinin devri benzer hukuki kurumlar olduğu halde işverenlerin sorumluluğu açısından farklı bir anlayışın benimsenmesini gerektirecek makul bir neden yoktur (Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 271).

KOCAGİL'e göre, müteselsil borçluluğu düzenleyen TBK. m. 162 gereğince, *“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”*. Bu hüküm nedeniyle, taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinde, devreden ve devralan işverenin işçiye karşı müteselsil sorumlu olacağı kararlaştırılmış ise her iki işveren müteselsil sorumlu olur. Ancak, taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa, müteselsil sorumluluk kanundan doğabilir. Sözleşmenin devrine ilişkin devreden ve devralanın sorumluluklarını düzenleyen bir kanun hükmü bulunmadığından, müteselsil sorumluluk öngören başka bir kanun hükmünün kıyas yoluyla uygulanması TBK. m. 162 hükmüne aykırılık oluşturacaktır (Kocagil, 2011: s. 56).

KARAÇÖP/YAMAKOĞLU'na göre, hükümde bir boşluk söz konusu değildir ve kanun koyucu burada müteselsil sorumluluk öngörmemiştir. Kanun tarafından açıkça belirtilmediği durumlarda kıyas yolu ile müteselsil sorumluluğun öngörülme suretiyle uygulanması söz konusu olamaz (Karaçöp/Yamakoğlu, 2013: s. 125).

CENGİZ, Türk Borçlar Kanununda yer alan hükme göre, devir işlemiyle birlikte önceki işverenin sorumluluğunun sona erdiğini; işyeri devrinin hukuki sonuçlarının iş sözleşmesinin devrinde de kural olarak uygulanması gerektiği görüşüne katılmanın mevcut yasal düzenleme karşısında mümkün olmadığını belirtmiştir (Cengiz, 2014: s. 164-165).

İsviçre hukukunda ise işyeri devrine bağlı olarak devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğunun iş sözleşmesinin devrinde de geçerli olacağı kabul edilmektedir (Heiz, 2004: s. 205; aynı hususa dikkat çeken Alp, 2007: s. 194; Cengiz, 2014: s. 139-140).

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere doktrindeki baskın görüş, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar konusunda İş K. m. 6 hükmünün kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devri halinde de uygulanması gerektiği yönündedir. Gerçekten de İş K. m. 6 hükmünün, devreden işverenin sorumluluğuna ilişkin TBK. m. 429'da bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, iş sözleşmesinin devri halinde de kıyas yoluyla uygulanmasını engelleyen bir durum söz konusu değildir. İşçinin iş sözleşmesi devredildikten sonra önceki işverenine ulaşması ve alacaklarını ondan talep etmesi her zaman mümkün olmayacağı gibi önceki işverenin ortadan kaybolması durumunda imkansız da olabilecektir. İşçinin menfaatlerinin korunması gereği, önceki işveren ile sonraki işvereni birlikte, devirden önceki borçlardan sorumlu tutmak iş hukukunun amacı olan işçinin korunması ilkesine de uygun düşecektir. Ayrıca iş sözleşmesinin devrinde sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar zaten devralan işverene geçtiğinden, devirden önce doğan borçlardan sadece devreden işvereni sorumlu tutmak mümkün değildir. Sözleşmenin devrinin bir sonucu olarak, devirden sonra doğacak borçlar da olduğu gibi devirden önce doğan borçlardan da devralan işveren sorumludur. Birlikte sorumluluğun süresi yönünden, iş sözleşmesinin devri kurumuna en yakın kurum olan işyerinin devri kurumuna ilişkin düzenlemenin uygulanması ve her iki işverenin iki yıl birlikte sorumlu tutulmasında bir sakınca bulunmamaktadır. İş K. m. 6 hükmünün iş sözleşmesinin devri halinde de kıyas yoluyla uygulanması ve devreden işveren ile devralan işverenin devirden önceki işçilik haklarının tümünden iki yıl

birlikte sorumlu tutulması halinde, işçi işverenlerin her birinden borcun tamamını isteyebilecektir.

Bununla birlikte TBK. m. 429'da, devreden işverenin İş K. m. 6'da olduğu gibi devralan işveren ile birlikte devir tarihinden itibaren iki yıl sorumlu olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmaması, bu konuda kanun koyucu tarafından bilinçli olarak boşluk bırakıldığı ve devreden işvereni iki yıl sorumlu tutmanın söz konusu olamayacağı da ileri sürülebilir. Ancak kanaatimiz, iş hukuku doktrinindeki baskın görüş ve yukarıda yaptığımız açıklamalar neticesinde işçinin yararına olan İş K. m. 6 hükmünün kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devri halinde de uygulanması yönündedir.

İş K. m. 32/son ve TBK. m. 147/f.1 gereğince, ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır. Bu süre ücretin muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. Usul hukukuna göre ise kısmi açılan alacak davasında talep edilmeyen kısım için zamanaşımı işlemeye devam eder ve dava ıslah edilse bile bu durum zamanaşımını ortadan kaldırmaz (Tuncay, 2013: s. 72). Bu nedenle iş sözleşmesinin devrinde devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken ücretler açısından, işçinin bu ücretlere hak kazanmasından itibaren beş yıl içinde, sözleşme tüm hak ve borçlarıyla devredildiği için, devralan işverenden talep etmesi gerekmektedir. İş K. m. 6 hükmünün kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devrine de uygulanacağı kabul edildiğinde, devreden işverenin bu borçlardan sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı gereğince¹⁵⁷, iş sözleşmesi devredilen işverenin hüküm altına alınan alacakların tamamından sorumlu olduğu belirtilmiş ve devreden işverenin kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bu karara konu olan uyuşmazlıkta davacı işçi, Basın İş Kanununa dayalı işçilik alacaklarının tahsili amacıyla iş sözleşmesini devreden ve devralan işverene karşı dava açmıştır. Yerel mahkeme, iş sözleşmesini devreden ve devralan her iki davalı işverenin tüm alacaklardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu yönünde karar vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, "... Davacı Gazeteci, önce

¹⁵⁷ Yarg. HGK. 13.04.2005 T., 2005/9-203 E., 2005/252 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/3, S. 6, s. 165-167; Güzel, 2007: s. 35 vd.; Danar, 2007: s. 68).

davalılardan NTV Haber Ajansı A.Ş. işyerinde çalışmış, 31.10.2000 tarihinden sonra ise tüm haklarıyla birlikte diğer davalı E Haber Ajansı A.Ş.'ne nakil yapılmıştır. Mahkemece hüküm altına alınan tazminat ve alacakların tamamından davacının nakledildiği işverenin sorumlu tutulması doğru ise de, nakleden işverenin kıdem tazminatı ile izin ücreti, fazla mesai, bayram genel tatili ve bunların yüzde beş fazlası yönünden kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olduğunun kabulü gerekir” gerekçesi ile yerel mahkemece, “... her iki davalı işverenin tüm alacaklardan müştereken müteselsilen sorumlu tutulması hatalıdır” sonucuna vararak kararı bozmuştur. Yerel mahkemece, bozma ilamının bu kısmına uyulmuş, diğer kısımlarına karşı ise direnme kararı verilmiştir. Direnme kararı üzerine dosya önüne gelen HGK. ise, sadece bozma ilamının ilgili kısmına uyulduğunu belirterek Özel Dairece benimsenen görüşten farklı bir görüş belirtmemiştir¹⁵⁸. Bu durumda Yargıtay’ın görüşü, sözleşme devri ile devreden işverenin sorumluluktan kurtulamayacağı, devreden işverenin kendi dönemindeki borçlardan sorumluluğunun devam edeceği yönündedir (Alp, 2009: s. 323).

Yargıtay bir kararında¹⁵⁹, fazla mesai ve genel tatil alacaklarının devreden ve devralan işveren için ayrı ayrı hesaplanması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda Yargıtay’ın görüşünün devralan işvereni devirden önceki borçlardan sorumlu tutmama yönünde olduğu da söylenebilir. Yargıtay’ın 2004 ve 2005 yıllarına ait yukarıdaki kararlarından çıkan sonuç, her işverenin kendi dönemleri ile sınırlı ve ayrı sorumluluğa sahip olduğudur (Alp, 2009: s. 323).

Yargıtay’ın 2013 yılında verdiği bir kararına göre¹⁶⁰, “*işverenlerin sorumluluklarına dair 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesi ve 4857 sayılı Kanun'un 120. maddesi uyarınca yürürlüğü devam eden 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hükümlerinin bütün halinde iş sözleşmesinin devrine de kıyasen uygulanması kabul edilmelidir. Bu durumda, devralan işvereni sadece kendi dönemindeki borçlarla sınırlı olarak sorumlu tutmak mümkün değildir. İş sözleşmesinin devrinden önce*

¹⁵⁸ Yarg. 9. HD. 08.06.2004 T., 2004/3862 E., 2004/14291 K. (Güzel, 2007: s. 35 vd.).

¹⁵⁹ Yarg. 9. HD. 29.09.2005 T., 2005/309 E., 2005/31664 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 601-602, 694-695; Güzel, 2007: s. 37-38; Alp, 2009: s. 323 dn. 54; Danar, 2007: s. 68).

¹⁶⁰ Yarg. 22. HD. 29.01.2013 T., 2012/11360 E., 2013/1283 K. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim: 14.12.2014).

doğmuş borçlardan da devralan işveren sorumlu olacaktır". Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın bu kararı ile doktrin görüşü birbiri ile uyum içindedir.

Yargıtay'ın 2013 yılına ait bu kararına göre¹⁶¹, "*Mahkemece, davacının, davalılar nezdinde kesintisiz çalışması dikkate alınarak davalılar arasında iş sözleşmesi devri bulunduğu kabul edilmesine rağmen bilirkişi raporu ile tespit edilen fazla mesai ve genel tatil alacaklarından sadece N... şirketinin sorumlu tutulmasına karar verilmiştir. Davacının, Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre 31.10.2008 tarihinde davalı A... Şirketinden çıkışı yapıldıktan bir gün sonra 01.11.2008 tarihinde davalı N... şirketine giriş kaydı bulunmaktadır. Bu husus taraflarca da doğrulanmaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, devreden A... A.Ş.'nin devralan N... şirketi ile devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan birlikte sorumluluğu bulunmaktadır.*

Somut olayda, davacı 01.11.2008 tarihinde davalı N... şirketinde çalışmaya başladığından, devir olgusunun bu tarih itibariyle başladığını kabul etmek gerekecektir. Dava ise 01.11.2010 tarihinde açılmıştır. Hal böyle olmakla, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 92/2. maddesi de dikkate alındığında, iki yıllık süre dolmadan devir olgusunun gerçekleştiği anlaşılacakla, davalı A... A.Ş.'nin diğer davalı ile devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan birlikte sorumlu olduğu gözetilmeden, tespit edilen alacaklardan sadece devralan şirket N... şirketinin sorumlu tutulması hatalı olmuştur". Bu durumda Yargıtay'ın görüşü, doktrindeki görüşe uygun olarak, iş sözleşmesinin devrinde de kıyas yoluyla uygulanması gereken İş K. m. 6 hükmü gereğince devreden işveren, devirden önce doğmuş ve devir anında ödenmesi gereken borçlardan iş sözleşmesini devralan işveren ile birlikte iki yıl müteselsilen sorumlu olduğu yönündedir.

1.2.2. Kendi Dönemine İlişkin Kıdem Tazminatından Sorumlu Olması

TBK. m. 429'daki açık hüküm gereğince, işçinin, hizmet süresinin esas alındığı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem

¹⁶¹ Yarg. 22. HD. 29.01.2013 T., 2012/11360 E., 2013/1283 K. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim: 14.12.2014).

yapılacağından, devralan işveren işçinin hizmet süresine bağlı tüm haklarından sorumlu olacaktır. Tartışmalı olan nokta, devreden işverenin kendi dönemine ilişkin kıdem tazminatından sorumlu olup olmadığıdır. Yani “*devreden işveren işçinin kendisinde çalıştığı süre ve ücret düzeyi ile sınırlı olarak kıdem tazminatından sorumlu olacak mıdır?*”

TBK. m. 429’da, iş sözleşmesinin taraf iradelerine bağlı olarak devri halinde devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğu konusunda, işyerinin devri halinde uygulama alanı bulan ve devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğunu düzenleyen 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 gibi bir düzenleme yer almadığından doktrinde bu konuda tartışma bulunmaktadır. Doktrinde kıdem tazminatı açısından, işyerinin devrine ilişkin 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükümlerinin kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devri halinde de uygulanması gerektiği belirtilmiştir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222; Alp, 2007: s. 194; Alp, 2009: s. 325-326; Alpagut, 2011: s. 927; Alpagut, 2012: s. 36; Süzek, 2014: s. 334; Süzek, 2010: s. 24; Sümer, 2009: s. 73; Çankaya/Çil, 2011: s. 648; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 166; Arslanoğlu, 2006: s. 544; Danar, 2007: s. 70). Bu görüş doğrultusunda, iş sözleşmesini devreden işveren işçiyi kendi yanında çalıştırdığı süre ve devir anındaki işçinin aldığı son ücret seviyesi ile sınırlı olarak sorumludur (Alpagut, 2012: s. 35; Sümer, 2009: s. 73; Alp, 2009: s. 321; Danar, 2007: s. 70). Bazı yargı kararlarında da kıdem tazminatı açısından iş sözleşmesinin devrinde, devreden işverenin kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olacağı kabul edilmiştir¹⁶². Ancak devreden işverenin kıdem tazminatından sorumlu olmadığına ilişkin Yargıtay’ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır¹⁶³. Karar tarihlerine bakıldığında, Yargıtay’ın son verdiği kararlar, iş sözleşmesinin devrinde, devreden işverenin devir tarihindeki ücret ve kendi dönemiyle sorumlu tutulması yönündedir.

¹⁶² Yarg. HGK. 13.04.2005 T., 2005/9-203 E., 2005/252 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/3, S. 6, s. 165-167; Güzel, 2007: s. 35 vd.; Alp, 2009: s. 322 dn. 47; Danar, 2007: s. 68); Yarg. 9. HD. 14.03.2005 T., 2004/19810 E., 2005/8203 K. (Güzel, 2007: s. 37; Alp, 2009: s. 322 dn. 47; Çankaya/Çil, 2011: s. 454; Danar, 2007: s. 68); Yarg. 9. HD. 01.04.2010 T., 2010/5031 E., 2010/9143 K. sayılı karar gereğince, “*İş sözleşmesinin devri halinde kıdem tazminatı tüm süre üzerinden son ücrete göre hesaplanmalı ve devreden işveren devir tarihindeki ücreti ve kendi dönemiyle sorumlu tutulmalıdır. Kıdem tazminatının devir öncesi ve sonrası olmak üzere ayrı ayrı hesaplanması hatalıdır*” (Çankaya/Çil, 2011: s. 657-659).

¹⁶³ Yarg. 9. HD. 22.01.2007 T., 2006/15347 E., 2007/312 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 683-684); Yarg. 9. HD. 29.09.2005 T., 2005/309 E., 2005/31664 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 601-602, 694-695; Güzel, 2007: s. 37-38; Danar, 2007: s. 68).

EKONOMİ/EYRENCİ'ye göre, işyerinin devrinde devirden önce gerçekleşen haklardan işverenlerin sorumluluğu hakkındaki 1475 sayılı İş K. m. 14 hükümlerinin kıyas yoluyla iş sözleşmesinin iradi devri halinde de uygulanması gerekir. Bu durumda, devreden ve devralan farklı işverenler de olsa ve çalışılan işyeri değişse de aynı iş ilişkisine dayalı tüm hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınacak ve her iki işverenin de sorumluluğu söz konusu olacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222).

ALP'e göre, iş sözleşmesinin devri halinde, işyerinin devrinde devirden önce gerçekleşen haklardan işverenlerin sorumluluğu hakkındaki İş K. m. 6 ve 1475 sayılı İş K. m. 14 hükümleri kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Bu durumda devreden işveren devralan ile birlikte kendi döneminde doğmuş borçlardan iki yıl süre ile birlikte sorumlu olacaktır. Kıdem tazminatı bakımından da devreden işveren, kendi dönemi için hak kazanılan kıdem tazminatından birlikte sorumlu olacaktır. Devreden işveren, kendi dönemi için hak kazanılan kıdem tazminatından işçinin bu dönemdeki son ücreti ile sınırlı olarak sorumludur. Bunun nedeni işyeri devrinde olduğu gibi iş sözleşmesinin devri halinde de işçiyi ekonomik durumunu ve ödeme gücünü bilmediği yeni işveren karşısında güvenceye almak gerektiğidir (Alp, 2007: s. 194; Alp, 2009: s. 325-327; ayrıca bkz. Heiz, 2004: s. 204-205).

SÜZEK'e göre, iş sözleşmesinin tamamen taraf iradelerine bağlı olarak devrinde, işçinin kıdeminin, işçilik alacaklarının tabi olacağı kurallar konusunda işyerinin devrine ilişkin İş K. m. 6 ile kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması gerekir. İş sözleşmesinin devri ile işyerinin devri arasında korunan menfaatler açısından benzerlik olması yani işçinin ve işçi haklarının korunması gereği bu yönde kıyas yapılmasına imkan verir (Süzek, 2010: s. 24; Süzek, 2014: s. 333-334). Bu durumda iş sözleşmesinin devrinde 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükmü uygulanmalı, işçi devreden ve devralan işverenler yanında geçirdiği sürelerin toplamı üzerinden kıdem tazminatını devralan işverenden talep edebilmelidir. Ancak devreden işveren bu tazminatın, işçiyi çalıştırdığı süreler ve devir sırasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlı kısmından sorumlu olmalıdır (Süzek, 2014: s. 334).

GÜZEL, kıdem tazminatı açısından 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükmünün iş sözleşmesinin devrinde de uygulanmasının adil olacağını, buna göre devreden işverenin kendi çalıştırdığı süre ve ödediği son ücret düzeyi ile sınırlı olarak sorumlu olması gerektiğini, devralan işverenin kıdem tazminatının tamamını ödemesi halinde devreden işverene rücu edilebileceğini ileri süren görüşe katıldığını ifade etmiştir (Güzel, Değerlendirme 2005, s. 36, 38).

SÜMER'e göre, 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükmünün iş sözleşmesinin devrinde de uygulanması ve devreden işverenin kendi çalıştırdığı süre ve ödediği son ücret düzeyi ile sınırlı olarak sorumlu olması gerekir (Sümer, 2014: s. 73).

ÇANKAYA/ÇİL'e göre, iş sözleşmesini devreden işverenin, kıdem tazminatından sorumluluğunu bertaraf eden sözleşmeler geçerli değildir (Çankaya/Çil, 2011: s. 649).

ARSLANOĞLU'na göre, 1475 sayılı İş K. m. 14 halen yürürlükte bulunması; ancak bu kanunun 98/D maddesinde bulunan ve kıdem tazminatının hesaplanması ve ödenmesi ile ilgili 14. maddenin mutlak emredici bir nitelik taşıdığı sonucuna varılmasını sağlayan hükmün yürürlükten kalkmış olması sebebiyle, devir sözleşmesinde kıdem tazminatının ödenmesiyle ilgili olarak özellikle devralan işverenin sorumlu olacağını belirten bir hükmün konulmasına herhangi bir engel kalmamıştır. Bu nedenle devir sözleşmesinde böyle bir hükmün bulunması halinde işverenlerin çalışılan dönem itibarıyla oluşan sorumluluklarından söz edilemeyeceğinden, devreden işverenin de kendi dönemindeki çalışma süresi ve ücret düzeyi ile ilgili olarak işçinin kıdem tazminatından sorumlu olacağından bahsedilemeyecektir (Arslanoğlu, 2006: s. 544).

ALPAGUT'a göre, iş sözleşmesinin devrine işçinin zorunlu olarak rıza gösterebileceği ve devralan işverenin ekonomik durumunun işçi tarafından yeterli derecede değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı dikkate alındığında, 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükmünün iş sözleşmesinin devrinde de kıyas yoluyla uygulanması isabetli olabilecektir. TBK. m. 429 hükmünün buna engel oluşturmayacağı kabul

edilmelidir (Alpagut, 2012: s. 36; ayrıca bkz. Alpagut, 2011: s. 927). Bununla birlikte iş sözleşmesinin devri söz konusu olduğunda, devralan işveren tarafından kıdem tazminatına hak kazandırır nitelikte yapılmış bir fesih söz konusu olmadıkça, işçinin devreden işverenden kıdem tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır (Alpagut, 2003: s. 132).

Kanaatimizce de, 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükmünün, iş sözleşmesinin devri halinde de uygulanması ve devreden işverenin işçiyi kendisinde çalıştırdığı süre ve işçiye ödediği son ücret seviyesi ile sınırlı olarak kıdem tazminatından sorumlu tutulması yerinde olacaktır. Her ne kadar sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeden doğmuş olan ve gelecekte doğacak olan hak ve borçların sorumlusu devralan işveren de olsa, devreden işverenin de kıdem tazminatı açısından işçinin kendisinde çalıştığı süre ve aldığı son ücret seviyesi ile sorumlu olması hakkaniyet açısından uygun olacaktır. 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükmünde, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, İş K. m. 6'da yer alan devreden işveren için iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu değildir (Süzek, 2014: s. 189; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 282; Özkaraca, 2014: s. 196). Bu nedenle devreden işveren, devir anındaki kıdem süreleri ve ücret düzeyi ile sınırlı olmak üzere sorumludur (Günay, 2007: s. 51; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 282; Özkaraca, 2014: s. 196). Yargıtay kararları da bu yöndedir¹⁶⁴. İşyeri devri için geçerli olan bu hükmün, doktindeki baskın görüşe uygun olarak, iş sözleşmesinin devri halinde de kıyas yoluyla uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁶⁴ Yarg. 9. HD. 23.10.2009T., 2008/10743 E., 2009/28895 K. “İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı yasanın 14/2. maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için 2 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 sorumluluk belirlenmelidir” (Çil, 2010: s. 139-140); Yarg. 9. HD. 27.06.2008 T., 2008/11195 E., 2008/17898 K. gereğince de, “Devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğu 4857 sayılı Yasanın 6. maddesinde sözü edilen 2 yıllık sınırlamaya tabi değildir” (Çil, 2010: s. 163-167); aynı yönde Yarg. 9. HD. 12.02.2008 T., 2007/31303 E., 2008/106 K. gereğince, “Kıdem tazminatından devreden gerçek şahıs devir tarihindeki ücret ve kendi dönemiyle sınırlı olarak sorumludur” (Çil, 2010: s. 177; Çankaya/Çil, 2011: s. 572).

1.3. Devralan İşveren Açısından Doğan Sonuçlar

1.3.1. İşçinin Hizmet Süresinin Bütün Olarak Değerlendirilmesi

İş sözleşmesinin devrini düzenleyen TBK. m. 429/f.2 gereğince, “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”. Söz konusu hüküm oldukça açık olup hükümde, iş sözleşmesinin devri halinde işçinin hizmet süresinin bir bütün olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Yargıtay, TBK. m. 429 hükmü yürürlüğe girmeden önce de, iş sözleşmesinin devrinde işçinin hizmet süresinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay’ın bu kararına göre, “Dosya içeriğinden davacının dava dışı E. H. A.Ş.’de hizmet akdi ile çalıştığı sırada 18.1.2001 tarihinde hizmet akdi devri suretiyle davalı M. A.Ş.’de çalışmaya başladığı ve akdin son işveren tarafından 1475 sayılı yasanın 13. maddesi gereğince feshedildiği anlaşıldığından kıdem tazminatı hesabında tüm çalışma süresinin nazara alınması gerekir”¹⁶⁵. Bu nedenle devralan işverenin işçilik hakları bakımından sorumluluğu, işçinin hizmet süresinin bütün olarak değerlendirilmesi ve iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti yani son ücreti üzerinden hesaplanması yoluyla belirlenecektir (Soyer, 2010: s. 39; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Alp, 2007: s. 193; Güzel, 2007: s. 39). Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında, işçilik haklarından devralan işverenin devreden işveren nezdinde geçen süreler de dahil olmak üzere ve son ücret üzerinden sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir¹⁶⁶. Bu durumda iş sözleşmesinin feshinde uyulacak bildirim süresinin, kıdem tazminatının, yıllık ücretli izin hakkının ve iş güvencesine esas sürenin (altı aylık

¹⁶⁵ Yarg. 9. HD. 10.11.2005 T., 2005/361 E., 2005/35713 K. (Güzel, 2007: s. 38-39; Çankaya/Çil, 2011: s. 689; Danar, 2007: s. 68; Akyiğit, 2008: s. 363-364); Yarg. 22. HD. 08.05.2012 T., 2011/16519 E., 2012/9201 K. gereğince de, “Öncelikle, davacının önceki çalıştığı şirketle davalı şirket arasında organik bağ bulunup bulunmadığı, bu şirketlerin aynı gruba dahil olup olmadıkları, aynı gruba dahil iseler aynı merkezden yönetilip yönetilmedikleri, ticaret sicil kayıtları da getirilmek suretiyle netleştirilmelidir. Bundan sonra, davalı şirket ile dava dışı şirket arasında işyeri devri sözleşmesi yapılıp yapılmadığı, davacının davalı şirkete geçişinin işyeri devri veya hizmet sözleşmesi devrine dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Bu hususlar açıklığa kavuşturulduktan sonra, davacının şayet işyeri veya hizmet sözleşmesi devri kapsamında davalı şirkette çalışmaya devam ettiği anlaşılırsa, dava dışı şirkette geçen çalışması kıdeme dahil edilmelidir” (Çil, 2010: s. 1295-1296).

¹⁶⁶ Yarg. 9. HD. 16.09.2008 T., 2007/27199 E., 2008/23898 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2009/1, S. 20, s. 274-275); bu karar incelemesi için bkz. Soyer, 2010: s. 39-41; Yarg. HGK. 13.04.2005 T., 2005/9-203 E., 2005/252 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/3, S. 6, s. 165-167; Güzel, 2007: s. 35 vd.; Danar, 2007: s. 68).

hizmet süresinin) hesaplanmasında işçinin devreden ve devralan işveren yanında geçirdiği toplam süre göz önüne alınacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222; Alp, 2007: s. 193; Alp, 2009: s. 327; Alpagut, 2011: s. 926; Alpagut, 2012: s. 35; Akyiğit, 2001: s. 45; Çankaya/Çil, 2011: s. 652; Özkaraca, 2008: s. 127; Güzel, 2007: s. 36; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Danar, 2007: s. 70-71; Cengiz, 2014: s. 110-111, 120, 128). Yani devralan işveren işçinin kıdeme bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında geçen süreleri dikkate almak zorundadır. Bunun aksine yapılacak bir anlaşma işçiyi bağlamayacak ve sadece işverenler arasında geçerli olacaktır (Uçum, 2003: s. 41).

1.3.2. Hizmet Süresine Bağlı Haklardan Sorumlu Olması

1.3.2.1. Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı, kanunda gösterilen fesih hallerinde en az bir yıllık kıdeme sahip işçiye veya işçinin ölümü halinde hak sahiplerine işveren tarafından kanun gereği ödenmesi gereken, miktarı işçinin çalışma süresine ve son brüt kazancına göre belirlenen bir miktar para şeklinde tanımlanmaktadır (Şakar, 2007: s. 3-4; Şakar, 2011: s. 187; Sümer, 1999: s. 146; Çifter, 2013: s. 68; Narmanlıoğlu, 2014: s. 535-536). Kıdem tazminatı, 14. maddesi hariç yürürlükten kalkmış olan 1475 sayılı İş K. m. 14'te düzenlenmiştir.

14. maddesi hariç yürürlükten kalkmış olan 1475 sayılı İş Kanununun “*Ceza Hükümleri*” alt başlıklı dokuzuncu bölümde “*Hizmet Akdine İlişkin Cezalar*” kenar başlıklı m. 98/D gereğince, “*14 üncü madde hükümlerine aykırı harekette bulunarak kıdem tazminatının öngörülen esaslar dışında veya saptanan miktar veya tavan aşılı olarak ödenmesi için emir veya talimat veren veya bu yolda hareket eden ... yetkili sorumluları hakkında, ... hapis ve ... ağır para cezası hükmolunur*”. Bu hüküm nedeniyle, İş K. m. 14 hükümlerini aşacak şekilde yapılacak uygulamaların geçerli olmayacağı, 98. madde hükmünün 14. maddeye mutlak emredici nitelik kazandırdığı görüşü doktrinde ileri sürülmüştür (Süzek, 2013, s. 747; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 167, 400; Akyiğit, 2001: s. 46; Caniklioğlu, 2002/1: s. 38-39; doktrinde ileri

sürülen görüşler ile ilgili bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 1103-1104; Özdemir, 2005: s. 102; Cengiz, 2014: s. 40).

14. maddeye göre, “İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasulalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır”. Bu hükme göre, işçilerin kıdeminin hesaplanmasında aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları sürelerin göz önüne alınacağı belirtildiğinden, iş sözleşmesinin devri halinde ise sözleşmenin işveren tarafı değişikliğe uğradığından ve 14. madde anlamında aynı işverene ait bir başka işyeri söz konusu olmadığından, iş sözleşmesi devredilen işçinin kıdem tazminatını yeni işverenden talep etmesi mümkün olmayacaktır. Yani 14. maddenin mutlak emredici nitelikte olduğunun kabul edilmesi halinde işçinin kıdemi, sadece önceki işverenin yanında geçirdiği süreler dikkate alınarak hesaplanacaktır (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 167; Şahlanan, Kasım 2000-Şubat 2001: s. 22). Böyle bir durumda 14. maddenin emredici niteliğine uygun olması için işçinin önceki işverenle olan iş sözleşmesinin sona erdirilerek tazminatlarının ödenmesi ve çalışmaya başlayacağı yeni işveren ile yeni bir iş sözleşmesi yapması gerekecektir (Şahlanan, Kasım 2000-Şubat 2001: s. 22). Yargıtay 1475 sayılı kanun dönemine ilişkin bir kararında iş sözleşmesinin devri halinde 14. maddenin uygulanmayacağına hükmetmiş¹⁶⁷; bir başka kararında ise “Oluşan bu durum işçinin bir işyerinden diğerine devri anlamında olup hizmet akdinin feshi sonucunu doğurmaz ... Somut olayda da böyle bir durumda dava dışı anonim şirket, davalı şirketin yerine geçmiştir. Bu itibarla sözleşme devam ettiğine göre davacı işçinin kıdem tazminatını talep etme koşulu gerçekleşmemiştir” şeklinde hüküm vermiş ve sonraki işverenin, işçinin rızasıyla, önceki işveren yanında geçen hizmet süresini üstlenmesi durumunda önceki işverenden kıdem tazminatı istenemeyeceğine hükmetmiştir¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Yarg. 9. HD. 10.11.1994 T., 1994/11564 E., 1994/15542 K. (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 166).

¹⁶⁸ Yarg. 9. HD. 14.03.2001 T., 2001/225 E., 2001/3914 K. (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 167; Akyiğit, 2001: s. 40-50; Akyiğit, 2008: s. 358; Çankaya/Çil, 2011: s. 457, 633-634, 703; Danar, 2007: s. 68; Caniklioğlu, 2002/1: s. 37); aynı yöndeki kararlar için bkz. Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1208-1209.

4857 sayılı İş Kanununda, 1475 sayılı İş Kanununun “*Hizmet Akdine İlişkin Cezalar*” kenar başlıklı 98. maddesi hükmüne yer verilmediğinden, 98. maddenin 14. maddeye (istisna oluşturan bazı haller dışında) mutlak emredici nitelik kazandırdığı görüşünün yasal bir dayanağı kalmamıştır¹⁶⁹ (Süzek, 2014: s. 738; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 167, 401; Aktay vd., 2013: s. 235; Şakar, 2011: s. 195; Şakar, 2007: s. 4; Özdemir, 2005: s. 102, 117; Arslanoğlu, 2006: s. 544). Böylece kıdem tazminatı hükmü, mutlak emredici bir hüküm olmaktan çıkmış ve bazı istisnalar dışında nispi emredici bir hüküm niteliğine bürünmüştür (Süzek, 2014: s. 738; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 1104; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 401; Aktay vd., 2013: s. 235; Şakar, 2007: s. 4-5; Cengiz, 2014: s. 41-42). Nispi emredici niteliği olan kurallar konusunda taraflar sözleşmelerle kararlaştırma yapabileceklerdir. Çünkü nispi emredici nitelikteki hükümlerin aksi, işçi lehine olmak koşuluyla taraflarca her zaman sözleşmelerle kararlaştırılabilir (Süzek, 2014: s. 30, 738; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 14; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 22, 401; Özdemir, 2005: s. 96-97; Cengiz, 2014: s. 42). Böylece kanunda öngörülme hallerde dahi kıdem tazminatının ödenmesinin sözleşme ile mümkün olduğu sonucuna varılmalıdır¹⁷⁰.

İş sözleşmesinin devri sonucunda önemli olan husus, işçinin devir anından önce kıdemine bağlı olarak sahip olduğu haklarının (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı) devirle birlikte yeni işverene geçip geçmediğidir. Yani “*işçi, önceki (eski) işverenin yanında geçen sürede kıdemine bağlı olarak elde ettiği haklarını sonraki (yeni) işverene karşı ileri sürebilecek midir?*” (Akyiğit, 2001: s. 44)”

İş sözleşmesinin devrinde, iş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile bir başka işveren tarafından üstlenildiğinden, işçinin devirden önceki işvereni nezdindeki kıdemi ve kıdeme bağlı olarak sahip olduğu haklarını sonraki işverene karşı da ileri sürebilmesi kabul edilmelidir (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 386;

¹⁶⁹ 14. maddenin tüm hükümlerini nispi emredici nitelikte bir düzenleme olarak kabul etmek doğru olmaz (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 1104); Kıdem tazminatının kamu düzeni ile ilgili mutlak emredici nitelikteki hükümleri hariç (örneğin kıdem tazminatına üst sınır getiren fıkra), diğer hükümlerinde sözleşmelerle işçi lehine düzenlemeler yapılabilecektir (Aktay vd., 2013: s. 235); doktrindeki bir görüşe göre, kıdem tazminatı tavanına ilişkin hükmün de mutlak emredici nitelikte olmadığı kabul edilmelidir (Özdemir, 2005: s. 118).

¹⁷⁰ Yarg. 9. HD. 15.04.1998 T., 1998/4994 E., 1998/6703 K. (Şakar, 2011: s. 195 dn. 10); Cengiz, 2014: s. 42.

Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222; Akyiğit, 2001: s. 45; Akyiğit, 2008: s. 345; Alp, 2009: s. 321; Özkaraca, 2008: s. 126; Şahlanan, 2011: s. 170; Caniklioğlu, 2013: s. 108; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Uçum, 2003: s. 41; Danar, 2007: s. 70-71; Cengiz, 2014: s. 109, 128, 136, 151). Nitekim sözleşmenin devri ile devralan işveren, devreden işverenin işçi karşısındaki hukuki konumunu üstlendiğinden, devralan işverenin, işçinin devreden işveren yanındaki hizmet süresini de üstlendiğini açıkça belirtmesine gerek yoktur (Akyiğit, 2008: s. 345). Sözleşmenin devrine ilişkin TBK. m. 205/f.1’de, sözleşmenin devri ile devreden taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarının devralana geçeceği; iş sözleşmesinin devrini düzenleyen TBK. m. 429’da da işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı belirtilerek, işçinin önceki işverenin yanında hizmet süresine bağlı olarak elde ettiği hakları açısından bir hak kaybına uğramayacağı ve bu haklarını sonraki işverenden talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Her iki hükümde de, devralan işverenin hizmet süresine bağlı işçilik alacaklarından sorumlu olduğu açıkça belirtilmiş olduğundan işçi, önceki işverenin yanında geçen sürede kıdemine bağlı olarak elde ettiği haklarını yeni işverenden talep edebilecektir.

1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi gereğince, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için iş sözleşmesinin kanunun öngördüğü hallerden biriyle sona ermesi gerekmektedir. İş sözleşmesinin devrinde, TBK. m. 429’da belirtildiği gibi, işçinin yazılı rızası ile sözleşmenin işveren tarafı değişikliğe uğradığından önceki işveren ile olan iş ilişkisi sona ermekte, ancak iş sözleşme sona ermeyip devam etmektedir. Yani iş sözleşmesinin devri, niteliği itibarıyla bir fesih değildir. Bu nedenle iş sözleşmesi sona ermediği için iş sözleşmesinin feshine bağlanan sonuçlar da doğmamaktadır. Böylece devreden işverenden yıllık ücretli izin alacağı, ihbar ve kıdem tazminatı talep edilememektedir (Günay, 2007: s. 48; Akyiğit, 2001: s. 45; Özkaraca, 2007: s. 129; Sümer, 2009: s. 73; Çankaya/Çil, 2011: s. 647; Arslanoğlu, 2006: s. 544; Sönmez Tatar, 2011: s. 61; Danar, 2007: s. 70, 72; Cengiz, 2014: s. 117, 126). Bu husus, Bilim Kurulu tarafından hazırlanan ve meclise sevk edilen 4857 sayılı İş Kanunu tasarısında yer alan ancak tasarının yasalaşması sırasında çıkarılmış olan 7. maddesinin gerekçesinde, “... *İş sözleşmesinin kesin devrinde bir fesih söz*

konusu olmadığı için, önceki işverenden ihbar ve kıdem tazminatı talep edilemez...” şeklinde açık bir biçimde düzenlenmişti¹⁷¹.

Yargıtay’ın kararına göre de, “Bu değişiklik konusunda gerek davacı işçinin gerek davalı işverenin ve gerekse dava dışı ...’nun mutabakatı mevcut olduğu gibi dava dışı şirkette, davalı işverenin hizmet süresi ile ilgili bütün taahhütlerini üstlenmiştir. Oluşan bu durum işçinin bir işyerinden diğerine devri anlamında olup hizmet akdinin feshi sonucunu doğurmaz...”¹⁷².

T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak, sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle, Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçi açısından durum değerlendirildiğinde ise, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden, son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödeneceği sonucuna ulaşılabacaktır (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 1157; Cengiz, 2014: s. 137). Bu husus, 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/f.4’te açıkça düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, yaşlılık aylığı bağlanması için, işçi tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde hizmet sürelerinin birleştirilmesi mümkündür. Bu hüküm (m. 14/f.4) değerlendirildiğinde, Kanunun, sadece son kamu işvereni yanındaki çalışmanın işçilikte geçirilmiş olması koşulunu aradığını, buna karşılık T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak geçen önceki çalışma sürelerinin işçilikte geçirilmiş olup olmadığına bakılmaksızın birleştirilmesini ve toplamı üzerinden son kamu işverenince kıdem tazminatı ödeneceğini öngördüğünü söylemek isabetli olacaktır (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 1157). Kamu kuruluşlarında, işçinin iş sözleşmesinin daha önce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle, geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz (m. 14/f.5). Bu maddede geçen kamu

¹⁷¹ Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, MESS Yayını, İstanbul 2002, s. 72.

¹⁷² Yarg. 9. HD. 14.03.2001 T., 2001/225 E., 2001/3914 K. (Akyiğit, 2001: s. 40; Akyiğit, 2008: s. 358; Çankaya/Çil, 2011: s. 457, 633-634, 703; Danar, 2007: s. 68; Caniklioğlu, 2002/1: s. 37).

kuruluşları deyimi, genel, katma ve özel bütçeli idareler ile, 468 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kurumları kapsar (m. 14/f.7).

İş sözleşmesinin devralan işveren tarafından sona erdirilmesi halinde, devralan işverenin işçilik hakları bakımından sorumluluğu, işçinin hizmet süresinin bütün olarak değerlendirilmesi ve iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti yani son ücreti üzerinden hesaplanması yoluyla belirlenecektir (Soyer, 2010: s. 39; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Alp, 2007: s. 193; Sümer, 2009: s. 73; Cengiz, 2014: s. 120). Bu açıdan devralan işveren toplam hizmet süresi ve işçinin son ücreti üzerinden hesaplanacak olan kıdem tazminatının tamamından sorumludur¹⁷³ (Alp, 2007: s. 193; Sümer, 2009: s. 73; Cengiz, 2014: s. 120-121, 138). Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, devralan işveren, kıdem tazminatının tamamını ödemesi halinde devreden işverene kendi yanında çalışılan süre ve ücret düzeyi ile sınırlı olarak rücu edebilir (Danar, 2007: s. 70). Son ücret ifadesini, işçinin eline geçen net ücret değil, brüt ücret olarak anlamak gerekir (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 1174; Süzek, 2014: s. 767; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 396; Aktay vd., 2013: s. 234; Çifter, 2013: s. 71). Brüt ücret, sigorta primleri, vergi, sendika aidatı, ücret tevkifi, ceza kesintisi gibi kesintiler yapılmaksızın işçiye ödenmesi gereken miktardır (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 1174; Süzek, 2014: s. 767).

1475 sayılı İş K. m. 14/f.9'da, kıdem tazminatının son ücret üzerinden hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu ücrete m. 14/f.11'de belirtildiği gibi 4857 sayılı İş K. m. 32/f.1'de (1475sayılı eski İş K. m. 26/f.1) yazılı ücrete ilave olarak işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün sözleşmeden ve kanundan doğan menfaatler de eklenir. Buna göre, kıdem tazminatında esas alınan ücret, 4857 sayılı İş K. m. 32'de düzenlenen genel anlamda ücret (asıl ücret/temel ücret/çıplak ücret) ile birlikte ücret ekleri, sosyal yardımlar gibi ödemeleri de kapsar. Süreklilik gösteren gıda, sağlık, giyim, yakacak, yemek, ulaşım, konut, aile, çocuk yardımı gibi nakdi veya aynı yardımlar, kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınır. Bu nedenle kıdem tazminatında esas alınan ücret geniş anlamda ücret, ya da uygulamada kullanılan adı ile giydirilmiş ücrettir (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 1168; Süzek, 2014: s. 768; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 397; Aktay vd.,

¹⁷³ Yarg. 9. HD. 24.04.2007 T., 2007/3112 E., 2007/12648 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 682-683).

2013: s. 234; Şakar, 2007: s. 10-11; Şakar, 2011: s. 196; Çifter, 2013: s. 71). Sonuç olarak kıdem tazminatı, giydirilmiş, son brüt ücret üzerinden ödenir.

1475 sayılı İş K. m. 14'te kıdem tazminatında zamanaşımına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Kıdem tazminatı hukuken ücret olarak kabul edilmeyeceğinden genel hüküm niteliğinde olan TBK. m. 146 uygulama alanı bulacaktır (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 1184; Süzek, 2014: s. 773; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014: s. 401; Aktay vd., 2013: s. 235). Bu durumda kıdem tazminatı on yıllık zamanaşımına tabidir. Yargıtay da, on yıllık genel zamanaşımını kabul etmektedir. Yargıtay'ın konuya ilişkin 2013 yılında verdiği bir karara göre, *“Uygulama ve öğretide kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, Borçlar Kanununun 125'inci maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun 146'ncı maddesinde de genel zamanaşımı 10 yıl olarak belirlenmiştir”*¹⁷⁴.

1475 sayılı İş K. m. 14/f.1'de *“...işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresinde her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir ...”* ifadesi, kıdem başlangıç tarihinin işçinin işe başladığı tarih olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte *“işe başlama tarihi”* mutlaka, fiilen çalışmaya başlama tarihi olarak değerlendirilemez; işçinin, işinde ve işverenin her an buyruğuna hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler de çalışma süresinden sayıldığından (4857 sayılı İş K. m. 66/f.1, c bendi) fiilen çalıştırılmamasına karşılık işgücünü işverenin buyruğunda hazır tutan işçi bakımından kıdem başlangıcı, çalışmaya hazır olduğu tarihten itibaren başlar (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 1144; Cengiz, 2014: s. 130).

İşçinin kıdem süresinin sonu, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir (Süzek, 2014: s. 753; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014: s. 1145). Bu durumda süreli fesihle, bildirim süresinin dolduğu tarih kıdem sonudur. Peşin ödeme ile fesih halinde,

¹⁷⁴ Yarg. 7. HD. 01.07.2013 T., 2013/3891 E., 2013/12357 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/4, S. 39, s. 441-445).

Yargıtay kararları gereğince, peşin ödemenin yapıldığı; usulsüz fesih halinde uygulanmayan bildirim süresinin bittiği tarih, kıdem sonu olarak kabul edilecektir. İş sözleşmesinin haklı nedenle feshi halinde ise, kıdem sonu, fesih beyanında bulunulan tarihtir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 1145; Cengiz, 2014: s. 130-131). İşçinin öldüğü tarih, kıdem tazminatına hak kazanılan tarihtir (Şakar, 2007: s. 12; Şakar, 2011: s. 201; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 1145). Zamanaşımı, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihten başlar (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 1185; Şakar, 2011: s. 219; Şahlanan, 2011: s. 221). İşçinin ölümü halinde de ölüm tarihi, zamanaşımının başladığı tarih olacaktır. Fesih bildirimünün hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an ile ilgili tartışma olmakla birlikte, kanımıza göre fesih bildirimini, karşı tarafa varma anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 903; Süzek, 2014: s. 515; Çelik vd., 2014: s. 261-262; Aktay vd., 2013: s. 174; Çifter, 2013: s. 70). Bu andan itibaren süreli fesihte bildirim süresi işlemeye başlar ve bildirim süresinin dolmasıyla iş sözleşmesi sona erer (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 903; Süzek, 2014: s. 520, 753; Çelik vd., 2014: s. 265; Aktay vd., 2013: s. 177). Yargıtay 7. HD. kararına göre de, “... zamanaşımı başlangıcına esas alınan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı hakkının doğumu ise, işçi açısından hizmet akdinin feshedildiği tarihtir”¹⁷⁵.

Kıdem tazminatının muacceliyet tarihi iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olduğundan, iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte faiz de işlemeye başlayacaktır. İş sözleşmesinin sona erdiği tarih, kıdem tazminatı açısından faizin işlemeye başladığı tarihtir (Tuncay, 2013: s. 96; Süzek, 2014: s. 772; Sümer, 1999: s. 148). 1475 sayılı İş K. m. 14’te, kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle gününde ödenmeyen kıdem tazminatına yasal faiz değil, mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmaktadır.

Kıdem tazminatı adı altında iş sözleşmesi sona ermeden yapılan ödeme avans olarak nitelendirilmektedir. Yargıtay kararı gereğince, “İş sözleşmesi feshedilmeksizin “kıdem tazminatı” adı altında yapılan ödemeler Dairemizce

¹⁷⁵ Yarg. 7. HD. 01.07.2013 T., 2013/3891 E., 2013/12357 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/4, S. 39, s. 441-445).

“avans” olarak nitelendirilmekte, tüm süre ve son ücret üzerinden hesaplanan kıdem tazminatından ödendiği tarihten fesih tarihine kadar yasal faizi de hesaplanarak mahsubu yoluna gidilmektedir. Kıdem tazminatına hak kazanmadığı halde avans adı altında ödemeyi alan ve bu şekilde yararlanan işçi de sonucuna katlanmalıdır”¹⁷⁶. Aynı yönde Yargıtay’ın bir başka kararına göre, “... iş yerinde ara vermeden çalışan davacı işçiye hizmet akdi devam ederken muhtelif tarihlerde kıdem tazminatı adı altında ödemeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Dairemizin istikrar kazanmış uygulamasına göre, bu tür ödemenin avans olarak kabulü ile tüm hizmet süresi üzerinden hesaplanan kıdem tazminatından yasal faizi ile birlikte mahsubu gerekir”¹⁷⁷.

Yukarıda iş sözleşmesinin devrinde, işçinin iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesinin sonuçları açıklanmıştır. Tüm bu açıklamalar sonucunda akla şu soru gelebilir: *“İş sözleşmesinin devralan işveren tarafından kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sona erdirilmesi ya da işçinin istifa etmesi halinde, devreden işveren kendisinde çalışılan süre ve son ücret düzeyi ile sınırlı olarak kıdem tazminatından sorumlu olacak mıdır?”* Doktrinde belirtilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, iş sözleşmesinin devri ile sözleşme kesintisiz olarak yeni işveren ile devam edeceğinden, sözleşmenin sona erme şekli her iki işveren için de geçerli olmalıdır. Devralan işveren açısından kıdeme hak kazandırmayacak şekilde sona ermeyi kabul edip, devreden işveren açısından aynı sonuca varmamanın hukuken mümkün olmaması gerekir (Danar, 2007: s. 72). Gerçekten de iş sözleşmesinin devrinde sözleşme kesintiye uğramaksızın sözleşmeyi devralan işveren ile devam ettiğinden ve bu durumun sonucu olarak işçinin hizmet süresinin, devirden önceki ve devirden sonraki çalışmaları da dikkate alınarak bir bütün olarak değerlendirildiğinden, işçiye iş sözleşmesinin sona ermesi halinde toplam hizmet süresine göre kıdem tazminatı ödenmektedir. Bunun aksinin söz konusu olması halinde de yani işçinin iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazanamayacak şekilde sona ermesi halinde de nasıl devralan işverenin kıdem tazminatı ödemesi gerekmiyorsa, devreden işverenin de kendi dönemine ilişkin kıdem tazminatından sorumlu olması düşünülemez.

¹⁷⁶ Yarg. 9. HD. 10.06.2013 T., 2011/2802 E., 2013/17561 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/4, S. 39, s. 474-475).

¹⁷⁷ Yarg. 9. HD. 14.06.2004 T., 2004/2487 E., 2004/14871 K. (Şahlanan, 2011: s. 34-37).

1.3.2.2. İhbar Tazminatı

Fesih beyanında bulunan tarafın, hiç uygulamamak veya kısmen uygulamak suretiyle Kanunda veya sözleşmede öngörülen bildirim sürelerine uymaksızın iş sözleşmesini feshetmesine usulsüz fesih denir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 919; Aktay vd., 2013: 180; Narmanlıoğlu, 2014: s. 376). Belirsiz süreli iş sözleşmesini İş K. m. 17’de belirtilen bildirim süresine uymadan fesheden taraf (işçi veya işveren), kanundaki bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarını, karşı tarafa ihbar tazminatı olarak ödemek zorundadır (Süzek, 2014: s. 528; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 920; Çelik vd., 2014: s. 274; Aktay vd., 2013: 180-181; Sümer, 1999: s. 102-103; Narmanlıoğlu, 2014: s. 377). Bu husus, İş K. m. 17/f.4’de, “*Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır*” şeklinde düzenlenmiştir.

“Acaba iş sözleşmesinin devrinde devreden işveren, işçinin hizmet süresine bağlı haklarından olan ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti açısından işçinin kendisinde çalıştığı süre ve aldığı son ücret seviyesi ile sınırlı olarak sorumlu tutulabilecek midir?”

İş sözleşmesinin devri, niteliği itibariyle bir fesih değildir. Bu nedenle iş sözleşmesi sona ermediği için iş sözleşmesinin feshine bağlanan sonuçlar da doğmamaktadır. Böylece devreden işverenden yıllık ücretli izin alacağı, ihbar ve kıdem tazminatı talep edilememektedir (Günay, 2007: s. 48; Akyiğit, 2001: s. 45; Özkaraca, 2008: s. 129; Sümer, 2009: s. 73; Çankaya/Çil, 2011: s. 647; Arslanoğlu, 2006: s. 544; Sönmez Tatar, 2011: s. 61; Danar, 2007: s. 70, 72; Cengiz, 2014: s. 117). Bu husus, Bilim Kurulu tarafından hazırlanan ve meclise sevk edilen 4857 sayılı İş Kanunu tasarısında yer alan ancak tasarının yasalaşması sırasında çıkarılmış olan 7. maddesinin gerekçesinde, “... *İş sözleşmesinin kesin devrinde bir fesih söz konusu olmadığı için, önceki işverenden ihbar ve kıdem tazminatı talep edilemez...*”

şeklinde açık bir biçimde düzenlenmiştir¹⁷⁸. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında, devreden işverenin ihbar tazminatından sorumlu olmayacağını belirtmiştir¹⁷⁹.

İş sözleşmesinin devrinde, TBK. m. 429/f.2’de işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı belirtildiğinden, devralan işveren toplam süreye göre hesaplanacak ihbar tazminatından sorumlu olacaktır. Daha açık bir ifadeyle, iş sözleşmesinin devralan işveren tarafından süreli fesih yolu ile sona erdirilmek istenmesi halinde uyulacak bildirim süreleri açısından, devreden işveren yanında geçen süreler de hesaba katılacak; bildirim süresine uyulmaması ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesi halinde ödenecek ihbar tazminatının hesaplanmasında işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222-1223; Alp, 2007: s. 191, 193; Sümer, 2009: s. 73; Güzel, 2007: s. 36-37; Alpagut, 2011: s. 926; Çankaya/Çil, 2011: s. 648-649; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Kocagil, 2011: s. 56; Cengiz, 2014: s. 145-146). Devralan işverenin işçilik hakları bakımından sorumluluğu, işçinin hizmet süresinin bütün olarak değerlendirilmesi ve iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti yani son ücreti üzerinden hesaplanması yoluyla belirlenecektir (Soyer, 2010: s. 39; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Alp, 2007: s. 193; Cengiz, 2014: s. 120). İş K. m. 17/f.7’de belirtildiği üzere, ihbar tazminatının hesabında, asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur.

Devralan işveren iş sözleşmesini feshederken işçinin toplam hizmet süresini göz önüne alarak hesaplanacak olan bildirim süresine uymak zorundadır. Bildirim süresine uyulmaması halinde, devralan işveren toplam hizmet süresi ve işçinin son ücreti üzerinden hesaplanacak olan ihbar tazminatının tamamından sorumludur (Alp, 2007: s. 193; Cengiz, 2014: s. 120-121; Yarg. 9. HD. 24.04.2007 T., 2007/3112 E., 2007/12648 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 682-683). Bunu bir örnekle şu şekilde açıklayabiliriz: İşçinin devreden işverenin işyerinde 5 yıl çalıştıktan sonra iş sözleşmesinin devredilmesi sonucu devralan işverenin işyerinde 2 yıl çalıştığını

¹⁷⁸ Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, MESS Yayını, İstanbul 2002, s. 72.

¹⁷⁹ Yarg. 9. HD. 29.09.2005 T., 2005/309 E., 2005/31664 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 601-602, 694-695; Güzel, 2007: s. 37-38; Danar, 2007: s. 68).

varsayalım. Devralan işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin feshedilmek istenmesi halinde, işçinin toplam çalışma süresi 7 yıl olduğu için devralan işverenin, İş K. m. 17 gereğince, işçiye 8 haftalık fesih bildirim süresi vermesi gerekmektedir.

Bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin devri mümkün olduğundan, bildirim süresi tanınmış olan işçinin iş sözleşmesinin devri halinde, devralan işverenin bildirim süresini kullandırması ve iş arama izinlerini vermesi gerekmektedir (Çankaya/Çil, 2011: s. 646). Bu halde, bildirim süresinin usulüne uygun kullandırılmaması ve iş arama izinlerinin verilmemesinden devralan işveren sorumludur (Cengiz, 2014: s. 145). Bildirim süresi sonunda devralan işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi sona erer. Ancak taraflar iş sözleşmesinin devri sırasında bunun aksini kararlaştırabilirler ya da iş sözleşmesinin devri sonrasında devralan işveren ile işçi birayara gelerek bildirim süresini ortadan kaldırabilirler (Çankaya/Çil, 2011: s. 646; aynı hususa dikkate çeken Cengiz, s. 146).

Yargıtay, aralıklı çalışmada ihbar tazminatının tüm çalışma süresi üzerinden hesaplanması gerektiğine karar vermiştir. Karara göre, *“davacı davalı işyerinde aralıklı çalışmış, daha önceki tarihlerde bir fesih olgusu olmamıştır. Bu nedenle ihbar tazminatı davacının toplam çalışma süresi üzerinden 8 haftalık ücret tutarında hesaplanmalıdır”*¹⁸⁰. İş sözleşmesinin devrinde de bir fesih söz konusu olmadığından ve sözleşme tüm hak ve borçlarla birlikte bir başka işveren tarafından devralındığından, devralan işveren işçinin iş sözleşmesini feshederken devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarihi esas alarak bildirim sürelerini hesaplayacaktır.

Yargıtay bir başka kararında, kıdem tazminatı ödenmeksizin emekli olan bir işçinin, aynı işyerinde çalışmasını sürdürürken tüm hakları ile başka bir şirkete devredilmiş olan işçiye emekli olduğu işyerindeki çalışma süresi için ihbar tazminatı ödenmeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay bu kararında, davacı işçinin 1.8.1999 tarihinde emekli olması nedeniyle bu tarihten önceki dönemin tasfiye edildiğini, bu nedenle ihbar tazminatı ile ilgili istek konusunda önceki dönemin (emeklilikten

¹⁸⁰ Yarg. 9. HD. 31.01.2011 T., 2009/1551 E., 2011/71493 K. (Kazancı İhtihat Bankası, www.kazanci.com, erişim: 10.03.2013).

önceki kıdem) dikkate alınması olanağı olmadığını, ihbar süresi bakımından sadece bu tarihten sonraki dönemin dikkate alınması gerektiğini, bu dönemin sonraki dönemle birleştirilerek kıdem tazminatının davalı işveren tarafından ödenmiş olmasının sonuca etkili olmadığını belirtmiştir¹⁸¹. *CANIKLIOĞLU*, Yargıtay'ın bu kararına katılarak, işçinin yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini feshetmesi ve daha sonra tekrar çalışmaya başlaması halinde birbirinden bağımsız iki iş sözleşmesi bulunduğunu, bu çalışmaların kıdem tazminatına esas kıdem belirlenmesi bakımından, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesindeki, “*işçilerin kıdemleri hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın*” bir bütün olarak göz önünde tutulacağına ilişkin esasın, ihbar süreleri bakımından öngörülmemesi nedeniyle mümkün olmadığını belirtmiştir (Caniklioğlu, 2002/1: s. 43). Gerçekten de söz konusu olayda, işçi tarafından emeklilik nedeniyle yapılan bir fesih söz konusu olduğundan, fesih sonrası işçi aynı işyerinde çalışmaya devam etse de fesih öncesi dönemin ihbar süresinin hesabında dikkate alınmaması yerindedir.

İhbar tazminatı, ücret niteliği taşımadığı için TBK. m. 146'ya göre on yıllık zamanaşımına tabidir. İhbar tazminatının zamanında ödenmemesi halinde yasal faiz uygulanır (Süzek, 2014: s. 531; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 927; Çelik vd., 2014: s. 276; Sümer, 1999: s. 106; Narmanlioğlu, 2014: s. 386). Mevduata uygulanan en yüksek faiz, sadece kıdem tazminatı için öngörülmüş olduğundan ihbar tazminatına uygulanamaz (Süzek, 2014: s. 772; Sümer, 1999: s. 106; Narmanlioğlu, 2014: s. 386). Yargıtay, ihbar tazminatı bakımından bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizin değil yasal faizin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay'ın kararına göre, “*İhbar tazminatı bakımından uygulanması gereken faiz oranı değişen oranlara göre yasal faiz olmalıdır. Bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde farklı bir faiz türü öngörülmüşse, yasal faizin altında olmamak kaydıyla kararlaştırılan faiz uygulanır*”¹⁸².

Devralan işveren işçiye bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshetmek isterse (İş K. m. 17/f.5), işçinin devreden işveren yanında işe

¹⁸¹ Yarg. 9. HD. 15.01.2002 T., 2001/14555 E., 2002/203 K. (Karar incelemesi için bkz. Caniklioğlu, 2002/1: s. 33-49).

¹⁸² Yarg. 9. HD. 24.10.2008 T., 2007/30158 E, 2008/28418 K. (Çil, 2010: s. 238-239).

başladığı tarihi esas alarak kendi yanında geçen sürelerle birlikte toplam hizmet süresine göre hesaplanacak olan bildirim süresine ait ücreti işçiye ödemesi gerekecektir.

İşveren, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerini feshederken bir sebep belirtmek zorunda olmadığından, fesih hakkını kötüye kullanabilir. Bu durumda işveren işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında kötüniet tazminatı ödemek zorundadır (İş K. m. 17/f.6). İş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan işçilerin sözleşmelerinin, işveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirilmesi durumunda ödenmesi gereken kötüniet tazminatının miktarı da, işçinin işyerindeki hizmet süresi esas alınarak belirlenecek olan fesih bildirim sürelerine göre hesaplanacaktır. İş sözleşmesinin devrinde de devralan işveren, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalan bir işçinin iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanarak feshederse, ödeyeceği kötüniet tazminatının miktarı, işçinin devreden işveren ve devralan işveren yanında geçirdiği toplam hizmet süresine göre hesaplanacaktır.

1.3.2.3. Yıllık İzin Ücreti

İş K. m. 53 gereğince, “*İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir*”. Yıllık ücretli izin hakkının kazanılabilmesi için tamamlanması gereken bir yıllık çalışma süresinin hesabında İş K. m. 55’te belirtilen çalışılmış gibi sayılan haller de göz önüne alınır. Kanunda tam yıl esasına göre bir düzenleme yapıldığından bir yıldan arta kalan süreler için oranlama yapılarak işçiye izin hakkı verilmemektedir (Şahlanan, 2011: s. 169; Süzek, 2014: s. 826; Çelik vd., 2014: s. 444; Narmanlıoğlu, 2014: s. 704).

İş K. m. 54’e göre, “*Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır*”. Kural bu olmakla birlikte, iş sözleşmesinin devri halinde TBK. m. 429’a göre, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacağından, işçinin devreden

işveren yanındaki çalışma süreleri de yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınacaktır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 386; Süzek, 2014: s. 827; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222; Akyiğit, 2001: s. 45; Özkaraca, 2008: s. 126; Şahlanan, 2011: s. 169; Alp, 2009: s. 303; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Uçum, 2003: s. 41; Danar, 2007: s. 70, 72; Cengiz, 2014: s. 148-149).

İş K. m. 59/f.1 gereğince, “İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar”. Söz konusu hükümde, “iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi” ifadesinden çıkan sonuç şudur: İş sözleşmesinin işçinin ölümü veya tarafların anlaşması, belirli sürenin dolması nedeniyle, taraflarca haklı veya haksız, kötü niyetli veya iyi niyetli, bildirim süreli veya usulsüz feshedilip edilmemesi önem taşımamaktadır. Yani iş sözleşmesi işçi veya işveren tarafından ne şekilde ve hangi nedenle sona erdirilirse erdirilsin, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı izin sürelerine ilişkin ücret alacağı, iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale gelecek ve işçi ya da işçinin ölümü halinde hak sahiplerince talep edilebilecektir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 1340; Süzek, 2014: s. 837; Çelik vd., 2014: s. 454; Tuncay, 2013: s. 95; Güzel, 2007: s. 68; Şahlanan, 2010: s. 2). Konuya ilişkin Yarg. 9. HD. 10.01.2005 T., 2004/29557 E., 2005/109 K. gereğince, “... İş ilişkisi devam ettiği sürece yıllık ücretli izin alacağı muaccel olamayacaktır. Zira izin alacağı ancak akdin sona ermesi halinde muaccel hale gelecektir”¹⁸³ (Güzel, 2007: s. 68). Yargıtay’ın yıllık izin ile ilgili bir başka kararına göre de, “Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada, sözleşmenin sona erme şeklinin ve haklı nedene dayanıp dayanmadığının önemi bulunmamaktadır. ... Aktin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret, işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin

¹⁸³ aynı yönde Yarg. 9. HD. 24.10.2008 T., 2007/30158 E., 2008/28418 K. (Çil, 2010: s. 636; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 868).

alacağına dönüşür. Bu nedenle zamanaşımı da iş sözleşmesinin feshinden itibaren işlemeye başlar”¹⁸⁴.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, yıllık ücretli izin alacağı ancak iş sözleşmesi sona erdiğinde talep edilebilir. İş sözleşmesinin devri halinde sözleşme sona ermediği için devreden işveren yıllık ücretli izin alacağından sorumlu olamaz. Bu nedenle iş sözleşmesinin devirden sonra sona erdirilmesi halinde yıllık ücretli izin alacağından sorumlu olan son işverendir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Alp, 2007: s. 191; Alp, 2009: s. 322; Sümer, 2009: s. 75; Güzel, 2007: s. 37; Alpagut, 2011: s. 926; Çankaya/Çil, 2011: s. 649; Danar, 2007: s. 70; Kocagil, 2011: s. 56; Cengiz, 2014: s. 120-121, 148-149). Yani iş sözleşmesinin feshi halinde işçinin sözleşmenin devrinden önce hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin süresi ücretini sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden ödenmesinden devralan işveren sorumludur (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223). Devralan işveren, devreden işveren döneminde geçen süreleri göz önünde tutacak yani işçinin hizmet süresini bir bütün olarak ele alarak yıllık ücretli izin alacağını ödeyecektir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222; Alp, 2007: s. 193; Sümer, 2009: s. 73; Alpagut, 2011: s. 926; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Cengiz, 2014: s. 120-121). Diğer bir ifadeyle, devralan işverenin işçilik hakları bakımından sorumluluğu, işçinin hizmet süresinin bütün olarak değerlendirilmesi ve iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti yani son ücreti üzerinden hesaplanması yoluyla belirlenecektir (Soyer, 2010: s. 39; Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Alp, 2007: s. 193). Bu açıdan devralan işveren toplam hizmet süresi ve işçinin son ücreti üzerinden hesaplanacak olan yıllık izin ücretinin tamamından sorumludur¹⁸⁵ (Alp, 2007: s. 193; Cengiz, 2014: s. 120-121).

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, Yargıtay HGK. kararında¹⁸⁶, iş sözleşmesinin devri halinde yıllık ücretli izin hakkından devreden işvereni çalıştırdığı süre ile sınırlı olarak sorumlu tutmuştur. *GÜZEL*'in de belirttiği ve

¹⁸⁴ Yarg. 7. HD. 12.07.2013 T., 2013/5219 E., 2013/13279 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/4, S. 39, s. 392-393; Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2013, C. 10, S. 39, s. 173-174).

¹⁸⁵ Yarg. 9. HD. 24.06.2008 T., 2007/16181 E., 2008/17506 K. sayılı kararda da, iş sözleşmesinin devrinde yıllık izin hesabının ilk işverence işe giriş tarihine göre belirleneceği ifade edilmiştir (Çankaya/Çil, 2011: s. 672-673).

¹⁸⁶ Yarg. HGK. 13.04.2005 T., 2005/9-203 E., 2005/252 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/3, S. 6, s. 165-167; Güzel, 2007: s. 35 vd.; Danar, 2007: s. 68).

yukarıda da ifade ettiğimiz nedenlerle, söz konusu karar bu yönüyle isabetsizdir. İş sözleşmesinin devri ile işçinin devreden işveren nezdindeki süreleri devralan işveren tarafından gözetildiğinden ve iş sözleşmesinin devri bir fesih niteliğinde olmadığından izin hakkından sorumluluk devralan işverene geçmektedir (Güzel, 2007: s. 37; Alp, 2009: s. 322; Çankaya/Çil, 2011: s. 647). İş K. m. 59 gereğince, yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale gelmektedir. İş sözleşmesini devreden işvereni, henüz doğmamış olan yıllık izin ücretinden kendisinde çalışılan süre ile sınırlı olarak sorumlu tutmak bu işçilik alacağının niteliğine uygun düşmemektedir.

Yargıtay 2008 yılında vermiş olduğu bir başka kararında¹⁸⁷, yıllık ücretli izin sürelerinin hesabı konusunda, iş sözleşmesini devreden işverende geçen sürelerin de dikkat alınacağını belirtmiştir. Yargıtay'ın 2012 yılında vermiş olduğu bir karara göre, *“İş sözleşmesi devredildiğinden ve devir tarihinden ortada fesih bulunmadığından devreden davalı belediye başkanlığının doğmamış ve muaccel olmayan yıllık ücretli izinden sorumluluğu bulunmamaktadır. Davacının iş sözleşmesi devirden sonra devralan Milli Eğitim Bakanlığı işyerinde çalışırken sonlandırılmıştır. Kıdem tazminatı da devralan kurum tarafından ödenmiştir. Yıllık ücretli izin alacağından da devralan sorumludur”*¹⁸⁸.

Yargıtay'ın 2012 yılına ait bir başka kararına göre de, *“Yıllık izin hakkı Anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. İşyerinin devri veya iş sözleşmesinin devri halinde ortada fesih bulunmadığından sözleşmenin feshi ile muaccel hale gelen yıllık ücretli izin alacağından devreden işveren sorumlu tutulamaz”*¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Yarg. 9. HD. 24.06.2008 T. , 2007/16181 E., 2008/17506 K. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, legalbank.net, erişim: 24.10.2014).

¹⁸⁸ Yarg. 9. HD. 24.09.2012 T., 2012/25318 E., 2012/31397 K. (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İctihat Programı, www.corpus.com.tr, erişim: 24.10.2014).

¹⁸⁹ Yarg. 9. HD. 08.10.2012 T., 2012/18296 E., 2012/33423 K. (Kazancı İctihat Bankası, www.kazanci.com, erişim: 05.02.2015).

Görüldüğü gibi daha sonraki yıllarda, Yargıtay ile doktrin arasında yıllık izin ücretinin tamamından devralan işverenin sorumlu olduğu konusunda görüş birliği sağlanmıştır.

İş K. m. 57/f.2 hükmünün 50. maddeye yaptığı atıf nedeniyle, fazla çalışma ücretinin hesabında olduğu gibi sosyal yardımlar, prim, ikramiye vs. ücretler, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretler izin ücretinin hesabında dikkate alınmaz. Yani yıllık izin ücreti, çıplak ücret üzerinden hesaplanır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 1339; Süzek, 2014: s. 836; Çelik vd., 2014: s. 453).

İş K. m. 59 gereğince, “... işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden ... ödenir”. Her ne kadar hükümde, yıllık izin ücretinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden hesaplanacağı belirtilmişse de bu ücret işçinin son çalışma döneminde hak kazandığı izin süresi üzerinden değil, her dönem için hizmet süresine göre hak kazanılan izin süresine göre ayrı ayrı hesaplanacaktır (Süzek, 2014: s. 838; Tuncay, 2013: s. 95).

İş K. m. 32 gereğince, ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır. Bu nedenle hak kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde talep edilmesi gerekmektedir. İşçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücrete yasal faizin mi yoksa mevduata uygulanan en yüksek faizin mi uygulanacağı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, yıllık izin ücretinin İş K. m. 32’de düzenlenen ücret kapsamında olduğunu ileri sürerek, ücrette gecikme halinde İş K. m. 34/f.1 hükmü gereğince, mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanması gerektiğini belirtirken (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 1343; Güzel, 2007: s. 69; Doğan Yenisey, 2009: s. 86; Kılıçoğlu, 2005: s. 463); diğer görüş, işçinin işverenden talep edebileceği alacaklara uygulanacak faiz konusunda kanunda bir düzenleme bulunmaması sebebiyle yasal faizin uygulanması gerektiğini belirtmektedir (Tuncay, 2013: s. 96; Çelik vd., 2014: s. 455). Yargıtay 2004 yılında verdiği bir kararda¹⁹⁰ yıllık izin ücretlerine gününde ödenmemesi halinde, mevduata uygulanan en yüksek

¹⁹⁰ Yarg. 9. HD. 27.10.2004 T., 2004/8507 E., 2004/24281 K. (Kılıçoğlu, 2005: s. 374-375; Güzel, 2007: s. 69).

faizin uygulanması gerektiğini belirtmiş; ancak daha sonraki yıllarda bu görüşünü değiştirerek yasal faizin uygulanmasına karar vermiştir¹⁹¹.

İş K. m. 56/son gereğince, “İşveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır”. Bu nedenle, kullanılmayan yıllık izin ücretinin ödendiğini ispat yükü işverene aittir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 1343; Tuncay, 2013: s. 97; Kılıçoğlu, 2005: s. 462; Şahlanan, 2010: s. 2; Doğan Yenisey, 2009: s. 85). Yargıtay’ın konuya ilişkin bir kararına göre de, “Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir”¹⁹². Yargıtay kararları bu yöndedir¹⁹³.

1.3.3. Devirden Sonra Doğan Ücret ve Alacaklardan Tek Başına Sorumlu Olması

İş sözleşmesinin devri ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişki sona erer. Devreden işveren sözleşme ilişkisinden ayrıldığı için taraf sıfatını kaybeder (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1202, 1222-1223; Günay, 2007: s. 48; Günay, 2011: s. 116; Mollamahmutoğlu vd., s. 384; Akyiğit, 2001: s. 42-43; Alp, 2007: s. 190; Çelik vd., 2014: s. 164-165; Güneş/Mutlay, 2011/3: s. 271; Sönmez Tatar, 2011: s. 58, 60; Dulay, 2012: s. 62). Devreden işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişki yani iş ilişkisi sona erdiği için, devreden işveren devir tarihinden sonra doğan alacak ve borçlardan sorumlu olmaz. Devir tarihten itibaren doğan hak ve borçların

¹⁹¹ Yarg. 9. HD. 12.09.2005 T., 2005/25376 E., 2005/29266 K.; Yarg. 9. HD. 12.10.2004 T., 2004/6433 E., 2004/23010 K.; Yarg. 9. HD. 25.01.2006 T., 2006/17393 E., 2006/1271 K.; Yarg. 9. HD. 13.02.2006 T., 2006/865 E., 2006/3005 K. (Güzel, 2007: s. 69-70); Yarg. 9. HD. 24.10.2008 T., 2007/30158 E., 2008/28418 K. (Çil, 2010: s. 636; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013: s. 868); Yarg. 9. HD. 16.03.2009 T., 2007/39610 E., 2009/6793 K. (Çil, 2010: s. 629-631); Yarg. 9. HD. 31.01.2006 T., 2005/29619 E., 2006/1833 K. (Çil, 2010: s. 635); Yarg. 9. HD. 11.11.2008 T., 2007/32416 E., 2008/30685 K. (Çil, 2010: s. 634-636); Yarg. 9. HD. 17.10.2008 T., 2007/28438 E., 2008/27509 K. (Çil, 2010: s. 637).

¹⁹² Yarg. 7. HD. 12.07.2013 T., 2013/5219 E., 2013/13279 K. (Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2013/4, S. 39, s. 392-393; Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2013, C. 10, S. 39, s. 173-174).

¹⁹³ Yarg. 9. HD. 21.12.2005 T., 2005/16325 E., 2005/40325 K.; Yarg. 9. HD. 14.02.2005 T., 2004/14081 E., 2005/4111 K.; Yarg. 9. HD. 25.01.2006 T., 2005/17935 E., 2006/1299 K. (Güzel, 2007: s. 70); Yarg. 22. HD. 10.09.2013 T., 2012/26658 E., 2013/18451 K. (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2013, C. 10, S. 39, s. 311-312).

sorumlusu sözleşmeye taraf olan devralan işverendir (Alp, 2007: s. 191). Devir anında henüz doğmamış olan ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağına ilişkin işçilik haklarında devreden işverenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda işçinin kıdeme bağlı devam eden ve gelecekte doğacak haklarından devralan işveren sorumludur (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Alp, 2007: s. 193; Şahlanan, 2011: s. 104-105; Çankaya/Çil, 2011: s. 649; Danar, 2007: s. 70).

TBK. m. 429/f.2’de işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı belirtilmiştir. Bunun aksine yapılacak bir anlaşma işçiyi bağlamayacak ve sadece işverenler arasında geçerli olacaktır (Uçum, 2003: s. 41). İş sözleşmesinin devrinde, sözleşme sona ermediği için işçinin kıdemine bağlı hakları bakımından iş sözleşmesinin devredildiği tarih değil, iş sözleşmesinin kurulduğu tarih esas alınır. Kıdeme bağlı haklar olan ihbar sürelerinin ya da yıllık izin sürelerinin hesaplanmasında durum böyledir. İş sözleşmesinin sona ermesi halinde, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işçinin kıdemine bağlı tüm haklarından (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin alacağı) devralan işveren sorumlu olacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222-1223; Alp, 2007: s. 191, 193; Sümer, 2009: s. 73; Danar, 2007: s. 70). Ancak devralan işveren, kıdem tazminatının tamamını ödemesi halinde devreden işverene kendi yanında çalışılan süre ve ücret düzeyi ile sınırlı olarak rücu edebilir (Danar, 2007: s. 70).

İş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşmeden doğan hak ve borçlar yanında gelecekte doğacak hak ve borçların da devralan işverene geçmesi, sözleşmenin devrinin sonuçlarından biridir. Devir tarihinden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden işverenin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. İş sözleşmesinin devrinde, sözleşme bir bütün olarak yani tüm hak ve borçlarıyla devralan işveren tarafından üstlenildiğinden devralan işveren devir tarihinden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumludur. Ancak devreden işverenin bu borçlardan sorumlu olup olmadığına ilişkin bir düzenleme yer almadığından devreden ve devralan işverenin müteselsil sorumluluğu ve bu müteselsil sorumluluğun süresi konusunda doktrinde daha önce değindiğimiz tartışma bulunmaktadır.

1.3.4. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapmama Borcu

İş sözleşmesinin devri halinde, devirle birlikte işveren sıfatı bir başka kişiye geçmekte ve sözleşme bu yeni işveren ile işçi arasında devam etmektedir. Devirden sonra devreden işveren ile işçi arasında bir ilişki kalmamaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesinin devrinin, İş K. m. 22 anlamında çalışma koşullarında değişiklik olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmektedir (Alp, 2009: s. 304; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Özkaraca, 2008: s. 130; Cengiz, 2014: s. 54, 66, 80).

İş K. m. 22 hükmünün kapsamı, işveren ile işçi arasında devam eden iş ilişkisi içinde sözleşme koşullarında değişiklik yapılmasına ilişkindir. Sona eren bir iş ilişkisinde çalışma koşullarında değişikliğe ilişkin İş K. m. 22 hükmünün uygulanması söz konusu olamaz (Alp, 2009: s. 304; Cengiz, 2014: s. 80). İş sözleşmesinin devrini öneren işveren, kendisi ile olan iş ilişkisinin sona ermesini önerdiğinden, sözleşme devri önerisi İş K. m. 22 anlamında değişiklik önerisi değil, iş ilişkisini sona erdirmeye önerisidir (Alp, 2009: s. 304; Cengiz, 2014: s. 80-81). İş sözleşmesinin devri halinde sözleşmenin içerik ve niteliğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmediğinden ve çalışma koşullarında da bir değişiklik olmayacağından, iş sözleşmesinin devri tek başına çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılmamaktadır¹⁹⁴. İş sözleşmesinin devredilmesi sözleşmenin değiştirildiği anlamına gelmez¹⁹⁵. Sözleşmenin devri ve sözleşmenin değiştirilmesi tamamen farklı kavramlardır ve devir sözleşme hükümlerini etkilemez¹⁹⁶. İş sözleşmesinin devrinde işçinin işyerinin değişerek devralan işverenin işyeri haline gelmesi, sözleşme devrinin niteliğinden ve devralan işveren ile işçi arasında iş ilişkisi kurulmasından kaynaklanan bir değişiklik olduğundan İş K. m. 22 kapsamında değerlendirilemeyecektir (Alp, 2009: s. 304-305). Bu nedenle işçinin iş

¹⁹⁴ İşyerinin devri durumunun da tek başına çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılmayacağı konusunda bkz. Özkaraca, 2008: s. 147 vd.; Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 272; Alp, 2009: s. 305; Bir işyerinin, şirketin ya da başka bir tüzel kişinin devralınması, var olan iş sözleşmelerinin hükümlerinin değiştirilmesi veya etkilenmesi anlamına gelebilecek bir değişiklik sayılmaz (Moore, 2000: s. 44).

¹⁹⁵ Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi 6. Dairesine göre, iş sözleşmesinin işveren tarafından devri iş sözleşmesinin şartlarını değiştirmez (Moore, 2000: s. 43).

¹⁹⁶ Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi 6. Dairesi, sözleşmenin devri ve sözleşmenin değiştirilmesinin tamamen farklı kavramlar olduğunu ve devrin sözleşme hükümlerini değiştirmeyeceğini belirtmiştir (Moore, 2000: s. 44).

sözleşmesinin devrine rıza göstermemesi halinde, işveren, işçinin iş sözleşmesinin devrinin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olduğunu ve bunun geçerli bir nedene dayandığını belirterek iş sözleşmesini feshedemeyecektir (Özkaraca, 2008: s. 131; Cengiz, 2014: s. 66-67, 80).

İş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşme bir bütün halinde bir başka işveren tarafından üstlenilmektedir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 383; Süzek, 2010: s. 23; Süzek, 2014: s. 331; Sümer, 2009: s. 71; Güzel, 1987: s. 266; Çankaya/Çil, 2011: s. 641 vd.; Özkaraca, 2008: s. 114; Alp, 2007: s. 190; Alp, 2009: s. 303). İş sözleşmesinin iradi olarak kesin ve sürekli devrinde, devralan işverenin üstlendiği hak ve borçlara, bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar, örneğin iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklardan ya da işyeri uygulamasından doğan hak ve borçlar dahildir¹⁹⁷ (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Günay, 2007: s. 49; Günay, 2011: s. 118; Çankaya/Çil, 2011: s. 651; Sönmez Tatar, 2011: s. 61; Arslanoğlu, 2006: s. 544; Dulay, 2012: s. 59). Devralan işverenin bunlar aracılığıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapabilmesi için İş K. m. 22'ye uygun olarak durumu işçiye yazılı olarak bildirmesi ve bu değişikliklerin işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle devralan işveren, devreden işveren döneminde meydana gelen iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamalarında yer alan çalışma koşullarında işçi aleyhine tek taraflı esaslı değişiklik yapmama borcu altındadır (Arslanoğlu, 2006: s. 544; aynı prosedürün işyerinin devri halinde de geçerli olduğu yönünde bkz. Güzel, 1987: s. 351 vd.; Alpagut, 2010: s. 170 vd.; Günay, 2011: s. 118; Alp, 2007: s. 190; Çankaya/Çil, 2011: s. 651; Sönmez Tatar, 2011: s. 61, 77; Kocagil, 2011: s. 51; Dulay, 2012: s. 59; ayrıca bkz. Cengiz, 2014: s. 152). Buna aykırı olarak yani iş sözleşmesinin devrinden sonra işçinin rızası alınmaksızın işveren tarafından çalışma koşullarının esaslı surette ağırlaştırılması halinde işçinin İş K. m. 24/f.2 f bendi uyarınca haklı nedenle fesih hakkı bulunmaktadır. Yargıtay da aynı görüşte olup, konuya ilişkin bir kararına göre, “... iş sözleşmesinin devredildiği anlaşılmaktadır. Davalı işyerinde çalışma devam ederken altı aylık süre sonunda davacı ve arkadaşlarının satış temsilciliğinden

¹⁹⁷ 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında yer alan ancak tasarının yasalaşması sırasında çıkarılmış olan 7. maddenin gerekçesinde bu açıklama yer almaktaydı.

depoda görevlendirilecekleri, ücretlerinin asgari ücrete indirileceği şeklindeki işveren önerisinin kabul edilmemesi sonucu dilekçe verenlerin tazminatlarının ödeneceği yolundaki öneri üzerine ... tazminatları ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin feshine yönelik dilekçe alındığı görülmektedir. Bu dilekçenin şartlı olması karşısında geçerli bir istifadan söz etmek mümkün değildir. O halde davacının kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekir...¹⁹⁸” Söz konusu karardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay’a göre de, bir işçinin iş sözleşmesini devralan ve çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak isteyen işveren, İş K. m. 22’de düzenlenen prosedürü yerine getirmek zorundadır (Özkaraca, 2008: s. 130; Alp, 2009: s. 305; aynı yöndeki görüş için bkz. Cengiz, 2014: s. 81, 153; Konuya ilişkin bir başka Yargıtay Kararı için bkz. Şahlanan, 2011: s. 274-284).

İş sözleşmesi devredilen işçinin haklarının, sözleşmeyi devralan işverenin diğer işçilerinin hakları karşısında korunması zorunludur. İş K. m. 62 kıyas yoluyla uygulanmalı, işçinin ücreti indirim tabii tutulmamalıdır. Aynı şekilde işçinin sözleşmeden doğan hakları (ücret ve benzeri haklar) işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden daha avantajlı ise iş sözleşmesindeki hükümler korunmalıdır (Başbuğ, 2003: s. 12-13).

1.4. İşçi Açısından Doğan Sonuçlar

1.4.1. İşçinin İş Sözleşmesinden Doğan Borçlarının Devam Etmesi

İşçi ile işveren arasındaki hak ve borçların hukuki dayanağını iş sözleşmesi oluşturmaktadır. İş sözleşmesinin devrinde, iş sözleşmesi sona ermeyip devralan işveren ile devam ettiği için, diğer bir ifadeyle devralan işveren ile devam eden sözleşme, başlangıçta devreden işveren ile işçi arasında yapılan sözleşme olduğundan, işçinin bu iş sözleşmesinden doğan bütün borçlarını devralan işverene karşı da yerine getirmesi gerekmektedir (Güzel, 1987: s. 416). İş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, iş sözleşmesinde işçinin iş görme

¹⁹⁸ Yarg. 9. HD. 21.11.2007 T., 2007/7534 E., 2007/34760 K. (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, C. 5, S. 17, s. 176-177); Aynı yönde Yarg. HGK. 01.03.2006 T., 2006/9-51 E., 2006/27 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 406-409; Akyiğit, 2008: s. 359-361; Danar, 2007: s. 67); aynı yönde Yarg. 9. HD. 12.09.2005 T., 2005/22239 E., 2005/29546 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 697-698).

borcunun karşılığını işverenin ücret ödeme borcu oluşturmaktadır (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 402-403; Aktay vd., 2014: s. 54; Çelik vd., 2014: s. 109, 182; Güzel, 1987: s. 416; Gümüş, 2013: s. 381). İş sözleşmesinin devralan işveren ile devam etmesinin sonucu olarak, işçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme ve diğer borçları devralan işveren karşısında da devam edecektir (Güzel, 1987: s. 416). Yani işçinin devralan işverene karşı iş görme borcu yanında, sadakat borcu ile devralan işverenin emir ve talimatına uyma borcu da vardır. İşçinin sadakat borcundan kaynaklanan ve bu borcun yapmama borcu şeklindeki yönü olarak ortaya çıkan rekabet etmeme borcu da bulunmaktadır. Bu borcun iş sözleşmesinde ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. İşçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme borcu iş sözleşmesinin kurulması ile hüküm ifade eder ve sözleşme devam ettiği sürece devam eder, iş sözleşmesinin sona ermesiyle de sona erer. Bu nedenle işçinin rekabet yasağı sözleşmesi ile öngörülen rekabet etmeme borcu ile işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme borcu birbirinden farklı borçlardır (Şahlanan, 2011: s. 137-138; Manav, 2010: s. 322-323). Yargıtay'ın bir kararında da bu hususa değinilmiştir¹⁹⁹.

İşçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra rekabet etmeme borcu ise iş sözleşmesinde var ise geçerli olacağından, işveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada işçinin sözleşmenin sona ermesinden sonra kendisiyle rekabet etmeyeceğini taahhüt eden bir hükmü sözleşmeye koyduysa veya işçi bu konuda ayrı bir sözleşme yaptıysa TBK. m. 444-447 gereğince, rekabet yasağı sözleşmesi, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra hükümlerini doğurmaya başlayacaktır. Yani iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin rekabet etmeme borcunun söz konusu olabilmesi için bu konuda ayrı bir sözleşmenin bulunması ya da iş sözleşmesinde işçinin rekabet

¹⁹⁹ Yarg. 7. HD. 02.04.2014 T., 2014/4145 E., 2014/7247 K. gereğince, “İş sözleşmesinin doğası gereği akdin devamı müddetince işçi yanında çalıştığı işveren ile rekabet yapamaz. İşçi tarafından işverenle rekabet etme anlamı taşıyabilecek davranışlarda bulunması 4857 sayılı Kanununun 25. maddesine göre sadakat borcunun ihlali olarak değerlendirilir. İşçinin sadakat borcu iş sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte doğar, sözleşmenin sona ermesine kadar devam eder ve iş sözleşmesinde sadakat yükümlülüğü ile ilgili herhangi bir hüküm yer almasına da gerek yoktur. Akin devamı sırasında anılan şekilde işçinin işverenle rekabeti anlamına gelebilecek bir başka anlatımla sadakat borcuna aykırılık teşkil edebilecek davranışlarına bağlı olarak açılacak tüm davaların 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1'inci maddesine göre İş Mahkemesinde görülmesi gerekeceğinde şüphe yoktur” (HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim: 10.03.2015).

yasağını öngören açık bir hükmün bulunması gerekir²⁰⁰ (Şahlanan, 2011: s. 138; Manav, 2010: s. 323-324). İş sözleşmesinin devrinde, devralan işveren sözleşmeden doğan bütün hak ve borçları üstlenerek devreden işverenin yerine geçtiğinden, eğer devreden işveren ile işçi arasında iş sözleşmesinde rekabet etmeme koşulu yer almışsa, iş sözleşmesinin devrinden sonra da bu koşul varlığını koruyacağından işçi devralan işverene karşı da rekabet etmeme borcu altına girecektir (Güzel, 1987: s. 418). Rekabet yasağı sözleşmelerinin koşullarını TBK. m. 444, sınırlandırılmasını ise TBK. m. 445 düzenlemiştir. Bu hükümler ile rekabet yasağı sözleşmelerinin ya da iş sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümlerin geçerliliği bazı şartlara bağlanmıştır²⁰¹.

1.4.2. İşçinin İşyerinin Değişmesi

“İş sözleşmesinin devrinden söz etmek için işçinin işyerinin değişmesi gerekli midir ya da iş sözleşmesi devredilen işçinin, önceki işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde bu durum neyi ifade etmektedir?”

Doktrinde iş sözleşmesinin devri durumunda, işçinin işyerinin değişmesinin gerekip gerekmediği yani işçinin iş sözleşmesinin devredildiği işverenin işyerinde çalışmaya başlamasının zorunlu olup olmadığı konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, iş sözleşmesi devredilmekle birlikte, tarafların anlaşması ve işçinin yeni işverenin işyeri yerine önceki işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesi yani nakil olmaması halinde, işçinin önceki işverenin işyerindeki çalışması, kanunda öngörülen diğer koşulların da varlığı halinde geçici iş ilişkisi kapsamında yapılan bir çalışma olur (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 385). Yani böyle bir durumda, işçinin, sözleşmeyi devralan yeni işveren tarafından önceki

²⁰⁰ Yarg. 7. HD. 02.04.2014 T., 2014/4145 E., 2014/7247 K. gereğince, “İşçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra işveren ile rekabet etmeyeceğine dair rekabet etmeme borcu sadakat borcunun aksine her iş sözleşmesi açısından söz konusu değildir. İşçi bakımından böyle bir yükümlülüğün bahsedilebilmesi için iş ilişkisi devam ederken işçi ve işveren arasında iş sözleşmesinden ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi imzalanması ya da iş sözleşmesine rekabet yasağına dair bir hükmün konulması gereklidir. Bahsedilen şekilde ortaya çıkacak olan Borçlar Kanununda düzenlenmiş rekabet etmeme borcu ise sadakat borcunun aksine iş sözleşmesinin bitiminden sonra doğacak bir borç niteliği taşır” (HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim: 10.03.2015).

²⁰¹ Rekabet yasağı sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, 1994; Manav, 2010: s. 322-363.

işverene geçici olarak verildiği sonucuna varılacaktır²⁰² (Akyiğit, 2001: s. 49). Bir başka görüşe göre, kural olarak iş sözleşmesinin devrinde işçinin devralan işverenin işyerinde işbaşı yapması gerektiği söylenebilir. Devir sözleşmesine rağmen, işçinin devreden işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesini gerektirecek objektif sebepler yoksa iş sözleşmesinin devrinden değil, devralan işvereni bordro işvereni haline getiren bir işlemin gerçekleştiğinden söz etmek gerekir. Böyle bir işlemin de işveren değişikliği sonucunu doğurduğu söylenemez (Alp, 2009: s. 306). Doktrindeki diğer görüşe göre, iş sözleşmesinin devrinden söz edebilmek için devredilen işçinin çalıştığı işyerinin de değişmesi gerekmektedir. Bu görüş, İş K. m. 7’de düzenlenen geçici iş ilişkisinin kurulması halinde dahi “başka bir işyeri” kriterini kullanılmış olması karşısında sürekli ve kesin devri sonucunu doğuran iş sözleşmesinin iradi devrinde de bu sonuca varmanın mümkün olması gerektiğini belirtmiştir (Arslanoğlu, 2006: s. 543; Yiğit, 2014: s. 79-80). Bu duruma ihtiyatla yaklaşan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, işçinin iş sözleşmesinin devrinden sonra önceki işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesi için, geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektiren bir nedenin bulunup bulunmadığı üzerinde durulmalıdır. Devreden işverenin bazı yükümlülüklerden kurtulmak niyetinde olup olmadığı ve ilişkilerin muvazaaya dayanıp dayanmadığı dikkatli bir şekilde araştırılmalıdır. Özellikle holding içi işçi devrinde işçinin birtakım haklarının düşük tutulması, işyerinde sendikalaşmanın önlenmesi vb. gibi saiklerle gerçekte iş sözleşmesinin devri bulunmadığı halde bu şekilde gösterilmesi durumunda iş sözleşmesinin devrinin geçerli olmadığı sonucuna varılmalıdır. İş sözleşmesinin devrinden sonra bir süre geçmiş ve devreden işverene ait işyerinde aynı işçinin işgücüne ihtiyaç duyulmuş ise tarafların yeniden iş sözleşmesinin devri yerine geçici iş ilişkisini tercih etmeleri mümkündür (Çankaya/Çil, 2011: s. 651-652; Özkaraca, 2008: s. 125; Alpagut, 2003: s. 132-133; Cengiz, 2014: s. 174; benzer şekilde Soyer, 2010: s. 41; Cengiz, 2014: s. 182-183). Bu durumda iradi olarak meydana gelen iş sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı onayı alınarak, kural olarak bir işverene ait işyerinden bir başka işverene ait işyerine iş sözleşmesinin devri yoluyla nakledilmekte ve bu şekilde iş sözleşmesinin işveren tarafı değişmektedir (Mollamahmutoğlu vd., 2014: s. 384; Çankaya/Çil, 2011: 638; Özkaraca, 2008: s. 133; Sönmez Tatar, 2011: s. 62). Yani iş

²⁰² İş sözleşmesini devralan yeni işverenin, ödünç veren işveren sıfatıyla yeni bir geçici işçi sözleşmesi imzalaması ve işçisini tekrar geçici işçi olarak göndermesi mümkün olmalıdır (Odaman, 2007: s. 282; aynı görüşte Soyer, 2010: s. 41).

sözleşmesinin devrinde, kural olarak işçi açısından bir işyeri değişikliği söz konusu olmakta ve işçinin çalıştığı işyeri değişmektedir. Ancak yukarıda belirttiğimiz bazı istisnai durumlarda işçinin aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği de görülebilmektedir.

Yargıtay'ın bazı kararlarına göre, iş sözleşmesinin devrinden bahsedebilmek için işçinin işyerinin değişmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın kararına göre, “... *İşyeri devrinden farkı, işverenler arasında işyerinin devri yönünde bir işlem olmamakta ve işçi bir işverene ait işyerinden diğer işverene ait işyerine nakledilmektedir...*”²⁰³.

Yargıtay benzer olarak bir başka kararında, işçinin birden fazla işveren yanında çalıştığı durumlarda işyeri devrinin varlığını tespit ederken işyerinin değişip değişmediği kriterine başvurmuştur. Bu kriter Yargıtay kararında, “... *Davacının önceki tarihlerde N... Holding A.Ş. 'de bilhare U... A.Ş. 'de çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak dosya içerisinde davacının çalıştığı işyerinin değişip değişmediği, başka bir anlatımla davalılar arasında işyeri devri bulunup bulunmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Öncelikle bu husus belirlenmelidir*”²⁰⁴ şeklinde ifade edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre ise “...*İş sözleşmesinin devrinde işyerinin değiştirilmesi koşulu bulunmamaktadır*”²⁰⁵.

1.4.3. İş Güvencesi Açısından Doğan Sonuçlar

İş sözleşmesinin devrinde, daha önce de belirttiğimiz gibi, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması açısından altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında devreden ve devralan işverenin işyerinde çalışılan tüm süreler göz önüne alınacaktır (Alp, 2007: s. 193; Alp, 2009: s. 327; Çankaya/Çil, 2011: s. 649; Özkaraca, 2008: s. 127; Arslanoğlu, 2006: s. 543; Danar, 2007: s. 71; Cengiz, 2014: s. 156-157).

²⁰³ Yarg. 9. HD. 16.06.2008 T., 2007/41042 E., 2008/15622 K. (Çil, 2010: s. 184; Çankaya/Çil, 2011: s. 421, 675).

²⁰⁴ Yarg. 9. HD. 22.01.2007 T., 2006/15348 E., 2007/313 K. (Özkaraca, 2008: s. 133-134); aynı yönde Yarg. 9. HD. 15.09.2005 T., 2005/28475 E., 2005/30013 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 695-696; Danar, 2007: s. 68).

²⁰⁵ Yarg. HGK., 01.03.2006 T., 2006/9-51 E., 2006/27 K. (Çankaya/Çil, 2011. s. 406-409; Akyiğit, 2008: s. 359-361; Danar, 2007: s. 67).

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın diğer koşulu olan belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma koşulu, iş sözleşmesinin devrinde bir problem yaratmayacaktır. Daha açık bir ifadeyle, sözleşme içeriği ve niteliği değişmeden bir işverenden bir başka işverene işçinin yazılı rızası ile devredildiğinden, iş sözleşmesinin devri iş sözleşmesinin belirli ve belirsiz süreli olma niteliğini değiştirmemektedir (Özkaraca, 2008: s. 129; Cengiz, 2014: s. 156; aynı hususun işyerinin devri halinde de geçerli olduğu yönünde bkz. Özkaraca, 2008: s. 274). Bu nedenle belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi, diğer koşulların da varlığı halinde, iş sözleşmesinin devri ile birlikte belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya devam edeceğinden iş güvencesi hükümlerinden de yararlanmaya devam edecektir.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın diğer koşulu olan işyerinde otuz işçi çalışması koşulu, iş sözleşmesinin devrinde devralan işverenin işyerinde çalışan kişi sayısı nedeniyle sağlanamayabilecektir. Yani iş sözleşmesinin devri işçinin iş güvencesinin kapsamına girmesi açısından, sözleşmenin devrinden önceki durumdan farklı sonuçlara yol açabilecektir. Öyle ki, iş sözleşmesinin devrinden önce iş güvencesinin kapsamında olan bir işçi, devir sonrasında güvence kapsamı dışında kalabileceği gibi, bu durumun aksi de gerçekleşebilir. Bunun nedeni, iş sözleşmesini devreden ve devralan işverenlerin, işyerlerinin girdiği iş kolunda çalıştırdıkları işçi sayısının farklı olmasından kaynaklanabilir (Özkaraca, 2008: s. 128; aynı sorunun işyerinin devri halinde de söz konusu olduğu hakkında bkz. Özkaraca, 2008: s. 272 vd.). İş K. m. 18/f.4 gereğince, *“İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir”*. Bu durumda, işçinin iş güvencesinden yararlanması için, diğer koşullar yanında, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin, işçinin çalıştığı işyerinin girdiği iş kolunda en az otuz işçi çalıştırması gerekir. Devirden önce iş güvencesinin kapsamında olan bir işçi, iş sözleşmesini devralan işverenin otuzdan az işçi çalıştırması nedeniyle kapsam dışı kalabilecektir. Bu durumun aksi olarak, iş sözleşmesini devreden işverenin otuzdan az işçi çalıştırması nedeniyle iş güvencesinden yararlanamayan bir işçi, iş sözleşmesini devralan işverenin devredilen işçi ile birlikte otuz işçi çalıştırması halinde iş güvencesinden yararlanabilecektir (Özkaraca, 2008: s. 128; Cengiz, 2014: s. 155-156).

İşçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacağını bilmesi açısından, devralacak işverene ait işyerinde veya aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçi sayısı konusunda bilgi sahibi olması önem taşımaktadır (Özkaraca, 2008: s. 127-128). Burada şunu da belirtmek gerekir ki; iş sözleşmesinin devri söz konusu olmadan işyerinde çalışan işçi sayısının otuzun altına düşmesi nedeniyle işçinin iş güvencesinin kapsamı dışında kalması mümkündür. Yani işçi, iş sözleşmesinin devrinden bağımsız olarak, işyerinde çalışan işçi sayısının otuzun altına düşmesi nedeniyle iş güvencesinin kapsamı dışında kalabilir. Bu durum işçinin işyerinde çalışan işçi sayısı bakımından iş güvencesi kapsamına girmesinin, iş sözleşmesinden doğan bir hak olarak nitelendirilemeyeceğini göstermektedir²⁰⁶. Bir işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması, işverenin işyerinde veya aynı işkoluna giren işyerlerinde en az otuz veya daha fazla işçi çalıştırmasının, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmasının ve en az altı aylık kıdeminin bulunmasının bir sonucudur (İş K. m. 18/f.1).

2. TOPLU İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR

2.1. Sendikal Sonuçlar

Sendikal sonuçlar, iş sözleşmesinin devrinde sözleşmesi devredilen işçinin devredildiği işyerinin farklı işkolunda yer alması ve buna bağlı olarak mevcut sendika üyeliğinin sona ermesi olarak iki başlık altında incelenmiştir.

2.1.1. Yeni İşyerinin Farklı İşkolunda Yer Alması

İşkolu, ülkede yapılan işlerin belirli sayıda gruplandırılarak her bir gruba “işkolu” denilmesidir (Çelik vd., 2014: s. 504; Başbuğ, 2012: s. 85; Aktay vd., 2013: s. 339; Şahlanan, 2013/4: s. 112). 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, sendikal örgütlenmede işkolu esasını kabul etmiştir (Doğan Yenisey, 2013/4: s. 43-44; Kutal, 2012: s. 162; Akyiğit, 2013/2: s. 43; Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 39; Aktayvd., 2013: s. 339; Şahlanan, 2013/4: s. 112) (m. 2/f.1/ğ, m. 3/f.1).

²⁰⁶ Aynı durumun işyerinin devrinde de söz konusu olduğu hakkında bkz. Özkaraca, 2008: s. 274.

Bu durum işyerinin girdiği işkolunun tespiti, sendikal özgürlüklerin kullanılması ve işçinin üye olabileceği sendikanın belirlenmesi açısından önemlidir (Doğan Yenisey, 2013/4: s. 43-44; Aktay vd., 2013: s. 340).

STİSK. m. 2/f.1/ğ, sendikayı tanımlamıştır. Bu hükme göre, “*Sendika, işçilerin 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 kuruluşları ifade eder*”. STİSK. m. 3/f.1’de belirtildiği üzere de, “*...Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur*”. İş koluna göre sendikalaşma ilkesinin istisnası ise m. 3/f.2’de belirtilmiştir. Bu hükme göre, “*Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve faaliyette bulunması şartı aranmaz*”.

İşkolu sendikacılığı, o işkolunda çalışan en niteliksiz işçi ile en nitelikli işçiyi aynı örgüt çatısı altında toplayan ve bu yolla işçiler arası dayanışmayı sağlayan bir örgütlenme modeli olarak tanımlanabilir (Doğan Yenisey, 2013/4: s. 44; Aktay vd., 2013: s. 337). İşkoluna göre sendikalaşma ilkesi, işçilerin sendika kurmalarında ya da bir sendikaya üye olmalarında mesleklerine bakılmaksızın sadece işyerinde yapılan asıl işin girdiği işkolunun esas alınmasıdır (Çelik vd., 2014: s. 504; Doğan Yenisey, 2013/4: s. 44; Başbuğ, 2012: s. 85; Şahlanan, 2013/4: s. 112).

STİSK. m. 4/f.1’de belirtildiği üzere, “*İşkolları bu Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilmiştir*”. Bu cetvelde 20 işkoluna yer verilmiştir. İşçi ve işveren sendikaları bu cetvelde belirtilen 20 işkolundan birinde kurulabilecektir. Maddenin devamında “*Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır*” hükmüne yer verilmiştir (m.4/f.2). “*Bir işkoluna giren işler, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü alınarak ve uluslararası normlar göz önünde bulundurularak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir*” (m. 4/f.3). Bu hüküm uyarınca İşkolları Yönetmeliği çıkarılarak yürürlüğe konulmuştur²⁰⁷.

²⁰⁷ RG. 28502 sayı ve 19.12.2012 tarih.

İşkolları Yönetmeliği m. 4/f.1'e göre, "Bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusunda anlaşmazlık çıkması halinde, ilgililerin başvurusu üzerine, işkolu, o işyerinde yürütülen işin niteliğine göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenir". Aynı maddenin devamında, "Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur" hükmüne yer verilmiştir. Aynı hususlara STİSK. m. 5'te de yer verilmiştir.

İş sözleşmesinin devrinde, devreden işverenin işyerinin girdiği işkolu ile devralan işverenin işyerinin girdiği işkolu aynı olabileceği gibi, bu işyerlerinin farklı işkolunda yer alması da mümkündür. Her iki işyerinin farklı işkolunda yer alması halinde işçinin mevcut sendika üyeliği kendiliğinden sona erecektir. Her iki işyerinin aynı işkolunda yer alması halinde ise işçinin kısmi süreli çalışan bir işçi olmaması ve sadece devralan işverene bağlı olarak çalışması halinde, işçi sadece çalıştığı işyerinin girdiği işkolunda kurulu sendikaya üye olabilecektir.

2.1.2. Mevcut Sendika Üyeliğinin Sona Ermesi

STİSK. m. 17/f.3 gereğince, "Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz. İşçi veya işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamaz. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilir. İşçi ve işverenlerin bu hükme aykırı şekilde birden çok sendikaya üye olmaları hâlinde sonraki üyelikler geçersizdir". Günümüzde esnek çalışma modelleri yaygınlaşmıştır. Bu nedenle bir işçinin aynı işkolunda birden fazla işyerinde çalışması mümkündür. Bu husus göz önünde bulundurularak, "Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz" hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece işçinin çalıştığı aynı işkoluna giren ikinci işyerindeki sendikaya üye olabilmesinin önü açılmıştır.

İşçinin bir işçi sendikasına üye olabilmesi için; STİSK. (m.2/f.4) anlamında işçi olması²⁰⁸, onbeş yaşını doldurmuş olması (STİSK. m. 17/f.1), üye olmak istediği sendikanın kurulu olduğu işkolunda iş sözleşmesiyle çalışıyor olması ve sendika tüzüğünde öngörülen nitelikleri taşıması gerekmektedir. Fakat bunun için fiilen çalışma zorunlu değildir; bu sırada (askıda bile olsa) iş sözleşmesinin hukuken devam ediyor bulunması gerekli ve yeterlidir. Bu nedenle işçinin raporlu olması, yıllık izne çıkmış olması veya geçici iş ilişkisi kapsamında bir başka işverenin işyerinde çalışıyor olması, bu koşulun gerçekleşmesine engel değildir (Akyiğit, 2013/2: s. 43; Başbuğ, 2012: s. 96).

Sendika üyesi bir işçinin iş sözleşmesi sona ermişse, sendika üyeliği hemen sona ermemekte bir yıl daha devam etmektedir. Bu husus STİSK. m. 19/f.9'da belirtilmiştir. Bu hükme göre, “*İşçi sendikası üyesinin bir yılı geçmemek üzere işsiz kalması üyeliğini etkilemez*”. İşçi bu sırada geçici işsiz de olsa mevcut sendika üyeliği bir yıl daha devam etmekte; ancak ilk kez bir sendikaya üye olamamaktadır (Akyiğit, 2013/2: s. 43).

İşçinin, çalıştığı işyerinin girdiği işkolu dışındaki bir işçi sendikasına üye olması mümkün değildir. İş sözleşmesinin devrinde, işçiyi devreden işverenin işyerinin girdiği işkolu ile işçiyi devralan işverenin işyerinin girdiği işkolunun farklı olması nedeniyle işçinin çalıştığı işkolu değişmekte ise, örneğin işçi metal işkolundan inşaat işkoluna geçmekte ise, bu işçinin devreden işverenin işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üyeliğinin bulunması halinde, bu işkolundaki sendika üyeliği kendiliğinden sona erecektir. Daha basit bir ifadeyle, iş sözleşmesi devredilen bir işçinin farklı bir işkoluna devredilmesi durumunda, önceki işkolundaki sendika üyeliği kendiliğinden sona erecektir. İş sözleşmesinin devri ile işçinin çalıştığı işkolu değiştiğinde, sendikaya üye olma koşullarından biri olan “*işçinin üye olmak istediği sendikanın kurulu olduğu işkolunda faaliyet gösteren bir işyerinde çalışıyor olması*” koşulu ortadan kalkmış olmaktadır (Yiğit, 2014: s. 319; Özkaraca, 2014: s. 319). STİSK. m. 19/f.7’de belirtildiği üzere, “*İşkolunu değiştirenin sendika üyeliği kendiliğinden sona erer*”. Bu durumda toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili

²⁰⁸ Bu hükme göre, “*İş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılır*” (STİSK. m. 2/f.4).

sendikanın belirlenmesi açısından Sosyal Güvenlik Kurumuna işçi giriş-çıkış bildirimini verilmesi yerinde olacaktır. İş sözleşmesi devredilen işçi, devralan işverenin işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir.

İşçinin iş sözleşmesinin devrinden önce aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışıyor olması halinde, işçi birden çok sendikaya üye olabilecektir. İş sözleşmesi devredilen işçi aynı işkolunda çalışmaya devam ediyor olsa bile, devirden sonra tek bir işverene bağlı olarak çalışmasını sürdürüyorsa, çalışmaya devam ettiği işverenin işyerinin girdiği işkolunda kurulu sendikaya üyeliği devam edecek, diğer sendika üyelikleri ise sona erecektir (STİSK. m. 17/f.3).

2.2. Toplu İş Sözleşmesine Bağlı Sonuçlar

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu “*tanımlar*” kenar başlıklı m. 2/f.1/h’ye göre; “*Toplu iş sözleşmesi iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi ifade eder*”.

STİSK. m. 33 ile toplu iş sözleşmesinin içeriği düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerir*” (m. 33/f.1). “*Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir*” (m. 33/f.2). Hükümden çıkan sonuç, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümlerin toplu iş sözleşmesinde yer alması zorunlu iken; tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimi ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümlerin toplu iş sözleşmesinde bulunması zorunlu değildir.

Toplu iş sözleşmesi kural olarak normatif hükümler ve borç doğurucu hükümlerden oluşur. Normatif hükümler, STİSK. m. 33/f.1’de belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümlerden oluşur. Borç doğurucu hükümler de m. 33/f.2’de belirtildiği üzere, tarafların karşılıklı hak ve

borçlarına ilişkin hükümler ile toplu iş sözleşmesinin uygulanması ve denetimi ile uyumsuzlukların çözümüne ilişkin hükümlerden oluşur. Normatif hükümler, bireysel düzeyde işçi ile işveren arasındaki ilişkileri düzenlerken ve objektif hukuk kuralları niteliğinde olup sözleşmenin tarafı olanlardan başka üçüncü kişiler üzerinde de etkili olurken; borç doğurucu hükümler toplu iş sözleşmesine taraf olan işveren veya işveren sendikası ile işçi sendikası arasındaki ilişkileri düzenlemekte ve sadece toplu iş sözleşmesinin taraflarını bağlamaktadır (Keser, 2007: s. 112 vd.; Doğan, s. 782, 786; Çelik vd., 2014: s. 563 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 173, 184; Başbuğ, 2012: s. 161-162; Aktay vd., 2013: s. 478).

STİSK. m. 35/f.1 gereğince, “*Toplu iş sözleşmesi yazılı olarak yapılır*”. Bu nedenle yazılı olarak yapılmayan toplu iş sözleşmeleri geçersizdir.

2.2.1. Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Sonuçlar

İş sözleşmesinin devri, toplu iş sözleşmesinin yapılmasını etkileyebilmektedir. Bir toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesi için iki koşul bulunmaktadır. Bu koşullar toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti ve yetkisidir.

2.2.1.1. Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti

Toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, hukuken geçerli bir toplu iş sözleşmesinin tarafı olarak toplu iş sözleşmesi imzalayabilme yeterliliği demektir (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 213; Aktay vd., 2013: s. 499). Toplu iş sözleşmesi ehliyeti hukukumuzda sadece işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene tanınmıştır. Ancak ehliyete sahip bu kişi veya kuruluşlar toplu iş sözleşmesine taraf olabilir²⁰⁹ (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 213; Aktay vd., 2013: s. 499). STİSK. m. 2/f.1/h’de toplu iş sözleşmesinin tanımı yapılarak bu sözleşmenin işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında

²⁰⁹ Yarg. 9. HD. 08.05.2008 T., 2008/15782 E., 2008/11746 K. gereğince, “*Bir toplu iş sözleşmesine, yasa doğrultusunda taraf olma yetkisi toplu iş sözleşmesine taraf olma ehliyetidir. İşçi açısından sendikalar, işveren açısından işveren ya da işveren sendikasıdır. Yapılacak toplu iş sözleşmesi işyeri veya işyerlerinin bulunduğu işkolunda yapılabilir. Sayılan bu iki hal ehliyet koşuludur. Ehliyetsizlik iddiası yalnız taraflarca değil, üçüncü kişilerce de ileri sürülebilir*” (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, erişim: 05.02.2015).

yapılacağı belirtilmiştir. Bu hükümden de ehliyetin sadece bu kişi veya kuruluşlara tanınmış olduğu anlaşılmaktadır.

İşçi tarafının ehliyeti açısından; bir toplu iş sözleşmesinin işçi tarafı ancak bir işçi sendikası olabilir. Sendikalaşmamış, fiili işçi topluluklarının (örneğin bir grup işyeri çalışanının) toplu iş sözleşmesine taraf olma ehliyeti yoktur. Fiili bir işçi topluluğunun işverenle imzaladığı toplu iş sözleşmesi geçersiz sayılır. İşveren tarafının ehliyeti açısından; toplu iş sözleşmesinin kapsayacağı işyerinin sahibi işveren, işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir işveren sendikasının üyesi değilse toplu iş sözleşmesi ehliyetine kendisi sahip olur ve toplu iş sözleşmesini kendisi yapar. İşveren, işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir işveren sendikasına üye ise toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti üyesi bulunduğu sendikaya aittir (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 214-215; Başbuğ, 2012: s. 169; Aktay vd., 2013: s. 500). Bu husus STİSK. m. 44/f.4'te, *“Bir işveren sendikası, üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir”* şeklinde ifade edilmiştir.

Ehliyet yetkiden önce gelir. İlk olarak bir kişi ya da kuruluşun toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olup olmadığı araştırılır. Sonra da onun yetkili olup olmadığına bakılır. Ehliyet hem geçerli bir toplu iş sözleşmesi yapmanın hem de yetkinin ön koşuludur (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 213; Çelik vd., 2014: s. 578; Aktay vd., 2013: s. 501).

Ehliyetin yokluğu yetkinin yokluğundan daha ağır sonuçlar doğurur. Toplu iş sözleşmesi yapılmış olsa da olmasa da ehliyetsizlik her zaman ileri sürülebilir. Ehliyetsiz bir kuruluşun her nasılsa taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti mahkemeden her zaman istenebilir. Çünkü ehliyeti olmayan bir kişi ya da kuruluşun yaptığı sözleşme kanun anlamında toplu iş sözleşmesi sayılmaz ve yapılan bu toplu iş sözleşmesi hiçbir hüküm ifade etmez. Ehliyetsizliğin yol açtığı geçersizlik her zaman ileri sürülebilir ve hakim tarafından re'sen ve her zaman dikkate alınır (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 213; Aktay vd., 2013: s. 501). Buna karşılık yetkisizlik söz konusu olduğunda sadece ilgililer ve Bakanlık, STİSK. m. 45/f.1 gereğince, durumun tespitinden itibaren kırk beş gün içinde dava yolu ile

ileri sürebilir. Taraf olma ehliyeti bulunan bir işçi veya işveren kuruluşunun yetkisi olmamasına rağmen yetki belgesi için yaptığı başvuruya süresi içinde itiraz edilmezse yetki kesinleşir ve yetkili olmadığı halde toplu sözleşme çağrısı yapabilir, toplu görüşmeyi yürütüp bunu bir toplu iş sözleşmesiyle sonuçlandırabilir (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 213). Yetki itirazını düzenleyen STİSK. m. 43 gereğince, “... tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir” (m. 43/f.1). Bazı hallerde toplu iş sözleşmesinin geçersizliği de ileri sürülemez. STİSK. m. 45/f.1’e göre, “Yetki belgesi bulunmaksızın yapılan bir toplu iş sözleşmesinde taraflardan birinin veya ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı ve bu nedenle sözleşmenin hükümsüzlüğü, Bakanlıkça durumun tespitinden itibaren kırk beş gün içinde, ilgililerce veya Bakanlıkça mahkemede dava yolu ile ileri sürülebilir”. Hükümden anlaşıldığı üzere, kırk beş gün geçtikten sonra artık toplu iş sözleşmesinin geçersiz olduğu bile ileri sürülemez.

2.2.1.2. Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi

Yetki, toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip işçi veya işveren sendikaları ile sendika üyesi olmayan işverenlerden hangisinin belli bir işyeri veya işyerlerinde toplu iş sözleşmesi yapabileceğini ifade eder (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 216). İşçi sendikası, işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren her zaman yetki tespiti için Bakanlığa başvurabilir (STİSK. m. 42/f.1).

İşveren tarafının yetkisi açısından; “Yetki” kenar başlıklı STİSK. m. 41/f.4 gereğince, “Bir işveren sendikası, üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir”. Yetkiye ilişkin bu madde, toplu iş sözleşmesini tanımlayan ve toplu iş sözleşmesinin işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan bir sözleşme olduğunu ifade eden STİSK. m. 2/f.1/h maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, işveren tarafının ehliyet şartının

yetki açısından da tekrarlandığını göstermektedir (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 216; Çelik vd., 2014: s. 582; Aktay vd., 2013: s. 507).

Bu durumda işveren, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinin bağlı olduğu işkolunda bir işveren sendikasına üye ise toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi bu işveren sendikasına aittir. İşveren böyle bir sendikaya üye değilse toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kendisine aittir (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 217; Aktay vd., 2013: s. 507).

İşçi tarafının yetkisi açısından; işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olması için iki şartın varlığı gerekir. İlk olarak, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin (baraj şartı), bu sendikanın üyesi bulunması gerekir (STİSK. m. 41/f.1).

İşçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olması için ikinci olarak, yapılmak istenen toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri ve işyerlerinin her birinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının (çoğunluk şartı) bu sendikanın üyesi bulunması gerekir. Toplu iş sözleşmesi yapılacak yer bir işletme ise işletme toplu iş sözleşmesi için yarıdan fazla çoğunluk yerine %40 çoğunluk aranır (STİSK. m. 41/f.1). Yarıdan fazla işçiden anlaşılan, örneğin 100 işçinin çalıştığı işyerinde 51 işçinin, 99 işçinin çalıştığı bir işyerinde 50 işçinin sendika üyesi olmasıdır²¹⁰ (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 222; Başbuğ, 2012).

Çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığı, sendikanın başvuru tarihine göre tayin edilir. Nitekim STİSK. m. 42/f.2'de, "*Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde*" ibaresine yer verilmiştir.

²¹⁰ s. 170; Yarg. 9. HD. 15.06.2000 T., 2000/8746 E., 2000/8620 K. gereğince, "*Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre işyerinde çalışan işçilerin yarıdan bir fazlasının (%50+1) değil, yarıdan fazlasının sendika üyesi olması yeterlidir. Dolayısıyla işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçi sayısı 11 olduğuna göre yarıdan fazlası 6'dır*" (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, erişim: 05.02.2015).

Çoğunluk tespitinde dikkate alınacak olanlar, ilgili işyeri veya işletmede işverene bir iş sözleşmesiyle bağlı olarak çalışan işçilerdir. İşçi niteliği taşımayanlar hesaba katılmazlar. Bu nedenle işverene bir iş sözleşmesiyle bağlı olmayan çıraklar, stajyerler, memurlar, sözleşmeli personeller, serbest çalışanlar, bir başka işletmeden gönderilen geçici işçiler, alt işveren işçileri çoğunluk hesabında dikkate alınmazlar. İş sözleşmelerinin belirli ya da belirsiz süreli, tam ya da kısmi süreli olması, işçilerin geçici ya da daimi statüde olması çoğunluk hesabı dışında tutulmayı gerektirmez²¹¹ (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 222; Çelik vd., 2014: s. 579-581; Başbuğ, 2012: s. 174; Aktay vd., 2013: s. 507).

Yarıdan fazla çoğunluk şartı, işletme toplu iş sözleşmeleri için %40'dır. STİSK. m. 41/f.2 gereğince, *“İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanır”*. Ayrıca, m. 41/f.3'te belirtildiği üzere, *“İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir”*.

Yapılacak toplu iş sözleşmesi bir grup toplu iş sözleşmesi ise işçi sendikasının her bir işyerinde yarıdan fazla çoğunluğa sahip olması gerekir. Eğer gruba dahil işyerleri arasında işletmeler de bulunuyorsa buralardaki çoğunluk her işletme bir bütün kabul edilip hesaplanır (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 223; Aktay vd., 2013: s. 507).

Toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesi için özellikle yetkili sendikanın belirlenmesinde işkolundaki işçi sayısı ile toplu iş sözleşmesinin uygulanacağı işyerlerindeki işçi sayısı önem taşımaktadır. Bir veya birkaç işçinin iş sözleşmesinin devri, devralan işverenin işyerindeki üye sayısı bakımından yetkiyi olumlu etkilerken, devreden işverenin işyeri açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Örneğin, işveren (E)'nin yanında çalışmakta olan işçilerden (A), (B) ve (C)'nin iş sözleşmesinin devri ile işveren (D)'nin işyerinde çalışmaya başlamaları durumunda,

²¹¹ Yarg. 9. HD 1.2.2001 T., 2001/1094 E., 2001/1628 K. gereğince, *“Davacı belediyeye ait işyerinde çalışan tüm işçilerin geçici ya da daimi statüde de olsa tamamının çoğunluk tespitinde dikkate alınması gerekir. Başvuru tarihinde hizmet akitleri askıya alınmış olan işçilerin çoğunluk tespitinde değerlendirmeye tabi tutulmamış olması bu yönden hatalıdır”* (Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, erişim: 03.11.2014).

belirtilen işçiler aynı işkolunda kurulu bir sendikaya üye iseler, işçi sendikasının bu işyerindeki üye sayısının artmasına sebep olacaklardır. Farklı işkolundaki bir işyerine devredilmiş olmaları durumunda, devirden önceki sendikada üyelikleri sona erecek ve yetki tespiti için önceki sendikanın üye sayısının hesabında dikkate alınmayacaklardır (Yiğit, 2014: s. 323).

İş sözleşmesi devredilen işçiler, aynı işkolunda faaliyette bulunan bir işyerine devredilseler bile, yetki tespiti açısından çoğunluk hesabında devreden işverenin işyeri açısından dikkate alınmayacaklardır. Örneğin, 3000 işçinin çalıştığı metal işkolunda 600 üyesi bulunan (İ) işçi sendikasının, 120 işçinin çalıştığı işveren (E)'ye ait işyerinde çalışan 62 işçiyi üye kaydetmiş olması durumunda, işyeri toplu iş sözleşmesi için yetki koşulları sağlanmış olacaktır. Ancak işçilerden (A), (B) ve (C)'nin devredilmesiyle birlikte, işyerindeki yarından fazla işçi sayısı düşmekte ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi olumsuz etkilenmektedir. Aynı şekilde, (İ) işçi sendikasının aynı işkolunda faaliyette bulunan işveren (D)'nin işyerinde daha önceden sağlayamadığı yarından fazla çoğunluğu, devredilen işçilerin de sayıya dahil edilmesiyle sağlaması da mümkündür (Yiğit, 2014: s. 323; ayrıca bkz. Başbuğ, 2012: s. 171).

Burada önemle belirtmek gerekir ki, işçi sendikasının daha önceden yetkili olduğu bir işyerinde üye sayısının eksilmesi yetkiyi kaybetmesi sonucunu doğurmaz. Başvuru tarihinden sonra, iş sözleşmesinin devri ile işyerine gelen veya işyerinden ayrılan işçiler, yetki tespiti açısından dikkate alınmayacaklardır. Bu durumda, işçi sendikasının başvuru tarihinden sonra işyerindeki üye işçi sayısının artması sebebiyle yetkili olacağı sonucu ortaya çıkmayacağı gibi, üye işçi sayısının azalması sebebiyle de yetkiyi kaybetmesi sonucu ortaya çıkmayacaktır (Yiğit, 2014: s. 324). STİSK. m. 37/f.1'de belirtildiği gibi, *“Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, faaliyetinin durdurulması, işçi sendikasının yetkiyi kaybetmesi ve toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin veya işyerinin girdiği işkolunun değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez”*.

Yargıtay'ın bir kararına göre de, *“Çoğunluk tespitinin başvuru tarihi itibarıyla yapılması yasa gereği olduğundan başvuru tarihinden sonra işyerindeki*

faaliyetin sona ermesi sonuca etkili değildir. bu nedenle çoğunluk tespit tarihinde işverenin gıda işkoluna giren işyerinde çalışan işçi ve üye sayısı ile davalı sendikanın bu tarih itibarıyla çoğunluğunun bulunup bulunmadığının saptanması gerekir. bu yön nazara alınmaksızın işkolu değişikliği nedeniyle davalı sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma ve yetki tespitinin hukuki dayanağının kalmadığı gerekçesiyle yetki tespitine itirazın kabul edilerek davalı sendika lehine yapılan olumlu yetki tespitinin iptaline karar verilmesi doğru değildir”²¹².

2.2.2. Eski İşyerindeki Toplu İş Sözleşmesine Bağlı Sonuçlar

2.2.2.1. Devam Eden Toplu İş Sözleşmesine Bağlı Sonuçlar

Toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek olanlar STİSK. m. 39’da belirtilmiştir. Bu hükme göre, “*Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır*” (m. 39/f.1). “*Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıncı işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır*” (m. 39/f.2). “*Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır*” (m. 39/f.3). “*Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bunun için işçi sendikasının onayı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur*” (m. 39/f.4).

Bir toplu iş sözleşmesinin kişiler açısından uygulama alanı, kimlerin o toplu iş sözleşmesinden yararlanacaklarını yani kimlerin o toplu iş sözleşmesinin getirdiği hak ve borçlar yönünden o toplu iş sözleşmesinin kapsamına gireceklerini ifade

²¹² Yarg. 9. HD. 09.10.2008 T., 2008/35366 E., 2008/25983 K. (HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim: 10.03.2015).

etmektedir (Kandemir, 2013/4: s. 173). Bir toplu iş sözleşmesinin kişiler açısından uygulanma alanına, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikası üyeleri²¹³ (m. 39/f.1), toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödeyenler (m. 39/f.4), Bakanlar Kurulunun teşmil²¹⁴ kararıyla toplu iş sözleşmesi kapsamına alınanlar (m. 40) ve işçi sendikasının toplu iş sözleşmesinin üyesi olmayanlara uygulanmasına yazılı onay verdiği işçiler²¹⁵ (m. 26/f.4) girmektedir.

Toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulanma alanı ise STİSK. m. 34'te belirtilmiştir. Bu hükme göre, *“Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir”* (m. 34/f.1). Hükümden anlaşıldığı üzere, bir toplu iş sözleşmesinin uygulanma alanı aynı işkolundaki işyeri veya işyerleri ile sınırlıdır.

STİSK. m. 2/f.1/ç gereğince, grup toplu iş sözleşmesi, bir işçi sendikası ile aynı işkolunda bir işveren sendikası arasında birden fazla işverene ait işletme veya işyerlerini kapsayan toplu iş sözleşmesidir. Bu anlamda grup toplu iş sözleşmesinde de aynı işveren sendikası çatısı altında örgütlenmiş birden çok işverenden her bir işveren açısından kendi işyeri veya işyerleri toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulanma alanına girmektedir (Özkaraca, 2014: s. 227; ayrıca bkz. s. 111-112). Bu husus, STİSK. m. 34/f.3'de düzenlenmiştir.

Yargıtay'ın bir kararına göre de, *“İşçinin bir toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için, o toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olmasından başka, o toplu iş sözleşmesinin çalıştığı iş yerinde uygulanmak üzere yürürlüğe*

²¹³ Toplu iş sözleşmesine taraf sendikanın üyesi işçinin sözleşmeden yararlanması için, işyerinde işçi olarak çalışıyor olması gerekir. Ayrıca çalıştığı işyerinin, toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunan bir işyeri olması gerekir. Bunun nedeni, toplu iş sözleşmesinin, sadece kapsamına giren işyeri veya işyerlerinde uygulanma alanı bulduğu için, toplu iş sözleşmesinin hükümleri de sözleşme kapsamındaki işyerlerinde çalışan işçiler bakımından hukuki sonuçlar doğurmasıdır (Kandemir, 2013/4: s. 177).

²¹⁴ Teşmil, bir işkolunda herhangi bir ya da birden fazla işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin uygulama alanının o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan diğer işyerlerine bir idari kararla genişletilmesidir (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 269); Daha basit bir ifadeyle, teşmil Bakanlar Kurulu kararıyla, bir toplu iş sözleşmesinin o işkolundaki toplu iş sözleşmesi olmayan diğer işyerlerine uygulanmasıdır (Başbuğ, 2012: s. 184; Aktay vd., 2013: s. 558; Kandemir, 2013/4: s. 204).

²¹⁵ Uygulamada bugüne kadar hiçbir sendikanın bu onayı verdiği rastlanmamıştır (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 261).

konmuş olması, diğer bir ifade ile çalıştığı işyerinin toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunması gerekir”²¹⁶.

Toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işyeri ya da işyerlerinin tespitinde belirleyici unsur yetki belgesidir. Toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işyerleri yetki belgesinde belirtilmelidir. Yetki belgesinde yer almayan işyeri veya işyerlerinde çalışan taraf işçi sendikası üyesi işçiler, işverenleri aynı olsa da toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 282; Kandemir, 2013/4: s. 178).

İşyerinden ayrılan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakları sona erer. Bu anlamda, bir işçinin aynı işverene ait farklı bir işkolunda kurulu bir işyerinde çalışmaya başlaması durumunda, toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı sona erecektir. Aynı şekilde işçi işyerinden sürekli olarak ayrılmış ise, o işyeri için yapılmış toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Bunun nedeni, toplu iş sözleşmesinin belli bir işyeri, işyerleri veya işletme için yapılmış olmasıdır (Kandemir, 2013/4: s. 178, 182).

İş sözleşmesinin devrinde de, iş sözleşmesi bir başka işverene sürekli olarak devredilen işçi, bir işyerinden bir başka işyerine geçtiğinden diğer bir ifadeyle, işçi işyerinden sürekli olarak ayrıldığından, devreden işverenin işyeri için yapılmış olan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır.

Yargıtay’ın bir kararında belirtildiği üzere, “5747 sayılı Kanun uyarınca kapatılan belediyeden ve diğer belediyeye devrolunan işçilerin, devirden sonra üyesi olduğu sendikanın taraf olduğu ve devralan belediye işyerinde uygulanmakta olan *Toplu İş Sözleşmesinden yararlanması gerekir”²¹⁷.*

STİSK. m. 36 gereğince, “*Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır.*

²¹⁶ Yarg. 9. HD. 04.07.1991 T., 1991/8871 E., 1991/10428 K. (HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim: 10.03.2015).

²¹⁷ Yarg. 9. HD. 06.03.2012 T., 2010/42666 E., 2012/7038 K. (Çil, İlke Kararları 2, s. 1043-1047).

Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması hâlinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir” (m. 36/f.1). “Sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder” (m. 36/f.2). Toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmeleri üzerindeki doğrudan doğruya²¹⁸ ve emredici etkisi²¹⁹, sadece normatif hükümler için geçerlidir (Keser, 2007: s. 107, 112-113; Doğan, s. 782; Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 173, 249; Aktay vd., 2013: s. 528; Kandemir, 2013/4: s. 210). Borç doğurucu hükümler, toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile ortadan kalkar (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 249, 299; Keser, 2007: s. 107; Doğan, s. 783; Aktay vd., 2013: s. 528). Bu durumda toplu iş sözleşmesinin sadece normatif hükümleri yürürlüklerini devam ettireceklerdir.

Toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra devam eden iş sözleşmesine ilişkin hükümler yani normatif hükümler, sona erme tarihine kadar toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikası üyelerine ve dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanan işçilere uygulanmaya devam eder. Toplu iş sözleşmesi hükümleri, bu işçiler açısından artık bireysel iş sözleşmesi hükmü haline gelmiş, “kazanılmış hak” olmuştur (Keser, 2007: s. 107; ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, 2010: ss. 165-174; Kandemir, 2013/4: s. 210).

Söz konusu normatif hükümlerin bu madde uyarınca uygulanabilmesi ancak sona ermiş olan toplu iş sözleşmesinin yerini yeni bir toplu iş sözleşmesine

²¹⁸ Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri iki şekilde iş sözleşmeleri üzerinde doğrudan doğruya (tamamlayıcı) etki yapar. İlk olarak, iş sözleşmesinin işçi açısından daha aleyhe olan hükmü toplu iş sözleşmesine aykırıdır. Bu durumda STİSK. m. 36/f.1’de belirtildiği üzere, “İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır” şeklindeki düzenleme doğrudan doğruya etkiyi ifade eder. İkinci olarak, iş sözleşmesinde hiçbir hüküm mevcut değilse ya da bazı şartlar düzenlenmemişse bu boşluklar toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri ile doldurulur. Bu etkiye, toplu iş sözleşmesinin doğrudan doğruya (tamamlayıcı) etkisi denir. Doğrudan doğruya etki, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin başka hiçbir işleme gerek olmaksızın kapsamına aldığı iş sözleşmeleri üzerinde otomatik olarak uygulanabilir olması demektir (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 244, 247).

²¹⁹ Kural olarak toplu iş sözleşmesinin tüm normatif hükümleri emredici (zorlayıcı) niteliktedir ve toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği andan yürürlüğünün son bulmasına kadar yürürlükte kalır. STİSK. m. 36/f.1’de belirtilen, “Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz” hükmü emredici etkiyi ifade eder. Emredici (zorlayıcı) etki, toplu iş sözleşmesi kapsamına giren iş sözleşmelerinde toplu iş sözleşmesi ile çelişen hükümler getirilmesini yasaklar (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 243-244).

bırakmaması durumunda söz konusu olabilecektir (Keser, 2007: s. 107; Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 251).

Önemli olan husus, işçinin sona eren bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmakta olmasıdır. Toplu iş sözleşmesi yürürlükte iken bu sözleşmeden yararlanan işçilerin yararlanmaları toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihine kadar devam etmemişse, bu işçiler STİSK. m. 36/f.2 hükmü dışında kalacaklardır²²⁰ (Keser, 2007: s. 109; Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 250). Buna göre, sendika üyesi olanlar, dayanışma aidatı ödeyenler (Keser, 2007: s. 109), toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının yazılı onayı ile yararlanan işçiler, teşmil yoluyla sözleşme kapsamına girmiş işçiler²²¹ STİSK. m. 36/f.2 kapsamında değerlendirilecektir (Keser, 2007: s. 109).

STİSK. m. 35/f.4 gereğince, *“Toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilir. Ancak, yapılacak toplu iş sözleşmesi önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe giremez”*. Bu hüküm uyarınca, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki yüz yirmi günden itibaren yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılması için sürecin başlamasına imkan tanınmaktadır. Bu süre içinde toplu iş sözleşmesi yapılırsa eski toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri artık uygulanmayacaktır.

STİSK. m. 35/f.4’te *“yüz yirmi gün”* ifadesi kullanıldığı için, gün olarak belirlenen sürelerin hesaplanmasında TBK. m. 92 uygulama alanı bulacaktır. TBK. m. 92 gereğince, *“Gün olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün sayılmaksızın, bu sürenin son günü dolmuş olur. Sekiz veya onbeş gün olarak belirlenmiş süre ise, bir veya iki haftayı değil, tam sekiz veya onbeş günü ifade eder”*. Bu durumda, örneğin toplu iş sözleşmesi 31.12.2014 tarihinde sona ercekse

²²⁰ Yarg. 9. HD. 12.02.2009 T., 2007/36963 E., 2009/2271 K. gereğince, *“2822 sayılı TSGLK 6. maddesinin son fıkrasına göre (şu an STİSK. m. 36/f.2) sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder. Bu hükmün uygulanabilmesi için toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işçinin Kanun’un 9. maddesi uyarınca (şu an STİSK. m. 39) toplu iş sözleşmesinden yararlanıyor olması gerekir. Oysa davacının bu tarihten önce sendika üyeliğinden ayrıldığı ve artık yararlanma kapsamı dışına çıktığı anlaşılmaktadır”* (Çil, 2010: s. 755).

²²¹ Teşmil kararnameesinin sözleşmenin bitiminden önce kaldırılmamış olması şartıyla Keser, 2007: s. 109.

03.09.2013 tarihinden itibaren yeni toplu iş sözleşmesi için yetki başvurusunda bulunulabilecek ve bundan önceki bir tarihte başvuru yapılamayacaktır. Yüz yirmi günlük bu süre içinde yetki alınıp bir toplu iş sözleşmesinin imzalanması durumunda, yeni toplu iş sözleşmesi hem geriye etkili kılınamayacak hem de imza tarihi itibarıyla yürürlüğe giremeyecek ve en erken mevcut toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinden sonra yürürlüğe girebilecektir (Özkaraca, 2014: s. 16, 18 vd.).

2.2.2.2. İmzalanan Yeni Toplu İş Sözleşmesine Bağlı Sonuçlar

2.2.2.2.1. Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlük Başlangıcının Geriye Götürülmesi

Toplu iş sözleşmesi tarafları, kural olarak, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe gireceği tarihi belirleme yetkisine sahiptirler. Bir toplu iş sözleşmesi kural olarak (toplu iş sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa) imza tarihinde yürürlüğe girer. Ancak taraflar, toplu iş sözleşmesinin imzalandıktan belirli bir süre sonra yürürlüğe gireceğini kararlaştırabilecekleri gibi, toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihini, imza tarihinden önceki bir tarih olarak da kararlaştırabilirler. Kanun hükümlerinin geriye götürülmesinde olduğu gibi, kazanılmış hakları etkilememek kaydı ile toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün eski sözleşmenin bitimi tarihinden daha geriye gitmemek üzere, imza tarihinden geriye doğru götürülmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır (Çelik vd., 2014: s. 633-634; Özkaraca, 2014: s. 14 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 287 vd.; Sümer, 1997: s. 7; Kandemir, 2013/4: s. 179, 208). Yargıtay'ın bir kararında da bu hususa değinilmiştir²²².

²²² Yarg. 9. HD. 24.04.2003 T., 2002/22489 E., 2003/6879 K. gereğince “Kural olarak bir toplu iş sözleşmesi akdedildiği tarihten sözleşme süresinin bitimine kadar geçen süre içerisinde hüküm doğurur. Başka bir anlatımla bir toplu iş sözleşmesinin hüküm ve sonuçları imza tarihi ile sona erme tarihi arasında söz konusu olur. Toplu iş sözleşmesinin etkisine ilişkin bu kurala uygulamada genişlik getirilmiştir. Buna göre; önceki sözleşmenin bitiminden sonra akdedilen yeni toplu iş sözleşmesinin başlangıcı, önceki sözleşmenin bitimi tarihine kadar geriye götürülmekte; böylece toplu iş sözleşmeleri yapıldıkları tarihten itibaren değil geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmaktadır. Öte yandan, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü daha önce bir toplu iş sözleşmesi varsa onun süresinin bitimi tarihine kadar mümkün olması gerekir. Çünkü mevcut pozitif hükümler iki toplu iş sözleşmesinin bir arada uygulanmasını kesinlikle engellemektedir” (HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim: 10.03.2015).

STİSK. m. 39'da, toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikası üyelerinin yararlanacağı belirtildikten sonra (m. 39/f.1), toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanların yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanların ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasına işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanacağı belirtilmiştir (m. 39/f.2). Görüldüğü gibi, kanunda toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın başlangıcı açısından imza tarihinde üye olup olmamaya büyük önem verilmiştir. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi durumunda geçmiş dönem için sözleşmeden yararlanabilmek öncelikle imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olmaya bağlıdır. İmza tarihinden sonra üye olan bir işçi geçmiş döneme ilişkin haklardan yararlanamayacaktır (Özkaraca, 2014: s. 125; ayrıca bkz. s. 151 vd., Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 258 vd.; Kandemir, 2013/4: s. 181). Yargıtay kararlarında da imza tarihinin belirlenmesinin önemi vurgulanmıştır²²³.

İmza tarihinde sendikaya üye bulunan, fakat toplu iş sözleşmesinin geriye götürüldüğü yürürlük başlangıcından sonra işyerinde çalışmaya başlayan bir işçi ise doğal olarak toplu iş sözleşmesinden işe başlama tarihinden itibaren yararlanmaya başlayacaktır (Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 292; Sümer, Toplu İş Sözleşmesi, 1997: s. 7, 10; Kandemir, 2013/4: s. 180). Yargıtay'ın bu konuda verdiği bir karara göre de, *“Davacı, sözleşmenin yürürlük başlangıcı olan 1.3.1991 tarihinden sonra işe girdiğine ve imza tarihinde taraf işçi sendikasının üyesi bulunduğuna göre, 2822 sayılı Yasanın 9. maddesi gereğince işe giriş tarihinden itibaren sözleşmeden yararlandırılır. TİS.'nin imzalanmasından sonra taraf işçi sendikasına üye olanların üyeliklerinin işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanmalarını öngörmüştür.*

²²³ Yarg. 9. HD. 02.07.2012 T., 2012/18460 E., 2012/25077 K. gereğince, *“... Davacının üyesi olduğu sendika ile yasa gereğince mahalli idareler seçimine kadar tüzel kişiliği devam eden Çanta Belediyesi arasında 15.12.2008-14.12.2009 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesi 29.01.2009 tarihinde imzalanmıştır. Bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması için 5747 sayılı yasa gereği katıldığı belediye olan davalının onayının olması gerekir. Dosyada davalının onayına rastlanmamıştır. Bu nedenle bu Toplu İş Sözleşmesinin uygulanması doğru değildir. Davacının Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarının davalı işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesine taraf sendikaya üye olduğu ve üyeliğin bildirildiği tarihe kadar daha önce imzalanan 29.01.2009 tarihli Toplu İş Sözleşmesi dikkate alınmaksızın hesaplanması gerekir”* (HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim: 10.03.2015); Yarg. 9. HD. 07.03.2002 T., 2001/18305 E., 2002/3425 K. gereğince, *“Mahkemece 15.1.2000-14.1.2002 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin hükümleri dikkate alınmış olup, davacı ise 20.4.2000 tarihinde emekli olduğu için Toplu İş Sözleşmesinin imza tarihinin belirlenmesinin de önemi olduğu açıktır. İmza tarihi belirlendikten sonra Toplu İş Sözleşmesinden davacı işçinin yararlanıp yararlanmayacağı açıklığa kavuşturulması zorunludur”* (HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, www.hukukturk.com, erişim: 10.03.2015).

Buna rağmen işverenin, davacının üyeliğinin kesinleştiği tarihi esas almak suretiyle fazla ödemededen bahisle bir kısım ödemeleri geri alması doğru değildir”²²⁴.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki; söz konusu düzenlemeler geriye etki döneminde yararlanma açısından toplu iş sözleşmesinin sadece doğrudan para verilmesine ilişkin hükümlerinden yararlanma konusunu düzenlemektedir. Yani toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili uygulanması ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularıyla ilgili farkların ödenmesi şeklinde kendini göstermektedir (Özkaraca, 2014: s. 123; Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 261; Sümer, 1997: s. 7-8).

Taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin geriye etki dönemi için parasal hükümler dışındaki toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmalarını engelleyici bir durum söz konusu değildir. STİSK. m. 25/f.2’de belirtildiği üzere, “*İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır*”. Bu hüküm gereğince, üyelik veya dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile kastedilen, toplu iş sözleşmenin parasal hükümlerinden yararlanmadır. Bu durumda, toplu iş sözleşmesinin parasal hükümleri dışındaki işyerinin çalışma düzenini ilgilendiren toplu iş sözleşmesi hükümlerinden (kreş, servis aracı, yemekhane, spor alanları gibi) sözleşmenin geriye etkili kılındığı dönemde işyerinde çalışmış olan sendikalı-sendikasız tüm işçilerin yararlanabileceği kabul edilmelidir (Özkaraca, 2014: s. 123; Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 261). Varılan bu sonuç, geriye etkisi kabul edilen hükümlerle sınırlıdır. Geriye etkili kılınması mümkün olmayan bir hükümden, taraf işçi sendikasına üye olup olmadığına bakılmaksızın hiçbir işçi yararlanamayacaktır. Sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinin parasal hükümleri dışındaki hükümlerinden ileriye yönelik olarak yararlanmasında da bir engel bulunmamaktadır (Özkaraca, 2014: s. 123).

²²⁴ Yarg. 9. HD. 19.9.1994 T., 1994/12454 E., 1994/12158 K. (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com.tr, erişim: 10.03.2015) Bu Yargıtay kararı incelemesi için bkz. Sümer, 1997: ss. 6-10.

Toplu iş sözleşmesinin geçmişi etkilemesi hem normatif hükümler hem de borç doğurucu hükümler için geçerlidir. Ancak, bir sözleşme hükmünün geçmişe etkili olabilmesi için bu hükümle getirilen yükümlülüğün ifa edilebilir nitelikte olması gerekir (Çelik vd., 2014: s. 634; Özkaraca, 2014: s. 52; Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 289-290; Kandemir, 2013/4: s. 209). Toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı üçe ayrılmaktadır. Bunlar, iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümler, iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümler ve iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerdir. İş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümlerden ücret zamları, ikramiye, prim ve sosyal yardımlar gibi parasal maddeler ifa edilebilir niteliktedir. Buna karşılık toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı içinde yer alan iş sözleşmesinin şekline, yapılmasına ya da yapılmasının yasaklanmasına ilişkin hükümler ile sona ermesine ilişkin hükümler geçmişi etkileyici nitelikte değildir (Çelik vd., 2014: s. 633-634; Özkaraca, 2014: s. 57 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, 2015: s. 290). Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri genel olarak geriye etkili kılınamayacak niteliktedir. Toplu iş sözleşmesinin uygulanması ve denetimi ile uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen, örneğin sözleşmenin yorumundan çıkacak uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerin geriye etkili olarak yürürlüğe konulması mümkün değildir (Özkaraca, 2014: s. 91). Tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hükümler de genellikle toplu iş sözleşmesinin imzalanıp işyerinde uygulanmaya başlamasına bağlı bulunan borçlar olduğundan, bu borçların da kural olarak geriye etkili kılınması mümkün değildir. Örneğin, sendikanın işyerinde yapacağı toplantılar için yer tahsisi, işyeri sendika temsilcilerine yer ve eşya sağlanması, işyerinde ilan tahtasının bulundurulması gibi borçlar geriye etkili olmayacaktır. Bu durumda, bunların dışında taraflar arasında borç doğuracak ve geçmişe etkili kılınabilecek bir hüküm söz konusu olursa geriye etki mümkün olabilir (Özkaraca, 2014: s. 92).

2.2.2.2.2. Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlük Başlangıcının Geriye Götürülmesinin İşverenlerin Sorumluluğuna Etkisi

Toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi durumunda, bu toplu iş sözleşmesine bağlı olarak ortaya çıkan fark alacaklardan iş sözleşmesinin

devrinde, devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarının belirlenmesi önem taşımaktadır.

İşçinin iş sözleşmesi devredilmeden önce bir toplu iş sözleşmesi imzalanarak bu toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi durumunda, buna bağlı olarak ortaya çıkan fark alacaklar toplu iş sözleşmesinin imzalanması ile doğmuş olacağından bu alacaklar da devralan işverene geçecektir. İş sözleşmesinin devrinde, devralan işveren iş sözleşmesini bütün hak ve borçları ile birlikte devraldığından söz konusu alacakların bir vadeye bağlanması ve bu vadenin iş sözleşmesinin devrinden sonraki bir tarihe rastlaması durumunda da devralan işveren bu alacaklardan sorumlu olacaktır. Bu durumda yürürlüğü geriye götürülen toplu iş sözleşmesi, işçinin iş sözleşmesinin devrinden önce imzalanmış olması kaydıyla, bu toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacaklar, iş sözleşmesinin devrinden örneğin 2-3 ay sonra ödenecek dahi olsa devralan işveren bu fark alacaklardan sorumlu olacaktır (Özkaraca, 2014: s. 228).

İşçinin iş sözleşmesinin devrinden önce imzalanıp yürürlük başlangıcı geriye götürülen toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklar herhangi bir vadeye bağlanmamışsa, yani toplu iş sözleşmesinin yapılması ile birlikte muaccel hale gelmiş ise, bu alacaklardan devralan işveren yanında, devreden işverenin de iki yıl süre ile sorumlu olacağı kabul edilmelidir (Özkaraca, 2014: s. 229). Devreden işverenin iki yıl süre ile sorumlu olmasının nedeni, iş sözleşmesinin devrinde de işyeri devrine ilişkin kuralların (İş K. m. 6/f.3) uygulanması gerektiği kanaatinde olduğumuzdur.

İşçinin iş sözleşmesinin devrinden önce imzalanıp yürürlük başlangıcı geriye götürülen toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacakların bir vadeye bağlanmış olması ve bu vadenin iş sözleşmesinin devrinden sonraki bir tarihe rastlaması durumunda, bu fark alacaklar iş sözleşmesinin devrinden sonra muaccel hale gelecektir. Bu durumun sonucu olarak, devreden işverenin bu alacaklar sebebiyle bir sorumluluğu bulunmayacak, sadece devralan işveren bu alacaklardan sorumlu olacaktır (Özkaraca, 2014: s. 229).

İşçinin iş sözleşmesinin devrinden sonra ayrıldığı işyerinde bir toplu iş sözleşmesi imzalanması ve yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi durumunda, bu toplu iş sözleşmesinden doğan alacakların işçi tarafından talep edilip edilemeyeceği ve edilebilmesi durumunda bu fark alacaklardan hangi işverenin sorumlu olacağı tartışmaya açık bir konudur. STİSK. m. 39 gereğince, “*Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır*” (m. 39/f.1). “*Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır*” (m. 39/f.3). Hükümün lafzı esas alındığında, hükümde “*iş sözleşmesi sona eren üyeler*” den söz edildiğinden bu üyelerin yani işçilerin, yürürlük başlangıcından sonra ancak toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce iş sözleşmesi ölüm, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolması, ikale veya fesih gibi yollar ile sona eren işçiler olduğu sonucuna varılacaktır. İş sözleşmesinin devrinde ise iş sözleşmesi sona ermemekte, devir işlemi ile birlikte devralan bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı olmaktadır. Bu nedenle hükümün lafzı esas alındığında, yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında iş sözleşmesi devredilen işçilerin devir tarihine kadar önceki işyerlerindeki toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacakları söylenebilecektir (Özkaraca, 2014: s. 172, 230).

Bizim de katıldığımız görüşe göre, iş sözleşmesi devredilen işçilerin de devir tarihine kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecekleri kabul edilmelidir. Söz konusu hükümde kullanılan “*iş sözleşmesi sona eren üyeler*” ifadesinin “*işverenle iş ilişkisi sona eren üyeler*” biçiminde anlaşılması gerekir (Özkaraca, 2014: s. 172-173, 230). Bu durumdaki işçiler, toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte o işyerindeki toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan ve bu işverenin toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyerinde çalışan bir işçi konumunda olmasalar da, toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürüldüğü dönem için bu niteliklere sahiptirler (Özkaraca, 2014: s. 229). Bu nedenle iş sözleşmesi bir başka işverene devredilmiş olan işçi, devir anında toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olmak kaydıyla, sözleşmenin devredildiği zamana kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir. Devir anında mevcut olan üyeliğin devirden sonra örneğin toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihe kadar devam etmesine gerek bulunmamaktadır (Özkaraca, 2014: s. 173-174).

İşçinin iş sözleşmesinin devrinden sonra ayrıldığı işyerinde bir toplu iş sözleşmesi imzalanması ve yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi durumunda, işçinin söz konusu toplu iş sözleşmesinden devir tarihine kadar yararlanabileceğini kabul ettiğimizde bu fark alacalardan sadece devreden işvereni sorumlu tutmak hakkaniyete uygun olacaktır. Devralan işveren, iş sözleşmesini devir tarihinde mevcut olan hak ve borçlarla birlikte devraldığından, işçinin ayrıldığı işyerinde devirden sonra yapılan toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi nedeniyle ortaya çıkan yükümlülüklerden devralan işverenin bu konuda açık ya da örtülü bir taahhüdü bulunmadıkça sorumlu olmaması gerektiği görüşüne katılmaktayız (Özkaraca, 2014: s. 230).

2.2.3. Yeni İşyerindeki Toplu İş Sözleşmesine Bağlı Sonuçlar

2.2.3.1. Yeni İşyerinde Toplu İş Sözleşmesinin Bulunmaması

İşçi toplu iş sözleşmesinin uygulandığı bir işyerinde bu toplu iş sözleşmesinden yararlanarak çalışmakta iken, iş sözleşmesinin devredilmesi durumunda bu işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır. Böyle bir durumda işçi toplu iş sözleşmesinin kişi ve yer bakımından kapsamı dışına çıkmakta olduğundan, iş sözleşmesi devredilen işçi yeniden aynı işyerinde iş sözleşmesi ile çalışmaya başlamadıkça söz konusu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün olmayacaktır (Özkaraca, 2014: s. 227).

İş sözleşmesi devredilen işçi açısından, devreden işverene ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin devralan işverene ait işyerinde toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanması mümkün olmamakta; işçi bu durumda toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkını kaybetmektedir. Devralan işverenin özel bir taahhüdü olmadıkça, iş sözleşmesi devredilen işçi devreden işverenin işyerinde yararlanmakta olduğu toplu iş sözleşmesinden devir anına kadar doğmuş haklar dışındaki hakların kendisine sağlanmaya devam edilmesini talep edemez (Özkaraca, 2014: s. 227-228).

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işyerinin devri durumunda STİSK. m. 38'deki esasların, iş sözleşmesinin devri açısından da uygulanması gerekir. Bu görüş, devralan işverenin işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi bulunmuyor ise, devreden işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükmünün, devralan işverenin işyerinde de işçinin sahip olduğu haklar ve yükümlülükler bakımından, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmaya kadar, toplu iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam etmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Yiğit, 2014: s. 328-329).

Kanaatimizce, yukarıda da açıkladığımız gibi, iş sözleşmesinin devrinde sözleşmesi devredilen işçi, toplu iş sözleşmesinin kişi ve yer bakımından kapsamı dışına çıktığından, devreden işverene ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır. İş sözleşmesinin devri halinde, sözleşme devir anındaki hak ve borçlarla birlikte devralındığından, devreden işverenin işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden devir anına kadar doğmuş olan haklar işçi tarafından devralan işverenden talep edilebilecek; bu hakların devirden sonra da sağlanmaya devam edilmesi talep edilemeyecektir. Devralan işverenin bu hakları sağlamaya devam etmesi kendi isteğine bağlıdır.

2.2.3.2. Yeni İşyerinde Toplu İş Sözleşmesinin Bulunması

İşçiyi devreden işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi yok ise, ancak devralan işverenin işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi var ise, devralanan işçinin, devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanması STİSK. m. 39 çerçevesinde mümkün olacaktır.

İşçiyi devreden işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi var ise, ayrıca devralan işverenin işyerinde de uygulanan bir toplu iş sözleşmesi var ise, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işyerinin devri durumunda STİSK. m. 38'deki esasların, iş sözleşmesinin devri açısından da uygulanması gerekir. Bu görüş, devralan işverenin işyerinde bir toplu iş sözleşmesi uygulanıyor ise, devredilen işçinin önceki işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, devralan işverenin işyerinde bireysel iş sözleşmesi hükmü olarak devam etmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Yiğit, 2014: s. 328-329). Daha önce de belirttiğimiz gibi, iş

sözleşmesinin devrinde sözleşmesi devredilen işçi, toplu iş sözleşmesinin kişi ve yer bakımından kapsamı dışına çıktığından, işçinin devreden işverene ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanması kanaatimizce mümkün olmayacaktır.

İş sözleşmesinin devrinden önce işyerinde uygulanan ve işçiyi kapsayan toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin devirden önce işçiye kazandırdığı haklardan sorumluluk, iş sözleşmesinin devriyle birlikte devralan işverene geçmektedir. İşyerinde uygulanan ve devirden önce sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin normatif hükümlerinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceğinden, iş sözleşmesinin devri ile birlikte bu haklar da devralan işverene geçecektir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Kocagil, 2011: s. 57; Cengiz, 2014: s. 152; Özkaraca, 2014: s. 228; Yiğit, 2014: s. 329). Ancak toplu iş sözleşmesinin taraflara borç doğuran hükümlerinin, devralan işveren toplu iş sözleşmesi tarafı olmadığı için, devri mümkün değildir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1223; Kocagil, 2011: s. 57; Yiğit, 2014: s. 329).

3. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR

1982 Anayasamızın 65. maddesine göre, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”. Dolayısıyla bu madde ile sosyal devlet anlayışı benimsenmiş ve bu doğrultuda vatandaşlara sosyal haklar tanımıştır.

Anayasamızın 2. maddesine göre, “Türkiye Cumhuriyeti, ... sosyal bir hukuk Devletidir”. Sosyal devlet, toplumun güçsüz kesimlerinin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürebilmelerini sağlayan sosyal hakları uygulamaya koyarak, herkesin siyasal yaşama aktif bir biçimde katılmasına katkıda bulunması şeklinde tanımlanmaktadır (Bulut, 2003: s. 180).

Sosyal haklar ise, ekonomik bakımdan zayıf ve güçsüz olanların kendi yaşamlarını sağlamak ve güçlendirmek için hukuk tarafından korunma haklarına

sahip olmaları şeklinde tanımlanmaktadır (Balkır, 2009: s. 90). Sosyal devletin amacı, herkese insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi sağlamaksa ve eğer bir devlet kendini sosyal devlet olarak tanımlıyorsa çalışma hakkı (m. 49), adil ücret hakkı (m. 55), sosyal güvenlik hakkı (m. 60, m. 61), konut hakkı (m. 57), sağlık hakkı (m. 56), eğitim hakkı (m. 42) gibi anayasamızda belirtilen sosyal hakları vatandaşlarına sağlamalıdır.

Sigortasız çalıştırılan işçiler sosyal güvenlik hakkından mahrum kalmaktadırlar. Bu nedenle işçilerin sigortalı çalışmaları son derece önemlidir.

İş sözleşmesinin devrinin sosyal güvenlik hukuku açısından doğurduğu sonuçlar aşağıda dört başlık altında incelenmiştir.

3.1. Devralan İşverenin Primlerin Ödenmesinden Sorumlu Olması

Çeşitli sosyal risklere karşı, bireylere ekonomik açıdan güvence sağlama amacı taşıyan sosyal sigortalar, bu amacı yerine getirirken, bir taraftan sigortalılardan aldığı primlerle onları bir gelir payından mahrum ederken; diğer taraftan da onlara yaşlılık, işsizlik, hastalık gibi risklere yönelik çeşitli edimlerde bulunarak, tekrar gelir paylarına kavuşmalarını sağlamaktadır (Korkusuz/Uğur, 2015: s. 169).

Sosyal sigortaların finansman kaynağı primlerdir. Sosyal sigorta primi, yasanın kendilerine karşı güvence sağladığı sosyal risklerden birinin gerçekleşmesi halinde yapılacak sigorta yardımları ile Kurum yönetim giderlerinin karşılığı olarak, m. 4/f.1 (a) ve (c) bendine göre sigortalı olanlar için sigortalının kazancının belli bir yüzdesi üzerinden; m. 4/f.1 (b) bendine göre sigortalı olanlar için ise prime esas alt ve üst kazanç sınırları arasından kendilerinin belirleyecekleri bir meblağ üzerinden alınan parayı ifade eder. Bu primler, zorunlu olarak sigortalı adına ve hesabına Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenir (Güzel vd., 2012: s. 268).

SSGSSK. m. 87'de "*prim ödeme yükümlüsü*" başlığı altında sosyal sigorta primlerinin kimler tarafından ödeneceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "*4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine ve 5 inci maddenin (a) bendine tabi*

olanlar için bunların işverenleri, prim ödeme yükümlüsüdür”(m. 87/f.1/a). Bu durumda bir iş sözleşmesine göre çalışanlarla, bu kapsamda sayılan sigortalılar ile devlet memurları ve kamu görevlileri için prim ödeme yükümlüsü bu kişileri çalıştıran işverenlerdir (Güzel vd., 2012: s. 339).

Sosyal sigortalar hukukunda Kurumun “prim talep hakkı”, sigortalının ve onun işverenin “prim yükümlülüğü”yle birlikte, “prim ilişkisi”ni meydana getirmektedir. Sosyal risklerin güvencesi niteliğindeki sigorta edimleri pahalı olduğundan, edimlerin parasal kaynağının bulunması gerekir. Bu nedenle, ilk etapta, edim karşılıklarının onlardan yararlananlar tarafından ödenmesi gerekmektedir (Korkusuz/Uğur, 2015: s. 169).

Yasal koşulların varlığı halinde, zorunlu sigortalı, onun işvereni ve Kurum arasında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda²²⁵ belirtilen hak ve yükümlülüklerin yer aldığı; kamu hukuku yani maddi anlamda idare hukuku karakterli bir hukuki ilişki doğmaktadır. Bu hukuki ilişki, “sosyal sigorta ilişkisi” olarak adlandırılmaktadır (Tuncay/Ekmekçi, 2012: s. 126; Korkusuz/Uğur, 2015: s. 173).

Sosyal sigorta ilişkisinin esası, sigortalı ile sosyal güvenlik kurumu arasındaki ilişkidir. Buna bağlı olarak, prim edimine ilişkin yükümlülük de, sigortalı olmanın hukuki bir sonucudur. Sigortalı çalıştırması dolayısıyla da, çalışanın işvereni, sigorta ilişkisinin bir diğer tarafını oluşturmaktadır (Tuncay/Ekmekçi, 2012: s. 126-127; Korkusuz/Uğur, 2015: s. 173). Kısaca, sosyal sigorta ilişkisinin kurulmasıyla, temel yükümlülük olarak işverenin kendisinin ve sigortalının yasayla yükümlü kılındığı prim hisseleri (prim yükümlülüğü) toplamını Kuruma ödeme yükümlülüğü (prim ödeme yükümlülüğü); sigortalının da ücretinden primlerin kesilmesine katlanma yükümlülüğü doğmaktadır (Korkusuz/Uğur, 2015: s. 173-174).

SSGSSK. m. 88/f.1 gereğince, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalıları çalıştıran işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun

²²⁵ Kabul Tarihi: 31.05.2006, RG. 26200 sayı ve 16.06.2006 tarih.

gereğince hesaplanacak sigortalı hissesi prim tutarlarını ücretlerinden keserek ve kendisine ait prim tutarlarını da bu tutara ekleyerek en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma öder”. Bu madde sosyal sigorta primlerinin hangi tarihe kadar ödeneceğini düzenlemektedir.

İşverene getirilen çift yükümlülüğün yani prim yükümlülüğü ile prim ödeme yükümlülüğünün amacı, primlerin kolayca ve topluca tahsil edilmesinin sağlanmasıdır (Korkusuz/Uğur, 2015: s. 174).

İş sözleşmesinin devrinde, sözleşmeden doğan hak ve borçlar devralan işverene geçtiğinden devralan işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların Kuruma ödemekle yükümlü oldukları primleri bunların ücretlerinden keserek ve kendisine ait prim tutarlarını da bu tutara ekleyerek Kuruma ödemekle yükümlüdür.

3.2. Devralan İşverenin Prim Borçlarından Sorumlu Olması

İşverenin prim bildirgesi vermesine rağmen, primlerini ödememesi sigortalının sorunu değildir. Sigortalı primini ödemiş gibi, yasal haklarından yararlanır (Korkusuz/Uğur, 2015: s. 395).

Primlerin süresi içinde ödenmemesinin en önemli yaptırımı gecikme cezası ve gecikme zammının uygulanmasıdır. Gecikme cezası ile gecikme zammının nasıl hesaplanacağı SSGSSK. m. 89/f.2’de düzenlenmiştir.

SSGSSK. m. 89 gereğince, *“Sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif veya pasifi ile birlikte devralınır veya intikal ederse ya da başka bir işyerine katılır veya birleşirse eski işverenin Kuruma olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bu hükme aykırı sözleşme hükümleri Kuruma karşı geçersizdir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usûl ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir”.*

Sosyal güvenlik hakları yönünden, ilgili mevzuatta iş sözleşmesinin devri ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. İşyeri devri ile ilgili SSGSSK. m. 89 gereğince, işyerinin devri ve intikali halinde eski işverenin Kuruma olan prim ve gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından yeni işveren de müteselsil sorumlu tutulmuştur. Bu hükmün, doktrinde iş sözleşmesinin devri halinde de uygulanması gerektiği belirtilmiştir (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222; Arslanoğlu, 2006: s. 545; Kocagil, 2011: s. 56; Yiğit, 2014: s. 331). Hem kanuni hem de iradi devirlerde meydana gelen işveren değişikliği, işçilerin ve kurumun zarar görmesi ihtimalini ortaya çıkardığından işyerinin devri için getirilen bu yasal düzenlemenin işçilerin haklarının korunması amacıyla iş sözleşmesinin devri halinde de kıyas yoluyla uygulanması kanaatimizce de isabetli olacaktır (Ekonomi/Eyrenci, 2001: s. 1222; Kocagil, 2011: s. 56). Böylece hem kuruma olan prim ve gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerin ödenmesi güvence altına alınmış olacak hem de iş sözleşmesi devredilen sigortalıların sosyal güvenlik hakları korunacaktır.

Kurum alacaklarında zamanaşımı SSGSSK. m. 93/f.2’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *“Kurumun prim ve diğer alacakları ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıllık zamanaşımına tâbidir”*. Bu durumda kurum bu alacaklarını iş sözleşmesini devralan işverenden ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıl içinde talep edebilecektir. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, zamanaşımından sonra yapılan ödemeler de kabul edilmektedir (Güzel vd., 2012: s. 382).

Devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde ise iş sözleşmesinin devri gerçekleşmiş olmayacağından devralan işverenin prim ve diğer alacaklardan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

3.3. Devreden İşverenin İşten Ayrılış Bildirgesi Vermemesi

İşverenlerin yükümlülüklerinden biri de işe aldıkları ve işten ayrılan çalışanlarını Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmektir. Sigortalılığın başlangıcı, 5510 sayılı SSGSSK. m. 7 ile 12.05.2010 tarihinde yürürlüğe giren Sosyal Sigorta

İşlemleri Yönetmeliği²²⁶ m. 11’de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanunun m. 4/f.1/a bendi kapsamında sigortalı sayılan “*hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların*” sigortalı hak ve yükümlülükleri çalışmaya, mesleki eğitimine veya zorunlu staja başladıkları tarihten itibaren başlar (SSGSSK, m. 7/f.1/a). Ayrıca SSGSSK. m. 8/f.1/a gereğince, “*İşverenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7 ncimaddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıcından önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür*”.

SSİY m. 11 gereğince de, işverenler 5510 sayılı Kanunun m. 4/f.1/a bendi kapsamında sigortalı sayılanları, çalışmaya başladıkları tarihten önce, Kuruma e-sigorta yoluyla bildirmekle yükümlüdür.

5510 sayılı Kanuna 18.02.2009 tarih ve 5838 sayılı Kanunla eklenen ek m. 1’e dayanılarak yürürlüğe konulmuş olan Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan Sigortalı ve İşyeri Bildirimlerinin Bazı Kurumlara Yapılması Gereken Bildirimler Yerine Geçmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte²²⁷, işyeri ve sigortalılara ilişkin olarak Kuruma yapılan bildirimlerin Bakanlığın Bölge Müdürlüklerine ve İşKur’a yapılması gereken bildirimler yerine geçeceği öngörülmüştür.

5510 sayılı Kanunun m. 4/f.1/a bendi kapsamında sigortalı olanların sigortalılıkları hizmet akdinin sona erdiği tarihte sona erer. İşverenler işten çıkan bu kişileri de Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmekle yükümlüdür (SSGSSK. m. 9 ve SSİY m. 14).

İşten ayrılış bildirgesi, sigortalıların işten hangi sebeplerle ayrıldığıнын Kurum tarafından bilinmesini sağlayan bir belgedir (Yiğit, 2014: s. 331, dn. 377). Sigortalının iş sözleşmesinin son bulması halinde işten ayrılış bildirimini, sigortalı işten ayrılış bildirgesi ile sigortalılığın sona ermesini takip eden on gün içinde e-sigorta vasıtasıyla yapılıır (Göktaş, 2014: s. 12).

²²⁶ RG. 27579 sayı ve 12.05.2010 tarih.

²²⁷ RG. 27295 sayı ve 21.07.2009 tarih.

İş sözleşmesinin devrine ilişkin üçlü ilişkide sözleşme devam ettiğinden yani herhangi bir fesih söz konusu olmadığından; sadece iş sözleşmesinin tarafı olan işveren değiştiğinden, Sosyal Güvenlik Kurumuna işten ayrılış bildirgesi verilmesi gerekmemektedir (Koçak, 2006: s. 199; Yiğit, 2014: s. 331-332).

İş sözleşmesinin devri ile işçinin çalıştığı işkolu değiştiğinde ise, sendikaya üye olma koşullarından biri olan “*işçinin üye olmak istediği sendikanın kurulu olduğu işkolunda faaliyet gösteren bir işyerinde çalışıyor olması*” koşulu ortadan kalkmış olmaktadır (Yiğit, 2014: s. 319). Bu durumda toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili sendikanın belirlenmesi açısından Sosyal Güvenlik Kurumuna işçi giriş-çıkış bildirimini verilmesi yerinde olacaktır. İşçi giriş-çıkış bildirimlerinin işverenlerin bildirimine gerek kalmadan e-bildirge²²⁸ uygulamasında olduğu elektronik ortamda Bakanlığa aktarılabilmesi halinde buna gerek de kalmayacaktır (Koçak, 2006: s. 199; Yiğit, 2014: s. 332).

İşçinin bir başka işverene devredilmesi halinde, devreden işveren tarafından işyerinden çıkış işlemi düzenlenir ve Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilir; devralan işveren tarafından da işçinin yeni işyerine giriş işlemleri yapılır ve Sosyal Güvenlik Kurumuna giriş bildirgesi verilir (Yiğit, 2014: s. 332). Yargıtay kararlarında da bu uygulamadan söz edilmiştir.

Yargıtay’ın bir kararına göre, “*Mahkemece, davacının, davalılar nezdinde kesintisiz çalışması dikkate alınarak davalılar arasında iş sözleşmesi devri bulunduğu kabul edilmesine rağmen bilirkişi raporu ile tespit edilen fazla mesai ve genel tatil alacaklarından sadece N... şirketinin sorumlu tutulmasına karar verilmiştir. Davacının, Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre 31.10.2008 tarihinde davalı A... Şirketinden çıkışı yapıldıktan bir gün sonra 01.11.2008 tarihinde davalı N... şirketine giriş kaydı bulunmaktadır*”²²⁹.

²²⁸ E-bildirge, işverenlerin, çalıştırdıkları işçilerine ait sigorta prim belgelerini internet üzerinden vermeleri ve bildirimlerine ait tahakkuk bedellerini de otomatik ödeme ve internet bankacılığı yoluyla ödeyebilmeleri için oluşturulan elektronik bir portaldır. E-bildirge ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.muhasabenet.net/ssk_e-bildirge_rehberi.html, erişim: 14.12.2014.

²²⁹ Yarg. 22. HD. 29.01.2013 T., 2012/11360 E., 2013/1283 K. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, www.sinerjimevzuat.com.tr, erişim: 14.12.2014).

Yargıtay'ın bir başka kararına göre, “Somut olayda davacı 16.12.1985 tarihli Adıyaman 2. Noterliğine verdiği dilekçesi ile 2. Noterlikte çalışmak istediğini bildirmiştir. Davalı işveren Mehmet Yaman aynı dilekçenin altına yazdığı yazı ile davacının noterliğinde çalışmasında sakınca olup olmadığını sormuş, o zaman 1. Noter olan davalı Nedim Nasrettinler aynı tarihli cevabı yazıda davacının kendi yanında noter katibi olarak çalıştığı, içerik olarak davacının 2. Noterlikte çalışmasına onay verildiği, Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilen işçi çıkış bildiriminde de nakil nedeniyle ayrıldığı bildirildiği görülmüştür”²³⁰.

Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, “Sosyal Sigortalar Kurumu kayıtlarında istek konusu dönem içinde birden fazla işveren bulunduğu işyerlerinin sahipleri ve adresleri, davalı ile ilişkileri, işyeri devri, şirketin unvan değiştirmesi veya iş sözleşmesinin devri gibi hukuki işlemlerin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır”²³¹.

3.4. İşçinin İşsizlik Sigortasından Yararlanamaması

İşsizlik sigortası; bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, kendi isteği ve kusuru dışında işini kaybedenlere, uğradıkları gelir kayıplarını kısmen ve geçici bir süre karşılayarak bu durumun az da olsa telafi edilmesi amacını güden, kendilerinin ve aile fertlerinin zor duruma düşmelerini önleyen, primlerle desteklenen, Devlet tarafından kurulan zorunlu bir sigorta koludur (Uçum, 2002: s. 113 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 2012: s. 504-505, 510; Limoncuoğlu, 2012: s. 85; Korkusuz/Uğur, 2015: s. 401-402; Güzel vd., 2012: s. 767-768) (4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 47/c).

İşsizlik sigortasının kişiler açısından kapsamı belirlenirken, 5510 sayılı SSGSSK. m. 4/f.1/a hükmü esas alınmaktadır. Bu hükme göre, “Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar ... sigortalı sayılırlar”. Ayrıca m. 4/f.2 gereğince, “Birinci fıkranın (a) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler; a) İşçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin

²³⁰ Yarg. 9. HD. 28.06.2010 T., 2008/32946 E., 2010/20698 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 654-655; aynı karar Çil, 2012: s. 1296-1298).

²³¹ Yarg. 9. HD. 30.11.2005 T., 2005/10959 E., 2005/37605 K. (Çankaya/Çil, 2011: s. 688).

başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenler, b) Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar, c) Müttekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar, d) 2/7/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar, e) 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda belirtilen umumî kadınlar, f) Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar hakkında da uygulanır”.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 46/f.2 gereğince, “*Bu Kanun, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile ikinci fıkrası kapsamında olanlardan bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalıları ... kapsar*”. Bu hüküm uyarınca, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında olan söz konusu kişilerden sadece bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalılar işsizlik sigortasının kapsamına girmektedir. Bu düzenleme karşısında, 5510 sayılı Kanun m. 4/f.1/a hükmü anlamında sigortalılık niteliğini kazanma açısından aranan koşullar, işsizlik sigortasının kapsamı için de aynen geçerlidir (Güzel vd., 2012: s. 770 vd.). Burada şunu da belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesiyle çalışıyor olsalar bile çalışma biçiminin belirsizliklerle dolu olması nedeniyle tarım sektöründe ve mevsimlik işlerde çalışan işçiler genelde işsizlik sigortası kapsamına alınmazlar (Tuncay/Ekmekçi, 2012: s. 505).

İşsizlik sigortası yardımlarından²³² olan işsizlik ödeneği, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 47/h’ye göre, “*sigortalı işsizlere bu kanunda belirtilen süre ve miktarda yapılan parasal ödemeyi*” ifade etmektedir. İşsizlik sigortasının işsizlik

²³² 4447 sayılı Kanun m. 48’e göre, sigortalı işsizlere Türkiye İş Kurumu tarafından yapılacak ödemeler ve hizmetler; işsizlik ödeneği, 5510 sayılı Kanun gereği ödenecek sigorta primleri, yeni iş bulma, meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimi olarak dört madde halinde sayılmıştır.

riskiyle karşılaşan sigortalılara ekonomik güvence (gelir güvencesi) sağlama işlevi, işsizlik ödeneği aracılığıyla yerine getirilmektedir (Güzel, 2012: s. 780).

İşsizlik ödeneği almak için; sigortalı olarak çalışan kişinin, işten çıkarılmadan yani iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son 120 gün içinde sürekli çalışması ve prim ödemesi ayrıca iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olması gerekmektedir. Belirtelim ki, işsizlik sigortası primlerinin işveren tarafından ödenmemiş olmasının, sigortalının işsizlik ödeneğinden yararlanmasına engel olmayacağı Yargıtay'ın bir kararında belirtilmiştir²³³.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 50'ye göre, “Hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün prim ödeyerek sürekli çalışmış olanlardan, son üç yıl içinde;

a) 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 180 gün,

b) 900 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 240 gün,

c) 1080 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 300 gün süre ile işsizlik ödeneği verilir”.

Yukarıdaki koşullara ek olarak, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 51'e göre, sigortalı olarak çalışan işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması için iş sözleşmesinin bu maddede belirtilen nedenlerden biriyle sona ermiş olması gerekmektedir.

Sigortalının işsizlik ödeneğinden yararlanması için, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 51. maddesinde sayılan, iş sözleşmesinin sona erme nedenleri şunlardır:

²³³ Yarg. 10. HD. 13.04.2009 T, 2009/1338 E., 2009/7007 K. (Kazancı İhtihat Bankası, www.kazanci.com, erişim: 10.08.2014).

- iş sözleşmesinin, işveren tarafından bildirim sürelerine uyularak yani bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmiş olması²³⁴,
- İş sözleşmesinin, sigortalı olarak çalışan işçi tarafından haklı nedenle feshedilmiş olması,
- iş sözleşmesinin, süresi belli olsun veya olmasın süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri dışında bir nedenle işveren tarafından feshedilmiş olması,
- iş sözleşmesinin belirli süreli olması halinde, bu sürenin bitimi nedeniyle işsiz kalınması,
- işyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi, kapanması veya kapatılması, işin veya işyerinin niteliğinin değişmesi nedenleriyle sigortalının işten çıkarılmış olması,
- iş sözleşmesinin özelleştirme nedeniyle sona ermiş olmasıdır.

Son olarak da sigortalının, işverenden alacağı işten ayrılma bildirgesi ile Türkiye İş Kurumu'na iş sözleşmesinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren 30 gün içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduğunu bildirmesi gerekmektedir (4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 48/f.5 ve m. 51/f.1).

İş sözleşmesinin devri bir fesih olmadığından ve sözleşme içeriği ve niteliği değişmeden devam ettiğinden iş sözleşmesi devredilen işçi işsizlik sigortasına hak kazanamaz.

İş sözleşmesi devredilen işçi, devralan işveren nezdinde çalışırken işçinin iş sözleşmesi işsizlik sigortasından yararlanacak şekilde sona ererse, sigortalı işsizlere uğradıkları gelir kayıplarını kısmen ve geçici bir süre karşılayarak bu durumun bir nebze olsun hafifletilmesi amacıyla verilen işsizlik ödeneği, sigortalı olarak çalışıp işsiz kalanlar için önemli bir güvence olmaktadır.

²³⁴ Bildirim sürelerine ait ücretin işveren tarafından peşin ödenerek iş sözleşmesinin sona erdirilmiş olması da bu kapsamda değerlendirilmelidir (Tuncay/Ekmekçi, 2012: s. 516).

4. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLAR

İş sözleşmesinin devrinin en önemli sonuçlarından biri de devralan işverenin, devralınan işçinin iş sağlığı ve güvenliği hakkını korumakla yükümlü olmasıdır.

Teknolojik gelişmelerle birlikte insan hayatı ve çalışma yaşamındaki riskler de artmış, sanayinin gelişmesine bağlı olarak çalışma yaşamında çok fazla iş kazası ve meslek hastalığı meydana gelmeye başlamıştır (Demircioğlu, 2013: s. 1). Bu nedenle çalışma yaşamında işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin korunması çalışma yaşamının öncelikli hedeflerinden biri haline gelmiştir. İşverenin iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcu, işvereni işçinin işyerinde yaşamı, sağlığı ve beden bütünlüğünün korunması için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılar (Süzek, 2014: 877).

İşde Çalışanların Sağlık Ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Avrupa Birliği'nin 12 Haziran 1989 tarihli ve 89/391 sayılı Direktifinin 1. maddesi, *“Bu Direktifin amacı, işte işçilerin sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesi için önlemler almaktır”* şeklinde düzenlenmiştir. Avrupa Birliği'nin 89/391 sayılı Çerçeve Direktifi ile iş sağlığı ve güvenliği alanında kabul ettiğimiz 155 sayılı (İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme) ve 161 sayılı (İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme) ILO Sözleşmelerine göre 6331 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 30 Haziran 2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (Özdemir, 2014: s. 61).

Sadece işçilerin değil tüm çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlamayı amaçlayan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda, işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülükleri kanunun 4 maddesi ve devamında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (Süzek, 2014: 877). *“İşverenin genel yükümlülüğü”* başlığını taşıyan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 4/f.1 gereğince, *“İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması,*

organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar”.

İşverenin işyerinde yerine getirmesi gerekli hizmetler, İSGK. m. 6 ile m. 8 ve 29.12.2012 tarih ve **28512** sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

“İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri” başlığını taşıyan İSGK. m. 6/f.1 gereğince, “Mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren; çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirir”. Bu hüküm gereğince işveren her türlü tedbiri alır veya aldırır (Süzek, 2014: s. 895-896). İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinde *“İşverenin iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile ilgili yükümlülükleri”* başlığını taşıyan m. 5/f.1’de de İSGK. m. 6/f.1 hükmüne paralel bir düzenleme yer almaktadır.

İşverenin genel yükümlülükleri, *"önlem alma yükümlülüğü", "önlemlerin işlerliğini denetleme yükümlülüğü"* ve *"önlemleri yeniliklere uyarlama yükümlülüğü"* olarak üçe ayrılır. *"Önlem al, denetle ve uyarla"* dediğimiz yapı sürecinde öncelikle her türlü önlem alınacak, daha sonra bunların işlerliği denetlenecek, uygunsuzluk varsa düzeltilecek ve gelişmelere göre revize edilecektir. Süreç yönetiminin ilk aşaması önlem alınmasıyla başlar. Bu süreçte, iş güvenliği sistemindeki normlar işyeri organizasyonu ile bütünleştirilir (Özdemir, 2014: s. 61).

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği konusunda görevlendirdiği kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşların görevlerini yerine getirmeleri için gerekli olan araç, gereç, mekan, zaman vb. bütün ihtiyaçlarını karşılar (İSGK. m. 6/f.1/b; İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği m. 5/f.5/a). İşyerinde sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütenler arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak da

işverenin yükümlülükleri arasındadır (İSGK. m. 6/f.1/c, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği m. 5/f.5/c).

İş sağlığı ve güvenliği yönetim sistemi şeklinde yeniden yapılandırılan iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sağlanması, AB'nin 89/391 sayılı Çerçeve Direktifi'nin iş sağlığı ve güvenliği sisteminde genel organizasyon oluşturma yükümlülüğü (m. 6/f.1) ile birleştirilmiş ve tarafların sorumlulukları iş sağlığı ve güvenliğinin yatay ve dikey bütünleşmesi ilke ve yükümlülükleriyle tamamlanmıştır. Sürecin ikinci aşamasında; işverence alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulamalardaki etkinliği ve işyerinin somut şartları itibarıyla iş sağlığı ve güvenliğini sağlamadaki yeterliliği de kontrol edilirken; çalışanların bu önlemlere uyup uymadığını denetlemek ve onları uyarma yükümlülüğü de işverenin omuzlarındadır. İşverene denetim yükümlülüğü getirilmesindeki amaç, işyerinde alınmış önlemlerin iş kazası ve meslek hastalığı risklerini gerçekten engelleyici nitelik taşımasının sağlanmasıdır. 6331 Sayılı İSGK. tasarısının gerekçesinde de ifade edildiği üzere, *"...Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyup uymadığını işverenler sürekli denetlemelidir. Bu denetim görevini kendileri yapabileceği gibi vekil tayin ederek de yerine getirebileceklerdir. Örneğin işveren gerekli araç ve gereçleri hazır bulundurmakla veya kişisel koruyucu donanımları çalışanlara dağıtmakla yetinmeyecek, denetim ve izleme yoluyla bunların kullanılmasını da sağlayacaktır. Bu konuda işyerinin iç düzenlemeleri ile ilgili talimatlar yayınlayabilecektir"* (Özdemir, 2014: s. 61).

6331 sayılı İSGK. m. 4'te düzenlenen işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü aynı şekilde iş sözleşmesinin devrinde; iş sözleşmesini devralan işvereni de devralınan işçi bağlamında sorumlu tutmaktadır.

Devralan işverenin iş sözleşmesi devredilen işçinin iş sağlığı ve güvenliğinden sorumlu olmasını öncelikle devralan işverenin işçinin sağlık gözetiminden doğan sorumluluğu olarak ve daha sonra da devralan işverenin işçiyi eğitim ve bilgilendirme sorumluluğu olarak inceleyebiliriz.

4.1. Devralan İşverenin İş Sağlığı Ve Güvenliğinden Sorumlu Olması

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda işveren, "*çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini*" sağlamakla yükümlü tutulduğundan devralan işveren de devreden işveren gibi iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini her bir işçinin sağlık ve güvenliğini sağlayacak şekilde almakla yükümlüdür.

Devralan işveren, iş sözleşmesi devralınan işçinin kendi işyerinde çalışmaya başlamasıyla ilgili olarak iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli önlemleri alacak, devralınan işçinin bunlara uyup uymadığını ve işçiyi korumak için aldığı önlemlerin etkinliğini denetleyecek, alınan önlemleri sürekli güncel tutarak iş sağlığı ve güvenliği kurallarının etkinliğini sağlayacaktır.

İSGK. m. 4 gereğince işverenlerin yükümlülüğü, "*... mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar*" şeklinde belirlenmiştir.

İSGK. m. 4 metnindeki "*her türlü tedbirin alınması*" anlamından; işverenlerin artık kendilerinin küçük veya ekonomik yönden zayıf olduğunu iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacakları, küçük ya da büyük her türlü işveren bilimin ve teknolojinin mümkün kıldığı önlemleri almakla yükümlü olacağı, işverenin ekonomik güçsüzlüğü, iş sağlığı ve güvenliği konusunda yatırım yapmaması için mazeret oluşturmayacağı anlaşılmaktadır (Özdemir, 2014: s. 66-67).

Yargıtay'ın bir kararına göre; "*...İşçinin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, bu tedbirin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve tekniğin böyle bir tedbirin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlarıdır. Bu itibarla işveren, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi bir*

düşünce ile almaktan çekinemeyecektir. Anılan ödevin, bilirkişi heyetince açıklanan düşünceler gibi sınırlandırılması görüşü; çalışana, sadece bir üretim aracı gözüyle bakan, insan yaşamının kutsallığını yok sayan, hukukça korunması gereken en temel değerler "insan" olduğu gerçeğini göz ardı eden yönüyle de isabetli kabul edilemez.

Çalışma hayatında süre gelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı, işverenin önlem alma ödevini etkilemez. İşveren, çalıştırdığı sigortalının beden ve ruh tamlığını korumak için yararlı her önlemi, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulatmakla yükümlüdür"²³⁵.

Gerek doktrin ve gerekse Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlara bakıldığında gerekli her türlü tedbiri almak yükümlülüğünün, sadece mevzuatta öngörülen önlemlerle sınırlı olmayıp; bilim ve tekniğin gerektirdiği her türlü önlemleri de kapsadığı görülmektedir. İşverenin önlem alma yükümlülüğü, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta olmak üzere işverenin tabi olduğu mevzuatta öngörülün veya öngörülmesin işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığına zarar verme potansiyeli bulunan tehlikeleri belirleyip, risk değerlendirmesi yapıp bunlara karşı da koruma sağlamasını gerektirir. Her türlü tedbirin alınması, günümüzdeki yönetim anlayışının temel felsefesi olan, "*proaktif yaklaşımı*" da destekleyici bir ifadedir. Proaktif yaklaşım, olayların önünde olmak, bir diğer anlatımla erken davranmak anlamına gelir (Özdemir, 2014: s. 67-68).

İSGK.'da yer alan "*gerekli her türlü önlem*" anlatımı işverenin ekonomik, entelektüel, sosyolojik konum ve düzeyini, iş tecrübesini ve diğer kişisel niteliklerini göz ardı ederek kusur durumunun belirlenmesi gerektiğine işaret eder. İşveren ideal bir işveren gibi davranmak zorundadır. Her türlü önlemlerle ilgili alınması gereken bu önlemlerin alınmamış olması bile doğrudan işverenin kusurlu duruma sokarken "*kusurun objektifleştirilmesi*" kavramına da yorum getirmektedir (Özdemir, 2014: s. 68).

²³⁵ Yarg. 10. HD, 29.09.2003 T., 2003/5697 E., 2003/6251 K. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, legalbank.net, erişim: 10.05.2015).

4.2. Devralan İşverenin İşçinin Sağlık Gözetiminden Doğan Sorumluluğu

İşçilerin gerek işe girişlerinde ve gerekse işin devamı süresince sağlık gözetimine tabi tutulması ve yapacakları işin bedensel ve ruhsal durumlarına uygun olması iş sağlığı ve güvenliği açısından son derece önemlidir (Süzek, 2014: s. 886).

İş sağlığı, çalışanın işe girdiğinde var olan sağlık durumunun çalıştığı işten kaynaklanan bir sebeple bozulmasının engellenmesi ve o işte çalışıyor olmasının bedensel ve ruhsal olarak daha da iyileşmesi için yapılan talep edilebilir, izlenebilir faaliyetlerin bütünü olarak tanımlanabilir (Özdemir, 2014: s. 254-255).

“Sağlık gözetimi” başlığını taşıyan İSGK. m. 15 gereğince, “ (1) İşveren; a) Çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. b) Aşağıdaki hallerde çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır: 1) İşe girişlerinde. 2) İş değişikliğinde. 3) İş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde. 4) İşin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla...” sağlık gözetimi yapmakla yükümlüdür.

Bu nedenle devralan işveren iş sözleşmesi devredilen işçinin kendi işyerinde çalışmaya başlamasından önce sağlık gözetiminden sorumludur. Devralan işveren, iş sözleşmesi devredilen işçiyi kendi işyerinde işe başlatmadan önce sağlık taramasından geçirerek sağlık gözetimini yapmak ve ondan sonra işe başlatmak zorundadır.

İşveren sağlık gözetiminden doğan maliyeti ve bu gözetimden kaynaklı her türlü ek maliyeti karşılar, bunları işçiye yansıtılamaz. Sağlık muayenesi yaptırılan işçinin özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur.

4.3. Devralan İşverenin İşçiye Eğitim Verme Sorumluluğu

İş sağlığı ve güvenliğinden kaynaklanan sorunların çözümünde eğitim öncelikli bir rol oynar (Süzek, 2014: s. 880). İş sağlığı ve güvenliğinde eğitim, genel olarak kişisel ve organizasyonel bir gelişim aracı olmakla birlikte iş sağlığı ve güvenliği için yasal bir zorunluluktur. İş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin temel işlevi; iş kazaları ve meslek hastalıklarından korunma bilincini, diğer bir deyişle iş sağlığı ve güvenliği kültürünü oluşturmaktır. İşçilere iş sağlığı ve güvenliği alanında eğitim verilmesi, önlem alma süreçlerinin en önemli parçalarından birini oluşturmakta olup, iş kazalarının veya meslek hastalıklarının temel nedenlerinden birisi işçilerin işyerindeki risklere karşı eğitilmemiş olmaları ve eğitimin önemi hususunda yeterli bilince sahip olmamalarıdır. ILO, 155 sayılı sözleşmesinde (m. 14) iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin sorunların çözümü için tüm çalışanların eğitim ihtiyacını karşılayacak şekilde tüm seviyelerde eğitim ve öğretimin geliştirilmesi için gerekli önlemlerin alınmasına dikkat çeker. Bu amaçla *"yeterli sağlık ve güvenlik düzeyine ulaşılması amacıyla bütün çalışanların ileri düzeyde eğitimini, kalifiyesini ve motivasyonunu kapsayan eğitimi"* (m. 5/c) ve *"işletmedeki işçi ve temsilcilerine, iş güvenliği ve iş sağlığı konusunda yeterli eğitim verilmesini"* (m. 19/d) öngörmüştür (Özdemir, 2014: s. 288).

Avrupa Birliğinin temel düzenlemelerinden biri olan 89/391 sayılı Çerçeve Direktifi, kaza ve hastalıkların önlenmesi için risklerin tespiti ve ortadan kaldırılması, işçilerin ve temsilcilerinin katılımının sağlanması, bilgilendirilmeleri ve eğitimleri konusunda genel ilke ve yöntemleri belirlemektedir. Direktifin 12. maddesinde çalışanların eğitimi düzenlenmiş olup madde metni neredeyse 6331 sayılı İSGK. m. 17'de tekrarlanmıştır. İSGK. m. 17 gereğince, işveren, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlayacaktır.

Çalışanlar da, uygulamaya konulan iş sağlığı güvenliği eğitimlerine katılmak, eğitimlerde edindikleri bilgileri yaptıkları işlerde uygulamak ve bu konudaki talimatlara uymak durumundadırlar (İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri

Yönetmeliği m. 8). “Eğitimlerde geçen süre çalışma süresinden sayılır. Eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması halinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilir” (İSGK. m. 17/f.7). Eğitimlerin maliyeti çalışanlara yansıtılamaz (İSGK. m. 17/f.7, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği m. 9).

6331 sayılı İSGK. gereğince devralan işveren, devralınan işçiye işe başlamadan önce iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadır. Devralınan işçiye verilecek iş sağlığı ve güvenliği eğitimi; işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanının değişmesi hâlinde veya yeni teknoloji uygulanması hâlinde verilecek ve iş sağlığı güvenliği eğitimleri, değişen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenilenecek, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla yapılacaktır.

4.4. Devralan İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Sorumluluğu

İşverene iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla işçilerini bilgilendirme konusunda birçok görevler yüklenmiştir (Süzek, 2014: s. 882). İSGK. m. 16/f.1 gereğince, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işveren, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak bilgilendirmek zorundadır. Bu hüküm gereğince, işveren çalışanları; işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar hakkında ve aynı zamanda ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler hakkında bilgilendirmek zorundadır.

Aynı şekilde işveren ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında da derhal bilgilendirir (İSGK. m. 16/f.2/a).

6331 sayılı İSGK. işverene, sadece işyerinde çalışanlara değil, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların yukarıda belirtilen m. 16/f.1'deki bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine

gerekli bilgileri verme yükümlülüğü getirmiştir (m. 16/f.2/b). Bu hükümdeki bilgilendirme yükümlülüğü başka işyerlerinden gelen çalışanlara karşı değil bunların işverenlerine, örneğin alt işverenlere, geçici işçilerin işverenlerine, alt işveren niteliği kazanmamış olsalar da işyerinde işçi çalıştıran müteahhitlere, kamu görevleri nedeniyle işyerinde çalışanların işverenlerine vb. karşıdır. Öte yandan kanun, bilgi vermek yanında işverene iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren tüm belge ve verilere çalışanların ulaşmasını sağlama yükümlülüğü de getirmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında işçiyi iş güvenliği konusunda bilgilendirmeyen, gerekli eğitimi vermeyen işvereni denetim görevini de belirtmek suretiyle iş kazasının oluşumundan sorumlu tutmuştur. Yüksek mahkemeye göre, "*İş güvenliği önlemlerini alma, kişisel güvenliği sağlama konusunda inisyatifin tek başına işçiye bırakıldığı, çalışılan ortam nedenleriyle oluşan tehlikeler konusunda yeterli bilgi verilmediği görülmektedir... İşçi sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuatı, hükümlerini içerir belgelerin kendilerine verilmesini değil, eylemli olarak, bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir*" (Özdemir, 2014: s. 884).

Kanundaki bu düzenleme ve çalışanların bilgilendirilmesi sorumluluğu devralan işveren ve devralınan işçi açısından da aynen geçerlidir. Devralının işçi işe başlamadan önce yeni başladığı işyerindeki her türlü risk ve tehlikeye karşı kanunda öngörülen şekilde bilgilendirilmek zorundadır.

SONUÇ

4857 sayılı İş Kanununun Bilim Kurulu tarafından hazırlanan ve meclise sevk edilen tasarısının 7. maddesinde iş sözleşmesinin devri düzenlenmişti. Tasarının 7. maddesinde, *“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. 6 ncı maddenin ikinci fıkrası hükmü (Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür) iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır”* hükmü bulunmaktaydı. Ancak bu madde, tasarının yasalaşması aşamasında Türkiye Büyük Millet Meclisi Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu’nun 12.3.2003 tarih ve Esas No: 1/534 Karar No:25 sayılı kararı ile tasarıdan çıkarılmış ve 4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesinin devri ile ilgili hüküm olmadan yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanununda iş sözleşmesinin devri ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hükmün tasarıdan çıkarılarak 4857 sayılı İş Kanunu’nun mevcut haliyle yasalaşması -1475 sayılı İş Kanunu zamanında olduğu gibi- iş sözleşmesinin devrinin mümkün olmayacağı anlamına gelmemiştir. 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 320. maddesi, bu kurumun yasal dayanağını oluşturmuş; ayrıca doktrinde belirtilen görüşler ve uygulamada Yargıtay kararları bu kuruma ilişkin ilkelerin ortaya konulmasını sağlamıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 429 ile iş sözleşmesinin devri açıkça düzenlenmiş, böylece bu kurumun varlığı yasal düzenlemeyle netlik kazanmıştır.

İş sözleşmesinin devri kurumu ile ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanununda bir düzenleme olmaması ve bu kurumun genel kanun olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmesi, kanundaki ilgili hükmün hem İş Kanununa tabi işçiler hem de Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler açısından uygulanması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle söz konusu hüküm tüm işçiler bakımından önem arz etmektedir.

İş sözleşmesinin devri, Türk Borçlar Kanununun “*Hizmet Sözleşmeleri*” başlıklı altıncı bölümünün “*Genel Hizmet Sözleşmeleri*” alt başlıklı birinci ayırımının “*Sözleşmenin Devri*” kenar başlıklı 429. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir*”. Bu düzenleme emredici niteliktedir ve iş sözleşmesinin tamamen taraf iradelerine bağlı olarak devri halinde uygulanır. TBK. m. 429’da düzenlenmeyen hususlarda ise sözleşmenin devrine ilişkin genel hüküm olan TBK. m. 205 uygulanır. İş sözleşmesinin devrine ilişkin TBK. m. 429 hükmünün hazırlanmasında kaynak olarak herhangi bir ülkenin kanunundan yararlanılmamıştır. İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde kanunen düzenlenmeyen bu kurumun uygulamada kabul edildiği görülmektedir.

İş sözleşmesinin devri hukuki niteliği itibariyle, devreden ve devralan işveren ile işçi arasında gerçekleşen, üçlü bir ilişkidir. İş sözleşmesinin devri, iş ilişkisinin tamamen taraf iradeleri ile kesin ve sürekli olarak bir üçüncü kişiye devredilmesidir. İş sözleşmesinin iradi olarak sürekli devri halinde, sözleşmenin işveren tarafı değişmekte ve onun yerini yeni işveren almakta, önceki işveren ile olan iş ilişkisi sona ermekte ve sözleşmeyi devralan işveren tüm hak ve borçları üstlenmiş olarak sözleşmenin işveren tarafını oluşturmaktadır. Bu anlamda iş sözleşmesinin devri, sözleşmenin bir bütün halinde bir başka işveren tarafından üstlenilmesini ifade etmektedir. İş sözleşmesinin iradi olarak kesin ve sürekli devrinde, devralan işverenin üstlendiği hak ve borçlara, bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar, örneğin iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklardan ya da işyeri uygulamasından doğan hak ve borçlar dahildir. Devralan işverenin bunlar aracılığıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapabilmesi için İş K. m. 22’ye uygun olarak durumu işçiye yazılı olarak bildirmesi ve bu değişikliklerin işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

İş sözleşmesinin bir üçüncü kişiye devredilebilmesi için, her şeyden önce mevcut bir iş sözleşmesinin varlığı şarttır. İş sözleşmesinin devri için her üç tarafın da rızasının bulunması gerekir. Devir sözleşmesi, devreden ve devralan işveren ile işçinin bir araya gelmesiyle yapılabileceği gibi, devreden ve devralan işveren

arasında yapılan devir sözleşmesine işçinin yazılı onay vermesi şeklinde de gerçekleşebilir. Burada işçinin yazılı onayı, geçerlilik şartıdır.

TBK. m. 429’da işçinin yazılı onayının alınması gerektiği belirtilmiş; ancak bu onayın ne zaman alınması gerektiği yani onayın verileceği zaman konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İş sözleşmesinin devri sırasında alınmayan yani iş sözleşmesi kurulurken alınan rıza veya bu yönde toplu iş sözleşmesine konulan hükümler Yargıtay tarafından geçersiz sayılmaktadır. Zaten işçinin korunması ilkesi gereğince, işçinin yazılı rızasının devir sırasında alınması ya da devreden ve devralan işveren arasında yapılan devir sözleşmesine daha sonra yazılı rıza vermesi işçinin lehine olacağını için iş hukukunun amacına uygun düşecektir. TBK. m. 429’da, işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin rızasının yazılı olması gerektiği belirtildiği gibi, işçinin iş sözleşmesinin devrine önceden verdiği rızanın geçerli olup olmadığı konusunda tartışmaya yol açmamak amacıyla bu yazılı rızanın alınacağı zamanın da belirtilmesi yerinde olurdu.

İşçi, devreden ile devralan işveren arasında yapılan sözleşmeye onay verip vermeme konusunda serbesttir. İşçinin onay vermekten kaçınması, işveren açısından iş sözleşmesinin feshi için haklı veya geçerli bir sebep oluşturmamaktadır. İşçinin iş sözleşmesinin devrine onay vermemesi halinde, iş sözleşmesinin devri gerçekleşmez. Bu durumda sözleşmenin tarafları aynı kalmaya devam eder. İşçi iş sözleşmesinin devrine onay verirse, mevcut iş sözleşmesi devam eder; sözleşmenin içerik ve niteliğinde herhangi bir değişiklik olmaz. Bu durumda sadece sözleşmenin işveren tarafı değişir yani sözleşmeyi devreden işveren yerine devralan işveren geçer. Bunun sonucu olarak sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar devralan işverene geçer. Devreden işveren de devrin gerçekleştiği andan itibaren sözleşmedeki taraf sıfatını kaybeder. Yani devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer.

İş sözleşmesinin devrinde, işyeri devredilmemekte işçi devreden işverenin işyerinden devralan işverenin işyerine sürekli olarak nakledilmektedir. Ancak bazı istisnai durumlarda iş sözleşmesinin devrine rağmen işçinin aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği görülebilmektedir. Bu durumda –farklı görüşler olmakla birlikte– kanunda yer alan şartların varlığı halinde işçinin geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştığı

kabul edilmektedir. Yani bu durumda devralan işveren ile devreden işveren arasında kanunda öngörülen koşulların varlığı halinde geçici işçi verme sözleşmesinin kurulduğu ve işçinin, sözleşmeyi devralan yeni işveren tarafından önceki işverene geçici olarak verildiği sonucuna varılmaktadır.

İş sözleşmesinin sürekli ve kesin olarak devrinde bir fesih söz konusu olmadığı için, önceki işverenden ihbar ve kıdem tazminatı ile kullanılmayan yıllık izin sürelerine ilişkin ücret talep edilemez. İşçinin hizmet süresine ilişkin haklarında yani kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin süresi, ihbar süresi gibi haklarda devralan işveren, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

TBK. m. 429/f.2 gereğince, *“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 iş başladığı tarih esas alınır”*. Bu hükümde, iş sözleşmesinin devrinde devralan işverenin sadece işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarından sorumlu olduğu belirtilmiş; ancak işyeri devrine ilişkin İş K. m. 6/f.3 ve TBK. m. 428/f.3’te olduğu gibi, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işverenlerin devir tarihinden itibaren iki yıl birlikte sorumlu olduklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle kıdem tazminatı dışında kalan işçilik haklarından devreden işverenin sorumluluğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda İş K. m. 6’ya benzer bir düzenlemenin TBK. m. 429’da da yer alması ortaya çıkacak uyumsuzlukları engelleyeceğinden ve bu konuda görüş birliği sağlayacağından isabetli olurdu.

Ayrıca iş sözleşmesinin taraf iradelerine bağlı olarak devrinde devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğu konusunda, işyerinin devri halinde uygulama alanı bulan ve devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğunu düzenleyen 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 gibi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hükmün kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devri halinde de uygulama alanı bulup bulamayacağı konusunda tartışmaya yer vermemek için TBK. m. 429’da işverenlerin sorumluluklarının açık bir şekilde düzenlenmesi isabetli olurdu.

Hem işyeri devri hem de iş sözleşmesinin devrinin amacının işçinin haklarının işveren değişikliği karşısında korunması olduğundan İş K. m. 6 hükmünün iş sözleşmesinin devrinde de uygulanmasında bir sakınca görülmemektedir. Ancak bu konuda kanunda biliçli olarak boşluk bırakıldığı ve iki yıllık müteselsil sorumluluk ilkesinin iş sözleşmesinin devrinde uygulanamayacağı da ileri sürülebilir. 1475 sayılı İş K. m. 14/f.2 hükmünün kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devrinde de uygulanması halinde ise devreden işveren, işçinin kendisinde çalışılan süre ve ücret düzeyi ile sınırlı olarak kıdem tazminatından sorumlu olacaktır. Devralan işveren, işçinin kıdem tazminatını son ücreti üzerinden ödedikten sonra işçinin devreden işverenin yanında çalışarak geçirdiği süreler için devreden işverene rücu edebilmektedir. Gerçekten, hem işyerinin devri hem de iş sözleşmesinin devri halinde amaç işçilerin haklarının korunması olduğundan iş sözleşmesinin devri konusunda kanunda düzenleme bulunmayan hallerde işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması konusunda kanımızca bir sakınca bulunmamaktadır.

İş sözleşmesinin devrinde, hem sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar hem de gelecekte doğacak hak ve borçlar devralan işverene geçmektedir. Bu nedenle iş sözleşmesinin devriyle birlikte devralan işveren devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumlu olmaktadır. Devreden işverenin ise devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme kanunda yer almadığından, işyeri devrine ilişkin İş K. m. 6 hükmünün, iş sözleşmesinin devri halinde de kıyas yoluyla uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tartışma oluşmuştur. Bu konuda kesin olan husus, devirden önce doğan fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ücretleri gibi ücretlerde zamanaşımı süresi beş yıl olduğundan, işçinin beş yıl içinde sözleşmeyi tüm hak ve borçlarıyla devralan işverenden talep etmesi gerektiğidir. İş K. m. 6 hükmünün kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devrinde de uygulanacağını kabul edilmesi halinde ise, devreden ve devralan işveren sözleşmenin devrinin gerçekleştiği tarihten itibaren iki yıl müteselsil sorumlu olacaktır. Yani bu durumda, iş sözleşmesinin devriyle birlikte işçi, devreden işveren zamanında hak kazandığı ancak henüz ödenmeyen ücretlerini, bu ücretlerin doğduğu tarihten itibaren beş yıl içinde ve sözleşmenin devir tarihinden

itibaren de iki yıl içinde isterse devreden işverenden isterse devralan işverenden talep edebilecektir. İş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar zaten devralan işverene geçtiğinden ve devralan işveren bu borçlardan sorumlu olduğundan işçi, devralan işverenden de talepte bulunabilecektir. Ancak burada unutulmaması gereken, ücret alacaklarının doğdukları tarihten itibaren beş yıl içinde talep edilmesi gerektiğidir. Bu nedenle bu alacaklardan sorumluluk zamanaşımı süresi ile sınırlıdır. Devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sadece devreden işvereni sorumlu tutmak işçinin haklarını alamaması sonucunu doğurabilecektir. Çünkü devir ile birlikte işçi ile devreden işveren arasındaki iş ilişkisinin sona ermesi işçinin devreden işverene ulaşmasını çok zor hatta imkansız kılabilir. Ayrıca sözleşmenin devri, sözleşmenin bir bütün halinde yani tüm hak ve borçlarıyla bir başka işveren tarafından üstlenilmesi olduğundan, devirden önce doğmuş borçlardan devralan işverenin sorumlu olması sözleşmenin devrinin sonuçlarından biridir.

İşçilik alacaklarından birden çok işverenin sorumlu tutulabilmesi ancak asıl işveren-alt işveren ilişkisi, işyeri devri, geçici iş ilişkisi veya iş sözleşmesinin devri gibi üçlü iş ilişkilerinden birinin varlığı halinde söz konusu olabilir. İş hukukunda üçlü ilişkiler olarak adlandırılan bu kurumların birbirlerinden ayrılması bazen oldukça zor olabilmekte ise de üçlü ilişkilere bağlanan hukuki sonuçların birbirinden farklı olması, bu ilişkilerin birbirlerinden kesin ve dikkatli bir biçimde ayrılmasını gerekli kılmaktadır. Bu üçlü iş ilişkilerinden hangisinin somut olayda söz konusu olduğunun tespit edilmesi, işverenlerin sorumluluğunun kapsamını belirlemek açısından son derece önemlidir. Bu nedenle birden fazla işveren yanında çalışmanın söz konusu olduğu durumlarda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti oldukça önemlidir.

İş sözleşmesinin devri kurumunun Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş olması ile yetinilmemeli, özellikle tartışmalı olan hususlar açıklığa kavuşturulacak şekilde İş Kanununda da bir düzenlemeye gidilmelidir. Aksi halde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde olduğu gibi, tartışmalı olan hususlar yargı kararları ile şekillenecektir.

İş sözleşmesinin devri, bireysel iş hukukuna ilişkin sonuçlar yanında toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından da birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Toplu iş hukuku açısından iş sözleşmesinin devri, işçinin çalıştığı işkolunun değişmesi sonucunu doğuruyorsa, sendikaya üye olma koşullarından biri olan *“işçinin üye olmak istediği sendikanın kurulu olduğu işkolunda faaliyet gösteren bir işyerinde çalışıyor olması”* koşulu ortadan kalkmış olmaktadır. Böylece işçinin mevcut sendika üyeliği sona erecektir. STİSK. m. 19/f.7’de belirtildiği üzere, *“İşkolunu değiştirenin sendika üyeliği kendiliğinden sona erer”*. Bu durumda toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili sendikanın belirlenmesi açısından Sosyal Güvenlik Kurumuna işçi giriş-çıkış bildirimini verilmesi yerinde olacaktır. İş sözleşmesi devredilen işçi aynı işkolunda çalışmaya devam ediyor olsa bile, devirden sonra tek bir işverene bağlı olarak çalışmasını sürdürüyorsa, çalışmaya devam ettiği işverenin işyerinin girdiği işkolunda kurulu sendikaya üyeliği devam edecek, diğer sendika üyelikleri ise sona erecektir (STİSK. m. 17/f.3).

İş sözleşmesinin devri, toplu iş sözleşmesinin yapılmasını ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları da etkilemektedir. Toplu iş sözleşmesinin yapılması açısından; iş sözleşmesi devredilen işçi, işyerinde çalışan işçi sayısının değişmesine yol açmaktadır. Bu durum hem işçiyi devreden işverenin hem de devralan işverenin işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olacak sendikanın belirlenmesi açısından önemlidir. Toplu iş sözleşmesinden doğan haklar açısından; iş sözleşmesinin devri, toplu iş sözleşmesinden yararlanma ve toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesinde işverenlerin sorumluluklarını da etkilemektedir.

Sosyal güvenlik hukuku açısından, devralan işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların Kuruma ödemekle yükümlü oldukları primleri bunların ücretlerinden keserek ve kendisine ait prim tutarlarını da bu tutara ekleyerek Kuruma ödemekle yükümlüdür.

İşyerinin devri ve intikali halinde eski işverenin Kuruma olan prim ve gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından yeni işverenin de müteselsil sorumlu tutulmasına ilişkin işyeri devri ile ilgili SSGSSK. m.

89 hükmünün, iş sözleşmesinin devri halinde de kıyas yoluyla uygulanması kanaatimizce uygun olacaktır. Bu durum çift taraflı bir etki sağlayacak, yani hem kuruma olan prim ve gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerin ödenmesi güvence altına alınmış olacak hem de iş sözleşmesi devredilen sigortalıların sosyal güvenlik hakları korunacaktır.

İş sözleşmesinin devrine ilişkin üçlü ilişkide sözleşme devam ettiğinden yani herhangi bir fesih söz konusu olmadığından; sadece iş sözleşmesinin tarafı olan işveren değiştiğinden, Sosyal Güvenlik Kurumuna işten ayrılış bildirgesi verilmesi gerekmemektedir.

İş sözleşmesinin devrinin toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından doğurduğu sonuçlara mevzuatımızda yer verilmemiştir. İş hukukuna ilişkin mevzuattan hareket edilerek bazı sonuçlara varılmış ve işyeri devrine ilişkin bazı hükümlerin (örneğin SSGSSK. m. 89) kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devrinde de uygulanmasının isabetli olacağı belirtilmiştir. Mevzuatımızda düzenlenmeyen bu konuların açıkça düzenlenmesi isabetli olacak ve bu konularda çıkacak tartışmaları önleyecektir.

İş sözleşmesinin devrinin mevzuatımızda düzenlenmeyen en önemli sonuçlarından biri de devralan işverenin devralınan işçinin iş sağlığı ve güvenliği hakkını korumakla yükümlü olmasıdır. Bu bağlamda devralan işveren, devraldığı işçinin iş sağlığı ve güvenliğinden ve sağlık gözetiminden sorumludur. Aynı zamanda devralan işverenin işçiye karşı eğitim ve bilgilendirme sorumluluğu da bulunmaktadır.

1. Kitaplar

- AKMAN, Sermet Haluk BURCUOĞLU, Atilla ALTOP (1993). Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- AKTAY, Nizamettin, Kadir ARICI, E. Tuncay SENYEN KAPLAN (2013). İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi.
- AKYİĞİT, Ercan (2008). İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ALP, Mustafa (2005). İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ALPAGUT, Gülsevil (2010). İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul: Beta Basım.
- ANTALYA, O. Gökhan (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl (2005). İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- AYDINLI, İbrahim (2012). Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AYDINLI, İbrahim (2001). Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara: Demiryol-İş Eğitim Yayınları.
- AYRANCI, Hasan (2003). Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara: Yetkin Yayınları.
- BAHTİYAR, Mehmet (2014). Ortaklıklar Hukuku, 8. Bası, İstanbul: Beta Basım.
- BALKIR, Zehra Gönül (2009). Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Kocaeli.
- BAŞBUĞ, Aydın (2012). Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara: Şeker-İş Yayını.
- BİLGİLİ, Fatih, Ertan DEMİRKAPI (2012). Ticaret Hukuku Bilgisi, 3. Baskı, Bursa: Dora Basım.
- BİLGİLİ, Fatih, Ertan DEMİRKAPI (2013). Şirketler Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Bursa: Dora Basım.
- BİLGİLİ, Fatih, Ertan DEMİRKAPI (2013). Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa: Dora Basım.
- BUZ, Vedat (2005). Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara: Yetkin Yayınları.

- CENGİZ, İştar (2014). İş Sözleşmesinin İradi Devri, Ankara: Turhan Kitabevi.
- ÇANKAYA, Osman Güven,ÇİL Şahin (2011). İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÇELİK, Nuri,Nurşen CANIKLIOĞLU,Talat CANBOLAT (2014). İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, İstanbul: Beta Basım.
- ÇİL, Şahin (2010). İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları, 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- ÇİL, Şahin (2012). İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012 Yılları), 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat (2013). İş Güvenliği Uzmanlığı, 2. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- DİNÇ, Mutlu (2011). Türk Borçlar Kanunu, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra (2014). İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul: Beta Basım.
- DURAL, Mustafa,Turgut ÖZ (2001). Miras Hukuku Dersleri, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- EREN, Fikret (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- EREN, Fikret (2003). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul: Beta Basım.
- FRÜH, Peter (1945). Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Aarau.
- GÖKTAŞ, B. Kerem (2014). E-Bildirge Kılavuzu, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: (2013). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper (2011). Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- GÜNAY, Cevdet İlhan (2012). Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÜZEL, Ali (1987). İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No. 56.
- GÜZEL, Ali,Ali Rıza OKUR,Nurşen CANIKLIOĞLU (2012) Sosyal Güvenlik

- Hukuku, 14. Bası, İstanbul: Beta Basım.
- HATEMİ/GÖKYAYLA (2011). Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- HEIZ, Roman (2004). Das Arbeitsverhaeltnis im Konzern, Wallisellen.
- HENSSLER, Martin (1983). Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin.
- HEPER, Altan (1997). Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, 1. Basım, İstanbul: Beta Basım.
- HONEYBALL, Simon (2006). Honeyball&Bowers' Textbook on Labour Law, 9th Edition, Oxford University Press, New York.
- İMRE, Zahit,ERMAN Hasan (2004). Miras Hukuku, İstanbul: Der Yayınları.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. (1979). Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara.
- KILIÇOĞLU, Mustafa (2009). İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara: Turhan Kitabevi.
- KILIÇOĞLU, Mustafa (2005). 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara: Ayhan Yayıncılık.
- KILIÇOĞLU, Mustafa,ŞENOCAK Kemal (2013). İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- KLIMKE, Dominik (2010). Die Vertragsübernahme, Tübingen.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (2008). Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 4. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- KORKUSUZ, Refik,UĞUR Suat (2015). Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Bursa: Ekin Yayın.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz (2004). İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım.
- KREIL, Linda (1996). Arbeitsverhaeltnisse im Konzern, Wien.
- KREJCI, Heinz (1972). Betriebsübergang und Arbeitsvertrag, Wien.
- KUNTALP, Erden,Nami BARLAS,Ahu AYANOĞLU MORALI vd. (2005). Galatasaray Üniversitesi Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin

- Değerlendirmeler, İstanbul: Beta Basım.
- LANZ, Gerd (1934). Parteiwechsel bei Miete und Dienstvertrag, Diss. Affoltern am Albis.
- LARENZ, Karl (1987). Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, Muhittin ASTARLI, Ulaş BAYSAL (2014). İş Hukuku, 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.
- MOROĞLU, Erdoğan (2005). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- MÜLLER-GLÖGE (2012). Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage.
- NARMANLIOĞLU, Ünal (2014). İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- NOMER, Haluk N. (2008). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul: Beta Basım.
- ODAMAN, Serkan (2007). Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- OĞUZMAN, M. Kemal, M. Turgut ÖZ (2013)(a). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- OĞUZMAN, M. Kemal, M. Turgut ÖZ, (2013)(b). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 10. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- ÖZDEMİR, Erdem (2014). İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- ÖZKARACA,ERCÜMENT (2008). İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul: Beta Basım.
- ÖZKARACA,ERCÜMENT (2014). Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, İstanbul: Beta Basım.
- ÖZKAYA, Eraslan (2000). Hata-Hile-İkrah Davaları, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- PREIS, Ulrich (2002). Der Arbeitsvertrag, Köln.
- PULAŞLI, Hasan (2012). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara: Adalet Yayınevi.
- REHBINDER, Manfred (1991). Schweizerisches Arbeitsrecht, 10. Auflage, Bern.

- REİSOĞLU, Safa (2013). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul: Beta Basım.
- RUHİ, Ahmet Cemal (2011). Sözleşmeler Hukuku, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SMİTH, John C. (1993). The Law Of Contract, Second Edition, London.
- SOYER, M. Polat (1994). Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara.
- SÖNMEZ, TATAR Gülsüm (2011). İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara, Tühis Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını.
- SÜMER, Haluk Hadi (2009). İş Hukuku Uygulamaları, 3. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları.
- SÜZEK, Sarper (2014). İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- SÜZEK, Sarper (2013). İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- ŞAKAR, Müjdat (2011). İş Hukuku Uygulaması, 9. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- ŞENYÜZ, Doğan (2011). Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 5. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.
- TUNCAY, A. Can, Ömer EKMEKÇİ (2012). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 15. Bası, İstanbul: Beta Basım.
- TUNCAY, A. Can, Burcu SAVAŞ KUTSAL (2015). Toplu İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul: Beta Basım.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Tankut CENTEL (2013). İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- UÇUM, Mehmet (2003). Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- UPEX, Robert, Richard BENNY, Stephen HARDY (2006). Labour Law, 2nd Edition, Oxford University Press, New York.
- UYGUR, Turgut (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt II, Madde 237- 649, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- von TUHR, Andreas (1983). Borçlar Hukuku 1-2, Çeviren Cevat Edege, Ankara: Yargıtay Yayınları No: 15.

von TUHR, Andreas,ESCHER Arnold (1974). Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich.

WINDBICHLER, Christine (1989). Arbeitsrecht im Konzern, München.

YILMAZ, Ejder (2002). Hukuk Sözlüğü, 7 Baskı, Ankara: Yetkin yayınları.

YAVUZ, Cevdet (1986). Borçlar Hukuku Dersleri Özel Borç İlişkileri, Birinci Cilt, İstanbul: Fatih Yayınevi Matbaası.

YAVUZ, Nihat (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

YAVUZ, Cevdet, Faruk ACAR, Burak ÖZEN (2012). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul: Beta Basım.

YENİOCAK, Umut (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

YİĞİT, Yusuf (2014). İş Sözleşmesinin Devri, Bursa: Ekin Yayın.

ZEVKLİLER, Aydın,Şeref ERTAŞ, Ayşe HAVUTCU vd. (2013). Borçlar Hukuku, İzmir: Barış Yayınları.

2. Makaleler, Bildiriler, Diğer Basılı Yayınlar

AKYİĞİT, Ercan (Eylül 1991). “Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ile İlgili Yargıtay Kararı Üzerine”, Çimento İşveren Dergisi, C. 5, S. 5, ss. 10-20.

AKYİĞİT, Ercan (2001). Karar incelemesi, “İş İlişkisinin (Bireysel) Devri”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 17, S. 2, ss. 40-50.

AKYİĞİT, Ercan (2008). İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

AKYİĞİT, Ercan (Şubat 2009-Kasım 2010). “Alt İşverenlik Ve Benzer İlişkilerden Farkı”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 22, S. 4-5, ss. 1-38.

AKYİĞİT, Ercan (2010). “Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, ss. 138-159.

AKYİĞİT, Ercan (2010/2011). “Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezasından Sorumluluk”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 23, S. 2-3, ss. 17-69.

AKYİĞİT, Ercan (2013/2). “Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 37, ss. 41-90.

ALP, Mustafa (2007). “İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, ss. 189-209.

ALP, Mustafa (2009), “İş Sözleşmesinin Devri”, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum-04 Nisan 2009, İstanbul, ss. 302-327.

ALP, Mustafa (2012/1), “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 32, ss. 51-74.

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

ALPAGUT, Gülsevil (2011). “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart Ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 8, S. 31, ss. 913-959.

ALPAGUT, Gülsevil (2012). “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, Başbakanlık Basımevi, ss. 1-81.

ARSLANOĞLU, M. Anıl (2006). “İş Sözleşmesinin İrâdi Devri ile İşverenin Değişmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 3, S. 10, ss. 534-545.

ARSLANOĞLU, M. Anıl (2008). İş Hukukunda Sözleşmenin İrâdi Devrinin Esasları ve Uygulaması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

ARSLAN, ERTÜRK Arzu (2011). “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, ss. 533-559.

ASTARLI, Muhittin (2013/1). “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 36, ss. 69-105.

AYDIN, Sema, Hasan Ali KAPLAN, Arzu ŞEN KALYON (2013). “Ticari İşletme Devri Ve Devrin Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1-2, ss. 229-260.

AYDINLI, İbrahim (Haziran-Aralık 1998). İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)’ın Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, C. 2, S. 1-2, ss. 315-324.

- AYDINLI, İbrahim (Kasım 2005). “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 19, S. 6, ss. 21-42.
- BAHADIR, Zeynep (Temmuz 2013). “Sözleşmenin Devri Ve Sözleşmeye Katılma”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3, ss. 1-37.
- BAHTİYAR, Mehmet (Ekim 2011). “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 9, S. 106, ss. 3889-3910.
- BAŞBUĞ, Aydın (Mayıs-Ağustos 2003). “İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 18, S. 2-3, ss. 3-17.
- BAYGIN, Cem (2010). “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 3-4, ss. 119-144.
- BAYSAL, Ulaş (Mart 2012). “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinin Devri Halinde Devredenin Birlikte Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, ss. 54-59.
- BELEN, Herdem (Ocak 2013). “İrade Serbestisi İlkesi Bağlamında TBK. m. 205-206 Hükümlerinin İrdelenmesi”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 7, ss. 151-154.
- Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, 2002, İstanbul, MESS yayını.
- BOZKURT, Tamer (2011). “Özel İstihdam Büroları (İş ve İşçi Tellallığı)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. II, İstanbul, Beta Basım, ss. 1519-1537.
- BULUT, Nihat (2003). “Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?”, AÜHFD, Ankara, C. 52, S. 2, s. 173-197.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen (15 Kasım 2013). “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, İstanbul, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayını, ss. 74-125.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen (2002/1). “Hizmet Akdinin Devri-Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı-İş Arama İzni Verilmemesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, ss. 33-49.
- ÇABRİ, Sezer (Ekim 2011). “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma”, Legal Hukuk Dergisi, Y: 9, S: 106, ss. 3911-3932.
- ÇANKAYA, Osman Güven,Şahin ÇİL (2008), “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde

İşverenlerin Değişmesi ve Bunun İş İlişkisine Etkileri”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, Legal Yayıncılık, ss. 187-230.

ÇELİK, Nuri (Mart 2010). “İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, ss. 5-16.

ÇİFTER, Algun (2011). “Şirketler Arasında Organik Bağ ya da Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul, Beta Basım, ss. 19-25.

ÇİFTER, Algun (15 Kasım 2013). “Kıdem Tazminatı Uygulaması”, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, İstanbul, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayını, ss. 67-73.

ÇİFTER, Algun, DEMİR Özge (2007/2). “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisinin Hükümleri ve Sonuçları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y: 6, S. 12, ss. 7-20.

ÇUBUKÇU, Erdoğan (Kasım 2007/Şubat 2008). “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Tanım ve Kavramlar”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 21, S. 2-3, ss. 1-7.

DANAR, Cüneyt (Haziran 2007). “Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 6, ss. 62-74.

DOĞAN, Sevil “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., ss. 781-812.

DOĞAN, YENİSEY Kübra (2009)(a). “İşyerinin Devri Çerçevesinde “İşyeri” Ve “İşyer Bölümü” Kavramları”, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum-04 Nisan 2009, İstanbul, ss. 128-168.

DOĞAN YENİSEY Kübra, (2009)(b). “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara, TİSK Yayın No: 299, ss. 9-99.

DOĞAN, YENİSEY Kübra (Haziran 2010). “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Kazanılmış Hakların Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 5, S. 18, ss. 165-174.

DOĞAN, YENİSEY Kübra (2013/4). “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 39, ss. 43-68.

DULAY, Dilek (Şubat 2012). “İşyerinin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri”, Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayıncılık, Y. 7, S. 66, ss. 57-64.

EKMEKÇİ, Ömer (Ekim 2005). “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hizmet Sözleşmesi Taraflarının Karşılıklı Hak ve Borçları ve İşçinin Kişiliğinin

- Korunmasına İlişkin Hükümler”, Legal Hukuk Dergisi, S. 34, ss. 3705-3719.
- EKMEKÇİ, Ömer (Aralık 2011). “Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, ss.154-159.
- EKMEKÇİ, Ömer (Mart 2009). “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, ss. 19-28.
- EKMEKÇİ, Ömer (2004). “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri Ve Sona Ermesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, ss. 367-382.
- EKMEKÇİ, Ömer (2008). “Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayıncılık, İstanbul, ss. 100-119.
- EKONOMİ, Münir (2000). “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) Ve İş İlişkilerine Etkisi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, ss. 325-361.
- EKONOMİ, Münir (2008). “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, Legal Yayıncılık, ss. 231-266.
- EKONOMİ, Münir, Öner EYRENCİ (2001). “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. II, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım, ss.1199-1223.
- ENGİN, İlkyay (2012). “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, ss. 155-167.
- ENGİN, Murat (2002). “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara, ss. 1-23
- EYRENCİ, Öner (2004). “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, ss. 15-56.
- GÖKTAŞ, Seracettin (Eylül 2012). “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, ss. 56-67.
- GÜNAY, Cevdet İlhan (Eylül 2007). “Yargı Kararlarında Yeni İstihdam Biçimleri ve Üçlü İş İlişkileri”, İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı, Özel Sayı 5, ss. 15-68.
- GÜNAY, Cevdet İlhan (2011). “Hizmet Sözleşmesinin Devri (TBK. m. 429)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık, S. 24, ss. 114-119.
- GÜNEŞ, Başak, MUTLAY Faruk Barış (2011/3). “Yeni Borçlar Kanununun “Genel

- Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanununu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 30, ss. 231-288.
- GÜZEL, Ali (1996). “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, ss.167-195.
- GÜZEL, Ali (2004/1). “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 1, ss. 31-65.
- GÜZEL, Ali (2007). “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara, ss. 11-71.
- İREN, Ertan (2011). “Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 60, S. 2, ss. 281-307.
- KANDEMİR, Murat (2013/4). “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 39, ss. 167-214.
- KAPLAN SENYEN, E. Tuncay (Mart 2013). “İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m. 178 ve İş Kanunu m. 6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, ss. 24-39.
- KARAÇÖP, Eda, YAMAKOĞLU Efe (2013). “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 10, S. 38, ss. 83-148.
- KESER, Hakan (Haziran 2007). “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Ard Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 6, ss. 106-123.
- KOCAGİL, İpek (Haziran 2011). “Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 22, ss. 46-61.
- KOÇ, Sedef (Temmuz-Ağustos 2013). “İş Hukukunda Birlikte İstihdam”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 107-108, ss. 177-190.
- KOÇAK, Mehmet (Haziran Temmuz 2006). “İş Sözleşmesinin Devri’nin Hukuki Sonuçları”, Mali Çözüm Dergisi, İSMMMO Yayını, S. 76, ss. 195-201.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz (2006). “İşyerinin Kapanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık, S. 4, ss. 43-68.
- KUTAL, Metin (Mart 2012). “Türk İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme (31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, S. 25, ss. 159-177.
- LİMONCUOĞLU, Alp (Haziran 2012). “İşsizlik Sigortası ve Uygulama Sorunları”,

- Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, S. 26, ss. 84-98.
- MANAV, Eda (2001). “İşyeri Devrinde İş Güvencesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. II, İstanbul, Beta Basım, ss. 1343-1384.
- MANAV, A. Eda (2010). “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, ss. 322-363.
- MOORE, Kirk (Fall 2000). “Assignment Of Employmnet Contracts Does Not Constitute Modification, Managed Health Care Assocs. v. Kethan, 209 F.3d. 923 (6th Cir. 2000)”, Transactions, The Tennessee Journal of Business Law, Volume 2, Number 1, ss. 43-44.
- ÖĞÜZ, Tufan (2011). “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, ss. 103-110.
- ÖZDEMİR, Erdem (Eylül 2012). Yeni Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, ss. 25-46.
- ÖZDEMİR, Erdem (Haziran 2010). “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, ss. 20-32.
- ÖZDEMİR, Erdem (2005). “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, AÜHFD, C. 54, S. 3, ss. 95-120.
- ÖZEN, Burak (2013). “Kira Konusunun Devri”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, ss. 89-107.
- ÖZEN, Burak (2010). “Kira Konusunun Devri”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, ss.137-179.
- ÖZKARACA, Ercüment (2009). “İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu”, İş Hukukunda çl İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum-04 Nisan 2009, İstanbul, ss. 170-225.
- ÖZKAYA, Eraslan (2000). Hata-Hile-İkrah Davaları, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- PAMUKÇU, Ayşe, Ferah TüRKOğLU UTKU, Zeynep EROğLU (2013). “Yeni Türk Ticaret Kanununun Ticari İşletme Birleşme Bölünme ve Denetime İlişkin Düzenlemelerinin Vergi Hukukuna Etkileri”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul, Vedat Kitapçılık, ss. 731-805.
- SOYER, Polat (2010). “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Türk-İş Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara, ss. 11-85.

- SOYER, M. Polat (2008). “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, Legal Yayıncılık, ss. 149-167.
- SÜMER, Haluk Hadi (1999). “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul, MESS Yayını, ss. 91-153.
- SÜMER, Haluk Hadi (Temmuz 1997). “Taraf İşçi Sendikasına Üye Olan İşçiler Açısından Toplu İş Sözleşmesinden Geçmişe Etkili Olarak Faydalanmanın Başlangıcı”, Çimento İşveren Dergisi, C. 11, S. 4, ss. 6-10.
- SÜZEK, Sarper (Mart 2010). “Türk İş Hukukunda İşveren”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, ss. 17-26.
- ŞAHLANAN, Fevzi (Kasım 2000-Şubat 2001). “İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 16, S. 4-5, ss. 14-24.
- ŞAHLANAN, Fevzi (2011). “İş Yeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları (Karar İncelemesi)”, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, ss. 101-105.
- ŞAHLANAN, Fevzi (2011). “İş Sözleşmesi Devam Ederken Ödenen Kıdem Tazminatı-Avans (Karar İncelemesi), İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, ss. 34-37.
- ŞAHLANAN, Fevzi (2011). “Yıllık Ücretli İzin Hesabında Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu (Karar İncelemesi)”, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, ss. 167-171.
- ŞAHLANAN, Fevzi (Eylül 2010). “Yıllık Ücretli İzin Hesabında Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu”, Aynı Konuda Karar İncelemesi II, Tekstil İşveren, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, S. 366, ss. 2-5.
- ŞAHLANAN, Fevzi (2011). “Kıdem Tazminatında Zaman Aşımı (Karar İncelemesi)”, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, ss. 219-223.
- ŞAHLANAN, Fevzi (2011). “Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları (Karar İncelemesi)”, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, ss. 136-144.
- ŞAHLANAN, Fevzi (2011). “Çalışma Şartlarında İşverence Yapılan Değişiklik

(Karar İncelemesi)", İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayımı, ss. 274-284.

ŞAHLANAN, Fevzi (2013/4). "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 39, ss. 110-142.

ŞAKAR, Müjdat (Eylül 2007). "İş Kanununa Göre Kıdem Tazminatı ve Sorunları", İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı, Özel Sayı 5, ss. 3-14.

TAŞKENT, Savaş (2004). "Alt İşveren", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, ss. 363-366.

TAŞKIN, Ahmet (2012/1). "İş Hukukunda İşletme Kavramı", Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 32, ss. 75-112.

TOPUZ, Seçkin, Ferhat CANBOLAT (2011). "Kira İlişkisinin Devri –(Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 95, ss. 97-134.

TOSUN, Yalçın (2012). "Sözleşmenin Devri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, ss. 169-174.

TULUKCU, N. Binnur (Haziran 2010). "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Sözleşmesinin Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, ss. 129-142.

TUNCAY, A. Can (2013). "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara, Başbakanlık Basımevi, ss. 1-98.

TUNCAY, A. Can (2003). "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı : 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, ss. 125-145.

Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2012, Soru, Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren, Ankara, Matsa Basımevi.

UÇUM, Mehmet (2002). "İşsizlik Sigortasının Yasal Çerçevesi ve Olası Uygulama Sorunları", İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, C. 76, S. 1-2-3, s. 113-132.

ULUCAN, Devrim (2006). "İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi Ve Devir Nedeni İle Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, ss. 65-85.

ÜNSAL, Engin (2005). "4857 Sayılı Yasa'ya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 2, S. 6, ss. 536-544.

3. Elektronik Kaynaklar

D'Isa, Renato (2011) "La Cessione Del Contratto",
<http://avvrenatodisa.files.wordpress.com/2011/04/la-cessione-del-contratto.pdf>,
s. 1-15, erişim tarihi: 06.07.2012.

FUCHS, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Hrsg: Bamberger/Roth, Stand:
01.05.2014.

KRAMER, Jared G. (2004). When Should Contracts Be Assignable? An Economic Analysis, Discussion Paper No. 484, 08/2004, Harvard Law School, Cambridge, MA 02138,
http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kramer_484.pdf
erişim tarihi: 19.09.2013.

OKUTAN, Gül (2011). "Şirketler Topluluğu", Bankacılar Dergisi, Aralık 2011, S. 79, s. 90-103,
https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/DERGI_79.pdf,
erişim tarihi: 09.02.2013.

4. Yargıtay Kararları

Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com.tr

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2013/3). S. 38, ss. 503-507.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2006/4). S. 11, ss. 176-177.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2006/3). S. 10, ss. 268-269.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2012/3). S. 34, ss. 401-404.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2006/4). S. 11, ss. 155-156.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2007/3). S. 14, ss. 245-247.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2013/4). S. 39, ss. 441-445.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2013/4). S. 39, ss. 392-393.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2013/4). S. 39, ss. 474-475.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2005/3). S. 6, ss. 165-167.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2006/2). S. 9, ss. 255.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2009/1). S. 20, ss. 234-236.

Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi (2009/1). S. 20, ss. 274-275.

<https://www.courtlistener.com/gactapp/849f/west-coast-cambridge-inc-v-rice/>
(erişim: 10.03.2014);

<https://www.courtlistener.com/gactapp/7SAh/decaturnorthassocvbuildersglassinc/> (erişim: 10.03.2014).

https://casetext.com/case/baker-v-conoco-pipeline-co/#.UyBrhz9_v-s (erişim: 12.03.2014).

http://www.muhasabenet.net/ssk_e-bildirge_rehberi.html

HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, www.hukukturk.com

Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2013). C. 10, S. 39, ss. 173-174.

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2013). C. 10, S. 39, ss. 311-312.

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (2008). C. 5, S. 17, ss. 176-177.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, legalbank.net

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, www.sinerjimevzuat.com.tr

Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi (Şubat-Mayıs 2012). C. 24, S. 1-2, ss. 1-3.

Yargıtay Kararları Dergisi (Aralık 2004). C. 30, S. 12, ss. 1827-1829.

ÖZGEÇMİŞ

İzmir doğumluyum. Ortaokul ve liseyi Ted Kdz. Ereğli Kolejinde okudum. Üniversiteyi Çankaya Üniversitesinde akademik başarı bursu alarak okudum ve fakülteyi ikincilik ile bitirdim. Avukatlık stajımı Ankara’da yaptım. Ankara’da Etik hukuk bürosu ve Şa-Ra Enerji İnşaat Ticaret ve Sanayi A.Ş.’de çalıştım. 2006 yılında Kocaeli Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında yüksek lisansa başladım. 2008 yılında yüksek lisansı tamamladım. 2008 yılında Kocaeli Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında doktora başladım. 2015 yılında doktora tamamladım. Bir dönem Düzce Üniversitesi Düzce Meslek Yüksekokulunda öğretim görevlisi olarak çalıştım. 2009 yılından itibaren de Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesinde araştırma görevlisi olarak çalışmaktayım. İş Hukuku alanında yazılmış hakemli makalelerim, kitapta bölüm yazarlığım ve katıldığım uluslararası sempozyumlar vardır.